



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Malin Grundsell

Lag (2003:862) om finansiell rådgivning
till konsumenter –
En analys av tillämpningsområde och näringsidkares
skyldigheter enligt lagen

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Lars Gorton

Ämnesområde
Förmögenhetsrätt, Konsumenträtt

VT 2009

Innehåll

SAMMANFATTNING	4
SUMMARY	6
FÖRKORTNINGAR	8
1. INLEDNING	9
1.1 Frågeställningar och syfte	9
1.2 Metod och material	9
1.3 Avgränsning och disposition	9
2. LAGENS TILLKOMST - BAKGRUND	10
2.1 Konsumenternas informationsunderläge	10
2.2 EU: s harmoniseringsprocess	10
2.3 Förtroendet för näringslivet och finanssektorn	12
2.3.1 Förtroendekommisionens syn på finanssektorn och konsumenten	12
3. LAGENS INNEHÅLL	14
3.1 Utredningsarbetet	15
3.2 Tillämpningsområde	16
3.2.1 När föreligger finansiell rådgivning?	17
3.2.2 Finansiellt instrument	18
3.2.3 Uppdragsförhållande	19
3.2.4 Kontaktvägar	20
3.2.5 Analog tillämpning	21
3.2.6 Gränsdragning mellan rådgivning och försäljning	21
3.2.7 Gränsdragning mot annan lagstiftning – lag om försäkringsförmedling	23
3.3 Tvingande bestämmelser	24
3.4 Näringsidkarens skyldigheter	24
3.4.1 Kompetenskrav	25
3.4.2 Dokumentationskrav	26
3.4.3 God rådgivningssed	28
3.4.4 Omsorgsplikt	29
3.4.5 Anpassning till den enskilde konsumenten	30
3.4.6 Avrådningsplikten	31
4. TILLSYN OCH UPPFÖLJNING AV LAGENS EFTERLEVAD	32
4.1 Uppföljning av Finansinspektionen	32
4.2 Förtroendefrågan	35
4.3 Utsträckning av rådgivningslagen	36
5. ANALYS	38
5.1 Tillämpningsområde	38

5.1.1 Rådgivning och försäljning	40
5.2 Praxis	41
5.3 Utsträckning till andra skyddsvärda områden?	43
5.4 Slutsats	44
EPILOG	45
LITTERATUR- OCH KÄLLFÖRTECKNING	46

Sammanfattning

I den här uppsatsen har jag gjort en analys av tillämpningsområde och näringsidkares skyldigheter enligt lagen om finansiell rådgivning till konsumenter. När ska lagen tillämpas och vilka situationer faller utanför tillämpningsområdet? Vidare har jag tittat på näringsidkarens skyldigheter utifrån förarbeten, doktrin och rättsfall. Även Finansinspektionens tillsynsarbete och frågan om utsträckning till andra skyddsvärda områden diskuteras.

På den finansiella marknaden finns det ett stort utbud av produkter och tjänster för konsumenten att ta ställning till. Både komplexiteten och användningen har ökat med tiden. Mot bakgrund av detta samt harmoniseringen inom EU av medlemsländernas finansiella regelverk och det under 1990-talet och början av 2000-talet alltmer sviktande förtroendet för näringslivet och finanssektorn trädde lagen om finansiell rådgivning till konsumenter i kraft 1 juli, 2004.

Lagen ställer bland annat kompetenskrav på finansiella rådgivare. Finansiell rådgivning ska vidare dokumenteras av näringsidkaren som utför rådgivningen och lämnas ut till konsumenten. Rådgivare ska också iaktta god rådgivningssed och ta till vara konsumentens intressen. Det finns en plikt att avråda från olämpliga placeringar och lagen ger också konsumenten rätt till skadestånd vid vårdslös rådgivning.

Rådgivningslagen omfattar enbart placeringsrådgivning till konsumenter och placeringarna ska gälla sådana finansiella instrument som anges i 1 kap. 4 § första stycket 1 lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden. Bedömningen av om det föreligger en rådgivningssituation och om lagen ska tillämpas ska i stort ske utifrån konsumentens perspektiv. Uppdragsförhållandet rådgivaren och konsumenten emellan kan vara formellt eller formlost och frågan om konsumenten hade fog för att fästa tillit till de råd som har lämnats bör ställas. Situationer som rör ren orderläggning eller försäljning ska undantas från lagens tillämpningsområde. Här kan dock gränsdragningsproblem förekomma. Näringsidkaren måste vara tydlig och hänsyn tas till just uppdragsförhållandet. Information till en vid krets av personer utan hänsynstagande till det individuella förhållandet faller inte under lagens tillämpningsområde. Men hur uppfattar konsumenten situationen?

God rådgivningssed avseende placeringsrådgivning ska innebära omsorgsplikt och anpassning till den enskilde konsumentens förhållanden. Det gäller för rådgivaren att ta hänsyn till konsumentens förkunskaper, ekonomiska och andra förhållanden, syfte och önskemål med placeringen samt riskbenägenhet. På detta område har konsumentskyddet stärkts ytterligare genom EU-direktivet MiFID. God rådgivningssed är ett begrepp som får fyllas med innehåll efterhand genom bland annat bransch- och rättspraxis. Lagen innehåller en uttalad avrådningsplikt även om denna kan anses följa av kravet på god rådgivningssed.

Tillsyn av lagens efterlevnad sköts i första hand av Finansinspektionen som bland annat genomför undersökningar hos de näringsidkare som lyder under lagen samt intervjuar konsumenter som fått rådgivning. Hittills har flera problemområden identifierats. Näringsidkarna själva anser att de efterlever lagens krav men brister har vistas på när det gäller t ex anpassning till den enskilde konsumenten och dokumentation samt utlämning av dokumentation. Även gränsdragning mellan rådgivning och försäljning har funnits ha sina brister. Ett förslag från Finansinspektionen till följd av detta är att regeringen bör inrätta en småspararkommission och vidare höja kunskaperna i privatekonomi hos befolkningen.

Kanske bör privatekonomi sättas på schemat i skolan. Åtgärdsförslagen får stöd även av branschfolk. Komplexiteten har ökat, antal val konsumenten ställs inför avseende den egna framtida ekonomin har ökat och för att bibehålla kvalité krävs kunskap.

Konsumentskyddet på den finansiella marknaden är överlag gott, och under fortsatt utveckling. Rådgivningslagen behövs och fyller sitt syfte. Framöver får vi med säkerhet se en uppdatering av de lagregler som styr t ex konsumentkrediter utifrån EU:s konsumentkreditdirektiv. Frågan om eventuell utsträckning av rådgivningslagen till andra skyddsvärda områden, i den mån de inte hanteras av annan konsumenträttslig lagstiftning bör hållas aktuell, men är i nuläget inte akut.

Summary

The law on financial advice to consumers – An analysis of application area and companies' obligations according to the law

In this essay, I have done an analysis on how to apply the law on financial advice to consumers, and on the financial companies' obligations according to the law. When should the law be applied and when shouldn't it? Furthermore, I have looked on financial companies' obligations on the basis of the law, doctrine and court cases. Also discussed in this essay is the work of the Swedish Financial Supervisory Authority in this context. Another angle is if the law perhaps should apply in other areas, such as consumer credits, that need consumer protection.

On the financial market, there is a big range of products and services for the consumer to consider. Both the complexity and the use have increased over time. In the light of these facts, the work being done within the European Union to harmonize the financial laws of the member states, along with the failing trust towards the business world and finance companies in the 1990's and early 2000's the Swedish law on financial advice to consumers took effect July 1st, 2004.

The law require, among other things, that financial advisers have special competence. Financial advice must be documented by the financial company and the documentation handed out to the consumer. Advisers must also observe advisers practice and protect the consumer's interests. With the law comes the responsibility for the financial advisers to advice against unsuitable investments and savings and the consumer has a right to damages when given careless advice.

The law on financial advice to consumers comprise only advice on investments to consumers and the investments must be in such financial instruments that are stated in 1 chapter 4 § the first paragraph of the law (2007: 528) on the value paper market. The assessment of if it exists an advisory situation and if the law is to be applied will basically be made on the basis of the consumer's perspectives. The relationship between the adviser and the consumer can be formal or not and one should ask weather the consumer had good reason for trusting the advisers opinion. Situations concerning just orders or selling will be excepted from those to which the law applies. There can be difficulties in establishing a boundary though. The finance companies must be very clear about their intentions and take into consideration the relationship at hand. Information given to a wide clientele without consideration taken to any special case will not be the subject of any judgement under the law. But how will the consumer understand the situation?

Advisers practice should involve a duty to care and adaptation to the individual consumer's relations. The adviser must take into consideration the consumer's previous knowledge, economic and other relations, aim and wishes with the investment and also risk tendency. In this area the consumer protection has been strengthened through the EU-directive MiFID. Advisers practice is a concept that will grow in time through, among other things, studies, doctrine and court cases. The law contains a clear duty to advice against unsuitable investments even if this could come from the requirement of advisers practice.

Supervising the observance of the law is the Swedish Financial Supervisory Authority which, among other things, implement surveys with the businesses that must obey the law and interviews consumers who got advice. So far, several problem areas have been identified. The financial companies themselves seem to think that they obey the law, but evidently there are flaws when it comes to adapting advice to the individual consumer, documentation and handing out the documentation. Also the boundary between giving advice and selling is found to be somewhat indistinct. A proposal from the Swedish Financial Supervisory Authority says that the government should establish a "small savings commission" and furthermore increase the knowledge of personal finance with the population. Perhaps personal finance should be taught in schools. These suggestions have support amongst people in this business. Financial products and services are getting more and more complex, the number of choices to be made by the consumers about their personal finances are increasing and to maintain quality knowledge is of great importance.

The consumer protection on the financial market is for the most part in order, and continuously developed. The law on financial advice to consumers is needed and fulfils its purpose. Ahead, we may for certain see an updating of the law rules that govern for example consumer credits on the basis of EU: s consumer credit directive. The matter of applying this law, on financial advice to consumers, in other areas that need consumer protection, when no other rules are applicable, should be kept in mind, although it's not urgent.

Förkortningar

Bet.	Betänkande
Ds.	Departementsserien
EU	Europeiska unionen
FI	Finansinspektionen
HD	Högsta Domstolen
KO	Konsumentombudsmannen
KOV	Konsumentverket
KOVFS	Konsumentverkets författningssamling
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition till Riksdagen
Rådgivningslagen	Lag (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

1. Inledning

1.1 Frågeställningar och syfte

Uppsatsens syfte är att redogöra för rådgivningslagens bakgrund och innehåll med tyngdpunkt på tillämpningsområde och näringsidkarens skyldigheter. Vidare ska jag undersöka tillsynsmyndighetens uppföljning av de institut som lyder under lagen och ge exempel på hur lagen, som är relativt färsk, i framtiden kan komma att tolkas.

Konsumentskyddet på den finansiella marknaden är ett högaktuellt ämne då utvecklingen på området på senare år gått så fort. Därför ska jag också utreda huruvida rådgivningslagen bör utvidgas till att omfatta andra områden än placeringar samt vilka åtgärder som är aktuella för att ytterligare stärka konsumentskyddet på den finansiella marknaden.

1.2 Metod och material

Uppsatsen är författad enligt rättsdogmatisk metod och utgår från rådgivningslagens förarbeten samt doktrin. Lagen har ännu inte prövats i domstol men tidigare regler och rättsfall rörande finansiell rådgivning har naturligtvis varit vägledande.

Sekundärdata är data och information som redan finns dokumenterat. Jag har i uppsatsen använt mig av sekundärdata i form av information om lagen, aktuella förordningar samt andra teorier som hänger samman med ämnesområdet.

1.3 Avgränsning och disposition

Uppsatsen redogör för lagens syfte och bakgrund. Jag har fokuserat på tillämpningsområde och näringsidkarens skyldigheter enligt lagen. Vidare behandlas tillsynsmyndighetens uppföljning och slutsatser kring denna.

Jag har inte behandlat lagens regler om skadestånd, dvs. §6 och §7.

Uppsatsen är disponerad på följande sätt: I inledande kapitel 2 behandlas bakgrunden till lagens tillkomst. Syftet är att ge förståelse för arbetet med att stärka konsumenternas ställning på den finansiella marknaden. Kapitel 3 redogör vidare för lagens innehåll avseende tillämpningsområde och näringsidkarens skyldigheter enligt lagen. Det är en sammanfattning av det material som finns på området. I kapitel 4 kommer jag in på Finansinspektionens tillsynsarbete och slutsatser dragna av detta. Vidare diskuteras här möjlig utsträckning av rådgivningslagen, delvis utifrån en promemoria författad av Anders Eriksson. I analysen försöker jag visa på lagens användning i praktiken och vilka frågeställningar som kan uppstå avseende framför allt tillämpningsområde samt gränsdragning mellan rådgivning och försäljning. Då lagen ännu inte prövats i domstol diskuterar jag även vad domstol kan komma att ta i beaktande vid framtida prövning.

2. Lagens tillkomst - bakgrund

2.1 Konsumenternas informationsunderläge

Finansiella produkter och tjänster används av så gott som alla. Kvaliteten på dessa är av stor betydelse för många människor då det handlar om användande och fördelning av de medel som finns i ett hushåll. Utbudet när det gäller finansiella produkter breddas hela tiden och det är många frågor allmänheten tvingas ta ställning till; vilket lån är billigast, vilka fonder har gått bäst, vilka försäkringar behöver man osv.

Utvecklingen de senaste åren pekar på många positiva förändringar för konsumenterna. Valfriheten har ökat med utökat tjänsteutbud och fler aktörer på marknaden. Detta leder i sin tur till mer behovsanpassade lösningar för konsumenten samt prispress och förbättrade villkor. Nya distributionsformer, som Internet, gör information om finansiella tjänster mer lättillgänglig och graden av snabb service höjs. Många konsumenter är aktiva och efterfrågar ständigt nya, bättre tjänster. Kunskapsnivån höjs allteftersom. Kraven på konsumenterna ökar samtidigt. Det är många frågor att ta ställning till och felaktiga val kan få betydande negativa konsekvenser för ekonomin.

För en väl fungerande marknad krävs välinformerade konsumenter. Frågan är om konsumenternas kunskaper kan matcha den ökade komplexiteten i de tjänster och produkter man utnyttjar. Naturligtvis finns det produkter som inte är speciellt komplicerade. Det finns samtidigt konsumenter som saknar kunskaper. Långtifrån alla kan hålla sig uppdaterade kring nyheter på den finansiella marknaden. Även om kunskapsnivån i allmänhet höjts finns det ändå många som står helt utanför informationsflödena och de nya Internetbaserade tjänsterna. Man skulle kunna sammanfatta det med att konsumenterna har ökat sina investeringar i finansiella instrument men kunskapen om dem har inte ökat i samma takt.

Avseende placeringsmarknaden handlar det delvis om en ny marknad för den breda allmänheten. Aktieägandet har fått snabb utbredning på senare år. Enligt en undersökning gjord av TEMO¹ på uppdrag av Aktiefremjandet var 77 procent av den vuxna befolkningen i Sverige aktieägare 2007. Tio år tidigare, 1997, var andelen aktieägare 54 procent. För tjugo år sedan var siffran 34 procent. Utvecklingen har gått stadigt framåt och placeringsprodukternas komplexitet har ökat.²

2.2 EU: s harmoniseringsprocess

Harmoniseringen av finansiella regelverk och tillsynsmetoder pågår med stor kraft inom EU, vilket påverkar regelutvecklingen på det finansiella området i hög grad. Samarbetet gäller hela det finansiella fältet och syftar till att främja den ekonomiska tillväxten i EU-området. Det är nödvändigt med översyn med hänsyn tagen både till växande global konkurrens och ökad vikt för förbättrat konsumentskydd.³ Exempel på aktuella EG-direktiv är MiFID, direktiv om marknader för finansiella instrument⁴, Europaparlamentets och rådets direktiv (2002/92/EG)

¹ Aktieägandet i Sverige 2007. Undersökning av TEMO (Synovate), på uppdrag av Aktiefremjandet.

² SOU 2004:47, *Näringslivet och förtroendet*, s. 294

³ FI 2006:4 *Marknadstillsyn 2006* s. 8 f.

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument.

av den 9 december 2002 om försäkringsförmedling och direktiv KOM (2005) 483 om harmonisering av medlemsstaternas lagar och andra författningar om konsumentkrediter.

