

Till statsrådet Britta Lejon

Regeringen beslutade den 10 maj 2001 att tillkalla en särskild utredare för att kartlägga och analysera frågor om konsument-skyddet vid finansiell rådgivning.

Till särskild utredare förordnades samma dag generaldirektören Anders Eriksson.

Som experter förordnades fr.o.m. den 18 juni 2001 departementsrådet Britta Ahmé Kägerman, vice verkställande direktören Anders Beskow, bankdirektören Krister Borg, vice verkställande direktören Anders Broström, avdelningsdirektören Birgitta Clemensson, kanslirådet Carina Crantz, bankjuristen Carina Heinlo, utredaren Monica Itri Arvidsson, verkställande direktören Pia Nilsson, hovrättsassessorn Patrik Örnsved och jur. kand. Catarina Öström.

Sekreterare åt utredningen har varit hovrättsassessorn Johan Sjöo.

Utredningen har antagit namnet Utredningen om finansiell rådgivning till konsumenter (Ju 2001:03).

Jag får härmed överlämna betänkandet Konsumentskydd vid finansiell rådgivning.

Mitt uppdrag är med detta slutfört.

Stockholm i maj 2002

Anders Eriksson

/Johan Sjöo

Innehåll

<i>Sammanfattning</i>	9
<i>Författningsförslag</i>	17
Förslag till Lag om finansiell rådgivning till konsumenter.....	17
1 <i>Inledning</i>	21
1.1 Uppdraget.....	21
1.2 Utgångspunkter för uppdraget.....	21
1.3 Tidigare överväganden	22
1.4 Utredningsarbetet	24

Del I Finansiell rådgivning – dagens förhållanden

2 <i>Finansiell rådgivning enligt gällande rätt</i>	27
2.1 Vad menas med finansiell rådgivning?	27
2.2 Vem är att anse som rådgivare?	28
2.3 Rådgivningsuppdraget.....	30
2.4 Vilka krav kan ställas på finansiell rådgivning?.....	32
2.4.1 Rättskällor	32
2.4.2 Metodansvaret.....	33
2.4.3 Informationsansvaret.....	35
2.5 Skadeståndsansvar	39
2.5.1 Skadeståndslagen m.m.	39
2.5.2 Skadebedömningen och bevisbördan	41
2.5.3 Begränsning av ansvaret.....	43
3 <i>Några exempel från Allmänna reklamationsnämndens praxis</i>	47
3.1 Vårdslös eller felaktig rådgivning.....	47

3.2	Reklamation	51
3.3	Skyldighet för konsumenten att begränsa skadan	52
3.4	Konsumentbegreppet	52
3.5	Kommentarer i anslutning till avgörandena.....	53
4	<i>Jämförelser med närliggande lagstiftning</i>	55
4.1	Konsumenttjänstlagen.....	55
4.2	Vissa yrkesgrupper	56
4.2.1	Fastighetsmäklare.....	56
4.2.2	Försäkringsmäklare.....	58
4.2.3	Advokater	59
4.3	Rörelse regler för finansiella företag	61
4.3.1	Lagstiftning.....	61
4.3.2	Föreskrifter och allmänna råd	64
4.4	Regler om kommission m.m.	66
5	<i>Klagomålshantering och tvistlösning</i>	69
5.1	Inledning	69
5.2	Klagomålshantering vid de finansiella företagen	69
5.3	Information och vägledning.....	70
5.3.1	Konsumenternas Bank- och finansbyrå.....	70
5.3.2	Konsumenternas Försäkringsbyrå	71
5.3.3	De lokala konsumentvägledarna.....	72
5.4	Allmänna reklamationsnämnden	73
5.5	Allmän domstol	74
6	<i>Branschens egenåtgärder</i>	77
6.1	Licensiering av personal i fondhandeln	77
6.2	Branschens riktlinjer.....	78
6.2.1	Svenska Fondhandlareföreningen	78
6.2.2	Fondbolagens förening.....	79
6.3	Särskilt om banker och försäkringsbolag.....	79
6.3.1	Banker m.m.....	79
6.3.2	Försäkringsbolag.....	80
6.4	Internationell standard för finansiella rådgivare	81
7	<i>Internationell utblick</i>	83
7.1	Storbritannien	83
7.2	Norge.....	86
7.3	Finland.....	87
7.4	Danmark.....	87
7.5	EU.....	89

Del II Mina överväganden

8	<i>Behovet av lagstiftning</i>	93
8.1	Behovet av ny, konsumentskyddande lagstiftning.....	93
8.1.1	Finansiella marknader i förändring.....	93
8.1.2	Branschens egna åtgärder	94
8.1.3	Gällande rätt.....	95
8.1.4	Klagomålsstatistik.....	96
8.1.5	Internationella aspekter.....	96
8.1.6	Behov av lagstiftning	96
8.2	En särskild lag om finansiell rådgivning till konsumenter.....	97
9	<i>Lagens tillämpningsområde</i>	99
9.1	Begreppet finansiell rådgivning	99
9.1.1	Vad avses med finansiell rådgivning?.....	99
9.1.2	Vilken typ av finansiell rådgivning bör lagen omfatta?.....	100
9.1.3	Finansiell rådgivning i förhållande till marknadsföring och försäljning.....	106
9.2	Rådgivningsuppdraget.....	112
9.3	Parterna	114
9.4	Tvingande bestämmelser till konsumentens förmån	116
10	<i>Näringsidkarens skyldigheter</i>	117
10.1	Generella skyldigheter för näringsidkaren.....	117
10.1.1	Allmänna överväganden.....	117
10.1.2	Krav på kompetens	118
10.1.3	Krav på dokumentation.....	120
10.2	Krav på näringsidkaren i förhållande till enskilda konsumenter.....	121
10.2.1	Allmänna överväganden.....	121
10.2.2	God rådgivningssed och omsorg om konsu- mentens intressen	123
10.2.3	Anpassning till den enskilde konsumenten.....	125
10.2.4	Avrådningsplikt.....	127
10.2.5	Riktlinjer i anslutning till lagen.....	129
11	<i>Skadestånd m.m.</i>	131
11.1	Skadeståndsskyldighet vid vårdslös rådgivning.....	131
11.1.1	Skäl för en skadeståndsregel.....	131

11.1.2	Culpabedömningen.....	134
11.1.3	Kravet på adekvat kausalitet	136
11.1.4	Den ersättningsgilla skadan	138
11.1.5	Jämkning m.m.	140
11.1.6	Bevisfrågor	144
11.1.7	Principalansvar.....	145
11.2	Obligatorisk ansvarsförsäkring?	146
11.3	Preskription m.m.	147
11.3.1	Underrättelseskyldighet för konsumenten	147
11.3.2	Preskription	150
12	<i>Tillsyn</i>	155
12.1	Tillsynsansvaret.....	155
12.2	Tillstånds- och anmälningsskyldighet.....	159
12.3	Tillsynsmyndighetens befogenheter.....	160
13	<i>Övriga frågor</i>	163
13.1	Allmänna överväganden	163
13.2	Klagomål och tvistlösning.....	163
13.3	Utbildning och information.....	165
14	<i>Konsekvenser av mitt förslag</i>	167
15	<i>Ikraftträdande m.m.</i>	171
16	<i>Författningskommentar</i>	173
	<i>Bilaga</i>	
	Kommittédirektiv	193

Sammanfattning

Uppdraget

Jag har enligt de direktiv som jag har fått haft i uppdrag att kartlägga och analysera frågor om konsumentskyddet vid finansiell rådgivning. I uppdraget har ingått att dels kartlägga vad som gäller i dag i fråga om finansiella rådgivares ansvar och skyldigheter, dels föreslå den lagstiftning eller andra lämpliga åtgärder som det finns behov av. Syftet med mina förslag skall vara att stärka konsumentskyddet på området.

Allmänna utgångspunkter

Bankers och andra finansiella företags verksamhet har förändrats. Företagen tillhandahåller i dag olika typer av finansiella tjänster, t.ex. sparprodukter. Som framgår av de direktiv som jag har fått har på tjugo år andelen vuxna svenskar som äger finansiella instrument ökat från 20 procent till närmare 80 procent. Tjänstemännen i de finansiella företagen har i allt större utsträckning kommit att agera som rådgivare och försäljare av finansiella tjänster.

Konsumenterna erbjuds ett mycket stort antal investeringsalternativ med varierande riskprofil. Denna utveckling har skapat ett ökat behov av kunskap och information hos konsumenterna. Den finansiella rådgivning som de finansiella företagen tillhandahåller framstår därmed som en mycket angelägen verksamhet från konsumentens synpunkt.

Finansiell rådgivning – dagens förhållanden

Det finns ingen legal definition av begreppet finansiell rådgivning. Med rådgivning torde dock allmänt avses verksamhet som syftar till att lämna förslag om lämpliga tillvägagångssätt i ett visst sammanhang. Rådgivaren förutsätts – åtminstone i professionell verksamhet – besitta en speciell kompetens och förväntas att med stöd av denna kompetens vägleda konsumenten om hur denne i ett visst fall bör handla. Rådgivning har vidare en individuell prägel och syftar till att lämna rekommendationer och visa på handlingsalternativ som är utformade efter konsumentens särskilda behov och önskemål.

Vad som enligt gällande rätt utmärker finansiell rådgivning i förhållande till annan rådgivning är dock svårare att definiera. Den verksamhet som bedrivs i de finansiella företagen – t.ex. banker, kreditmarknadsbolag, värdepappersbolag, försäkringsbolag, fondbolag och kortföretag – är alltför mångfacetterad för att kunna utgöra en lämplig avgränsning. I de flesta fall torde dock med finansiell rådgivning avses placeringsrådgivning, dvs. rådgivning om placering av konsumentens tillgångar i framför allt finansiella instrument.

Det finns i dag ingen lagstiftning som tar sikte på finansiella rådgivares skyldigheter och ansvar. Exempel på sådan lagstiftning finns utomlands. I Sverige har dock genom praxis utvecklats ett skadeståndsansvar avseende rådgivning. Genom denna praxis kan även ett ansvar för finansiella rådgivare utläsas. Detta ansvar kan kort beskrivas som ett skadeståndsansvar för den rådgivare som agerar vårdslöst. De närmare gränserna för detta ansvar, dvs. vad som krävs för att en finansiell rådgivare skall anses ha agerat vårdslöst och därmed bli skadeståndsskyldig, är dock inte särskilt tydliga.

En ny lag om finansiell rådgivning till konsumenter

Mot den ovan angivna bakgrunden finns ett behov av särskild, konsumentskyddande lagstiftning beträffande finansiell rådgivning. Det föreslås därför att en ny lag införs, lag om finansiell rådgivning till konsumenter. Lagen innehåller bestämmelser av både näringsrättslig och civilrättslig karaktär.

Lagens tillämpningsområde

Den rådgivning som föreslås omfattas av lagen skall vara av individuell karaktär och det förutsätts att det finns ett uppdragsförhållande mellan konsumenten och rådgivaren. Det kan säkert i efterhand ifrågasättas om ett sådant uppdragsförhållande verkligen föreligger mellan parterna, eftersom något formellt avtal om finansiell rådgivning sällan ingås. Avgörande för att bedöma om ett uppdragsförhållande föreligger blir då om företaget uppträtt yrkesmässigt och om kunden haft fog för att uppfatta situationen som en rådgivningssituation. Om näringsidkaren exempelvis använder begrepp som "personlig rådgivare", "ekonomisk rådgivare" eller "personlig bankman" bör kunna presumeras att företaget tillhandahåller finansiell rådgivning av individuell karaktär.

Ett allmänt lovprisande av en produkt, t.ex. i reklam, är inte att anse som rådgivning enligt lagen. Inte heller rekommendationer som riktar sig till en vid, obestämd krets av personer, t.ex. i media, omfattas. Rena expeditionstjänster, dvs. situationer där konsumenten enbart efterfrågar en viss finansiell tjänst och där företaget inte heller gör annat än utför denna tjänst, utgör inte heller någon rådgivningssituation.

Som framgått ovan är det svårt att finna en tydlig och samtidigt heltäckande definition av begreppet finansiell rådgivning. Den föreslagna lagens tillämpningsområde måste ändå vara tydligt och förutsebart. Lagen föreslås därför vara direkt tillämplig på rådgivning som avser råd om placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument. Lagen gäller därmed sådan placeringsrådgivning som avser exempelvis aktier, fonder och obligationer. Syftet med att ange lagens tillämpningsområde på detta sätt är att täcka in alla de vanligt förekommande värdepapper som konsumenter väljer att placera sina medel i. Gemensamt för dessa värdepapper är att det handlar om finansiell verksamhet som innebär en beaktansvärd risk för att konsumenten, helt eller delvis, förlorar insatt kapital eller sätter sig i skuld.

Vidare föreslås lagen vara direkt tillämplig på rådgivning om placering av konsumentens medel i sådana livförsäkringar där kapitalet placeras i de finansiella instrument som konsumenten bestämmer. I denna typ av livförsäkring (s.k. unit linked-försäkring eller fondförsäkring) är det konsumenten som bär placeringsrisken och samma skyddsintresse gör sig gällande som vid placering direkt i finansiella instrument.

Det finns dock även annan finansiell rådgivning som kan anses väl så viktig från konsumentskyddssynpunkt. Lagen bör i sådana fall kunna tillämpas analogivis, dvs. samma ansvar bör kunna gälla för sådana finansiella rådgivare som inte direkt omfattas av lagen, men där skyddsintresset för konsumenten framstår som likvärdigt med den rådgivning som omfattas av lagens direkta tillämpningsområde. Den närmare gränsdragningen vad gäller den analogivisa tillämpningen bör överlämnas till rättspraxis.

Lagen föreslås gälla för alla näringsidkare som tillhandahåller sådan rådgivning som omfattas av lagen. Den är således inte begränsad till att avse banker och andra finansiella institut, även om en stor del av den rådgivning som tillhandahålls konsumenterna sker i denna typ av företag.

Bestämmelserna i lagen föreslås vara tvingande till konsumentens förmån.

Rådgivning, marknadsföring eller försäljning?

En viktig fråga i sammanhanget är att klargöra hur den föreslagna lagen skall förhålla sig till den marknadsföring som de finansiella företagen riktar till konsumenter och försäljningen av finansiella tjänster från företagets sida.

En grundläggande utgångspunkt är att renodlad rådgivning, dvs. en rådgivningssituation där konsumenten enbart erhåller rådgivning som en särskild tjänst, inte förefaller särskilt vanlig. I stället tillhandahålls i de flesta fall rådgivning tillsammans med marknadsföring av företagets produkter eller ingår som ett led i en försäljningssituation. För att lagen inte skall träffa endast en liten del av den rådgivning som förekommer, bör lagen vara tillämplig även på sådan rådgivning som ingår som ett led i marknadsföring som riktar sig till konsumenten eller som tillhandahålls i samband med försäljning av finansiella tjänster till konsumenten.

Det kan tänkas uppstå fall där den finansiella rådgivningen är att bedöma enligt flera regelverk, t.ex. befintlig civilrättslig lagstiftning eller den marknadsrättsliga lagstiftningen. Detta kan vara fallet om den information som omfattas av rådgivningen kan anses samtidigt utgöra marknadsföring eller information kring enskilda produkter. Konsumenten ges i dessa fall förmånen att välja den för honom eller henne mest förmånliga lagstiftningen.

Näringsidkarens skyldigheter

De företag som tillhandahåller finansiell rådgivning som omfattas av lagen bör vara skyldiga att uppfylla vissa generella krav i sin verksamhet.

Företagen föreslås för det första vara skyldiga att tillse att den personal som utför rådgivningen har erforderlig kompetens. De närmare kraven vad gäller utbildning och erfarenhet anges dock inte i lagen, utan det överläts på berörda tillsynsmyndigheter att närmare fastställa dessa.

Företagen föreslås för det andra vara skyldiga att dokumentera vad som förekommit vid ett rådgivningstillfälle. Inte heller på denna punkt anges dock i lagen de närmare krav som bör ställas på dokumentationens utformning och innehåll. Dessa får i stället anges av berörda tillsynsmyndigheter. Allmänt kan dock sägas att dokumentationen bör ge en så god bild av det som konsumenten och rådgivaren har diskuterat att man i efterhand kan rekonstruera vad parterna i väsentliga delar har anfört.

De ovan beskrivna skyldigheterna av näringsrättslig karaktär utgör generella förutsättningar för att det finansiella företaget skall tillhandahålla finansiell rådgivning. Förslaget kan i denna del sägas utgöra en del av den s.k. rörelselagstiftningen på området. Företagen åläggs dock enligt förslaget också skyldigheter gentemot enskilda konsumenter i en rådgivningssituation.

En finansiell rådgivare skall enligt förslaget var skyldig att iaktta god rådgivningssed och skall med omsorg ta till vara konsumentens intressen. Motsvarande krav på iakttagande av god sed finns redan enligt annan lagstiftning för bl.a. fastighetsmäklare och försäkringsmäklare. Begreppet god rådgivningssed är dock nytt i lagstiftningssammanhang. Vad som skall anses följa av god rådgivningssed går inte att ange i detalj. God sed kan sägas vara summan av exempelvis branschens egna riktlinjer och rekommendationer, riktlinjer och allmänna råd från berörda myndigheter samt avgöranden i rättspraxis. Vad som avses med god sed ändras därmed över tiden.

Rådgivaren skall vidare vara skyldig att anpassa rådgivningen till den enskilde konsumentens önskemål och behov. Faktorer som konsumentens förkunskaper, ekonomiska och andra förhållanden, syfte med placeringen samt riskbenägenhet skall ligga till grund för rådgivarens rekommendationer. De råd som lämnas skall vara lämpliga för den enskilde konsumenten.

Rådgivaren föreslås slutligen vara skyldig att avråda konsumenten från att vidta sådana åtgärder som inte kan anses vara till rimlig nytta för konsumenten eller som annars är olämpliga.

Skadestånd vid värdslös rådgivning

Konsumenten förslås få en lagstadgad rätt till skadestånd för den skada som kan uppstå till följd av finansiell rådgivning. Förutsättningen för att skadeståndsskyldighet skall drabba det finansiella företaget är att rådgivaren har agerat värdslöst. Bedömningen av om en rådgivare i ett visst fall kan anses ha agerat värdslöst, den s.k. culpabedömningen, skall göras med hänsyn till samtliga relevanta omständigheter. Inte bara de skyldigheter som föreslås gälla enligt lagen kan således få betydelse. För det fall en rådgivare bryter mot god rådgivningssed eller på annat sätt åsidosätter de skyldigheter i förhållande till den enskilde konsumenten som beskrivs ovan, bör dock normalt kunna presumeras att värdslöshet föreligger.

Det bör påpekas att skadeståndsansvaret avser just fall av värdslös rådgivning. Härmed avses att rådgivaren har överträtt de handlingsnormer som kan anses gälla på grund av lag eller sedvänja. Genom att införa ett ansvar för värdslös rådgivning avses inte att införa ett vittgående ansvar för "dåliga" råd. Det förhållandet att konsumenter förlorar pengar på grund av att aktiekurser sjunker eller att räntenivån förändras är i allmänhet inte följden av värdslös rådgivning. Subjektiva bedömningar av den framtida utvecklingen på de finansiella marknaderna bör självfallet inte göras vid äventyr av skadestånd. Ett skadestånd enligt lagen har därmed inte till syfte att kompensera konsumenterna för upp- och nedgångar på de finansiella marknaderna och inte heller att eliminera de riskmoment som alltid finns vid placeringar i finansiella instrument. I stället avser den föreslagna skadeståndsregeln att träffa endast de finansiella rådgivare som har agerat värdslöst, vilket i praktiken medför att den träffar sådana rådgivare som i sin rådgivningsverksamhet har utmärkt sig i förhållande till det stora flertalet rådgivare.

Ett undantag från rätten till skadestånd föreslås såvitt avser bagattellartade skador. Syftet är att undvika tvister som inte har annan än principiell betydelse för konsumenten.

Det åligger enligt lagförslaget konsumenten att framföra en reklamation till det finansiella företaget inom skälig tid från det att konsumenten upptäckt eller hade bort upptäcka att skada har uppkommit. Konsumenten kan alltså inte förhålla sig passiv till en

uppkommen skada. För att rätten till skadestånd inte skall gå förlo-rad måste konsumenten också väcka talan mot företaget inom tio år från rådgivningstillfället.

Den föreslagna lagen är inte tänkt att vara exklusiv i den mening-en att andra möjligheter att kräva skadestånd av näringsidkaren försvinner. Det kan tänkas flera situationer där konsumenten även på annan grund kan framställa skadeståndskrav på grund av finansi-ell rådgivning. Det kan exempelvis vara så att rådgivaren genom en garanti har utlovat ett visst ekonomiskt resultat som inte uppnås, att konsumenten grundar sitt anspråk på att rådgivaren begått brott eller att den rådgivning som förekommit inte omfattas av lagens tillämpningsområde. Konsumentens krav kan i dessa fall grundas på annan lagstiftning än den nu föreslagna lagen eller på allmänna ska-deståndsrättsliga principer.

Tillsyn

Tillsynen enligt lagen föreslås i praktiken vara uppdelad mellan Konsumentverket och Finansinspektionen. Finansinspektionen ges ansvar för tillsynen beträffande sådana finansiella institut som re-dan på grund av annan lagstiftning står under inspektionens tillsyn, medan Konsumentverket utövar tillsyn över övriga företag.

Tillsynsmyndigheterna får genom förslaget möjligheter att ingri-pa mot de företag som inte följer lagen. Myndigheterna ges rätt att genom inspektioner eller genom att begära ut handlingar kontrolle-ra att företagen uppfyller lagens krav. Om det visar sig att det finns brister i företagens rådgivningsverksamhet, kan tillsynsmyndighe-terna antingen meddela varning eller vid vite förbjuda företaget att fortsättningsvis tillhandahålla sådan rådgivning som omfattas av lagen.

Övriga frågor

Konsekvenser av mitt förslag

Mitt förslag till ny lagstiftning kan förutses väsentligt stärka kon-sumentskyddet när det gäller finansiell rådgivning. Den förstärk-ningen kan dock inte åstadkommas utan att det uppstår vissa ökade kostnader för såväl berörda myndigheter som de finansiella företa-gen.

Både Konsumentverket och Finansinspektionen får nya tillsynsuppgifter och förväntas att med stöd av lagen utfärda föreskrifter samt riktlinjer och allmänna råd. För detta arbete behöver de båda myndigheterna tillföras särskilda medel.

Även för de finansiella företag som tillhandahåller sådan rådgivning som omfattas av lagen kan ökade kostnader förutses. Kostnaderna hänför sig till de krav på kompetens och dokumentation som föreslås i lagen. Dessa kostnader är dock inte möjliga att uppskatta i siffror. Företagen åläggs därtill en lagstadgad skadeståndsskyldighet. Kostnaderna för eventuella skadestånd torde dock kunna betraktas som försumbara för näringslivet i dess helhet.

Förslagen kan vidare tänkas få den effekten att frågan om finansiella rådgivares skyldigheter och ansvar får ökad uppmärksamhet i media. Benägenheten från konsumenternas sida att framföra klagomål till Allmänna reklamationsnämnden eller allmän domstol kan därmed komma att öka. Vidare kan konsumenternas behov av information och vägledning i dessa frågor komma att öka. Inte heller på denna punkt är det dock möjligt att uppskatta eventuella kostnader i siffror. Vad gäller prövningen av ärenden om skadestånd i Allmänna reklamationsnämnden eller allmän domstol kan lagen också ha en motsatt effekt. Genom att den föreslagna lagen ökar tydligheten vad gäller finansiella rådgivares skyldigheter och ansvar kan tänkas att ett större antal ärenden kan lösas utan prövning i nämnden eller domstol. Den prövning som ändå kommer att ske lär dessutom underlättas med den föreslagna lagen.

Ikraftträdande

Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter föreslås träda i kraft tidigast den 1 juli 2003.

Författningsförslag

Förslag till Lag om finansiell rådgivning till konsumenter

Härigenom föreskrivs följande.

1 § Denna lag gäller finansiell rådgivning som näringsidkare tillhandahåller konsumenter i fall då rådgivningen avser råd om placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i sådana livförsäkringar vars kapital helt eller delvis placeras i de finansiella instrument som konsumenten bestämmer.

Bestämmelserna i denna lag gäller även om den rådgivning som avses i första stycket ingår som ett led i marknadsföring eller försäljning av finansiella tjänster.

2 § I denna lag avses med

konsument: en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet,

näringsidkare: en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten.

3 § Bestämmelserna i denna lag får inte frångås till nackdel för en konsument som erhåller finansiell rådgivning som avses i 1 §.

4 § Näringsidkaren skall

1. se till att den som utför rådgivningen har erforderlig kompetens, och
2. dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela närmare föreskrifter om vad näringsidkaren skall iaktta enligt första stycket.

5 § Näringsidkaren skall i sin rådgivningsverksamhet iaktta god rådgivningssed och skall med tillbörlig omsorg ta till vara konsumentens intressen. Näringsidkaren skall vidare anpassa rådgivningen efter konsumentens önskemål och behov samt rekommendera lösningar som även i övrigt är lämpliga för konsumenten.

Näringsidkaren skall avråda konsumenten från att vidta åtgärder som inte kan anses vara till rimlig nytta för konsumenten eller som kan anses olämpliga med hänsyn till konsumentens ekonomiska förhållanden eller andra omständigheter.

6 § Näringsidkare som genom finansiell rådgivning uppsåtligen eller av oaktsamhet orsakar konsumenten ren förmögenhetsskada skall ersätta skadan.

Skada som avses i första stycket ersätts endast om den är av någon betydelse.

7 § Om konsumenten vill åberopa att finansiell rådgivning har orsakat honom eller henne ren förmögenhetsskada, skall konsumenten underrätta näringsidkaren om detta inom skälig tid efter det att han eller hon märkt eller bort märka att skada har uppkommit.

Talan om ersättning måste i varje fall väckas inom tio år från rådgivningstillfället.

Om konsumenten underlåter att underrätta näringsidkaren inom den tid som följer av första stycket eller att väcka talan inom den tid som följer av andra stycket, faller rätten till skadestånd enligt denna lag bort.

8 § Konsumentverket utövar tillsyn över att denna lag och föreskrifter som meddelats med stöd av lagen följs. Verkets tillsyn omfattar dock inte verksamhet som står under tillsyn av Finansinspektionen.

För tillsynen har Konsumentverket rätt att företa inspektion hos näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning som avses i 1 § och att ta del av samtliga handlingar som behövs för tillsynen. Näringsidkaren skall lämna de upplysningar om verksamheten som begärs för tillsynen.

Om näringsidkaren inte tillhandahåller handlingar eller lämnar upplysningar i fall som avses i andra stycket, får Konsumentverket förelägga näringsidkaren vid vite att fullgöra sin skyldighet.

9 § Konsumentverket får vid vite förelägga näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning som avses i 1 § att upphöra med det om verksamheten inte uppfyller de krav som ställs i denna lag och i föreskrifter som meddelats med stöd av lagen.

Om det är tillräckligt får Konsumentverket i stället meddela varning.

10 § Konsumentverkets beslut enligt 8 § tredje stycket och 9 § får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2003.

1 Inledning

1.1 Uppdraget

Jag skall enligt de direktiv (dir. 2001:41) som jag har fått kartlägga och analysera frågor om konsumentskyddet vid finansiell rådgivning.

Av direktiven framgår att jag inledningsvis skall kartlägga rättsläget när det gäller rådgivarnas ansvar vid finansiell rådgivning till konsumenterna. Kartläggningen skall vidare omfatta dels de egenåtgärder som vidtas av de finansiella företagen, dels berörda myndigheters arbete på området.

Jag skall därefter analysera vilka åtgärder som kan vara lämpliga att vidta för att stärka konsumentskyddet i samband med finansiell rådgivning. Jag skall i det sammanhanget undersöka om det finns behov av särskilda bestämmelser av näringsrättslig eller civilrättslig natur och skall, om ett sådant behov finns, lämna förslag till reglering. Jag skall därtill undersöka behovet av andra lämpliga åtgärder i syfte att stärka konsumenternas ställning på området och får lämna förslag även till sådana åtgärder.

Direktiven i sin helhet har fogats till betänkandet som *bilaga*.

1.2 Utgångspunkter för uppdraget

Som anges i direktiven har bankers och andra finansiella företags verksamhet på olika sätt förändrats. Från att tidigare ha inriktats på traditionell in- och utlåningsverksamhet, tillhandahåller företagen i dag olika typer av finansiella tjänster, t.ex. köp och försäljning av sparprodukter. I de direktiv som jag har fått anges som exempel på sådana sparprodukter svenska och utländska aktier, räntebärande instrument samt pensionsförsäkringar. Vidare pekas i direktiven på det faktum att andelen vuxna svenskar som äger finansiella instrument på tjugio år har ökat från 20 procent till närmare 80 procent. I

företagen har tjänstemännens roll förändrats genom att dessa i större utsträckning kommit att agera som rådgivare och försäljare av finansiella tjänster.

Denna utveckling har skapat ett ökat behov av kunskap och information hos konsumenterna. Konsumenterna erbjuds ett mycket stort antal investeringsalternativ med varierande riskprofil. Konsumenterna ges också, inte minst genom Internet, möjlighet att själva agera på ett sätt som tidigare var förbehållet professionella aktörer på de finansiella marknaderna.

Mot denna bakgrund framstår den finansiella rådgivning som tillhandahålls i de finansiella företagen som en mycket angelägen verksamhet från konsumentsynpunkt. Det är bl.a. genom sådan rådgivning som konsumenterna ges förutsättningar att agera med tillräcklig trygghet på de finansiella marknaderna. Det är därmed av väsentlig betydelse att diskutera de skyldigheter och det ansvar som åvilar finansiella rådgivare i förhållande till konsumenterna. Den uppmärksamhet som frågan har fått i media och på annat håll visar på ett stort intresse hos allmänhet, företag, organisationer och politiker för att klargöra gränserna för företagens skyldigheter och ansvar. Det är mot denna bakgrund som mitt uppdrag och detta betänkande skall förstås.

1.3 Tidigare överväganden

Vid en beskrivning av utgångspunkterna för detta uppdrag är det också nödvändigt att beskriva arbetet i Konsumentpolitiska kommittén 2000.

Den parlamentariskt sammansatta kommittén tillsattes i januari 1999 och avslutade sitt arbete i april 2000 genom slutbetänkandet *Starka konsumenter i en gränslös värld* (SOU 2000:29). Kommitténs huvuduppgifter var enligt direktiven (dir. 1999:1) att lämna förslag om hur den framtida konsumentpolitiken skall kunna ge människor förutsättningar att känna sig trygga som konsumenter och ha ett starkt inflytande över sin vardagssituation. Kommittén skulle vidare identifiera konsumentpolitikens långsiktiga innehåll och prioriteringar.

Kommittén skulle särskilt analysera målen och medlen bl.a. på området finansiella tjänster och tog i det sammanhanget upp frågan om finansiell rådgivning. Kommittén pekade på flera svårigheter som uppkommer i samband med en diskussion om lagstiftning på detta område, t.ex. vad gäller att definiera begreppet rådgivning,

gränsdragningen mellan rådgivning och försäljning, vad som skall betraktas som felaktig rådgivning samt frågor om bevisbörda och beviskrav. Kommittén menade att lagstiftning på området måste föregås av noggranna och omfattande analyser och undersökningar på en mängd områden. Sådana analyser menade kommittén att man inte hade möjlighet att genomföra inom ramen för sitt uppdrag och den tid den hade till sitt förfogande.

Kommittén föreslog ändå att ansvaret vid finansiell rådgivning skulle förstärkas genom civilrättslig lagstiftning som är tvingande till konsumentens förmån. Kommittén preciserade sitt förslag så tillvida att man föreslog att lagstiftningen skulle omfatta en lättnad i konsumentens bevisbörda, en skyldighet för rådgivaren att dokumentera uppdraget och en skyldighet för rådgivaren att med omsorg ta tillvara konsumentens intressen. Vidare påpekades att man i de fortsatta arbetet vad gäller förstärkning av konsumentskyddet på området borde överväga att ge Finansinspektionen rätt att ställa krav på rådgivarnas kompetens och erfarenhet. Kommittén lämnade inte något författningsförslag.

Kommitténs förslag behandlades av regeringen i propositionen Handlingsplan för konsumentpolitiken 2001–2005 (prop. 2000/01:135). Vad gällde förslaget om lagstiftning avseende finansiell rådgivning anförde regeringen att man delade kommitténs uppfattning på det sättet att man såg ett behov av en djupare och mer noggrann analys. Regeringen hänvisade i övrigt till denna utredning, som hade tillsatts en kort tid dessförinnan.

Riksdagens lagutskott har med anledning av ett par motioner på området anført att man inte har någon avvikande uppfattning när det gäller vikten av ett fullgott konsumentskydd vid finansiell rådgivning. Utskottet har dock framhållit att den civilrättsliga lagstiftning som skisseras i Konsumentpolitiska kommitténs betänkande väcker en rad komplicerade frågeställningar av rättslig natur. Utskottet har anslutit sig till regeringens bedömning att frågan om rådgivaransvaret bör bli föremål för en noggrannare analys och har anført att man avvaktar arbetet i denna utredning (Lagutskottets betänkande 2001/02:LU2 s. 38). Utskottets betänkande har bifallits av riksdagen (rskr. 2001/02:51).

Vidare har riksdagens finansutskott anført att konsumentskyddet vid finansiell rådgivning måste stärkas. Utskottet har förklarat att man välkomnar att frågan redan är föremål för en analys genom denna utredning. Utskottet har för sin del framhållit att viktiga frågor att överväga i detta sammanhang är en skyldighet för rådgivare att dokumentera uppdrag och en lättnad i konsumenternas bevis-

börda. Enligt utskottets mening är en god dokumentation central för en väl fungerande tvistlösning (Finansutskottets betänkande 2001/02:FiU13 s. 14). Utskottets betänkande har bifallits av riksdagen (rskr. 2001/02:179).

1.4 Utredningsarbetet

Jag har under utredningsarbetet regelbundet sammanträtt med de förordnade experterna. Bland dessa finns företrädare för bl.a. näringslivet, berörda myndigheter och intresseorganisationer.

Jag har vidare haft särskilda sammanträffanden med företrädare för Finansförbundet, Finansinspektionen, Fondbolagens Förening, Konsumenternas Bank- och finansbyrå, Konsumenternas Försäkringsbyrå, Konsumentverket, Svenska Bankföreningen, Sveriges Försäkringsförbund och SwedSec AB.

Jag har också vid en särskilt anordnad hearing tagit del av synpunkter från ett antal jurister med särskild kompetens på det aktuella rättsområdet.

Under utredningsarbetet har jag också haft kontakt med den särskilde utredare (Ju 2001:11) som regeringen tillkallat med uppdrag att överväga i vad mån det behövs särskilda bestämmelser för den kommissionshandel som äger rum på värdepappersmarknaden, s.k. fondkommission.

I samband med arbetet med internationella jämförelser har jag besökt the Financial Services Authority (FSA), som är tillsynsmyndighet på de finansiella marknaderna i Storbritannien. Jag har också haft kontakt med företrädare för berörda myndigheter i Danmark, Norge och Finland samt med den svenska EU-representationen i Bryssel.

Jag har slutligen i enlighet med de direktiv som jag har fått samråd med Näringslivets Nämnd för Regelgranskning såvitt avser frågor om konsekvenserna av mina förslag för små företags villkor.

Del I

Finansiell rådgivning – dagens förhållanden

2 Finansiell rådgivning enligt gällande rätt

2.1 Vad menas med finansiell rådgivning?

Enligt de direktiv som jag har fått skall jag kartlägga och analysera konsumentskyddet vid finansiell rådgivning. Någon närmare definition av begreppet finansiell rådgivning återfinns dock inte i direktiven. Inledningsvis bör därför ett försök göras att definiera vad som avses med finansiell rådgivning.

Någon legal definition av begreppet finansiell rådgivning finns inte. Uttrycken finansiell eller ekonomisk rådgivning återfinns bl.a. i den s.k. rörelselagstiftningen för den finansiella sektorn, men definieras inte närmare.

Med rådgivning torde allmänt förstås verksamhet som syftar till att lämna förslag om lämpliga tillvägagångssätt i ett visst sammanhang. Rådgivaren förutsätts – åtminstone i professionell verksamhet – besitta en speciell kompetens och förväntas att med stöd av denna kompetens vägleda konsumenten om hur denne i ett visst fall bör handla. Rådgivning är således något annat än marknadsföring och försäljning. Rådgivning har vidare en individuell prägel och syftar till att lämna rekommendationer och handlingsalternativ som är utformade efter kundens särskilda behov och förutsättningar.

Vad som skall inbegripas i begreppet finansiell rådgivning är dock svårare att precisera. De aktörer på de finansiella marknaderna som tillhandahåller finansiell rådgivning verkar inom delvis olika branscher och erbjuder konsumenterna rådgivning inom skilda områden. Banker, kreditmarknadsföretag, värdepappersbolag, försäkringsbolag, fondbolag och kortföretag utgör alla exempel på finansiella företag som agerar gentemot konsumenter på marknaden. Företagens verksamhet kan grovt indelas i följande områden:

- insättningar och sparande (inlåningskonton, fonder, obligationer och andra värdepapper, pensionssparande),
- betaltjänster (gireringar, kontokort, elektroniska pengar, checkar),
- krediter (kreditköp, blanco- och borgenslån, boendekrediter), och
- försäkringar (skade- och personförsäkringar).

Det framstår mot bakgrund av den mångfacetterade verksamhet som bedrivs av de finansiella företagen inte som lämpligt att definiera begreppet finansiell rådgivning genom att närmare precisera den verksamhet som bedrivs inom olika typer av finansiella företag. Det bör vidare framhållas att de produkter som erbjuds konsumenterna ändras över tiden, varför det inte heller framstår som lämpligt att precisera begreppet genom att anknyta det till alltför specifika produkttyper. Utgångspunkten får därför vara att begreppet finansiell rådgivning enligt gällande rätt och såsom begreppet används i den allmänna debatten inte har någon tydlig definition. Det tydligare begrepp som ligger närmast till hands att använda torde vara placeringsrådgivning. Med sådan rådgivning avses råd om placering av konsumentens medel i framförallt finansiella instrument. I den allmänna debatten torde det ofta vara just sådan placeringsrådgivning som avses i samband med diskussioner kring finansiella rådgivares skyldigheter och ansvar.

2.2 Vem är att anse som rådgivare?

När det gäller att definiera vem som är att anse som rådgivare finns visst stöd att hämta i lagstiftning och litteratur.

En utgångspunkt kan tas i lagen (1985:354) om förbud mot juridiskt eller ekonomiskt biträde i vissa fall. Genom lagen kriminaliseras bl.a. sådan rådgivningsverksamhet som främjar en straffbelagd gärning. Med juridiskt eller ekonomiskt biträde avses i lagen bl.a. "yrkesmässig rådgivning (---) som är av juridiskt eller ekonomiskt slag" (1 §).

Ändringar i lagen trädde i kraft den 1 juli 2001, varvid tillämpningsområdet breddades. Vad gäller begreppet rådgivning synes dock inga ändringar ha avsetts. Enligt förarbetena till lagen avses med rådgivning sådan verksamhet som riktar sig utåt, mot allmänheten. I begreppet yrkesmässig ligger att rådgivningen skall bedrivas som ett led i näringsverksamhet. Genom denna definition inbe-

grips den rådgivning som tillhandahålls av banker och försäkringsbolag, t.ex. verksamheten vid bankernas notariatavdelningar, skatterådgivning i samband med tecknande av pensionsförsäkringar eller den rådgivning som sker vid lantbrukarnas driftsbyråer. Vidare anges vissa begränsningar i lagens tillämpningsområde. Har rådgivningen skett av en slump i ett ärende som har ett helt annat syfte blir lagen inte tillämplig. Inte heller sådan juridisk eller ekonomisk vägledning som utan ersättning lämnas släkt eller vänner omfattas av lagen.¹

Det förhållandet att rådgivningen skall ske yrkesmässigt och rikta sig utåt, mot allmänheten, stämmer väl med principerna för skadeståndsansvar enligt gällande rätt. Rådgivning inom *privatlivets sfär* anses inte kunna medföra skadeståndsansvar. Härmed avses dels råd som rör personliga angelägenheter, dels råd i kommersiella angelägenheter men som ges inom ramen för privata relationer. I den skadeståndsrättsliga litteraturen har det uttryckts på så sätt att råd inom privatlivets område är präglad av skadeståndsrättslig immunitet.² Privatlivets sfär är självfallet inte omgärdad av tydliga gränser. Situationen i vilken rådet gavs måste avgöra om informationsmottagaren har skäl att förlita sig på ett råd och i efterhand ställa krav på rådgivaren. Det torde ligga på rådgivaren att i tveksamma fall klargöra att rådgivningen inte lämnas som ett led i en yrkesmässigt bedriven verksamhet eller annars på ett professionellt plan.

På liknande sätt har i litteraturen *rådgivning av personlig, vägledande karaktär* ansetts falla utanför det ansvarsgrundande området. Med sådana råd bör också jämföras professionella råd av värderande karaktär, t.ex. vad som är att betrakta som ett lämpligt handlingsalternativ i ett visst fall. Härmed avses situationer där bedömningen innehåller betydande värderande element.³

Ett annat område där skadeståndsrättslig immunitet har ansetts föreligga är *råd som lämnas till en vid krets av personer*, t.ex. via massmedia. Rådgivning via exempelvis dagstidningar träffar en obestämd krets av personer. Inte bara läsarna av tidningen kan ta del av rådet, utan även läsarens hushållsmedlemmar eller medkontrahefter i affärsförhållanden kan via läsaren få del av den lämnade informationen. Mottagarkretsen blir därmed obestämd, vilket medför att det skulle vara en omöjlig uppgift för rådgivaren att till samtliga

¹ Prop. 1984/85:90 s. 34 f och prop. 2000/01:105 s. 16 f och s. 42 f

² Jan Kleineman, Ren förmögenhetsskada (1987), s. 513 f

³ Kleineman, a.a. s. 518

berörda nå ut med en rättelse av en felaktig uppgift.⁴ Inte minst genom Internet har det dock skapats en möjlighet för en rådgivare att nå en förhållandevis stor men ändå klart avgränsad mottagarkrets. Genom s.k. newsletters via e-post kan rådgivaren nå ut med information till en bestämd krets prenumeranter och kan snabbt till samma mottagare nå ut med rättelser av felaktig information. Det torde ligga närmare tillhands att i ett sådant fall göra rådgivaren ansvarig för lämnade råd än vad som är fallet med information via tidningar, radio eller TV.

2.3 Rådgivningsuppdraget

För att kunna bedöma rättsföljderna av finansiell rådgivning är det nödvändigt att analysera rättsförhållandet mellan parterna. Det är inte minst viktigt för att rätt kunna bedöma möjligheterna för den enskilde konsumenten att kunna erhålla skadestånd vid fall av vårdslös rådgivning.

En utgångspunkt är att rättsförhållandet är att bedöma som kontraktuellt, dvs. att rådgivaren och konsumenten har träffat ett avtal om rådgivning. Ett sådant avtal framstår som särskilt tydligt för det fall konsumenten betalar särskilt för rådgivningen eller om rådgivningen ingår som ett led i en försäljning av finansiella tjänster. Om rådgivningen tillhandahålls utan kostnad för konsumenten, kan det möjligen tyckas svårare att se rättsförhållandet som kontraktuellt. Det finansiella företaget torde dock tillhandahålla rådgivningen i syfte att knyta konsumenten till sig och rådgivningen utgör därvid en del av ett bredare utbud av tjänster. Rådgivningen utgör i sådant fall ingen ideell verksamhet, även om den framstår som kostnadsfri för konsumenten. Rättsförhållandet torde därmed kunna bedömas som åtminstone kontraktsliknande.

I litteraturen har dock ifrågasatts om det alls uppkommer något kontraktsförhållande mellan rådgivaren och mottagaren av rådet.⁵ Detta skulle innebära att det rättsförhållande som är av intresse för att bedöma det ansvar en rådgivare har uppkommer utan ett formellt avtalsslut.

HD har i rättsfallet NJA 1992 s. 243 tagit ställning i frågan. I målet som gällde en revisor uttalade HD beträffande rättsförhållandet mellan parterna följande:

⁴ Kleineman, a.a. s. 518 ff

⁵ Bertil Bengtsson, Särskilda avtalstyper I (1971), s. 173

Det är tydligt att Anna-Stina H uppfattade Yngve L som sin ekonomiske rådgivare i affären. Hon har också haft goda skäl för sin uppfattning med tanke på Yngve L:s mångåriga engagemang som revisor i bolaget och som biträde i familjens deklarationsfrågor. (---) Det kan inte ha undgått Yngve L – som på intet sätt tycks ha markerat annan mening – att Anna-Stina H, vilken enligt vad utredningen visar ej biträdades från annat håll, såg Yngve L som sin ekonomiske rådgivare i aktieaffären. Vid sådana förhållanden måste anses ha uppkommit ett uppdragsförhållande mellan Anna-Stina H och Yngve L.

Det förefaller alltså som om rättsförhållandet mellan parterna kan uppkomma tämligen formlöst. Det avgörande är att rådgivaren har uppträtt yrkesmässigt och att motparten haft fog för att fästa tillit till de råd som lämnats. Detta synes gälla i vart fall om rådgivaren borde ha insett att motparten förlitat sig på den förmedlade informationen. Resonemanget har i doktrinen kallats den befogade tillitens relevans. Det förhållandet att någon med fog förlitar sig på rådgivaren medför att det finns goda skäl att se strängt på dennes ansvar, i vart fall om denne själv insett eller i vart fall borde ha insett att informationsmottagaren förlitade sig på det förmedlade rådet.⁶ Rättsförhållandet mellan rådgivare och konsument kan således, förutom genom formella avtalsslut, uppkomma genom kundens befogade tillit i en given situation.

En särskild fråga är om ett sådant uppdragsförhållande kan anses uppkomma på annat sätt än via personlig kontakt, t.ex. via Internet. Som framgått ovan torde det vara möjligt att som rådgivning betrakta innehållet i s.k. newsletters till en identifierbar krets av personer. Internet ger därtill möjligheten till interaktivitet, dvs. "kommunikation" mellan en webbplats och en konsument. Konsumenten kan på webbplatsen ange sina personliga behov och önskemål avseende exempelvis placering av sparmedel och erhåller mot bakgrund av de lämnade uppgifterna råd om lämpliga alternativ. Det synes inte finnas några principiella invändningar mot att betrakta även den ovan beskrivna situationen som ett uppdragsförhållande, på samma sätt som även köpeavtal och andra typer av avtal kan ingås via Internet. För att ett uppdragsförhållande skall anses uppstå torde dock krävas just en sådan individualiserad rådgivning som här beskrivits. Information av massmedial karaktär, ställd till

⁶ Jan Kleineman, Rådgivares informationsansvar – en probleminventering, Svensk Juristtidning 1998 s. 187

en vid krets av personer, torde ju som beskrivits ovan falla utanför det ansvarsgrundande området.

2.4 Vilka krav kan ställas på finansiell rådgivning?

2.4.1 Rättskällor

Som framgått ovan finns ingen särskild lagstiftning som reglerar finansiell rådgivning med avseende på rådgivares skyldigheter. Ett regelverk som skulle ligga nära till hands att tillämpa på ett rådgivningsuppdrag är de bestämmelser om sysslomän m.m. som finns intagna i 18 kap. handelsbalken. Bestämmelserna, som har sin grund i 1734 års lag, medför bl.a. skyldighet för uppdragstagaren att visa omsorg vid fullgörandet av uppdraget.

Åsikterna går dock isär beträffande bestämmelsernas tillämplighet med avseende på finansiell rådgivning. Enligt Bertil Bengtsson synes immateriella uppdrag som har karaktär av bl.a. rådgivning falla utanför bestämmelsernas tillämpningsområde.⁷ Bestämmelserna i 18 kap. handelsbalken synes enligt Jan Hellner vara direkt tillämpliga endast på personliga uppdrag, dvs. uppdrag där en utpekad person skall utföra uppdraget, vilket skulle utesluta en tillämpning på uppdrag som utförs av finansiella företag.⁸ Hellners åsikt på den punkten motsägs dock av senare praxis från Högsta domstolen (se t.ex. NJA 1992 s. 16). Lars Gorton menar dock att man i avsaknad av speciell reglering avseende finansiell rådgivning synes få falla tillbaka på bl.a. bestämmelserna i 18 kap. handelsbalken.⁹ Det förefaller mot denna bakgrund oklart om bestämmelserna kan tjäna som underlag för en bedömning av rådgivares ansvar. I vilket fall är bestämmelserna ålderdomligt utformade och, med något undantag, till föga vägledning för att studera rådgivarens prestation och ansvar. Grunden för en rättslig analys i fråga om rådgivarens skyldigheter får därför vara de allmänna principer som kan utläsas av rättspraxis och doktrin.

HD har i ett antal rättsfall tagit ställning till vad som kan krävas av den som tillhandahåller rådgivning eller ägnar sig åt annan närliggande verksamhet. Även om det inte i alla fall handlat om finansiell rådgivning torde ledning kunna hämtas utifrån de krav som

⁷ Bertil Bengtsson, a.a. s. 150 och 172

⁸ Jan Hellner, Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt (1984), s. 174 ff och 196 f

⁹ Lars Gorton, Finansiella institutioners rådgivningsansvar – kommentarer i anslutning till nyare litteratur, Juridisk Tidskrift 1998-99 s. 305

kan ställas på rådgivare i allmänhet. Den följande redovisningen är inte uttömmande, utan syftar till att peka på de olika frågeställningar som aktualiseras. Bedömningsgrunderna för rådgivares skyldigheter kan delas upp på två områden: metodansvaret och informationsansvaret.

Genom att fastställa de handlingsnormer som skall gälla för finansiella rådgivare kan också bedömas om rådgivaren i ett visst fall har avvikit från dessa, dvs. om rådgivaren har agerat vårdslöst (som synonyma begrepp kan användas oaktsamt eller försumligt). Denna bedömning brukar kallas för culpabedömning. Culpabedömningen ligger sedan till grund för att avgöra frågan om rådgivarens eventuella skadeståndsskyldighet. De rättsfall som redogörs för nedan utgör exempel på sådana bedömningar.

2.4.2 Metodansvaret

Med metodansvar avses att vid bedömningen av rådgivarens skyldigheter utgå från en norm för hur denne bör gå tillväga för att skaffa information att vidareförmedla till konsumenten. Detta innebär att det inte är uppgiften som lämnas som är avgörande. I stället bedöms om rådgivaren har gjort sina bedömningar med en fackmannamässig undersökning som grund, ofta uttryckt som god sed på området.

Det finns ett utvecklat metodansvar för flera yrkesgrupper. Exempelvis skall fastighetsmäklare iaktta god fastighetsmäklarsed och försäkringsmäklare skall iaktta god försäkringsmäklarsed. Begreppet god sed kan ses som ett uttryck för den norm som ger metodansvaret dess innehåll. I förarbetena till lagen (1989:508) om försäkringsmäklare uttalades i syfte att precisera begreppet god försäkringsmäklarsed följande.

När det gäller att bestämma innebörden av detta begrepp får man i första hand söka vägledning i vad som i allmänhet anses gälla beträffande anskaffningsverksamhet inom försäkringsområdet. Begreppet bör dock kunna utvecklas och förändras över tiden; dess innebörd får bero av utvecklingen i försäkrings- och försäkringsmäklarbranscherna, mäklarorganisationers rekommendationer till sina medlemmar samt rättspraxis såväl i mål vid de allmänna domstolarna om skadestånd e.d. som i ärenden hos försäkringsinspektionen.¹⁰

¹⁰ Prop. 1988/89:136 s. 38 f

HD har prövat frågan om bl.a. revisorers och advokaters ansvar med avseende på metod. För sådana grupper finns dock vägledande regler beträffande metod som kan tjäna som utgångspunkt vid en rättslig prövning.

HD har i ett klassiskt rättsfall från år 1957 – NJA 1957 s. 621 – prövat frågan om skadeståndsskyldighet för en praktiserande jurist. Frågan var om juristen agerat försumligt vid fullgörandet av ett uppdrag för en klient. Juristen hade för klienten beskrivit gällande rätt felaktigt. HD fastställde tingsrättens dom som innehöll följande bedömning med avseende på juristens arbetsmetod:

Det framgår icke klart av lagtexten, att förmånsrätten går förlorad vid företagets flyttning och 1904 års avgörande av HD, vari denna princip fastslås, fanns icke anmärkt i 1952 års lagedition. Trots detta borde H., därest han ägnat frågan tillbörlig uppmärksamhet, kunnat skaffa sig tillfredsställande kunskap i saken bl.a. därför att, såsom Gyllin påpekat, frågan är klarlagd i Östen Undéns år 1927 utgivna, bland jurister allmänt kända arbete Svensk sakrätt.

I rättsfallet NJA 1987 s. 692 hade HD att bedöma felaktiga uppgifter i ett värderingsintyg. HD konstaterade inledningsvis att det förekommit felaktiga uppgifter i intyget som lett till att det i intyget angivna värdet på en fastighet blivit helt verklighetsfrämmande. Vad gäller oaktsamhetsbedömningen uttalade HD följande.

Vid fastighetsvärdering går det knappast att komma fram till ett värde, som blir lika högt oavsett vilken kunnig värderingsman som utför värderingen. Värdering av fast egendom är nämligen i mycket avhängig av värderingsmannens uppfattning om marknaden och om den aktuella fastigheten. Ett avsevärt utrymme måste därför finnas för värderingsmannens egen bedömning. Betydande avvikelse mellan värderingsmannens uppskattning och vad som i efterhand visar sig vara fastighetens faktiska värde måste tillåtas utan att en värderingsman kan anses ha förfarit försumligt. I förevarande fall är det emellertid inte fråga om ett uppskattningsfel utan om en oriktig och vilseledande uppgift beträffande ett faktiskt förhållande, nämligen möjligheten av exploatering för bebyggelse.

De ovan beskrivna rättsfallen har alltså det gemensamt att de tar sikte på en bedömning av hur uppdragstagaren har arbetat, t.ex. om

denne gjort tillräckliga efterforskningar eller undersökt alla relevanta omständigheter så långt det kan krävas.

Frågeställningar kring metodansvaret har också utvecklats i litteraturen. Exempelvis kan rådgivarens möjlighet att fullt ut tillämpa en allmänt godtagen metod – eller god sed i branschen – begränsas av det uppdrag han fått. Uppdragsgivaren kan vara i behov av en mycket snabb bedömning, samtidigt som han eller hon inser att frågan egentligen kräver en mer ingående analys. I ett sådant fall har rådgivarens ansvar ansetts kunna begränsas. Den synpunkten har samtidigt framförts att det närmast åvilar rådgivaren att säkra bevisning om detta förhållande.¹¹

Något särskilt uttryckt metodansvar i lag eller annan författning finns inte med avseende på finansiella rådgivare. I litteraturen finns delade meningar om det ändå kan anses föreligga ett sådant ansvar. Anne-Marie Pålsson och Per Samuelsson menar att ett sådant ansvar borde kunna utkrävas genom att finansiella rådgivare enligt författarna har att stödja sin rådgivning på vetenskap och beprövad erfarenhet. Pålsson och Samuelsson menar att rådgivaren skall känna till och i sin rådgivning tillämpa vissa grundläggande ekonomiska teoribildningar och för det fall så inte har skett bör oaksamhet presumeras.¹² Johan Lycke menar å andra sidan att ett metodansvar kan föreligga endast när själva metoden kan utläsas direkt av vägledande regler eller rekommendationer. Det skulle enligt Lycke vidare innebära stora svårigheter för domstolarna att tillämpa ett sådant ansvar eftersom någon enhetlig metod inte skulle kunna användas som norm då rådgivning alltid måste vara individuellt anpassad.¹³

Oavsett vilken ståndpunkt som får anses väga tyngst, kan dock slutsatsen dras att ett metodansvar för finansiella rådgivare bör ha sin grund antingen i någon form av regelverk eller i etablerad praxis i branschen. Frågan synes dock inte prövad i praxis såvitt avser ansvar vid finansiell rådgivning.

2.4.3 Informationsansvaret

Förutom metodansvaret kan rådgivarens prestation bedömas efter vad som kan kallas ett informationsansvar. Härmed avses ansvar för den information som rådgivaren förmedlar – eller underlåter att

¹¹ Kleineman, a.a. s. 191

¹² Anne-Marie Pålsson och Per Samuelsson, Banks ansvar för ekonomisk rådgivning, Svensk Juristtidning 1999 s. 548 ff

¹³ Johan Lycke, Banks ansvar vid placeringsrådgivning, Svensk Juristtidning 2000 s. 519 ff

förmedla – till konsumenten. Även frågan om hur informationen har förmedlats är av betydelse. HD har, till skillnad från vad som är fallet beträffande metodansvaret, i ett flertal rättsfall bedömt informationsansvaret vid rådgivning och närliggande verksamhet.

Informationsansvaret vid finansiell rådgivning har även uppmärksammats i litteraturen. Liksom beträffande metodansvaret går meningarna isär om vilka utgångspunkter som bör gälla och vilka slutsatser som bör dras av praxis. Enligt Johan Lycke bör utgångspunkten vara att det är allmänt veterligt att placeringar i finansiella instrument innebär ett risktagande och att det därmed inte heller kan finnas en skadeståndssanktionerad skyldighet att informera om dessa risker såvitt gäller sådana finansiella instrument som aktier, obligationer eller fondandelar. För det fall rådgivaren på grund av sina kunskaper om kunden borde förstå att kunden inte är medveten om riskerna, föreligger dock enligt Lycke en informationsskyldighet. Lycke menar vidare att vid rådgivning avseende s.k. derivatinstrument (optioner, terminer m.m.), som innebär ett särskilt risktagande, finns alltid en informationsskyldighet vad gäller de särskilda riskerna. Ett sådant ansvar synes enligt Lycke i vart fall gälla för det fall investeringarna kan leda till att konsumenten ådrar sig skulder och inte endast förlorar insatt kapital.¹⁴

Allmänna reklamationsnämnden (ARN) synes ha fört ett liknande resonemang i ett avgörande från år 1994. ARN uttalade följande.

Normalt kan en rådgivare inte hållas ansvarig för att en sådan kapitalplacering givit ett annat resultat än man förväntat sig. Annorlunda förhåller det sig dock om rådgivaren varit sviklig eller gjort utfästelser om faktiska omständigheter som saknat grund (ärende nr 94-0670, se Pålsson och Samuelsson, a.a. s. 538.)

En analys av HD:s praxis ger möjligen en mer nyanserad bild av informationsansvaret vid finansiell rådgivning, även om det kan diskuteras i vilken utsträckning rättsfallen kan appliceras på just denna verksamhet.

I NJA 1994 s. 532 hade HD att bedöma om en provningsanstalt förfarit värdeslöst vid redovisning avseende en teknisk analys. Frågan gällde huruvida uppgifterna i redovisningen varit ofullständiga och ägnade att föranleda missförstånd och om skadeståndsansvar på grund härav skulle kunna inträda. HD uttalade följande.

¹⁴ Lycke, a.a. s. 509 ff

Det måste anses åligga den uppdragstagare som mot betalning åtar sig att utföra en tekniskt komplicerad analys att redovisa resultaten av denna analys på ett sätt som tillåter uppdragsgivaren att dra rimliga och korrekta slutsatser av dessa resultat. Av särskild vikt är att analysresultaten inte framläggs på ett sätt som är ägnat att skapa missförstånd om deras innebörd. Behovet av klarläggande uttalanden kan dock variera beroende på omständigheterna, varvid särskilt den kunskap som kan antas föreligga hos uppdragsgivaren framstår som betydelsefull.

Samma principiella resonemang förde HD i NJA 1994 s. 598. Fråga var här om skadeståndsansvar för en bank på grund av värdslös rådgivning avseende transaktioner i syfte att undkomma realisationsvinstskatt. HD uttalade följande.

Allmänt sett är det påkallat att den som lämnar rådgivning i komplicerade rättsfrågor fäster uppdragsgivarens uppmärksamhet på om prejudikat saknas och om rättsläget av denna eller någon annan anledning kan vara osäkert. Behovet av att sådan information lämnas måste emellertid vara beroende av vem uppdragsgivaren är, vilka kvalifikationsgrunder han har och om han redan känner till problematiken. Fall kan tänkas då det framstår som så uppenbart att rättsläget är osäkert att ett särskilt påpekande härom får anses onödigt.

Även i NJA 1995 s. 693 har frågeställningen berörts. HD hade att bedöma en fondkommissionärs ansvar rörande information kring riskerna med handel med indexoptioner. Enligt då gällande allmänna råd på området måste en fondkommissionär bl.a. förvissa sig om att kunden har fått fullt klart för sig vilka risker som är förenade med marknaden och de särskilda förhållanden som råder. HD uttalade beträffande de allmänna rådets betydelse följande.

Mot nu angivna bakgrund får av reglerna i de allmänna råden angående optionshandel särskilt den tillmätas betydelse som anger att en fondkommissionär måste förvissa sig om att en kund har fått fullt klart för sig vilka risker som är förenade med att ställa ut optioner. Detta bör ses som ett krav vid handel med sådana derivata instrument för att fondkommissionären skall anses fullgöra sitt uppdrag med tillräcklig omsorg.

Med hänsyn till vad fondkommissionären kände till om kunden konstaterade dock HD följande.

Med hänsyn till nu angivna förhållanden får det anses att [fondkommissionären] inför den fortsatta handeln med indexoptioner hade fog för uppfattningen att [kunden] var tillräckligt medveten om de särskilda riskerna med handel med indexoptioner. [Fondkommissionären] kan då inte anses ha brustit i omsorg genom att inte informera honom om riskerna.

NJA 1997 s. 65 rörde en besiktningsmans ansvar för upplysningar i samband med besiktning av en fastighet. Besiktningsmannen hade påtalat att ventilationsöppningar saknades i takfoten, men hade inte särskilt upplyst om att detta förhållande medförde risk för rötskador. HD fann det inte styrkt att besiktningsmannen lämnat sådana upplysningar att uppdragsgivarna kunnat inse risken med takkonstruktionen och uttalade följande.

Genom att inte lämna [uppdragsgivarna] tillräckliga upplysningar för att de skulle kunna inse den risk som takkonstruktionen medförde har [uppdragstagaren] varit oaktsam när han utförde besiktningsuppdraget.

Det finns emellertid även begränsningar i hur långt en rådgivare måste gå i sin skyldighet att informera kunden. HD uttalade i rättsfallet NJA 1992 s. 502 följande.

Allmänt sett har en rådgivare med sakkunskap i skattefrågor långtgående förpliktelser, när det gäller att belysa en tilltänkt transaktions skattekonsekvenser. En försummelse kan leda till skadeståndsansvar (---). Om en skatterådgivare vid sådana avtalsförhandlingar som de i målet aktuella hade underlåtit att över huvud taget peka på problemet med förlustavdrag är det sålunda ej uteslutet att skadeståndsskyldighet skulle kunna inträda. Man bör däremot vara försiktig med att lägga en rådgivare till last som försumlighet att han inte föreslagit sådana problemlösningar som är komplicerade till sin konstruktion eller svärbedömda från skatterättslig synpunkt.

Den princip som kan utläsas av de ovan refererade rättsfallen har i litteraturen benämnts *den pedagogiska plikten*.¹⁵ Principen innebär

¹⁵ Kleinman, a.a. s. 188

att rådgivaren, för att uppfylla de krav som ställs på honom eller henne, inte bara måste ha kunskap om ämnet för rådgivningen. Rådgivaren måste därtill göra sig en bild av uppdragsgivarens förkunskaper och möjlighet att tillgodogöra sig information och sedan anpassa sin rådgivning därefter.

2.5 Skadeståndsansvar

Den ovan beskrivna bedömningen tar alltså sikte på att avgöra i vilken mån rådgivaren har agerat vårdslöst. Om rådgivaren bedöms ha agerat vårdslöst, dvs. om han eller hon har överträtt de lagregler eller andra handlingsnormer som gäller på området, är han eller hon enligt praxis också skyldig att ersätta den skada som den vårdslösa rådgivningen har orsakat. Rådgivare har alltså ett i praxis fastställt s.k. culpaansvar, dvs. en skyldighet att utge ersättning för skador som har orsakats genom vårdslös rådgivning.

Nedan följer en kort beskrivning av de regler och principer som aktualiseras vid fastställandet av ett sådan skadeståndsskyldighet och vid bestämmande av skadeståndets storlek.

2.5.1 Skadeståndslagen m.m.

Eftersom särskild reglering avseende finansiell rådgivning saknas, begränsas diskussionen om skadeståndsskyldigheten till allmänna skadeståndsrättsliga bestämmelser och den skadeståndspraxis som utvecklats samt till doktrin i anslutning till denna praxis.

Den skada som är aktuell att ersätta i samband med finansiell rådgivning torde uteslutande utgöra s.k. ren förmögenhetsskada. Härmed avses enligt 1 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207) sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada.

Enligt 2 kap. 2 § skadeståndslagen skall den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott ersätta skadan. I övrigt hänvisas enligt 1 kap. 1 § skadeståndslagen till speciallagstiftning eller till vad som föranleds av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden. Den s.k. spärregeln i 2 kap. 2 § skadeståndslagen kan vid en strikt tolkning anses innebära att ersättning för ren förmögenhetsskada endast kan utgå antingen om skadan vållas genom brott eller om den uppstår i ett kontraktsförhållande och är

ersättningsgill enligt de regler som gäller härför. En sådan tolkning torde dock vara alltför snäv.

Av förarbetena till lagen framgår att bestämmelsen i 2 kap. 2 § skadeståndslagen inte får läggas till grund för motsatslut. Vidare framgår av förarbetena att regler eller grundsatser i den lagstiftning som kompletterar skadeståndslagen på det avtalsrättsliga området kan ha betydelse också om något avtal inte föreligger, men situationen uppvisar kontraktsliknande drag.¹⁶

HD har i det ovan refererade rättsfallet NJA 1987 s. 692, i samband med bedömning av uppdragstagarens ansvar gentemot annan än uppdragsgivaren, uttalat följande.

Huvudregeln i svensk rätt är enligt 2 kap. 4 § (*numera 2 kap. 2 §, min anm.*) skadeståndslagen att ren förmögenhetsskada ersätts om den har vållats genom brott. För att skadan skall vara ersättningsgill i annat fall krävs – bortsett från kontraktsförhållanden – i princip stöd i lag. Lagregler av sådant innehåll finns bl.a. i den immaterialrättsliga lagstiftningen och i vissa nyare lagar på personlighetsskyddets område. Av skadeståndslagens förarbeten framgår att avsikten med lagens bestämmelse ej varit att lägga hinder i vägen för en rättsutveckling genom rättspraxis i riktning mot ett vidgat ansvar för ren förmögenhetsskada (NJA II 1972 s. 609). Också före skadeståndslagens tillkomst har rättspraxis på vissa områden lagt fast skyldighet att ersätta sådan förmögenhetsskada vid värdslöshet utanför rena kontraktsförhållanden. Sedan lång tid tillbaka har i rättspraxis skadeståndsansvar godtagits beträffande felaktiga vederhäftighets- och vittnesintyg samt soliditetsupplysningar.

Det synes således vara lagstiftarens avsikt att det skall vara möjligt att erhålla ersättning för ren förmögenhetsskada under vissa förutsättningar även om ett kontraktsförhållande inte föreligger. Så länge rättsförhållandet i fråga om rådgivare och konsument är att hänföra till den kontraktuella sfären eller i vart fall är att bedöma som kontraktsliknande, torde skadestånd dock kunna utgå inom ramen för kontraktsrättsliga principer, genom direkt tillämpning eller analogivis.

¹⁶ Prop. 1972:5 s. 448 och 568

2.5.2 Skadebedömningen och bevisbördan

HD har i rättsfallet NJA 1991 s. 625 prövat frågan om bestämmande av ersättning för skada orsakad av att fastighetsmäklare lämnat felaktig uppgift om beskattning av realisationsvinst och har samtidigt uttalat sig om bevisbördans placering. HD uttalade följande.

För att en felaktig upplysning rörande möjligheterna till uppskov med realisationsvinstbeskattning skall kunna medföra rätt till skadestånd torde i princip krävas att uppdragsgivaren visar att han inte skulle ha sålt fastigheten vid den tidpunkt då så skedde, om han hade fått riktiga uppgifter. HovR:n har funnit att [uppdragsgivaren] fullgjort denna beviskyldighet. Anledning saknas att frångå HovR:ns bevisvärdering. [Uppdragsgivaren] har således till följd av [uppdragstagarens] försummelse blivit skyldig att betala ett skattebelopp som hon eljest inte skulle ha betalat, i vart fall inte vid den aktuella tidpunkten. Hon har därigenom lidit ekonomisk skada.

I fall som det förevarande är det i allmänhet inte möjligt att med bestämdhet fastställa vilken den ekonomiska skadan slutligen blir. Den kan påverkas av t.ex. framtida fastighetsförsäljningar och ändringar i skattelagstiftningen. Om inte mäklarens ansvar skall bli illusoriskt i strid med lagstiftningens syfte, kan i vart fall inte uppdragsgivaren åläggas någon beviskyldighet för sådana ovissa, i framtiden liggande faktorer. I stället måste utgångspunkten för skadebedömningen vara, att mäklaren faktiskt har orsakat uppdragsgivaren en viss utgift som denne inte skulle ha haft. Att det har inträffat är uppdragsgivarens sak att visa. Har det blivit visat, får skadan anses svara mot utgiften, i den mån inte mäklaren har gjort sannolikt att den i det aktuella fallet blir mindre.

Bevisbördans placering i enlighet med HD:s resonemang kan sammanfattas på det sättet att uppdragsgivaren har att visa att han eller hon har vidtagit en handling i förlitan på ett lämnat råd och att denna handling orsakat en utgift som han eller hon annars inte skulle ha haft. Skadan anses motsvara utgiften om inte uppdragsgivaren gör sannolikt att skadan är mindre.

Vad gäller bestämmandet av skadan kan den vid annan finansiell rådgivning än skatterådgivning framstå som mer komplicerad. Vad gäller placering i värdepapper kan väl tänkas situationer där uppdragsgivaren drabbas av rena kostnader p.g.a. rådgivningen, t.ex. genom en oväntad skatt på realisationsvinst. Det finns dock också mer svårbedömbara situationer. Som exempel kan nämnas att en

viss placering i värdepapper har gett ett sällsynt dåligt utfall eller resulterat i ren förlust. För det fall förlust har uppstått torde HD:s ovan beskrivna resonemang kunna tillämpas, dvs. att skadan motsvarar förlusten och att uppdragsgivaren genom skadeståndet ställs i samma läge som han befann sig före den handling som vidtagits p.g.a. rådgivningen. Om rådgivningen inte resulterat i förlust, men ändå skapat ett dåligt utfall på insatt kapital, möter dock svårigheter att bedöma en eventuell skadas storlek. Spekulationer kring ett "normalutfall" på börsen eller en jämförelse med en alternativ riskfri placering, t.ex. avkastningen på ett vanligt inlåningskonto i bank, framstår som osäkra. Som konstaterats ovan torde dock rådgivaren inte kunna göras ansvarig avseende rena bedömningsfrågor av subjektiv karaktär, såsom vid en alltför optimistisk bedömning av utvecklingen på börsen, åtminstone inte i den mån rådgivaren vid sin bedömning använt sig av en allmänt godtagbar metod.

Intressant är vidare vad HD uttalat om att uppdragsgivaren inte kan åläggas någon bevisskyldighet för ovisa, i framtiden liggande faktorer. Den skada som konsumenten kan drabbas av vid en dålig placering i finansiella instrument kan naturligtvis komma att minska eller öka med tiden. Av HD:s resonemang tycks följa att konsumenten inte behöver ge sig in i spekulationer av det slaget i samband med bevisning rörande skadans omfattning.

I praxis har vidare utvecklats allmänna principer vad gäller beviskravet i bl.a. konsumenttvister. HD har i flera fall haft anledning att pröva vilken grad av bevisning som krävs för att styrka att en uppkommen skada haft en viss angiven orsak. I samband med prövning av ersättningsskyldighet för skador där det ansetts föreligga särskilda svårigheter att lägga fram fullständig bevisning om att andra skadeorsaker varit uteslutna, har HD uppställt ett något lägre beviskrav än vad som normalt gäller. HD har därvid preciserat beviskravet som att den påstådda förklaringen med beaktande av samtliga omständigheter skall framstå som klart mer sannolik än motpartens förklaring (se t.ex. NJA 1991 s. 481). Principen har använts i såväl utomobligatoriska förhållanden som i kontraktsrättsliga sammanhang. Det ovan beskrivna lägre beviskravet har tillämpats i samband med bevisning av orsakssamband av komplicerad teknisk natur eller vid komplicerade händelseförlopp, t.ex. när det gällt föroreningar orsakade av miljögifter. Principen är därtill genom 32 kap. 3 § tredje stycket miljöbalken kodifierad såvitt avser vissa miljöskador. Det framstår inte som sannolikt att motsvarande situation skulle uppkomma i samband med skada orsakad av finansiell rådgivning. Principen bör därför inte tas som utgångspunkt vid en bedömning av det befintliga

punkt vid en bedömning av det befintliga konsumentskyddet i samband med finansiell rådgivning.

2.5.3 Begränsning av ansvaret

Även om en finansiell rådgivare bedöms ha agerat värslöst och utgångspunkten därmed är att skadeståndsskyldighet föreligger, finns ett antal faktorer som kan påverka både skyldigheten att utge ersättning över huvud taget och ersättningens storlek.

Friskrivning

Med friskrivning avses att en part i ett avtalsförhållande på avtalsrättsliga grunder helt undgår ansvar eller i vart fall begränsar det ansvar han eller hon annars skulle ha haft. Eftersom särskild lagstiftning saknas på området för finansiell rådgivning och det därmed inte heller finns tvingande konsumentskyddande bestämmelser, råder i princip avtalsfrihet. Det kan därför inte bortses från möjligheten att de finansiella företagen skulle använda sig av sådana friskrivningsklausuler för det fall tvisterna på området skulle öka. En jämförelse kan därvid göras med besiktningsmäns utlåtanden i samband med besiktning av fastigheter, där friskrivningar av olika slag gentemot uppdragsgivaren är allmänt förekommande.

Det kan först konstateras att finansiell rådgivning sällan föregås av skriftliga avtal och att möjligheten att i standardavtal införa generella friskrivningsklausuler därför är begränsad. Vidare torde karaktären av finansiell rådgivning såsom ett förtroendeuppdrag göra det svårt för en rådgivare att inledningsvis och inför konsumenten förklara att han eller hon inte tar något ansvar för de råd som kommer att lämnas.

Om friskrivningar trots allt görs – i särskild handling, standardavtal eller muntligt – är det inte självklart att dessa får avsedd verkan. Det är en okodifierad princip att klausuler enligt vilka en part friskriver sig från ansvar för uppsåt eller grov oaktsamhet i regel är oskäliga. Principen har sitt främsta lagstöd i 36 § avtalslagen.¹⁷ Vad gäller friskrivning för skada orsakad av oaktsamhet som inte är grov framstår dock rättsläget som oklart. I det ovan refererade rättsfallet NJA 1987 s. 692, som gällde en värderingsmans ansvar

¹⁷ Ulf Bernitz, Standardavtalsrätt, 6.e uppl. (1993), s. 88 f

mot tredje man, uttalade HD att skadeståndsskyldighet för den som yrkesmässigt åtar sig att utföra fastighetsvärderingar kan inträda mot såväl uppdragsgivaren som mot tredje man "... såvida inte förbehåll om frihet från sådant ansvar gjorts i intyget." Uttalandet tyder på att friskrivning således skulle vara möjlig. En alltför generell friskrivning riskerar dock alltid att bedömas som oskälig enligt 36 § avtalslagen och friskrivningen förlorar därmed avsedd verkan.¹⁸ Sådana villkor kan också, på marknadsrättslig och civilrättslig grund, angripas med stöd av lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

Skyldighet att begränsa skadan

Inom kontraktsrätten och i den utomobligatoriska skadeståndsrätten gäller som en allmän princip att den skadelidande skall söka begränsa sin skada.¹⁹ Principen kommer också till uttryck i specialregler, t.ex. 70 § köplagen (1990:931). Underlåtenhet att begränsa skadan bedöms i kontraktsförhållanden ofta enligt en kausalitetsregel, dvs. skadeståndet jämkas inte efter skälighet utan sätts till det belopp som förlusten skulle ha uppgått till om den skadelidande hade handlat som han bort.²⁰ Principen kan ses som ett specialfall av den s.k. medvällanderegeln som beskrivs närmare nedan.

En tänkbar situation där konsumentens agerande kan inverka på skadeståndsskyldigheten är att denne, medveten om att en viss placering leder till förlust och att denna förlust ökar, inte vidtar åtgärder i form av försäljningar av förlustbringande instrument eller på annat sätt begränsar sin skada. Tvärtom kan också anföras att konsumenten genom att avvakta kan komma att erhålla en bättre avkastning på insatt kapital. Även om konsumenten inte varit vållande till den skadebringande orsaken inledningsvis – detta antas ha skett genom vårdslös rådgivning – kan konsumentens agerande således påverka skadans storlek.

Frågan synes dock inte vara behandlad i praxis med avseende på finansiell rådgivning eller närliggande verksamhet. Rättsläget i fråga om hur långtgående konsumentens skyldigheter är får därmed betraktas som oklart.

¹⁸ Kleineman, a.a. s. 205

¹⁹ Jan Hellner, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt 2* häftet andra uppl. (1993), s. 219

²⁰ Bertil Bengtsson, *Om jämkning av skadestånd* (1982), s. 214

Jämkning av skadestånd i övrigt

Bestämmelserna i skadeståndslagen (1972:207) är i princip tillämpliga även på skadestånd i kontraktsförhållanden, genom att det i 1 kap. 1 § denna lag stadgas att lagens bestämmelser gäller om inte annat föranleds av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden. Av detta stadgande kan dock också dras slutsatsen att det i kontraktsförhållanden finns anledning att göra betydande undantag från lagens regler. Inte desto mindre torde skadeståndslagens bestämmelser om jämkning kunna ges betydelse i samband med finansiell rådgivning, direkt eller analogivis.

Jämkning av skadestånd kan enligt 6 kap. 2 § skadeståndslagen komma i fråga om skyldigheten att utge skadestånd är oskäligt betungande med hänsyn till den skadeståndsskyldiges ekonomiska förhållanden och den skadelidandes behov av skadeståndet och övriga omständigheter.

Frågan om när ett skadestånd kan vara oskäligt betungande för skadevällaren hänger, åtminstone såvitt avser professionsansvar, samman med förekomsten av försäkringsskydd. I motiven till bestämmelsen anförs att ett skadestånd aldrig kan anses oskäligt betungande för den skadeståndsskyldige, om skadeståndet täcks av en ansvarsförsäkring eller om denne är att anse som självförsäkrare.²¹ Enligt Jan Kleineman innebär uttalandet i förarbetena att endast om yrkesutövaren kan anföra något ursäktligt misstag som medför att han av förbiseende missat att inneha eller att förnya en försäkring som han tidigare haft, det skulle te sig oskäligt att döma ut fullt skadestånd.²² Bertil Bengtsson menar att för det fall ansvarsförsäkring täcker skadan, skadeståndet aldrig kan anses så betungande att den skadeståndsskyldige har svårt att klara av betalningen.²³

Av resonemanget följer att storleken på den ersättning som utgår till konsumenten kan påverkas av om det finansiella företaget har en relevant ansvarsförsäkring. Finns en sådan försäkring utgår full ersättning, medan frånvaron av en försäkring skulle kunna medföra jämkning. En följd av ett sådant resonemang kan då vara att viljan att skapa försäkringslösningar motverkas, eftersom ett mindre utbud då skulle leda till lägre kostnader. För det fall marknaden erbjuder relevanta försäkringar uppkommer dock inte problemet, eftersom företaget då också är skyldigt att teckna en sådan försäk-

²¹ Prop. 1975:12 s. 176

²² Kleineman, a.a. s. 209

²³ Bengtsson, a.a. s. 254

ring. Enligt Kleineman torde försäkringsmarknaden i dag kunna erbjuda ett för svenska förhållanden nästan obegränsat skydd eftersom produkterna på denna marknad är internationella och förhållandena i andra länder medfört tillskapandet av mycket goda försäkringar.²⁴ Frågeställningen framstår därmed, under förutsättning det kommer att skapas ansvarsförsäkringar på den svenska marknaden, som teoretisk.

Jämkning kan vidare enligt 6 kap. 1 § andra stycket skadeståndslagen komma i fråga om vållande på den skadelidandes sida har medverkat till skadan. Ett sådant ansvar ligger, vad avser rena förmögenhetsskador, nära den ovan beskrivna skyldigheten för den skadelidande att begränsa skadan. I kontraktsförhållanden anses medvållanderegeln kunna åberopas vid vissa typer av ren förmögenhetsskada där den skadelidande kan lastas för annat än att han inte sökt begränsa en redan uppkommen förlust.²⁵ Vad gäller finansiell rådgivning torde den ovan beskrivna skyldigheten att begränsa skadan vara av större betydelse än den renodlade medvållanderegeln. Det som konsumenten i typfallet skulle kunna lastas för att är att inte i tid ha reagerat på uppkomna förluster och att inte själv ha vidtagit åtgärder för att begränsa dessa.

²⁴ Kleineman, a.a. s. 209

²⁵ Bengtsson, a.a. s. 216

3 Några exempel från Allmänna reklamationsnämndens praxis

För att belysa några av de principer som redovisats ovan följer nedan ett antal exempel på fall som varit föremål för prövning i Allmänna reklamationsnämnden. Även om inte alla fall tar direkt sikte på finansiella rådgivares skyldigheter och ansvar, belyser nämndens resonemang principer som är av betydelse även vad gäller den frågan.

En allmän beskrivning av Allmänna reklamationsnämnden med uppgifter om antalet ärenden med anknytning till finansiell rådgivning finns i avsnitt 5.4.

3.1 Vårdslös eller felaktig rådgivning

Anmälaren ägde aktier i ett företag som köptes upp av ett annat företag. Anmälaren erbjöds i samband med företagsförvärvet att, om han så önskade, i utbyte mot sina aktier få preferensaktier eller kontant betalning. Anmälaren valde preferensaktier. Anmälaren hävdade att informationen beträffande konsekvenserna av de olika alternativen var bristfällig. – Banken hävdade att anmälaren tillställts informationsbroschyrer i två omgångar och att det i dessa fanns utförliga beskrivningar av de olika alternativen. I broschyrerna fanns angivet ett telefonnummer dit kunderna kunde ringa för ytterligare information. Anmälaren hade att ta ställning till erbjudandet och göra ett eget val. – Nämnden menade att banken genom den information som sändes ut väl hade uppfyllt sitt informationsansvar. Enligt nämnden kan det inte anses ha ålegat banken att lämna information om någon förmodad värdeutveckling av det ena eller andra slaget, en värdeutveckling som under alla omständigheter inte med säkerhet hade kunnat förutses. Nämnden avslog yrkandet (ärende nr 2000-4256).

Anmälaren, som helt saknade erfarenhet av aktiehandel, hade gått in på ett bankkontor för att köpa aktier. Han efterfrågade om det fanns någon speciell person att tala med, men fick besked om att aktieaffärer gör man i kassan. Han fick ett antal blanketter som han fyllde i och beordrade därmed köp av tio olika aktieslag, där antalet aktier varierade mellan tre och 30 stycken. Anledningen var att han läst i en kvällstidning att det var bra att sprida riskerna. Senare under dagen blev han uppringd av banken och fick veta att courtageavgiften var 205 kr för varje aktieslag han köpt. Anmälaren gjorde gällande att banken borde ha upplyst honom om hur avgiften fungerade och att banken borde ha avrått honom från att genomföra köpen. – Banken anförde att all aktiehandel innebär risker och att banken inte tar ekonomiskt ansvar för kursutvecklingen. Banken menade dock att man i detta fall brustit i sin information och hade därför redan tidigare beslutat ersätta anmälaren genom återbetalning av courtageavgifterna för nio affärer och genom möjligheten till courtagefri försäljning av de aktier som han var missnöjd med. – Nämnden konstaterade att banken brustit i sin informationsskyldighet vad gäller kostnaden för de aktieposter anmälaren valde att köpa. Nämnden menade dock att banken väl gottgjort anmälaren för de kostnader han fått vidkännas. Den bristfälliga informationen kunde dock enligt nämnden inte innebära att banken även skulle ta ansvar för den förlustrisk som ett aktieköp kan medföra, en förlustrisk som måste anses vara allmänt känd. Nämnden avslog yrkandet (ärende nr 2000-3472).

Anmälaren hävdade att han på inrådan av den mäklare han anvisats av en bank hade utfärdat köpoptioner, som han inte hade täckning för, utan att ha informerats om riskerna. Resultatet blev att anmälaren fick en skuld till banken. Enligt anmälaren hade banken därmed genom värdslös rådgivning orsakat honom ekonomisk skada. – Banken hävdade att anmälaren hade undertecknat depåavtal, kundavtal och bekräftelse om mottagande av bl.a. riskinformation. Banken hävdade vidare att man vid sammanträffande mellan bankens rådgivare och anmälaren hade uttryckt att man p.g.a. riskerna inte kunde lämna särskilda råd om optionshandel och att anmälaren själv framhållit att han hade goda kunskaper om optionsaffärer. Rådgivaren informerade också vid tillfället muntligt om riskerna. Det var anmälaren själv som ville genomföra affärerna och rådgivaren bedömde efter flera kontakter med anmälaren och dennes far att anmälaren hade förstått affären och de risker som var förknippade med den. – Nämnden konstaterade att handlingarnas innehåll

inte visade att banken förfarit felaktigt eller värdslöst. Anmälaren hade därmed inte visat fog för sitt yrkande, vilket avslogs (ärende nr 2000-3251).

Anmälaren hade under åren 1995-2000 köpt och sålt optioner. Han hävdade att han under denna tid inte fått tillräcklig information och vägledning från banken och att han ännu inte fått reda på hur optionshandeln fungerar. – Banken hävdade att alla transaktioner gjorts uteslutande på anmälares uppdrag och att denne haft en bestämd uppfattning. Banken lämnade aldrig någon rådgivning till anmälaren. Anmälaren informerades om riskerna, bl.a. genom handlingar som denne undertecknat. Banken invände vidare att anmälaren i vart fall varit medvällande och att ett eventuellt skadestånd borde jämkas till noll, att anspråken i huvudsak var preskriberade och att reklamation inte skett i rätt tid. – Nämnden fann att anmälaren inte hade visat att banken genom att vara värdslös eller på annat sätt hade orsakat de förluster som anmälaren kunde ha drabbats av och avslog yrkandet (ärende nr 2000-2316).

Anmälaren hade köpt bankens aktieindexobligation och menade att banken brustit i sin information vad gällde villkoren för återbetalning. Anmälaren gjorde gällande att banken hade kritiserats i media för sin information och att informationen därefter hade ändrats. – Banken hävdade att den information som den lämnat till kunden var tydlig. – Nämnden menade att informationen varit både tydlig och korrekt och avslog yrkandet (ärende nr 2000-2284).

Anmälaren hade från banken fått upplysning om att för det fall order om försäljning av fondandel gavs till banken under bankens öppettid, så gällde den dagens kurs vid försäljningen. Banken uppmärksammade dock inte anmälaren på att en säljorder som ges efter kl 16.30 bokförs först nästkommande dag. Anmälaren kontaktade banken för försäljning kl 17.30 och försäljningen kom därmed att ske till en sämre kurs. – Banken vitsordade i huvudsak vad anmälaren anförde. – Nämnden konstaterade att bankens underlåtenhet att lämna fullständig och korrekt information borde innebära att banken, som är den som kan förväntas ha särskild sakkunskap om hur handeln bedrivs, har att svara för den kursförlust som drabbat anmälaren. Nämnden biföll yrkandet (ärende nr 2000-1972).

Anmälaren gjorde gällande att han av banken fått det felaktiga rådet att sälja de värdepapper (warrants) som han innehade. Genom att följa rådet förlorade han mycket pengar. – Banken hävdade att kunden själv fattar beslut att genomföra en affär. Bankens rådgivare gjorde bedömningen att det var lämpligt att sälja aktuella värdepapper, men någon garanti lämnades inte för effekterna av en försäljning. – Nämnden menade att ett sådant råd som banken lämnat inte kan grunda någon rätt till ersättning och avlog yrkandet (ärende nr 2000-1499).

Anmälaren hade på bankens förslag placerat pengar i en räntefond. Enligt anmälaren gjorde banken gällande att placeringen var trygg och skulle ge en avkastning om tio procent per år. Räntefonden visade dock efter en tid ett underskott och anmälaren löste in sina andelar med följderna att han fick betala en utträdesavgift. – Banken gjorde gällande att anmälaren på ett korrekt sätt informerats om risker och avgifter. – Nämnden menade att annat inte visats än att anmälaren hade fått information om villkor för placeringen och om utträdesavgiften. Mot bankens bestridande hade inte heller visats att banken lämnat någon särskild utfästelse om viss avkastning. Nämnden avlog yrkandet (ärende nr 1999-3523).

Anmälaren hade den 29 september 1998 förvärvat andelar i en fond. Fonden drabbades den 9 oktober 1998 av en nedgång med 54 procent. Anmälaren gjorde gällande att fondbolaget inte på ett korrekt sätt upplyst henne om fondens risknivå. – Bolaget hävdade att den information om risknivån som lämnades var korrekt. – Nämnden konstaterade att det inte hade funnits anledning för bolaget att förutse den nedgång som skedde. Vidare menade nämnden att anmälaren inte visat att bolaget hade lämnat vilseledande upplysningar om fondens risknivå vid tidpunkten för investeringen (ärende nr 1998-6567).

Anmälaren hävdade att han gett banken i uppdrag att köpa aktier till föregående dags slutkurs. Banken föreslog att han i stället skulle köpa till "bästa möjliga" kurs, men han informerades inte om vad detta innebar eller om att han kunde limitera ordern. Köpet blev dyrare än om han hade fullföljt sitt ursprungliga alternativ. – Banken gjorde gällande att anmälaren och banken diskuterat sig fram till vad som skulle gälla vid köpet och att parterna var överens. Banken hänvisade till ett telefonsamtal mellan banken och anmälaren som banken spelat in på band. – Nämnden menade att det fick

anses visat att anmälaren godtagit köp till bästa möjliga kurs och att han därvid inte kunde anses ha blivit vilseledd av banken. Nämnden avslog yrkandet (ärende nr 1998-6382).

3.2 Reklamation

Anmälaren gjorde gällande att han den 9 februari 2000 via Internet gjorde ett försök att makulera en köporder, vilket misslyckades. Köpordern gick därför igenom. – Banken invände bl.a. att anmälaren reklamerat för sent. Enligt allmänna villkor skall reklamation ske omedelbart. Anmälaren reklamerade inte förrän tidigast den 22 mars. – Nämnden fann att anmälaren inte reklamerat den felaktiga transaktionen i sådan tid att han kunde göra ersättningsanspråk gällande mot banken och avslog yrkandet (ärende nr 2000-3321).

Anmälaren gjorde gällande att en fondkommissionär hade vilselett honom att köpa okända aktier med mycket hög risk. Köpet ägde rum i mars 1997 och anmälan till Allmänna reklamationsnämnden gjordes i november 1999, utan att anmälaren dessförinnan hade reklamerat till bolaget. – Bolaget invände att reklamation skett för sent. För det fall reklamation skett i rätt tid gjorde bolaget gällande att anmälaren hade informerats om risken på sedvanligt sätt. – Nämnden konstaterade att anmälaren hade reklamerat för sent och avslog yrkandet (ärende nr 1999-6265).

Anmälaren framförde klagomål mot en fondkommissionär med anledning av en aktieaffär. Han köpte aktierna den 12 januari 1999. Han reklamerade affären via e-post den 13 januari 1999. – Företaget gjorde bl.a. gällande att reklamation skett den 14 januari 1999 och menade därvid att anmälaren reklamerat för sent. – Nämnden anförde beträffande reklamationsinvändningen att anmälaren hade gjort köpen i egenskap av konsument. Han borde därmed enligt nämnden, i likhet med vad som anges i den konsumentlagstiftning som finns inom närliggande områden, exempelvis konsumentköplagen (1990:932) och konsumenttjänstlagen (1985:716), ha rätt att reklamera inom skälig tid. Vad som skall anses vara en skälig tid varierar enligt nämnden från fall till fall. Nämnden konstaterade dock att det står klart att tiden är avsevärt längre än någon enstaka dag och anförde att reklamation, oavsett vilken av de två påstådda dagarna denna skett, hade gjorts i rätt tid (ärende nr 1999-0744).

3.3 Skyldighet för konsumenten att begränsa skadan

Anmälaren gjorde gällande att banken förfarit felaktigt i samband med inbyte av aktier med anledning av en företagsfusion. Han orsakades därigenom skada. – Banken medgav att den inte följt anmälares instruktioner, men gjorde gällande att banken i efterhand givit anmälaren sådan information att denne, om han hade agerat i enlighet därmed, kunde ha begränsat skadan till 0 kr. – Nämnden menade att, i enlighet med skadeståndsrättsliga principer, en potentiellt skadelidande part har skyldighet att i möjligaste mån begränsa eller förhindra en inträffad eller hotande skada föranledd av någon annans handlande. Nämnden menade att anmälaren inte hade gjort vad han kunnat för att undvika eller förhindra skadan och avslog yrkandet (ärende nr 1999-3706).

Anmälaren gjorde gällande att det faxnummer han fått av banken i syfte att kunna anmäla fondförsäljningar från utlandet var felaktigt. När han efter några misslyckade försök att skicka faxmeddelande till banken misstänkte att numret var felaktigt, försökte han ringa banken och skickade efter två dagar slutligen en förfrågan via e-post. Han fann det dock inte lämpligt att sälja vid detta tillfälle. Han kunde därmed inte sälja fondandelar vid den tidpunkt han önskat och orsakades därigenom förluster på grund av kursfall. – Banken medgav anmälaren viss ersättning fram till den tidpunkt då han förstätt av faxnumret var felaktigt. Banken invände för tiden därefter att anmälaren, när han förstätt att faxnumret var felaktigt, inte kontaktat bankens huvudkontor för att få hjälp. – Nämnden menade att anmälaren, när han misstänkte att faxnumret var felaktigt, inte gjorde någonting för att få till stånd en försäljning. Tvärtom valde han själv att avstå från försäljning detta datum därför att han inte ansåg det vara lämpligt med en försäljning då. Den förlust som uppkommit under tiden därefter är därmed en förlust som beror på anmälares egen spekulation om framtida kursutveckling. Nämnden menade att anmälaren fick anses gottgjord med den ersättning banken medgett (ärende nr 1999-3670).

3.4 Konsumentbegreppet

Anmälaren gjorde gällande att banken sålt värdepapper utan hans tillstånd. Av handlingarna i ärendet framkom att anmälaren under två års tid hade utfört omkring 900 transaktioner bestående i för-

säljningar eller köp. Anmälaren hade själv uppgett att han var en s.k. daytrader och att han sedan år 1998 hade gjort affärer för i genomsnitt cirka 5 miljoner kr per år. Nämnden ifrågasatte om anmälaren var att betrakta som konsument. Nämnden menade att anmälares verksamhet var kontinuerlig och av så stor omfattning att den – trots att anmälaren handlat som privatperson – snarast bör anses vara av yrkesmässig karaktär. Enligt nämnden hade de aktuella tjänsterna därmed inte tillhandahållits anmälaren huvudsakligen för enskilt bruk. Nämnden ansåg sig därmed inte behörig att pröva tvisten (ärende nr 2001-3188).

Anmälaren gjorde gällande att ett finansiellt företag hade påfört honom en överbeläning utan att likvida medel fanns på hans konto. Av handlingarna i ärendet framkom att anmälaren från september 2000 till februari 2001 genomförde 203 avslut. Anmälaren uppgav själv att han var en s.k. daytrader. Nämnden ifrågasatte om anmälaren var att betrakta som konsument. Enligt nämnden var anmälares verksamhet av så stor omfattning att hans handlande inte bara bör anses ligga utanför ett huvudsakligen enskilt ändamål utan snarare betraktas som en verksamhet av sådan ekonomisk natur och karaktär att den är att anse som yrkesmässig. Nämnden ansåg sig därmed inte behörig att pröva tvisten (ärende nr 2001-1724).

3.5 Kommentarer i anslutning till avgörandena

De ärenden som har redogjorts för ovan utgör endast exempel på ärenden som nämnden avgjort. Några säkra generella slutsatser om de principer som Allmänna reklamationsnämnden använder sig av i sina avgöranden kan därför inte dras. Nedan följer dock några korta reflektioner kring de ovan redovisade avgörandena.

Nästan samtliga ärenden har avgjorts till konsumentens nackdel, vilket kan ha flera orsaker. En förklaring till att så få konsumenter får framgång hos nämnden kan vara att företagen direkt, dvs. innan ärendena hinner nå nämnden, med konsumenten klarar ut rena missförstånd och liknande. Vidare kan det vara så att de finansiella företagen i sin klagomålshantering gottgör de konsumenter som har klart fog för sitt klagomål. En annan förklaring kan vara att det krävs relativt tydliga brister i företagets agerande för att nämnden skall anse att ansvar föreligger.

Vad gäller tidpunkten för reklamation har nämnden tagit fasta på de avtalsvillkor som gäller i det enskilda fallet, t.ex. att reklamation

enligt allmänna villkor skall ske omedelbart. Saknas sådana allmänna villkor synes dock enligt nämnden ledning kunna hämtas från annan jämförbar konsumentskyddande lagstiftning, av vilken framgår att konsumenten skall ha skälig tid på sig att reklamera.

Ansvar för företagen bygger på allmänna skadeståndsrättsliga principer. Således är konsumenten skyldig att begränsa sin skada genom aktivt handlande.

S.k. daytraders – dvs. privatpersoner som handlar med finansiella instrument i en mycket stor omfattning, ofta med flera avslut per dag – är enligt nämnden inte att betrakta som konsumenter. De kan därmed inte få sin sak prövad av Allmänna reklamationsnämnden.