Avseende MiFID, Markets in Financial Instruments Directive, är tanken att reglerna för handeln med finansiella instrument i princip ska se likadana ut i hela EU. Ett syfte är att skapa konkurrens mellan olika sätt att handla. De nya reglerna innebär bland annat att ett värdepappersföretag ska, med tillstånd från hemlandets myndighet, kunna bedriva aktiehandel på alla börser i EU. Alla värdepappersföretag ska rapportera alla transaktioner till en utvald myndighet i respektive medlemsland. I Sverige är det Finansinspektionen som ska hantera denna rapportering. I april 2006 lämnade den statliga Värdepappersmarknadsutredningen sitt förslag om hur MiFID skulle implementeras i Sverige och i juli 2006 överlämnade utredningen sin slutredovisning. Den nya lagen om värdepappersmarknaden trädde i kraft den 1 november 2007.⁵

Lagen ger ökat skydd för alla privatpersoner och företag som handlar med värdepapper. Att företag får samma skydd som privatpersoner är en nyhet. Enligt lagen om värdepappersmarknaden skall alla som handlar med värdepapper, köper eller säljer fondandelar eller gör andra transaktioner på värdepappersmarknaden indelas i olika grupper för att anpassa nivån på skyddet. Skyddet skiljer sig åt för olika grupper beroende på kunskaper, erfarenhet och övriga förhållanden. De finansiella företagens kunder indelas i icke-professionella kunder, professionella kunder eller jämbördiga motparter. Högsta skyddet har de icke-professionella kunderna och den lägsta skyddsnivån har de som är jämbördiga motparter.⁶

Enligt de nya reglerna delas värdepappren in i två kategorier; okomplicerade finansiella instrument, exempelvis aktier, penningmarknadsinstrument, obligationer och fonder⁷, och komplicerade finansiella instrument, exempelvis komplicerade fonder, optioner, warranter och terminer⁸. De nya reglerna innebär inga förändringar vid köp av värdepapper som definieras som okomplicerade. Första gången en privatperson eller ett företag köper värdepapper som definieras som komplicerade förskriver de nya reglerna att de finansiella företagen ställer ett antal frågor. Syftet är att försäkra sig om att kunden har betryggande kunskaper om och erfarenheter av de värdepapper den tänkt köpa. Rutinen kallas passandebedömning.⁹

När det gäller rådgivningssituationen innebär de nya reglerna i princip en anpassning till svensk lagstiftning och lagen om finansiell rådgivning till konsumenter avseende konsumenter. Tillsammans ska näringsidkaren och kunden komma fram till vilka värdepapper som passar bäst. Vid rådgivningen går man bland annat igenom kundens ekonomiska situation, syftet med placeringen, riskprofil, erfarenheter av olika sparprodukter.

⁵ www.bankforeningen.se 20 augusti, 2007 samt Lag (2007:528) om värdepappersmarknaden.

⁶ MiFID art. 4.1.11 och 4.1.12, Prop. 2006/07:115, s. 291.

⁷ 8 kap. 25 § 1. a) – e) Lag (2007:528) om värdepappersmarknaden. FFFS 2007:16 *Föreskrifter om värdepappersrörelse* 15 kap. 11 §.

⁸ www.swedbank.se, 30 mars 2009.

⁹ 8 kap. 24 § 1 st. Lag (2007:528) om värdepappersmarknaden.

2.3 Förtroendet för näringslivet och finanssektorn

Börsnedgången 2000-2002 fick stora negativa konsekvenser för många konsumenters sparande. Om detta har kunnat läsas spaltmeter i morgon- och kvällstidningar och det har också författats en del litteratur, till exempel böckerna Rångivarna (2004), Ruinmakarna 2 (2003) och Skambankerna (2005) skrivna av journalisten Lars Ohlsson.

I DI från den 19 januari 2006 kan man läsa att en bank ska betala miljonskadestånd till kund efter vårdslöst förfarande med dennes sparkapital. En banktjänsteman handlade med aktier och optioner utan kundens medgivande. Dock menade tingsrätten som dömt, att kunden var att betrakta som medvällande eftersom affärerna tilläts fortsätta trots att det var uppenbart att de gick med förlust. Domen fastställdes av Hovrätten i maj 2008.

Mot bakgrund av bland annat börsnedgången och debatten som följde därpå beslutade regeringen att tillkalla en kommission för att analysera behovet av åtgärder som säkerställer förtroendet för det svenska näringslivet. Kommissionen antog namnet Förtroendekommissionen och lämnade i mars 2004 en redogörelse av sitt arbete.

2.3.1 Förtroendekommissionens syn på finanssektorn och konsumenten

Stabilitet och effektivitet

I sitt betänkande (SOU 2004:47) Näringslivet och förtroendet konstaterade Förtroendekommissionen att finanssektorn inte bara är en bransch bland andra branscher utan utgör en central del av ekonomins infrastruktur. Finanssektorn har ofta spelat en direkt pådrivande roll för den ekonomiska tillväxten. Finansiella företag som banker, försäkringsbolag och börser producerar alltså tjänster som är nödvändiga för att hushåll, företag och myndigheter ska kunna producera och fungera på ett rationellt sätt. Det handlar bland annat om att förmedla betalningar, slussa finansiering och hantera risk. Finanssektorn är också i högsta grad en *förtroendebransch*. Här krävs förtroende både mellan de olika finansiella aktörerna och mellan de finansiella aktörerna och deras kunder. Saknas förtroende sjunker effektiviteten och företagets överlevnad hotas. Konsekvenserna av marknadsmisslyckanden inom finansbranschen kan få allvarliga följor för samhället och branschen omfattas därför av statlig reglering och tillsyn. Framför allt handlar det om risken för instabilitet i systemet. Störningar kan leda till omfattande skadeverkningar för hela samhällsekonomin. Denna problematik hittar man knappast i någon annan bransch. Konsumenten har också ett informationsunderläge gentemot producenten som har större betydelse här än på många andra områden.

De övergripande målen för offentlig reglering och tillsyn brukar anges med nyckelorden systemstabilitet, konsumentskydd, förtroende och effektivitet.¹⁰

Stabiliteten innebär att finanssektorn ska fungera och kunna fullgöra sina grundläggande uppgifter i alla väder. Det som kan orsaka störningar är till exempel plötsliga förändringar i tillväxt och inflation. En balanserad makroekonomisk utveckling och väl avvägd ekonomisk politik är därför det viktigaste skyddet mot finansiella kriser. Även datahaverier, brottslig

¹⁰ SOU 2004:47, s. 269 ff.

aktivitet, naturkatastrofer osv. utgör riskfaktorer. Mot dessa oförutsägbara störningar är det svårt att ställa upp ett fullgott skydd.

Konsumentskyddet handlar om att skydda konsumenternas tillgångar och fordringar som förvaltas i de finansiella företagen och om att säkerställa att konsumenterna får korrekt och relevant information och skäliga villkor. Finansiellt och operativt stabila företag som kan leva upp till sina åtaganden utgör en grundsten för konsumentskyddet.

Förtroendet är av naturliga orsaker väsentligt när det gäller den finansiella marknaden. Det handlar om komplexa produkter och tjänster, ofta med lång ”leveranstid”. Mindre lyckade affärer kan få stora negativa effekter på konsumentens ekonomi. Riskerna gör att kunden måste kunna lita på producentens kompetens och styrka. Sviktande förtroende kan uppstå som en följd av finansiella eller operativa problem. I extremfallet kan det bli ett direkt hot mot det finansiella systemet om en bank drabbas av uttagsanstormning på grund av akut förtroendeproblem. I ett mindre extremt fall kan bristande förtroende leda till att aktörer lämnar marknader och produkter som egentligen är rationella och effektiva till förmån för mindre effektiva lösningar. Det kan i sin tur leda till nedsatt funktionalitet på marknaden och försämrad samhällsekonomisk effektivitet.

Effektivitet syftar till samhällsekonomisk effektivitet som överordnat mål för reglering och tillsyn. Genom reglering och tillsyn kan staten hantera marknadsmisslyckanden som konsumentens underläge gentemot producenten och riskerna för instabilitet i det finansiella systemet. Marknadsmisslyckanden är lika med bristande samhällsekonomisk effektivitet och arbetet med att säkerställa konsumentskydd och finansiell stabilitet är ett sätt att främja effektiviteten.

Målen samverkar till stor del i den finansiella regleringen och tillsynen. Ett stabilt och effektivt system bidrar till att skydda konsumenterna och ett gott konsumentskydd som skapar förtroende bland konsumenterna bidrar till att stärka stabiliteten. Men målen kan också stå i motsats till varandra. Om stabiliteten och konsumentskyddet skapas genom kostnadsdrivande och konkurrenshämmande regleringar, eller genom förstatligande av verksamheten, skulle systemet få svårt att nå kraven på effektivitet. Ett liknande motsatsförhållande kan uppstå mellan stabiliteten och konsumentintresset. Stabilitet är ofta beroende av en stark finansiell ställning i företagen och denna goda ställning kan kunderna få betala via höga avgifter och stora räntemarginaler. Generös kreditgivning kan å andra sidan upplevas som väldigt positivt av kunderna till en början, men innebära stora risker för stabiliteten. En ytterligare komplikation när det gäller finansiell reglering och statlig övervakning är att denna kan uppfattas som att staten tar direkt ansvar för verksamheten vilket kan leda till att både producenter och konsumenter tar större risker än de borde. Detta fenomen brukar kallas ”moral hazard”.¹¹

Stora förändringar på marknaden

Konstateras kan att det under de senaste 15-20 åren skett en snabb och genomgripande förändring av den finansiella produktionen. Marknaden har avreglerats och internationaliserats, produktutbudet har breddats och tekniken utvecklats dramatiskt. Kundkretsen har också förändrats. Till exempel har ju värdepappersmarknaden gått från, som nämnts i 2.1, att vara en verksamhet som direkt berört en begränsad del av befolkningen (och

¹¹ SOU 2004:47, s 270.

mest professionella aktörer) till att vara var mans angelägenhet. Detta faktum ökar också kraven på regelverk och tillsyn. Kommissionen menar att det inte finns något som tyder på att strukturomvandlingsprocessen kommer att avstanna, vilket även fortsättningsvis ställer nya krav på regelverk och tillsyn.

En viktig förändring inom finanssektorn i Sverige på senare år är branschglidningen mellan bank- och försäkringsmarknad. Den har medfört att alla stora banker idag har verksamhet inom livförsäkringsområdet och att många av de stora försäkringsbolagen har egna banker. En annan förändring är att bankkunderna i allt högre grad använder Internet och telefon i sina kontakter med banken. De nya kontaktvägarna har möjliggjort utvecklingen av nya tjänster och ökat konkurrensen på bankmarknaden. Fond- och försäkringssparande har också sedan början av 1990-talet utvecklats till viktiga sparformer medan det traditionella banksparandet har minskat i betydelse. Även sparandet i aktier och fonder har ökat. I Sverige har en stor del av befolkningen sitt sparande i aktier eller aktiefonder. Nästan 80 procent väljer detta sparsätt¹², vilket är en hög andel internationellt sett. Man skulle kunna sammanfatta det som att en allt större del av befolkningen väljer allt mer komplicerade finansiella tjänster. En sådan utveckling leder ofelbart till att brister och behov framstår allt tydligare. Även om det är positivt med ett aktivt placeringsintresse bland spararna och med ett växande utbud av sparprodukter har kombinationen av nya produkter, ökad konkurrens, inflödet av oerfarna sparare och en turbulent marknadsutveckling visat på stora brister när det gäller information och rådgivning.¹³

Kommissionens förslag

Efter att ha redogjort för de krafter som styr den finansiella marknaden och den utveckling som är i pågående ansåg Förtroendekommissionen i sitt betänkande att konsumentskyddet på det finansiella området borde förstärkas. Framför allt handlar förslaget om att kraftsamla resurser och skapa tydlighet och att med så lite ytterligare reglering som möjligt skapa förutsättningar för det svenska näringslivet att återvinna sitt förtroende. För att få förtroende krävs stor öppenhet och korrekt och tydlig information.

Man konstaterar också att mycket faktiskt gjorts sedan 1990-talet för att förbättra förutsättningarna för finansiell stabilitet, t ex avseende banklagstiftning och riskmedvetenhet. Men utvecklingen står inte still och det ställer krav på fortsatt regelutveckling och tillsyn.¹⁴

3. Lagens innehåll

Ett steg i riktning mot förstärkt konsumentskydd på det finansiella området de senaste åren är antagandet av lagen om finansiell rådgivning till konsument¹⁵ som trädde ikraft den 1 juli 2004. Till grund för lagstiftningen ligger betänkandet SOU 2002:41 Konsumentskydd vid finansiell rådgivning. Också arbetet i Konsumentpolitiska kommittén 2000 är värt att nämna i sammanhanget.

¹² Se ovan 2.1.

¹³ Se t ex Lars Ohlson, *Rångivarna*, 2004, *Ruinmakarna*, 2002 och *Ruinmakarna 2*, 2004.

¹⁴ SOU 2004:47, s. 291.

¹⁵ Lag (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter.

3.1 Utredningsarbetet

Den konsumentpolitiska kommitténs huvuduppgifter var enligt direktiven (dir. 1999:1) att lämna förslag om hur den framtida konsumentpolitiken ska kunna ge människor förutsättningar att känna sig trygga som konsumenter och ha ett starkt inflytande över sin vardagssituation. Vidare skulle den identifiera konsumentpolitikens långsiktiga innehåll och prioriteringar. Kommittén skulle särskilt analysera målen och medlen bland annat på området finansiella tjänster och tog i det sammanhanget upp frågan om finansiell rådgivning.¹⁶

Kommittén ansåg att flera svårigheter uppkommer i samband med en diskussion om lagstiftning på området finansiell rådgivning, t.ex. vad gäller att definiera begreppet rådgivning, gränsdragningen mellan rådgivning och försäljning, vad som ska betraktas som felaktig rådgivning samt frågor om bevisböda och beviskrav.¹⁷ Lagstiftning borde enligt kommittén föregås av noggranna och omfattande analyser och undersökningar. Sådana analyser ansåg sig kommittén inte ha möjlighet att göra inom ramen för sitt uppdrag.

Kommittén föreslog ändå att ansvaret vid finansiell rådgivning skulle förstärkas genom civilrättslig lagstiftning som är tvingande till konsumentens förmån. Kommittén preciserade sitt förslag såtillvida att man föreslog att lagstiftningen skulle omfatta en lättnad i konsumentens bevisböda, en skyldighet för rådgivaren att dokumentera uppdraget och en skyldighet för rådgivaren att med omsorg ta tillvara konsumentens intressen. Fortsatta överväganden borde göras i fråga om att ge Finansinspektionen rätt att ställa krav på rådgivarnas kompetens och erfarenhet. Kommittén lämnade inte något författningsförslag.

Konsumentpolitiska kommitténs förslag överlämnades i april 2000 och behandlades vidare i prop. 2000/01:135 Handlingsplan för konsumentpolitiken, där regeringen angav som sin bedömning att konsumentskyddet borde förstärkas på de finansiella områden där konsumenternas behov inte var tillräckligt tillgodosedda.

I maj 2001 beslutade regeringen att tillkalla en särskild utredare för att kartlägga och analysera frågor om konsumentskyddet vid finansiell rådgivning.¹⁸ Enligt direktiven skulle utredaren föreslå den lagstiftning eller andra lämpliga åtgärder som det fanns behov av för att stärka konsumentskyddet på den finansiella marknaden.¹⁹ Utredningen lämnade i maj 2002 över betänkandet *Konsumentskydd vid finansiell rådgivning*²⁰.

I betänkandet redogjorde utredningen för regelverk som berörde finansiell rådgivning och för det skadeståndsansvar som kunde utläsas i rättspraxis i olika rådgivningsfall. Gränserna för skadeståndsansvaret befanns inte vara särskilt tydliga. Utredningen ansåg därför att det fanns ett behov av särskild, konsumentskyddande lagstiftning beträffande finansiell rådgivning och föreslog att en ny lag skulle införas. Lagförslaget, som i stora delar överensstämmer med den slutliga lagen, innehöll bestämmelser av både näringsrättslig och civilrättslig karaktär. Bland annat föreslogs att näringsidkare i sin rådgivningsverksamhet skulle iakta god rådgivningssed och se till att den som utför rådgivningen har tillräcklig kompetens. Vidare föreslogs att näringsidkaren skulle vara skyldig att dokumentera vad som sagts vid rådgivningstillfället och att dokumentationen sedan lämnades över till konsumenten. Det föreslogs att konsumenten skulle få en lagstadgad rätt till skadestånd för den skada som kan uppkomma till följd av

¹⁶ SOU 2000:29 *Starka konsumenter i en gränslös värld*, s. 150 f.

¹⁷ Se sammanfattning SOU 2002:41, s 21 f.

¹⁸ Dir. 2001:41.

¹⁹ Till utredare utsågs Anders Eriksson, generaldirektören vid Kammarkollegiet.