4 Jämförelser med närliggande lagstiftning

4.1 Konsumenttjänstlagen

Det saknas allmän lagstiftning om s.k. immateriella tjänster. Till sådana tjänster brukar räknas exempelvis konsultverksamhet och undervisning. Även rådgivningsverksamhet torde vara att hänföra till denna typ av tjänster. I brist på särskilda regler hänvisas till allmänna kontraktsrättsliga principer när det gäller att bedöma parternas rättigheter och skyldigheter i samband med immateriella tjänster.

Till ledning för bedömning av avtal om immateriella tjänster i konsumentförhållanden förekommer dock analogivisa tolkningar av konsumenttjänstlagen (1985:716), även om lagen formellt endast är tillämplig på arbete på lösa saker och fast egendom samt förvaring av lösa saker. Ett par av lagens bestämmelser kan därför vara av intresse även med avseende på finansiell rådgivning till konsumenter. Bestämmelserna är tvingande till konsumentens förmån.

I 4 § regleras uppdragets utförande. Enligt bestämmelsen skall näringsidkaren utföra tjänsten fackmässigt. Han skall vidare med tillbörlig omsorg ta till vara konsumentens intressen och samråda med denne i den utsträckning som det behövs och är möjligt. Tjänsten skall enligt 9 § anses felaktig om den avviker från vad konsumenten med hänsyn till 4 § har rätt att kräva, även om avvikelserna beror på en olyckshändelse eller därmed jämförlig händelse. För det fall tjänsten anses som felaktig kan näringsidkaren bli skyldig att ersätta konsumenten skada som denne tillfogas.

Enligt 6 § skall näringsidkaren, om en tjänst med hänsyn till priset, värdet av föremålet för tjänsten eller andra särskilda omständigheter inte kan anses vara till rimlig nytta för konsumenten, avråda honom från att låta utföra tjänsten. Om det först efter att tjänsten har börjat utföras visar sig att den inte kan anses vara till rimlig nytta för konsumenten eller att priset för tjänsten kan bli betydligt högre än konsumenten hade kunnat räkna med, skall när-

ingsidkaren avbryta påbörjat arbete. Om näringsidkaren åsidosätter sina skyldigheter enligt 6 § och det finns starka skäl att anta att konsumenten i annat fall hade avstått från att beställa tjänsten eller hade avbeställt den, har näringsidkaren inte större rätt till ersättning än han skulle ha haft om konsumenten avstått från att beställa tjänsten eller hade avbeställt den.

Såväl bestämmelsen om omsorg och samråd som bestämmelsen om avrådningsplikt företer likheter med de principer för bedömningen av rådgivningsverksamhet som beskrivits ovan. Kravet på fackmässighet kan jämföras med resonemanget om metodansvar, medan omsorgs- och samrådsplikten företer likheter med den s.k. pedagogiska plikten.

4.2 Vissa yrkesgrupper

Det finns vissa yrkesgrupper vars verksamhet i en del avseenden kan anses ligga nära den finansiella rådgivarens och där särskild lagstiftning redan finns med avseende på dessa yrkesgruppers skyldigheter och ansvar. Nedan följer en kort beskrivning av den reglering som gäller för tre sådana yrkesgrupper: fastighetsmäklare, försäkringsmäklare och advokater.

Gemensamt för dessa är att deras verksamhet inte sällan riktar sig till konsumenter och att yrkesutövningen innehåller inslag av rådgivningsverksamhet. Fyra gemensamma, grundläggande krav kan sägas gälla för de tre grupperna. För det första uppställs för samtliga grupper särskilda kompetenskrav. De skall för det andra följa god sed inom respektive område. De har för det tredje ett culpaansvar, dvs. de ansvarar gentemot uppdragsgivaren för skada som de orsakat genom vårdslöshet, vilket i fråga om fastighetsmäklare och försäkringsmäklare är ett lagstadgat ansvar. För det fjärde står samtliga grupper under särskild tillsyn.

4.2.1 Fastighetsmäklare

Fastighetsmäklares verksamhet, vari ingår rådgivningsverksamhet, är reglerad genom särskild lagstiftning i fastighetsmäklarlagen (1995:400). Bestämmelserna är i huvudsak tvingande till konsumentens förmån.

Varje fastighetsmäklare skall vara registrerad hos Fastighetsmäklarnämnden, som också utövar tillsyn enligt lagen. För att en fas-

tighetsmäklare skall bli registrerad krävs bl.a. att han eller hon har tillfredsställande utbildning. Nämnden har möjlighet att återkalla en registrering bl.a. om fastighetsmäklaren inte uppfyller de krav som ställs i lagen.

Enligt 12 § skall fastighetsmäklaren utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och i allt iaktta god fastighetsmäklarsed. Mäklaren skall därvid tillvarata både säljarens och köparens intresse.

Fastighetsmäklaren skall vidare enligt 16 §, i den mån god fastighetsmäklarsed kräver det, ge köpare och säljare de råd och upplysningar som dessa kan behöva om fastigheten och andra förhållanden som har samband med överlåtelsen. Mäklaren skall verka för att säljaren före överlåtelsen lämnar de uppgifter om fastigheten som kan antas vara av betydelse för köparen, liksom att köparen före förvärvet undersöker eller låter undersöka fastigheten.

Då köparen är en konsument skall fastighetsmäklaren enligt 18 § tillhandahålla köparen en skriftlig beskrivning av fastigheten och en skriftlig beräkning av dennes boendekostnader.

Om fastighetsmäklaren uppsåtligen eller av oaktsamhet åsidosätter sina skyldigheter enligt ovan, skall han eller hon enligt 20 § ersätta den skada som till följd av detta drabbar köparen eller säljaren.

HD har i flera rättsfall prövat fastighetsmäklares ansvar. Av särskilt intresse från konsumentsynpunkt torde vara NJA 1997 s. 127 (I och II). Målen gällde om fastighetsmäklare är skyldig att verka för att köpets giltighet villkoras av att lån beviljas eller får övertas. HD menade att mäklaren hade en sådan skyldighet och anförde i NJA 1997 s. 127 I bl.a. att köparen kan bli skadeståndsskyldig för det fall ansökan om lån eller övertagande av lån inte beviljas. HD anförde vidare:

Det kan förutsättas att de flesta enskilda köpare inte inser denna följd och därmed inte heller den risk de utsätter sig för. (---) Mot bakgrund härav måste fastighetsmäklare, i fall då en köpare är beroende av att beviljas lån eller få överta lån för att kunna betala köpeskillingen, i princip anses skyldig att upplysa köparen om följderna av att han inte fullgör sin betalningsskyldighet enligt köpeavtalet på grund av att lån eller övertagande av lån inte kunnat ordnas samt råda köparen till att begära att beviljande eller övertagande av lån tas in som ett villkor för köpets giltighet. Med hänsyn till de långtgående ekonomiska konsekvenser som avslag på ansökan om lån eller om övertagande av lån kan få för köparen bör undantag från denna skyldighet föreligga endast då förhållandena är sådana att ett villkor av nämnda slag inte skulle tjäna något egentligt syfte. (---) Det förhållandet att en säljare

har förklarat för mäklaren att han inte godtar villkor av förevarande slag befriar inte mäklaren från att upplysa köparen om konsekvenserna av att köpeskillingen inte kan betalas och råda honom till hur han bör handla.

De båda fallen ger enligt Jan Kleineman inte bara upphov till en plikt att tillse att en villkorsklausul införs, utan ger också mäklaren anledning att tillse att han säkrar bevisning för att han verkligen lämnat ett sådant råd. Enligt Kleineman tycks det som om HD här särskilt har ställt konsumentintresset i förgrunden och att de båda rättsfallen representerar en ny och strängare syn på rådgivaransvaret.²⁶

4.2.2 Försäkringsmäklare

Även försäkringsmäklares verksamhet är föremål för särskild lagstiftning genom lagen (1989:508) om försäkringsmäklare. Försäkringsmäklare skall vara registrerad hos Finansinspektionen och står under inspektionens tillsyn. För att bli registrerad som försäkringsmäklare krävs bl.a. att sökanden har en tillfredsställande utbildning. Inspektionen kan under vissa förutsättningar återkalla registreringen.

Försäkringsmäklaren skiljer sig sätillvida från den typiske finansielle rådgivaren genom att han eller hon förmedlar försäkringar från flera från varandra fristående försäkringsgivare. Försäkringsmäklaren är således inte knuten till ett enskilt försäkringsbolag.

Försäkringsmäklare skall enligt 13 § utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och med iakttagande av god försäkringsmäklarsed. Försäkringsmäklare skall, i den utsträckning som omständigheterna kräver, klarlägga uppdragsgivarens behov av försäkring och, i förekommande fall, tjänster i samband med sparande samt föreslå lämpliga lösningar. Som framgått ovan avseende beskrivningen av metodansvaret (avsnitt 2.4.2) har begreppet god försäkringsmäklarsed preciserats i förarbetena. Vidare har Finansinspektionen utfärdat allmänna råd angående god försäkringsmäklarsed (FFFS 1995:52).

Om en försäkringsmäklare uppsåtligen eller av oaktsamhet åsidosätter sina skyldigheter enligt 13 §, skall han eller hon enligt 14 § ersätta den skada som till följd av detta drabbar en uppdragsgivare,

²⁶ Kleineman, a.a. s. 197

en försäkringsgivare, ett fondbolag, ett utländskt fondföretag eller någon som härleder sin rätt från uppdragsgivaren.

Försäkringsmäklares skadeståndsansvar var föremål för Högsta domstolens prövning i rättsfallet NJA 1992 s. 782. I målet hade en försäkringsmäklare mottagit försäkringshandlingar för två försäkringstagares räkning (båda var näringsidkare) innehållande bl.a. premieavivier. Försäkringsmäklaren översände handlingarna till försäkringstagaren. Premierna kom att inbetalas för sent, varför något försäkringsansvar inte kom att träda i kraft. Fråga var om försäkringsmäklaren, genom att inte särskilt upplysa försäkringstagaren om betalningsvillkoren för premierna, kunde anses ha avvikit från kravet om omsorg och iakttagande av god försäkringsmäklarsed. HD konstaterade att i mäklarens uppdrag ligger en allmän rådgivnings- och upplysningsskyldighet. Hur långtgående den är beror av det särskilda uppdraget och dess karaktär. HD anförde vidare:

I det aktuella fallet har [försäkringstagarna] lämnat mäklaruppdrag till [mäklarbolaget] i syfte att erhålla samma försäkringsskydd som tidigare men till en lägre kostnad. Det är uppenbart att mäklaren (---) haft detta förhållande klart för sig. Därav följer också att [mäklarbolaget] i sin rådgivning till [försäkringstagarna] hade bort se till att [försäkringstagarna] fick den information som behövdes för att de kontinuerligt skulle erhålla samma försäkringsskydd som de hade haft tidigare. Särskilt mot bakgrund av att den information som fanns i materialet från [försäkringsgivaren] får anses ha varit bristfällig har det ålegat [mäklarbolaget] att för [försäkringstagarnas] företrädare redovisa vad de hade iaktta i fråga om premiebetalning för att undvika att försäkringsskyddet upphörde. (---) HD finner alltså att [mäklarbolaget] genom sin underlåtenhet att informera [försäkringstagarna] om premievillkoret och dess tillämpning eftersatt sina skyldigheter att ge [försäkringstagarna] de upplysningar som mäklaruppdraget förutsatte.

4.2.3 Advokater

En särskild grupp av rådgivare är advokater. Även denna yrkesgrupp har att följa särskilda regler och står under särskild tillsyn.

Av 8 kap. rättegångsbalken följer att det skall finnas ett allmänt advokatsamfund. Advokat är den som är ledamot av samfundet. För att antas som ledamot gäller bl.a. särskilda kompetenskrav.

Samfundet och dess disciplinnämnd utövar tillsyn över den verksamhet som bedrivs av advokater.

En advokat skall enligt 8 kap. 4 § rättegångsbalken i sin verksamhet redbart och nitiskt utföra de uppdrag som anförtrotts honom och iaktta god advokatsed. God advokatsed kan sägas vara summan av de normer som över tiden har bildats inom advokatkåren och som kommit till uttryck i avgöranden av samfundet och dess disciplinnämnd.

God advokatsed har därtill preciserats i samfundets vägledande regler om god advokatsed. Av dessa regler framgår bl.a. att en advokats främsta plikt är att, inom ramen för vad lag och god advokatsed bjuder, efter bästa förmåga tillvarata klientens intressen utan att låta sitt handlande påverkas av tanke på egna fördelar eller obehag (1 §). De juridiska råd som advokaten lämnar skall vara grundade på erforderlig undersökning av gällande rätt. Uppdrag skall utföras med omsorg, noggrannhet och tillbörlig skyndsamhet samt med beaktande av att klienten inte åsamkas onödiga kostnader (23 §).

En advokat som åsidosätter sina plikter kan bli föremål för disciplinära påföljder i form av uteslutning ur samfundet alternativt att tilldelas en varning eller en erinran. Om advokaten tilldelas en varning, kan han eller hon även åläggas att utge en straffavgift till samfundet.

En advokat har vidare ett skadeståndsansvar som vilar på kontraktsrättslig grund. Det är inte möjligt att här i detalj beskriva advokatens skadeståndsansvar, utan redogörelsen får stanna vid ett antal huvudprinciper. Advokaten ansvarar för skada som orsakats uppsåtligen eller genom vårdslöshet. God advokatsed har därvid betydelse för bedömningen men är inte ensamt avgörande. Advokatens ansvar kan indelas i tre områden: resultatansvar, metodansvar och åtgärdsansvar.

Advokater bär i allmänhet inte något ansvar för att han eller hon inte uppnått det resultat klienten har förväntat sig, t.ex. att vinna ett mål. En grund för detta är att en advokat aldrig torde ge en utfästelse om ett sådant resultat. Däremot kan ansvar inträda p.g.a. uppenbara fel, t.ex. om ett råd står i klar strid med lag eller fast praxis.

Vidare kan advokaten göras ansvarig om han eller hon inte gjort erforderliga undersökningar av gällande rätt, dvs. att han eller hon inte följt en vedertagen norm vad gäller arbetsmetod. Om en advokat försummar att göra vissa undersökningar kan förfarandet komma att anses som culpöst.

Ansvar kan även inträda om advokaten inte upplyst klienten om hur han eller hon bort handla, t.ex. att inte på ett tillräckligt tydligt sätt framhålla kostnadsrisker eller fördelen med att anta ett förlikningsbud från motparten.

Genom att ansvaret, till skillnad från vad som vanligen gäller för finansiella rådgivare, vilar på en någorlunda tydlig kontraktsrättslig grund torde advokaten vidare på avtalsrättslig grund kunna begränsa sin arbetsinsats. Advokaten och klienten kan t.ex. vara överens om att advokaten, i syfte att hålla arvodeskostnaden nere, endast skall utföra en begränsad rättsutredning och att ansvaret för följderna därmed kan komma att begränsas.

Advokaten torde ha en viss möjlighet att friskriva sig från ansvar, särskilt vad gäller preciserade friskrivningar vid komplicerade rättslägen. Friskrivningar av långtgående karaktär kan dock anses strida mot den lojalitetsplikt som följer av god advokatsed.²⁷

4.3 Rörelser regler för finansiella företag

4.3.1 Lagstiftning

Den s.k. rörelselagstiftningen innehåller bestämmelser om vad de finansiella företagen har att iaktta för att få bedriva sin verksamhet. Regelverket innehåller således de krav som lagstiftaren ställer på företagen och reglerar inte rättsförhållandet mellan konsumenten och näringsidkaren. Syftet med reglerna kan sägas vara att åstadkomma en stabil och väl fungerande finansiell marknad. Tillsynsmyndigheten, Finansinspektionen, har enligt lagstiftningen möjlighet att ingripa genom förelägganden om förbud mot att bedriva en viss verksamhet eller varning, alternativt återkallande avseende tillstånd att bedriva viss verksamhet.

Även om rörelsereglerna inte syftar till att reglera förhållandet mellan ett företag och en konsument saknar denna typ av reglering inte betydelse i civilrättsligt hänseende. HD har givit näringsrättslig reglering viss betydelse även vid bedömningen av om skadeståndsgrundande oaktsamhet kan anses föreligga. I NJA 1993 s. 163, som avsåg infriande av borgensåtagande, uttalade HD följande.

Enligt 36 § lagen (1956:216) om jordbrukskasserörelse, som reglerade den aktuella kreditgivningen, fick kredit beviljas endast om låntagaren

²⁷ Lars Heuman, Advokatens rättsutredningar - metod och ansvar, 1987, s. 21 ff

på goda grunder kunde förväntas fullgöra låneförbindelsen. Dessutom krävdes som huvudregel betryggande säkerhet i fast eller lös egendom eller i form av borgen. Motsvarande bestämmelser finns i 2 kap. 13 § bankrörelselagen (1987:617). Bestämmelserna ingår som ett led i skyddet för insättarnas medel (prop. 1983/84:146 s. 11) och tar alltså inte primärt sikte på att reglera enskilda kontraktsförhållanden som det aktuella. Har emellertid bestämmelserna åsidosatts bör likväl – åtminstone i mera kvalificerade situationer – detta kunna uppfattas så att banken därmed åsidosatt grundläggande förutsättningar för ett borgensåtagande.

Ett liknande resonemang för HD i det ovan (avsnitt 2.4.3) refererade rättsfallet NJA 1995 s. 693 där dåvarande Bankinspektionens allmänna råd tillmättes betydelse vid oaktsamhetsbedömningen. Dessa regler kan därmed anses ha viss betydelse även från konsumentskyddssynpunkt.

Nedan följer en kort presentation av de viktigaste regelverken med avseende på de finansiella institutens rådgivningsverksamhet.

Bankrörelselagen (1987:617) innehåller bestämmelser om den verksamhet som en bank får bedriva. Bankverksamhet får drivas endast efter tillstånd, s.k. oktroj. Enligt lagen får en bank bl.a. lämna ekonomisk rådgivning. Några närmare bestämmelser om rådgivning finns dock inte i lagen och vägledande uttalanden i lagens förarbeten saknas. Allmänt gäller dock att tillsynen över bankverksamhet enligt lagen skall bedrivas så att en sund utveckling av verksamheten främjas. Bankrörelselagen är för närvarande föremål för översyn. Inom Regeringskansliet bereds Banklagskommitténs betänkande Reglering och tillsyn av banker och kreditmarknadsföretag (SOU 1998:160). Finansdepartementet har nyligen remitterat en promemoria, Reformerade bank- och finansieringsrörelse regler (Ds 2002:5), med förslag till nya bestämmelser på området.

Lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument innehåller bl.a. bestämmelser om prospekt vid emissioner och offentliggörande av aktieinnehav. Enligt lagen skall handel med finansiella instrument bedrivas så att allmänhetens förtroende för värdepappersmarknaden upprätthålls och enskildas kapitalinsatser inte otillbörligen äventyras.

Enligt *försäkringsrörelselagen (1982:713)* får försäkringsrörelse drivas endast efter tillstånd, s.k. koncession. Några särskilda bestämmelser om finansiell rådgivning finns inte i lagen. Verksamheten skall dock bedrivas enligt god försäkringsstandard. Vidare framgår att information till liv- och skadeförsäkringstagare och till

dem som erbjuds att teckna en liv- eller skadeförsäkring skall vara anpassad till försäkringens art och tydligt visa försäkringens villkor och värdeutveckling.

Av *lagen (1990:1114) om värdepappersfonder* följer att fondverksamhet, dvs. förvaltning av värdepappersfond och försäljning och inlösen av andelar i fonden, inte får bedrivas utan tillstånd. Finansinspektionen skall vid sin tillsyn se till att en sund utveckling av verksamheten främjas.

Av störst intresse i detta sammanhang torde dock vara bestämmelserna i *lagen (1991:981) om värdepappersrörelse*. Lagen innehåller bestämmelser om tillståndsplikt för bl.a. handel med finansiella instrument för annans och egen räkning och förmedling av kontakt mellan köpare och säljare av sådana instrument. Ett värdepappersbolag, dvs. ett företag med tillstånd enligt lagen, får bl.a. lämna råd i finansiella frågor. Några närmare bestämmelser om rådgivning finns dock varken i lagen eller i dess förarbeten.

Av 1 kap. 7 § lagen om värdepappersrörelse framgår att värdepappersrörelse skall bedrivas så att allmänhetens förtroende för värdepappersmarknaden upprätthålls och enskildas kapitalinsatser inte otillbörligen äventyras samt i övrigt så att rörelsen kan anses sund.

Ett värdepappersinstitut skall vidare bl.a.

- i sin verksamhet handla på ett ärligt och rättvist sätt,
- handla med erforderlig skicklighet, omsorg och skyndsamhet,
- från sina kunder inhämta uppgifter om deras ekonomiska situation, erfarenhet av värdepappersmarknaden och syftet med de tjänster de efterfrågar,
- vid sina kontakter med kunder lämna tillräcklig information om sådana omständigheter som är väsentliga i sammanhanget,
- undvika intressekonflikter och, om sådana inträffar, se till att kunderna behandlas rättvist.

För det fall det finansiella företaget inte följer de uppställda kraven på verksamheten har tillsynsmyndigheten, Finansinspektionen, möjlighet att ingripa genom förelägganden om förbud mot att bedriva viss verksamhet eller varning alternativt återkallelse avseende tillståndet att driva värdepappersrörelse.

4.3.2 Föreskrifter och allmänna råd

Finansinspektionen har utarbetat nya föreskrifter och allmänna råd som delvis berör finansiell rådgivning. De nya föreskrifterna och allmänna råden träder i kraft den 1 juli 2002. Av intresse i detta sammanhang är Finansinspektionens föreskrifter om uppföranderegler på värdepappersmarknaden (FFFS 2002:7) och Finansinspektionens allmänna råd om värdepappersrörelse (FFFS 2002:5).

Finansinspektionen deltar i ett flertal arbetsgrupper och kommittéer på europeisk nivå. De nya föreskrifterna bygger bl.a. på dokument från det arbete som bedrivs på värdepapperssidan inom ramen för CESR (Committee of European Securities Regulators), en kommitté som utgör ett samarbetsorgan för tillsynsmyndigheterna inom det aktuella området inom EU. Kommittén är relativt nybildad och har övertagit de uppgifter som låg på det tidigare samarbetsorganet FESCO (the Forum of European Securities Commissions). Från Sverige deltar Finansinspektionen. Arbetet inom CESR syftar till att förstärka och fördjupa samarbetet mellan tillsynsmyndigheterna på värdepappersområdet. CESR (liksom tidigare FESCO) utarbetar bl.a. förslag till regler att införas på nationell nivå inom ramen för de EG-direktiv som finns på området. CESR:s förslag skall genomföras av de deltagande länderna i möjligaste mån.

Finansinspektionens föreskrifter om uppföranderegler på värdepappersmarknaden innehåller bl.a. sundhets- och uppförandebestämmelser som är tänkta att närmare precisera bestämmelserna i 1 kap. 7 § lagen (1991:981) om värdepappersrörelse. Föreskrifterna grundar sig också på ett bemyndigande i anslutning till den nämnda paragrafen och är därmed tillämpliga endast på företag som bedriver tillståndspliktig verksamhet enligt den lagen. Bestämmelserna gäller, såvitt här är av intresse, endast i relationen mellan ett värdepappersföretag och en kund, dvs. en person (fysisk eller juridisk) som har ingått avtal med företaget om utförande av en värdepappers-tjänst. Bland bestämmelserna bör de följande särskilt nämnas.

Ett värdepappersföretag skall dokumentera uppgifter om en kunds identitet samt – i den utsträckning det behövs för att tillvarata kundens intressen – uppgift om kundens ekonomiska situation, erfarenhet av värdepappersmarknaden och syftet med de tjänster som kunden efterfrågar (4 kap. 1 §). Innan ett värdepappersföretag för första gången utför en värdepapperstjänst åt en kund skall företaget lämna information om riskerna med de finan-

siella instrument och värdepapperstjänster som företaget tillhandahåller kunden (5 kap. 3 §).

Beträffande rådgivning gäller att, om ett värdepappersföretag lämnar investeringsrådgivning till en kund, detta skall dokumenteras i anslutning till rådgivningstillfället. Dokumentationen skall på begäran lämnas ut till kunden. Ett värdepappersföretag skall ha riktlinjer för dokumentationen (5 kap. 4 § första stycket). Den rådgivning som avses skall riktas till en individuell kund (fysisk eller juridisk person) och avse placeringar i finansiella instrument. Rådgivningen skall ha karaktären av en personlig rekommendation baserad på företagets uppgifter om kundens ekonomiska situation, erfarenhet av värdepappersmarknaden och syftet med placeringarna (5 kap. 4 § andra stycket).

Av *Finansinspektionens allmänna råd om värdepappersrörelse* följer att ett svenskt värdepappersföretag i sin verksamhet bör ställa särskilda krav på kompetens på bl.a. vissa befattningshavare som har kundkontakter, exempelvis placeringsrådgivare och andra som har till uppgift att ge råd eller betjäna kunder (3 kap. 1 §). De särskilda kompetenskraven bör omfatta (1) finansiella instrument och handel med finansiella instrument, (2) administration av finansiella instrument, (3) finansiell ekonomi med avseende på rådgivningsverksamhet, (4) etiska frågor och (5) externa och interna regler för värdepappersrörelsen (3 kap. 2 §).

De föreskrifter och allmänna råd som här redogjorts för innehåller således bestämmelser med avseende på dokumentation av rådgivning och om kompetensen hos den som utför rådgivningen. Bestämmelsen om dokumentation är i och för sig av bindande karaktär, men träffar enbart sådana företag som bedriver tillståndspliktig verksamhet enligt lagen om värdepappersrörelse och gäller dessutom enbart i förhållande till kund, dvs. den som ingår avtal om utförande av en värdepapperstjänst. Bestämmelsen om kompetens är inte av bindande karaktär och träffar enbart företag som har för avsikt att bedriva verksamhet enligt lagen om värdepappersrörelse.

I övrigt finns ett stort antal föreskrifter och allmänna råd från Finansinspektionen i anslutning till rörelselagstiftningen. Ingen av dessa tar dock direkt sikte på finansiell rådgivning. Dock bör nämnas *Finansinspektionens allmänna råd om riktlinjer för hantering av etiska frågor hos institut som står under inspektionens tillsyn* (FFFS 1998:22). Av dessa framgår bl.a. att de institut som står under inspektionens tillsyn skall bedriva verksamheten på sådant sätt att allmänhetens förtroende för företaget och den finansiella markna-

den upprätthålls och så att verksamheten skall anses sund (1 §). Varje institut bör enligt de allmänna räden anta riktlinjer för hantering av etiska frågor (2 §). Riktlinjerna bör behandla väsentliga problemområden där etiska frågor kan uppstå, t.ex. ekonomisk rådgivning (4 §).

Vidare finns på olika håll krav på information i anslutning till försäljning av olika produkter. Exempelvis framgår av *Finansinspektionens föreskrifter om information till livförsäkringsstagare* (FFFS 2000:12) att ett försäkringsbolag innan ett avtal ingås skall lämna sådan information till den som erbjuds försäkring att den underlättar bedömningen av försäkringsbehovet och valet av försäkring.

4.4 Regler om kommission m.m.

Något bör också nämnas ytterligare om den civilrättsliga lagstiftning som i vissa fall reglerar förhållandet mellan konsumenten och näringsidkaren. Bestämmelser av detta slag reglerar således vad det finansiella företaget skall iaktta vid utförandet av finansiella tjänster.

Företaget intar gentemot konsumenten inte sällan ställning av syssloman. Flera olika typer av uppdragsförhållanden omfattas av sysslomannabegreppet, t.ex. kommissionärer, agenter och mäklare. Vanligtvis torde avses tjänster av immateriell karaktär. Allmänna bestämmelser om sysslomän finns intagna i 18 kap. handelsbalken. Av dessa älderdomliga regler – bestämmelserna kvarstår från 1734 års lag – följer bl.a. att en syssloman har en omsorgsplikt i fråga om de uppdrag som han eller hon skall utföra för huvudmannens räkning.

För vissa typer av sysslomän finns särskilda regler. Den i detta sammanhang viktigaste regleringen torde vara *lag (1914:45) om kommission*. Lagen är av civilrättslig karaktär och reglerar rättsförhållandet mellan kommittenten och kommissionären vid utförande av ett kommissionsuppdrag. Kommissionär är den som för annans (kommittentens) räkning men i eget namn inköper eller försäljer t.ex. värdepapper. Bestämmelserna i lagen är dispositiva, dvs. de kan avtalas bort. Några särskilda bestämmelser av konsumentskyddande karaktär finns inte i lagen.

Lagen innehåller inte några särskilda bestämmelser om finansiell rådgivning, men har stor betydelse vad gäller de transaktioner som ett finansiellt företag utför för konsumentens räkning. Kommis-

sionären skall vid fullgörande av sitt uppdrag som huvudprincip iaktta kommittentens intresse. Lagen reglerar vidare kommissionärens rätt till s.k. självinträde, dvs. att kommissionären utför sitt uppdrag genom att för egen räkning inträda som köpare eller säljare av egendomen. Om kommissionären visar försumlighet vid fullgörande av sitt uppdrag, har kommittenten rätt till ersättning för skada.

Lagen om kommission är för närvarande föremål för översyn i Regeringskansliet. Regeringen har dessutom nyligen tillkallat en särskild utredare med uppdrag att överväga i vad mån det behövs särskilda bestämmelser för den kommissionshandel som äger rum på värdepappersmarknaden, s.k. fondkommission. Utredaren skall enligt direktiven överväga bl.a. om det finns skäl att i någon del ha särskilda regler för avtal där kunden är konsument (dir. 2001:110). Uppdraget skall redovisas senast den 31 juli 2003.

5 Klagomålshantering och tvistlösning

5.1 Inledning

Tidigare har konstaterats att konsumenterna även enligt gällande rätt har viss möjlighet att få skador med anledning av vårdslös finansiell rådgivning ersatta. En lika viktig fråga är vilken möjlighet konsumenten har att få information om sina rättigheter och att få sina klagomål prövade. Nedan följer en kort redogörelse för de olika vägar som konsumenten kan välja för att framföra klagomål, få vägledning och information samt slutligen få sin sak prövad.

5.2 Klagomålshantering vid de finansiella företagen

Om en konsument vill framföra missnöje med anledning av ett företags agerande, vänder han eller hon sig i allmänhet till företagets interna klagomålsfunktion. Inte sällan torde konsumenten och företaget i samband med denna kontakt kunna nå samförstånd, antingen genom att missförstånd klaras ut eller genom kompensation till konsumenten.

Enligt Finansinspektionens allmänna råd om klagomålshantering avseende finansiella tjänster till konsumenter (FFFS 1996:25) bör varje institut som står under inspektionens tillsyn ha en instruktion för klagomålshantering. Instituterna bör vidare se till att det finns en fungerande ordning för kontakterna med kunder i klagomålsärenden. Ärendena bör hanteras snabbt och för det fall ett klagomål inte kan tillmötesgås bör den klagande få information om vart han eller hon kan vända sig med detta. De nämnda allmänna råden är för närvarande föremål för revidering.

Klagomålshanteringen har utformats olika i olika branscher. Vad gäller banker har varje bank en centralt klagomålsansvarig som skall bedöma konsumentens krav. Varje bank har också egna riktlinjer

för klagomålshanteringen. På liknande sätt förhåller det sig med värdepappersbolag och fondbolag.

Inom försäkringsbranschen finns exempel på andra lösningar. En del försäkringsbolag har särskilda prövningsnämnder eller kundombudsmän dit konsumenten kan vända sig för att få ett ärende prövat. Dessa kan vara mer eller mindre fristående från bolagets organisation i övrigt. Det finns exempel där kundombudsmannen är direkt underställd bolagets styrelse. Inom försäkringsbranschen finns även exempel på bolagsgemensamma nämnder under Sveriges Försäkringsförbunds huvudmannaskap. Dessa nämnder skall verka för en enhetlig och god försäkringssed i skaderegleringen. Nämndernas beslut sker i form av rekommendationer.

För det fall konsumenten och företaget inte kommer överens, hänvisas konsumenten i allmänhet för vidare information och vägledning till Konsumenternas Bank- och finansbyrå eller Konsumenternas Försäkringsbyrå. För prövning av ärendet hänvisas konsumenten till Allmänna reklamationsnämnden.

Det har inom ramen för detta arbete varit svårt att få en tydlig bild av mängden ärenden som företagen hanterat inom ramen för den egna klagomålshanteringen. Det har därmed inte gått att dra några säkra slutsatser kring antalet klagomål eller i vilken omfattning konsumenterna kompenseras direkt av företagen. Från Sveriges Försäkringsförbund har dock uppgetts att de större livbolagen haft sammanlagt omkring 25 ärenden med anknytning till finansiell rådgivning under åren 2000 och 2001.

5.3 Information och vägledning

5.3.1 Konsumenternas Bank- och finansbyrå

Stiftelsen Konsumenternas Bank- och finansbyrå är en självständig byrå som informerar och lämnar vägledning i frågor som rör banker eller andra kreditinstitut samt fondbolag och värdepappersbolag. Denna inriktning är ny från hösten 2001. Byrån var tidigare begränsad till verksamhet i banker. Byråns verksamhet bekostas av branschen, men Finansinspektionen och Konsumentverket innehar tillsammans hälften av styrelseposterna. Ordförandeposten innehas av endera av dessa. Byrån vänder sig i första hand till privatpersoner, men i mån av tid och resurser ger byrån även råd och hjälp till andra. Byråns information och vägledning skall i första hand ses som ett komplement till de normala kontaktvägarna mellan företa-

gen och dess kunder. Rådgivningen är kostnadsfri. En annan uppgift för byrån är att vara ett organ för att fånga upp och vidarebefordra konsumentsynpunkter till Finansinspektionen, Konsumentverket och branschen.

Ärendena i Konsumenternas Bank- och finansbyrå registreras efter ämnesområde. De ämnesområden som är av störst intresse i detta sammanhang är *värdepapper* och *sparande*. Ärendena registreras därtill med avseende på relevanta sökord, t.ex. *rådgivaransvar*.

För åren 1999–2001 har ärenden med sökordet *rådgivaransvar* registrerats enligt följande.

	1999	2000	2001
Värdepapper	21	85	176
Aktier	8	34	52
Depå	3	12	30
Fonder	4	18	53
Obligationer	1	4	2
Optioner/Terminer	4	12	28
Övrigt	1	5	11
Sparande	3	13	8
Sparkonto	2	5	1
IPS-sparande	0	3	2
Övrigt	1	5	5
Summa	24	98	184

(Källa: Konsumenternas Bank- och finansbyrå)

Vid bedömning av den ovan redovisade statistiken bör noteras att klagomålen inkommit till byrån vid en tidpunkt när verksamheten endast omfattade banker, inte värdepappersmarknaden som helhet, förutom vad gäller de sista månaderna under år 2001.

5.3.2 Konsumenternas Försäkringsbyrå

Även Stiftelsen Konsumenternas Försäkringsbyrå (Försäkringsbyrån) är en självständig byrå som kostnadsfritt hjälper och vägleder konsumenterna i olika försäkringsärenden. Liksom beträffande Bank- och finansbyrån bekostas Försäkringsbyrån av branschen, men ma-

juriteten av styrelseposterna innehas av Finansinspektionen och Konsumentverket. Informationen och vägledningen riktar sig också här i första hand till privatpersoner, men även andra kan vända sig till byrån för rådgivning och vägledning. Försäkringsbyrån skall vara ett komplement till de vanliga kontaktvägarna mellan konsumenterna och försäkringsbolagen. Byrån skall fungera som en fristående informationskanal vid sidan av försäkringsbolagens aktiviteter. Den skall också vara en kontaktväg och vidarebefordra konsumentens synpunkter till huvudmännen Konsumentverket, Finansinspektionen och Sveriges Försäkringsförbund. Rådgivningen sker per telefon, skriftligen eller vid personligt besök på byrån. Försäkringsbyrån skall driva sin verksamhet objektivt och opartiskt. Huvudsakligen skall byrån uppmärksamma frågeställningar och vidarebefordra sina erfarenheter i lämplig ordning, t.ex. till enskilda försäkringsbolag. Kunskaperna om konsumenternas problem behandlas i styrelsen och vidarebefordras därigenom till Finansinspektionen, Konsumentverket och försäkringsbranschen. Vid meningsskiljaktigheter mellan försäkringstagare och försäkringsbolag skall byrån i princip endast förmedla kontakter och upplysa om i vilka former eventuella problem kan lösas. Utgångspunkten är att varje bolag skall ta det omedelbara ansvaret för missnöjda kunder.

Försäkringsbyråns system för ärenderegistrering möjliggör inte statistik som är jämförbar med Bank- och finansbyråns. Det saknas därmed möjlighet att redovisa mängden ärenden avseende finansiell rådgivning.

5.3.3 De lokala konsumentvägledarna

Bank- och finansbyrån och Försäkringsbyrån är båda anslutna till informationssystemet KOV Direkt, som är Konsumentverkets system för datorkommunikation on line, via Internet, mellan verket och de lokala konsumentvägledarna. Genom nätverket kan de lokala vägledarna ställa frågor direkt till experter vid de båda byråerna och kan därefter vidareförmedla den information de får till den enskilde konsumenten. Samtliga användare av systemet kan ta del av alla frågor och svar, vilket innebär att KOV Direkt successivt utvecklas till en betydande informationskälla. De båda byråerna får genom anslutning till systemet en lokal förankring.

De lokala konsumentvägledarna har genom Konsumentverkets försorg beretts tillfälle att besvara en enkät om klagomål avseende finansiell rådgivning. Svaren avser klagomål under år 2001 fram till

omkring månadsskiftet september/oktober. Vägledare i 68 kommuner har besvarat enkäten.

På frågan "I vilken omfattning framför konsumenterna klagomål på bankernas rådgivning?" varierar svaren kraftigt. Medan vissa kommuner inte haft några sådana ärenden över huvud taget, har andra kommuner mottagit upp till 50 stycken. En sammanräkning visar att det totala antalet sådana klagomål under den aktuella tidsperioden i de 68 kommuner som har besvarat enkäten uppgår till omkring 440 stycken.

På frågan "Upplever du att klagomålsfrekvensen ökar, minskar eller är konstant?" uppgav 71 procent av vägledarna att frekvensen är konstant, 22 procent att den ökar och 7 procent att den minskar.

På fråga vad klagomålen avser uppgav 28 procent av vägledarna att klagomålen avser kvaliteten på råden, 46 procent att de avser ett allmänt missnöje och 26 procent att de avser annat.

Vägledarna har även beretts tillfälle att beskriva hur de normalt hanterar klagomålen. Svaren varierar, men ett vanligt arbetssätt synes vara att vägledaren tar kontakt med banken eller att konsumenten efter diskussion med vägledaren uppmanas ta en sådan kontakt. I nästa steg hänvisas konsumenten till Konsumenternas Bank- och finansbyrå. Det förekommer också att vägledaren själv tar en sådan kontakt. I sista hand hänvisas konsumenten till Allmänna reklamationsnämnden.

5.4 Allmänna reklamationsnämnden

Allmänna reklamationsnämnden prövar kostnadsfritt tvister mellan konsumenter och näringsidkare, även avseende finansiella tjänster. Nämndens avgöranden sker genom rekommendationer till parterna om hur tvisten bör lösas. Även om nämndens avgöranden inte är bindande för parterna, följs rekommendationerna i stor utsträckning.

Det bör framhållas att handläggningen vid nämnden är skriftlig, vilket begränsar nämndens möjlighet att pröva ärenden om finansiell rådgivning. För det fall ord står mot ord eller ena partens påståenden eller invändningar endast kan styrkas genom muntlig bevisning, saknar nämnden möjlighet att pröva tvisten. Tvister med avseende på muntlig finansiell rådgivning där meningarna går i sär om vad som förevarit och där muntlig bevisning krävs, lämpar sig därmed mindre väl för prövning i nämnden.

Ärenden vid Allmänna reklamationsnämnden registreras med avseende på den frågeställning som uppfattas som den viktigaste i anmälares argumentation. Ärenden som rör finansiell rådgivning har handlagts på nämndens bankavdelning och de ärenden som är av intresse för denna framställning sorteras under rubrikerna *rådgivning* och *värdepapper*. Ärendena under *värdepapper* rör såväl frågor om rådgivning som andra frågeställningar på värdepappersområdet.

För åren 1998–2001 har nämnden registrerat ärenden enligt följande.

	1998	1999	2000	2001
Ärenden totalt bankavdelningen	385	505	536	608
Rådgivning	4	17	10	21
Värdepapper	53	128	120	113

(Källa: Allmänna reklamationsnämnden)

I debatten har kritik framförts vad gäller Allmänna reklamationsnämndens prövning av tvister med anledning av finansiell rådgivning. Anne-Marie Pålsson och Per Samuelsson har kartlagt de ärenden hos nämnden som behandlar ansvar för finansiell rådgivning och har konstaterat att i de 34 studerade fallen fram till april 1997 ingen konsument har vunnit bifall till sin talan. Enligt författarna har nämnden kommit att förhindra en kontinuerlig anpassning till den rättsutveckling som HD särskilt under senare år stått för.²⁸

5.5 Allmän domstol

För det fall Allmänna reklamationsnämnden är förhindrad att pröva en tvist med avseende på finansiell rådgivning återstår för konsumenten att föra talan mot näringsidkaren i allmän domstol.

Från konsumentens utgångspunkt finns emellertid, som vid annan typ av konsumenttvister, nackdelar med en sådan prövning. Handläggningen i allmän domstol – inte sällan med prövning i både tingsrätt och hovrätt – kan ta ett par år att slutföra. Därtill tar konsumenten en ekonomisk risk av inte ringa betydelse, genom att vid

²⁸ Pålsson och Samuelsson, a.a. s. 538 och 561

en förlust i sakfrågan dels tvingas ersätta motparten för dennes rättegångskostnader, dels själv stå för egna kostnader och kostnaderna för eventuellt eget juridiskt biträde. Rättegångskostnaden kan därvid vid en utdragen process komma att överstiga det omtvistade beloppet. Konsumentens ansvar för motpartens rättegångskostnader är dock begränsade för det fall tvisten avser ett belopp som understiger ett halvt basbelopp. Vidare kan konsumenten, under vissa förutsättningar, täcka kostnader genom rättshjälp eller rättsskyddsförsäkring.

6 Branschens egenåtgärder

6.1 Licensiering av personal i fondhandeln

Sedan den 1 april 2001 tillämpas ett system för licensiering av personal i fondhandeln. Systemet har utarbetats av Svenska Fondhandlarenföreningen och administreras i det härför bildade SwedSec AB, ett dotterbolag till föreningen.

Systemet syftar till att höja grundkompetensen hos de anställda på den svenska värdepappersmarknaden. Genom systemet vill man också anpassa den svenska marknaden till utländska förhållanden, framförallt till marknaderna i Storbritannien och i övriga länder inom EU.

Genom systemet införs ett krav på licens för bl.a. sådan personal i fondhandeln som har som huvudsaklig uppgift att ha direktkontakt med utomstående, exempelvis konsumenter, i frågor om finansiella instrument. Härmed avses personal vars arbetsuppgifter till minst 50 procent utgörs av rådgivning och förvaltning avseende finansiella instrument. Licensieringsplikten omfattar personal vid företag som har Finansinspektionens tillstånd att bedriva värdepappersrörelse enligt lagen (1991:981) om värdepappersrörelse och fondverksamhet enligt lagen (1990:1114) om värdepappersfonder och som enligt särskilt avtal med SwedSec AB har anslutit sig till systemet.

Licens utfärdas efter att den anställda har genomgått ett prov med godkänt resultat. Kunskapskraven fastställs av en särskild prövningsnämnd utsedd av SwedSec AB. Provet omfattar kunskap inom fem delområden, nämligen (1) finansiella instrument och handel med finansiella instrument, (2) administration av finansiella instrument, (3) finansiell ekonomi, (4) etik och gott omdöme samt (5) regelverk och tillsyn. Förutom kunskapskontrollen sker en lämplighetsprövning av den som söker licens genom dels en kontroll av sökandens bakgrund som utförs av sökandens arbetsgivare,

dels att examinationen omfattar frågor om etiskt uppträdande. Som ett bevis på godkänt resultat erhålls ett behörighetsbevis.

De anställda som varit verksamma i branschen en längre tid, sedan 1992 eller tidigare, kunde fram t.o.m. den 31 december 2001 få licens utan att ha genomgått det ovan beskrivna provet.

Utbildningen av personal inför licensieringen sker utan anknytning till licensieringsprogrammet, antingen internt i företagen eller genom medverkan av oberoende organisationer.

Licenshavaren är skyldig att följa de regler som följer av SwedSec AB:s regelverk. Dessa innebär sammanfattningsvis att licenshavaren skall följa de lagar och föreskrifter som gäller för verksamheten. Licenshavaren skall vidare följa de regler som branschen och företaget tillämpar samt gällande handelsbruk och sedvänja.

För disciplinära åtgärder finns en av SwedSec AB utsedd disciplinnämnd. Ordföranden skall vara lagfaren och ha erfarenhet som domare. Disciplinärenden tas upp till prövning efter ansökan av SwedSec AB eller av Finansinspektionen. De disciplinära påföljder som kan vidtas är återkallelse av licensen, tillfälligt eller definitivt, och varning.

Enligt uppgift från SwedSec AB hade per den 6 mars 2002 totalt 5 731 personer erhållit licens. Av dessa hade 1 391 stycken (24 procent) genomfört de föreskrivna proven, medan övriga hade erhållit licensen på grund av lång verksamhet i branschen.

6.2 Branschens riktlinjer

6.2.1 Svenska Fondhandlareföreningen

I Svenska Fondhandlareföreningens regi har utarbetats utkast till etiska riktlinjer som är tänkta att användas som underlag vid utformning av etiska riktlinjer vid de enskilda företagen.

Av Svenska Fondhandlareföreningens riktlinjer vid handläggning av affärsuppdrag avseende aktier och aktierelaterade finansiella instrument framgår att alla affärsuppdrag skall dokumenteras i affärsunderlag. Här avses uppdrag från en kund rörande order om köp och försäljning av finansiella instrument.

Vidare gäller att aktieanalytiker skall i analyser ange om han eller hon innehar aktier eller aktieliknande instrument i det bolag som analysen avser, i syfte att öka trovärdigheten gentemot konsumenten.

6.2.2 Fondbolagens förening

Fondbolagens Förening – en branschorganisation med uppgift att tillvarata fondbolagens och fondspararnas gemensamma intressen – antog år 1996 etiska riktlinjer för fondbolag. Av riktlinjerna framgår att dessa bör iakttas av medlemsföretagen i föreningen. Genom tillägg till riktlinjerna år 2001 finns numera särskilda regler om finansiell rådgivning.

Av riktlinjerna framgår att all rådgivning om fonder skall

- utgå från kundens behov,
- ta hänsyn till kundens kunskapsnivå,
- omfatta riskinformation,
- kännetecknas av öppenhet om provision direkt till rådgivaren förekommer, och
- på kundens begäran dokumenteras.

Av riktlinjerna framgår vidare att fondbolag skall verka för att alla som har i uppdrag att sälja eller ge råd om fonder uppfyller vissa kompetenskrav. Kompetenskraven omfattar krav på dels teoretiska kunskaper i bl.a. etik, ekonomi och juridik, dels praktisk utbildning. Enligt föreningen uppfyller bl.a. den som genomgått den ovan beskrivna licensieringen de uppställda kompetenskraven.

Sedan den 1 januari 2000 gäller särskilda riktlinjer för marknadsföring av fonder. Riktlinjerna är resultatet av en överenskommelse mellan Fondbolagens Förening och Konsumentverket. Riktlinjerna innehåller bestämmelser om information kring bl.a. tidigare uppnådd avkastning och antaganden om framtida avkastning. Vidare anges att det vid marknadsföring av fonder alltid skall framgå att sådana investeringar innebär en risk. För det fall fondbolaget bedömer att en fond har en väsentligt högre risk än genomsnittet, skall detta enligt riktlinjerna tydligt framgå av marknadsföringsmaterialet.

6.3 Särskilt om banker och försäkringsbolag

6.3.1 Banker m.m.

I sin egenskap av aktörer på värdepappersmarknaden omfattas bankerna av de ovan beskrivna riktlinjerna och branschöverenskommelserna såvitt gäller värdepappershandeln. Något kan dock redovisas beträffande sådana egenåtgärder som vidtas av bankerna särskilt.

Varje bank har riktlinjer för sin interna klagomålshantering och har en centralt klagomålsansvarig. Den klagomålsansvarige skall bedöma konsumentens krav, innan denne hänvisas till Allmänna reklamationsnämnden eller domstol. Enligt uppgift från branschen avser endast enstaka fall finansiell rådgivning. Någon samlad, tillgänglig statistik över klagomål finns inte att tillgå.

Bankerna stöder vidare det av Fondhandlareföreningen initierade licensieringsprojektet.

Särskild hänsyn tas om konsumenten vill göra placeringar med särskilt hög risk, t.ex. optionsaffärer. Bankerna kräver i dessa sammanhang att konsumenten har undertecknat ett särskilt avtal och konsumenten informeras i samband därmed om de speciella risker som är förknippade med placeringen. Vidare krävs i en del banker att råd i sådana frågor lämnas av en rådgivare med särskilt s.k. "mäklarkörkort".

Vad som nu sagts om banker gäller i allt väsentligt även för värdepappersbolag och fondbolag.

6.3.2 Försäkringsbolag

Rådgivarna i livförsäkringsbolagen genomgår normalt en grundutbildning på sammanlagt ett år. Två månader av denna utbildningstid ägnas åt studier av socialförsäkringsskyddet och kollektivt avtalade försäkringssystem, fondförsäkring och livförsäkring, juridik och beskattning, affärs ekonomi, värdepappersmarknaden samt försäkringsprodukter.

Utbildningen varvas med egen inläsning och praktisk tillämpning. Genomgången och godkänd utbildning avslutas ofta med någon form av diplom från det företag i vilket rådgivaren är anställd.

Den anställdes kunskap och förmåga kvalitetssäkras ofta genom någon form av tentamen, individuell handlingsplan, utvecklingsamtal och tillgång till handledare.

Även beträffande de rådgivare som är verksamma i försäkringsbolagen finns särskilda interna rutiner kring bl.a. klagomålshantering.

6.4 Internationell standard för finansiella rådgivare

Det internationella standardiseringsorganet ISO (International Organization for Standardization) tog i juni 2000 initiativ till en kommitté för utarbetande av internationella standarder för personlig finansiell planering. Flera länder deltar i arbetet. Det svenska arbetet organiseras av SIS (Swedish Standards Institute) och flera branschorganisationer från Sverige deltar aktivt i processen. Konsumentverket och Finansinspektionen deltar också.

Projektet syftar till att åstadkomma en internationell standard för certifiering av finansiella rådgivare och deras arbetsmetoder.

7 Internationell utblick

7.1 Storbritannien

Regelverket

Den 1 december 2001 trädde ett nytt regelverk, *the Financial Services and Markets Act 2000*, i kraft i Storbritannien. Regelverket bygger på fyra huvudprinciper, varav en är konsumentskydd. *The Financial Services Authority* (FSA) har tillsynen över efterlevnaden av bestämmelserna.

Regelverket är mycket omfattande och bestämmelserna kring finansiell rådgivning utgör endast en liten del. FSA har publicerat en stor mängd föreskrifter i anslutning till lagen i *the FSA Handbook* (handboken), en publikation som omfattar omkring 8 000 sidor.

Finansiell rådgivning

De bestämmelser i lagen och handboken som är hänförliga till finansiell rådgivning gäller rådgivning med avseende på investerings-tjänster. Hit räknas exempelvis pensioner, livförsäkringar och finansiella instrument.

Som rådgivning räknas verksamhet som inte är att betrakta som rena expeditionsärenden (s.k. *execution only*) och som inte är allmän information om produkter. För det fall en tjänsteman vid ett finansiellt företag rekommenderar konsumenten att vidta en viss åtgärd är verksamheten alltid att betrakta som rådgivning. Detta gäller även om rekommendationen endast utgör svaret på en kort fråga från konsumenten i samband med ett expeditionsärende.

Finansiella rådgivare

De företag som tillhandahåller finansiell rådgivning måste vara auktoriserade. Företagen ansvarar för att deras personal genomgår viss utbildning som anpassas efter vilka produkter som rådgivningen hänför sig till.

För att kunna arbeta i ett företag som finansiell rådgivare krävs därtill ett personligt godkännande av FSA. Ansökan om godkännande för den enskilde tjänstemannen görs av arbetsgivaren. Kravet på godkännande är dock inte unikt för den yrkesgruppen, utan motsvarande godkännande krävs för 27 kategorier av tjänstemän vid de finansiella företagen. Totalt omfattas omkring 200 000 tjänstemän av krav på personligt godkännande. För det fall tjänstemannen vill byta uppgifter inom företaget eller påbörja anställning vid ett annat företag krävs inte sällan ett nytt godkännande. I samband med godkännandet prövas den enskildes kompetens och lämplighet i övrigt för tjänsten. Tjänstemannen står efter godkännandet under FSA:s tillsyn och har att följa särskilda bestämmelser med avseende på sådana tjänstemän.

Finansiella rådgivare har hittills varit uppdelade i två kategorier: rådgivare som är knutna till ett företags produkter (tied advisers) och oberoende rådgivare (independent advisers). Dessa olika roller måste rådgivaren klargöra för konsumenten. Uppdelningen ifrågasätts dock från FSA:s sida, eftersom den från ett konsumentperspektiv inte framstår som meningsfull.

Den som tillhandahåller finansiell rådgivning utan att vara godkänd av FSA riskerar åtal.

Krav på rådgivningen

De närmare kraven på vad rådgivaren skall iaktta i förhållande till konsumenten återfinns i handboken. Nedan anges huvudpunkterna i korthet.

Rådgivaren skall inledningsvis kartlägga konsumentens personliga och ekonomiska förhållanden och skall dokumentera uppgifterna (s.k. *fact-find*). För det fall konsumenten inte vill beskriva hela sin ekonomiska situation skall detta noteras och rådgivaren får då begränsa sin rådgivning utefter de förutsättningar som konsumenten ställer upp (s.k. *limited advice*).

De råd som därefter lämnas till konsumenten skall vara anpassade till konsumentens förhållanden. För det fall rådgivaren inte kan

erbjuda någon lämplig produkt, skall någon rekommendation inte heller lämnas. Konsumenten skall alltid uppmärksammas på den risk som är förknippad med en viss transaktion.

Rekommendationen skall dokumenteras skriftligt och tillställas konsumenten i samband med rådgivningstillfället eller snarast därefter (s.k. *suitability letter*). I dokumentationen skall bl.a. förklaras varför rådgivaren anser att rekommendationen är lämplig för den enskilde konsumenten, vilka alternativ som behandlats och vilka huvudsakliga konsekvenser en transaktion kan få för konsumenten. Företagen ansvarar för att dokumentationen sparas.

Klagomål och tvistlösning

Konsumenten förutsätts alltid först kontakta det aktuella företaget med eventuella klagomål. Varje företag är skyldigt att ha en klagomålsfunktion.

De konsumenter som är missnöjda med det besked de fått från företaget kan vända sig till en särskild instans för utomjudiciell tvistlösning, *the Financial Ombudsman Service*. Ombudsmannen agerar med stöd av *the Financial Services and Markets Act 2000* och är resultatet av en sammanslagning av flera tidigare verksamma instanser. Ombudsmannen är ett från FSA fristående, oberoende organ som finansieras via avgifter. Avgifterna tas ut dels generellt av företagen, dels genom en särskild avgift från de företag som är part i tvisterna. Handläggningen är kostnadsfri för konsumenten.

Ombudsmannen fattar beslut som är bindande för företagen, men inte för konsumenten. Konsumenten kan således välja att vända sig till domstol om Ombudsmannens beslut skulle gå honom eller henne emot, en möjlighet som företagen inte har.

Ombudsmannen tar årligen emot fler än 30 000 klagomål från enskilda konsumenter, inklusive ärenden med avseende på finansiell rådgivning. De flesta ärenden blir föremål för förlikning i olika skeden av handläggningen, inte sällan med hjälp av medling från Ombudsmannens sida. Bland de ärenden som går till beslut av Ombudsmannen synes ungefär hälften avgöras till konsumentens fördel, helt eller delvis.

Ombudsmannen avgör ärendena efter en skälighetsbedömning och kan besluta om ekonomisk kompensation, rättelse från företags sida eller annan lämplig åtgärd. Besluten skall vara *fair and reasonable* och Ombudsmannen kan därvid beakta alla relevanta omständigheter, t.ex. lämpligheten av den rekommenderade åtgärden,

konsumentens kunskap och förutsättningar att tillgodogöra sig rådgivningen, om rådgivaren agerat i enlighet med de administrativa regler som gäller avseende kartläggning av konsumentens situation och kravet på dokumentation eller om rådgivaren agerat utan FSA:s godkännande.

7.2 Norge

Bestämmelser som rör finansiell rådgivning finns intagna i Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av den 25 juni 1999. Lagen trädde i kraft den 1 juni 2000. Lagen gäller avtal och uppdrag om finansiella tjänster med finansinstitutioner och liknande institutioner och är tvingande till konsumentens förmån. Bestämmelserna om finansiella rådgivare tar enbart sikte på oberoende rådgivning, vilket medför att rådgivning i samband med försäljning av finansiella tjänster faller utanför tillämpningsområdet. Av 89 och 90 §§ i lagen framgår under rubriken Finansrådgivere följande.

89 §

(1) Rådgiveren plikter innenfor lovens ramme og etter beste evne å ivareta klientens interesser uten tanke på utenforliggende hensyn.

(2) Rådgiveren må ikke påta seg et oppdrag dersom rådgiverens personlige eller økonomiske interesse kan komme i konflikt med klientens interesse eller på annen måte ha innflyttelse på dennes stilling som rådgiver.

90 §

Rådgiveren kan ikke kreve vederlag fra andre enn den klienten som har gitt oppdraget.

Det finns i finansavtaleloven ingen särskild sanktion knuten till bestämmelserna, utan konsumenten hänvisas till allmänna skadeståndsrättsliga principer. Genom att bestämmelserna är knutna till finansavtaleloven faller också viktiga typer av finansiell rådgivning utanför tillämpningsområdet, exempelvis rådgivning avseende värdepapper och försäkringar.

I förarbetena till lagen anför departementet att en eventuell bredare reglering av bl.a. rådgivningsuppdrag bör genomföras på annat sätt än genom regleringar i finansavtaleloven (Ot. Prp. Nr 41 [1998-99]).

Banklovkommissionen, vilken presenterat bl.a. förslaget till finansavtaleloven (betänkandet Finansavtaler og finansoppdrag, NOU 1994:19) kommer enligt uppgift att i ett slutbetänkande sommaren 2002 att behandla frågan om ytterligare reglering av finansiella rådgivare.

7.3 Finland

I Finland saknas särskild lagstiftning kring finansiell rådgivning. Liksom i Sverige finns dock allmänna skadeståndsrättsliga principer som kan medge konsumenten rätt till ersättning för skada.

Den finska Finansinspektionen har enligt uppgift tagit initiativ i fråga om ny lagstiftning avseende finansiell rådgivning, men detta har hittills inte lett till vidare åtgärder från den finska regeringens sida.

7.4 Danmark

Inte heller i den danska lagstiftningen finns några särskilda bestämmelser om finansiell rådgivning. Ett skadeståndsansvar avseende vårdslös rådgivning finns dock i enlighet med allmänna skadeståndsrättsliga principer i likhet med vad som gäller i Sverige.

Efter en debatt i Folketinget om rådgivaransvar tillsattes i Danmark år 1995 en statlig kommitté, Rådgiverudvalget. Kommittén presenterade sitt betänkande år 1998 (Rådgiveransvar, betaenkning nr. 1362, november 1998).

En majoritet av ledamöterna i kommittén konstaterade att det befintliga skadeståndsansvaret för rådgivare – ett i praxis utvecklat krav på fackmässighet med skadeståndsansvar för oaktsam rådgivning – gav ett tillräckligt gott skydd. En särskild ansvarsbestämmelse tillsammans med en bestämmelse om god sed på området skulle enligt majoriteten inte utgöra en tillräckligt dynamisk och effektiv reglering i förhållande till den utveckling som sker genom praxis.

En minoritet av kommitténs ledamöter föreslog att det skulle införas en särskild rättslig standard på området, enligt vilken rådgivaransvaret skulle bedömas. Syftet med bestämmelsen skulle dock inte vara en skärpning av ansvaret. En annan minoritet önskade skärpa ansvaret genom särskild lagstiftning.

Kommittén förde vidare en diskussion om ersättning i form av skälig gottgörelse p.g.a. finansiell rådgivning, utan att för den skull behöva konstatera skada i skadeståndsrättslig bemärkelse. En majoritet av kommitténs ledamöter konstaterade att en sådan regel varken var önskvärd eller behövlig. En minoritet av ledamöterna föreslog dock att det skulle införas en bestämmelse som gav domstolarna möjlighet att kompensera konsumenterna på ett rimligt sätt, även om skada inte uppkommit.

Det danska Justitsministeriet presenterade i oktober 2000 ett utkast till lagförslag som bygger på minoritetens ovan beskrivna förslag om en bestämmelse om skälig gottgörelse (Udkast, Forslag til lov om ændring af lov om erstatningsansvar og lov om omsætning af fast ejendom, den 19 oktober 2000). Förslaget omfattar bl.a. en ny bestämmelse i den danska skadeståndslagen enligt följande.

§ 26 a Såfremt forholdene taler herfor, kan der tilkendes en rimelig godtgørelse for skuffede økonomiske forventninger, som ikke udgør et tab, når

1) nogen, der handler som led i erhvervsmaessig, offentlig eller anden professionel virksomhed (den professionelle) til brug for en anden, der ikke handler som led i sådan virksomhed (den private), har foretaget en beregning eller givet en anden oplysning vedrørende den private økonomiske forhold,

2) oplysningen er forkert som følge af et forhold, der kan tilregnes den professionelle som forsættligt eller uogtsamt, og

3) den private i god tro har disponeret eller indrettet sig i tillid til oplysningen og bliver stillet økonomisk væsentligt ringere end forventet på grundlag af oplysningen.

Ved anvendelsen af stk 1, herunder ved fastsættelsen af godtgørelsens størrelse, skal der navnlig tages hensyn til karakteren af oplysningen, karakteren af den begæede fejl og fejlejns betydning for den private.

Justitsministeriet har i motiven till förslaget uttalat att bestämmelsen tar sikte på situationer där näringsidkaren genom rådgivning eller på annat sätt har skapat en förväntning hos konsumenten om ett ekonomiskt resultat av vissa dispositioner och där näringsidkaren inte är avtalsmässigt förpliktigad att uppfylla förväntningen. Det behöver inte nödvändigtvis föreligga ett orsakssamband mellan rådgivningen och det faktiska ekonomiska resultatet. Som exempel nämner Justitsministeriet bl.a. en felaktig upplysning avseende löptiden för ett lån, felaktig rådgivning kring skattefrågor eller felaktig

rådgivning om storleken av nettointäkten vid avveckling av en kapitalpension. Den skäliga gottgörelse som skall kunna utgå skall enligt ministeriet betraktas som "plåster på såren" om det uppnås ett väsentligt sämre ekonomiskt resultat än förväntat och storleken på ersättningen skall fastställas efter en rimlighetsvärdering. Skälig gottgörelse bör komma i fråga endast om konsumenten kan uppleva situationen som att han eller hon har åsamkats en skada, t.ex. genom en oväntad kostnad. Skälig gottgörelse bör däremot enligt ministeriet som regel inte utgå om en förväntad ekonomisk vinst uteblir.

Lagförslaget har ännu inte lagts fram för Folketinget.

I Danmark finns vidare riktlinjer från Forbrugerombudsmanden, t.ex. riktlinjer om etik i bankrådgivning. Riktlinjerna preciserar vad som skall anses vara god marknadsföringssed enligt den danska marknadsföringslagen och innehåller bestämmelser om vad företagen skall iaktta i förhållande till konsumenten.

7.5 EU

Det finns ingen EG-rättslig lagstiftning som tar sikte på finansiell rådgivning såvitt avser rådgivares skyldigheter och ansvar, varken i den konsumentskyddande lagstiftningen eller i den lagstiftning som reglerar de finansiella marknaderna. Enligt uppgift är inte heller någon sådan reglering aktuell inom överskådlig tid.

I flera EG-direktiv nämns finansiell rådgivning som begrepp. Så framgår exempelvis av rådets direktiv 93/22/EEG av den 10 maj 1993 om investeringstjänster inom värdepappersområdet att varje medlemsstat skall som en förutsättning för bedrivande av värdepappersrörelse kräva auktorisation av värdepappersföretag. Auktorisationen är avsedd att omfatta en eller flera s.k. investeringstjänster. Bland de sidotjänster som auktorisationen därtill kan omfatta nämns i direktivet bl.a. investeringsrådgivning. Direktivet är genomfört i Sverige genom lagen (1991:981) om värdepappersrörelse.

Den europeiska kommissionen har inlett en diskussion om en ändring av direktivet på det sättet att "investment advice" skulle bli en tillståndspliktig huvudtjänst. Härmed avser kommissionen finansiell rådgivning som bedrivs fristående från annan verksamhet, t.ex. kapitalförvaltning. Den typ av finansiell rådgivning som i dag sker i banker och andra finansiella företag skulle därmed kunna falla utanför det tänkta tillämpningsområdet.

I sammanhanget bör också nämnas det arbete som pågår inom EU avseende ett direktiv om distansförsäljning av finansiella tjänster till konsumenter. Arbetet med direktivet har pågått i flera år och hösten 2001 presenterades en gemensam ståndpunkt i rådet. Den gemensamma ståndpunkten innehåller bl.a. bestämmelser om krav på information före avtals ingående och ångerrätt. Det går för närvarande inte att förutsäga när ett direktivförslag kan komma att antas.

Del II

Mina överväganden

8 Behovet av lagstiftning

8.1 Behovet av ny, konsumentskyddande lagstiftning

Min bedömning: Det finns behov av konsumentskyddande bestämmelser om finansiell rådgivning.
--

8.1.1 Finansiella marknader i förändring

Den konsumentskyddande lagstiftningen syftar till att skapa en god balans mellan näringsidkare och konsumenter på marknaden. Genom att lagstiftningen förbjuder företeelser som drabbar konsumentkollektivet negativt eller, i form av tvingande bestämmelser, skapar balans i enskilda avtal mellan konsumenter och näringsidkare ges konsumenterna möjlighet att agera med ökad trygghet.

De områden som framstår som skyddsvärda skiftar över tiden. Ökad kunskap hos konsumenterna på ett visst område kan leda till att behovet av konsumentskyddande regler minskar, medan nya typer av produkter och nya beteendemönster hos konsumenterna kan skapa nya skyddsbehov. På marknader där konsumenterna tar stora risker och där felaktiga beslut kan ge återverkningar på konsumentens hela ekonomi, framstår konsumentskyddande regler som särskilt angelägna.

De finansiella marknaderna har genomgått stora förändringar de senaste åren. Även konsumenternas agerande på dessa marknader har förändrats. Konsumenterna väljer att placera sina sparmedel på ett sätt som inte sällan innebär risk för en inte obetydlig förlust. De beslut konsumenten fattar kan ge återverkningar på den enskildes hela ekonomi, tillfälligt eller under överskådlig tid. Omfattningen av konsumenternas sparande och val av sparform skiftar över tiden. Som framgår av de direktiv som jag har fått har andelen vuxna svenskar som äger finansiella instrument på tjugo år ökat från cirka 20 procent till närmare 80 procent.

För närvarande ökar hushållens banksparande något på bekostnad av aktier och fonder. Aktier (direkt ägande eller indirekt via aktiefonder eller individuellt sparande i försäkringar) svarar dock alltjämt för mer än halva värdet av hushållens finansiella portfölj, för närvarande 56 procent. För tio år sedan svarade bankinlåningen för närmare halva hushållens sparande. Idag svarar bankinlåningen för endast drygt 20 procent. (Källa: Sparbarometern, fjärde kvartalet 2001)

De förändringar som beskrivits ovan ställer nya krav på konsumenterna och på konsumentskyddet. För det fall konsumenten tar varierande grader av risk medvetet och med full insikt om de möjliga konsekvenserna, framträder inget omedelbart skyddsbehov. Om konsumenten däremot saknar grundläggande kunskaper om de finansiella instrument i vilka han eller hon väljer att placera sina pengar och den varierande grad av risk som är förknippad därmed, framträder ett skyddsbehov. Mot bakgrund av den stora betydelse som konsumenternas beslut i dessa avseenden har för den egna ekonomin, framstår det som angeläget att på olika sätt tillgodose konsumenternas behov av kunskap och information i deras egen skap av aktörer på de finansiella marknaderna.

8.1.2 Branschens egna åtgärder

Konsumenternas behov av kunskap och information kan tillgodoses på flera sätt, t.ex. genom insatser från berörda myndigheter och företagens branschorganisationer. Väsentlig är dock de enskilda företagens vilja och förmåga att informera konsumenterna om fördelar och nackdelar med olika typer av produkter och att utifrån konsumentens behov och önskemål rekommendera lämpliga alternativ. Det är således av avgörande betydelse för konsumenterna att företagen tillhandahåller finansiell rådgivning av hög kvalitet och att denna ger konsumenten möjlighet att göra medvetna val och att kunna bedöma de möjliga konsekvenserna av dessa val.

De finansiella företagen har själva möjlighet att genom åtgärder inom respektive bransch öka konsumentskyddet. En seriös självreglering kan minska behovet av åtgärder från lagstiftarens sida. En inte ringa del av mitt utredningsarbete har därför syftat till att föra en dialog med branschen och att kartlägga de åtgärder som företagen själva vidtar eller planerar att vidta. Flera initiativ har beskrivits ovan (se kapitel 6). Erfarenhetsmässigt är det dock sällan tillräckligt att enbart förlita sig på branschens egna åtgärder. Dessa kan

förändras över tiden och kan vara beroende av konjunkturen eller av en tillfällig fokusering på vissa aktuella problem i t.ex. media. Bäst resultat från konsumentskyddssynpunkt torde enligt min mening ofta uppnås genom lagstiftning i kombination med företagens egna åtgärder. De åtgärder från företagets sida som presenterats inom ramen för denna utredning talar därför inte mot lagstiftning med avseende på finansiell rådgivning.

8.1.3 Gällande rätt

Behovet av nya, konsumentskyddande åtgärder skall givetvis också bedömas utifrån befintliga regler. Genom lagstiftning ställs redan i dag krav på de finansiella företagen med avseende på deras kontakter med konsumenterna. Exempelvis måste företagen vid utformningen av sin marknadsföring iakttä de bestämmelser som följer av den marknadsrättsliga lagstiftningen. Denna kompletteras av branschens egna riktlinjer, ofta framtagna i samarbete med berörda myndigheter. Det finns också bestämmelser i lag samt allmänna rättsprinciper som reglerar parternas rättigheter och skyldigheter i samband med ingående av avtal om utförande av finansiella tjänster. Den finansiella rådgivning som de finansiella företagen tillhandahåller kan till viss del omfattas av dessa bestämmelser, i vart fall analogivis, men så är långt ifrån alltid fallet.

Vad gäller finansiell rådgivning saknas som framgått särskild lagstiftning. Vissa krav på de finansiella rådgivarnas prestationer kan dock härledas ur allmänna rättsprinciper, praxis och doktrin. Likaså kan det med stöd härav konstateras att de finansiella företagen under vissa förutsättningar har ett ansvar för värdeslös rådgivning. Det är emellertid inte möjligt att utifrån allmänna rättsprinciper, praxis och doktrin dra några säkra slutsatser vad gäller gränserna för vare sig kraven på prestationen eller omfattningen av ansvaret. En fortsatt rättsutveckling genom avgöranden i HD kan efter hand komma att leda till tydligare principer. Det är dock med ledning av erfarenheter från andra rättsområden troligt att en sådan utveckling kan komma att ta lång tid. Mot bakgrund av den stora betydelse som den finansiella rådgivningen har för konsumenterna framstår därför ett konsumentskydd baserat enbart härpå som svagt.

8.1.4 Klagomålsstatistik

Som beskrivits ovan har jag som underlag i utredningsarbetet inte haft någon nämnvärd tillgång till material från de finansiella företagens klagomålsansvariga.

Av den ovan redovisade statistiken från Konsumenternas Bank- och finansbyrå (avsnitt 5.3.1) framgår att antalet ärenden som rör finansiell rådgivning stadigt har ökat de senaste åren. Eftersom verksamheten helt nyligen har utvidgats till att avse också värdepappersmarknaden i sin helhet, kan möjligen antas att antalet ärenden kan komma att öka än mer.

Vad gäller Allmänna reklamationsnämnden kan noteras att det totala antalet ärenden på nämndens bankavdelning har ökat kraftigt de senaste åren. Även andelen ärenden som rör rådgivning och värdepapper har ökat (se avsnitt 5.4).

8.1.5 Internationella aspekter

Som framgått tidigare finns ingen reglering av finansiella rådgivares skyldigheter och ansvar inom EU. Inte heller synes någon reglering kunna komma till stånd inom överskådlig tid. Gällande EG-rätt innebär dock inget hinder mot att på nationell nivå skapa ett sådant regelverk.

Bland våra nordiska grannländer varierar förekomsten av reglering och planerade åtgärder. Någon gemensam nordisk syn på frågan om reglering av finansiell rådgivning har inte framkommit.

Mot denna bakgrund bör frågan om ett förstärkt konsumentskydd avseende finansiell rådgivning bedömas utifrån de behov och förutsättningar som finns i Sverige. De regelverk som finns i andra länder kan dock tjäna som inspirationskällor.

8.1.6 Behov av lagstiftning

Sammantaget talar övervägande skäl för att konsumentskyddet på området behöver förstärkas och tydliggöras genom en ny, konsumenträttslig lagstiftning. Det finns enligt min mening ett behov av att i lag precisera såväl kraven på näringsidkarens prestation som dennes ansvar från civilrättslig utgångspunkt. I sistnämnda avseende kan preciseringen i huvudsak ske genom en kodifiering av den praxis som utvecklats i domstolarna vad gäller skadeståndsansvaret

i rådgivningsfall samt genom att bygga vidare på de allmänna rättsprinciper som kan anses tillämpliga.

Det finns även behov av näringsrättsliga bestämmelser avseende företagens rådgivningsverksamhet. Behovet avser framför allt bestämmelser som klargör vilka kvalitetskrav som bör ställas på en sådan verksamhet.

Vid utformningen av bestämmelser om finansiell rådgivning är det viktigt att dessa inte ges ett sådant innehåll att de motverkar sitt syfte. Konsumenterna är i stort behov av den rådgivning som företagen tillhandahåller. En reglering får därför inte ställa sådana krav på företagen att rådgivningen framstår som tveksam från affärssynpunkt eller att den verksamhet som bedrivs upphör. Syftet skall i stället vara att inom ramen för den rådgivning som förekommer stärka konsumenternas intressen.

8.2 En särskild lag om finansiell rådgivning till konsumenter

<p>Mitt förslag: Bestämmelser om finansiell rådgivning skall införas genom en särskild lag.</p>
--

Som framgått ovan av redovisningen kring gällande rätt finns flera regelverk som på olika sätt reglerar vad de finansiella företagen skall iaktta i förhållande till konsumenten, t.ex. de rörelseregler som gäller för företagen och den marknadsrättsliga lagstiftningen. Dessa regler rör dock inte rättsförhållandet mellan företaget och den enskilde konsumenten. Vidare finns exempel på civilrättslig, konsumentskyddande lagstiftning som är av intresse analogivis, t.ex. konsumenttjänstlagen. Konsumenttjänstlagen är dock inte direkt tillämplig på den typ av tjänster som finansiell rådgivning är ett exempel på.

Det finns därmed inte något befintligt regelverk där bestämmelser om finansiell rådgivning till konsumenter kan sättas in i ett lämpligt sammanhang. Som beskrivits ovan finns det dessutom behov av bestämmelser av såväl civilrättslig som näringsrättslig natur och det finns skäl att hålla bestämmelserna samlade. Bestämmelser om finansiell rådgivning bör därför införas genom en särskild lag.

9 Lagens tillämpningsområde

9.1 Begreppet finansiell rådgivning

Mitt förslag: Lagen skall vara direkt tillämplig på finansiell rådgivning som avser råd om placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument samt i den typ av livförsäkring där kapitalet placeras i de finansiella instrument som konsumenten bestämmer. Lagen bör dock kunna tillämpas analogivis även på annan finansiell rådgivning. Lagen skall gälla även om rådgivningen ingår som ett led i marknadsföring eller försäljning av finansiella tjänster.

9.1.1 Vad avses med finansiell rådgivning?

En naturlig utgångspunkt vid bestämmande av tillämpningsområdet för en ny lag är begreppet *finansiell rådgivning*. Det finns dock ingen vedertagen definition av begreppet, varför det inledningsvis är nödvändigt att fastställa vad som i detta sammanhang skall förstås härmed.

Den definition av begreppet rådgivning som redovisats tidigare (avsnitt 2.1) förtjänar att upprepas. Med rådgivning torde allmänt förstås verksamhet som syftar till att lämna förslag om lämpliga tillvägagångssätt i ett visst sammanhang. Rådgivaren förutsätts – åtminstone i professionell verksamhet – besitta en speciell kompetens och förväntas att med stöd av denna kompetens vägleda konsumenten om hur denne i ett visst fall bör handla. Rådgivning är således något annat än marknadsföring och försäljning. Rådgivning har vidare en individuell prägel och syftar till att lämna rekommendationer och handlingsalternativ som är utformade efter kundens särskilda behov och förutsättningar. Det saknas anledning att i det

här sammanhanget använda begreppet rådgivning i någon annan mening.

9.1.2 Vilken typ av finansiell rådgivning bör lagen omfatta?

Det skyddsvärda konsumentintresset

Tillämpningsområdet för en konsumentskyddande reglering bör ta sin utgångspunkt i de intressen som framstår som skyddsvärda från konsumentens synpunkt. Med denna utgångspunkt bör tillämpningsområdet begränsas till att omfatta sådan finansiell rådgivning som rör finansiell verksamhet som innebär en beaktansvärd risk för att konsumenten, helt eller delvis, förlorar insatt kapital eller sätter sig i skuld. Den typ av rådgivning som främst kommer i fråga är s.k. placeringsrådgivning. Härmed avses rådgivning med avseende på konsumentens placeringar i olika finansiella instrument. Konsumenternas övergripande syfte med sådana placeringar torde vara tillväxt av det egna insatta kapitalet.

Placeringsrådgivning avseende finansiella instrument utmärks av att konsumenten har att överväga olika alternativa placeringar av sina medel. Dessa placeringalternativ är förknippade med olika grad av risk för konsumenten. Det är i samband med handel med sådana instrument som det framstår som särskilt angeläget att konsumenten har tillgång till god rådgivning. För vissa typer av placeringar, t.ex. aktier och fonder, inskränker sig risken till att det insatta kapitalet minskar eller i värsta fall helt förloras. I andra fall, t.ex. beträffande s.k. derivatinstrument, är risken av en annan karaktär genom att konsumenten kan komma att sätta sig i skuld på grund av sina placeringar.

För andra typer av finansiella tjänster är konsumentens risk mindre. Exempel på sådana produkter är vanliga bankkonton och sakförsäkringar. Företagens produkter kan självfallet skilja sig åt i olika detaljer, men alternativen är begränsade och risken för att konsumenten förlorar pengar eller äventyrar hela sin ekonomi framstår som liten. Konsumenten synes inte i dessa fall vara beroende av den särskilda sakkunskap som en rådgivare kan förväntas besitta. En annan sak är att konsumenten även i sådana situationer är beroende av korrekt information kring produkter och villkor, vilket företagen i stor utsträckning har att uppfylla redan enligt

befintlig, konsumentskyddande lagstiftning. Finansiell rådgivning med avseende på finansiella tjänster där risken för konsumenten framstår som försumbar bör mot denna bakgrund inte omfattas av den föreslagna regleringen.

Inte heller bör konsumentkrediter omfattas, eftersom särskild konsumentskyddande lagstiftning redan finns på det området.

Det finns ingen skarp gräns mellan den typ av finansiell rådgivning som framstår som skyddsvärd från konsumentsynpunkt och annan finansiell rådgivning. Vad gäller exempelvis krediter kan uppkomma situationer som har mycket gemensamt med placeringsrådgivning, t.ex. rådgivning kring valet mellan bunden och rörlig ränta på fastighetslån, kring räntebereäkningar och skatteeffekter vid omläggning av fastighetslån eller placeringar i olika typer av livförsäkringar. Finansiell rådgivning kan vidare röra lämpligheten av att placera tillgångar i exempelvis fastigheter eller guld.

Lagens direkta tillämpningsområde

Det finns ett värde i att lagstiftning av den nu föreslagna typen har ett klart och tydligt tillämpningsområde. Som framgått finns ett sådant tydligt kärnområde i form av placeringsrådgivning avseende finansiella instrument. För att närmare definiera begreppet finansiellt instrument kan hänvisas till 1 § lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument. Med finansiellt instrument avses i den lagen fondpapper samt annan rättighet eller förpliktelse avsedd för handel på värdepappersmarknaden. Med fondpapper avses aktie eller obligation samt sådana delägarätter eller fordringsrätter som är utgivna för allmän omsättning, andel i värdepappersfond och aktieägares rätt gentemot den som för hans räkning förvarar aktiebrev i ett utländskt bolag (depåbevis). I begreppet inbegrips således alla de vanligt förekommande finansiella instrument som konsumenter väljer att placera sina medel i. Lagen bör vara tillämplig på sådan rådgivning.

Vidare bör lagen vara tillämplig på råd om placering i sådan livförsäkring vars kapital helt eller delvis placeras i de finansiella instrument som konsumenten bestämmer. Sådan rådgivning har stora likheter med den placeringsrådgivning som beskrivs ovan och ligger definitivt inom ramen för det område som kan anses skyddsvärd från konsumentsynpunkt. I detta avseende skiljer sig dessa försäkringar från t.ex. traditionell livförsäkring med garanterad avkast-

ning, där det ovan nämnda resonemanget om risk för konsumenten inte kan göras gällande på samma sätt. Den typ av livförsäkring som här avses är i dagsläget s.k. fondförsäkringar (unit linked-försäkringar), dvs. sådana försäkringar som avses i 2 kap. 3 § första stycket 3 försäkringsrörelselagen (1982:713). De premier som konsumenten betalar för fondförsäkringar skall enligt 7 kap. 29 § första stycket försäkringsrörelselagen placeras i de fonder som försäkringstagaren bestämmer. Vad som betalas ut vid ett försäkringsfall beror i allmänhet på hur mycket som sparats och på värdeutvecklingen på de sparade medlen. Det är därmed konsumenten som bär placeringsrisken. Samma krav bör därför ställas på sådan rådgivning som på den typ av placeringsrådgivning som avser placering direkt i finansiella instrument. Även sådan rådgivning bör därför omfattas av lagen.

Nya produkter på de finansiella marknaderna utvecklas i snabb takt. Lagen bör därför inte begränsas till att gälla just fondförsäkringar, utan bör i stället vara tillämplig på varje typ av livförsäkring där kapitalet placeras i de finansiella instrument som konsumenten bestämmer och där konsumenten bär placeringsrisken. Det kan också tänkas att en fondförsäkring kan komma att erbjuda endast ett alternativ för placering av kapitalet med en viss risknivå. En annan fondförsäkring kan på samma sätt erbjuda en annan risknivå. I dessa fall skulle dock, på samma sätt som vid de fondförsäkringar som beskrivs ovan, konsumenten bära placeringsrisken. Även om konsumenten i ett sådant fall inte inom ramen för den aktuella försäkringen bestämmer i vilka finansiella instrument kapitalet skall placeras, får konsumenten ändå genom valet av försäkring anses ha bestämt i vilket finansiellt instrument kapitalet skall placeras. Rådgivning kring sådana försäkringar får därmed anses omfattas av lagen.

Gemensamt för den typ av rådgivning som här beskrivs är att den avser placering av konsumentens medel i finansiella instrument, antingen direkt eller indirekt via försäkringar. Denna typ av placeringar innebär finansiella risker för konsumenterna, dvs. det är konsumenten som bär placeringsrisken. Konsumenten riskerar att helt eller delvis förlora det insatta kapitalet och även i vissa fall att sätta sig i skuld. Det är i dessa fall av särskild vikt att konsumenten erhåller god rådgivning från de finansiella företagen.

Ett vidare tillämpningsområde?

Jag har under utredningsarbetet noga övervägt om även annan finansiell rådgivning bör omfattas av lagens tillämpningsområde. Det har dock visat sig att svårigheterna att finna en fungerande avgränsning är betydande. En avgränsning enbart med avseende på den risk som är förknippad med en placering är därvid alltför vag och subjektiv till sin karaktär.

Den åsikten har framförts att lagen inte bara bör omfatta råd om placering i finansiella instrument utan också "därmed jämförbar rådgivning" eller andra liknande uttryck. Den närmare innebörden av detta uttryck skulle därvid klargöras genom exempel i motiven och avgörande för om viss rådgivning skulle omfattas av lagen skulle vara tillsynsmyndighetens åsikt i ett enskilt tillsynsärende.

En sådan konstruktion medför dock betydande problem. För det första innehåller den nu föreslagna lagen bestämmelser av såväl näringsrättslig som civilrättslig karaktär. Frågan om räckvidden av lagens tillämpningsområde kommer att i stor utsträckning aktualiseras genom att konsumenten väcker talan mot näringsidkaren med yrkande om skadestånd. I ett sådant fall avgörs frågan om lagens tillämplighet i ett visst fall av allmän domstol eller Allmänna reklamationsnämnden. Om tillsynsmyndigheten agerar mot en näringsidkare med stöd av de näringsrättsliga bestämmelserna kan dock myndighetens beslut överklagas till allmän förvaltningsdomstol. Frågan om lagen i ett visst fall är tillämplig kan därför var för sig komma att bedömas av både allmän domstol och allmän förvaltningsdomstol. Med ett otydligt formulerat tillämpningsområde kan frågan komma att bedömas olika i de båda domstolarna. En sådan situation är naturligtvis inte acceptabel.

För det andra föreslås lagen inte innehålla någon tillstånds- eller anmälningsplikt för näringsidkaren. Det finns därmed ingen möjlighet för tillsynsmyndigheten att "förpröva" tillämpningsområdet i ett visst fall, t.ex. genom att bevilja tillstånd till viss verksamhet eller genom att upplysa näringsidkaren om att tillstånd i ett visst fall inte behövs. Den nu beskrivna modellen innebär därför att lagstiftaren skulle avhända sig kontrollen över lagens tillämpningsområde till förmån för tillsynsmyndighetens bedömningar i enskilda tillsynsärenden. De brister i fråga om förutsebarheten som därvid kan förutses är inte godtagbara. En näringsidkare skulle först i efterhand – antingen i samband med tillsynsmyndighetens ingripande med stöd av näringsrättsliga bestämmelser eller i samband med en skadeståndstalan i allmän domstol med stöd av civilrättsliga be-

stämmelser – få klart för sig om den rådgivningsverksamhet som bedrivs omfattas av lagen eller inte. Lagens verkan skulle därmed från näringsidkarens sida kunna upplevas som retroaktiv såvitt gäller de näringsrättsliga bestämmelserna (se avsnitt 10.1). En ytterligare komplikation är att tillsynen över lagen föreslås vara uppdelad mellan Konsumentverket och Finansinspektionen. Med ett alltför vagt definierat tillämpningsområde kan väl tänkas att de båda myndigheterna kommer till olika resultat i sina bedömningar av vad som skall omfattas av lagens tillämpningsområde.

För det tredje är det nödvändigt att både näringsidkare och konsumenter har klart för sig vilka skyldigheter och vilket ansvar som finansiella rådgivare har i en specifik rådgivningssituation. Som har framgått tidigare är det tämligen oklart vilka skyldigheter och vilket ansvar finansiella rådgivare har enligt den praxis som utgör gällande rätt. En bärande tanke med den nu föreslagna lagen är att åstadkomma tydligare gränser. Detta förutsätter ett tydligt och klart definierat tillämpningsområde.

En annan åsikt som har framförts är att ytterligare typer av försäkringar, t.ex. livförsäkringar generellt, borde ingå i tillämpningsområdet. En utgångspunkt har dock varit att varken sakförsäkringar eller livförsäkringar av traditionell typ framstår som skyddsvärda från konsumentsynpunkt med avseende på det här aktuella rådgivaransvaret. Konsumenten tar i dessa fall ingen finansiell risk utan är, under givna förutsättningar, garanterad ett visst utfall. Detta utfall kan konsumenten inte påverka genom egna val avseende placering av det insatta kapitalet och konsumenten bär ingen placeringsrisk. En alltför vid definition, t.ex. att lagen skulle omfatta livförsäkringar generellt, träffar därför till stor del verksamhet vid försäkringsbolagen som inte framstår som skyddsvärd utifrån det i denna utredning behandlade rådgivaransvaret, t.ex. traditionella livförsäkringar med garanterad avkastning. Det är vidare svårt att se fall där konsumenten vid denna typ av livförsäkring drabbas av ren förmögenhetsskada (jfr avsnitt 11.1.4). Att låta tillämpningsområdet omfatta försäkringar som med avseende på den risk konsumenten tar är "jämförbara med placeringar i finansiella instrument" eller liknande leder till samma typ av tillämpningsproblem som har beskrivits ovan.

Sammanfattningsvis anser jag att lagens tillämpningsområde måste bestämmas med en hög grad av tydlighet och förutsebarhet. Tillämpningsområdet bör vidare begränsas till sådan rådgivning som omfattas av det skyddsvärda konsumentintresse som beskrivs ovan.

Analogivis tillämpning av lagen

Mot den ovan angivna bakgrunden med ett väl definierat tillämpningsområde förordar jag att lagen i tillämpliga delar bör kunna tillämpas analogivis på sådan finansiell rådgivning som med avseende på den risk konsumenten tar och den typ av rådgivning som är i fråga kan anses jämförbar med placeringsrådgivning avseende finansiella instrument och rådgivning avseende livförsäkringar vars kapital placeras i de finansiella instrument som konsumenten bestämmer.

En jämförelse kan göras med bestämmelserna i 34 § konsumentkreditlagen (1992:830) om betalningsansvar vid förlust av kontokort. Bestämmelserna är i enlighet med konsumentkreditlagens tillämpningsområde formellt begränsade till sådana kontokort som är knutna till en kredit. Enligt uttalanden i förarbetena torde paragrafen dock kunna tillämpas analogt även på andra kontokort (prop. 1991/92:83 s. 144). En sådan analog rättstillämpning har numera blivit en fast praxis i Allmänna reklamationsnämnden.

Som exempel på vad som skulle kunna komma i fråga för en sådan analog tillämpning kan nämnas investeringar i vissa typer av mera värdefullt lösöre, t.ex. guld och ädla stenar. Avgörande i detta fall bör vara om placering i en viss typ av lösöre kan ses som en investering som är förenad med ett inte obetydligt mått av risktagande.

Sammanfattningsvis bör – i syfte att uppnå den förutsebarhet och tydlighet som kan krävas – lagens tillämpningsområde begränsas till att avse rådgivning avseende placeringar i finansiella instrument och sådana livförsäkringar där kapitalet placeras i de finansiella instrument som konsumenten bestämmer och där konsumenten bär placeringsrisken. Lagen bör dock kunna tillämpas analogivis på annan finansiell rådgivning. Exempel på sådan rådgivning har angetts ovan. Med tanke på den snabba utveckling som råder på de finansiella marknaderna torde en mer uttömmande exemplifiering kunna onödigt begränsa den utvidgning som efterhand kan komma att ske såvitt gäller den analogivisa tillämpningen. Den närmare gränsdragningen beträffande vilken typ av rådgivning som bör komma i fråga för analogivis tillämpning får i stället överlämnas till rättspraxis. En utgångspunkt för bedömningen av frågan om en analogisk tillämpning bör komma i fråga bör vara att skyddsintresset för konsumenten framstår som likvärdigt med de fall som lagen är direkt tillämplig på.

En analogisk tillämpning får framförallt effekt när det gäller den skadeståndsskyldighet som jag föreslår skall ingå i lagen (se nedan kapitel 11). Den kan däremot inte föranleda ingripanden från tillsynsmyndigheterna (se nedan kapitel 12).

Övrigt

Något bör i detta sammanhang sägas om diskretionär förvaltning, dvs. situationer där konsumenten genom avtal överläter på det finansiella företaget att utifrån de riktlinjer som överenskommit mellan parterna fortlöpande placera konsumentens medel i olika finansiella instrument. Varje enskild placering föregås i dessa fall normalt inte av rådgivning, eftersom konsumenten först i efterhand underrättas om de placeringar som har gjorts. Det kan däremot förekomma rådgivning i den föreslagna lagens mening i samband med att avtalet om diskretionär förvaltning ingås.

Det finns yrkesgrupper som väl kan tänkas tillhandahålla finansiell rådgivning till konsumenter, men som också är föremål för reglering genom särskild lagstiftning och som står under särskild tillsyn. Här kan nämnas advokater, fastighetsmäklare och försäkringsmäklare. De regelverk som styr dessa yrkesgruppers verksamhet har beskrivits ovan (avsnitt 4.2). Dessa grupperes rådgivningsverksamhet bör i första hand bedömas utifrån den särskilda reglering som gäller för respektive yrkesgrupp.

9.1.3 Finansiell rådgivning i förhållande till marknadsföring och försäljning

Finansiell rådgivning kan tillhandahållas konsumenten i olika sammanhang. Det tydligaste exemplet är självfallet att rådgivningen tillhandahålls av näringsidkaren vid ett enskilt, avtalat sammanträffande mellan en tjänsteman på det finansiella företaget och konsumenten. Tjänstemannen benämns ofta "personlig bankman", "personlig rådgivare" eller "privatrådgivare". Konsumentens önskemål och behov går därvid igenom och rådgivaren beskriver och rekommenderar olika handlingsalternativ. Tjänsten är ofta gratis för konsumenten. De finansiella företagen tar i stället betalt vid utförande av de finansiella tjänster, som konsumenten med anledning av de lämnade rekommendationerna ingår avtal om. Denna

typ av självständig rådgivning bör vara utgångspunkten vad gäller tillämpningsområdet för den föreslagna lagen.

Ett sätt att åstadkomma en tydlig avgränsning av den verksamhet som avses regleras med lagen om finansiell rådgivning vore att såväl juridiskt som praktiskt hålla den finansiella rådgivningen skild från annan verksamhet. Den finansiella rådgivningen skulle därvid tillhandahållas av särskilda tjänstemän och utföras utan inslag av marknadsföring eller försäljning. För det fall konsumenten därefter önskar särskild information om specifika produkter eller att ingå avtal om utförande av en särskild finansiell tjänst, skulle konsumenten hänvisas till någon annan tjänsteman vid företaget, en annan avdelning inom företaget eller eventuellt ett annat bolag i samma koncern.

Finansiell rådgivning tillhandahålls dock i praktiken nästan uteslutande i samband med försäljning av de finansiella företagens produkter eller i samband med marknadsföring som syftar till sådan försäljning. En avgörande fråga är därför hur den föreslagna regleringen bör förhålla sig till annan information, främst marknadsföring, som de finansiella företagen tillhandahåller. Från konsumentskyddssynpunkt framstår det som angeläget att de råd som de finansiella företagen lämnar i dessa situationer är lika väl anpassade till konsumentens behov och önskemål som vid den renodlade rådgivning som har beskrivits ovan.

En uppdelning som den ovan beskrivna innebär därmed svårigheter. För det första stämmer uppdelningen inte med verkligheten, dvs. företagen är idag inte organiserade på det sättet att rådgivning är en särskild, från annan verksamhet skild funktion. Om man med lagstiftning tvingar företagen att ändra sin verksamhet, kan det förutses ökade kostnader som kan komma att drabba konsumenterna. För det andra framstår en sådan uppdelning inte som eftersträvänsvärd utifrån konsumentens perspektiv. För konsumenten torde uppdelningen i rådgivning, marknadsföring och försäljning framstå som verklighetsfrämmande. Konsumenten har anledning att förlita sig på företagets rekommendationer vare sig dessa kommer från en rådgivare eller från en försäljare.

För att uppnå avsedd effekt med den föreslagna regleringen, dvs. att förbättra konsumentskyddet med avseende på finansiell rådgivning, bör lagen därför vara tillämplig på finansiell rådgivning generellt, oavsett i vilken situation denna tillhandahålls. Det bör således inte ha någon betydelse om syftet med rådgivningen från näringsidkarens utgångspunkt ytterst är att sälja eller i vart fall marknadsföra egna eller andras produkter. I den mån informationen är att

bedöma enligt flera regelverk bör konsumenten genom den föreslagna lagen ges möjlighet att välja de för honom eller henne mest förmånliga bestämmelserna.

Genom att rådgivningen utgör ett moment bland flera i den verksamhet som konsumenten möter, är det nödvändigt att tydliggöra den föreslagna lagens tillämplighet i förhållande till annan lagstiftning.

Den marknadsrättsliga lagstiftningen

Till den del informationen från näringsidkarens sida är att hänföra till marknadsföring gäller den marknadsrättsliga lagstiftningen. Marknadsföringslagen (1995:450) innehåller regler för näringsidkarens marknadsföring av produkter, t.ex. finansiella tjänster. Med marknadsföring menas i lagen reklam och andra åtgärder i näringsidkarens verksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter (3 §). Härmed avses inte bara reklam. Redan själva saluhållandet av en produkt, om än helt passivt, är att betrakta som en sådan åtgärd (prop. 1994/95:123 s. 164). Marknadsföring skall stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenten (4 § första stycket). Härmed avses främst att marknadsföringen skall vara vederhäftig och icke vilseledande. Vidare skall näringsidkaren vid marknadsföring lämna sådan information som är av särskild betydelse från konsumentsynpunkt (4 § andra stycket). Med stöd av lagen kan ett företag vid vite förbjudas att fortsättningsvis använda sig av viss marknadsföring eller åläggas att lämna information av särskild betydelse. Lagen tar därmed sikte på att skydda konsumentkollektivet från att fortsättningsvis bli utsatta för marknadsföring som redan nått konsumenterna och som strider mot lagen. Även om marknadsföringslagen avser att skydda konsumentkollektivet, inte enskilda konsumenter, finns det dock under vissa förutsättningar möjlighet för enskilda konsumenter som drabbats av kostnader med anledning av marknadsföring att erhålla skadestånd. Skadestånd kan dock utgå endast om näringsidkaren har brutit mot ett tidigare meddelat förbud eller föreläggande eller om han eller hon inte följt vissa särskilda regler.