²⁰ SOU 2002:41.

vårdslös, finansiell rådgivning. Tillsynen föreslogs delas mellan Konsumentverket och Finansinspektionen.²¹

Betänkandet remissbehandlades. En övervägande majoritet av remissinstanserna tillstyrkte eller hade inte någon erinran mot att en lag om finansiell rådgivning till konsumenter skulle införas. Vissa synpunkter fanns på innehållet i detaljregleringen, bland annat angående lagens tillämpningsområde.²² Propositionen Lag om finansiell rådgivning till konsumenter²³ presenterades i maj 2003. Regeringen noterade precis som utredningen att allmänna regler avseende finansiell rådgivning saknades, även om krav på rådgivarprestation till viss del kunde härledas ur rörelselagstiftning, allmänna rättsprinciper, praxis och doktrin. Ur dessa rättskällor var det dock inte möjligt att dra några säkra slutsatser avseende gränserna för prestation eller omfattning av ansvar. Konsumentskyddet på området bedömdes som alltför svagt.²⁴

Lag (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter antogs av riksdagen i november 2003. Till stor del överensstämde regeringens lagförslag med utredningens. Det innehöll krav på kompetens, dokumentation och rådgivningsstandard samt ett skadeståndsansvar för vårdslös rådgivning. Den viktigaste skillnaden från betänkandets lagförslag var att propositionens lagförslag även innefattade ett krav på att lämna över dokumentation till konsumenten. Lagen trädde ikraft den 1 juli 2004.

Sammanfattning:

- kompetenskrav har införts för finansiella rådgivare
- rådgivningen ska dokumenteras
- rådgivare ska iaktta god rådgivningssed och konsumenternas intressen ska tas till vara
- rådgivaren är skyldig att avråda konsumenten från att göra placeringar som inte är lämpliga för konsumenten om konsumenten själv föreslår en viss placering
- konsumenten kan få skadestånd vid vårdslös rådgivning

3.2 Tillämpningsområde

1 § ”Denna lag gäller finansiell rådgivning som en näringsidkare tillhandahåller en konsument och som omfattar placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i livförsäkringar med sparmoment. Lagen är dock inte tillämplig när den som utför rådgivningen enbart förordar en annan placering än som nu sagts.”

²¹ Mikael Swahn och Björn Wendleby, *Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter. En kommentar*. Upplaga 1:1. Stockholm 2005, s. 17 f.

²² Swahn & Wendleby, a.a. s. 18.

²³ Prop. 2002/03:133.

²⁴ Prop. 2002/03:133, s. 11.

3.2.1 När föreligger finansiell rådgivning?

I förarbetena till lagen konstateras att ingen legal eller vedertagen definition av begreppet finansiell rådgivning finns. För bestämmande av lagens tillämpningsområde blir det därför viktigt att fylla begreppet med innehåll ”i detta sammanhang”. Uttrycken finansiell eller ekonomisk rådgivning återfinns bland annat i rörelselagstiftningen för den finansiella sektorn men definieras där inte närmare.²⁵

Enligt betänkandet Konsumentskydd vid finansiell rådgivning kan med rådgivning 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 alltså något annat än marknadsföring och försäljning, har en individuell prägel och syftar till att lämna rekommendationer och handlingsalternativ som är utformade efter kundens särskilda behov och förutsättningar.²⁶ Av Swahn och Wendleby uppfattas denna beskrivning av rådgivning som innehållande kriterier för önskvärd rådgivning. Kravet på individuell anpassning återkommer i lagens 5 § första stycket. Om en näringsidkare lämnar sin kund information av mer generellt slag anser de konsekvensen kunna bli att detta antingen bedöms utgöra information som inte omfattas av lagen, eller som otillräckligt individanpassad rådgivning i strid med lagen. Swahn och Wendleby tycker att gränsdragningen framstår som något oklar.²⁷

Vidare bör tillämpningsområdet för en konsumentskyddande reglering enligt förarbetena ta sin utgångspunkt i de intressen som framstår som särskilt skyddsvärda från konsumentens synpunkt. Med en sådan utgångspunkt bör tillämpningsområdet begränsas till att omfatta finansiell rådgivning som rör finansiell verksamhet med en beaktansvärd risk för att konsumenten, helt eller delvis, förlorar hela sitt insatta kapital eller i vissa fall sätter sig i skuld. Den typ av rådgivning som kommer i fråga är så kallad placeringsrådgivning. Med placeringsrådgivning avses då konsumentens placeringar i främst olika typer av finansiella instrument som till exempel aktier och andelar i värdepappersfonder. Placeringar vars övergripande syfte är att konsumenten ska få tillväxt på det egna kapitalet. Det är i samband med sådana mer riskfyllda instrument som behovet av och tillgången till god rådgivning är angeläget. För andra typer av finansiella instrument är konsumentens risk mindre, exempelvis bankkonton och därför bör dessa produkter inte omfattas av lagen. Inte heller konsumentkrediter bör enligt förarbetena omfattas av aktuell lag eftersom konsumentskyddande lagstiftning redan finns på området. Gränsen mellan finansiell rådgivning som framstår som skyddsvärd från konsumentens synpunkt och annan finansiell rådgivning är inte skarp. När det gäller exempelvis krediter kan situationer som har mycket gemensamt med placeringsrådgivning uppkomma, till exempel rådgivning kring valet mellan bunden och rörlig ränta på fastighetslån eller placeringar i olika typer av livförsäkringar. Dock menar utredaren i betänkandet att det finns ett värde i att lagen har ett klart och tydligt tillämpningsområde.²⁸

²⁵ SOU 2002:41, s. 27 f och 99. Prop. 2002/03:133, s. 13. Se t ex Lag (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse och Lag (2007:528) om värdepappersmarknaden.

²⁶ SOU 2002:41, s. 27.

²⁷ Swahn & Wendleby, a.a. s. 30.

²⁸ SOU 2002:41, s. 100 f och Prop. 2002/03:133, s. 14.

Lehrberg har ifrågasatt lagens tillämpningsområde, som det presenterades i utredningen Konsumentskydd vid finansiell rådgivning²⁹. Han frågar sig om den avgränsning som görs verkligen är den bästa. Utredningen och propositionen stämmer i det mesta överens och den rådgivning som omfattas av lagen förutsätter att näringsidkaren gör en helhetsanalys av konsumentens ekonomiska situation och på grundval av denna ger konsumenten de råd som är bäst lämpade just för denne. Varför, frågar sig Lehrberg, skulle dessa råd inskränka sig just till placeringar i finansiella instrument? Bör inte hänsyn tas också till andra faktorer, såsom alternativa placeringsformer, skatteeffekter och olika finansieringsalternativ? Andra lösningar kan, menar han vidare, skapa gränsdragningsproblem i fall då en kund klagar på ett illa underbyggt råd och rådet till exempel avser valet mellan aktieköp och en investering i guld eller involverar ett val mellan olika lösningsalternativ av vilka vissa men inte andra omfattas av lagen.³⁰

3.2.2 Finansiellt instrument

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,
finansiellt instrument: fondpapper och annan rättighet eller förpliktelse avsedd för handel på värdepappersmarknaden.”

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 fordringsätter 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 finns alltså alla de vanligen förekommande instrument som konsumenter väljer att placera sina medel i. Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter bör enligt regeringens proposition vara tillämplig på sådan rådgivning. Detsamma gäller för livförsäkringar vars kapital helt eller delvis placeras i de finansiella instrument som konsumenten bestämmer, då sådan rådgivning har stora likheter med annan placeringsrådgivning.³¹ Enligt en lagändring som trädde i kraft samtidigt med rådgivningslagen i sin helhet omfattas både fondförsäkringar och traditionella försäkringar i lydelsen ”livförsäkringar med sparmoment” i lagens 1 §.³²

Fr.o.m. den 1 november 2007 fick 2 § ny lydelse:

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,

²⁹ SOU 2002:41.

³⁰ Bert Lehrberg, *Finansiell rådgivning till konsumenter – några synpunkter i anledning av ett lagförslag*, SvJT 2003 s. 88.

³¹ Prop. 2002/03:133, s. 14 f.

³² Se Prop. 2003/04:109, bet. 2003/04:FiU26, rskr. 2003/04:262.

finansiellt instrument: det som anges i 1 kap. 4 § första stycket 1 lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.”

Denna ändring genomfördes med anledning av MiFID och den nya lagen om värdepappersmarknaden. I den nya lagen definieras finansiella instrument som överlåtbara värdepapper, penningmarknadsinstrument, fondandelar och finansiella derivatinstrument. Vidare redogörs detaljerat vad dessa finansiella instrument omfattar. Ett tydliggörande av vad som omfattas av begreppet finansiellt instrument.

3.2.3 Uppdragsförhållande

Enligt propositionen bör det krävas att det finns ett uppdragsförhållande mellan rådgivaren och konsumenten med avseende på finansiell rådgivning. Uppdragsförhållandet behöver inte vara formellt utan kan uppstå tämligen formlost. Detta följer bland annat av Högsta domstolens resonemang i rättsfallet NJA 1992 s. 243. HD uttalade följande:

”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 synes ha markerat en annan mening – att Anna-Stina H, vilken enligt vad utredningen visar ej biträdades från annat håll, såg Yngve L som sin ekonomiska rådgivare i aktieaffären. Vid sådana förhållanden måste anses ha uppkommit ett uppdragsförhållande mellan Anna-Stina H och Yngve L.”

Det avgörande är att rådgivaren har uppträtt yrkesmässigt och att motparten har haft fog för att fästa tillit till de råd som har 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.³³ Rättsförhållandet mellan rådgivaren och konsumenten bör mot denna bakgrund kunna betecknas som kontraktuellt eller i vart fall kontraktliknande beroende på omständigheterna.

Elfström drar av rättsfallet slutsatsen att en rådgivare som svarar på en fråga, som inte tillhör det ursprungliga uppdraget, utsätter sig för risken att ådra sig kontraktsrättsligt ansvar. För undvikande av ansvar bör den rådsökande göras uppmärksam på att frågan inte ingår i uppdraget.³⁴

Förarbetenas tolkning av rådgivaransvaret är begränsat till rådgivning av individuell karaktär. Ordet rådgivning får då enligt Swahn och Wendleby en något inskränkt betydelse.³⁵ I juridisk doktrin från tiden före lagens tillkomst har man utgått ifrån att rådgivaransvar även kan omfatta lämnande av information som inte är att betrakta som personliga rekommendationer. För professionella uppdragstagare har ansetts föreligga en allmän skyldighet att visa omsorg vid fullgörande av uppdraget. Som rådgivningsansvaret förklaras i förarbetena har inte lagen samma omfattning av professionsansvar. Det krävs ett uppdrag för att lagen ska bli tillämplig, men den är inte tillämplig på all informationsöverföring i uppdraget utan för rådgivning i uppdragsförhållanden.

³³ Jan Kleineman, *Rådgivares informationsansvar – en probleminventering*, SvJT 1998 s. 187.

³⁴ Jan Elfström, *Rådgivarens professionsansvar – vem vågar vara rådgivare*. Lund 2003, s. 44.

³⁵ Swahn & Wendleby, a.a. s. 32 f med fotnoter.

Swahn och Wendleby jämför också med hur rådgivning behandlats i det nya EG-direktivet om marknader för finansiella instrument.³⁶ I direktivet används ordet investeringsrådgivning. Till skillnad från den svenska lagen innehåller direktivet en definition. Med investeringsrådgivning avses ”tillhandahållande av personliga rekommendationer till en kund, på dennes begäran eller på värdepappersföretagets initiativ, i fråga om en eller flera transaktioner som avser finansiella instrument”. Behöver kanske även den svenska lagen en definition av vad finansiell rådgivning egentligen ska innefatta eller inte innefatta i lagens mening? Swahn och Wendleby hänvisar till rättspraxis.

Viss vägledning för när individualiserad rådgivning ska anses förekomma ges dock i förarbetena till lagen. Om näringsidkaren erbjuder konsumenten samtal med en ”privatrådgivare”, en ”personlig bankman” eller liknande ger företaget också konsumenten befogad anledning att utgå från att det är fråga om individuell finansiell rådgivning. Om konsumenten efterfrågar rådgivning och företrädaren för företaget lyssnar till konsumentens behov och önskemål för att sedan komma med rekommendationer bör ett rådgivningsuppdrag anses föreligga.³⁷

I andra situationer kan det stå klart att ett rådgivningsuppdrag inte föreligger. Om konsumenten ger företaget ett uppdrag att utföra ett specifikt ärende eller efterfrågar information om en specifik produkt och kontakten mellan konsumenten och företaget inte omfattar något mer, då föreligger inte ett rådgivningsuppdrag. I propositionen kallas detta för rena expeditiönsärenden.³⁸ Ett expeditiönsärende kan till exempel vara att konsumenten endast lämnar en köp- eller säljorder och detta omfattas då alltså inte av lagen. Om näringsidkaren gör klart för kunden att någon individuell rådgivning inte tillhandahålls, innebär också det att någon rådgivningssituation inte föreligger.³⁹

De är sammanfattningsvis de sammantagna omständigheterna i det enskilda fallet som avgör om en rådgivningssituation föreligger eller inte. Näringsidkarens uppträdande inför konsumenten är dock av enskilt störst betydelse.⁴⁰

Kleineman menar i en artikel från tiden före lagens tillkomst att ett problem är att motverka att rådgivarens ansvar blir alltför långtgående. De rådfrågandes skydd måste ständigt vägas mot rådgivarnas samhällsfunktion och vad som skulle kunna bli konsekvensen om ansvaret blir alltför vidlyftigt. Konsumentintresset måste vägas mot intresset att rådgivaren inte blir handlingsförlamad.⁴¹

3.2.4 Kontaktvägar

En särskild fråga är enligt propositionen om ett uppdragsförhållande kan anses uppkomma på annat sätt än via personlig kontakt, till exempel 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 en placering av sparmedel och får, mot bakgrund av de lämnade uppgifterna, råd

³⁶ Swahn & Wendleby, a.a. s. 33 och Artikel 4.4 i MiFID, se kap. 2.2 ovan.

³⁷ SOU 2002:41 s. 106 f och prop. 2002/03:133 s. 16.

³⁸ Prop. 2002/03:133 s. 16.

³⁹ Johan Lycke m.fl. *Ansvar vid finansiell rådgivning*, Stockholm 2003, s. 102.

⁴⁰ Prop. 2002/03:133 s. 16.

⁴¹ Kleineman, a.a. s. 211.

om lämpliga alternativ. Via e-post kan en rådgivare nå ut med bestämd information till en bestämd krets av personer och kan också snabbt nå ut med rättelser av felaktig information. Motsvarande resonemang kan göras gällande vid personligt ställda brev via vanlig post. Enligt propositionen finns det inga principiella invändningar mot att betrakta de här situationerna som ett uppdragsförhållande. Även köpeavtal och andra typer av avtal kan ingås via Internet eller på annat sätt på distans. För att ett uppdragsavtal ska anses föreligga krävs dock rådgivning av individuell karaktär. Information av massmedial karaktär som ställs till en vid krets av personer faller ju enligt förarbetena utanför tillämpningsområdet.⁴²

3.2.5 Analog tillämpning

Enligt propositionen ska lagen omfatta endast den särskilt skyddsvärda finansiella rådgivningen som ovan beskrivits. Man håller dock öppet att innebörden av sådan rådgivning kan komma att förändras med tiden. Andra typer av finansiell rådgivning kan visa sig vara angeläget att reglera i framtiden och redan nu finns det möjlighet att tillämpa lagen analogivis. För analog tillämpning bör då utgångspunkten vara att skyddsintresset för konsumenten framstår som likvärdigt med de fall som lagen är direkt tillämplig på. Närmare gränsdragning för analog tillämpning får dock överlämnas till rättstillämpningen.⁴³ Lehrberg menar att trots den strikta avgränsningen av lagens tillämpningsområde går utredaren i betänkandet ändå på den linjen att han uppmuntrar analog tillämpning av lagens bestämmelser. Framför allt ska detta få effekt när det gäller skadeståndsskyldigheten, reglerad i § 6 och 7. Skadeståndsansvaret är dock nära kopplat till uppfyllelsen av de speciella krav som lagen ställer på näringsidkaren och det framgår inte av förarbetena om eller i vilken omfattning utredaren tänkt sig att även dessa krav ska tillämpas analogt. Istället hänvisas till framtida praxis. Lehrberg anser att lämpligheten av analogier är något olika för de skilda kraven i lagen.⁴⁴

3.2.6 Gränsdragning mellan rådgivning och försäljning

Finansiell rådgivning bör enligt förarbetena bedömas efter om de handlingsalternativ och rekommendationer som lämnas av näringsidkaren är rimliga med hänsyn tagen till den enskilde konsumentens behov, önskemål och förutsättningar. När det 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. Bestämmelserna tar sikte på att skydda konsumentkollektivet och inte enskilda konsumenter.