De ovan beskrivna marknadsrättsliga bestämmelserna tar således inte sikte på finansiell rådgivning. För det fall rådgivningen ingår som ett led i marknadsföringen av företagets produkter, dvs. om företaget använder rådgivningen som ett medel för att främja av-

sättningen av sina produkter, kan den ovan beskrivna regleringen komma att tillämpas. Om rådgivningen däremot tillhandahålls enskilt, dvs. oberoende av särskilda produkter, torde den marknadsrättsliga regleringen inte vara tillämplig. Genom att finansiell rådgivning till sin natur är av individuell karaktär, är den marknadsrättsliga regleringen, som syftar till att skydda konsumentkollektivet, ett trubbigt instrument som inte annat än undantagsvis medger rättigheter för den enskilde konsumenten.

Bestämmelser av marknadsrättslig natur återfinns också i annan lagstiftning som här är av intresse. Exempelvis skall näringsidkare enligt konsumentförsäkringslagen (1980:38) innan avtal med konsumenten ingås lämna sådan information om premier och andra försäkringsvillkor som konsumenten behöver för att kunna bedöma kostnaden för och omfattningen av försäkringen (5 §). Om företaget underlåter att iaktta denna skyldighet, skall marknadsföringslagens ovan beskrivna sanktionssystem tillämpas. Enligt konsumentkreditlagen (1992:830) skall näringsidkaren vid marknadsföring beträffande kredit lämna information om bl.a. den effektiva räntan för krediten (6 §). Även här kan marknadsföringslagens sanktionssystem tillämpas om näringsidkaren inte iakttar bestämmelserna.

Den civilrättsliga lagstiftningen

Marknadsföring kan även ha återverkningar i civilrättsligt hänseende. Konsumenttjänstlagen (1985:716) är inte tillämplig på sådana immateriella tjänster som finansiell rådgivning är ett exempel på, men används i stor utsträckning analogivis på olika typer av konsumentavtal på tjänsteområdet. Av lagen följer att en tjänst skall anses felaktig bl.a. om resultatet avviker från sådana uppgifter av betydelse för bedömningen av tjänstens beskaffenhet eller ändamålsenlighet som kan antas ha inverkat på avtalet och som i samband med avtalets ingående eller annars vid marknadsföring har lämnats av bl.a. näringsidkaren (10 §). Konsumenten kan därvid vara berättigad till skadestånd på grund av felet (31 §). Motsvarande konstruktion används i konsumentköplagen (1990:932), som dock inte heller är direkt tillämplig på den typ av finansiella tjänster som här är av intresse.

Rådgivning i relation till marknadsföring m.m.

Syftet med att reglera ansvaret för finansiell rådgivning är annorlunda än vad som är fallet beträffande marknadsföring och annan information i samband med försäljning. Finansiell rådgivning bör bedömas efter om de handlingsalternativ och rekommendationer som lämnas är rimliga med hänsyn tagen till den enskilda konsumentens behov, önskemål och förutsättningar. Vad gäller marknadsföring är bedömningsgrunden annorlunda. De krav som uppställs enligt den marknadsrättsliga lagstiftningen syftar till att säkerställa att informationen kring produkter är sakligt korrekt och inte vilseledande. Dessa bestämmelser tar vidare sikte på att skydda konsumentkollektivet, inte enskilda konsumenter. Ett exempel kan tydliggöra resonemanget.

Vid ett besök på det finansiella företaget diskuterar en konsument med sin privatrådgivare hur han eller hon skall kunna få en god avkastning på sitt kapital. Efter att ha lyssnat på konsumentens önskemål och skapat sig en bild av dennes behov föreslår rådgivaren att konsumenten skall placera sina medel i ett pensionssparande. Sparandet bör enligt rådgivaren kunna ge bra avkastning på lång sikt. Konsumenten godtar rådgivarens bedömning och säger sig vilja börja spara omedelbart. Rådgivaren beskriver därefter en specifik produkt på ett sakligt och korrekt sätt och parterna kommer fram till ett avtalslut. Rådgivaren lämnar i samband med att konsumenten undertecknar avtalet sådan särskilt viktig information som lagen föreskriver.

Mot rådgivarens agerande finns till synes inget att anföra. Informationen synes uppfylla lagens krav på saklig och icke vilseledande marknadsföring och konsumenten har fått del av sådan information som är av särskild betydelse. Om exemplet preciseras på det sättet att konsumenten är en person i åttioårsåldern, torde dock rådgivarens rekommendation komma att framstå som mer tveksam. Rekommendationen synes inte ha sin grund i den enskilda konsumentens behov, då den åttioårige konsumentens nytta av ett långsiktigt pensionssparande i de flesta fall framstår som försvinnande liten. Informationen kring produkten är dock alltså korrekt. Även om rekommendationen skulle kunna anses ingå som ett led i marknadsföringen av produkten och därvid skulle bedömas strida mot marknadsföringslagen, tar den lagstiftningen som nämnts ovan inte sikte på att skydda den enskilda konsumenten. Den marknadsrättsliga lagstiftningen passar därför mindre väl för att reglera den

typ av individualiserad rådgivning som här avses. En reglering avseende finansiell rådgivning har således ett annat syfte än den reglering som idag finns beträffande marknadsföring och annan information.

För att ytterligare tydliggöra begreppet finansiell rådgivning i relation till marknadsföring och försäljning kan följande exempel anföras.

En konsument efterfrågar råd om hur han eller hon på lämpligt sätt bör placera sina sparmedel. Rådgivaren kan bemöta konsumentens fråga på olika sätt. (1) Det finansiella företaget inhämtar från konsumenten uppgifter om dennes totala ekonomiska situation och önskemål. Företaget svarar därefter på konsumentens fråga genom att i allmänna ordalag beskriva olika handlingsalternativ och rekommendera ett eller flera av dessa, utan avseende på särskilda produkter. (2) Företaget kan också, efter att ha inhämtat kunskap om konsumentens förutsättningar och önskemål, välja att beskriva ett antal olika produkter och rekommendera en eller flera av dessa som lämpliga placeringsalternativ. (3) Företaget kan slutligen välja att direkt beskriva fördelarna med en specifik produkt utan att beröra andra alternativ och genom muntlig säljargumentering, eller genom att presentera broschyrer och liknande material av reklamkaraktär, försöka övertyga konsumenten att ingå avtal om den specifika produkten.

Det förstnämnda fallet utgör exempel på finansiell rådgivning utan inslag av försäljning och marknadsföring. För denna typ av verksamhet saknas idag lagstiftning. Den föreslagna lagen om finansiell rådgivning till konsumenter bör här vara tillämplig.

Det andra fallet innehåller moment av marknadsföring, som bör kunna bedömas enligt den marknadsrättsliga lagstiftningen, dvs. informationen kring de aktuella produkterna skall vara sakligt korrekt och inte vilseledande. Situationen innehåller dock också moment av finansiell rådgivning, genom att konsumenten som svar på sin fråga om lämpliga placeringar rekommenderas en eller flera särskilda produkter. Rådgivningsmomentet – dvs. att den enskilde konsumenten, utefter sina förutsättningar och behov, rekommenderas att ingå avtal om utförande av någon av de aktuella finansiella tjänsterna – bör lämpligen kunna bedömas med stöd av den föreslagna lagen om finansiell rådgivning.

I det tredje exemplet dominerar inslagen av marknadsföring och försäljning. Konsumenten kan dock även i detta fall, beroende på omständigheterna, ha befogad anledning att uppfatta tjänsteman-

nens information som rådgivning. Konsumenten får ju som svar på sin fråga en, i vart fall underförstådd, rekommendation att köpa en viss produkt. Rimligheten i denna rekommendation bör bedömas med stöd av den föreslagna lagen om finansiell rådgivning.

Om konsumenten i stället, mot bakgrund av den marknadsföring som han eller hon har tagit del av, ger ett finansiellt företag i uppdrag att exempelvis för konsumentens räkning köpa fondandelar, preciserade till typ och antal eller belopp, utan att efterfråga råd från företagets sida är situationen annorlunda. Ärendet torde vara att betrakta som ett rent expeditionsärende, utan inslag av rådgivning. Den föreslagna lagen blir därvid inte tillämplig.

Sammanfattningsvis kan sägas att den föreslagna lagen bör vara tillämplig på de råd som ett företag lämnar till konsumenten. Dessa råd skall bedömas självständigt och oberoende av den marknadsrättsliga och den befintliga civilrättsliga lagstiftning som kan komma att tillämpas i sammanhanget. Det har därvid ingen betydelse om rådgivningen skett enskilt eller som ett led i marknadsföring eller försäljning av finansiella tjänster.

9.2 Rådgivningsuppdraget

<p>Mitt förslag: Endast sådan finansiell rådgivning som har sin grund i ett uppdragsförhållande mellan näringsidkaren och konsumenten skall omfattas av lagen.</p>

Den föreslagna lagen bör vara tillämplig på finansiell rådgivning som är av individuell karaktär. Det bör därvid för lagens tillämplighet krävas att det finns ett uppdragsförhållande mellan rådgivaren och en enskild konsument med avseende på finansiell rådgivning. Det tydligaste exemplet torde vara att näringsidkaren och konsumenten ingår ett formellt avtal om finansiell rådgivning. Ett uppdragsförhållande torde dock också kunna uppstå tämligen formlost (jfr HD:s resonemang i rättsfallet NJA 1992 s. 243, se ovan avsnitt 2.3). Det avgörande är att rådgivaren har uppträtt yrkesmässigt och att motparten haft fog för att fästa tillit till de råd som lämnats. I vart fall bör detta gälla om rådgivaren insett att motparten förlitat sig på den förmedlade informationen. Resonemanget har i doktrinen kallats den befogade tillitens relevans (se Jan Kleinman, SvJT 1998 s. 187). Rättsförhållandet mellan rådgivaren och konsumenten bör mot denna bakgrund kunna betecknas som kontraktuellt eller i vart fall kontraktliknande beroende på omständigheterna.

Flera faktorer är således av betydelse för uppkomsten av ett uppdragsförhållande. För det första har det betydelse hur det finansiella företaget uppträder och marknadsför sig i förhållande till konsumenten. Genom att erbjuda konsumenten samtal med en "privatrådgivare", en "personlig bankman" eller liknande ger företaget också konsumenten befogad anledning att utgå från att företaget har för avsikt att tillhandahålla individuell finansiell rådgivning. Även företagets uppträdande i sina relationer med konsumenterna har betydelse. För det fall konsumenten efterfrågar rådgivning och företrädaren för företaget lyssnar till konsumentens behov och önskemål för att därefter avge rekommendationer bör ett rådgivningsuppdrag anses föreligga.

I andra situationer kan stå klart att ett rådgivningsuppdrag inte föreligger. För det fall konsumenten endast har för avsikt att ge i uppdrag åt företaget att utföra en viss finansiell tjänst eller endast efterfrågar särskild information kring en specifik produkt och kontakten mellan konsumenten och företaget inskränker sig till detta, torde ett rådgivningsuppdrag inte föreligga. Det rör sig i dessa fall i stället om rena expeditiönsärenden. Inte heller föreligger ett rådgivningsuppdrag om företaget inledningsvis gör klart för konsumenten att det inte tillhandahåller finansiell rådgivning, utan endast lämnar standardiserad information kring specifika produkter.

Det är således de sammantagna omständigheterna i det enskilda fallet som avgör om ett rådgivningsuppdrag föreligger eller inte. Företagets uppträdande inför konsumenten torde dock vara av enskilt störst betydelse. Den föreslagna lagen torde därmed kunna leda till att företagen är tydliga i sin relation till konsumenterna.

Den föreslagna lagen bör inte vara tillämplig på råd som lämnas till en vid krets av personer, t.ex. via massmedia. Något uppdragsförhållande mellan konsumenten och näringsidkaren kan i dessa fall inte anses föreligga. Råden lämnas till en obestämd krets av personer vilket medför att exempelvis inte bara läsarna av en tidning kan ta del av rådet, utan även läsarens hushållsmedlemmar och andra som får del av innehållet. Lagen bör mot denna bakgrund inte vara tillämplig på denna typ av rådgivning.

En särskild fråga är om ett uppdragsförhållande kan anses uppkomma på annat sätt än via personlig kontakt, t.ex. via Internet. Internet ger möjlighet till interaktivitet, dvs. "kommunikation" på en webbplats mellan företaget och en konsument. Konsumenten kan på en webbplats ange sina personliga behov och önskemål avseende exempelvis placering av sparmedel och erhåller mot bakgrund av de lämnade uppgifterna råd om lämpliga alternativ. Via e-post

kan en rådgivare nå ut med bestämd information till en bestämd krets personer och kan därtill snabbt nå ut med rättelser av felaktig information. Motsvarande resonemang kan göras gällande vid personligt ställda brev via vanlig post.

Det synes inte finnas några principiella invändningar mot att betrakta även de ovan beskrivna situationerna som ett uppdragsförhållande, på samma sätt som även köpavtal och andra typer av avtal kan ingås via Internet eller på annat sätt på distans. För att ett uppdragsförhållande skall anses uppstå torde dock krävas just en sådan rådgivning av individuell karaktär som här beskrivits. Information av massmedial karaktär, ställd till en vid krets av personer, bör ju som framhållits ovan falla utanför tillämpningsområdet.

9.3 Parterna

Mitt förslag: Lagen skall begränsas till att avse finansiell rådgivning som näringsidkare tillhandahåller konsumenterna.

Liksom i annan konsumentskyddande lagstiftning bör den föreslagna lagen begränsas med avseende på parterna, i detta fall uppdragsgivaren och uppdragstagaren. Bestämmelserna bör vara tillämpliga endast för det fall uppdragsgivaren, dvs. mottagaren av råden, är konsument. Begreppet definieras vanligtvis inte närmare i den konsumenträttsliga lagstiftningen. I stället anges att lagen gäller för det fall konsumenten handlar "huvudsakligen för enskilt ändamål" eller liknande, se t.ex. 1 § konsumenttjänstlagen (1985:716) och 1 § konsumentköplagen (1990:932). I sådan konsumenträttslig lagstiftning som bygger på EG-direktiv har använts en något anorlunda definition. I 2 § lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal definieras konsument som "en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet". Samma definition har använts även i annan konsumenträttslig lagstiftning som har sin grund i EG-direktiv. Den nya definitionen har dock i sak ansetts motsvara de uttryck som används i de andra konsumenträttsliga lagarna (se prop. 1994/95:17 s. 30 ff.).

Lagen bör vidare vara tillämplig endast för det fall uppdragstagaren, dvs. den finansiella rådgivaren, är att betrakta som näringsidkare. Inte heller begreppet näringsidkare definieras vanligtvis i den konsumenträttsliga lagstiftningen. Således framgår i regel endast att lagen gäller om näringsidkaren handlar "i sin yrkesmässiga verk-

samhet” (se t.ex. 1 § konsumenttjänstlagen och 1 § konsumentköplagen). I sådan konsumenträttslig lagstiftning som bygger på EG-direktiv används även med avseende på begreppet näringsidkare en något annorlunda definition. I dessa lagar avses med näringsidkare ”en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten” (se t.ex. 2 § distansavtalslagen).

De angivna definitionerna som bygger på EG-rättslig lagstiftning tycks i sak motsvara den gängse definitionen av begreppen konsument respektive näringsidkare. Användningen av definitionerna synes hittills uteslutande motiverad av att uppnå likformighet med motsvarande lagstiftning inom de nordiska länderna och inom EU. Regeringen har emellertid i den nyligen beslutade propositionen Ändringar i konsumentköplagen (prop. 2001/02:134) föreslagit att de nya konsument- och näringsidkarbegreppen införs även i konsumentköplagen och konsumenttjänstlagen. Såvitt gäller de föreslagna ändringarna i konsumentköplagen är dessa föranledda av EG-direktiv. Ändringarna i konsumenttjänstlagen föranleds dock enligt vad regeringen har anfört i propositionen av den betydande överensstämmelse som traditionellt har rätt mellan de båda lagarna, inte minst såvitt gäller använda uttryckssätt. Enligt regeringen talar sakliga och rättssystematiska skäl för att även i konsumenttjänstlagen ta in de definitioner av näringsidkare och konsument som föreslås inflyta i konsumentköplagen (propositionen s. 27).

Den föreslagna lagen om finansiell rådgivning till konsumenter har varken EG-rättslig anknytning eller direkta motsvarigheter i de andra nordiska länderna. Eftersom de definitioner som bygger på EG-direktiv emellertid vunnit acceptans även avseende sådan lagstiftning som saknar anknytning till EG-rätten, finns det inte anledning att här föreslå någon annan lösning. Av särskild vikt torde vara att den nu föreslagna lagen överensstämmer med konsumenttjänstlagen såvitt avser konsument- och näringsidkarbegreppen. Jag föreslår därför att samma definitioner tas in i den här föreslagna lagen som i den nämnda propositionen föreslås gälla beträffande konsumenttjänstlagen och konsumentköplagen.

Med begreppet näringsidkare avses främst finansiella företag av olika slag, t.ex. banker, försäkringsbolag, värdepappersbolag och fondbolag. Lagen bör dock vara tillämplig även på annan näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning, t.ex. fristående rådgivningsföretag. Tillämpningsområdet bör alltså inte begränsas till att avse enbart sådana finansiella institut som enligt befintlig näringsrättslig lagstiftning står under Finansinspektionens tillsyn.

Med den begränsning med avseende på parterna som jag nu förordat faller finansiell rådgivning som sker helt inom privatlivets sfär utanför den blivande lagens tillämpningsområde. Härmed avses finansiell rådgivning som sker inom ramen för privata relationer. Privatlivets sfär är självfallet inte omgärdad av tydliga gränser. Som exempel kan nämnas en yrkesverksam professionell rådgivare som i ett sammanhang av mer privat karaktär, utanför arbetsplatsen eller annars efter arbetstid, lämnar råd i finansiella frågor. Situationen i vilken rådet lämnas måste därvid avgöra om konsumenten har skäl att förlita sig på ett råd och i efterhand kan ställa krav på rådgivaren. Det torde ankomma på rådgivaren att i tveksamma fall klargöra att rådgivningen inte lämnas som ett led i den yrkesmässigt bedrivna verksamheten.

När det gäller den förslagna lagens tillämplighet i fråga om parter med utländsk anknytning – t.ex. utländska företag som tillhandahåller finansiell rådgivning till konsumenter i Sverige – saknas skäl att här göra några särskilda bedömningar. I stället får, som vid annan lagstiftning, sådana frågor avgöras med stöd av de särskilda regler som gäller i fråga om lagval i situationer som har anknytning till olika länders lagstiftning.

9.4 Tvingande bestämmelser till konsumentens förmån

Mitt förslag: Bestämmelserna i lagen skall vara tvingande till konsumentens förmån.
--

Som nämnts ovan anser jag att den föreslagna lagen bör innehålla bl.a. bestämmelser av civilrättslig karaktär. Lagförslaget bör således – som jag kommer in på i det följande – innehålla bestämmelser om näringsidkarens skyldigheter gentemot den enskilde konsumenten och om skadeståndsskyldighet på grund av vårdslös rådgivning. De skyldigheter och det ansvar som följer av lagen bör inte kunna avtalas bort. Bestämmelserna i lagen bör därför, som brukligt är i konsumenträttslig lagstiftning, göras tvingande till konsumentens förmån.

10 Näringsidkarens skyldigheter

10.1 Generella skyldigheter för näringsidkaren

10.1.1 Allmänna överväganden

Grundläggande för den verksamhet som bedrivs inom de finansiella företagen är de s.k. rörelsereglerna (se avsnitt 4.3). Genom dessa regler ställer staten upp de krav som företagen måste uppfylla för att över huvud taget tillåtas verka på marknaden. Reglerna har således ingen direkt verkan på de rättigheter och skyldigheter som råder mellan en näringsidkare och en konsument. Reglerna kan dock ges en sådan betydelse, för det fall de beaktas exempelvis vid en culpabedömning med anledning av en skadeståndstalan (se avsnitt 4.3.1).

Det finns i dag inte några bestämmelser av näringsrättslig karaktär som särskilt tar sikte på finansiell rådgivning. Det torde inte heller ligga inom ramen för mitt uppdrag att närmare studera och överväga den näringsrättsliga regleringen av de finansiella marknaderna.

Det finns dock behov av ett par grundläggande bestämmelser av näringsrättslig karaktär i syfte att stärka konsumentskyddet vid finansiell rådgivning. Dessa bestämmelser skall ses som ett komplement till den näringsrättsliga reglering som i övrigt gäller för vissa av de nu aktuella företagen. De bör kunna tillämpas oberoende av annan näringsrättslig reglering. Bestämmelserna bör därför, utan att påverka den näringsrättsliga regleringen i övrigt, tas in i den föreslagna lagen om finansiell rådgivning.

10.1.2 Krav på kompetens

Mitt förslag: En näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning skall se till att den personal som utför rådgivningen har erforderlig kompetens.

Den debatt som under senare år har förts med avseende på finansiell rådgivning har i mycket handlat om rådgivarnas kompetens. Åsikten har framförts att den personal som utför rådgivningen inte sällan saknar erforderlig utbildning och kunskap. Undersökningar som har genomförts av Finansförbundet har också visat att många av dem som sysslar med rådgivningsarbetet på t.ex. bankerna upplever att de har otillräckliga kunskaper och utbildning för den uppgiften.

Det är svårt att göra generella uttalanden kring rådgivarnas kompetens. Det intryck jag har fått under utredningsarbetet är dock att kompetensen hos rådgivarna varierar. Som rådgivare arbetar bl.a. såväl välutbildade tjänstemän med mångårig erfarenhet som tillfälligt anställda telefonförsäljare med ett par veckors utbildning.

Det nyligen startade licensieringsprojektet (se avsnitt 6.1) är – även om det utsatts för viss kritik för brister i kvaliteten – ett vällovligt initiativ för att uppnå en bättre kunskapsnivå hos de anställda. Till projektet är kopplat att olika fristående företag och organisationer bedriver den utbildning som fordras för att kunna klara den examination som SwedSec AB genomför. Liknande utbildningsinsatser har förekommit även tidigare inom företagen. Såvitt gäller värdepappersinstituterna bör också nämnas Finansinspektionens nyligen beslutade allmänna råd om kompetens hos bl.a. placeringsrådgivare, vilka dock inte är av bindande karaktär (se avsnitt 4.3.2).

Det är enligt min mening dock inte tillfyllest att frågan om finansiella rådgivares kompetens helt överlämnas till företagen själva. En hög kompetensnivå bör säkras oberoende av företagens egna åtgärder och vilja. Det bör därför i den föreslagna lagen krävas att näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning skall se till att den som utför rådgivningen har erforderlig kompetens. En sådan regel kan också utgöra ett stöd för seriösa företag som strävar efter att hålla hög kvalitet i sin rådgivningsverksamhet och för licensieringsprojektet.

Statens roll bör dock inte vara annan än att fastställa de utbildnings- eller kunskapskrav som skall gälla för finansiella rådgivare. Utbildning och kompetenshöjning är frågor som bör ligga på före-

tagen själva att genomföra. Inte heller är det önskvärt att tillsynsmyndigheten prövar de anställdas kompetens i form av licensiering eller godkännande på sätt som sker i Storbritannien (se avsnitt 7.1). Nyttan av ett krav på statligt godkännande kan ifrågasättas och den administration som skulle krävas för att genomföra ett sådant system synes därför enligt min mening inte motiverad.

Det bör således vara en skyldighet för den näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning att se till att den personal som utför rådgivningen har den kompetens som lagstiftaren bestämmer. Det är emellertid inte möjligt att i lag fastslå vad som skall avses med erforderlig kompetens. Som tidigare framhållits tillhandahålls finansiell rådgivning av olika typer av finansiella företag som bedriver verksamhet i delvis olika branscher och som tillhandahåller olika typer av produkter. De finansiella marknaderna synes dessutom befinna sig i ständig förändring. Vad som skall anses utgöra en godtagbar kunskapsnivå kan därför inte generellt fastslås. De närmare reglerna om vilka kompetenskrav som skall gälla bör därför, efter bemyndigande, bestämmas genom föreskrifter på myndighetsnivå och bör beslutas efter samråd med företrädare för de branscher som är berörda.

Föreskrifterna bör utfärdas av den myndighet som är tillsynsmyndighet enligt lagen. Som kommer att framgå i det följande (kapitel 12) föreslås som huvudregel att Konsumentverket skall utöva tillsyn enligt lagen. Det bör därmed vara Konsumentverket som utfärdar nämnda föreskrifter. Sådan verksamhet som står under tillsyn av Finansinspektionen föreslås dock vara undantagen från Konsumentverkets tillsyn. Även Finansinspektionen bör därför bemyndigas att utfärda ovan beskrivna föreskrifter.

Det förhållandet att företagen själva ges ansvar för att personalen har den kompetens som lagstiftaren eller, efter bemyndigande, berörd myndighet bestämmer betyder inte att det inte skall finnas en statlig kontroll. En bestämmelse om personalens kompetens bör, liksom annan näringsrättslig reglering, bli föremål för statlig tillsyn (se närmare kapitel 12).

10.1.3 Krav på dokumentation

Mitt förslag: Näringsidkaren skall vara skyldig att dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället.

Finansiell rådgivning sker i allmänhet i form av ett samtal mellan rådgivaren och konsumenten. De båda parterna utbyter information och deras resonemang utmynnar i en rekommendation från rådgivarens sida. För att i efterhand rätt kunna bedöma det rimliga i denna rekommendation, är det av stor betydelse att kunna rekonstruera vad som förekommit från båda parter sida.

Det förekommer i dag att företagen spelar in rådgivningssamtal på band. Även annan typ av dokumentation förekommer, såsom anteckningar i datorbaserade system. Fondbolagens Förening rekommenderar sina medlemmar att, om kunden begär det, dokumentera rådgivning om fonder. Som framgått ovan (avsnitt 7.1) är kravet på dokumentation en viktig del av det konsumentskyddande regelverket i Storbritannien.

Dokumentation vid finansiell rådgivning har flera fördelar. Den rådgivare som innan rådgivningen äger rum vet att hans samtal med konsumenten kommer att nedtecknas och bevaras torde agera med större försiktighet. De bevisvärigheter som kan uppkomma i samband med en efterföljande tvist minimeras genom dokumentation, vilket gagnar såväl företagen som konsumenterna. Inte minst torde prövningen i Allmänna reklamationsnämnden underlättas, då nämnden i sina ärenden inte kan ta del av muntlig bevisning.

Jag menar därför att starka skäl talar för att krav på dokumentation införs. Dokumentationen skall ge en rättvisande bild av vad som förekommit vid rådgivningstillfället. Avgörande är att i efterhand kunna avgöra på vilka grunder rådgivaren har lämnat sin rekommendation. Ett liknande krav följer, såvitt avser värdepappersinstitutet, av Finansinspektionens nyligen beslutade föreskrifter (se avsnitt 4.3.2).

Kravet på dokumentation kan självfallet inte göras gällande i vidare utsträckning än vad lagens tillämpningsområde medger. Om det i en rådgivningssituation även diskuteras frågor som faller utanför lagens tillämpningsområde, t.ex. en diskussion om utformningen av ett testamente, bör vad som förekommit i denna del därför inte omfattas av dokumentationskravet.

Bestämmelser om hur dokumentationen närmare skall genomföras och bevaras är inte lämpliga att slå fast i lag. Lagen skulle därvid komma att tyngas av en alltför stor detaljrikedom och möjligheten

till snabba justeringar i regelverket skulle gå förlorad. I stället bör de närmare reglerna bestämmas, efter bemyndigande, genom föreskrifter från berörda myndigheter. Beträffande frågan om vilken myndighet som bör utfärda föreskrifter om dokumentation hänvisas till resonemanget ovan beträffande föreskrifter med krav på kompetens.

Ett krav på näringsidkaren om att säkra dokumentation om vad som förekommit vid rådgivningstillfället får också inverkan på bevisbördan i samband med tvister, se närmare avsnitt 11.1.6.

En fråga som har diskuterats under mitt utredningsarbete är om man – i likhet med vad som gäller i Storbritannien – bör ställa krav på att en kopia av dokumentationen överlämnas till konsumenten. Jag anser i princip att det bör ske, framförallt för att undvika att det senare uppstår tvist om huruvida en rådgivning förekommit eller ej. Genom att konsumenten får en kopia av dokumentationen, får konsumenten lättare att visa att en rådgivning verkligen förekommit och vad som därvid avhandlats. Det kan emellertid inte uteslutas att den tekniska utvecklingen kan medföra att det också på andra sätt kan säkras bevisning om att rådgivning ägt rum och om vad som därvid förekommit. Det bör därför inte i lag läggas fast att en kopia av dokumentationen skall lämnas till konsumenten. I stället får det bli en sak för tillsynsmyndigheterna att överväga i samband med att dessa tar fram närmare föreskrifter om dokumentationskravet. Det kan då också övervägas i vilka fall som man eventuellt skulle kunna göra ett undantag från kravet på att en kopia skall överlämnas till konsumenten.

10.2 Krav på näringsidkaren i förhållande till enskilda konsumenter

10.2.1 Allmänna överväganden

Som framgått ovan (avsnitt 2.4) är det ganska osäkert vad som enligt gällande rätt kan krävas av en finansiell rådgivare vad gäller dennes prestation. I annan jämförbar lagstiftning av konsumentskyddande karaktär har valts olika modeller i syfte att precisera vad näringsidkaren har att uppfylla för att anses ha fullgjort en godtagbar prestation gentemot konsumenten. Vid en precisering av de krav som bör kunna ställas på finansiella rådgivare finns dock speciella förhållanden att ta hänsyn till.

Finansiell rådgivning föregås sällan av formaliserade avtal parterna emellan. Det saknas därför – till skillnad från vad som gäller vid andra typer av konsumentavtal, t.ex. köp av lösa saker – möjlighet att bedöma om rådgivningen utförts i enlighet med vad parterna kommit överens om.

Vidare saknas möjlighet att bedöma näringsidkarens prestation efter det resultat som uppnås. Vid köp av en lös sak kan i efterhand konstateras att denna inte fungerar som avsett. På samma sätt kan vid utförande av ett reparationsarbete i efterhand konstateras att detta inte haft avsedd verkan. Ett sådant resonemang kan inte göras gällande med avseende på finansiell rådgivning. Finansiell rådgivning är en typ av tjänst som skall betraktas för sig, oberoende av den effekt ett råd i det enskilda fallet får. Det förhållandet att konsumenten, efter att ha omsatt ett råd i praktiken, inte uppnår det ekonomiska resultat som han eller hon förväntat sig saknar således självständig betydelse vid bedömningen av rådgivarens prestation. Ett bra råd kan vid praktisk tillämpning orsaka konsumenten förluster, medan ett dåligt råd i princip kan leda till ett gott ekonomiskt resultat.

Slutligen är finansiell rådgivning en tjänst av individuell karaktär. Näringsidkarens prestation kan därför inte bedömas utifrån en objektiv måttstock. Ett råd som kan anses lämpligt och rimligt i förhållande till en konsument, kan bedömas annorlunda i förhållande till en annan konsument.

Vid utformandet av regler för den prestation som näringsidkaren har att utföra kan utgångspunkten tas i den uppdelning som använts vid beskrivningen av gällande rätt ovan (avsnitt 2.4). Kraven som kan ställas på den finansielle rådgivaren och innehållet i rådgivningen bör således konkretiseras vad gäller dels det s.k. metodansvaret, dels informationsansvaret. Syftet bör vara att uppnå en enhetlig grund för bedömningen av metodansvaret samtidigt som det säkerställs att konsumenten erhåller råd som är individuellt anpassade.

10.2.2 God rådgivningssed och omsorg om konsumentens intressen

Mitt förslag: Finansiella rådgivare skall i sin rådgivningsverksamhet iaktta god rådgivningssed och skall vara skyldiga att med omsorg ta till vara konsumentens intressen.

God rådgivningssed

Som framgått tidigare är finansiell rådgivning ingen enhetlig verksamhet. Sådan rådgivning tillhandahålls inom olika typer av företag och dessa företag tillhandahåller ett stort antal olika produkter. Företagen verkar inom delvis olika branscher. De finansiella marknaderna har de senaste åren genomgått stora förändringar och nya produkter tillkommer efter hand.

Det är mot den bakgrunden inte möjligt och knappast heller önskvärt att söka fastställa detaljerade normer för hur rådgivning skall bedrivas. De övergripande normer som bör gälla måste kunna ändras över tiden och anpassas till olika typer av företag och olika typer av finansiella tjänster.

Ett väl beprövat sätt att fastställa normer för arbetsmetoder är att hänvisa till god sed. Begreppet återfinns i lagstiftningen på flera håll och avser typer av verksamhet som ligger nära den som bedrivs av finansiella rådgivare. Som exempel kan nämnas skyldigheten för fastighetsmäklare att iaktta god fastighetsmäklarsed och skyldigheten för försäkringsmäklare att iaktta god försäkringsmäklarsed (se närmare avsnitt 4.2).

God sed är ett dynamiskt begrepp såtillvida att det ändras över tiden. För att konkretisera begreppet får hänvisas till olika branschåtgärder (t.ex. utbildningsinsatser, riktlinjer och rekommendationer inom branschorganen), överenskommelser mellan branschorgan och berörda myndigheter, riktlinjer och allmänna råd från berörda myndigheter samt avgöranden i rättspraxis och organ för utomjudiciell tvistlösning.

Jag kan efter kontakter med företrädare för olika delar av branschen konstatera att det är en allmän uppfattning att det redan i dag finns vad som kan kallas god rådgivningssed. Denna goda sed bör enligt min mening finansiella rådgivare enligt lag vara skyldiga att följa.

Det är inte möjligt att här närmare konkretisera innebörden av god rådgivningssed. I stället får hänvisas till den samlade bild som vid varje tid kan utläsas ur den ovan beskrivna typen av källor.

Omsorgsplikt

Det är vidare av väsentlig betydelse att finansiella rådgivare med omsorg tar tillvara konsumentens intressen. Motsvarande omsorgsplikt uppställs även i annan konsumenträttslig lagstiftning och får anses utgöra ett värdefullt instrument vid bedömning av näringsidkarens prestation. En omsorgsplikt bör därför följa även av den här föreslagna lagen.

Omsorgsplikten lär få sin betydelse främst vid en tolkning mot bakgrund av vad som förekommit i ett enskilt fall. Ett par utgångspunkter för bedömningen av vad plikten kan tänkas omfatta kan dock anges.

Allmänt kan sägas att i omsorgsplikten bör innefattas en skyldighet att sätta konsumentens intresse före andra, kanske motstridiga, intressen. Rådgivaren bör därvid för konsumenten klargöra förutsättningarna för rådgivningen. Omständigheter av betydelse för konsumenten kan vara om rådgivningen endast tar sikte på att undersöka konsumentens intresse av en viss produkt eller en viss typ av produkter. Väsentligt är också om rådgivaren kan rekommendera endast ett företags produkter eller om denne kan ge en bredare bild av utbudet på marknaden. Med kunskap om sådana förhållanden kan konsumenten på ett bättre sätt bedöma de råd som lämnas. Det kan finnas skäl för konsumenten att, mot bakgrund av den kunskap han eller hon har om den aktuella rådgivarens kompetens och befogenhet, söka rådgivning även på annat håll. Konsumenten kan också, mot bakgrund av vad som framkommer vid ett rådgivningstillfälle, behöva uppmärksammas på ett sådant behov.

I omsorgsplikten bör vidare kunna inläsas ett krav på att rådgivaren ställer all sin kunskap till konsumentens förfogande. Rådgivaren skall därvid inte lämna råd mot bättre vetande.

Vid tillämpningen av andra konsumentlagar har i omsorgsplikten också ansetts ligga att näringsidkaren skall uppträda aktivt lojalt mot konsumenten (jfr prop. 1984/85:110 s. 159). Det får anses tillämpligt också vid rådgivarsituationer.

10.2.3 Anpassning till den enskilde konsumenten

Mitt förslag: Finansiella rådgivare skall vara skyldiga att anpassa sin rådgivning till den enskilde konsumentens önskemål och behov. De rekommendationer som lämnas skall även i övrigt vara lämpliga för konsumenten.

Den ovan beskrivna skyldigheten att följa god rådgivningssed och principen om omsorgsplikt kan sägas utgöra generella principer om den arbetsmetod som finansiella rådgivare skall tillämpa.

Finansiell rådgivning är dock till sin natur av individuell karaktär. Vad som är ett bra och rimligt råd i ett fall, kan bedömas som värdeslöst eller felaktigt i ett annat. Samma råd som var bra och rimligt för en konsument vid en viss tidpunkt, kan beträffande samme konsument framstå som värdeslöst eller felaktigt vid ett senare tillfälle. Finansiell rådgivning måste därför utgå från den aktuella konsumentens behov och förutsättningar, såsom dessa framstår vid rådgivningstillfället. En skyldighet att utforma rådgivningen efter sådana principer bör följa av lagen.

En bestämmelse med detta innehåll har två syften. För det första skall rådgivningssituationen anpassas till den enskilde konsumentens kunskapsnivå och möjlighet att tillgodogöra sig rådgivarens resonemang. För det andra skall de råd som lämnas vara anpassade till den enskilde konsumentens behov, önskemål och förutsättningar.

Nedan beskrivs huvudpunkterna i den kartläggning som är nödvändig för att kunna åstadkomma en sådan anpassning.

Konsumentens förkunskaper. Rådgivaren har inledningsvis att göra sig en bild av den konsument som söker råd. Det är av största betydelse att rådgivaren förvissar sig om att konsumenten förstår de resonemang som förs och därvid korrigerar missuppfattningar och felaktiga föreställningar från konsumentens sida. Då rådgivaren för första gången träffar konsumenten är det därför nödvändigt att rådgivaren genom frågor gör sig en bild av konsumentens förkunskaper och vana vid aktuella finansiella instrument. Rådgivaren skall anpassa sin rådgivning efter den kunskapsnivå som den enskilde konsumenten har.

Konsumentens ekonomiska och andra förhållanden. Rådgivaren måste därefter kartlägga konsumentens ekonomiska och andra förhållanden. Konsumentens inkomst, förmögenhet, försäkringssituation och skulder har en självklar betydelse för de rekommendationer som rådgivaren skall lämna. Likaså måste i många fall kartläggas

konsumentens familjeförhållanden och andra förhållanden av privat natur. Exempelvis kan det förhållandet att konsumenten endast har en tillfällig anställning och att de ekonomiska förutsättningarna därför kan komma att förändras påverka bedömningen.

Konsumentens önskemål och syfte med placeringen. Efter denna kartläggning måste rådgivaren utröna konsumentens syfte med den aktuella placeringen. Rådgivaren måste därvid göra klart för sig om konsumenten avser att placera sina medel på lång eller kort sikt. Vidare kan det vara av betydelse vilket mål konsumenten har med sin placering, exempelvis om konsumenten har för avsikt att placera sina medel i avvaktan på ett framtida bil- eller fastighetsköp.

Konsumentens riskbenägenhet. Av stor betydelse är också att fastställa konsumentens inställning till de olika grader av risk som är förknippade med placering av tillgångar i finansiella instrument. Rådgivaren måste förvissa sig om att konsumenten har kunskap om risken med en viss typ av placering och måste göra sig en bild av vilken grad av risk konsumenten är beredd att acceptera.

Efter en sådan kartläggning bör rådgivaren ha goda förutsättningar för att åstadkomma en rådgivning som är anpassad till den enskilde konsumenten. Rådgivaren bör ha en god bild av vem konsumenten är, vad konsumenten vill uppnå och vilken riskbenägenhet konsumenten har.

Rådgivaren bör därvid mot bakgrund av en helhetsbedömning lämna råd som framstår som lämpliga för konsumenten. En sådan skyldighet bör vara tämligen allmänt formulerad. Det torde inte vara möjligt att ålägga rådgivaren att lämna det råd som är "mest lämpligt" eller liknande. Därvid är bedömningarna som måste göras av alltför subjektiv karaktär. Rådgivaren bör dock åläggas att mot bakgrund av den kunskap han eller hon har om de finansiella marknaderna och om konsumenten lämna ett råd som framstår som lämpligt för konsumenten.

Den ovan beskrivna modellen förutsätter att konsumenten själv är beredd att informera rådgivaren om förhållanden av personlig karaktär. Väl kan tänkas att konsumenten, trots uppmaning från rådgivarens sida, inte vill berätta allt om sina ekonomiska förhållanden eller sin familjsituation. Konsumenten kan också vilja begränsa rådgivningen till en viss fråga, t.ex. placering av en specificerad summa pengar, utan att för den skull gå in på sina ekonomiska förhållanden i övrigt. Den finansielle rådgivaren får i sådana situationer självfallet anpassa sin rådgivning till de förutsättningar som konsumenten ger. Rådgivaren har dock naturligtvis att uppfylla de ovan nämnda skyldigheterna så långt möjligt. Konsumenten bör

också göras uppmärksam på vad brister i bedömningsunderlaget kan medföra i fråga om tillförlitligheten i de råd som lämnas. Det är, med tanke på den bedömning som kan komma att göras av rådgivarens insatser i efterhand, viktigt att det i den dokumentation som det åligger rådgivaren att utföra noteras att konsumenten inte velat förse rådgivaren med underlag i alla delar.

Det kan också tänkas fall där det står klart för rådgivaren att den typ av kartläggning som beskrivs ovan inte behövs i det enskilda fallet, antingen därför att konsumenten redan är väl känd av rådgivaren eller därför att den aktuella placeringen inte kräver det. Det bör i dessa fall finnas en möjlighet för rådgivaren att helt eller delvis avstå från kartläggningen. Det är dock också här, med tanke på den bedömning som i efterhand kan komma att göras av om rådgivarens haft fog för ett sådant ställningstagande, viktigt att de skäl som finns härför noteras i dokumentationen.

10.2.4 Avrådningsplikt

Mitt förslag: Näringsidkaren skall ha en avrådningsplikt beträffande sådana åtgärder som inte kan anses vara till rimlig nytta för konsumenten eller som annars är olämpliga.

Genom den ovan beskrivna skyldigheten att anpassa rådgivningen till den enskilde konsumenten och dennes speciella förutsättningar undviks att finansiella rådgivare försöker förmå kunden att vidta åtgärder som inte är lämpliga. Den situationen kan emellertid tänkas att konsumenten själv, inledningsvis eller efter att ha resonerat med rådgivaren, uttrycker en självständig vilja om att genomföra en särskild transaktion. Fråga är om rådgivaren i en sådan situation bör vara skyldig att på eget initiativ värdera konsumentens önskemål. En sådan avrådningsplikt åvilar i dag näringsidkare enligt konsumenttjänstlagen (1985:716).

Utgångspunkten är naturligtvis, som vid andra typer av avtal, att konsumenten själv avgör vilka avtal han eller hon skall ingå. Tanken med de ovan beskrivna skyldigheterna för rådgivaren är dock att konsumenten skall ha möjlighet att fatta ett sådant beslut på så goda grunder som möjligt. Genom att få del av rådgivarens sakkunskap, ges konsumenten bättre förutsättningar att fatta rimliga beslut. Samma resonemang kan göras gällande för det fall konsumenten i en rådgivningssituation själv uttrycker en vilja att genomföra

en viss transaktion. En avrådningsplikt bör därför införas för finansiella rådgivare.

För att avrådningsplikten skall gälla måste det självfallet röra sig om en rådgivningssituation. För det fall konsumenten kontaktar ett företag i syfte att genomföra en viss transaktion utan att beslutet föregås av rådgivning, bör det inte åligga näringsidkaren att avråda konsumenten från att vidta åtgärden. Konsumenten äger naturligtvis själv råda över sina tillgångar och inte alla konsumenter önskar eller har behov av rådgivning. Om det emellertid föreligger en rådgivningssituation där konsumenten har efterfrågat råd från näringsidkaren och konsumenten i den situationen uttrycker en egen bedömning, bör avrådningsplikten gälla.

Även om således den av mig föreslagna lagen inte kommer att innebära någon avrådningsplikt i fall då någon rådgivningssituation inte föreligger, bör det framhållas att en analog tillämpning av konsumenttjänstlagen (1985:716) här kan ge ett annat resultat. För det fall konsumenten uppdrar åt det finansiella företaget att utföra en finansiell tjänst utan föregående rådgivning, kan väl tänkas att den avrådningsplikt som följer av 6 § konsumenttjänstlagen (se avsnitt 4.1) genom analog rättstillämpning kan innebära en skyldighet för företaget att avråda konsumenten från att låta utföra tjänsten. En sådan skyldighet följer ju i så fall dock redan av befintlig lagstiftning och påverkas inte av den nu föreslagna regeln. För det fall utförandet av en finansiell tjänst föregåtts av rådgivning, kan en avrådningsplikt följa såväl av den nu föreslagna lagen som av en analog tillämpning av konsumenttjänstlagen. I ett sådant fall får hänvisas till den ovan beskrivna principen att konsumenten alltid har förmånen att kunna välja det för honom eller henne mest förmånliga regelverket.

Avrådningsplikten skall inte uppfattas som en skyldighet att försöka övertala konsumenten att inte vidta en viss åtgärd. Om näringsidkaren finner att den åtgärd konsumenten vill vidta inte är att rekommendera, bör rådgivaren dock vara skyldig att påpeka detta, dvs. avråda konsumenten från att vidta åtgärden. Näringsidkaren får naturligtvis, för det fall konsumenten trots allt framhårdar i sin uppfattning, välja att slutföra affären i enlighet med konsumentens önskemål. Det skall därvid dock framgå för konsumenten att rådgivaren är av en annan uppfattning.

De situationer där avrådningsplikten kan bli aktuell är sådana där den åtgärd konsumenten önskar vidta inte kan anses vara till rimlig nytta för konsumenten. Som exempel kan nämnas en konsument

som vid hög ålder förklarar sig ha för avsikt att påbörja ett långsiktigt pensionssparande i en fondförsäkring.

Vidare bör avrådningsplikten omfatta åtgärder som framstår som olämpliga på mer individuella grunder. Konsumentens ekonomiska förhållanden, anställningsförhållanden, familjesituation osv. kan få en åtgärd som konsumenten önskar vidta att framstå som olämplig.

För att i efterhand rätt kunna bedöma rådgivarens prestation är det väsentligt att rådgivaren noterar konsumentens egna förslag och sina egna eventuella avrådanden i den dokumentation som skall göras vid rådgivningstillfället.

10.2.5 Riktlinjer i anslutning till lagen

Mitt förslag: Tillsynsmyndigheten bör utfärda riktlinjer och allmänna råd om tillämpningen av lagen.

De ovan beskrivna bestämmelserna är allmänt hållna och ger utrymme för tolkning. Särskilt gäller detta vad som skall innefattas i begreppet god rådgivningssed. Det är därför av värde om tillsynsmyndigheterna genom riktlinjer eller allmänna råd ger sin syn på näringsidkarens skyldigheter. Även om sådana riktlinjer eller allmänna råd endast är att betrakta som ena partens syn på frågan och varken binder näringsidkare eller domstolar, kan de ge en ökad tydlighet åt bestämmelserna och ge dem en mer praktisk innebörd.

Som har nämnts ovan och som kommer att beskrivas närmare i det följande (kapitel 12) föreslås att tillsynen över lagen enligt huvudregeln skall utövas av Konsumentverket. Undantag föreslås dock såvitt avser verksamhet som står under Finansinspektionens tillsyn. Motsvarande förhållanden råder enligt konsumentkreditlagen (1992:830). Såväl Finansinspektionen som Konsumentverket har utfärdat allmänna råd respektive riktlinjer om tillämpningen av bestämmelserna i den lagen (Finansinspektionens allmänna råd om krediter i konsumentförhållanden, FFFS 2000:2, respektive Konsumentverkets riktlinjer om tillämpning av konsumentkreditlagen (1992:830), KOVFS 2001:04).

På motsvarande sätt bör de båda myndigheterna ha möjlighet att klargöra sin inställning till näringsidkarnas skyldigheter enligt den nu föreslagna lagen. Bestämmelser härom kan lämpligen införas i myndigheternas respektive instruktion.

11 Skadestånd m.m.

11.1 Skadeståndsskyldighet vid vårdslös rådgivning

Mitt förslag: Näringsidkare som genom finansiell rådgivning uppsåtligen eller av oaktsamhet orsakar konsumenten ren förmögenhetsskada skall ersätta skadan. Ersättningskyldigheten begränsas till att avse skador av någon betydelse.

11.1.1 Skäl för en skadeståndsregel

Mot bakgrund av de ovan föreslagna skyldigheterna för näringsidkarna (kapitel 10) måste övervägas om någon sanktion bör kunna tillgripas mot den näringsidkare som inte iakttar dessa skyldigheter. För att uppnå den avsedda effekten med bestämmelserna – dvs. att stärka konsumentskyddet på området – torde någon form av sanktion vara nödvändig. Bestämmelserna torde i annat fall förlora i tyngd och betydelse. Vilken typ av sanktion som medför bäst möjlighet att uppnå avsedd effekt beror dock på vilken typ av skyldigheter som skall iakttas.