Gränsdragningsproblematiken mellan rådgivning, marknadsföring och försäljning kan uppstå då i praktiken finansiell rådgivning nästan uteslutande sker i samband med försäljning av de finansiella företagens egna produkter, eller i samband med marknadsföring som syftar till sådan försäljning. I propositionen hävdas att lagen bör vara tillämplig på finansiell rådgivning oavsett i vilken situation den tillhandahålls. Det bör inte ha någon betydelse om syftet med rådgivningen är att sälja eller marknadsföra egna eller andras produkter. För det fall flera alternativa regelverk kan anses tillämpliga på en rådgivningssituation ger man konsumenten

⁴² Prop. 2002/03:133, s. 17.

⁴³ SOU 2002:41, s. 105 och Prop. 2002/03:133, s. 15.

⁴⁴ SOU 2002:41, s. 106 och Lehrberg, a.a. s. 88.

möjlighet att välja de för honom eller henne mest förmånliga bestämmelserna.⁴⁵ Gränsdragning mot marknadsföring behandlas också i tillsynsmyndigheternas preciseringar av rådgivningslagen. Enligt de allmänna råden bör näringsidkaren tydligt skilja på vad som är råd för placeringar respektive marknadsföring eller information om produkter. Näringsidkaren bör också informera konsumenten om dennes rättigheter enligt rådgivningslagen.⁴⁶ Swahn och Wendleby menar att så länge näringsidkare följer dessa allmänna råd kan konsumenten i varje fall avgöra om näringsidkaren i fråga anser sig lämna rådgivning.⁴⁷

Förarbetena säger att lagen inte bör vara tillämplig på råd som lämnas till en vid krets av personer till exempel via massmedia. Något uppdragsförhållande mellan konsumenten och näringsidkaren kan inte anses föreligga i dessa fall. 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.⁴⁸ Swahn och Wendleby utesluter dock inte att en rådgivningssituation skulle kunna vara för handen även i dessa fall. De menar att möjligheten finns att konsumenter som redan står i ett uppdragsförhållande med en näringsidkare rörande handel med finansiella instrument, uppfattar utskick från näringsidkaren som finansiell rådgivning. Detta får dock prövas i det enskilda fallet i enlighet med principen om den befogade tillitens relevans. Av betydelse kan vara hur vid informationskretsen är, vilken typ av information det rör sig om och hur individualiserad informationen ter sig för konsumenten.⁴⁹

Lycke m.fl. frågar sig hur rådgivning genom e-post till en stor krets mottagare ska kunna uppfylla kraven på individanpassning för att det ska vara fråga om rådgivning i lagens mening.⁵⁰

Elfström påpekar att vid val av rådgivare är det ofta av central betydelse att denne är oberoende, dvs. inte har några ekonomiska intressen i de valmöjligheter som presenteras. Konfliktsituationer kan uppstå t ex vid bankers rådgivning i samband med försäljning av egna produkter. Här bör uppdragsgivaren åtminstone informeras om jävsförhållandet.⁵¹

Finansinspektionen menar i en aktuell rapport att inspektionens undersökningar tyder på att det finns brister i hur rådgivningssituationer hanteras i företagen, särskilt avseende gränsdragningen mellan rådgivning och försäljning.⁵² Detta är en fråga Finansinspektionen kommer att gå vidare med. Problemet har två sidor, en konsument som anser sig sitta i en rådgivningssituation, men som egentligen är föremål för försäljning av finansiella produkter riskerar att ta dåliga beslut. Det rådgivande företaget kan i sin tur drabbas av skadestånd om de under rådgivningen ägnat sig åt försäljning och kunden sedan lider ekonomisk skada genom att följa ”rådet”. Finansinspektionens inställning är att en rådgivningssituation föreligger när kunden har befogad anledning att tro att hon ska få råd.

Flertalet av de finansiella företagen har två roller, en som finansiell rådgivare och en som producent och säljare av olika finansiella tjänster. På den professionella finansmarknaden kan detta hanteras genom att affärsbanker bygger upp murar mellan kapitalförvaltning och t ex

⁴⁵ Prop. 2002/03:133, s. 17 f, 48.

⁴⁶ 4 kap. 4 och 5 p. FFFS 2004:4 och 4 kap. 1 och 2 st. KOVFS 2004:5.

⁴⁷ Swahn & Wendleby, a.a. s. 36.

⁴⁸ Prop. 2002/03:133, s. 16 f.

⁴⁹ Se avsnitt 3.2.3 ovan och Swan & Wendleby, a.a. s. 38 f.

⁵⁰ Lycke m.fl. a.a. s. 102.

⁵¹ Elfström, a.a. s. 105.

⁵² FI 2007:9 *Konsumentskyddet på finansmarknaden*, s. 28 ff.

företagsfinansiering. I en direkt konsumentinriktad verksamhet blir detta svårare. Att en rådgivare på ett bankkontor aldrig befattar sig med försäljningsverksamhet eller en säljare aldrig ger råd är knappast realistiskt enligt Finansinspektionen. Det skulle kunna få den negativa konsekvensen att utbudet av finansiell rådgivning skulle kunna minska, främst på mindre orter. Däremot efterfrågar inspektionen fler åtgärder från företagen för att skapa tydligare gränser, både internt och gentemot kunden.⁵³

3.2.7 Gränsdragning mot annan lagstiftning – lag om försäkringsförmedling

Den 1 juli 2005 trädde lagen (2005:405) om försäkringsförmedling⁵⁴ i kraft. Den ersätter lag (1989:508) om försäkringsmäklare och genom den nya lagen genomförs Europaparlamentets och rådets direktiv (2002/92/EG) av den 9 december 2002 om försäkringsförmedling.

Syftet med direktivet om försäkringsförmedling är att varje person (fysisk eller juridisk) som startar eller bedriver verksamhet som försäkrings- eller återförsäkringsförmedlare skall vara registrerad som bevis på att de grundläggande yrkeskraven är uppfyllda. En förmedlare som är registrerad i en medlemsstat skall med stöd av etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster kunna bedriva verksamhet i andra medlemsstater. En medlemsstat ges vidare möjlighet att ställa upp ytterligare krav utöver de som finns i direktivet. Detta dock under förutsättning att förmedlaren är registrerad i den medlemsstaten. Direktivet innehåller också minimikrav på formerna för och innehållet i den information som försäkringsförmedlare skall ge till sina kunder.⁵⁵

Lagen om försäkringsförmedling innehåller bland annat krav på tillstånd och registrering. En försäkringsförmedlare ska också uppfylla särskilda krav på kunskap och kompetens. Till skillnad mot vad som föreskrivs i rådgivningslagen, krävs även ansvarsförsäkring. Det uppställs regler om vilken information som en förmedlare ska lämna till sina kunder.⁵⁶ Förmedlaren ska bland annat informera om priset för förmedlingen. Förmedlaren är skyldig att iaktta god försäkringsförmedlingssed och med tillbörlig omsorg ta tillvara kundens intressen.⁵⁷ I likhet med de krav som finns i rådgivningslagen, ska förmedlaren anpassa sin rådgivning efter kundens önskemål och behov samt rekommendera lösningar som är lämpliga för kunden. I det fall förmedlaren uppsåtligt eller av oaktsamhet vållar kunden skada ska förmedlaren ersätta skadan.

Bolagsverket är registreringsmyndighet för försäkringsförmedlare och Finansinspektionen har tillsyn över att lagen och föreskrifter som har meddelats med stöd av lagen följs. Finansinspektionen har publicerat föreskrifter och allmänna råd om försäkringsförmedling.⁵⁸

Lagen om försäkringsförmedling anknyter på flera ställen (till exempel utformning av god försäkringsförmedlingssed och dokumentationsskyldighet) till den reglering som finns i rådgivningslagen. Lagen om försäkringsförmedling omfattar dock inte enbart konsumenter.

⁵³ FI 2007:9, s. 30.

⁵⁴ Prop. 2004/05:133, bet. 2004/05:FiU26, rskr 2004/05:255.

⁵⁵ Ds 2004:10, s. 40.

⁵⁶ Se lagen 6 kap och prop. 2004/05:133, s. 79 ff.

⁵⁷ Se lagen 5 kap. 4 § 1 st. och prop. 2004/05:133, s. 95.

⁵⁸ Se FFFS 2005:11.

Försäkringsförmedlare som lämnar rådgivning om placering i finansiella instrument eller livförsäkringar är skyldiga att även följa rådgivningslagen.⁵⁹

3.3 Tvingande bestämmelser

3 § ”Bestämmelserna i denna lag får inte frångås till nackdel för en konsument.”

Reglerna är tvingande till konsumentens förmån. Om rådgivaren och konsumenten träffar ett avtal med villkor som åsidosätter lagens skydd för konsumenten, blir dessa villkor inte gällande mot konsumenten.⁶⁰

Fr.o.m. 1 november 2007 tillkommer en 3 a §, med anledning av MiFID. Bestämmelsen lyder: 3 a § ”Bestämmelserna i 4 och 5 §§ gäller inte finansiell rådgivning som tillhandahålls av

1. fondbolag enligt 7 kap. 1 § första stycket 3 lagen (2004:46) om investeringsfonder,
2. försäkringsförmedlare enligt 5 kap. 1 § första stycket lagen (2005:405) om försäkringsförmedling, eller
3. värdepappersinstitut och utländska värdepappersföretag enligt lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden. Lag (2007:560).”

3.4 Näringsidkarens skyldigheter

4 § ”Näringsidkaren skall

1. se till att den som utför rådgivningen har tillräcklig kompetens,
2. dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället, och
3. lämna ut dokumentationen till konsumenten.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela närmare föreskrifter om vad näringsidkaren skall iaktta när det gäller rådgivares kompetens, dokumentation av rådgivning, utlämnande av sådan dokumentation och om undantag från skyldigheten att lämna ut dokumentationen.”

5 § ” Näringsidkaren skall i sin rådgivningsverksamhet iaktta god rådgivningssed och med tillbörlig omsorg ta till vara konsumentens intressen. Näringsidkaren skall anpassa rådgivningen efter konsumentens önskemål och behov samt inte rekommendera andra lösningar än sådana som kan anses lämpliga för konsumenten.

Näringsidkaren skall avråda konsumenten från att vidta åtgärder som inte kan anses lämpliga med hänsyn till konsumentens behov, ekonomiska förhållanden eller andra omständigheter.”

4 och 5 §§ i rådgivningslagen anger de skyldigheter som näringsidkare har att iaktta vid finansiell rådgivning. De är av ramlagskaraktär och kompletteras av föreskrifter och allmänna råd från Finansinspektionen och Konsumentverket.⁶¹ De båda myndigheternas föreskrifter och allmänna råd har i princip samma innehåll.

Krav på kompetens och dokumentation kan man sedan tidigare hitta i allmänna råd om värdepappersrörelse och föreskrifter om uppföranderegler på värdepappersmarknaden utfärdade av Finansinspektionen den 1 juli 2002.⁶² De omfattar värdepappersinstituten och gäller alla kunder och inte bara konsumenter. Av råden följer bland annat att värdepappersföretag i sin verksamhet bör ställa särskilda krav på kompetens på sådana

⁵⁹ Prop. 2004/05:133, s. 101 och Ds 2004:10, s. 124.

⁶⁰ Alf-Peter Svensson *Råd till rådgivare – ny lag om finansiell rådgivning till konsumenter*, Stockholm 2004. s. 69.

⁶¹ FFFS 2004:4 och KOVFS 2004:5.

⁶² FFFS 2002:5 och FFFS 2002:7. (Upphävda fr o m 1 november 2007. Ersätts av FFFS 2007:16.)

befattningshavare som har kundkontakter, exempelvis placeringsrådgivare och andra som har till uppgift att ge råd eller betjäna kunder. Av föreskrifterna följer bland annat att ett värdepappersinstituts investeringsrådgivning till en kund ska dokumenteras vid rådgivningstillfället. Dokumentationen ska lämnas ut till kund på begäran. Genom rådgivningslagen har näringsidkarens skyldigheter blivit mer omfattande i det fall kunden är en konsument.

Branschorganisationer har också själva vidtagit åtgärder för att öka kunskapsnivån hos de anställda. Sedan den 1 april 2001 tillämpas bland annat ett system för licensiering av personal i fondhandeln. Syftet är att skapa och upprätthålla allmänhetens förtroende för branschen. Systemet har utarbetats av Svenska Fondhandlareföreningen och administreras av SwedSec AB.⁶³ SwedSec AB är ett av Svenska Fondhandlareföreningen helägt aktiebolag som bildades 1 januari 2001. Sverige var det fjärde landet i världen som införde licensiering av finansiella rådgivare efter USA, Storbritannien och Nederländerna. Till SwedSec har de flesta företag på värdepappersmarknaden anslutit sig och drygt 5500 personer är aktiva licensinnehavare.⁶⁴

3.4.1 Kompetenskrav

Enligt 4 § första stycket första punkten ska en näringsidkare se till att den som utför rådgivningen har tillräcklig kompetens. Syftet med bestämmelsen är enligt förarbetena att säkra en hög kompetensnivå oberoende av företagens egna åtgärder och vilja. Finansiella rådgivares kompetens bör inte överlämnas åt företagen själva, det är inte tillräckligt. Statens roll bör dock inte vara annan än att fastställa de utbildnings- eller kunskapskrav som ska gälla för finansiella rådgivare. Utbildning och kompetenshöjning är frågor som bör ligga på företagen själva att genomföra. I kompetenskravet ligger dels att kunna rätt bedöma vad som framkommit om konsumentens önskemål och behov, dels kunskap om de finansiella instrument som rådgivningen avser. Kravet avser både formell utbildning och erfarenhet av rådgivningsarbete.⁶⁵

Elfström talar om specialist- och expertansvar för de som yrkesmässigt framträder som experter eller genom sitt uppträdande ger sken av att behärska detaljerna i komplicerade regelsystem. Som typexempel kan nämnas just bankers rådgivning. Det kan på goda grunder, enligt Elfström, antas att det allmänna förtroende och den respekt som en bank åtnjuter innebär långtgående förpliktelser att tillhandahålla korrekt information.⁶⁶

Enligt förarbetena är det inte möjligt att i lag fastslå vad som ska avses med tillräcklig kompetens. Finansiell rådgivning tillhandahålls av olika typer av finansiella företag som bedriver verksamhet i delvis olika branscher och som tillhandahåller olika typer av produkter. De finansiella marknaderna är också i ständig förändring. Därför kan man enligt förarbetena inte generellt fastslå en godtagbar kunskapsnivå. Närmare regler om vilka kompetenskrav som ska gälla bör istället, efter bemyndigande, bestämmas genom föreskrifter på myndighetsnivå.⁶⁷

⁶³ Prop. 2002/03:133, s. 21 och Swahn & Wendleby, a.a. s. 53.

⁶⁴ www.swedsec.se

⁶⁵ SOU 2002:41, s. 118 f och prop. 2002/03:133, s. 21 och 50.

⁶⁶ Elfström, a.a. s. 122.

⁶⁷ SOU 2002:41, s. 118 f och prop. 2002/03:133, s. 21 f.