De skyldigheter för näringsidkarna som föreslås i kapitel 10 är som framgått av olika karaktär. I avsnitt 10.1 beskrivs skyldigheter av näringsrättslig natur. Dessa skyldigheter skall näringsidkaren iaktta generellt och rör inte innehållet i den rådgivning som tillhandahålls den enskilde konsumenten. Sanktioner med anledning av dessa bestämmelser behandlas nedan i kapitel 12.

De skyldigheter som föreslås i avsnitt 10.2, rör vad näringsidkaren skall iaktta i förhållande till den enskilde konsumenten. Genom att iaktta god rådgivningssed och uppfylla de krav som föreslås vad gäller omsorg, anpassning till den enskilde konsumenten och avrådning, säkerställs i möjlig mån att rådgivningens innehåll håller en godtagbar kvalitet. Avsteg från dessa skyldigheter kan leda till att konsumenten erhåller råd som inte är godtagbara från kvalitetssyn-

punkt. För det fall konsumenten väljer att följa sådana råd, kan han eller hon drabbas av förluster som annars inte skulle ha inträffat. Näringsidkarnas underlåtenhet att iaktta de skyldigheter som följer av lagen, kan således ge en direkt effekt på konsumentens ekonomi.

Mot den bakgrunden framstår en skadeståndssanktion som det mest ändamålsenliga alternativet. Såväl skadeståndets preventiva som reparativa funktion talar för en sådan sanktion. Risken att drabbas av skadeståndsansvar utgör ett starkt incitament för de finansiella företagen att hålla en hög kvalitet i rådgivningen. För det fall företagen inte iakttar sina skyldigheter hålls i vart fall konsumenten skadeslös.

Det närmast liggande alternativet till en skadeståndssanktion torde vara den typ av påföljd som kan göras gällande enligt den marknadsrättsliga lagstiftningen. De ovan beskrivna effekterna av en skadeståndssanktion uppnås dock inte vid den typ av förbud och ålägganden som används i den lagstiftningen.

Som framgått ovan (avsnitt 2.5), finns redan idag ett i praxis utvecklade skadeståndsansvar för värdslös rådgivning. Väl kan tänkas att i den föreslagna lagen enbart ange vad näringsidkaren skall iaktta i förhållande till konsumenten, så som dessa skyldigheter beskrivs i avsnitt 10.2 ovan, utan att införa en skadeståndssanktion. Härigenom uppnås den förbättringen jämfört med gällande rätt att den culpabedömning som utvecklas genom praxis kan, med den föreslagna lagen, anses vila på stabilare grund. De i lagen beskrivna skyldigheterna skulle således kunna läggas till grund för domstolarnas culpabedömning, även om själva skadeståndsskyldigheten får anses följa av allmänna skadeståndsrättsliga principer. Genom att i lagen införa en uttrycklig skadeståndsskyldighet för värdslös rådgivning ges dock möjligheter att tydligare avgränsa och beskriva omfattningen av denna skyldighet.

Den typ av skada som kan göras gällande i samband med värdslös rådgivning är s.k. ren förmögenhetsskada. Härmed avses sådan skada som uppkommer utan samband med person- eller sakskada. Av 2 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207) följer att den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott skall ersätta skadan. I övrigt hänvisas vid denna typ av skada enligt 1 kap. 1 § skadeståndslagen till speciallagstiftning eller till vad som föranleds av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden. Eftersom det torde höra till undantagen att finansiell rådgivning föregås av formella avtalsslut och då speciallagstiftning på området saknas, kan det framstå som oklart på vilken rättslig grund konsumenten i dag erhåller skadestånd. Oftast torde kunna hävdas att rättsförhål-

landet mellan näringsidkaren och konsumenten i vart fall företer så stora likheter med ett kontraktuellt förhållande, att de regler som gäller i sådana förhållanden blir tillämpliga i vart fall analogivis. Genom införandet av en särskild regel om skadestånd i den föreslagna lagen åstadkoms dock klarhet på den punkten. Skadestånd utgår då med stöd av bestämmelsen i den föreslagna lagen, som utgör sådan speciallagstiftning som det hänvisas till i 1 kap. 1 § skadeståndslagen.

Som framgått ovan föreslås att bestämmelserna i lagen görs tvingande till konsumentens förmån. Härigenom kommer eventuellt förekommande friskrivningsklausuler med avseende på skadeståndsansvaret att helt sakna verkan. Den effekten skulle gå förlo-rad om skadeståndsskyldigheten inte reglerades genom den föreslagna lagen. Detta är ett starkt skäl för att ha en särskild regel i lagen om skadeståndsansvaret.

Sammanfattningsvis kan anföras att genom att i lagen införa en uttrycklig skadeståndssanktion kodifieras praxis med avseende på sanktionen som sådan och tydliggörs på ett välbehövligt sätt gränserna för näringsidkarnas ansvar.

Det skadeståndsansvar som bör gälla för den näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning bör, i enlighet med den praxis som råder, formuleras som ett culpaansvar. Bestämmelsen syftar inte till att utvidga det redan befintliga ansvaret, utan skall i huvudsak uppfattas som en kodifiering av praxis.

För tydlighetens skull bör i detta sammanhang något sägas om gränserna för den typ av skadeståndsansvar som nu föreslås. Genom att införa ett lagstadgat ansvar för värdslös rådgivning avses inte att införa ett vittgående skadeståndsansvar för "dåliga" råd. Det förhållandet att konsumenter förlorar pengar på grund av att aktiekurser sjunker eller att räntenivåerna förändras, är i allmänhet inte följden av värdslös rådgivning. Finansiella rådgivare kan lika litet som någon annan med säkerhet förutsäga värdeutvecklingen avseende olika finansiella instrument. Det är självfallet otänkbart att låta finansiella rådgivare utföra bedömningar av de finansiella marknaderna vid äventyr av skadestånd. Ett skadestånd enligt lagen har därför inte till syfte att kompensera konsumenterna för upp- och nedgångar på de finansiella marknaderna och syftar inte till att eliminera de riskmoment som alltid finns vid placeringar i finansiella instrument. Ett ansvar på grund av culpa avser i stället att träffa finansiella rådgivare som på något sätt avviker från den gängse normen i sitt arbetssätt eller i sina bedömningar. Den finansielle rådgivare som bedöms ha agerat värdslöst, skall således på något

sätt ha utmärkt sig i förhållande till det stora flertalet finansiella rådgivare, dvs. han eller hon skall ha avvikit från en gällande norm. En närmare beskrivning av culpabedömningen följer i avsnittet nedan.

Domstolarnas bedömningar i mål om skadestånd bygger i allmänhet endast till en del på bestämmelser och principer som fastställts i lag. Bedömningar som avser exempelvis adekvans, beräkningen av skadan, bevisbördan och kraven på styrkan i bevisningen görs i allmänhet utifrån allmänna skadeståndsrättsliga principer som utvecklas genom praxis. Det är inte möjligt och knappast heller önskvärt att inom ramen för en särskild reglering av det nu aktuella slaget beskriva alla de principer som kan komma att tillämpas i samband med skada på grund av finansiell rådgivning. Dessa frågor får slutgiltigt lösas i domstolarna med ledning av allmänna skadeståndsrättsliga grundsatsen. Nedan följer dock ett antal kommentarer som syftar till att belysa olika frågeställningar som kan förutses uppkomma i samband med krav på skadestånd enligt den föreslagna lagen.

Den föreslagna culparegeln skall inte uppfattas som exklusiv i den meningen att rätten till ersättning för ren förmögenhetsskada på grund av finansiell rådgivning på annan grund skulle bortfalla. För det fall det finansiella företaget exempelvis utställt garanti svarar företaget strikt för uppkommen skada, oberoende av culpa. För ren förmögenhetsskada som uppstått i samband med brott utgår skadestånd för ren förmögenhetsskada i enlighet med bestämmelser i skadeståndslagen. Även avseende finansiell rådgivning som faller utanför den föreslagna lagens tillämpningsområde kan tänkas att ren förmögenhetsskada uppstår, men att skadestånd då får krävas på annan grund än den här föreslagna skadeståndsbestämmelsen.

11.1.2 Culpabedömningen

Näringsidkarens skadeståndsansvar med anledning av finansiell rådgivning bör som nämnts vara detsamma som utvecklats i praxis, dvs. ett culpaansvar. Ett sådant ansvar följer också – i vart fall så långt kontraktsregler kan anses tillämpliga på finansiell rådgivning – av allmänna skadeståndsrättsliga principer.

Med culpaansvar menas allmänt att ansvar föreligger för skador som orsakats genom vårdslöshet (som synonyma begrepp används också oaktsamhet, försumlighet och liknande uttryck). Inom ra-

men för ett culpaansvar förutsätts också falla ansvar för uppsåtligt handlande.

Culpabedömningen, dvs. bedömningen av om en person har handlat värdslöst, innehåller flera moment. För att kunna konstatera att en person agerat värdslöst måste en jämförelse göras med vad som kan betraktas som ett önskvärt agerande. Ett värdslöst beteende avviker således från ett allmänt accepterat beteende i samma situation, dvs. den som har agerat värdslöst har överträtt någon typ av aktsamhetsnorm.

Culpabedömningen innehåller såväl ett objektiva som ett subjektivt moment. Vad gäller den objektiva bedömningen måste avgöras om den person som agerat har brutit mot någon typ av aktsamhetsnorm eller handlingsregel som klargör hur en person i en viss situation bör agera. Sådana normer kan framgå exempelvis av lag och andra författningar, av praxis eller av sedvana. Den subjektiva bedömningen tar sikte på att bedöma om skadevällaren, med hänsyn till sina personliga förutsättningar, haft möjlighet att följa den gällande normen, dvs. skadevällaren måste i någon mån kunna lastats för att ha avvikit från handlingsnormen (se Bengtsson m.fl, Skadestånd, tredje omarbetade uppl. 1985, s. 38).

Det finns ingen möjlighet att i lag eller annan författning fastställa hur en person eller en yrkesgrupp skall agera i varje tänkbar situation för att undgå ansvar för värdslöst agerande. Ytterst blir det upp till domstolarna att i varje enskilt fall göra en bedömning av om ett visst agerande är värdslöst eller inte.

Som framgått ovan under redovisningen av gällande rätt saknas särskild lagstiftning om vad finansiella rådgivare skall iaktta i sin rådgivningsverksamhet. Det finns därmed inte heller någon aktsamhetsnorm som kan anses ha sin grund i lag eller annan författning. Den sedvana som utvecklats i branschen och som kan kallas god rådgivningssed, synes ännu inte tillämplig i domstol. Finansinspektionens allmänna råd kring etiska principer ger därvid inte heller någon tydlig vägledning.

Mot denna bakgrund återstår att finna vägledning i praxis. HD har i de ovan (avsnitt 2.4) refererade rättsfallen gjort culpabedömningar med avseende på rådgivning och annan närliggande verksamhet. HD:s resonemang kan dock svårligen sammanfattas i några enkla handlingsregler för finansiella rådgivare, detta särskilt som flera av fallen här är av intresse endast analogivis.

Med den föreslagna lagen ges dock en ny utgångspunkt för culpabedömningen. Genom de i kapitel 10 beskrivna reglerna avseende finansiella rådgivares skyldigheter gentemot konsumenterna ges dom-

stolarna möjlighet att göra en culpabedömning på en stabilare grund. De beskrivna skyldigheterna bör således kunna utgöra utgångspunkten vid en bedömning av om den finansielle rådgivaren agerat värdslöst eller inte. Då bestämmelserna rör grundläggande hänsynstaganden till konsumenter bör kunna presumeras att finansiella rådgivare som inte iakttar dessa regler agerar värdslöst. Som vid all annan culpabedömning är det dock en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet som slutligen avgör om värdslöshet kan anses föreligga eller inte. I detta ligger således hänsynstagande till praxis, sedvana och andra källor som kan påverka bedömningen av den aktsamhetsnorm som kan anses gälla på området. Härtill kommer också bedömningen av de subjektiva omständigheterna, dvs. om skadevällaren med hänsyn till sina personliga förutsättningar haft möjlighet att följa handlingsnormen.

Det är knappast möjligt att mer i detalj klargöra gränserna för vad som är att betrakta som värdslöst agerande i samband med finansiell rådgivning. En sådan detaljreglering är inte heller önskvärd, eftersom den s.k. aktsamhetsnormen bör kunna ändras över tiden och fyllas med nytt innehåll vartefter förhållandena i omvärlden förändras. Genom de föreslagna kraven på rådgivarna i kombination med ett lagfäst culpaansvar synes dock culpabedömningen kunna göras på en avsevärt stabilare grund än som hittills varit fallet.

11.1.3 Kravet på adekvat kausalitet

I enlighet med allmänna skadeståndsrättsliga principer måste föreligga adekvat kausalitet med avseende på handlingen och skadan. Härmed avses dels att vållandet skall ha varit en både nödvändig och tillräcklig betingelse för den uppkomna skadan (kravet på orsakssamband eller kausalitet), dels att skadan skall vara både en beräknelig och sannolik följd av handlingen (kravet på adekvans).

Vad gäller kravet på kausalitet med avseende på finansiell rådgivning skall således rådgivningen vara en både nödvändig och tillräcklig betingelse för den skada som uppstår hos konsumenten. I detta ligger ett krav på att skadan inte skulle ha inträffat om den finansiella rådgivningen inte hade förekommit. Vidare krävs att den skada som inträffat verkligen har inträffat på grund av den finansiella rådgivningen och inte av andra skäl som stått utanför den finansielle rådgivarens kontroll. Skadan skall vara en både beräknelig och sannolik följd av den finansiella rådgivningen, dvs. rådgivningen skall

erfarenhetsmässigt vara ägnad att öka sannolikheten för den inträffade skadan. Detta kan anses uppfyllt antingen genom att en annars obefintlig risk för skada uppstår eller genom att en redan befintlig risk påtagligt ökar genom den finansiella rådgivningen. (Se närmare Bengtsson m.fl. Skadestånd, tredje omarbetade uppl. 1985, s. 42 f.)

I samband med finansiell rådgivning kan tänkas situationer där den ovan beskrivna bedömningen kan vålla problem. Vid kausalitetsbedömningen måste fastslås att konsumenten agerat på grund av de råd som den finansielle rådgivaren tillhandahållit. Ett tydligt fall kan illustreras med följande exempel:

Konsumenten diskuterar med sin rådgivare alternativa sätt att placera sina sparmedel. Rådgivaren rekommenderar konsumenten att disponera sina medel på ett visst sätt och ser därefter omedelbart till att de aktuella transaktionerna genomförs i enlighet med det lämnade rådet.

I detta fall kan det inte råda någon tvekan om att konsumenten agerat i enlighet med rådet och att rådet är en nödvändig och tillräcklig betingelse för en eventuell skada. Svarare blir bedömningen om exemplet ändras enligt följande.

Konsumenten diskuterar med sin rådgivare alternativa sätt att placera sina sparmedel. Rådgivaren rekommenderar konsumenten att disponera sina medel på ett visst sätt. Konsumenten ber att få fundera på saken. Konsumenten vaktar en tid senare de dispositioner som rådgivaren rekommenderat.

I detta fall kan finnas anledning att fråga sig om rådgivningen varit en nödvändig och tillräcklig förutsättning för en uppkommen skada. Det måste således fastställas att konsumenten agerat på grund av den finansiella rådgivningen och inte av andra skäl. Från det konsumenten mottagit rådet fram till dess rådet omsatts i praktiken kan konsumenten ha tagit del av motsvarande råd från annat håll, tagit del av uttalanden i media eller självständigt ha gjort överväganden. Det måste därvid konstateras att konsumenten agerat på grund av de råd som lämnats av den finansielle rådgivaren. Så långt det kan visas att konsumenten handlat på det sätt som den finansielle rådgivaren rekommenderat torde dock ett orsakssamband kunna anses föreligga. Det förhållandet att konsumenten även på annat sätt kommit fram till att de genomförda dispositionerna är de mest lämpliga förtar inte rådgivarens ansvar för vårdslös rådgivning.

En ytterligare gränsdragning med avseende på orsakssambandet kan illustreras med följande exempel.

En konsument erhåller ett finansiellt råd som innehåller tre komponenter, där avsikten från rådgivarens sida är att dessa tre komponenter tillsammans skall skapa en godtagbar riskspridning för konsumenten. Konsumenten omsätter två av dessa komponenter i praktiken, men inte den tredje.

För det fall konsumenten i detta exempel drabbas av skada, föreligger inte med säkerhet ett orsakssamband mellan rådet och skadan. En bedömning får härvid göras av om skadan skulle ha drabbat konsumenten även om han eller hon omsatt också den tredje komponenten av rådet i praktiken. Om så inte är fallet kan det inte anses föreligga ett orsakssamband mellan rådet och skadan. Om den tredje komponenten i rådet däremot kan anses betydelslös för skadans uppkomst, torde ett orsakssamband föreligga.

Ett närliggande exempel kan beskrivas enligt följande.

En konsument erhåller rådet att placera sina sparmedel till större delen i en räntefond och till en mindre del i en aktiefond med hög risk. Konsumenten väljer att följa rådet, dock med den ändringen att den större delen av sparmedlen placeras i aktiefonden av högriskkaraktär.

I detta fall kan tyckas att konsumentens placeringar på ett sådant avgörande sätt avviker från det råd som rådgivaren lämnat att orsakssamband inte kan anses föreligga. En bedömning måste dock göras om vilken skadan blivit om konsumenten följt rådgivarens rekommendationer fullt ut. Det kan därvid anses att det lämnade rådet åtminstone inte till fullo orsakat skadan, utan att skadan till del har sin grund i konsumentens egna överväganden.

Konsumentens agerande kan också föranleda jämkning av skadeståndet, se nedan avsnitt 11.1.5.

11.1.4 Den ersättningsgilla skadan

Den skada som är aktuell att ersätta i samband med finansiell rådgivning är s.k. ren förmögenhetsskada. Härmed avses enligt 1 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207) sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada. Skadan påverkar således konsumentens allmänna ekonomiska ställ-

ning. Detta kan ske genom en minskning av konsumentens ekonomiska tillgångar, en ökning av konsumentens skulder eller genom förlust av inkomst.

Principen för vad som betraktas som ersättningsgill skada vid ren förmögenhetsskada kan uttryckas enligt följande. Den skadelidande skall genom skadeståndet försättas i samma förmögenhetssituation som han eller hon befann sig i omedelbart före skadefallet och som han eller hon därefter skulle ha befunnit sig i om skadefallet inte hade inträffat (se Bengtsson m.fl. Skadestånd, tredje omarbetade uppl. 1985, s. 65). Någon annan princip än denna är inte avsedd att tillämpas i samband med den föreslagna skadeståndsregeln avseende finansiell rådgivning.

Den princip som här kommer till uttryck brukar betecknas som ersättning enligt det s.k. negativa kontraktsintresset. Med avseende på finansiell rådgivning innebär principen att konsumenten försätts i samma ekonomiska situation som konsumenten skulle varit i om han eller hon inte hade vidtagit några dispositioner med anledning av rådgivningen. Konsumenten bör därvid ersättas för de medel som kan anses ha gått förlorade genom exempelvis en dålig placering. Även de kostnader som konsumenten drabbas av bör ersättas, t.ex. avgifter eller skatter. Slutligen bör ersättning också erhållas för skulder som konsumenten ådragit sig, exempelvis i samband med handel med derivata instrument.

Den ovan beskrivna ersättningen inkluderar dock inte ersättning enligt det s.k. positiva kontraktsintresset, dvs. konsumenten bör inte kunna ersättas för utebliven vinst. Således bör ersättning exempelvis inte erhållas på den grunden att konsumenten vid ett alternativt agerande skulle ha kunnat uppnå högre avkastning på sitt kapital än vad som på grund av rådgivningen blev fallet.

Undantag från ersättningsskyldigheten bör göras avseende bagatellartade skador. Syftet med en sådan begränsning är att undvika skadeståndsprocesser som i praktiken inte har annan än principiell betydelse för konsumenten. Varje enskild skada bör i detta sammanhang bedömas för sig. Någon exakt beloppsgräns är svår att ange. Frågan om vilka förmögenhetsskador som skall anses bagatellartade får överlämnas åt rättspraxis och gränsdragningen bör ta sikte på förhållandena i det enskilda fallet. En utgångspunkt kan vara att skadans storlek ställs i relation till det kapital som konsumenten placerat i aktuellt instrument. Stöd för ett sådant resonemang kan hämtas från praxis avseende miljöskador (se exempelvis NJA 1977 s. 424 där HD såsom bagatellartade bedömde skador som uppgick till högst fem procent av fastighetens taxeringsvärde

före skadan). Bedömningen bör dock inte enbart ske mot bakgrund av skadans absoluta storlek eller det investerade kapitalet, utan hänsyn bör kunna tas även till andra omständigheter, t.ex. den skadelidandes ekonomiska förhållanden. Om förmögenhetsskadan har bedömts vara av betydelse, skall den dock ersättas i sin helhet.

I övrigt saknas det skäl att i förhållande till gällande rätt göra några begränsningar i fråga om vilka skador som skall kunna ersättas.

11.1.5 Jämkning m.m.

Allmänt om jämkning

Det finns omständigheter som föranleder att den ersättningsgilla skadan, såsom denna beskrivits ovan, inte ersätts fullt ut. Skäl för att nedsätta skadeståndet kan föreligga på olika grunder och vara beroende av omständigheter såväl på skadevällarens som på den skadelidandes sida. I det följande beskrivs de principer som är av betydelse i samband med finansiell rådgivning.

Bestämmelserna i skadeståndslagen är i princip tillämpliga även på skadestånd i kontraktsförhållanden, genom att det i 1 kap. 1 § skadeståndslagen stadgas att lagens bestämmelser gäller om inte annat är särskilt föreskrivet eller föranleds av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden. Genom den nu föreslagna lagen skapas sådan speciallagstiftning som avses i den nämnda bestämmelsen i skadeståndslagen, dvs. annat är särskilt föreskrivet. Av stadgandet kan dock också dras slutsatsen att i de fall det finns speciallagstiftning eller det föreligger ett kontraktsförhållande det finns anledning att göra betydande undantag från lagens regler. En ytterligare omständighet att beakta i sammanhanget är att eftersom ersättning för ren förmögenhetsskada enligt skadeståndslagen inte kan erhållas i annat fall än vid brottslig gärning, bestämmelserna om jämkning i skadeståndslagen inte kan tillämpas annat än analogivis i samband med skada på grund av finansiell rådgivning. Det kan därför ligga nära till hands att i stället tillämpa kontraktsrättsliga principer, särskilt som rättsförhållandet parterna emellan vid finansiell rådgivning i vart fall torde vara att bedöma som kontraktsliknande.

Medvällande från konsumentens sida

Enligt 6 kap. 1 § andra stycket skadeståndslagen (1972:207) skall skadestånd med anledning av ren förmögenhetsskada jämkas, om vållande på den skadelidandes sida har medverkat till skadan. Jämknings skall enligt tredje stycket samma lagrum ske efter vad som är skäligt med hänsyn till graden av vållande på ömse sidor och omständigheterna i övrigt. Med medvällande torde i allmänhet förstås att den skadelidande genom oaktsamhet medverkat till att skadefallet inträffat. Vad gäller finansiell rådgivning synes ett sådant resonemang vara av mer teoretiskt intresse. Det kan tänkas situationer där konsumenten genom att exempelvis inte lämna korrekta uppgifter om sin ekonomiska situation medverkar till att skada uppstår i form av en oförutsedd skatt eller liknande. Under dessa förutsättningar torde dock inte rådgivarens agerande kunna betraktas som vårdslöst, varför diskussionen om eventuell jämkning inte blir aktuell.

Det förhållandet att konsumenten avvikit från ett lämnat råd i någon mån och därvid orsakat en skada som annars inte skulle ha inträffat eller en större skada än vad som annars skulle blivit fallet är heller inte att bedöma enligt reglerna om jämkning. Konsumentens eget agerande kan som regel knappast bedömas som oaktsamt och han eller hon kan då inte heller anses vara medvällande till skadan. Det förhållandet att konsumenten själv agerat efter egna överväganden medför i stället i allmänhet att det brister i kausaliteten mellan det lämnade rådet och skadan.

Begränsningsregeln

Av större intresse i sammanhanget torde vara den typ av medvållandesituation som brukar benämnas begränsningsfall. Härmed avses att den skadelidande, när en skadlig effekt redan inträffat, inte begränsar skadan eller att han eller hon till och med förvärrar den. Enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler anses gälla att den skadelidande är skyldig att göra vad han eller hon kan för att begränsa skadan. Om någon del av skadan beror på att den skadelidande försummat denna skyldighet, kan han eller hon med stöd av denna princip få svara för den delen själv. Principen gäller både inom kontraktsrätten och i den utomobligatoriska skadeståndsrätten.

I den utomobligatoriska skadeståndsrätten hänvisas beträffande effekten av begränsningsregeln till den ovan beskrivna skälighets-

bedömningen i 6 kap. 1 § tredje stycket skadeståndslagen. I kontraktsförhållanden tillämpas däremot ofta en sorts kausalitetsregel där skadeståndet inte jämkas efter skälighet, utan sätts till det belopp som förlusten skulle ha uppgått till om den skadelidande hade handlat som han eller hon bort. Om det är svårt att avgöra hur stor del av skadan som den skadelidandes försumlighet har åstadkommit, kan i stället en skälighetsbedömning göras (se Bertil Bengtsson, Om jämkning av skadestånd, 1982, s. 214).

Som utgångspunkt för ett resonemang kring begränsningsregeln kan tas följande exempel:

En konsument har i enlighet med rekommendationer från en finansiell rådgivare placerat medel i ett finansiellt instrument. Placeringen visar sig dock vara mindre lyckosam och konsumenten konstaterar att det insatta kapitalet för var dag som går minskar i värde. Konsumenten väljer trots allt, i hopp om att den negativa utvecklingen skall brytas, att hålla fast vid placeringen. Då efter ytterligare en tid det insatta kapitalet helt gått förlorat, kräver konsumenten den finansielle rådgivaren på skadestånd motsvarande hela det insatta kapitalet.

Frågan är om konsumenten i ovanstående exempel själv bör svara för en del av den uppkomna skadan. Det kan tyckas att konsumenten genom att hålla fast vid placeringen trots att viss skada redan inträffat tar en medveten risk som han eller hon själv bör stå för. Konsumentens ansvar har dock ingenting med den ursprungliga, skadegörande handlingen att göra – dvs. det handlar inte om medvällande med avseende på skadans uppkomst – utan enbart om skyldigheten att vid en redan inträffad skada göra vad man kan för att begränsa denna.

Det ligger nära till hands att anse att en sådan regel bör få betydelse i samband med finansiell rådgivning. Ett skäl till det kan vara att den finansielle rådgivaren inte alltid har en kontinuerlig relation med konsumenten. Inte sällan torde kontakten mellan konsumenten och den finansielle rådgivaren upphöra efter rådgivningstillfället. Rådgivaren kan därmed inte påverka konsumenten i efterhand och har ingen möjlighet att lämna sådana kompletterande instruktioner som kan begränsa en uppkommen skada.

Vad som bör kunna krävas av en konsument med avseende härpå måste dock bedömas efter de förutsättningar som råder i det enskilda fallet. Konsumentens kunskapsnivå och förutsättningar att självständigt agera på de finansiella marknaderna bör ha betydelse för om försummelse bör kunna läggas konsumenten till last. Vidare

torde kraven på konsumenternas agerande variera beroende på vilken finansiell produkt som är aktuell och vilken grad av risk som är förknippad härmed.

Frågan om skyldigheten att begränsa sin skada kan inte beskrivas eller regleras i detalj. Det bör dock kunna fastslås att det i allmänhet inte bör kunna krävas att konsumenten, i syfte att minimera en redan uppkommen skada, på egen hand vidtar dispositioner som innebär ytterligare risker för konsumenten. Om konsumenten tar kontakt med det finansiella företaget som tillhandahållit det ursprungliga rådet för att påtala att skada har uppkommit, kan det också ligga i företagets intresse att övertala konsumenten att genom nya dispositioner försöka begränsa denna skada. Sådana dispositioner kan också medföra risk för ytterligare skada. För det fall konsumenten väljer att följa företagets rekommendationer i ett sådant fall, bör ansvaret för företaget vid uppkomsten av ytterligare skada bedömas strängt.

De närmare gränserna får överlätas på domstolarna att fastställa utifrån allmänna skadeståndsrättsliga principer.

Oskäligt betungande skadestånd

Jämkning kan vidare enligt 6 kap. 2 § skadeståndslagen komma i fråga om skyldigheten att utge skadestånd är oskäligt betungande med hänsyn till den skadeståndsskyldiges ekonomiska förhållanden och den skadelidandes behov av skadeståndet och övriga omständigheter.

Frågan om när ett skadestånd kan anses oskäligt betungande för skadevällaren hänger, åtminstone såvitt avser professionsansvar, samman med förekomsten av försäkringsskydd. I motiven till bestämmelsen anförs att ett skadestånd aldrig kan anses oskäligt betungande för den skadeståndsskyldige, om skadeståndet täcks av en ansvarsförsäkring eller om denne är att anse som självförsäkrare (prop. 1975:12 s. 176). Som kommer att framgå i det följande (avsnitt 11.2) talar övervägande skäl mot att i den föreslagna lagen införa en obligatorisk ansvarsförsäkring. En annan fråga är vilken betydelse frivilliga försäkringslösningar har med avseende på den här beskrivna bestämmelsen om jämkning. Uttalandet i förarbetena har ansetts innebära att endast om yrkesutövaren kan anföra något ursäktligt misstag som medför att han av förbiseende missat att inneha eller att förnya en försäkring som han eller hon tidigare haft, det skulle te sig oskäligt att döma ut fullt skadestånd (Jan

Kleineman, SvJT 1998 s. 209). Uttalandet torde dock förutsätta att marknaden erbjuder sådan försäkring.

Det förhållandet att skadeståndet kan jämkas även med avseende på den skadelidandes behov av skadeståndet torde ha mindre betydelse mot bakgrund av att tillämpningsområdet för den föreslagna lagen begränsas till situationer där den skadelidande är enskild konsument. Någon möjlighet för konsumenten att på annat sätt täcka förlusten, t.ex. genom krav mot annan än det finansiella företaget eller genom någon typ av försäkring, synes inte finnas. Ett tänkbar omständighet som kan påverka ersättningen skulle dock kunna vara den skadelidandes förmögenhetsförhållanden. Om den skadelidande har en betydande förmögenhet, kan behovet av skadestånd framstå som mindre.

11.1.6 Bevisfrågor

De grundläggande principerna vad gäller bevisbördan i skadeståndsmål med avseende på culpaansvar är tämligen enkla. Den skadelidande skall bevisa att det är motparten som har vållat skadan och att det föreligger en adekvat kausalitet mellan vållandet och skadan. Den skadelidande skall slutligen också bevisa omfattningen av sina skador. För det fall motparten gör gällande att skäl för jämkning föreligger är det dock dennes sak att bevisa att förutsättningarna härför är uppfyllda.

HD har i rättsfallet NJA 1991 s. 625 prövat frågan om bestämmande av ersättning för skada som orsakats av att fastighetsmäklare lämnat felaktig uppgift om beskattning av realisationsvinst. HD har i samband därmed uttalat sig om bevisbördans placering. HD:s resonemang kan sammanfattas på det sättet att uppdragsgivaren har att visa att han eller hon har vidtagit en handling i förlitan på ett lämnat råd och att denna handling orsakat en utgift som han eller hon annars inte skulle ha haft.

Som framgått ovan föreslår jag att näringsidkaren skall vara skyldig att dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället. En sådan dokumentation torde avsevärt kunna underlätta bevisprövningen vid tvister enligt lagen. Näringsidkarens skyldighet härvidlag ställer också konsumenten i ett fördelaktigt bevisläge. För det fall näringsidkaren försummar sin skyldighet att dokumentera, bör konsumentens påståenden om vad som förekommit vid rådgivningstillfället tas som utgångspunkt vid en bedömning av rådgivarens eventuella vårdslöshet, om näringsidkaren inte på annat

sätt förmår visa att konsumentens påståenden är felaktiga. Det kan för tydlighetens skull påpekas att det alltså är konsumenten som skall bevisa att ett uppdragsförhållande avseende finansiell rådgivning har förelegat mellan parterna (jfr dock vad som anförts härom i avsnitt 10.1.3).

Det kan innebära svårigheter för konsumenten att vid sådan skada som nu är aktuell visa den exakta skadan. Särskilt i samband med finansiella transaktioner kan flera, osäkra faktorer komma att påverka bedömningen. Det bör därför inte ställas orimliga krav på konsumenten i detta avseende. HD har i det ovan nämnda rättsfallet uttalat att det i ett fall som det domstolen hade att bedöma, i allmänhet inte är möjligt att med bestämdhet fastställa vilken den ekonomiska skadan slutligen blir. HD uttalade att, om inte ansvaret skall bli illusoriskt, uppdragsgivaren i vart fall inte kan åläggas någon bevisskyldighet för ovissa, i framtiden liggande faktorer. Skadan får därför enligt HD anses motsvara utgiften om inte uppdragstagaren gör sannolikt att skadan är mindre.

Ytterligare stöd för ett sådant resonemang återfinns i 35 kap. 5 § rättegångsbalken. Genom bestämmelsen ges domstolarna en möjlighet att uppskatta skadan till skäligt belopp, för det fall det är svårt att föra bevisning om skadans storlek.

11.1.7 Principalansvar

När här talas om skada som orsakats genom vårdslösa råd av en finansiell rådgivare som är anställd vid ett finansiellt företag, uppkommer frågan om vem som gentemot konsumenten ansvarar för en uppkommen skada.

Enligt 3 kap. 1 § första stycket 2 skadeståndslagen (1972:207) skall den som har arbetstagare i sin tjänst ersätta skada som arbetstagaren har vållat genom fel eller försummelse i tjänsten. Eftersom det enligt skadeståndslagen endast kan utgå ersättning för ren förmögenhetsskada då denna orsakats genom brott gäller dock formellt inte bestämmelsen vid vårdslös finansiell rådgivning. Emellertid anses motsvarande princip gälla inom kontraktsrätten, dvs. en arbetsgivare ansvarar mot medkontrahenten också när det gäller ren förmögenhetsskada för oaktsamhet hos sina arbetstagare (Bengtsson m.fl. Skadestånd, tredje omarbetade uppl. 1985, s. 122).

Även om det s.k. principalansvaret i 3 kap. 1 § skadeståndslagen ålägger arbetsgivaren att ersätta skada som orsakats av en arbetstagare, kan i vissa fall finnas skäl för tredje man att i stället kräva ar-

betstagaren på ersättning, t.ex. om arbetsgivaren försatts i konkurs. För att arbetstagaren personligen skall bli ansvarig för skadan krävs dock enligt 4 kap. 1 § skadeståndslagen synnerliga skäl med hänsyn till handlingens beskaffenhet, arbetstagarens ställning, den skadelidandes intresse och övriga omständigheter. Bestämmelsen är, trots skadeståndslagens begränsning vad gäller ansvar för ren förmögenhetsskada, avsedd att tillämpas även i kontraktsförhållanden. Arbetstagaren torde endast undantagsvis kunna bli ersättningsskyldig för skada som vållats i tjänsten. Ofta torde arbetstagarens skyddsbehov ges företräde framför den skadelidandes intresse att få skadan ersatt. Det kan dock tänkas fall – t.ex. där den skadelidandes behov av skadeståndet är mycket stort och arbetsgivaren inte har de ekonomiska möjligheterna att ersätta skadan – där arbetstagaren kan åläggas skadeståndsskyldighet.

11.2 Obligatorisk ansvarsförsäkring?

<p>Min bedömning: Lagen bör inte innehålla något krav på att näringsidkaren skall ha en ansvarsförsäkring.</p>

Den skadeståndsskyldighet som här beskrivits ger under givna förutsättningar konsumenten rätt till skadestånd från näringsidkaren. För att den föreslagna lagen skall få önskvärd genomslagskraft är det naturligtvis viktigt att den näringsidkare som har ålagts ett ansvar också har ekonomiska resurser att uppfylla sina skyldigheter. Ett sätt att garantera att sådana resurser finns är att införa ett krav på att näringsidkaren skall ha en ansvarsförsäkring. Ett sådant krav uppställs enligt exempelvis fastighetsmäklarlagen (1995:400) och lagen (1989:508) om försäkringsmäklare.

Det finns dock skäl som talar mot obligatorisk ansvarsförsäkring enligt den nu föreslagna lagen. De näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning till konsumenter utgörs till stor del av stora, väl etablerade företag, t.ex. de stora bankerna. Dessa företags möjligheter att uppfylla sina förpliktelser enligt lagen torde inte kunna ifrågasättas. Att införa ett krav på ansvarsförsäkring för denna typ av företag framstår därför inte som meningsfullt. Situationen torde vara en annan såvitt avser exempelvis fastighetsmäklare, som inte sällan bedriver verksamhet av mindre omfattning och där svårigheter oftare torde kunna förutses vad gäller betalning av större skadestånd.

Den föreslagna lagen träffar emellertid också andra näringsidkare som tillhandahåller sådan rådgivning som omfattas av tillämpningsområdet. De företag som inte ingår i de stora koncernerna skiljer sig rimligen från varandra, både vad gäller storlek och huvudsaklig verksamhetsinriktning. Det finns därmed inte någon homogen grupp av näringsidkare som kan utgöra försäkringstagar-kollektiv.

Den föreslagna lagen innehåller vidare inga bestämmelser om tillstånds- eller anmälningsplikt för de näringsidkare som bedriver verksamhet som omfattas av lagen (se närmare avsnitt 12.2). Det finns därmed ingen möjlighet för tillsynsmyndigheten att i förväg kontrollera att ansvarsförsäkring finns. Sådana möjligheter finns både vad gäller fastighetsmäklare och försäkringsmäklare.

Sammantaget talar enligt min mening övervägande skäl mot ett krav på ansvarsförsäkring i den nu föreslagna lagen. Vad jag nu anfört innebär förstås inget hinder mot att företag som sysslar med finansiell rådgivning på frivillig väg skapar ett försäkringsskydd för rådgivningsfallen. Det kan t.o.m. antas att konkurrensförhållandena på marknaden kan leda till att sådana lösningar kommer fram.

Vad gäller betydelsen av frivilliga försäkringslösningar kan hänvisas till avsnittet ovan om jämkning av skadestånd med hänsyn till näringsidkarens ekonomiska förhållanden (avsnitt 11.1.5).

11.3 Preskription m.m.

Mitt förslag: Rätten till skadestånd bortfaller, om konsumenten inte underrättar näringsidkaren inom skälig tid efter det att konsumenten märkt eller bort märka att skada uppkommit. Talan mot näringsidkaren skall i varje fall föras inom tio år från rådgivningstillfället.

11.3.1 Underrättelseskyldighet för konsumenten

Skada med anledning av finansiell rådgivning kan uppträda snabbt efter det att konsumenten gjort en placering eller vidtagit en annan åtgärd. I många fall kan det dock gå en avsevärd tid mellan rådgivningstillfället och tidpunkten för skadan. Skadan är inte heller en gång för alla bestämd utan kan komma att öka eller minska med tiden. Väl valda åtgärder i rätt tid kan komma att minska skadan, medan andra åtgärder kan förvärra en redan uppkommen skada.

Mot denna bakgrund bör det äligga konsumenten att agera för det fall han eller hon upptäcker att skada har uppkommit. Konsumenten bör således inte helt passivt kunna betrakta ett händelseförlopp som innebär att insatt kapital efter hand minskar eller att oförutsedda utgifter skapas och ökar. En jämförelse kan härvid göras med annan konsumenträttslig lagstiftning. En konsument får t.ex. enligt konsumenttjänstlagen (1985:716) inte åberopa att en tjänst är felaktig om han eller hon inte meddelar näringsidkaren detta inom skälig tid från det att han eller hon märkt eller borde ha märkt felet (reklamation). Om konsumenten inte iakttar denna skyldighet, har han eller hon ingen rätt att åberopa felet gentemot näringsidkaren (17 och 18 §§).

Även den föreslagna lagen bör innehålla en skyldighet för konsumenten att reklamera. Skyldigheten bör dock inte ha sin utgångspunkt i konsumentens missnöje med den utförda tjänsten. I stället bör det vara den effekt som den utförda tjänsten har, dvs. uppkomsten av skada, som får bilda utgångspunkten. För det fall konsumenten märker att skada på grund av den finansiella rådgivningen har uppkommit och konsumenten vill ha ersättning för skadan, bör konsumenten därför ha en skyldighet underrätta näringsidkaren om detta. Om konsumenten underlåter detta, bör han eller hon förlora rätten till skadestånd. Underrättelseskyldigheten har den fördelen att det finansiella företaget i ett så tidigt skede som möjligt ges möjlighet att vidta åtgärder för att minimera konsumentens förluster, t.ex. genom att tillsammans med konsumenten omdisponera dennes medel.

Konsumenten bör vara skyldig att underrätta näringsidkaren inom skälig tid från det att han eller hon märkt att skada uppkommit. Härigenom ges konsumenten tid för rådrum för konsultation, exempelvis med en juridisk expert, innan kontakt tas med det finansiella företaget. En sådan skyldighet bör dock föreligga inte endast när konsumenten märkt att skada uppkommit, utan också när han eller hon bort märka skadan. Härmed skapas samtidigt ett aktsamhetskrav på konsumenten. Om konsumenten väljer att placera sina pengar i enlighet med rekommendationer från en finansiell rådgivare, bör konsumenten också ha en rimlig kontroll över hur denna placering utvecklas resultatmässigt. Vilka krav som kan ställas på konsumenten i detta avseende torde vara beroende av vilken typ av placering som är aktuell och på konsumentens personliga förutsättningar att bedöma utfallet. Vid komplicerade placeringar där förluster kan uppstå mycket fort, torde kraven på konsumenten kunna ställas högre. I andra fall med långsammare förändringar, bör

det kunna räcka med att konsumenten exempelvis tar del av de redovisningar som regelbundet tillställs konsumenten. Frågan om vad som är skäligen tid måste avgöras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.

Som nämnts ovan är lagen (1914:45) om kommission tillämplig i det ofta förekommande fallet att det finansiella företaget vid köp och försäljning av finansiella instrument agerar i eget namn men för konsumentens räkning. Enligt den lagen skall kommittenten (i detta fall konsumenten) vid missnöje med kommissionärens utförande av uppdraget enligt huvudregeln reklamera utan oskäligt uppehåll. Av de allmänna villkor för handel med finansiella instrument som används av banker och värdepappersbolag framgår att "om kunden vill påtala eventuella fel eller brister som framgår av avräkningsnota, att avräkningsnota uteblivit eller eventuella övriga fel eller brister vid uppdragets utförande, skall kunden omgående underrätta institutet om detta (reklamation)" (Allmänna villkor för handel med finansiella instrument, januari 2002). Med den nu föreslagna bestämmelsen kan uppstå situationer där reklamationstiden kan bedömas olika beroende på om konsumenten åberopar skada på grund av finansiell rådgivning eller om skadan beror på en efterföljande transaktion som företaget utfört i egenskap av kommissionär. Skillnaderna mellan den nu föreslagna lagen och bestämmelserna i bl.a. kommissionslagen motiveras närmare i det följande avsnittet om preskription (avsnitt 11.3.2).

Det är viktigt att framhålla att åsidosättande av den föreslagna underrättelseskyldigheten medför att rätten till skadestånd bortfaller endast såvitt avser skadestånd enligt den föreslagna lagen. Bestämmelsen får inte uppfattas så att rätten till skadestånd för ren förmögenhetsskada på grund av finansiell rådgivning bortfaller generellt. För det fall det finansiella företaget exempelvis utställt garanti svarar företaget strikt för uppkommen skada, oberoende av konsumentens underrättelseskyldighet enligt den nu föreslagna lagen. För ren förmögenhetsskada som uppstått i samband med brott utgår skadestånd i enlighet med bestämmelser i skadeståndslagen, också här oberoende av underrättelseskyldigheten. Även avseende finansiell rådgivning som faller utanför den föreslagna lagens tillämpningsområde kan tänkas att skada uppstår, men att skadestånd då får krävas på annan grund än den här föreslagna skadeståndsbestämmelsen oberoende av underrättelseskyldigheten.

11.3.2 Preskription

En fordran, t.ex. ett krav på skadestånd, kan inte göras gällande hur länge som helst. Rätten att framställa krav på grund av en fordran går efter en viss tid förlorad, dvs. fordran preskriberas.

Genom att konsumenten skall underrätta näringsidkaren om han eller hon märkt eller bort märka att skada uppkommit, torde i allmänhet kraven på skadestånd nå näringsidkaren inom rimlig tid. Skadan kan emellertid visa sig först efter en lång tid eller det kan ha funnits rimliga ursäkter som gjort att konsumenten inte på lång tid skäligen bort märka skadan. Det är främst i dessa fall som reglerna om preskription får sin betydelse. Preskriptionen utgör därvid den borte gräns inom vilken ett skadeståndskrav måste framställas.

Allmänna bestämmelser om preskription finns i preskriptionslagen (1981:130). Av 2 § preskriptionslagen följer att en fordran preskriberas tio år efter tillkomsten, om inte preskriptionen avbryts dessförinnan. Det förhållandet att skadan inträffar eller visar sig först senare har därvid ingen betydelse. I värsta fall kan tänkas att skadan inte uppstår förrän preskription redan inträffat. Tanken är dock att man inte skall behöva räkna med skadeståndskrav på grund av händelser som ligger mer än tio år tillbaka i tiden, om krav inte har framställts dessförinnan.

Det finns på flera håll i lagstiftningen preskriptionsregler som avviker från den allmänna preskriptionsregeln i preskriptionslagen och exempel finns på både längre och kortare preskriptionstider än tio år. Det kan övervägas om det i samband med skador på grund av finansiell rådgivning borde gälla en längre preskriptionstid än tio år. En sådan lösning skulle naturligtvis innebära att konsumenten skulle kunna vara berättigad till ersättning även om skadan uppträder så sent som tjugo eller trettio år efter rådgivningstillfället. Mot en sådan lösning talar det förhållandet att de finansiella företagen måste kunna skapa sig en rimlig överblick av de skadeståndskrav som kan komma att riktas mot dem.

I den konsumentskyddande lagstiftningen i övrigt (eller annan lagstiftning av liknande slag) finns flera exempel på kortare preskriptionstider än tio år. Det gäller dock fall då det är relativt enkelt att bedöma skadans uppkomst och övriga förutsättningar för skadeståndsansvar. I sådana fall då det är mer komplicerat att bedöma sådana förhållanden, t.ex. vid miljöskador och produktskador, har tioårig preskriptionstid använts. I vissa av de fall där en kortare tid använts har lagstiftaren i stället valt en annan utgångspunkt för preskriptionstiden. Så har t.ex. varit fallet i marknadsföringslagen

(1995:450), där den femåriga preskriptionstiden räknas från skadans uppkomst.

När det gäller finansiell rådgivning är det av vikt att tiden inte sätts alltför kort. Placeringar i finansiella instrument görs inte sällan på relativt lång sikt och det kan ta lång tid innan en skada kan konstateras. En lösning på det problemet skulle kunna vara att låta preskriptionstiden börja löpa först då skadan uppkommer. Det skulle dock kunna innebära att det företag som lämnat rådgivning skulle kunna drabbas av skadeståndsansvar kanske femton till tjugo år eller mer efter rådgivningstillfället. Av skäl som tidigare angivits är detta inte en bra lösning. En annan nackdel med en sådan lösning är att de företag som lämnat rådgivning aldrig kan veta när deras ansvar upphör.

Bättre är då att ha en tioårig preskriptionstid som utgår från en bestämd (inte flytande) tidpunkt, t.ex. rådgivningstillfället. Det ger en absolut tidsgräns för utkrävande av rådgivaransvaret. Det medför att de företag som lämnar rådgivning inte behöver räkna med krav sedan denna gräns passerats och att de därför bl.a. inte behöver behålla rådgivningsdokumentationen m.m. efter den tidpunkten. Jag återkommer i det följande till frågan om när preskriptionstiden bör börja löpa.

Preskriptionslagen gäller endast i den mån annat inte är särskilt föreskrivet. I det sammanhanget bör en särskild regel om preskription uppmärksammas. Enligt 18 kap. 9 § handelsbalken skall den som vill föra talan mot en syssloman göra detta inom ett år. Bestämmelsen utmärker sig såtillvida att den kvarstår oförändrad från 1734 års lag, men tillämpas alltjämt. Bestämmelsen är tillämplig i fråga om uppdrag som utförs av sysslomän och stadgar att talan mot syssloman skall föras "inom natt och år, sedan han vid sysslans skildes, och redo och räkning gjord är av honom, eller av hans arvingar, där han död är". Av den ålderdomliga lagtexten kan således utläsas att talan skall väckas inom ett år från det att sysslomannen slutredovisat sitt uppdrag. För det fall bestämmelsen skulle bedömas tillämplig avseende finansiell rådgivning, skulle den föreslagna lagens konsumentskyddande effekt närmast framstå som illusorisk.