I Finansinspektionens och Konsumentverkets föreskrifter anges att den personal som lämnar råd ska ha tillräckliga kunskaper i förhållande till den rådgivning som lämnas. Kunskaperna ska avse innehållet i relevanta lagar och regler, vad rådgivaransvar, etik och god rådgivningssed innebär, samt hur omsorgs-, avrådande- och dokumentationsplikten ska fullgöras. Kunskaperna ska alltid vara relevanta i förhållande till rådgivningens inriktning, omfattning och svårighetsgrad. Den som lämnar råd ska också kunna tillämpa kunskaper om sparande och placeringar i finansiella instrument och försäkringar med utgångspunkt från rådgivningens inriktning, omfattning och svårighetsgrad.⁶⁸

Föreskrifterna kompletteras av allmänna råd som räknar upp de kunskapsområden som den som lämnar råd bör behärska. Bland kraven nämns kunskaper om avtals- skadestånds- och mellanmansrätt, konsumenträtt, familjerätt och skatterättsliga regler, rådgivarens roll och ansvar, placeringar och sparformer och finansiell ekonomi. Det påpekas att kunskapsområden och kunskapsnivå bör anpassas efter näringsidkarens verksamhet och komplexiteten av de lösningar och produkter som rekommenderas en enskild konsument. Sammanställningen av kunskapsområdena ska inte ses som uttömmande.⁶⁹

Föreskrifterna anger också att näringsidkaren ska säkerställa att personalen genomgår och godkänns i ett lämpligt kunskapstest, se till att kunskaperna uppdateras med erforderlig regelbundenhet samt säkerställa att den personal som lämnar råd fått lämplig praktisk erfarenhet genom bland annat kommunikation med konsumenter.⁷⁰

Regler, föreskrifter och råd till trots, det finns idag inga gemensamma kompetenskrav för rådgivarna som gör att kunderna med säkerhet kan veta att de har tillräcklig kompetens att ge råd. Finansinspektionen kommer framöver att ta upp frågan om ett eventuellt behov av auktorisation av rådgivare med branschorganisationerna.⁷¹

3.4.2 Dokumentationskrav

Enligt 4 § första stycket andra punkten ska en näringsidkare dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället. Syftet med bestämmelsen är att man i efterhand ska kunna avgöra på vilka grunder rådgivaren lämnat sin rekommendation. Dokumentationen ska ge en rättvisande bild av vad som förekommit vid rådgivningstillfället. Fördelarna med att dokumentera är flera anger förarbetena. Dels kommer rådgivare som vet att rekommendationer nedtecknas och bevaras att agera med större försiktighet, dels minimeras bevissvårigheter som kan uppkomma i samband med efterföljande tvist. Inte minst borde prövningar i Allmänna reklamationsnämnden underlättas, då förfarandet i nämnden är skriftligt och nämnden inte kan ta del av muntlig bevisning.⁷²

Enligt förarbetena är bestämmelser om hur dokumentationen ska genomföras och bevaras inte lämpliga att slå fast i lag. Lagen skulle då tyngas av en alltför stor detaljrikedom och möjligheten till snabba justeringar i regelverket skulle gå förlorad. Detaljbestämmelser har istället utfärdats på myndighetsnivå.⁷³

⁶⁸ FFFS 2004:4 2 kap. 1-4 §§ och KOVFS 2004:5 2 kap. 1-4 §§.

⁶⁹ FFFS 2004:4 bilaga 1 och KOVFS 2004:5 2 kap 1-4 §§.

⁷⁰ FFFS 2004:4 2 kap 5-7 §§ och KOVFS 2004:5 5-7 §§.

⁷¹ FI 2007:9, s. 30.

⁷² SOU 2002:41, s. 120 f och prop. 2002/03:133, s. 22 f.

⁷³ SOU 2002:41, s. 120 f och prop. 2002/03:133, s. 23.

Finansinspektionens och Konsumentverkets föreskrifter innehåller detaljerade bestämmelser avseende dokumentation av rådgivningsuppdraget. Dokumentationen ska innehålla uppgifter om rådgivaren, konsumenten och rådgivningssituationen.⁷⁴ När det gäller uppgifter om rådgivaren ska dokumentationen göra det möjligt att identifiera näringsidkaren, den personal som lämnar råd och förutsättningarna för rådgivningen. När det gäller konsumenten ska dokumenteras namn, erfarenhet av finansiella placeringar, ekonomiska och andra förhållanden, syfte med placeringen, riskbenägenhet och huvudsaklig placeringsinriktning. Är konsumenten redan väl känd behöver inte samtliga uppgifter inhämtas, skälen därför ska dokumenteras dock. Rådgivaren måste genom frågor förvissa sig om att konsumenten har kunskap om risken med en viss typ av placering och göra sig en bild av vilken grad av risk konsumenten är beredd att acceptera samt dokumentera de uppgifter som konsumenten lämnar. När det gäller själva rådgivningssituationen ska dokumenteras uppgift om tidpunkt för rådgivningen, vilka råd som lämnades och om konsumenten avrått från en viss placering.

I de allmänna råd som finns i anslutning till föreskrifterna sägs att uppgifterna mellan konsument och näringsidkare i en pågående kundrelation bör uppdateras regelbundet. Beträffande syfte med placeringen bör även placeringshorisont noteras. Även konsumentens inställning till risk och totala riskbenägenhet bör dokumenteras. Om näringsidkaren och konsumenten har kommit överens om vissa ramar för placeringsinriktningen eller om näringsidkaren har föreslagit viss placeringsinriktning bör detta dokumenteras. Om konsumenten inte vill lämna ut uppgifter om sig själv bör även detta noteras.

Rådgivningen bör enligt de allmänna råden också specificeras med avseende på vilken typ av produkt rådet avser, kvantitet och andra för rådgivningen relevanta omständigheter. Även grunderna för råden bör dokumenteras. Om rådgivaren har avrått konsumenten från att göra en viss placering bör grunderna för avråddandet noteras. Detsamma gäller om konsumenten trots allt väljer att genomföra den avrådda placeringen. Uppgifter om rådgivningssituationen ska dokumenteras i samband med rådgivningstillfället och av den som lämnar råd. Dokumentationen får utföras på valfritt medium under förutsättning att dokumentationen för varje rådgivningstillfälle är lätt identifierbar och lätt sökbar.

Lehrberg ifrågasätter lämpligheten av en dokumentationsplikt från flera synpunkter. Dels, menar han, är det från integritetssynpunkt olämpligt att enskildas privata affärer dokumenteras varje gång de frågar en professionell rådgivare om råd. Dels kan det leda till tidskrävande merarbete för rådgivare vilket i sin tur kan leda till ökade priser. En dokumentation kan också bli missvisande som bevis om vilken information som konsumenten verkligen har fått, särskilt om den för att vinna tid görs i standardiserad form. Lehrberg menar också att risk finns för att rådgivare i efterhand friserar sin dokumentation. Risken är särskilt stor i sådana fall då en rådgivare i efterhand upptäcker att han gjort sig skyldig till felaktigheter eller varit vårdslös.⁷⁵

Enligt Lehrberg gör finansiella rådgivare ofta fina överväganden och ändrar antagligen inte sällan uppfattning beroende på den information som de fortlöpande tar del av. Han nämner också försiktigheten det talas om i förarbetena men uttrycker en farhåga att denna nedtecknade försiktighet kanske inte motsvarar vad som egentligen sagts. Detta kan dock till viss del motverkas genom att konsumenten får tillfälle att läsa igenom dokumentationen. Ett

⁷⁴ FFFS 2004:4 3 kap. 1-5 §§ och KOVFS 2004:5 3 kap. 1-5 §§. Se även Swahn & Wendleby a.a. s. 55 ff.

⁷⁵ Lehrberg, a.a. s. 93 f.

alternativ kunde vara att konsumenten endast får ett skriftligt motiverat placeringsförslag och att dokumentationen stannar vid det.⁷⁶

Till saken hör att Lehrberg skrev sin kommentar i samband med betänkandet, som inte innehöll förslag på krav att dokumentationen skulle lämnas ut till konsumenten.⁷⁷ Regeringen ansåg det i propositionen dock viktigt att konsumenterna får del av dokumentationen. Det blir då lättare att visa att en rådgivning verkligen förekommit och vad som avhandlats.⁷⁸ Rådgivningslagen innehåller således i 4 § första stycket tredje punkten ett krav på att näringsidkaren ska lämna ut dokumentationen till konsumenten.⁷⁹

3.4.3 God rådgivningssed

Enligt rådgivningslagen 5 § första stycket ska näringsidkaren i sin rådgivningsverksamhet iaktta god rådgivningssed. Det är enligt förarbetena inte möjligt och inte heller önskvärt att fastställa detaljerade normer för hur rådgivning ska 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.⁸⁰

Ett väl beprövat sätt att fastställa normer för arbetsmetoder är att hänvisa till god sed. Begreppet förekommer på flera håll i lagstiftningen för typer av verksamhet som ligger nära den som bedrivs av finansiella rådgivare. Som exempel nämns i förarbetena skyldigheten för fastighetsmäklare att iaktta god fastighetsmäklarsed och för försäkringsmäklare att iaktta god försäkringsmäklarsed.⁸¹

God sed är ett dynamiskt begrepp vars innehåll ändras över tiden. För att konkretisera begreppet hänvisas till olika branschåtgärder, 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. Att närmare konkretisera innehållet i begreppet är inte möjligt enligt förarbetena. Istället hänvisas till den samlade bild som vid varje tid kan utläsas ur dessa källor.⁸²

En jämförelse kan göras med MiFID ”best execution”⁸³, införd i svensk lagstiftning genom 8 kap. 28 § Lag om värdepappersrörelse som ”bästa utförande”. När ett värdepappersinstitut utför en kunds order, ska åtgärder för att uppnå bästa möjliga resultat vidtas. Det gäller pris, kostnad, snabbhet, sannolikhet för utförande och avveckling, storlek, art och andra för kunden väsentliga förhållanden. Om en kund har gett specifika instruktioner ska ordern utföras i enlighet med dessa. Dessa regler tror jag får betydelse för att fylla begreppet god rådgivningssed med innehåll.

⁷⁶ Lehrberg, a.a. s. 94.

⁷⁷ SOU 2002:41, s. 121.

⁷⁸ Prop. 2002/03:133, s. 23.

⁷⁹ Se också FFFS 2004:4 6-10 §§ och KOVFS 2004:5 6-9 §§.

⁸⁰ SOU 2002:41, s. 123 och prop. 2002/03:122, s. 24.

⁸¹ Se 12 § fastighetsmäklarlag (1995:400) och 5 kap. 4 § lag (2005:405) om försäkringsförmedling.

⁸² SOU 2002:41, s. 123 f och prop. 2002/03:133, s. 24 och 51.

⁸³ MiFID art. 21.

3.4.4 Omsorgsplikt

Enligt 5 § första stycket ska näringsidkaren vidare med tillbörlig omsorg ta till vara konsumentens intressen. Detta är av väsentlig betydelse enligt förarbetena. Motsvarande omsorgsplikt finns även i annan konsumenträttslig lagstiftning och är ett värdefullt instrument vid bedömning av näringsidkarens prestation. Omsorgsplikten får sin betydelse främst vid tolkning av vad som förekommit i ett enskilt fall. Förarbetena anger dock några utgångspunkter för bedömningen av vad omsorgsplikten kan tänkas omfatta. Allmänt bör plikten innefatta en skyldighet att sätta konsumentens intresse före andra, kanske motstridiga, intressen. Rådgivaren bör upplysa konsumenten om de förutsättningar som föreligger vid rådgivningstillfället, t.ex. i fråga om näringsidkarens eget utbud av, eller möjlighet att förmedla, olika finansiella tjänster. Detta för att konsumenten på ett bättre sätt ska kunna bedöma de råd som lämnas.⁸⁴

Skyldigheten att visa omsorg mot sin uppdragsgivare anses vara uttryck för en allmän rättsprincip. I första hand går omsorgsplikten ut på att värna om uppdragsgivarens ekonomiska intressen.⁸⁵ Rådgivaren ska också redovisa sitt uppdrag på ett pedagogiskt godtagbart sätt så att missförstånd inte uppstår.⁸⁶ I omsorgsplikten ligger att näringsidkaren uppträder aktivt lojalt mot uppdragsgivaren/konsumenten.⁸⁷ Konsumenten kan också behöva uppmärksammas på behov av ytterligare rådgivning från annat håll.

Finansinspektionen och Konsumentverkets allmänna råd innehåller rekommendationer om information till konsumenten om vilka produkter och tjänster näringsidkaren tillhandahåller, samt om andra omständigheter av väsentlig betydelse för rådgivningen. Konsumenten bör i vissa fall uppmärksammas på att han kan vara i behov av ytterligare rådgivning från annat håll. Om rådgivaren vill överlåta åt någon annan att fullgöra uppdraget bör även detta klargöras för konsumenten.⁸⁸

De allmänna råden anger också att näringsidkaren vid sina kontakter med konsumenter tydligt bör skilja på vad som är råd för placeringar respektive marknadsföring eller information om produkter. Här menar Swahn & Wendleby att det kan vara bra om näringsidkaren i förväg klargör syftet med mötet, så att konsumenten så långt möjligt får klart för sig i vilken egenskap den anställde hos näringsidkaren agerar och vad konsumenten rimligen kan förvänta sig vid kontakten med näringsidkarens representant.⁸⁹

De allmänna råden säger vidare att näringsidkaren bör informera konsumenten om dennes rättigheter enligt rådgivningslagen samt att konsumentens val att inte lämna uppgifter om sig själv kan påverka rådgivningens omfattning och innehåll.⁹⁰

⁸⁴ SOU 2002:41, s. 124 och prop. 2002/03:133, s. 25 och 52.

⁸⁵ Elfström, a.a. s. 74 inkl fotnot nr 9.

⁸⁶ SOU 2002:41, s. 38 f.

⁸⁷ SOU 2002:41, s. 124 och prop. 2002/03:133, s. 25 och 52, med hänvisning till prop. 1984 785:110 s. 159.

⁸⁸ FFFS 2004:4 4 kap. p. 6 och 7 och KOVFS 2004:5 4 kap. 3 och 4 st.

⁸⁹ FFFS 2004:4 4 kap. p. 4, KOVFS 2004:5 4 kap. 1 st. och Swahn & Wendleby a.a. s. 63 f.

⁹⁰ FFFS 2004:4 4 kap. p. 5 och 8 och KOVFS 2004:5 4 kap. 2 och st.

3.4.5 Anpassning till den enskilde konsumenten

Enligt 5 § första stycket andra meningen framgår att näringsidkaren ska anpassa rådgivningen efter konsumentens önskemål och behov samt inte rekommendera andra lösningar än sådana som kan anses lämpliga för konsumenten. För att näringsidkaren ska kunna uppfylla detta krav krävs enligt förarbetena att rådgivaren genomför en kartläggning av konsumenten. I kartläggningen bör rådgivaren då efterfråga konsumentens förkunskaper, ekonomiska och andra relevanta förhållanden, önskemål och syfte med placeringen samt riskbenägenhet.⁹¹ Kartläggningen ska dokumenteras i enlighet med 4 §.

Beträffande konsumentens **förkunskaper** är det nödvändigt att rådgivaren genom frågor gör sig en bild av dessa och konsumentens vana vid placeringar i finansiella instrument. Rådgivaren ska här anpassa sin rådgivning efter den kunskapsnivå som den enskilde konsumenten har.⁹²

När det gäller konsumentens **ekonomiska och andra förhållanden** ska rådgivaren kartlägga inkomst, förmögenhet, försäkringssituation och skulder. Vidare familjeförhållanden och andra förhållanden av privat natur. Exempelvis kan det förhållandet att konsumenten endast har en tillfällig anställning påverka bedömningen, eftersom de ekonomiska förutsättningarna kan förändras.

Vid kartläggningen av konsumentens **syfte och önskemål med placeringen** måste rådgivaren göra klart för sig om konsumenten avser att placera på kort eller lång sikt. Målet med placeringen är också betydelsefullt.

Av stor betydelse är även att kartlägga konsumentens **riskbenägenhet**. Olika placeringar är förenade med olika grader av risk. 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.

En förutsättning för kartläggningen är att konsumenten medverkar. Om konsumenten inte vill delge rådgivaren några uppgifter enligt ovan får rådgivaren efter bästa förmåga utföra rådgivningsuppdraget och upplysa om att bristerna i bedömningsunderlaget kan påverka tillförlitligheten i råden som lämnas.⁹³

Enligt förarbetena kan en rådgivare avstå helt eller delvis från att genomföra en kartläggning om bedömningen görs att den inte är nödvändig i det enskilda fallet. Konsumenten är kanske redan väl känd av rådgivaren eller så kräver den aktuella placeringen det inte. För att i efterhand kunna bedöma om rådgivaren hade fog för sådant ställningstagande är det viktigt att skälen för bedömningen har dokumenterats.⁹⁴ Om konsumenten är väl känd men det gått en längre tid sedan senaste rådgivning bör rådgivaren förvissa sig om att förhållanden som tidigare kartlagts inte förändrats.⁹⁵

Näringsidkaren/rådgivaren ska heller inte enligt 5 § första stycket andra meningen rekommendera andra lösningar än sådana som kan anses lämpliga för konsumenten. I förarbetena anges att bestämmelsen inte ska tolkas så att rådgivaren måste lämna det råd som är mest lämpligt eller liknande. Syftet med bestämmelsen är att de råd som lämnas vid en

⁹¹ SOU 2002:41, s. 125 f. och prop. 2002/03:133, s. 25 f. och 52.

⁹² Prop. 2002/03:133, s. 26.

⁹³ SOU 2002:41, s. 126 f. och prop. 2002/03:133, s. 52.

⁹⁴ SOU 2002:41, s. 127 och prop. 2002/03:133, s. 52.

⁹⁵ A-P Svensson, a.a. s. 49 ff.

helhetsbedömning och kartläggning ska framstå som lämpliga för den enskilde konsumenten.⁹⁶

3.4.6 Avrådningsplikten

Enligt lagens 5 § andra stycket framgår att näringsidkaren ska avråda konsumenten från att vidta åtgärder som inte kan anses lämpliga med hänsyn till konsumentens behov, ekonomiska förhållanden eller andra omständigheter. Bestämmelsen har införts efter förebild från 6 § konsumenttjänstlagen (1985:716).⁹⁷

Enligt förarbetena blir bestämmelsen tillämplig för det fall konsumenten inom ramen för en rådgivningssituation själv uttrycker ett önskemål om en viss typ av placering. Avrådningsplikten blir aktuell när åtgärd konsumenten önskar vidta inte kan anses lämplig med tanke på vad som framkommit vid kartläggningen. Bestämmelsen blir inte tillämplig för det fall det inte föreligger en rådgivningssituation, t.ex. om konsumenten endast begärt eller erhållit en ren expeditionstjänst. Sådana uppdrag omfattas inte av lagen. Banker och värdepappersinstitut har ingen skyldighet att hindra kunden från ”olämpliga” placeringar.

Avrådningsplikten ska, enligt förarbetena, inte uppfattas som en skyldighet för rådgivaren att försöka övertala konsumenten om att inte vidta en viss åtgärd eller genomföra en viss transaktion. Vill konsumenten, trots att rådgivaren avrått, gå vidare finns inget hinder att gå konsumenten till mötes. Eventuella avrådanden ska dokumenteras i enlighet med 4 §. Dokumentationskravet blir särskilt viktigt när det finns ett påstående om att konsumenten har avråtts från en transaktion eller åtgärd. Om näringsidkaren ska ha någon framgång med att hävda att konsumenten avråtts krävs i regel att avrådandet dokumenterats.⁹⁸

Elfström menar att god yrkessed (rådgivningssed) i sig kan kräva att rådgivaren har en avrådningsplikt. Det ingår i den allmänna omsorgsplikten. Vill den rådsökande ändå ha tjänsten utförd kan finnas en skyldighet för rådgivaren att avsäga sig uppdraget.⁹⁹ Även Johansson menar att avrådningsplikten kan omfattas av omsorgsplikten. Om det i omsorgsplikten ligger att ta tillvara uppdragsgivarens intresse, måste det ibland i detta intresse ligga att uppdragsgivaren avråds från att vidta vissa åtgärder. I rådgivningslagen har denna skyldighet preciserats genom bestämmelsen i 5 § andra stycket.¹⁰⁰

Enligt Lycke m.fl. finns inget rättsfall där en konsument fått skadestånd för att ett finansiellt institut varit vårdslöst genom att inte avråda, även om argumentet förekommit vid några tillfällen.¹⁰¹ I anslutning till kreditgivningsfall har det anförts att det inte föreligger någon principiell skyldighet för en bank att avråda från en viss affär, även om banken har kunskaper nog för att dra slutsatsen att den borde göra det. HD uttalade i NJA 1996 s. 3:

”Även om en bank vid beviljande av kredit regelmässigt får kunskap om ändamålet med krediten kan det inte anses föreligga någon principiell skyldighet för banken att pröva det

⁹⁶ Prop. 2002/03:133, s. 26 f. och 52 f.

⁹⁷ SOU 2002:41, s. 127 f. och Prop. 2002/03:133, s. 27 f.

⁹⁸ Lycke m.fl. a.a. s. 107.

⁹⁹ Elfström, a.a. s. 104.

¹⁰⁰ Lennart Johansson, *Banks plikt att avråda vid finansiell rådgivning*, ur Lennart Lyngge Andersen (red.) *8 perspektiver på finansiell rådgivning*, Gylling 2005.

¹⁰¹ Lycke m.fl. a.a. s. 57.

lämpliga i hur låntagaren avser att använda pengarna. Kreditprövningen har till främsta syfte att utreda om låntagaren har förmåga att uppfylla villkoren i kreditavtalet och utrymme i sin ekonomi för kreditåtagandet; något annat kan inte anses följa av 5 § konsumentkreditlagen.”

Det skulle dock inte vara omöjligt att i 5 § konsumentkreditlagen tolka in en skyldighet att avråda från att ta upp ett lån menar Johansson.¹⁰² Enligt lagens förarbeten framhävs att omsorgsplikten ska ses mot bakgrund av att kreditgivare måste agera med utgångspunkt från att kreditavtal ofta har stor betydelse för låntagarens ekonomiska förhållanden och därför är känsligare från konsumentsynpunkt än de flesta avtal. Vidare anges att det i kreditgivarens ansvar ligger bland annat att försöka medverka till att privatpersoner inte skuldsätter sig på ett sådant sätt som är alltför långtgående i betraktande av deras inkomster och övriga ekonomiska förhållanden.¹⁰³

Johansson menar att avrådningsplikten i 5 § 2 stycket i rådgivningslagen måste ses mot bakgrund av rådgivarens omsorgsplikt och krav på individualiserad rådgivning enligt lagens 5 § 1 stycket.¹⁰⁴ Kravet på anpassning av rådgivningen kan medföra att en avrådningsplikt framstår som överflödigt resonerar han vidare. Omfattningen av avrådningsplikten tycker han inte heller är helt klar. Kravet för tillämplighet är att det är fråga om en rådgivningssituation. Sådan situation är det inte fråga om när konsumenten kontaktar näringsidkaren på eget initiativ och ber denne genomföra finansiell transaktion. Då föreligger heller inte någon avrådningsplikt enligt lagen.

4. Tillsyn och uppföljning av lagens efterlevnad

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 Finansinspektionens tillsyn eller verksamhet som bedrivs av advokater.

För tillsynen har Konsumentverket rätt att göra inspektion hos näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning 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 handlingarna eller lämnar upplysningarna, får Konsumentverket förelägga näringsidkaren vid vite att fullgöra sin skyldighet.”

4.1 Uppföljning av Finansinspektionen

Enligt rådgivningslagen ska Finansinspektionen och Konsumentverket utöva tillsyn över att lagen och föreskrifter som meddelats med stöd av lagen följs. De båda myndigheterna har ett delat ansvar för konsumentskyddet på de finansiella marknaderna och samarbetar för att samordna tillsynen. Utöver Finansinspektionen och Konsumentverket finns det ett antal ytterligare myndigheter och organisationer som är involverade i konsumentskyddsarbetet på de finansiella marknaderna i större eller mindre utsträckning, t.ex. Konsumenternas bank- och finansbyrå och Allmänna Reklamationsnämnden.

¹⁰² Johansson, a.a. s. 128

¹⁰³ Johansson, a.a. s. 128, prop. 1991/1992:83 s. 106 f.

¹⁰⁴ Johansson, a.a. s. 130

Finansinspektionen är den myndighet som ska utöva tillsyn över de företag som står för huvuddelen av rådgivningen i finansiella frågor, t ex banker, värdepappersbolag, försäkringsbolag och fondbolag. Undantaget i 8 § 1 st. innebär alltså i praktiken att Finansinspektionen är den myndighet som huvudsakligen kommer att utöva tillsyn över lagens efterlevnad.¹⁰⁵

Finansinspektionen ingriper inte i enskilda kunders ärenden, utan arbetar för konsumentskyddet i stort på de finansiella marknaderna. I april 2007 presenterade Finansinspektionen en rapport med utgångspunkt i hur konsumenten bemöts och behandlas i en rådgivningssituation och hur hon uppfattar rådgivningen.¹⁰⁶ Undersökningen visar kundens perspektiv och grundar sig på:

- Finansinspektionens besök på totalt 40 bankkontor.
- Intervjuer med ett 60-tal ”riktiga” kunder som fått rådgivning.
- Enkät till företag som bedriver finansiell rådgivning med frågor om hur de hanterar rådgivningen.

Syftet med undersökningen var att hitta de problem som uppstår i en rådgivningssituation och att bidra till en ökad medvetenhet hos konsumenterna samt att få företagen själva att inse vad som kan göras bättre och genomföra förbättringar.

Genom undersökningen identifierades enligt Finansinspektionen ett flertal problemområden. Företagen som bedriver finansiell rådgivning tycktes i flera fall slarva med att ta in nödvändiga uppgifter från kunden, t.ex. uppgifter om kundens ekonomiska situation, kunskap och erfarenheter. Rådgivningen dokumenterades i många fall inte på korrekt sätt och lämnades inte ut till kunden. Gränsdragningen mellan rådgivning och försäljning var också i vissa fall otydlig.

Avseende dokumentationskravet i rådgivningslagen menar Finansinspektionen att om de finansiella företagen slarvar med dokumentationen befästs konsumentens informationsunderläge. I ett läge där konsumenten skulle hävda vårdslös rådgivning är det dessutom till företagets nackdel om dokumentation inte upprättats och lämnats ut, eftersom bevisbördan för vad som sagts i rådgivningssituationen då ligger på företaget.

När det gäller gränsdragningen mellan rådgivning och försäljning anser Finansinspektionen att otydlighet kan leda till allvarliga konsekvenser för en konsument som anser sig sitta i en rådgivningssituation, men som egentligen är föremål för försäljning av finansiella tjänster. Företagen själva kan också drabbas om de inte har klart för sig att det är en rådgivningssituation och att de i så fall bryter mot rådgivningslagen.

Finansinspektionen anser att begreppet rådgivning har en vid innebörd. En rådgivningssituation föreligger när kunden har befogad anledning att tro att hon ska få råd, och då ska rådgivningslagens regler om kartläggning och dokumentation tillämpas. Detta synsätt ligger också i linje med vad som uttrycks i lagens förarbeten.¹⁰⁷

Det finns dock ingen uttrycklig regel om att de finansiella företagen ska ha en klar skiljelinje mellan rådgivning och försäljning. Att kräva en konsekvent uppdelning mellan rådgivande och säljande funktioner är heller inte realistiskt enligt Finansinspektionen. Det hindrar

¹⁰⁵ Lycke m.fl. a.a. s. 112.

¹⁰⁶ FI 2007:5 *Rådgivningen, kunden och lagen – en undersökning av finansiell rådgivning*

¹⁰⁷ Se ovan 3.2.3 om den befogade tillitens relevans.

naturligtvis inte att företagen skulle kunna göra mer för att internt och gentemot kunden skapa tydligare gränser.

Enligt undersökningens resultat är företagen själva och Finansinspektionen inte riktigt överens när det gäller uppfyllandet av rådgivningslagens krav. Företagen menar sig väl uppfylla krav på kompetens, dokumentation och gränsdragning mot försäljning i sin rådgivande verksamhet. Finansinspektionen identifierade flertalet problemområden enligt ovan.

Till följd av de här slutsatserna avser Finansinspektionen att fördjupa granskningen inom de identifierade problemområdena, inleda diskussion med branschen för att se över kompetenskravet för finansiella rådgivare samt föreslå att Konsumenternas bank- och finansbyrå utformar och tillhandahåller information om rådgivningslagen.¹⁰⁸ Några påföljder för företagen är det inte tal om på det här stadiet, men i en fortsatt granskning kan det bli aktuellt med varning eller, i de allvarigare fallen, föreläggande om att upphöra med finansiell rådgivning.¹⁰⁹

För att fortsatt stärka konsumenternas ställning på finansmarknaderna föreslår Finansinspektionen vidare i en rapport från november 2007¹¹⁰ tio åtgärds punkter. Åtgärderna delas in i två grupper. Dels handlar det om övergripande åtgärder som Finansinspektionen menar ska drivas av en av regeringen utsedd småspararkommission. Arbetet ska ske i samverkan med olika myndigheter, med konsumentbyråerna och med finansbranschen. Dessa övergripande åtgärder är:

1. Inrätta en småspararkommission
2. Höj kunskapsnivån i privatekonomi
3. Konsumentbyråerna ska satsa mer på pris- och villkorsjämförelser
4. Bygg ut webbportalen för finansiella tjänster
5. Bygg upp en klagomålsdatabas
6. Gör pensionsbeskeden begripliga

Regeringen¹¹¹ välkomnar Finansinspektionens initiativ till bred folkbildningskampanj och överläggningar om hur arbetet konkret ska utformas ska äga rum framöver. Detta med hänsyn till att allt fler finansiella val och ställningstaganden behövs, från PPM-fonder och aktier till privata kapitalförsäkringar och krediter. Småspararna har att välja bland en mängd sparformer med varierande risk. Lån erbjuds inte bara på bankkontoren, utan även över telefon, via SMS och i butik i samband med köp av exempelvis TV och andra konsumentvaror.

Finansinspektionens förslag innehåller också åtgärder som inspektionen inom ramen för sitt nuvarande uppdrag avser att genomföra. Dessa är:

7. Skärpt övervakning av vanliga finanstjänster
8. Skilj på rådgivning och försäljning
9. Skärpt bevakning av utländska företag med svenska kunder
10. Utvärdera insatserna årligen.

¹⁰⁸ FI 2007:9 *Konsumentskyddet på finansmarknaden*

¹⁰⁹ 9 § rådgivningslagen.

¹¹⁰ FI 2007:20 *Aktionsplan för småspararna – en handlingsplan i tio punkter*

¹¹¹ Genom Mats Odell, Kommun- och finansmarknadsminister, Sydsvenskan 23 november, 2007.

4.2 Förtroendefrågan

Trots att Finansinspektionen i sin undersökning av finansiell rådgivning¹¹² upptäckte flera problemområden och otydligheter, redovisade i kapitel 4.1, var de verkliga kunder som Finansinspektionen intervjuat överlag nöjda med den rådgivning de fått. Ingen var missnöjd. Detta innebär inte nödvändigtvis att företagen i alla delar lever upp till regelverkens krav. Hur bedömer t.ex. kunden om rådgivaren är kunnig eller inte och om denne är värd förtroende frågar sig Finansinspektionen i sin undersökning. Det finns inga objektiva kriterier på vad en rådgivare är för något, vad hon ska förväntas kunna och hur hon förväntas uppträda. Detta skiljer rådgivare från andra yrkesgrupper där stort förtroendekapital är nödvändigt, t ex läkare och advokater där det finns tydliga auktorisations- och legitimitetskrav. Finansiella företag använder däremot olika program och tester för att verifiera kompetens hos rådgivarna. Innehållet i utbildningarna och kriterierna för vem som är rådgivare är inte entydigt och skiljer sig nog en del mellan olika företag.¹¹³

Är det mot bakgrund av svårigheten att bedöma rådgivarens kompetens samt det faktum att konsumenten i många fall verkar sakna kunskap om sina rättigheter enligt rådgivningslagen som ingen tillfrågad kund visar missnöje med finansiell rådgivning i en undersökning utförd 2007? God ekonomisk tillväxt, positiv börsutveckling och låga räntor har förmodligen till viss del styrt kundernas svar.

Efter bankkrisen i början av 1990-talet var förtroendet för bankerna i botten. Det ökade därefter men i början av 2000-talet sjönk det på nytt. Det låga förtroendet kan ha flera orsaker. Det kan handla om självupplevda missförhållanden i relationen med banken, om en besvikelse över inträffade kursförluster eller om allmänt negativa attityder till verksamheten som sådan. Förtroendet kan skifta kraftigt mellan olika delar av branschen.¹¹⁴ 2008, visade Svenska Bankföreningens årliga TEMO-undersökning¹¹⁵ att förtroendet för de svenska bankerna är fortsatt stort. 74 procent av svenska folket har ett stort eller ganska stort förtroende för bankerna, vilket är en marginell nedgång från föregående år med 2 procentenheter. Förtroendet har ökat markant sedan 1993 då endast 37 procent hade stort eller ganska stort förtroende för bankerna. Svenska Bankföreningen menar att det är bankernas arbete med att förbättra tillgängligheten och servicen för kunderna som gett resultat, trots oron som präglat finansmarknaden den senaste tiden.¹¹⁶ Förstärkt konsumentskydd i lagar och regler har också fått genomslag och konkurrensen mellan de finansiella aktörerna har hårdnat.

Finansinspektionens har, innan rapporten från 2007, tidigare undersökt olika aspekter på hur den finansiella rådgivningen fungerar på olika områden. Bland annat publicerades år 2005 en undersökning av hur finansföretagen implementerat rådgivningslagen.¹¹⁷ Finansinspektionen drog slutsatsen att lagen medfört en ökad säkerhet för konsumenten eftersom rådgivningen strukturerats och dokumenterats. Finansinspektionen menade också att delar av lagen kanske skulle kunna utsträckas till andra skyddsvärda områden, t.ex. kreditgivning, i den mån sådan inte hanteras av annan konsumenträttslig lagstiftning.

¹¹² FI 2007:5

¹¹³ Banker och värdepappersbolag använder i första hand SwedSecs licensieringsprogram, se s. 13, men det finns även andra kunskapstester på marknaden.

¹¹⁴ SOU 2004:47, s. 296 f.

¹¹⁵ Synovate Temo *Allmänhetens syn på bankerna 2008*

¹¹⁶ www.bankforeningen.se 15 april, 2008.