HD har i flera rättsfall de senaste åren prövat tillämpligheten av bestämmelsen. En förutsättning för att den kortare preskriptionsfristen i 18 kap. 9 § handelsbalken skall gälla är att det rör sig om ett sysslomannauppdrag. I detta begrepp torde vanligtvis ligga att uppdragstagaren, åtminstone som en del av uppdraget, förvaltat pengar eller annan egendom åt uppdragsgivaren. I begreppet innefattas flera typer av uppdragstagare såsom agenter, mäklare m.fl. Av

rättsfallen kan vidare dras slutsatsen att såväl företag som enskilda personer kan åberopa bestämmelsen till sin fördel och att såväl banker som fastighetsmäklare i och för sig faller inom tillämpningsområdet. Av rättsfallen följer också att två skilda förutsättningar skall vara uppfyllda för att den ettåriga preskriptionsfristen skall börja löpa. För det första krävs att uppdraget har slutförts eller annars upphört. För det andra förutsätts att sysslomannen har lämnat någon form av slutredovisning för uppdraget. (Se NJA 1992 s. 16, NJA 1999 s. 52, NJA 1999 s. 512, NJA 2000 s. 31 och NJA 2000 s. 137.)

Preskriptionstiden avseende uppdrag som kan hänföras till lagen (1914:45) om kommission är enligt huvudregeln ett år och överensstämmer därmed således med bestämmelsen i 18 kap. 9 § handelsbalken.

Den renodlade finansiella rådgivningen, dvs. finansiell rådgivning som inte tillhandahålls i en försäljningssituation, synes inte träffas av bestämmelserna. Situationen blir dock mer oklar om rådgivningen endast utgör en del av det uppdrag som det finansiella företaget har att utföra för konsumentens räkning, t.ex. om det finansiella företags huvudsakliga uppdrag i förhållande till konsumenten är att genomföra transaktioner i egenskap av kommissionär eller annan syssloman.

Det bör mot denna bakgrund i den föreslagna lagen införas en särskild bestämmelse om preskription. Tiden för preskription bör vara densamma som den som följer av de allmänna reglerna i preskriptionslagen, dvs. tio år.

Frågan uppkommer då, som jag tidigare varit inne på, vid vilken tidpunkt preskriptionstiden bör börja löpa. Vad gäller skadeståndsfordringar är det i kontraktsförhållanden, vilket det här är fråga om, brukligt att preskriptionstiden börjar löpa från tidpunkten för avtalets ingående. I utomobligatoriska förhållanden är det den skadegörande handlingen som är utgångspunkten (se NJA II 1981 s. 12). I samband med finansiell rådgivning kan tänkas att ett avtal om att konsumenten skall få rådgivning ingås vid ett tillfälle, men att denna rådgivning utförs vid ett senare tillfälle. Det framstår då inte som lämpligt att låta preskriptionstiden börja löpa vid det första tillfället, dvs. avtalstidpunkten. I stället bör tidpunkten för den skadegörande handlingen, dvs. rådgivningstillfället, vara utgångspunkten. Det förhållandet att konsumenten först senare omsatt ett råd i praktiken, spelar därvid ingen roll. Inte heller det förhållandet att skadan uppkommer en längre tid efter rådgivningstillfället spelar någon roll.

Preskription kan avbrytas på olika sätt, exempelvis genom att borgenären väcker talan eller genom att denne framför ett skriftligt krav (se exempelvis 5 § preskriptionslagen). I konsumentköplagen (1990:932) och konsumenttjänstlagen (1985:716) avbryts preskriptionen genom att konsumenten inom två år från det att konsumenten mottog varan eller tjänsten slutfördes framför en reklamation. Den konsument som vill föra talan om skadestånd enligt marknadsföringslagen (1995:450) skall dock väcka talan inom fem år från det att skadan uppkom. Den preskriptionstid jag nu föreslår är i jämförelse med annan konsumenträttslig lagstiftning relativt lång. Det saknas därför anledning att låta preskriptionen avbrytas på annat sätt än genom att konsumenten väcker talan mot näringsidkaren.

En följd av den nu föreslagna bestämmelsen om en tioårig preskriptionstid är därmed att olika preskriptionstider kan komma att gälla för skador till följd av finansiell rådgivning och skador som kan hänföras till företagets uppdrag exempelvis enligt kommissionslagen. I mitt uppdrag ligger inte att göra en översyn av de regler som följer av 18 kap. handelsbalken och kommissionslagen. Jag kan dock konstatera att de nämnda bestämmelserna inte förefaller utformade för den situationen att kommittenten eller uppdragsgivaren är konsument, vilket mot bakgrund av utvecklingen på de finansiella marknaderna numera torde vara vanligt förekommande. Eftersom dessa bestämmelser dock medför en från konsumentsynpunkt oacceptabelt kort preskriptionstid, får i stället utnyttjas möjligheten att genom en särskild bestämmelse i den föreslagna lagen sätta ur spel de regler som annars skulle kunna åberopas av en näringsidkare. Det förhållandet att en relativt kortvarig preskriptionstid gäller för det fall det finansiella företaget agerar exempelvis såsom kommissionär kan enligt min mening inte utgöra ett hinder mot att i den nu föreslagna, konsumentskyddande lagstiftningen införa en avsevärt längre preskriptionstid såvitt avser talan om skadestånd på grund av finansiell rådgivning.

12 Tillsyn

12.1 Tillsynsansvaret

Mitt förslag: Konsumentverket bör ha tillsynen över efterlevnaden av lagen. Undantag skall dock göras såvitt avser finansiell rådgivning som tillhandahålls av näringsidkare som enligt annat regelverk står under Finansinspektionens tillsyn.

För att den konsumentskyddande effekt som jag avser att uppnå med mitt lagförslag skall säkerställas, är det nödvändigt att staten ges möjlighet att kontrollera att företagen uppfyller de grundläggande krav som följer av lagen och, såvitt avser de näringsrättsliga bestämmelserna, av med stöd av lagen utfärdade föreskrifter. Tillsynen är dock inte viktig enbart för att garantera ett gott konsumentskydd i rådgivningsverksamheten, utan också från konkurrenssynpunkt. Seriösa näringsidkare som följer den föreslagna lagens bestämmelser skall inte tvingas konkurrera med företag som av exempelvis kostnadsskäl bortser från regelverket.

Inledningsvis bör nämnas något om tillsynen på de finansiella marknaderna i stort. Finansinspektionen (och dess föregångare) har sedan lång tid varit tillsynsmyndighet för banker och andra finansiella institut. Inspektionen är enligt sin instruktion – förordning (1996:596) med instruktion för Finansinspektionen – central förvaltningsmyndighet för tillsynen över finansiella marknader, kreditinstitut och det enskilda försäkringsväsendet. Inspektionens närmare tillsynsuppgifter framgår av lag.

Finansinspektionen har enligt 7 kap. 1 § bankrörelselagen (1987:617) tillsynen över banker. Bankverksamhet får drivas endast efter tillstånd (s.k. oktroy) och banker skall också vara registrerade. Tillstånd att bedriva bankverksamhet lämnas av Finansinspektionen

eller, i vissa särskilda fall, av regeringen. Banker får enligt särskild bestämmelse i lagen bl.a. lämna ekonomisk rådgivning. Bankerna skall lämna inspektionen de upplysningar om sin verksamhet och därmed sammanhängande omständigheter som inspektionen begär. Inspektionen får vidare genomföra undersökning hos en bank när inspektionen anser det nödvändigt. Om en bank fattar beslut i strid mot lag eller annan författning, får inspektionen förbjuda verkställighet av beslutet. Finansinspektionen eller, i vissa speciella fall, regeringen har vidare befogenhet att återkalla en banks tillstånd att bedriva bankverksamhet eller att meddela varning. Om en bank driver verksamhet utan tillstånd, skall Finansinspektionen förelägga företaget att upphöra med verksamheten. Inspektionens förelägganden och förbud får förenas med vite. Banker är skyldiga att med årliga avgifter bekosta Finansinspektionens verksamhet enligt lagen.

Finansinspektionen har vidare enligt 6 kap. 1 § lagen (1991:981) om värdepappersrörelse tillsynen över värdepappersinstitut. Värdepappersrörelse får drivas endast efter tillstånd av inspektionen. Ett värdepappersbolag får enligt särskild bestämmelse i lagen, efter inspektionens tillstånd, lämna råd i finansiella frågor. Inspektionen har i sin tillsynsverksamhet i allt väsentligt samma befogenheter som gentemot bankerna enligt bankrörelselagen. Även värdepappersinstituten är skyldiga att genom avgifter bekosta inspektionens verksamhet enligt lagen.

Även fondbolag står enligt 39 § lagen (1990:1114) om värdepappersfonder under Finansinspektionens tillsyn. Fondverksamhet kräver inspektionens tillstånd och inspektionen har i allt väsentligt samma befogenheter beträffande fondbolag som gentemot banker och värdepappersinstitut. Fondbolagen är skyldiga att betala avgifter i samband med tillståndsförfarandet.

Finansinspektionens tillsynsverksamhet omfattar också försäkringsbolagen enligt försäkringsrörelselagen (1982:713). Försäkringsrörelse kräver tillstånd (s.k. koncession) och inspektionen har i sin tillsynsverksamhet i allt väsentligt de befogenheter som beskrivits ovan beträffande övriga nämnda finansiella institut. Även försäkringsbolagen är skyldiga att bekosta inspektionens verksamhet genom avgifter.

Inom ramen för den pågående översynen av rörelselagstiftningen vad gäller främst bankerna (se avsnitt 4.3.1) föreslås bl.a. att Finansinspektionen skall få utökade befogenheter. Ett genomförande av förslagen skulle komma att medföra att inspektionen skulle få

fler typer av sanktioner att tillgripa i sin tillsynsverksamhet än vad som beskrivs här.

Redovisningen ovan inbegriper fyra viktiga typer av företag som tillhandahåller finansiell rådgivning till konsumenter, dvs. banker, värdepappersinstitut, fondbolag och försäkringsbolag. Sådana finansiella institut står således redan under Finansinspektionens tillsyn och inspektionen har befogenheter att på olika sätt ingripa mot företagen för det fall dessa inte följer de regelverk som gäller för respektive verksamhet. Inspektionen har vidare god kännedom om dessa företag eftersom verksamheterna är tillståndspliktiga. Slutligen bekostas inspektionens tillsynsverksamhet med de avgifter som företagen är skyldiga att betala.

Den här föreslagna lagen om finansiell rådgivning till konsumenter riktar sig till alla näringsidkare som tillhandahåller sådan finansiell rådgivning som faller inom lagens tillämpningsområde. Till allra största delen torde lagen träffa verksamhet som bedrivs inom de typer av finansiella institut som står under Finansinspektionens tillsyn och som beskrivits ovan. Ingenting i den föreslagna lagen hindrar dock att annan näringsidkare tillhandahåller samma typ av rådgivning, eftersom lagen inte är begränsad till viss typ av näringsidkare. Även om den tillsyn som bör utövas enligt den föreslagna lagen till allra största delen kommer att träffa företag som står under inspektionens tillsyn, behövs därför tillsyn även med avseende på företag som står utanför Finansinspektionens nuvarande tillsynsverksamhet.

Mot denna bakgrund kan tänkas flera alternativ i fråga om hur tillsynen bör organiseras. Eftersom tillsynen huvudsakligen kommer att omfatta företag som redan står under inspektionens tillsyn, kan det framstå som naturligt att Finansinspektionen ges hela tillsynsansvaret enligt lagen. Verksamheten ligger i vart fall nära annan verksamhet som bedrivs av de finansiella instituten och merarbetet vad gäller företag utanför den ordinarie verksamheten vid inspektionen torde möjligen inte bli alltför omfattande. Mot en sådan lösning talar dock den tradition och det arbetssätt som sedan länge råder på de finansiella marknaderna. De företag som står under inspektionens tillsyn är registrerade och myndigheten har därför kännedom om vilka de är. Verksamheten är, åtminstone såvitt gäller de ovan beskrivna företagen, tillståndspliktig och företagen bekostar tillsynen genom avgifter. Eftersom finansiell rådgivning enligt den lag som jag föreslår här inte skall vara tillståndspliktig eller ens anmälningspliktig (se nedan, avsnitt 12.2) torde tillsynen kunna framstå som artfrämmande jämfört med inspektionens övriga verk-

samhet. Vidare skulle systemet innebära att inspektionen inte genom avgifter kan låta bekosta verksamheten i sin helhet.

Ett andra alternativ är att låta någon annan myndighet, företrädesvis Konsumentverket, utöva tillsyn enligt lagen. Mot en sådan lösning talar dock det faktum att lagen till stor del kommer att träffa sådana företag som redan står under Finansinspektionens tillsyn. Dessa företag skulle därvid komma att beträffande en viss del av sin verksamhet, den finansiella rådgivningen, stå under Konsumentverkets tillsyn och beträffande annan verksamhet stå under Finansinspektionens tillsyn. En sådan lösning framstår inte som rimlig, vare sig från effektivitets- eller kostnadssynpunkt.

Den verksamhet som avses i den nu föreslagna lagen företer med avseende på tillsynsfrågan likheter med sådan verksamhet som regleras i konsumentkreditlagen (1992:830). Den lagens bestämmelser träffar såväl företag som bedriver verksamhet som står under Finansinspektionens tillsyn som andra företag. Konsumentverket utövar enligt huvudregeln tillsyn över att den lagen följs. Det framhålls emellertid i lagförarbetena att det måste anses riktigt att näringsidkare som redan är underkastade tillsyn av en särskild myndighet ställs under tillsyn av samma myndighet när det gäller efterlevnaden av konsumentkreditlagen (prop. 1976/77:123 s. 147). Därför har i den lagen gjorts undantag vad gäller Konsumentverkets tillsyn genom att verkets tillsyn inte omfattar bl.a. sådan verksamhet som står under tillsyn av Finansinspektionen.

Jag förordar att tillsynen enligt den nu föreslagna lagen delas upp på samma sätt som gjorts i konsumentkreditlagen. Skälen för denna ståndpunkt är desamma som anförts beträffande tillsynen enligt den lagen. Det vore inte rimligt om de företag som enligt annan lagstiftning står under Finansinspektionens tillsyn skulle vara föremål för tillsyn även från annan myndighet. Vidare vore det olämpligt om Finansinspektionen skulle ges tillsynsansvaret över företag som ligger utanför myndighetens ordinarie verksamhet. Enligt vad jag erfarit synes den uppdelning av tillsynsansvaret som gäller enligt konsumentkreditlagen fungera tillfredsställande.

Således bör Konsumentverket enligt huvudregeln vara tillsynsmyndighet enligt den nu föreslagna lagen, men att undantag görs för sådan verksamhet som står under Finansinspektionens tillsyn. De båda myndigheterna kommer därvid var för sig att ha en viktig funktion med avseende på tillsynen enligt lagen. Det är därvid av stor betydelse att de båda myndigheternas praxis vad gäller tillsynen stämmer överens. Detta torde förutsätta att myndigheterna samråder med varandra i tillsynsfrågor. De båda myndigheterna har

redan i dag ett etablerat samarbete. Sedan år 1999 finns dessutom genom ett samarbetsavtal ett mer formaliserat samarbete inom konsumentområdet. Syftet med avtalet är att tydliggöra myndigheternas respektive ansvar inom konsumentområdet och att säkerställa ett effektivt samarbete.

12.2 Tillstånds- och anmälningsplikt

Min bedömning: Rådgivningsverksamhet skall inte vara föremål för tillstånds- eller anmälningsplikt.

Som nämnts omfattas de företag som står under Finansinspektionens tillsyn av tillståndsplikt. Inspektionen har därmed kännedom om alla de företag vars verksamhet inspektionen har tillsyn över. Finansinspektionen har även uppgifter enligt lagstiftning som inte innehåller krav på tillstånd, t.ex. lag (1996:1006) om valutaväxling och betalningsöverföring. För de företag som har för avsikt att bedriva verksamhet som omfattas av den lagen är det tillräckligt att anmäla verksamheten till Finansinspektionen. På detta sätt får således inspektionen kännedom även om företag som bedriver sådan verksamhet.

Frågan uppkommer om även finansiell rådgivning bör vara tillstånds- eller anmälningspliktig verksamhet. Vad gäller sådana företag som står under Finansinspektionens tillsyn framstår ett sådant krav som överflödigt, eftersom tillstånd redan krävs såvitt avser företagets huvudverksamhet.

När det gäller företag som enligt förslaget kommer att stå under Konsumentverkets tillsyn skulle en tillstånds- eller anmälningsplikt medföra att verket får kännedom om de företag som står under verkets tillsyn. Detta skulle möjligen kunna innebära en mer effektiv tillsyn. Mot införandet av en tillståndsplikt talar dock att de nu föreslagna bestämmelserna inte är särskilt omfattande. Det ställs inte några särskilda krav vad gäller exempelvis företagets ägarstruktur, organisation eller ekonomi. Den prövning som skulle föregå ett tillstånd att bedriva rådgivningsverksamhet synes därmed inte bli meningsfull. Närmare till hands skulle ligga att införa en anmälningsplikt för de företag som har för avsikt att tillhandahålla finansiell rådgivning. Fördelarna med ett sådant system, dvs. att tillsynsmyndigheten får kännedom om de företag som tillhandahåller rådgivning och kan upprätta ett register över dessa, får vägas mot de ökade kostnader som ett sådant system kan komma att medföra.

Därtill kan tillsynsmyndigheten inte förlita sig på att alla de företag som tillhandahåller finansiell rådgivning verkligen anmäler detta. Myndigheten måste, trots förekomsten av ett register, bedriva viss uppsökande verksamhet som föranleds av anmälningar eller information från annat håll. Slutligen kan den synpunkten anläggas att det finns skäl att låta konsumenterna få finansiella råd från det håll som de själva önskar. Så länge de nu föreslagna bestämmelserna iakttas bör således vilken näringsidkare som helst, såsom är fallet i dag, kunna tillhandahålla finansiell rådgivning till konsumenter utan en onödig byråkrati.

Övervägande skäl talar enligt min mening mot att den nu föreslagna lagen förenas med tillstånds- eller anmälningsplikt. Ett sådant krav bör därför enligt min mening inte införas.

12.3 Tillsynsmyndighetens befogenheter

Mitt förslag: Tillsynsmyndigheten skall ha de befogenheter som behövs för att bedriva en effektiv tillsyn. Myndigheten skall ytterst ha möjlighet att förbjuda företag att tillhandahålla finansiell rådgivning.

För att uppnå en väl fungerande tillsyn är det av väsentlig betydelse att tillsynsmyndigheten ges de verktyg och befogenheter som behövs. En utgångspunkt kan därvid vara de befogenheter som Finansinspektionen har enligt den rörelselagstiftning som jag har redogjort för ovan (se dock avsnitt 12.1 och den där beskrivna reformen av Finansinspektionens befogenheter).

Tillsynsmyndigheten bör därvid ha rätt att företa inspektion hos näringsidkaren. Genom att rådgivningsverksamheten inte föreslås vara tillstånds- eller anmälningspliktig kan tillsynsmyndigheten av naturliga skäl inte företa inspektion hos alla de företag som omfattas av tillsynen. I stället får tillsynsmyndigheten använda inspektioner för stickprovsvisa kontroller. Inspektionerna behöver inte vara föranmälda.

Tillsynsmyndigheten bör vidare kunna få del av samtliga de handlingar som behövs för tillsynen. Exempel på sådana handlingar kan vara dokument som styrker rådgivarnas kompetens, dokumentation från rådgivningstillfällen etc. Företagen bör även vara skyldiga att ge tillsynsmyndigheten de upplysningar om verksamheten som behövs för tillsynen. Tillsynsmyndighetens befogenheter bör förenas med en möjlighet att fatta beslut vid vite.

För det fall tillsynsmyndigheten finner att näringsidkaren inte uppfyller de krav som ställs i lagen, bör enligt min mening tillsynsmyndigheten som en yttersta åtgärd ha möjlighet att förelägga denne vid vite att upphöra med sin rådgivningsverksamhet. En sådan åtgärd torde naturligtvis kräva att det rör sig om överträdelser av betydelse eller av upprepade överträdelser av mindre karaktär. Det bör för en sådan åtgärd krävas att det framstår som klart olämpligt att företaget fortsätter med rådgivningsverksamhet, dvs. fall där rådgivningsverksamheten inte framstår som sund.

Att vid vite förelägga en näringsidkare att upphöra med rådgivningsverksamheten kan säkert i många fall framstå som en väl drastisk åtgärd. Vid enstaka överträdelser eller överträdelser av mindre allvarlig art bör tillsynsmyndigheten därför i stället kunna meddela varning.

13 Övriga frågor

13.1 Allmänna överväganden

Förutom att föreslå den lagstiftning som det finns behov av i syfte att stärka konsumentskyddet på området, skall jag enligt de direktiv som jag har fått även undersöka behovet av andra lämpliga åtgärder. I direktiven nämns som exempel på sådana åtgärder utbildning, information och bättre möjligheter att framföra klagomål. Jag har inte funnit skäl att på dessa områden lämna några konkreta förslag till åtgärder. Nedan följer några kommentarer i anslutning till de överväganden som gjorts i dessa delar.

13.2 Klagomål och tvistlösning

Flera faktorer har betydelse för om den nu föreslagna lagen kommer att få avsedd effekt, dvs. att förbättra konsumentskyddet på de finansiella marknaderna. Konsumenternas kännedom om sina rättigheter enligt lagen och företagets vilja och förmåga att efterleva lagens bestämmelser är exempel på sådana faktorer. Även en effektiv statlig tillsyn har stor betydelse.

En helt avgörande faktor för att uppnå den avsedda effekten är dock att det finns effektiva system för klagomål och tvistlösning. Konsumenterna måste ha tillgång till enkla, snabba och billiga sätt att få sina anspråk enligt lagen prövade.

Klagomålshandlingen i företagen utgör en del av företagets interna verksamhet och styrs inte av några bindande offentliga regelverk. Det framgår dock av Finansinspektionens allmänna råd om klagomålshandling avseende finansiella tjänster till konsumenter (FFFS 1996:25) att varje institut som står under inspektionens tillsyn bör ha en klagomålsfunktion. Det har under utredningsarbetet visat sig svårt att skapa en bild av omfattningen av denna verksamhet och av kvaliteten i det arbete som utförs. Det har därvid helt

enkelt inte funnits möjlighet att få en tillräcklig insyn i det arbete som bedrivs (se avsnitt 5.2). Detta kan inte tolkas som att det arbete som utförs i företagen är undermåligt eller att företagen har någonting att dölja. Skälen för företagens ovilja att redovisa sin klagomålshandling torde främst vara att hänföra till konkurrensituationen. De enskilda företagen vill inte inför sina konkurrenter visa i vilken utsträckning som konsumenterna framför missnöje eller i vilken omfattning som företagen begår misstag och väljer att kompensera kunden. Företagens inställning härvidlag måste respekteras. Jag vill dock framhålla betydelsen av företagens klagomålshandling. En väl fungerande klagomålshandling gynnar såväl konsumenterna som företagen.

Vad gäller konsumenternas möjligheter att från annat håll än företagen få information om sina rättigheter och sina möjligheter att få sin sak prövad bör framhållas den nyligen ombildade Konsumenternas Bank- och finansbyrå. Som nämnts ovan (avsnitt 5.3.1) har byrån sedan hösten 2001 utökats till att omfatta värdepappersmarknaden i sin helhet, inte som tidigare endast verksamheten i bankerna. Byråns nya inriktning torde innebära en avsevärd förbättring för konsumenterna såvitt gäller de frågor som behandlas i detta betänkande. En ökad kompetens inom byrån såvitt avser värdepappersmarknaden i sin helhet torde även komma att underlätta arbetet hos de lokala konsumentvägledarna i kommunerna. Vägledarna hänvisar i inte ringa utsträckning konsumenterna till byrån för information och vägledning eller kontaktar byrån direkt för att förbättra sina egna kunskaper.

Ytterst är det dock av avgörande betydelse att konsumenterna ges möjlighet att få sina anspråk mot företagen prövade. Som framgått ovan (avsnitt 5.5) innebär talan i allmän domstol betydande nackdelar för konsumenterna. Förfarandet är ofta tidskrävande och kan komma att leda till avsevärda kostnader. Konsumenttvister är erfarenhetsmässigt sällsynt förekommande i de allmänna domstolarna. Allmänna reklamationsnämnden torde därför vara det i praktiken viktigaste organet för att pröva denna typ av ärenden. Förfarandet i nämnden är snabbt, enkelt och kostnadsfritt för konsumenten. Efterlevnaden från företagens sida är stor, även om nämndens avgöranden endast har karaktären av rekommendationer.

Som framgått tidigare (avsnitt 5.4) har kritik framförts mot nämnden vad gäller hanteringen av ärenden avseende finansiell rådgivning. Det är därvid odiskutabelt att konsumenterna endast till ringa del får rätt mot företagen i denna typ av tvister. Skälen härför kan dock vara flera. Det är möjligt att företagens interna klagomålshandling

målshantering fångar upp de fall där konsumenterna har befogade anspråk och därvid gottgör konsumenterna i ett tidigt skede. Om så är fallet skulle de ärenden som når nämnden endast vara sådana där företagen på goda grunder har bedömt konsumentens talan som utsiktslös. Vidare kan omständigheterna i ärendet vara sådana att nämnden inte har möjlighet att göra en saklig prövning. Finansiell rådgivning sker oftast muntligt och tvisten torde inte sällan handla om vad vardera parten uttryckt i ett samtal. Eftersom nämnden inte har möjlighet att ta del av muntlig bevisning, lämpar sig denna typ av ärenden mindre väl för en prövning i nämnden. Med den lag som jag nu föreslår införs dock ett krav på dokumentation av vad som förekommit vid rådgivningstillfället. Härmed torde möjligheten att pröva denna typ av ärenden i nämnden komma att förbättras avsevärt. Som framgått tidigare finns redan i dag ett i praxis utvecklat, om än något otydligt, skadeståndsansvar för finansiella rådgivare. Med den nu föreslagna lagen klargörs dock gränserna för företagets ansvar på ett välbehövligt sätt. Nämnden och domstolarna får därmed en stabilare grund att stå på i sina bedömningar och möjligen kan detta leda till att fler ärenden kan komma att avgöras till konsumentens fördel.

Den föreslagna lagen torde även kunna medföra att frågan om konsumenternas och företagets rättigheter och skyldigheter i samband med finansiell rådgivning får större uppmärksamhet. Detta kan komma att leda till att fler konsumenter finner skäl att rikta anspråk mot företagen p.g.a. värdelös finansiell rådgivning. Som framgått av den tidigare redovisade statistiken avseende antalet ärenden i Allmänna reklamationsnämnden (avsnitt 5.4) har antalet ärenden som rör bank och värdepapper ökat de senaste åren. Med den nu föreslagna lagen kan det tänkas att antalet sådana ärenden kommer att öka ytterligare. Det är därför av stor vikt att nämnden är rätt dimensionerad och besitter rätt kompetens såvitt gäller handläggningen av ärenden som rör värdepappersmarknaden i stort och särskilt såvitt avser ärenden om finansiell rådgivning.

13.3 Utbildning och information

Med det lagförslag som jag nu lämnar kommer med all säkerhet frågan om finansiella rådgivares skyldigheter och ansvar, såväl enligt gällande rätt som enligt lagförslaget, att uppmärksammas. Genom förslaget får de båda tillsynsmyndigheterna Konsumentverket

och Finansinspektionen en naturlig plattform vad gäller fortsatta insatser i form av information till allmänhet och företag.

Konsumentverket är i sin egenskap av central förvaltningsmyndighet för konsumentfrågor en viktig aktör vad gäller utbildning och information inom konsumentområdet. Konsumentverket utbildar konsumentvägledare och håller dem kontinuerligt informerade. Sådana utbildningsinsatser kan tänkas vara motiverade också med anledning av det nu lämnade lagförslaget. Vad gäller information till allmänheten bör särskilt nämnas verkets webbplats och tidningen Råd & Rön. Verket ger också stöd, även ekonomiskt, till konsumentorganisationer.

De båda myndigheterna ingår dessutom i styrelsen för både Konsumenternas Försäkringsbyrå och Konsumenternas Bank- och finansbyrå.

Under mitt utredningsarbete har jag haft en kontinuerlig kontakt med företrädare för både Konsumentverket och Finansinspektionen. Jag kan efter dessa kontakter konstatera att intresset för de frågor som behandlas i detta betänkande är stort inom de båda myndigheterna. Behovet av insatser i form av utbildning och information till allmänhet, företag, konsumentvägledare och andra berörda aktörer kan bäst bedömas av de myndigheter som har ansvaret härför. Jag avstår därför från att här lämna några närmare förslag i dessa frågor.

14 Konsekvenser av mitt förslag

Berörda myndigheter

Finansinspektionen och Konsumentverket får med den föreslagna lagen nya tillsynsuppgifter. De båda myndigheterna föreslås därtill utfärda föreskrifter avseende kompetenskrav och dokumentationsplikt för näringsidkarna (avsnitt 10.1) samt utfärda riktlinjer och allmänna råd kring begreppet god rådgivningssed m.m. (avsnitt 10.2.5).

Finansinspektionen har uppgett att tillsynen enligt lagen för inspektionens del skulle omfatta omkring 300 tillsynsobjekt. Enligt Finansinspektionens egna beräkningar torde inspektionen vid ett genomförande av förslaget behöva tillföras medel motsvarande två årsarbetskrafter. Efter en inledningsperiod om två eller tre år kan behovet av ökade medel möjligen minska till motsvarande en årsarbetskraft.

Enligt Konsumentverkets egna beräkningar torde verket vid ett genomförande av förslaget initialt behöva ökade resurser motsvarande 1,5 årsarbetskrafter. Efter en inledningsperiod om två till tre år kan enligt verket behovet antas ha minskat till motsvarande 0,75 årsarbetskrafter.

Vad gäller tillsynen över lagen finns enligt lagförslaget en möjlighet att överklaga tillsynsmyndigheternas beslut i allmän förvaltningsdomstol. Den extra belastning förslaget kan tänkas medföra för dessa domstolar bör dock kunna betraktas som försumbar.

De finansiella företagen

Även för de finansiella företag som tillhandahåller sådan rådgivning som omfattas av lagen kan konsekvenser i vissa fall förutses i form av ökade kostnader.

Vad gäller direkta kostnader på grund av lagförslaget kan för vissa företag förutses ökade kostnader på grund av höjda kompetenskrav för personalen och kravet på dokumentation (se avsnitt 10.1). I samband med kravet på dokumentation torde även uppkomma kostnader för arkivering. Möjligen kan också förutses en ökad tidsåtgång per rådgivningstillfälle på grund av kravet på kartläggning av den enskilde konsumentens förhållanden (se avsnitt 10.2.3). Det är inte möjligt att uppskatta hur stora kostnaderna för företagen kommer att bli. Vad gäller kostnaderna för utbildning av personalen bör dessutom beaktas att branschen redan på frivillig väg har startat ett licensieringsprojekt i syfte att höja personalens kompetens. För de företag som deltar i projektet, eller som på annat sätt genomför en motsvarande utbildning, bör därför inte det föreslagna kompetenskravet medföra några ytterligare kostnader. Det bör vidare noteras att Fondbolagens Förenings riktlinjer redan innehåller kompetenskrav av motsvarande slag (se avsnitt 6.2.2). Även effekterna av kravet på kartläggning av konsumentens förhållanden är beroende av i vilken utsträckning de enskilda företagen redan i dag gör en sådan kartläggning. Enligt Fondbolagens Förenings riktlinjer skall all rådgivning bl.a. utgå från kundens behov och ta hänsyn till kundens kunskapsnivå. Redan i dag torde därför enligt dessa riktlinjer krävas en kartläggning av kundens förhållanden. De nämnda riktlinjerna anger också att rådgivningen på kundens begäran skall dokumenteras. Det är därför min bedömning att de nu berörda kraven för många företag som i dag arbetar seriöst med rådgivning till konsumenter, inte torde komma att medföra några nämnvärt ökade kostnader.

Vidare innehåller den föreslagna lagen ett skadeståndsansvar för näringsidkarna enligt en culparegel (se avsnitt 11.1). Ett sådant skadeståndsansvar finns dock redan enligt rättspraxis och den föreslagna culparegeln innebär inte någon nämnvärd utvidgning av detta ansvar. Även om antalet skadeståndskrav som görs gällande gentemot företagen ökar något till följd av en ökad fokusering på ansvarsfrågan, torde kostnader med anledning härav framstå som försumbara för näringslivet i dess helhet.

Jag skall enligt mina direktiv i detta sammanhang särskilt redovisa konsekvenserna för små företags villkor. Till utredningen har varit knutna experter som företräder fyra olika branschorganisationer: Fondbolagens Förening, Svenska Bankföreningen, Svenska Fondhandlareföreningen och Sveriges Försäkringsförbund. Jag har vidare haft särskilda sammanträffanden med dessa fyra organisationer och därtill med Finansförbundet. Några särskilda synpunkter

med avseende på småföretagens särskilda villkor i förhållande till större företag har därvid inte framkommit. Samråd har i denna fråga också, i enlighet med mina direktiv, skett med Näringslivets Nämnd för Regelgranskning.

Det kan konstateras att den föreslagna lagen inte skiljer på små och stora företag, utan träffar varje näringsidkare som tillhandahåller sådan finansiell rådgivning som omfattas av lagen. Alla typer av företag som bedriver verksamhet som träffas av lagen kommer att stå under statlig tillsyn och de har alla att följa samma regelverk. De små företagen drabbas därmed av samma typ av kostnader som de större företagen. Storleken av dessa kostnader kommer, precis som med avseende på de större företagen, att variera beroende på i vilken utsträckning de krav som ställs i den föreslagna lagen redan uppfylls på frivillig väg.

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att det för ett stort antal företag inte kommer att bli några mer omfattande kostnader. Många företag arbetar i stor utsträckning redan i dag på det sätt som förutsätts ske enligt den föreslagna lagen och frivilliga utbildningsprogram förekommer som nämnts redan (se avsnitten 6.1-6.3). Det kan emellertid också förutses att det finns ett antal företag för vilka förslaget kan komma att innebära kostnader. Detta bör dock enligt min mening betraktas som en sund effekt av de föreslagna bestämmelserna, eftersom de företag som tillhandahåller sådan finansiell rådgivning som omfattas av lagen kommer att med förslaget konkurrera på lika villkor.

Klagomålshantering och tvistlösning

Den föreslagna lagen kan förutses leda till att frågan om finansiella rådgivares skyldigheter och ansvar kommer att uppmärksammas i den allmänna debatten och inte minst i media. Detta kan komma att leda till att fler konsumenter kommer att framföra klagomål avseende finansiell rådgivning. Det kan i sin tur komma att medföra en ökad belastning på de instanser som tillhandahåller vägledning och information till konsumenter, t.ex. Konsumenternas Bank- och finansbyrå och Konsumenternas Försäkringsbyrå, samt på de instanser som prövar klagomålen, dvs. Allmänna reklamationsnämnden och allmän domstol.

De nya reglerna kan dock även motverka behovet av att få en skada reglerad genom prövning i domstol eller Allmänna reklamationsnämnden. Det förhållandet att den föreslagna lagen tydliggör

gränserna för de finansiella rådgivarnas skyldigheter och ansvar kan få den effekten att tvister i större utsträckning kan komma att göras upp i godo. Om ett sådant ärende ändå skall prövas, torde den nya lagen kunna bidra till att underlätta prövningen och därmed sänka kostnaderna för både domstol och parter.

Det är inte möjligt att uppskatta denna typ av effekter i siffror.

15 Ikraftträdande m.m.

Den föreslagna lagen kräver vissa förberedelser. Lagen förutsätter att Konsumentverket och Finansinspektionen genom föreskrifter utformar närmare bestämmelser såvitt gäller kravet på erforderlig kompetens för finansiella rådgivare och kravet på dokumentation av vad som förekommit vid rådgivningstillfället (se 4 § i författningsförslaget). Vidare föreslås att de båda myndigheterna utfärdar riktlinjer eller allmänna råd i anslutning till lagen (se avsnitt 10.2.5).

Konsumentverket tilldelas också genom lagen en ny tillsynsuppgift, vilket torde kräva vissa förberedelser inom myndigheten. För Finansinspektionens del torde ansvaret för tillsynen över efterlevnaden av lagen kräva mindre av förberedelsearbete, eftersom de företag som kommer att stå under inspektionens tillsyn och den verksamhet som dessa bedriver redan är väl kända av inspektionen.

Från branschens sida har framhållits att det krävs förberedelser främst vad gäller utveckling av datastödet och utbildning av personal. Det har uttryckts vissa farhågor för att detta inte skall kunna genomföras, om man inte får en förberedelsetid om cirka ett år från det att ett politiskt besked om reformen föreligger.

Enligt min uppfattning bör dock vissa förberedelser för reformen kunna göras redan innan ett definitivt politiskt besked föreligger. Mot denna bakgrund utgår jag från att ett ikraftträdande kan ske tidigast den 1 juli 2003. Frågan om den närmare ikraftträdandetidpunkten kan emellertid bedömas säkrare sedan lagstiftningsarbetet kommit ytterligare framåt.

Det finns inget behov av övergångsbestämmelser.

16 Författningskommentar

1 § Denna lag gäller finansiell rådgivning som näringsidkare tillhandahåller konsumenter i fall då rådgivningen avser råd om placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i sådana livförsäkringar vars kapital helt eller delvis placeras i de finansiella instrument som konsumenten bestämmer.

Bestämmelserna i denna lag gäller även om den rådgivning som avses i första stycket ingår som ett led i marknadsföring eller försäljning av finansiella tjänster.

Paragrafen anger, tillsammans med 2 §, lagens tillämpningsområde. Frågorna har behandlats i kapitel 9.

Första stycket

I första stycket anges att lagen gäller finansiell rådgivning som näringsidkare tillhandahåller konsumenter. Begreppen näringsidkare och konsument definieras i 2 § och kommenteras i anslutning till den bestämmelsen.

Med rådgivning avses verksamhet som syftar till att lämna förslag om lämpliga tillvägagångssätt i ett visst sammanhang. En rådgivare vägleder med stöd av sin speciella kompetens konsumenten om hur denne i ett visst fall bör handla. Finansiell rådgivning skiljer sig härigenom från rena marknadsföringsåtgärder och annan typ av information. Ett allmänt lovprisande av en finansiell tjänst, t.ex. i reklam, är inte att betrakta som rådgivning. Finansiell rådgivning tillhandahålls emellertid i praktiken ofta som ett led i marknadsföring eller försäljning av finansiella tjänster. Hur denna situation skall bedömas berörs nedan i kommentaren till andra stycket.

Den rådgivning som avses skall vara av individuell karaktär och det förutsätts därför föreligga ett uppdragsförhållande mellan konsumenten och den finansielle rådgivaren. Det tydligaste exemplet är

naturligtvis att näringsidkaren och konsumenten ingår ett formellt avtal om rådgivning. Ett uppdragsförhållande torde dock även kunna komma till stånd tämligen formlöst, vilket i praktiken torde vara det vanligaste fallet (jämför NJA 1992 s. 243 som kommenterats i avsnitt 2.3). Avgörande är om näringsidkaren har uppträtt yrkesmässigt och om konsumenten har haft fog för att fästa tillit till de råd som lämnas. I vart fall bör i sådant fall ett uppdragsförhållande ha uppkommit om näringsidkaren insett att konsumenten förlitat sig på de förmedlade råden. Om näringsidkaren använder begrepp som antyder en personlig relation till konsumenten – t.ex. ”personlig rådgivare”, ”ekonomisk rådgivare” eller ”personlig bankman” – bör kunna presumeras att näringsidkaren tillhandahåller finansiell rådgivning av individuell karaktär.

Ett rådgivningsuppdrag skall i enlighet härmed inte anses föreligga om det står klart för konsumenten att näringsidkaren inte tillhandahåller finansiell rådgivning, i det enskilda fallet eller över huvud taget. Rena expeditionsärenden, dvs. situationer där konsumenten ger näringsidkaren i uppdrag att enbart utföra en finansiell tjänst och näringsidkaren inte heller gör annat än detta, utgör inte heller en rådgivningssituation.

Med detta resonemang följer också att råd som lämnas till en vid och obestämd krets av personer, t.ex. via massmedia, inte omfattas av lagen. Något rådgivningsuppdrag kan i sådana fall inte anses föreligga.

För att ett rådgivningsuppdrag skall anses föreligga torde det inte krävas att rådgivningen sker vid ett personligt sammanträffande mellan rådgivaren och konsumenten. Även rådgivning som sker på distans – t.ex. per telefon eller post eller via Internet – kan tänkas utgöra rådgivning i lagens mening. Detta förutsätter dock att rådgivningen är av sådan individuell karaktär som beskrivits ovan och att ett uppdragsförhållande kan anses föreligga.

Lagen gäller inte all finansiell rådgivning. I paragrafen begränsas tillämpningsområdet till att omfatta finansiell rådgivning som avser råd om placering av konsumentens medel i finansiella instrument eller i sådana livförsäkringar vars kapital helt eller delvis placeras i de finansiella instrument som konsumenten bestämmer. Ett övergripande syfte med denna typ av placeringar torde vara tillväxt av det insatta kapitalet. Utmärkande för sådana placeringar är att konsumenten riskerar att helt eller delvis förlora det placerade kapitalet eller till och med sätta sig i skuld.

När det gäller att definiera vad som avses med begreppet finansiellt instrument kan hänvisas till 1 § lagen (1991:980) om handel

med finansiella instrument. Med finansiellt instrument avses i den bestämmelsen fondpapper och annan rättighet eller förpliktelse avsedd för handel på värdepappersmarknaden. Med fondpapper avses aktie och obligation samt sådana andra delägarätter eller fordringsrätter som är utgivna för allmän omsättning, andel i värdepappersfond och aktieägares rätt gentemot den som för hans räkning förvarar aktiebrev i ett utländskt bolag (se närmare i prop. 1990/91:142 s. 85 ff och s. 141 ff). Syftet med att hänvisa till denna definition är att inbegripa alla de vanligt förekommande finansiella instrument som konsumenter placerar sina medel i.

Lagen gäller även om placering av konsumentens medel i finansiella instrument sker inom ramen för ett individuellt sparande för pension enligt lagen (1993:931) om individuellt pensionssparande.

Vad gäller livförsäkringar omfattas de typer av livförsäkringar där skyddsintresset för konsumenten framstår som i huvudsak detsamma som vid rådgivning om placeringar i finansiella instrument. Lagen är tillämplig på råd om placering i sådan livförsäkring vars kapital helt eller delvis placeras i de finansiella instrument som konsumenten bestämmer. I detta avseende skiljer sig dessa försäkringar från t.ex. traditionell livförsäkring med garanterad avkastning där resonemanget om risk för konsumenten inte på samma sätt kan göras gällande. Den typ av livförsäkring som här avses är i dagsläget s.k. fondförsäkringar (unit linked-försäkringar), dvs. sådana försäkringar som avses i 2 kap. 3 b § första stycket 3 försäkringsrörelselagen (1982:713). De premier som konsumenten betalar för fondförsäkringar skall enligt 7 kap. 29 § första stycket försäkringsrörelselagen placeras i de fonder som försäkringstagaren bestämmer. Vad som betalas ut vid ett försäkringsfall beror på hur mycket som sparats och på värdeutvecklingen på de sparade medlen. Det är därmed konsumenten som bär placeringsrisken. Nya produkter utvecklas efter hand. Lagen begränsas därför inte till just fondförsäkringar, utan gäller varje typ av livförsäkring där kapitalet helt eller delvis placeras i de finansiella instrument som konsumenten bestämmer och där konsumenten således bär placeringsrisken. Det kan också tänkas att en fondförsäkring kan komma att erbjuda endast ett alternativ för placering av kapitalet med en viss risknivå. En annan fondförsäkring kan på samma sätt erbjuda en annan risknivå. I dessa fall skulle dock, på samma sätt som vid de fondförsäkringar som beskrivs ovan, konsumenten bära placeringsrisken. Även om konsumenten i ett sådant fall inte inom ramen för den aktuella försäkringen bestämmer i vilka finansiella instrument kapitalet skall pla-

ceras, får konsumenten ändå genom valet av försäkring anses ha bestämt i vilket finansiellt instrument kapitalet skall placeras. Rådgivning kring sådana försäkringar får därmed anses omfattas av lagen.

Trots att lagens tillämpningsområde formellt begränsas enligt ovan bör lagen kunna tillämpas analogivis även på annan finansiell rådgivning som med avseende på den risk konsumenten tar och den typ av rådgivning som är i fråga kan anses jämförbar med sådan rådgivning som avses i 1 § första stycket.

Som exempel på fall där en analog tillämpning skulle kunna komma i fråga kan nämnas rådgivning avseende konsumenters finansiella placeringar i vissa typer av mera värdefullt lösöre, t.ex. guld och ädla stenar (jfr avsnitt 9.1.2).

De finansiella marknaderna förändras ständigt och nya typer av produkter tillkommer efter hand. En mer uttömmande exemplifiering torde därmed kunna onödigt begränsa den utvidgning som efter hand kan komma att ske såvitt avser den analogivisa tillämpningen. Den närmare gränsdragningen om vilken typ av rådgivning som bör bli föremål för en analogivis tillämpning av lagen får i stället överlämnas till rättspraxis. En utgångspunkt för bedömningen av frågan om en analogisk tillämpning bör komma i fråga, bör vara att skyddsintresset för konsumenten framstår som i huvudsak likvärdigt med de fall som lagen är direkt tillämplig på.

Den analogovisa tillämpningen får framför allt effekt när det gäller skadestandsregeln i 6 §. Den kan däremot inte föranleda ingripanden från tillsynsmyndigheten grundade på 8-10 §§.

Det finns yrkesgrupper som kan tänkas tillhandahålla finansiell rådgivning till konsumenter och som är föremål för reglering genom särskild lagstiftning och som står under särskild tillsyn. Här kan nämnas advokater, fastighetsmäklare och försäkringsmäklare. Dessa grupperas rådgivningsverksamhet bör i första hand bedömas utifrån den särskilda reglering som gäller för respektive yrkesgrupp.

Andra stycket

I andra stycket tydliggörs lagens tillämpningsområde i förhållande till befintliga regelverk. Finansiell rådgivning skall bedömas självständigt och oberoende av den marknadsrätliga eller civilrättsliga lagstiftning som i övrigt kan komma att tillämpas med avseende på näringsidkarens agerande eller på dennes prestation. Det spelar därför ingen roll om rådgivningen – dvs. sådan individualiserad

rådgivning till enskilda konsumenter som avses i första stycket – tillhandahålls självständigt eller om rådgivningen tillhandahålls i samma sammanhang som åtgärder i form av marknadsföring eller försäljning av finansiella tjänster riktade till konsumenten. För det fall flera alternativa regelverk kan anses tillämpliga på en rådgivningssituation, ges konsumenten därmed möjligheten att välja det för honom eller henne mest förmånliga alternativet. Frågan har behandlats utförligt i avsnitt 9.1.3.

2 § I denna lag avses med

***konsument*: en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet,**

***näringsidkare*: en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten.**

Paragrafen innehåller definitioner av konsument och näringsidkare. Frågorna har behandlats i avsnitt 9.3.

Definitionerna är desamma som i den konsumenträttsliga lagstiftning som bygger på EG-direktiv, t.ex. i lag (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal, och som i prop. 2001/02:134 föreslås gälla även i konsumentköplagen (1990:932) och konsumenttjänstlagen (1985:716). Definitionerna avses i tillämpliga delar ha samma betydelse här som i de andra lagarna.

Med konsument avses en fysisk person. Juridiska personer, t.ex. bolag eller föreningar, kan alltså aldrig vara konsumenter i lagens mening. För att lagen skall vara tillämplig skall konsumenten handla för ändamål som huvudsakligen faller utanför näringsverksamhet. Därmed gäller lagen även om konsumenten till viss del handlar inom ramen för näringsverksamhet, dock endast under förutsättning att denna del är jämförelsevis mindre väsentlig.

Det är ändamålet med den finansiella rådgivningen som är avgörande. Vid finansiell rådgivning torde ändamålet normalt framgå tydligt. Vid tveksamhet om den som varit föremål för finansiell rådgivning är att anse som konsument i lagens mening, är utgångspunkten att avsikten hos den som erhållit råden är avgörande. Om avsikten varit att erhålla råd för ändamål som huvudsakligen ligger utanför näringsverksamhet, skall den som erhållit råden vara att betrakta som konsument.

Egenskapen av konsument behöver inte vara synbar för näringsidkaren. Om denne har vilseletts av motparten, lär detta dock ibland vara skäl nog för att lagen inte skall vara tillämplig.

Med näringsverksamhet avses verksamhet av ekonomisk natur och av sådan karaktär att den är att anse som yrkesmässig.

Den som annars är näringsidkare men som i ett enskilt fall tillhandahåller finansiell rådgivning under sådana förhållanden att han eller hon måste anses handla i egenskap av privatperson är inte att anse som näringsidkare i lagens mening. Rådgivningen har därvid inget samband med den egna näringsverksamheten. Den omständigheten att finansiell rådgivning normalt inte ingår i näringsidkarens rörelse hindrar dock inte i och för sig att lagen är tillämplig.

Lagen är inte begränsad till att omfatta sådana finansiella institut som står under Finansinspektionens tillsyn, t.ex. banker, värdepappersinstitut, fondbolag och försäkringsbolag. Även om dessa typer av företag torde stå för en stor del av den finansiella rådgivning som tillhandahålls konsumenterna, gäller lagen för alla näringsidkare som tillhandahåller sådan finansiell rådgivning som faller inom lagens tillämpningsområde.