¹¹⁷ FI 2005:13 *Konsumenten och rådgivningen*

4.3 Utsträckning av rådgivningslagen

Det finns ett antal lagar som utformats i syfte att skydda just konsumenter. Det är dels den marknadsrättsliga lagstiftningen, dels ett antal civilrättsliga lagar. Den marknadsrättsliga lagstiftningen avser att skydda konsumenterna som kollektiv och ingripa i efterhand mot felaktigt beteende från näringsidkarens sida i samband med marknadsföring och försäljning av varor och tjänster. De åtgärder som kan komma i fråga syftar till att förhindra felaktigt beteende i framtiden och inte till att rätta till resultat för den enskilde konsumenten. Den marknadsrättsliga lagstiftningen består bland annat av marknadsföringslagen (1995:450), med syfte att främja konsumenternas intressen i samband med marknadsföring av produkter. Andra viktiga lagar på området är prisinformationslagen (2004:347) och lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

Den civilrättsliga lagstiftningen syftar till att skydda den enskilde konsumenten när denne gör en affär med en näringsidkare. Den är tvingande till konsumentens förmån och innehåller bland annat regler om avtalet och om verkan av dröjsmål med betalningen eller leveransen samt om verkan av att det finns fel i varan eller tjänsten. När det gäller det finansiella området har vi t.ex. konsumentkreditlagen (1992:830) och försäkringsavtalslag (2005:104) samt distans- och hemförsäljningslagen (2005:59) och även här lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, som innehåller både marknadsrättsliga och civilrättsliga regler. Också rådgivningslagen innehåller civilrättsliga regler till skydd för konsumenten.

Det förekommer också att andra civilrättsliga lagar, som inte formellt är tillämpliga på det finansiella området, ändå använts analogt. Det gäller t.ex. konsumenttjänstlagen (1985:716).

I en promemoria författad av Anders Eriksson, ”Konsumentskyddet inom det finansiella området”, behandlas bland annat frågan om hur konsumenten ska skyddas mot att i det enskilda fallet ingå avtal som är ofördelaktiga samt hur konsumenten ska kunna få sin sak prövad när tvist uppstår. Eriksson konstaterar att konsumentskyddet på det finansiella området ser ganska bra ut idag. På senare år har väsentliga förbättringar genomförts genom bland annat införandet av kravet på kreditprövning i § 5a konsumentkreditlagen, rådgivningslagen och nya prisinformationslagen. Även tillsynsmyndigheterna har kommit till rätta med en del problem och blivit effektivare.¹¹⁸

Dock saknas det inte helt problem idag inom konsumentskyddet på det finansiella området. Bland annat behövs resurser till konsumentens framtida information, utbildning, råd och stöd i syfte att stärka konsumentens position på området. Dessa frågor är under Finansinspektionens behandling. I en nyligen publicerad rapport diskuterar Finansinspektionen bland annat finansiell utbildning av allmänheten.¹¹⁹

Eriksson lämnar i sin promemoria flera förslag på förstärkning av konsumentkreditlagen. Den lagen bygger på ett EG-direktiv om konsumentkrediter från 1986¹²⁰. Direktivet är ett så kallat minimidirektiv, vilket innebär att medlemsländerna måste införa lagstiftning som ger konsumenterna skydd som minst uppfyller det som krävs enligt EG-direktivet. Inget hindrar att ett medlemsland ger ett längre gående skydd än vad direktivet föreskriver. Det har flera länder gjort, bland annat Sverige.

¹¹⁸ Anders Eriksson *Konsumentskyddet inom det finansiella området*, promemoria 2005-09-12., s. 35 f.

¹¹⁹ FI 2007:20

¹²⁰ Direktiv (87/102/EEC) antogs den 22 december 1986 och ändrades genom nytt direktiv (90/88/EEC) som antogs den 22 februari 1990.

I nuläget har ett nytt konsumentkreditdirektiv, KOM(2005)483, röstats igenom i EU-parlamentet. Beslutet togs den 16 januari 2008 efter sex års intensiva förhandlingar. Direktivet är ett led i målsättningen att få en gemensam finansiell marknad innan 2010. Direktivet förväntas vara implementerat i svensk lagstiftning inom två år.

Syftet med direktivet är att underlätta långivningen över landsgränserna inom EU. Det nya direktivet är ett så kallat fullharmoniseringsdirektiv, vilket innebär att medlemsländerna kommer att ha likadana regler för konsumentkrediter. Det kan underlätta för kreditgivning över landsgränserna. Direktivet gäller för de flesta typer av lån mellan 200 euro och 75 000 euro men reglerna omfattar inte bostadslån. Det ger konsumenter rätt att ångra ett lån inom 14 dagar och de behöver då bara betala tillbaka pengarna med den ränta som gällde när lånet togs. Vidare uppställer direktivet regler kring vilken information som ska ges till konsumenterna innan avtalet sluts och i själva kontraktet. Bland annat ska klargöras hur mycket lånet kommer att kosta, både i räntesats och i kronor. Informationen ska ges i ett standardiserat informationsblad som utformas på samma sätt i alla länder för att underlätta jämförelser. Kreditgivare ska också kunna ersättas för förluster när konsumenter betalar tillbaka sina fasta lån.¹²¹

Erikssons förslag på förstärkning av konsumentkreditlagen innebär bland annat att näringsidkarens fordran ska nedsättas om näringsidkaren brutit i kreditprövningen och en noggrann kreditprövning skulle ha visat att konsumenten inte hade förmåga att återbetala krediten helt eller delvis. Detta kommer av att han saknar en uttrycklig civilrättslig sanktionsregel för bristfällig eller utebliven kreditprövning. Högsta domstolen (HD) har uttalat att om en bank har försummat sina skyldigheter i fråga om kreditprövningen, kan detta endast i undantagsfall föranleda att låntagaren blir fri från sin betalningsskyldighet för lånet samt att sådan befrielse då närmast grundas på 36 § avtalslagen.¹²² Det, menar Eriksson, är inte tillräckligt skydd för den enskilde konsumenten. Inte heller Finansinspektionens och Konsumentverkets näringsrättsliga skyddsåtgärder hjälper den enskilde konsumenten som råkat ut för bristande kreditprövning.¹²³

Konsumenten behöver skyddas på grund av näringsidkarens informations- och kunskapsövertag. Eriksson hänvisar till rådgivningslagen och menar att det inte endast kan krävas av konsumenten att ta eget ansvar för krediter och placeringar. Ett större ansvar bör läggas på näringsidkarsidan.

Vidare föreslår Eriksson att en avrådningskyldighet läggs på näringsidkaren i kreditgivningssituation. Ett avrådande ska ske om krediten med hänsyn till priset för krediten, konsumentens ekonomiska situation eller andra särskilda omständigheter inte kan anses vara till rimlig nytta för konsumenten. Har näringsidkaren försummat att avråda när det funnits skäl för det ska näringsidkarens fordran sättas ned.¹²⁴

Ett av de viktigaste syftena med den konsumentskyddande lagstiftningen är att förhindra att konsumenter överskuldsätter sig. Enligt 5 § konsumentkreditlagen ska näringsidkaren i sitt förhållande till konsumenten iakttä god kreditgivningssed och därvid ta tillvara konsumentens intressen med tillbörlig omsorg. Enligt förarbetena syftar bestämmelsen till att betona

¹²¹ www.bankforeningen.se uppdatering 17 januari, 2008 och www.dn.se 21 maj, 2007.

¹²² Se NJA 1996 s. 3 och NJA 1999 s. 304.

¹²³ Eriksson, s. 38 ff.

¹²⁴ Eriksson, s. 42 ff.

kreditgivarens ansvar gentemot konsumenterna. I detta ansvar ligger bl. a. att försöka motverka att privatpersoner tar på sig alltför omfattande skulder.¹²⁵

Brott mot god kreditgivningssed saknar dock särskild sanktion. Det som står till buds är jämkning enligt 36 § avtalslagen och de allmänna sanktioner av näringsrättslig typ som tillsynsmyndigheterna kan använda sig av (se ovan). Eriksson jämför med konsumenttjänstlagen och rådgivningslagen som båda har bestämmelser om avrådningskyldighet. Sådan skyldighet ses här som en naturlig följd av näringsidkarens omsorgsplikt.¹²⁶ Skyldigheterna är också civilrättsligt sanktionerade i de båda lagarna. Omsorgsplikt och avrådningsplikt finns inom ramen för bestämmelsen om god kreditgivningssed i 5 § konsumentkreditlagen men Eriksson menar att det saknas en uttrycklig bestämmelse om avrådningskyldigheten och hur långt den sträcker sig. En större brist är det att skyldigheterna enligt 5 § inte är civilrättsligt sanktionerade.

Om näringsidkaren sedan fullgjort sin avrådningskyldighet men konsumenten ändå vill ta krediten är det inget som hindrar näringsidkaren från att ingå kreditavtalet. Det är konsumenten som till sist avgör om kreditavtalet ska komma till stånd eller ej.

5. Analys

5.1 Tillämpningsområde

När det gäller lagens tillämpningsområde är det främst två områden som kan kännas otydliga; dels när det anses föreligga en rådgivningssituation, dels gränsdragningen mellan rådgivning och försäljning. Nedan beskriver jag tre olika situationer där lagen kan komma att tillämpas. Vad är att se som en ren orderläggning eller allmän information, situationer som inte omfattas av lagens regler, och vad är att se som placeringsrådgivning i lagens mening? Av stor vikt är hur konsumenten uppfattar situationen. I avsnitt 3.2.3 har jag skrivit om ”uppdragsförhållande” och ”den befogade tillitens relevans”, uttryck som använts i rättsfall innan lagens tillkomst och som också hänvisas till i lagens förarbeten.

Situation 1)

En bankkund har ett möte med sin rådgivare och de går igenom kundens hela ekonomi varefter rådgivaren ger förslag på placeringar. Rådgivningen dokumenteras och både kund och rådgivare skriver under dokumentationen. Placeringsförslagen verkställs. Efter några dagar får kunden ett direktreklamsutskick från banken med information om en nystartad fond. Omfattas denna situation av lagen?

Kunden kan uppfatta detta som att rådgivaren ger ett riktat erbjudande med anledning av den nyligen genomförda rådgivningen. Kunden är kanske inte medveten om att utskicket är av massmedial karaktär. Vad som krävs av näringsidkaren här är att det tydligt framgår i materialet att det inte handlar om ett råd, utan om marknadsföring av en ny produkt. Här ska istället den marknadsrättsliga lagstiftningen bli tillämplig till skydd för konsumentkollektivet och inte den enskilde konsumenten.

¹²⁵ Prop. 1991/92:83 s. 106 f.

¹²⁶ Prop. 1984/85:110 s 39 ff. och 2002/03:133 s. 24 ff.

Är detta att betrakta som en lucka i lagstiftningen till konsumentens nackdel? Här blir det nog till att göra en bedömning av det enskilda fallet. Hur är utskicket utformat? Finns det ett uppdragsförhållande mellan avsändare och mottagare av utskicket? Hur många har fått ta del av informationen och på vilka grunder?

Har det faktum att informationen har en personlig inledning av typen "Hej Malin!" någon betydelse för bedömningen?

Det är inte omöjligt att kunden med det nyligen genomförda mötet i åtanke anser informationen vara ett erbjudande direkt riktat till honom och att lagen av den anledningen skulle tillämpas. Jag anser dock att så blir fallet snarare om rådgivaren t ex skickat informationen från sin e-postadress direkt till kundens e-postadress. Direktreklam via post sänd till ett stort antal av näringsidkarens kunder, ger inte att ett uppdragsförhållande är för handen och lagen blir därför inte tillämplig på denna situation, i enlighet med förarbetena.

Situation 2)

En bankkund har ett möte med sin rådgivare och de går igenom kundens hela ekonomi varefter rådgivaren ger förslag på placeringar. Rådgivningen dokumenteras och både kund och rådgivare skriver under dokumentationen. Placeringsförslagen verkställs. Efter ett par dagar hör kunden själv av sig till rådgivaren och lägger en köporder på en ny fond kunden läst om. Omfattas denna situation av rådgivningslagen?

Här är uppdragsförhållandet av avgörande betydelse. Om ett sådant förhållande ur kundens perspektiv föreligger, med all rimlighet med hänsyn till tidigare möte och kontakt, har kunden en tro på att rådgivaren skulle avråda om denne ansåg att köpet var fel för kunden.

Här bör man alltså vara försiktig. Är det fråga om rådgivning eller är det att se som ett rent expeditionsärende? I detta läge måste rådgivaren enligt lagen vara tydlig med vad som gäller och vilket skydd kunden som konsument har eller inte har. Rådgivaren måste tala om för kunden att hänsyn inte tas till kundens övriga ekonomi, utan ses som ett rent expeditionsärende. En komplikation blir huruvida samtalet spelas in eller dokumenteras på annat sätt. Kunden har ju de facto ringt "sin rådgivare" i tron att få bästa råd och hjälp. Då kan ord stå mot ord i fall av klagomål enligt lagen.

Situation 3)

En bankkund har ett möte med sin rådgivare och de går igenom kundens hela ekonomi varefter rådgivaren ger förslag på placeringar. Rådgivningen dokumenteras och både kund och rådgivare skriver under dokumentationen. Placeringsförslagen verkställs inte. Kunden lägger själv ordern via Internetbanken några dagar senare. Ordern stämmer inte exakt överens med vad man kom fram till vid rådgivningstillfället. Blir rådgivningslagen tillämplig på denna situation?

I det här fallet kan näringsidkaren inte ta ansvar för de justeringar i föreslagna placeringar som kunden väljer att göra. Lagen bör dock bli tillämplig på de placeringar som, inom rimlig tid, görs med utgångspunkt i genomförd rådgivning. Tiden som förflutit mellan rådgivningsdatum och lagd order är av betydelse. Ju säkrare placering, desto längre tid kan få förflyta mellan dessa tidpunkter.

Uppföljning

Hur ofta bör näringsidkaren följa upp och uppdatera den rådgivning som getts? Den finansiella marknaden är i ständig förändring. Näringsidkaren och konsumenten kan ha nått fram till ett beslut om en viss placeringsfördelning i enlighet med den kartläggning som gjorts av den enskildes ekonomi enligt rådgivningslagen. Denna fördelning förändras i takt med att t ex börserna går upp under en längre period. Finns det ett ansvar att kontakta kunden extra ofta vid sådana marknadsförändringar? I goda tider upplevs detta förmodligen inte som lika viktigt, då kunderna generellt får god avkastning på placerat kapital. I en rådgivningssituation görs en placeringsprofil med avseende på risk, placeringshorisont och kundens aktivitetsnivå, dvs. hur ofta kunden kommer att placera om sitt kapital. Denna profil bör bli avgörande för hur ofta näringsidkare och konsument bör uppdatera placeringarna. Om profilen visar på hög riskbenägenhet, långsiktig placeringshorisont och hög aktivitetsnivå, är det kundens ansvar att uppdatera profilen eller faller det på rådgivaren?

Frågan om uppföljning och uppdatering av rådgivningen kan komma att omfattas av begreppet god rådgivningssed. God rådgivningssed i placeringssituationer kommer att fyllas med innehåll efterhand via bland annat doktrin och praxis. Lämpligt i situationer som ovan kunde vara att i samband med kartläggning och riskprofilering också komma överens om och dokumentera hur ofta kontakt ska tas, och av vem, för att följa upp vad som skett vid rådgivningstillfället.

5.1.1 Rådgivning och försäljning

Hur gränsen mellan rådgivning, försäljning och marknadsföring ska dras är en fråga som saknar ett tydligt svar. Var kan problemen uppstå? Finns det luckor i lagstiftningen? Marknadskrafterna och kravet på god rådgivningssed kan ibland dra åt varsitt håll då de flesta finansiella rådgivare har försäljningskrav att ta hänsyn till i sin yrkesroll i det företag de arbetar för.

Näringsidkaren måste enligt rådgivningslagen vara tydlig i sina intentioner. Gäller det försäljning eller råd. Näringsidkaren måste också vara lyhörd för hur konsumenten uppfattar de förslag som lämnas. Om konsumenten kontaktar "sin" rådgivare på t ex banken, ska denne ändå förväntas uppfatta att förslag kan röra sig om ren försäljning? Å andra sidan kan ju inte de finansiella produkter och tjänster som föreslås av näringsidkaren alltid anses falla under ren försäljning enbart med hänvisning till att produkten eller tjänsten är framtagen av näringsidkaren själv.