Ytterligare ledning för tolkning av konsumentbegreppet och näringsidkarbegreppet kan hämtas i bl.a. förarbetena till konsumenttjänstlagen (prop. 1984/85:110 s. 139 ff och 141 ff) samt konsumentköplagen (prop. 1989/90:89 s. 59 ff och prop. 2001/02:134 s.80 f).

Det saknas skäl att närmare gå in på frågan om denna lags tillämplighet på parter med utländsk anknytning, t.ex. utländska företag som tillhandahåller finansiell rådgivning till konsumenterna i Sverige. I stället får hänvisas till de särskilda regler som gäller i fråga om lagval i situationer där anknytning finns till olika länders lagstiftning. Vad gäller avtalsrättsliga förpliktelser bör dock särskilt nämnas Konventionen (d. 19 juni 1980) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Romkonventionen), vilken har införlivats med svensk rätt genom lagen (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser. Enligt konventionen, som är tillämplig bl.a. på avtal om utförande av tjänster, får en konsument under vissa givna förutsättningar inte berövas det skydd som tillförsäkras honom enligt tvingande regler i lagen i det land där han har sin vanliga vistelseort (art. 5). Konventionen är bindande för EU:s medlemsstater.

3 § Bestämmelserna i denna lag får inte frångås till nackdel för en konsument som erhåller finansiell rådgivning som avses i 1 §.

Frågan har behandlats i avsnitt 9.4.

Av paragrafen framgår att lagens bestämmelser är tvingande till konsumentens förmån på så sätt att näringsidkaren inte till konsu-

mentens nackdel får frångå lagens bestämmelser. Motsvarande bestämmelser är vanligt förekommande i den konsumentskyddande lagstiftningen. Ingenting hindrar naturligtvis näringsidkaren från att tillämpa en mot konsumenten generösare hållning än som följer av lagen.

Skulle en överenskommelse om finansiell rådgivning strida mot lagens bestämmelser på en eller flera punkter och är dessa avvikelser till nackdel för konsumenten, gäller i stället lagen. Vilken effekt det får för avtalet i dess helhet får bedömas från fall till fall. I de flesta fall torde lagens bestämmelser kunna tillämpas på endast de punkter där avvikelser finns utan att avtalet i dess helhet behöver lämnas åt sidan. Det är dock inte uteslutet att det kan uppkomma fall i vilka det kan finnas avvikelser som medför att grundläggande förutsättningar för avtalet berörs, vilket i sin tur kan leda till att avtalet i dess helhet inte kan tillämpas. I sådana fall får allmänna rättsregler tillämpas för att bedöma rättsläget.

Att lagens regler är tvingande till konsumentens förmån innebär bl.a. att avtal som inskränker konsumentens rätt till ersättning för skador inte får tillämpas mot konsumenten. Avtalsklausuler som t.ex. begränsar vad konsumenten kan få ersättning för är således utan verkan mot denne.

4 § Näringsidkaren skall

1. se till att den som utför rådgivningen har erforderlig kompetens, och

2. dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela närmare föreskrifter om vad näringsidkaren skall iaktta enligt första stycket.

Paragrafen innehåller bestämmelser av näringsrättslig karaktär. Av paragrafen följer de grundläggande skyldigheter som näringsidkaren måste iaktta om denne tillhandahåller finansiell rådgivning till konsumenter. Frågorna har behandlats i avsnitt 10.1.

Första stycket

Av *första punkten* följer att näringsidkaren skall se till att den som utför rådgivningen har erforderlig kompetens. I kompetenskravet ligger dels att rätt kunna bedöma vad som framkommit om konsumentens önskemål och behov, dels kunskap om de finansiella

instrument som rådgivningen avser. Kravet kan avse såväl formell utbildning som erfarenhet av rådgivningsarbete. De närmare kraven lämpar sig inte för att fastställa i lag. Dessa bör i stället bestämmas genom föreskrifter på myndighetsnivå.

Av *andra punkten* följer att näringsidkaren skall dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället. Kravet på dokumentation bör omfatta de uppgifter av betydelse som rör exempelvis konsumentens ekonomiska och andra förhållanden, konsumentens önskemål och behov, konsumentens eventuella egna förslag samt näringsidkarens rekommendationer och eventuella avrådanden. Om konsumenten inte har velat delge näringsidkaren uppgifter i vissa avseenden eller om näringsidkaren har bedömt att sådana uppgifter inte behövs, bör även detta noteras. Dokumentationskravet omfattar naturligtvis endast vad som förekommit i samband med sådan finansiell rådgivning som omfattas av lagen och inte andra typer av frågor som har diskuterats vid samma tillfälle. Hur dokumentationen närmare skall utformas och vad som bör gälla i fråga om skyldighet för näringsidkaren att spara dokumentationen, bör bestämmas genom föreskrifter på myndighetsnivå.

Om tvist senare uppstår kring de frågor som dokumentationen beskriver och konsumenten därvid hävdar att rådgivarens uppgifter i dokumentationen är felaktiga, torde det vara rådgivaren som har att visa att uppgifterna stämmer med vad som avhandlats eller annars förekommit under rådgivningen. Ett sätt att säkerställa att parterna är överens om innehållet i dokumentationen kan vara att rådgivaren när dokumentationen färdigställts låter konsumenten läsa igenom den och skriva under den. Konsumenten får därvid anses ha bekräftat de uppgifter som dokumentationen innehåller. Beträffande frågan att konsumenten bör erhålla en kopia av dokumentationen, se avsnitt 10.1.3.

Andra stycket

Av andra stycket följer att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får utfärda närmare föreskrifter om vad näringsidkaren skall iaktta i fråga om de krav på kompetens och dokumentation som följer av första stycket. Som framgått ovan förutsätts att sådana föreskrifter utfärdas både vad gäller kravet på kompetens och kravet på dokumentation.

5 § Näringsidkaren skall i sin rådgivningsverksamhet iaktta god rådgivningssed och skall med tillbörlig omsorg ta till vara konsumentens intressen. Näringsidkaren skall vidare anpassa rådgivningen efter konsumentens önskemål och behov samt rekommendera lösningar som även i övrigt är lämpliga för konsumenten.

Näringsidkaren skall avråda konsumenten från att vidta åtgärder som inte kan anses vara till rimlig nytta för konsumenten eller som kan anses olämpliga med hänsyn till konsumentens ekonomiska förhållanden eller andra omständigheter.

De frågor som berörs i paragrafen har behandlats i avsnitt 10.2.

Första stycket

Av första stycket följer inledningsvis att näringsidkaren i sin rådgivningsverksamhet skall iaktta god rådgivningssed och med tillbörlig omsorg ta till vara konsumentens intressen.

God sed är ett väl etablerat begrepp i lagstiftningen och återfinns i bl.a. fastighetsmäklarlagen (1995:400) och lagen (1989:508) om försäkringsmäklare. Syftet med att införa ett krav på god rådgivningssed är att åstadkomma en enhetlig bedömningsgrund vad gäller finansiella rådgivares metodansvar. God rådgivningssed är ett dynamiskt begrepp vars innehåll ändras över tiden. Det är därför inte möjligt, eller ens önskvärt, att närmare konkretisera innehållet i begreppet. I stället får hänvisas till den samlade bedömning som vid varje tid kan göras utifrån branschåtgärder (t.ex. utbildningsinsatser, riktlinjer och rekommendationer inom branschorganen), överenskommelser mellan branschorgan och berörda myndigheter, riktlinjer och allmänna råd från berörda myndigheter samt avgöranden i rättspraxis och organ för utomjudiciell tvistlösning, företrädesvis Allmänna reklamationsnämnden.

Näringsidkaren skall vidare med tillbörlig omsorg ta tillvara konsumentens intressen. Det finns flera exempel på sådana bestämmelser i befintliga regelverk, t.ex. i 4 § konsumenttjänstlagen (1985:716). En sådan plikt får sin främsta betydelse vid en tolkning mot bakgrund av vad som förekommit i ett enskilt fall. Omsorgsplikten tjänar som ledning för näringsidkaren särskilt i de fall andra bestämmelser inte ger svar på frågan om hur en finansiell rådgivare i ett visst fall bör agera. Allmänt torde omsorgsplikten innebära en skyldighet att sätta konsumentens intressen främst. Den finansielle

rådgivaren skall vara skyldig att ställa all sin kunskap till konsumentens förfogande, dvs. rådgivaren får aldrig lämna råd mot bättre vetande. Näringsidkaren skall upplysa konsumenten om de förutsättningar som råder vid rådgivningstillfället, t.ex. i fråga om näringsidkarens eget utbud av – eller möjlighet att förmedla – olika finansiella tjänster. Konsumenten kan också behöva uppmärksammas på behov av ytterligare rådgivning från annat håll. I omsorgsplikten ligger också att näringsidkaren skall uppträda aktivt lojalt mot konsumenten.

Av första stycket följer vidare att näringsidkaren skall anpassa rådgivningen efter konsumentens önskemål och behov samt rekommendera lösningar som även i övrigt är lämpliga för konsumenten. Paragrafen innehåller i denna del bestämmelser som syftar till att tillse att de råd som lämnas är anpassade till den enskilde konsumenten. Utgångspunkten är att det är konsumentens önskemål och behov som skall styra rådgivningen. Rådgivaren måste inledningsvis göra sig en bild av konsumentens förkunskaper och vana vid aktuella finansiella instrument och skall anpassa sin rådgivning efter den kunskapsnivå som den enskilda konsumenten har. Rådgivaren skall därefter kartlägga konsumentens förhållanden. I denna kartläggning skall rådgivaren efterfråga konsumentens ekonomiska och andra relevanta förhållanden, konsumentens önskemål och syfte med placeringen samt konsumentens riskbenägenhet. De enskilda detaljerna i en sådan kartläggning kan skifta beroende på vilken typ av placering som diskuteras. Rådgivaren skall lämna den information som behövs för att konsumenten skall förstå de risker som är förknippade med olika finansiella instrument.

Den ovan beskrivna kartläggningen förutsätter konsumentens medverkan. Om konsumenten på någon enskild punkt eller generellt inte vill delge rådgivaren några uppgifter av den typ som här avses, får rådgivaren utefter de förutsättningar som ges ändå på bästa sätt utföra sitt rådgivningsuppdrag. Rådgivaren skall dock upplysa konsumenten om vad brister i bedömningsunderlaget kan medföra i fråga om tillförlitligheten i de råd som lämnas. Såväl de uppgifter av betydelse som framkommer vid kartläggningen som de luckor i bedömningsunderlaget som kan uppstå om konsumenten inte vill delge alla uppgifter av betydelse, skall framgå av den dokumentation som rådgivaren har att utföra enligt 4 § första stycket 2.

Det kan också tänkas fall där det står klart för rådgivaren att den typ av kartläggning som beskrivs ovan inte behövs i det enskilda fallet, antingen därför att konsumenten redan är väl känd av rådgiv-

varen eller därför att den aktuella placeringen inte kräver det. Det bör i dessa fall finnas en möjlighet för rådgivaren att helt eller delvis avstå från kartläggningen. För att i efterhand kunna bedöma om rådgivaren haft fog för ett sådant ställningstagande är det viktigt att de skäl som finns härför noteras i dokumentationen.

Näringsidkaren skall som nämnts slutligen också lämna rekommendationer som även i övrigt är lämpliga för konsumenten. Bestämmelsen är mycket allmänt formulerad. Den skall inte tolkas så att rådgivaren måste lämna det råd som är "mest lämpligt" eller liknande. I en verksamhet av så subjektiv karaktär som rådgivning skulle ett sådant krav inte vara möjligt att uppställa. Avsikten med bestämmelsen är i stället att de råd som lämnas skall, vid en helhetsbedömning utefter de tidigare angivna bestämmelserna om rådgivarnas arbetsmetod och kartläggning av konsumenten, framstå som lämpliga för den enskilde konsumenten.

Andra stycket

Av andra stycket följer en avrådningsplikt för näringsidkaren. Bestämmelsen har införts efter förebild från 6 § konsumenttjänstlagen (1985:716). Bestämmelsen blir tillämplig för det fall konsumenten inom ramen för en rådgivningssituation själv uttrycker ett önskemål om en viss typ av placering. För tydlighetens skull bör framhållas att bestämmelsen alltså inte blir tillämplig för det fall det inte föreligger en rådgivningssituation, t.ex. om konsumenten endast begärt och erhållit en ren expeditionstjänst. Det kan dock i ett sådant fall tänkas att den avrådningsplikt som gäller enligt konsumenttjänstlagen kan komma att tillämpas analogivis.

Rådgivaren skall enligt bestämmelsens första led avråda konsumenten från att vidta åtgärder som inte kan anses vara till rimlig nytta för konsumenten. Bedömningen skall ske mot bakgrund av den kunskap han eller hon har om konsumenten, om det aktuella finansiella instrumentet och om utvecklingen på de finansiella marknaderna. Om rådgivaren bedömer att konsumentens eget förslag till placering inte är till rimlig nytta för konsumenten, skall rådgivaren avråda konsumenten från att vidta åtgärden. Det kan exempelvis vara så att rådgivaren bedömer att konsumenten inte kan beräknas uppnå den effekt han avser med den tänkta placeringen eller att placeringen på annat sätt inte står i överensstämmelse med det syfte som konsumenten beskrivit.

Enligt bestämmelsens andra led har rådgivaren en skyldighet att avråda också när de åtgärder som konsumenten önskar vidta kan anses olämpliga med hänsyn till konsumentens ekonomiska eller andra förhållanden. Rådgivaren har härvid att bedöma konsumentens önskemål mot bakgrund av den kartläggning som gjorts av konsumentens ekonomiska och andra förhållanden. Rådgivaren kan exempelvis göra bedömningen att konsumenten tar en alltför stor risk i förhållande till sin totala ekonomiska situation eller med hänsyn till syftet med placeringen. Även andra förhållanden än ekonomiska kan vara av betydelse. Exempelvis kan konsumentens ålder, familjesituation, anställningsförhållanden eller framtidsplaner medföra att en viss typ av placering kan framstå som olämplig.

Skyldigheten att avråda innebär att rådgivaren för konsumenten skall påpeka att den åtgärd som konsumenten önskar enligt rådgivarens bedömning inte bör vidtas. Rådgivaren har alltså ingen skyldighet att försöka övertala konsumenten att inte vidta åtgärden eller att hindra denne från att genomföra en önskad transaktion. Vill konsumenten, trots att rådgivaren avrätt honom eller henne, genomföra en viss transaktion finns naturligtvis inget hinder mot att gå konsumenten till mötes.

Som anförts beträffande kartläggningen av konsumentens förhållanden ovan kan inte förutsättas att alla konsumenter är beredda att förse rådgivaren med ett tillräckligt underlag. Brister i underlaget påverkar naturligtvis också rådgivarens möjlighet att avråda konsumenten från att vidta en viss åtgärd. Skyldigheten att avråda med hänsyn till konsumentens personliga förhållanden sträcker sig därför naturligtvis inte längre än vad som är möjligt med hänsyn de uppgifter som konsumenten själv lämnar.

Eventuella egna förslag från konsumentens sida och därpå följande avrådanden från näringsidkarens sida skall framgå av den dokumentation som rådgivaren har att utföra enligt 4 § första stycket 2.

6 § Näringsidkare som genom finansiell rådgivning uppsåtligt eller av oaktsamhet orsakar konsumenten ren förmögenhetsskada skall ersätta skadan.

Skada som avses i första stycket ersätts endast om den är av någon betydelse.

Paragrafen innehåller en bestämmelse om skadeståndsskyldighet vid vårdslös rådgivning. Frågan har behandlats i kapitel 11.

Första stycket

Skadeståndsskyldigheten har utformats som ett culpaansvar. Näringsidkaren ansvarar således för skada som denne orsakat av oaktsamhet (som synonyma begrepp kan användas vårdslöshet, försumlighet eller liknande uttryck). Ett culpaansvar anses också omfatta uppsåtligt handlande, vilket för tydlighetens skull har uttryckts i bestämmelsen.

Som i annan lagstiftning av skadeståndsrättslig karaktär avses med ett culpaansvar ett ansvar för avsteg från en gällande norm inom ett aktuellt område. En jämförelse måste göras mellan den påstämde skadevällarens agerande och vad som kan betraktas som ett önskvärt agerande. Ett vårdslöst beteende avviker således från ett allmänt accepterat beteende i samma situation och den som bedöms ha agerat vårdslöst har således överträtt någon typ av akt-samhetsnorm. Culpabedömningen kan göras mot bakgrund av normer som följer av lag eller annan författning, av praxis eller av sedvana.

Frågan om en finansiell rådgivare har agerat vårdslöst måste avgöras vid en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet. En naturlig utgångspunkt för bedömningen utgör dock de skyldigheter som följer av 5 § i denna lag. Avvikelser från dessa skyldigheter medför dock inte med automatik att rådgivaren har agerat oaktsamt, även om en presumtion härför nog ofta kan anses föreligga. Det kan i det enskilda fallet finnas godtagbara skäl för rådgivaren att inte uppfylla de föreskrivna kraven. Bestämmelserna i 5 § är dock inte ensamt avgörande vid culpabedömningen. Även andra faktorer än de skyldigheter som följer av 5 § kan få betydelse vid culpabedömningen, varför en helhetsbedömning i det enskilda fallet alltid är nödvändig.

Den skada som avses är s.k. ren förmögenhetsskada. Härmed avses detsamma som i 1 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207), dvs. en ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada. Det saknas anledning att i lagen om finansiell rådgivning till konsumenter införa närmare bestämmelser i fråga om vad som i ett visst fall är anse som ren förmögenhetsskada och om beräkningen av skadans storlek. I stället hänvisas till allmänna skadeståndsrättsliga principer. Sådana principer har berörts närmare i avsnitt 11.1.4.

Med en bestämmelse om skadeståndsskyldighet aktualiseras frågor om bevisbördans placering och kravet på styrkan i bevisningen. Några särskilda regler med avseende på dessa frågor följer inte av

lagen. Även här får i stället hänvisas till allmänna skadeståndsrättsliga principer. Sådana principer har berörts i avsnitt 11.1.6. Frågan om eventuella avsteg bör göras från de principer som allmänt gäller på skadestandsområdet vad gäller bevisbörda och beviskrav, får överlämnas till domstolarna att fastställa genom rättspraxis. I sammanhanget bör emellertid framhållas att det krav på dokumentation som följer av 4 § första stycket 2 denna lag medför att konsumenten ställs i ett fördelaktigt bevisläge. För det fall näringsidkaren försummar sin skyldighet att dokumentera, bör konsumentens påståenden om vad som förekommit vid rådgivningstillfället tas som utgångspunkt vid en bedömning av rådgivarens eventuella vårdslöshet, om näringsidkaren inte på annat sätt förmår visa att konsumentens påståenden är felaktiga. Det kan för tydlighetens skull påpekas att det alltså är konsumenten som skall bevisa att ett uppdragsförhållande avseende finansiell rådgivning har förelegat mellan parterna.

Liksom i samband med andra skadeståndsrättsliga bestämmelser kommer med anledning av denna bestämmelse att uppkomma frågor om jämkning av skadestånd. Inte heller på detta område följer några särskilda bestämmelser av denna lag. I stället hänvisas till vad som i tillämpliga delar följer av skadeståndslagen (1972:207) och av allmänna skadeståndsrättsliga principer. Frågor med anknytning härtill har behandlats i avsnitt 11.1.5. En fråga av särskild betydelse bör dock framhållas, nämligen skyldigheten för konsumenten att begränsa sin skada. En sådan skyldighet anses följa av skadeståndsrättsliga principer. Denna skyldighet – den s.k. begränsningsregeln – kan väntas uppmärksammas särskilt vid den typ av skada som nu är i fråga. Det bör vid en tillämpning av principen inte kunna krävas att konsumenten, i syfte att minimera en redan uppkommen skada, vidtar dispositioner som innebär ytterligare risker för konsumenten. Om konsumenten tar kontakt med det finansiella företag som tillhandahållit det ursprungliga rådet för att påtala att skada har uppkommit, kan det ligga i företagets intresse att övertala konsumenten att genom nya dispositioner försöka begränsa denna skada. Sådana dispositioner kan också medföra risk för ytterligare skada. För det fall konsumenten väljer att följa företagets rekommendationer i ett sådant fall, bör ansvaret för företaget vid uppkomst av ytterligare skada bedömas strängt.

Beträffande övriga frågor av intresse vid tillämpningen av skadeståndsregeln, t.ex. adekvansbedömningen och principalansvaret, saknas särskilda bestämmelser. I stället hänvisas till vad som följer av allmänna skadeståndsrättsliga principer och i förekommande fall

av skadeståndslagen (1972:207). Det saknas anledning att här kommentera dessa frågor närmare. De nämnda frågorna har berörts i avsnitten 11.1.2 och 11.1.3 samt 11.1.7.

Avslutningsvis bör framhållas att den här beskrivna skadeståndsregeln inte skall uppfattas som exklusiv. Skadestånd på grund av finansiell rådgivning kan erhållas även på annan grund än vad som följer av denna lag. För det fall konsumenten för skadeståndstalan på annan grund – t.ex. på grund av ett garantiåtagande från näringsidkarens sida, på grund av brott eller på grund av sådan finansiell rådgivning som inte omfattas av denna lag – hänvisas till den lagstiftning och de allmänna skadeståndsrättsliga principer som gäller i dessa fall. Denna fråga har behandlats närmare i avsnitt 11.1.1.

Andra stycket

Av bestämmelsen följer att ren förmögenhetsskada som avses i första stycket ersätts endast om den är av någon betydelse. Frågan har behandlats i avsnitt 11.1.4.

Syftet med bestämmelsen är att undvika att konsumenter driver tvister mot de finansiella företagen som i praktiken inte har annan än principiell betydelse för konsumenten. Härmed avses tvister där det omtvistade beloppet framstår som bagatellartat. Varken någon fast beloppsgräns eller någon fastställd beräkningsgrund för att avgöra vad som skall anses vara bagatellartade belopp följer av lagen. Den närmare gränsdragningen får överlämnas åt rättspraxis. Några utgångspunkter kan dock anges. I praxis finns exempel på motsvarande bedömningar där skadan ställts i relation till värdet på den skadade egendomen. Exempelvis har vid miljöskador skadan jämförts med värdet på den fastighet där skadan uppstått (se NJA 1977 s. 424). Bedömningen bör dock inte göras enbart med avseende på skadans absoluta storlek, utan hänsyn bör tas även till andra omständigheter, t.ex. den skadelidandes ekonomiska förhållanden. Gränsen för vad som skall anses vara en bagatellartad skada kan därvid komma att bestämmas högre för en konsument med en betydande förmögenhet än för en konsument som saknar större tillgångar.

7 § Om konsumenten vill åberopa att finansiell rådgivning har orsakat honom eller henne ren förmögenhetsskada, skall konsumenten underrätta näringsidkaren om detta inom skälig tid efter det att han eller hon märkt eller bort märka att skada har uppkommit.

Talan om ersättning måste i varje fall väckas inom tio år från rådgivningstillfället.

Om konsumenten underlåter att underrätta näringsidkaren inom den tid som följer av första stycket eller att väcka talan inom den tid som följer av andra stycket, faller rätten till skadestånd enligt denna lag bort.

Paragrafen innehåller bestämmelser om reklamation och preskription. Frågorna har behandlats i avsnitt 11.3.

Första stycket

Av första stycket följer en reklamationsplikt för konsumenten. Om konsumenten vill åberopa att finansiell rådgivning har orsakat honom eller henne ren förmögenhetsskada, åligger det konsumenten att underrätta näringsidkaren om detta inom skälig tid. Tiden räknas från det att konsumenten märkt eller hade bort märka att skada uppkommit. Tidsfristen skall ge konsumenten tillräcklig tid för eftertanke och ge möjlighet att diskutera frågan med en juridisk expert.

Frågan om när konsumenten hade bort märka att skada uppkommit måste avgöras från fall till fall. Av betydelse vid den bedömningen kan vara vilken typ av finansiellt instrument som konsumenten har placerat sina pengar i, dvs. om det är en typ av investering där värdet på det insatta kapitalet kan ändras snabbt. I fall av relativt okomplicerade finansiella instrument torde det räcka med att konsumenten tar del av de redovisningar som regelbundet skickas ut av de finansiella företagen. Vid mer komplicerade investeringar kan krävas att konsumenten mer aktivt följer utvecklingen. Även den enskilde konsumentens möjligheter att rätt bedöma utfallet på den aktuella investeringen torde vara av betydelse, t.ex. erfarenheten av aktuella finansiella instrument.

Bestämmelsen skall tillämpas oberoende av vilken reklamations- tid som gäller avseende en eventuell transaktion i anslutning till rådgivningen. Att en kortare reklamations- tid för transaktionen, dvs. köpet eller försäljningen av finansiella instrument, skulle anses

gälla enligt exempelvis lag (1914:45) om kommission eller följa av avtal, påverkar alltså inte reklamationstiden såvitt avser skada på grund av finansiell rådgivning enligt denna lag.

Andra stycket

I andra stycket behandlas frågan om preskription. Enligt bestämmelsen skall talan om ersättning föras inom tio år från rådgivningstillfället. Att bedöma tidpunkten för rådgivningstillfället torde i allmänhet inte välla några större problem. För det fall den omtvistade rådgivningen kan anses ha ägt rum vid flera tillfällen, skall preskriptionstiden beräknas från det att rådgivningen i det aktuella hänseendet kan anses avslutad.

På samma sätt som avseende reklamationstiden ovan skall bestämmelsen tillämpas oberoende av om en kortare preskriptionstid skulle anses gälla enligt annan lag eller följa av avtal såvitt avser en transaktion, dvs. köp eller försäljning av finansiella instrument, i anslutning till rådgivningen.

Tredje stycket

I tredje stycket anges den rättsföljd som inträder om konsumenten inte iakttar vad som följer av första och andra styckena i denna paragraf. Om konsumenten inte reklamerar i rätt tid eller väcker talan inom preskriptionstiden, faller rätten till skadestånd enligt denna lag bort.

För tydlighetens skull bör här, liksom i kommentaren till 6 § första stycket, framhållas att denna lag inte är avsedd att vara exklusiv såvitt avser skadestånd på grund av finansiell rådgivning. Den rättsföljd som följer av tredje stycket gäller därför enbart såvitt avser rätten till skadestånd enligt denna lag, vilket också framgår av lagtexten. För det fall konsumenten för skadeståndstalan på annan grund – t.ex. på grund av ett garantiåtagande från näringsidkarens sida, på grund av brott eller på grund av sådan finansiell rådgivning som inte omfattas av denna lag – har de ovan beskrivna reklamerings- och preskriptionsbestämmelserna alltså inte någon rättsverkan mot konsumenten.

8 § Konsumentverket utövar tillsyn över att denna lag och föreskrifter som meddelats med stöd av lagen följs. Verkets tillsyn omfattar dock inte verksamhet som står under tillsyn av Finansinspektionen.

För tillsynen har Konsumentverket rätt att företa inspektion hos näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning som avses i 1 § och att ta del av samtliga handlingar som behövs för tillsynen. Näringsidkaren skall lämna de upplysningar om verksamheten som begärs för tillsynen.

Om näringsidkaren inte tillhandahåller handlingar eller lämnar upplysningar i fall som avses i andra stycket, får Konsumentverket förelägga näringsidkaren vid vite att fullgöra sin skyldighet.

Paragrafen innehåller, tillsammans med 9 §, bestämmelser om tillsyn. Frågorna har behandlats i kapitel 12.

Första stycket

Av första stycket följer att det är Konsumentverket som utövar tillsynen över att denna lag följs. Tillsynen omfattar också föreskrifter som har meddelats med stöd av lagen. Beträffande de föreskrifter som är aktuella hänvisas till kommentaren till 4 §.

I andra meningen görs dock ett betydelsefullt undantag från Konsumentverkets tillsynsansvar. Verkets tillsyn omfattar inte verksamhet som står under Finansinspektionens tillsyn. Exempel på företag, s.k. finansiella institut, som bedriver verksamhet som omfattas av Finansinspektionens tillsyn är banker, värdepappersbolag, försäkringsbolag och fondbolag. Inspektionens tillsyn över de finansiella instituten kommer därmed att omfatta efterlevnaden även av denna lag och föreskrifter som meddelats med stöd av lagen. Inspektionens befogenheter för att kunna utöva denna tillsyn följer av den s.k. rörelselagstiftningen för de finansiella instituten, vilken har beskrivits närmare i avsnitt 12.1.

I praktiken torde Finansinspektionen till följd av undantaget i andra meningen i lagtexten komma att bli en i huvudsak lika betydelsefull tillsynsmyndighet som Konsumentverket.

Andra stycket

I andra stycket ges Konsumentverket de befogenheter som är nödvändiga för att kunna bedriva en effektiv tillsyn. Verket har rätt att företa inspektion hos näringsidkare som bedriver verksamhet som omfattas av lagen. Inspektionerna behöver inte vara föranmälda. Konsumentverket har vidare rätt att ta del av samtliga de handlingar hos näringsidkaren som behövs för tillsynen. Näringsidkaren skall vidare lämna de upplysningar om verksamheten som behövs för tillsynen.

Finansinspektionens befogenheter i sammanhanget följer av den s.k. rörelselagstiftningen för de finansiella företagen (se avsnitt 12.1).

Tredje stycket

I tredje stycket ges Konsumentverket möjlighet att, för det fall näringsidkaren inte vill tillmötesgå verket, vid vite förelägga näringsidkaren att lämna ut handlingar eller lämna upplysningar om verksamheten.

Även i detta fall följer motsvarande befogenheter för Finansinspektionen av de s.k. rörelsereglerna för de finansiella företagen.

9 § Konsumentverket får vid vite förelägga näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning som avses i 1 § att upphöra med det om verksamheten inte uppfyller de krav som ställs i denna lag och i föreskrifter som meddelats med stöd av lagen.

Om det är tillräckligt får Konsumentverket i stället meddela varning.

Första stycket

Om Konsumentverket i sin tillsynsverksamhet gör bedömningen att näringsidkaren inte uppfyller de krav som ställs i denna lag eller i föreskrifter som meddelats med stöd av lagen, får verket förelägga näringsidkaren att upphöra med rådgivningsverksamheten. Ett sådant föreläggande får förenas med vite. Föreläggandet träffar naturligtvis enbart sådan rådgivningsverksamhet som faller inom lagens tillämpningsområde.

Ett föreläggande att upphöra med rådgivningsverksamheten är naturligtvis att anse som en relativt ingripande åtgärd. För att till-

synsmyndigheten skall tillgripa denna åtgärd bör därför krävas att det rör sig om överträdelser från näringsidkarens sida av betydelse eller av upprepade överträdelser av mindre karaktär. Det bör för tillsynsmyndigheten framstå som klart olämpligt att näringsidkaren fortsätter med sin rådgivningsverksamhet, dvs. det skall röra sig om fall där rådgivningsverksamheten inte framstår som sund.

Bestämmelsen behandlar endast Konsumentverkets befogenheter. Finansinspektionens befogenheter i sammanhanget följer av den s.k. rörelselagstiftningen för de finansiella företagen (se avsnitt 12.1).

Andra stycket

I många fall där tillsynsmyndigheten finner att en näringsidkare inte fullt ut följer kraven i denna lag, kan ett föreläggande om att upphöra med verksamheten framstå som en väl drastisk åtgärd. Vid enstaka överträdelser av mindre allvarlig art, men där myndigheten ändå vill markera att en överträdelse har skett, kan tillsynsmyndigheten enligt andra stycket i stället meddela varning.

Även i detta fall följer motsvarande befogenheter för Finansinspektionen av den s.k. rörelselagstiftningen för de finansiella företagen.

10 § Konsumentverkets beslut enligt 8 § tredje stycket och 9 § får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om överklagande av Konsumentverkets beslut i tillsynsärenden. Bestämmelserna överensstämmer med de allmänna principer för överklagande av förvaltningsbeslut som följer av 22 a § förvaltningslagen (1986:223).

Bilaga

Kommittédirektiv



Finansiell rådgivning till konsumenter

**Dir.
2001:41**

Beslut vid regeringssammanträde den 10 maj 2001.

Sammanfattning av uppdraget

En särskild utredare tillkallas för att kartlägga och analysera frågor om konsumentskyddet vid finansiell rådgivning.

Utredaren skall inledningsvis kartlägga rättsläget när det gäller rådgivarens ansvar vid finansiell rådgivning till konsumenter. Utredaren skall vidare kartlägga dels de egenåtgärder som vidtas av de finansiella företagen för att uppnå en hög kvalitet på rådgivningen, dels berörda myndigheters arbete på området.

Kartläggningen skall följas av en analys av frågan om vilka åtgärder som kan vara lämpliga att vidta för att stärka konsumentskyddet i samband med finansiell rådgivning.

Utredaren skall i det sammanhanget undersöka om det finns behov av särskilda bestämmelser av näringsrättslig eller civilrättslig natur. Om utredaren finner att ett sådant behov finns, skall utredaren också lämna förslag till reglering.

Utredaren skall dessutom undersöka behovet av andra lämpliga åtgärder som kan vidtas i syfte att stärka konsumenternas ställning på området och får lämna förslag även till sådana åtgärder.

Behovet av en utredning

Bankers och andra finansiella företags verksamhet har på olika sätt förändrats. Företagen har i allt högre grad kommit att arbeta med tjänster som i viss mån skiljer sig från den traditionella in- och utlåningsverksamheten. Det som främst avses är marknadsföring och försäljning av olika typer av finansiella tjänster och produkter. Exempel på sådana tjänster är köp och försäljning av sparprodukter, såsom värdepappersfonder, svenska och utländska aktier, räntebärande instrument samt pensionsförsäkringar. Sådana tjänster och produkter är numera något som berör de flesta svenskar. Andelen vuxna svenskar som äger finansiella instrument har på tjugo år ökat från cirka 20 procent till närmare 80 procent. Dessa tjänster riktade direkt till konsumenter har också fått ökad betydelse för banker och andra finansiella företags lönsamhet. Betydelsen av de finansiella tjänsterna för de finansiella företagen har därtill förändrat banktjänstemännens roll på så sätt att dessa i större utsträckning kommit att agera som rådgivare och försäljare av finansiella tjänster.

För konsumenterna har utvecklingen på det finansiella området inneburit att de har fått ökad möjlighet att agera på de finansiella marknaderna. Genom att konsumenterna i ökad utsträckning tagit steget från traditionellt banksparande till att placera sina sparmedel i t.ex. värdepappersfonder eller aktier har också behovet av information och kunskap ökat. Som alternativ till ett tryggt sätt att spara pengar med en relativt säker avkastning erbjuds numera ett mycket stort antal investeringsalternativ med varierande riskprofil. Genom Internet har enskilda konsumenter fått tillträde till aktiemarknaden på ett sätt som tidigare var förbehållet mäklare.

I olika sammanhang har det framförts åsikten att det förekommer problem i samband med företagets rådgivning till konsumenter. Ett exempel är att det kan ligga en intressekonflikt i det förhållandet att de finansiella företagen, även inom ramen för ett rådgivningsuppdrag, eftersträvar att sälja främst sina egna produkter. Ett annat problem kan vara svårigheterna att klargöra de olika roller som företagen har gentemot konsumenterna, dvs. som säljare respektive rådgivare. Vidare har den åsikten framförts att rådgivarna inte alltid besitter nödvändig kompetens och erfarenhet för sin uppgift.

Även om utgångspunkten är att varje placering i värdepapper eller aktier innebär en risk, är det viktigt att konsumenterna görs uppmärksamma på denna risk. Olika placeringar medför olika grad

av risk och olika möjlighet till avkastning. Ändamålet med sparandet, konsumentens totala ekonomiska situation och det tidsperspektiv i vilket placeringen görs är faktorer som bör påverka valet av sparform. Den enskilda konsumenten har normalt små möjligheter att göra bedömningar om vilken typ av placering som är mest lämplig. Mot denna bakgrund är konsumenterna i stort behov av den rådgivning som bankerna och de andra finansiella företagen erbjuder. Därmed aktualiseras också frågan om vilket ansvar företagen har för de råd som de ger till konsumenterna och vad som kan krävas av rådgivarna.

För vissa typer av rådgivare är ansvarsfrågan reglerad i särskild lagstiftning. Detta gäller t.ex. enligt lagen (1989:508) om försäkringsmäklare. I Sverige saknas dock allmänna regler om ansvar för finansiell rådgivning. I stället tillämpas regler om syssломän (18 kap. handelsbalken) samt allmänna skadeståndsrättsliga och avtalsrättsliga principer.

Frågan om rådgivares ansvar har de senaste åren diskuterats i medierna och i den juridiska litteraturen. Ett flertal artiklar i ämnet har publicerats i juridiska tidskrifter och resonemang har förts utifrån såväl ekonomiska som juridiska utgångspunkter.

Tidigare utredningsarbete

Konsumentpolitiska kommittén 2000 har i betänkandet *Starka konsumenter i en gränslös värld* (SOU 2000:29) tagit upp frågan om rådgivaransvar. Kommittén har föreslagit att konsumentskyddet vid finansiell rådgivning skall förstärkas genom civilrättslig lagstiftning som är tvingande till konsumentens förmån. Enligt kommittén borde viktiga inslag i en sådan lagstiftning vara en lättnad i konsumentens bevisbörda, en skyldighet för rådgivare att dokumentera uppdraget och en skyldighet för rådgivare att med omsorg tillvarata konsumenternas intressen. Kommittén har vidare uppmärksammat frågan om vilka krav som bör kunna ställas på rådgivare i fråga om praktisk och teoretisk utbildning. Kommittén redovisade inte något författningsförslag. Betänkandet har remissbehandlats (dnr Ju2001/ 70/KO).

Internationella jämförelser

I Danmark har frågan om rådgivaransvar utretts relativt nyligen. Utredningens slutsatser presenterades i betänkandet *Rådgiverans-*

var (betänkande nr 1362, november 1998). Utredningens majoritet konstaterade att det i Danmark, utöver redan gällande principer om rådgivaransvar och ersättningsskyldighet, inte finns behov av ytterligare lagstiftning om rådgivning. Det danska Justitsministeriet har dock i oktober 2000 remitterat ett lagförslag som bygger på vad en minoritet i utredningen förordat och som innehåller bestämmelser om skadestånd i vissa fall till konsumenter vid ekonomisk rådgivning. Något lagförslag har dock ännu inte lagts fram för Folketinget.

I Norge har man sedan den 1 juli 2000 en ny lag på det finansiella området, lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven). I lagen finns bl.a. bestämmelser av marknadsrättslig karaktär om rådgivares skyldigheter.

I Storbritannien har man under år 2000 infört ett system för rådgivaransvar. Inom ramen för detta system ställs bl.a. krav på certifiering av rådgivare samt krav på dokumentation och arkivering. Systemet innefattar också bestämmelser som under vissa förhållanden kan innebära att ekonomisk kompensation kan komma att beslutas i samband med en utomrättslig procedur för tvistlösning.

Problemställningar och utgångspunkter för uppdraget

Ett väl fungerande konsumentskydd kan i allmänhet åstadkommas på olika sätt. Lagstiftning på olika rättsområden, in-åter från berörda myndigheter och egenåtgärder från näringsidkarnas sida kan var för sig eller tillsammans stärka konsumenternas ställning.

En bedömning av om konsumentskyddet vid finansiell rådgivning bör stärkas – och på vilket sätt det i så fall bör ske – reser olika grundläggande frågeställningar. Vad kan avses med rådgivning? Vad bör krävas för att rådgivaransvar skall uppkomma? Vad bör menas med felaktig eller vårdslös rådgivning? Vilka följder bör en sådan rådgivning få för rådgivaren? Uppdraget bör vidare ha som utgångspunkt den näringsrättsliga regleringen på området och de finansiella företagens möjligheter att vidta egenåtgärder.

Rådgivning eller försäljning?

Information till konsumenter från de finansiella företagen förmedlas inte sällan av en person som av företaget benämns rådgivare. Rådgivningen förekommer inom olika verksamhetstyper, exempelvis i samband med kreditgivning och vid köp eller försäljning av värdepapper. Informationen avser dock nästan undantagslöst före-

tagets egna produkter. Är konsumenten vid ordinära kontakter med de finansiella företagen föremål för rådgivning eller försäljning? Den roll som rådgivaren har i förhållande till konsumenten kan framstå som oklar, vilket kan medföra att konsumenten missbedömer rådgivarens uppdrag och avsikter. Det kan ligga en intressekonflikt i det faktum att de finansiella företagen, även inom ramen för ett rådgivningsuppdrag, vanligen endast har intresse av att sälja egna produkter och tjänster. Detta till skillnad från en fristående mäklare som kan förväntas ge en bredare bild av utbudet på marknaden.

En särskild fråga är om sådan interaktiv information som finns tillgänglig på Internet kan anses utgöra rådgivning eller om sådan information från finansiella företag enbart skall bedömas på samma sätt som marknadsföring generellt. Det är därvid viktigt att konsumenterna från början har klart för sig vilka förutsättningar och begränsningar i företagets ansvar som gäller.

Rådgivningsuppdraget

Avgörande för konsumentens rättsliga ställning gentemot de finansiella företagen är vilket rättsförhållande som kan anses råda dem emellan.

Mot den bakgrunden uppstår frågan om vilka yttre förutsättningar som bör vara uppfyllda för att ett rådgivaransvar skall anses föreligga. Intressant är i sammanhanget rättsfallet NJA 1992 s. 243. Innebörden av Högsta domstolens avgörande, som berör ansvaret för en revisor, torde vara att ett rådgivaransvar visserligen förutsätter ett uppdragsförhållande, men att ett sådant kan komma till stånd tämligen formlöst.

Vad är felaktig eller värdslös rådgivning?

För att kunna bedöma det ansvar en rådgivare har för de råd som lämnas måste man fastställa vad ett rådgivningsuppdrag skall anses gå ut på och därmed vad som kan föranleda att rådgivning skall bedömas som värdslös eller felaktig.

Vid bedömning av rådgivningsuppdragets innebörd och rådgivarens skyldigheter kan en jämförelse med förhållandena i Storbritannien tjäna som exempel. Där är rådgivaren skyldig att noga kartlägga kundens profil och behov. Rådgivningen dokumenteras och undertecknas av rådgivaren och kunden. Rådgivaren ansvarar för att de investeringsmodeller och produktslag som kunden rekom-

menderas verkligen är lämpliga för kundens behov. Det är alltså inte rådgivarens ansvar att de rekommenderade produkterna ger god avkastning. I stället beaktas sådant som om rådet att investera i en viss typ av aktier varit lämpligt eller om rådet borde ha utformats på annat sätt, t.ex. att sprida riskerna eller att välja en lågriskfond.

Följder av en felaktig eller vårdslös rådgivning

För det fall konsumenten kan anses ha blivit utsatt för vårdslös eller felaktig rådgivning, aktualiseras frågan om vilken påföljd detta bör föranleda. Frågan om vilka sanktioner som bör kunna tillgripas mot den som lämnar felaktig eller vårdslös finansiell rådgivning är naturligtvis beroende av vilken typ av rättslig reglering som kan anses vara mest ändamålsenlig.

En marknadsrättslig reglering har till syfte att skydda konsumentkollektivet. Det finansiella företag som generellt eller i ett särskilt fall lämnar en undermålig rådgivning till konsumenterna kan genom en sådan reglering förhindras att fortsättningsvis lämna den typen av råd, t.ex. genom att förbud vid vite införs. En författningsreglering kan även innehålla krav på information.

Om valet skulle falla på en civilrättslig reglering torde en skadeståndssanktion ligga närmast till hands. Dock finns det risk att en sådan lösning i förhållande till en marknadsrättslig reglering kan bli avsevärt mer komplicerad och mindre ändamålsenlig för den enskilde konsumenten. En skadeståndspåföljd förutsätter naturligtvis att det kan konstateras att rådgivningen faktiskt lett till en ekonomisk skada för konsumenten och att skadan är en adekvat följd av rådgivningen. Man måste då också överväga vilket läge konsumenten bör försättas i genom skadeståndet, dvs. antingen det läge konsumenten skulle ha befunnit sig i om rådgivningen inte alls ägt rum eller det som skulle motsvaras av att konsumenten hade följt ett godtagbart råd (det s.k. negativa respektive positiva kontraktsintresset). För att bestämma skadeståndet är det också viktigt att kunna bestämma tidpunkten för skadan och om konsumenten på något sätt kunnat begränsa sin skada. Därtill kan frågor kring bevisning och bevisbördans placering ha stor betydelse för konsumenternas möjlighet att nå framgång med sina krav.

Rörelseregler för finansiella företag

I sammanhanget måste även rörelsereglerna för de finansiella företagen beaktas, t.ex. bestämmelserna i bankrörelselagen (1987:617) och lagen om värdepappersrörelse (1991:980). Denna lagstiftning anger ramarna för företagens verksamhet och reglerar den statliga tillsynen över den verksamhet som bedrivs.

Genom sådan lagstiftning ställer lagstiftaren krav på de finansiella instituten i olika avseenden, bl.a. regleras vad banker och vissa andra finansiella institut skall beakta i samband med kreditgivning till enskilda konsumenter. Sådan lagstiftning kompletteras inte sällan med allmänna råd från tillsynsmyndigheten. Särskilda ersättningsregler till förmån för enskilda konsumenter, för det fall instituten inte följer bestämmelserna, saknas emellertid.

Den nämnda typen av reglering skulle med avseende på rådgivning kunna innehålla bestämmelser om exempelvis informationsplikt i olika avseenden och om krav på rådgivarnas kompetens och utbildning. Som jämförelse kan nämnas den bestämmelse om information som nyligen införts i 1 kap. 1 a § försäkringsrörelselagen (1982:713).

Det bör i sammanhanget nämnas att Banklagskommitténs betänkande *Reglering och tillsyn av banker och kreditmarknadsföretag* (SOU 1998:160) för närvarande bereds i Regeringskansliet. Förslagen i betänkandet innebär genomgripande förändringar i regelverket för banker och kreditmarknadsföretag.

Egenåtgärder

När det gäller kvalitén på den rådgivning som lämnas är de åtgärder av självreglerande karaktär som, i syfte att komma till rätta med problem för konsumenterna, kan vidtas av de finansiella företagen av betydelse. Gemensamma branschöverenskommelser och etiska riktlinjer av konsumentskyddande karaktär – ofta framtagna i samarbete med berörda myndigheter – har på t.ex. marknadsföringsområdet visat sig vara effektiva redskap. Inom ramen för en marknadsrättslig reglering används dessutom sådana riktlinjer inte sällan som tolkningsunderlag för vad som kan anses utgöra god sed inom ett visst område. Det bör i sammanhanget framhållas att de organ inom vilka man antar sådana branschöverenskommelser inte bör vara sammansatta på ett sådant sätt att samarbete om priser eller andra villkor möjliggörs – ett sådant samarbete skulle kunna leda till minskad konkurrens.

Det bör nämnas att det i Svenska Fondhandlareföreningens regi pågår ett arbete i syfte att höja grundkompetensen hos anställda i banker och värdepappersbolag.

Uppdraget

En särskild utredare tillkallas för att utreda frågor kring konsumentskyddet vid finansiell rådgivning.

Kartläggning

Utredaren skall kartlägga rättsläget på området i belysning av lagstiftning, praxis och doktrin.

Utredaren skall vidare kartlägga berörda myndigheters arbete när det gäller exempelvis tillsyn, normgivning och information.

För att få en fullständig bild av det konsumentskydd som finns på området, skall utredaren också kartlägga de egenätgärder som görs av de finansiella företagen, med eller utan stöd från berörda myndigheter.

Behovsanalys

Utredaren skall därefter göra en analys av vilka problem konsumenterna kan ställas inför med anledning av finansiell rådgivning. I det sammanhanget skall utredaren undersöka i vilken omfattning konsumenterna framställer klagomål med anledning av finansiell rådgivning till exempelvis de lokala konsumentvägledarna, Allmänna reklamationsnämnden eller Konsumenternas Bankbyrå och Konsumenternas Försäkringsbyrå.

Utredaren skall vidare göra sig en bild av kvalitén på den rådgivning som ges till konsumenterna.

Internationella jämförelser

Utredaren skall studera konsumentskyddet på området i andra länder. Av särskilt intresse torde den nya lagstiftningen i Storbritannien vara.

Även i de nordiska länderna har frågan varit föremål för översyn under de senaste åren och utredaren bör ta del av de överväganden som gjorts och studera de lösningar som valts i dessa länder.

Ett förstärkt konsumentskydd

Mot bakgrund av kartläggningen skall utredaren analysera vilka åtgärder som kan vara lämpliga att vidta för att stärka konsumentskyddet vid finansiell rådgivning.

För det fall utredaren finner att det finns behov av särskilda bestämmelser av näringsrättslig eller civilrättslig natur, skall utredaren lämna förslag till sådan reglering.

Utredaren skall också undersöka behovet av andra lämpliga åtgärder för att stärka konsumenternas ställning på området, såsom åtgärder i form av utbildning, information och bättre möjligheter att framföra klagomål. Utredaren får lämna förslag även till sådana åtgärder.

Redovisning av uppdraget, m.m.

Utredaren skall särskilt redovisa konsekvenserna för små företags villkor i enlighet med 15 § kommittéförordningen (1998:1474). Utredaren skall i detta arbete samråda med Näringslivets Nämnd för Regelgranskning.

Uppdraget skall redovisas senast den 30 juni 2002.

(Justitiedepartementet)