Fokus måste läggas på rådgivningssituationen i sig. Rör det sig om en individuell kartläggning av konsumentens ekonomi där näringsidkarens förslag dokumenteras och sedan verkställs gäller rådgivningslagen och kunden omfattas av konsumentskyddet i denna. Detta oavsett vem som framställt produkten eller tjänsten. Konsumenternas förväntningar innefattar, skulle jag säga, vanligen att näringsidkaren "säljer" sina egna produkter i rådgivningen, men att bara de tjänster och produkter i utbudet föreslås som konsumenten kan ha nytta av utifrån vad som kommits fram till under rådgivningstillfället. För att helt komma ifrån att näringsidkaren främst arbetar med egna produkter och tjänster krävs att man vänder sig till en helt oberoende rådgivare. Någon som plockar från hela den finansiella marknads utbud. En sådan verksamhet måste då helt finansieras av rådgivningen i sig och prissätts därefter. Av

många skulle detta säkert uppfattas som väldigt dyrt, med följd att man struntar i rådgivning och hjälp med ekonomisk översyn. Det är inte en bra lösning.

Den bästa rådgivningen äger rum när konsumenten själv besitter kunskaper om finansiella produkter och tjänster och kan bedöma om den rådgivning som ges är bra eller dålig. För att uppnå detta krävs utbildning. Finansinspektionen arbetar med uppgiften om folkbildning i ämnet. Kanske kan införas ett obligatorium på grundskolenivå. Jag tycker det är en bra idé. Marknaden för finansiella produkter och tjänster blir som visats alltmer komplicerad med fler och komplicerade val för den enskilde. Utbildning av allmänheten borgar också för seriösa näringsidkare då konsumenten i rådgivningssituationer kan förstå och ta ställning till om de råd som lämnas är något att ha.

5.2 Praxis

Ännu har inte något mål prövats i domstol med anledning av lagen. Det tar viss tid innan en process leder fram till dom, en förberedelse tid på ett år är inte ovanligt i tingsrätten. Eftersom en domstolsprocess dessutom ofta föregås av kontakter mellan parterna (kund och placeringsinstitut) är "uppstartstiden" således ganska lång. Med beaktande av detta, att lagen är relativt färsk samt att börsen, efter lagens ikraftträdande, totalt sett haft en god utveckling, fram till 2008 åtminstone, är det inte förvånande att vi inte har någon tydlig praxis.

Däremot finns det en del rättsfall rörande rådgivar- eller professionsansvar. Flera av dessa har hänvisats till i förarbetena till rådgivningslagen och sådan praxis borde alltså få betydelse även för framtida avgöranden.

Till att börja med; kan ansvaret komma att bedömas olika utifrån vilken näringsidkare som utfört rådgivningen? Ska t ex banker ha ett förstärkt ansvar för att de har en särskild förtroendeställning i samhället. Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter innehåller inte någon särskild ordning för det fallet att rådgivaren är en bank. Detta har heller inte fått någon avgörande betydelse i tidigare fall avseende rådgivares lämnande av information. Däremot kan domstolar ha fäst vikt vid att uppdragstagare är en bank och bankens resurser när det gäller krav på dokumentation och antal avtalsförhållanden mellan bank och kund. Detta speglas i Östersunds TR:s dom 1990-05-22, DT 171, i mål T 87/90 och Linköpings TR:s dom 1992-03-03, DT 130, i mål T 646/90, T 654/90 och T 655/90.

I framtida mål bör domstolarna inte rikta fokus mot det faktum att rådgivare/uppdragstagare är en bank. Det har inte stöd av lagen och ur kundens perspektiv måste det vara kvaliteten i rådgivningen som är avgörande, inte vem som är leverantör. Oavsett vilket företag det är som lämnar finansiella råd ska konsumenten kunna förvänta sig omsorgsfull rådgivning. Gäller särskilt ansvar för banker blir osäkerheten hos kunderna stor och konkurrensen mellan rådgivare sned.

I NJA 1995 s. 693 fastslogs att ett värdepappersinstituts omsorgsplikt medför att institutet är skyldigt att se till att kunden är tillräckligt informerad om risker. Detta är en viktig princip för seriös finansiell rådgivning som också fått genomslag i rådgivningslagen. Den backas upp ytterligare genom MiFID. Det gäller att analysera vad informationsmottagaren kan tillgodogöra sig och sedan ge information som motsvarar denna bild. Rådgivaren måste se till att få klart för sig att kunden känner till riskerna med en viss affär. I det aktuella fallet undgick

den åtalade skadeståndsansvar trots klart fel eftersom han hade haft fog för sin tro att kunden var tillräckligt medveten om riskerna.

I NJA 1992 s. 243 fastslogs att rådgivaransvaret inträder när ett uppdragsförhållande kan anses ha uppkommit. Avgörandet får anses vägledande för vad som faller under begreppet finansiell rådgivning enligt rådgivningslagens mening. Här gäller det alltså för rådgivaren att vara tydlig gentemot kunden så att kunden vet vilket skydd denne har. Är det en försäljningssituation som är för handen, eller är det fråga om ren orderläggning? I dessa fall är ju rådgivningslagen inte tillämplig. Rådgivaren måste också vara lyhörd för hur kunden uppfattar situationen. Är det rimligt att anta att kunden trodde sig få råd väl avpassade just för honom? Dessa frågor kommer säkerligen tas upp till bedömning i kommande rättsfall.

I NJA 1996 s. 3 fastslogs att det inte föreligger någon principiell skyldighet för en bank att avråda från en viss affär, även om banken råkar ha kunskaper nog för att dra slutsatsen att så borde ske. NJA 1999 s. 304 utgör ett liknande prejudikat. Inget rättsfall finns där kunden fått skadestånd för att den som tillhandahållit finansiell rådgivning varit vårdslös genom att inte avråda. I denna fråga kommer förmodligen stor vikt att läggas vid dokumentationen i framtiden. Det är oerhört viktigt att rådgivaren i en rådgivningssituation noterar eventuellt avrådande, anledningen till detta och varför kunden eventuellt gått emot rådet. I slutändan bestämmer ju kunden själv hur han eller hon ska agera.

I detta sammanhang dyker även en annan fråga upp. Vid genomgång av kundens ekonomi och kartläggning av syfte och mål med en viss placering kan man säga att inhämtningen av dessa uppgifter spelar mindre roll om den inte sammankopplas med skyldighet att avråda från placering om man med denna inte kan uppnå önskat syfte. Syfte och mål bör också utredas av den anledningen att näringsidkaren inte ska dras in i olagliga affärer eller affärer som har samband med brott. Näringsidkaren bör skaffa sig fördjupad kunskap om situationen också för att uppdaga om avrådande bör ske av andra skäl än konsumentskydd. Här kan man dra paralleller med lagen (1993:768) om åtgärder mot penningtvätt.

Allmänna reklamationsnämnden

I januari 2008 avgjordes i allmänna reklamationsnämnden en fråga om vårdslös rådgivning enligt lagen om finansiell rådgivning till konsumenter. Situationen som beskrivs är den att E i mars 2007 blev inbjuden till ett privatekonomiskt rådgivningsmöte hos företaget M. M erbjöd en genomgång av E:s privatekonomi för att rekommendera lämpliga sparformer. Den placeringsform som kom i fråga stämde i slutändan inte överens med E:s önskemål och han yrkade på återbetalning av insatt belopp. M motsatte sig yrkandet och anförde att E skrivit under ansökan och därmed bekräftat produktinformation och medvetenhet om den risk som var förknippad med placeringen. Ingen rådgivningsdokumentation hade dock lämnats ut till E.

Nämnden hänvisade i sin bedömning till rådgivningslagens 4, 5 och 6 § och konstaterade bland annat att bolaget M inte åberopat någon som helst dokumentation om vad som förekommit vid rådgivningstillfället. Ingen dokumentation hade heller lämnats ut till E. I det avseendet har bolaget brutit mot skyldigheterna enligt lagen. Inte på något sätt kunde bolaget visa att uppgifterna E lämnade var felaktiga. E:s uppgifter kunde alltså läggas till grund för nämndens bedömning. Eftersom bolagets rådgivning inte motsvarat lagstiftningens krav ansågs denna varit vårdslös. Nämnden rekommenderade bolaget att låta E häva avtalet och återbetala det investerade beloppet.

Fallet visar på vikten av att vad som framkommit vid rådgivningstillfället nedtecknas, gås igenom ordentligt och sparas av båda parter. I många fall är det inte otroligt att tänka sig att dokumentationen består av standardmallar med färdig text som går ut på att konsumenten är medveten om placeringens utformning, risken med placeringen och att man är överens om hur man kommit fram till att just vald placering kommit i fråga. Olika bolag och olika rådgivare skiljer sig säkert åt i noggrannhet och uttryck vid utformningen av den dokumentation som ska lämnas ut till konsumenten i det enskilda fallet. Viktigt är att kunden läser igenom allt material och ber om kompletteringar och rättelse för att vad som sagts och bestämts verkligen ska framgå. Är det annars någon egentlig mening med att dokumentera, ur konsumentsynpunkt? Det får ju inte bara bli fråga om friskrivning för bolagen. Konsumenten ska kunna hävda sin rätt genom att gå tillbaka till dokumentationen. I goda tider, när finansiella klagomål är ovanliga på grund av att placeringar ger någon form av avkastning, kan det nog ibland bli fråga om mindre utförlig och enskilt anpassad dokumentation trots lagens krav.

5.3 Utsträckning till andra skyddsvärda områden?

Både Lehrberg¹²⁷, Eriksson¹²⁸ och Finansinspektionen¹²⁹ har enligt ovan diskuterat möjligheten till att sträcka ut Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter till andra skyddsvärda områden, t ex konsumentkrediter. Och visst är diskussionen befogad. Finansiell rådgivning utanför lagens mening kan omfatta så mycket mer än placeringar. Även ett kreditåtagande kan ha påverkan på en konsuments ekonomi långt fram i tiden. Sker inte upptagandet av krediten på välinformerade grunder kan konsekvenserna bli negativa för kunden. Här har näringsidkaren ett stort ansvar. Konsumentkrediter regleras i konsumentkreditlagen från 1992. Med den snabba utveckling som varit på kreditmarknaden med alltfler som använder betal- och kreditkort samt ansöker om snabba lån via Internet och sms bör en uppdatering av lagen ske.

I januari 2008 godtog Europaparlamentet ett nytt konsumentkreditdirektiv. Direktivet ska vara genomfört i Sverige inom två år från ikraftträdandet. Syftet är att konsumenter ska kunna teckna krediter på samma villkor oavsett i vilket land avtalet ingås. Det ska finnas en ångerrätt och konsumenten ska få tillgång till viss information innan avtal sluts. Reglerna avseende kreditprövning, marknadsföring, förtidsbetalning och kontroll av kreditgivare ska också harmoniseras. Vid en översyn och uppdatering av den svenska konsumentkreditlagen är det nu naturligtvis bra att man kan anpassa utformningen efter de krav som direktivet ställer. Med dessa krav ökar också skyddet för konsumenter ytterligare och en utsträckning av rådgivningslagen till att omfatta även krediter känns inte nödvändig.

Ett nästa naturligt steg i strävan efter att förbättra konsumentskyddet på den finansiella marknaden torde vara att utbilda allmänheten i frågor som har med betalningar, skatter, sparande, lån och krediter samt pension och försäkringar att göra. Finansinspektionen menar ju i sin rapport "Konsumentskyddet på finansmarknaden"¹³⁰ att staten bör ta ett större ansvar för att konsumenter har grundläggande kunskaper om finansiella frågor. Bankföreningen menar att privatekonomi bör bli ett obligatoriskt ämne i gymnasieskolan.¹³¹ Även EU-

¹²⁷ Lehrberg a.a. s. 88.

¹²⁸ Se ovan 4.3

¹²⁹ Se ovan 4.2

¹³⁰ Rapport FI 2007:9

¹³¹ Göteborgs-Posten 2 juni, 2008

kommissionen har, under en konferens om erfarenhetsutbyte om finansiellt kunniga konsumenter i Bryssel i mars 2007, uppmanat medlemsländerna att sätta privatekonomi på skolschemat och i Storbritannien kommer detta så småningom att integreras i matteämnet.¹³² I USA talar man om finansiellt läskunniga och undervisar skolelever i privatekonomi i 18 av delstaterna.¹³³

5.4 Slutsats

Behovet av ett starkt konsumentskydd på den finansiella marknaden är tydligt. Ämnet är ständigt aktuellt och nya lagar och regler tillkommer. Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter fyller sin funktion på området. Genom mer utvecklad bransch- och domstolspraxis kommer tillämpningsområde och näringsidkarens skyldigheter bli tydligare. Finansinspektionens fortsatta uppföljning av de finansiella institutens efterföljande av lagen leder också till fortsatt utveckling av vad finansiell rådgivning ska innebära enligt lagens mening. Syfte och mål med lagstiftningen kommer i än högre grad att uppfyllas om konsumenterna får god utbildning i privatekonomi. Jag ser gärna att ämnet införs som ett obligatoriskt ämne i skolan. Kunniga konsumenter ger i sin tur bättre finansiella produkter och tjänster. Även nivån på näringsidkarnas kunskaper höjs, då de finansiella rådgivarna väl ska matcha konsumenternas krav.

Stockholm 22 juni, 2008

¹³² Finansvärlden nr 5 2007

¹³³ DN 8 juni, 2008

Epilog

Sedan arbetet med denna uppsats har världen drabbats av en finanskris. Börserna har rasat, konkurser och varsel meddelas med täta intervall och regeringarnas så kallade krispaket för att rädda banker och stora företag duggar tätt. Hur djup och lång denna nedgång blir är förstås svårt att sia om, men bedömare från olika branscher är på kort sikt pessimistiska. Allt detta har naturligtvis lett till att konsumenter med sparande i aktier, fonder och försäkringar förlorat stora värden. Förmodligen kommer vi av denna anledning se antalet mål med hänvisning till rådgivningslagen i allmänna reklamationsnämnden och domstolar öka framöver. Säkert blir frågan om hur näringsidkarna dokumenterat rådgivningstillfällena viktig. Slarv har förmodligen förekommit under de goda, ”säkra” tider som varit. Eventuella effekter på regler och arbetssätt ska bli intressant att följa.

Stockholm 12 februari, 2009

Litteratur- och källförteckning

Offentligt tryck:

Dir. 2001:41 *Finansiell rådgivning till konsumenter*

SOU 2004:47 *Näringslivet och förtroendet*

SOU 2002:41 *Konsumentskydd vid finansiell rådgivning*

SOU 2000:29, *Starka konsumenter i en gränslös värld*

Ds 2004:10 *Försäkringsförmedling*

Prop. 2006/07:115 *Ny lag om värdepappersmarknaden*

Prop. 2004/05:133 *Försäkringsförmedling*

Prop. 2002/03:133 *Lag om finansiell rådgivning till konsumenter*

Prop. 1991/92:83 *Konsumentkreditlag*

Prop. 1984/85:110 *Konsumenttjänstlag*

Bet. 2004/05: FiU26

Bet. 2003/04: FiU26

Rskr 2004/05:255

Rskr. 2003/04:262

Lag (2007:528) om värdepappersmarknaden

Lag (2005:405) om försäkringsförmedling

Lag (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse

Lag (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter

Fastighetsmäklarlag (1995:400)

Konsumentkreditlag (1992:830)

FFFS 2007:16 *Föreskrifter om värdepappersrörelse*

FFFS 2005:11 *Föreskrifter och allmänna råd om försäkringsförmedling*

FFFS 2004:4 *Föreskrifter och allmänna råd om finansiell rådgivning till konsumenter*

FFFS 2002:7 *Föreskrifter om uppföranderegler på värdepappersmarknaden (upphävd)*

FFFS 2002:5 *Allmänna råd om värdepappersrörelse (upphävd)*

KOVFS 2004:5 *Konsumentverkets föreskrifter och allmänna råd om finansiell rådgivning till konsumenter*

Litteratur:

Böcker:

Jan Elfström, *Rådgivarens professionsansvar – vem vågar vara rådgivare*. Lund 2003

Johan Lycke m.fl., *Ansvar vid finansiell rådgivning*, Stockholm 2003

Alf-Peter Svensson, *Råd till rådgivare – ny lag om finansiell rådgivning till konsumenter*, Stockholm 2004

Mikael Swahn, Björn Wendleby, *Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter - en kommentar*, upplaga 1:1, Stockholm 2005

Artiklar:

Anders Eriksson, *Konsumentskyddet inom det finansiella området*, promemoria 2005-09-12
Lennart Johansson, *Banks plikt att avråda vid finansiell rådgivning*, ur Lennart Lynge Andersen (red.) *8 perspektiver på finansiell rådgivning*, Gylling 2005
Jan Kleineman, *Rådgivarens informationsansvar – en probleminventering*, SvJT 1998
Bert Lehrberg, *Finansiell rådgivning till konsumenter – några synpunkter i anledning av ett lagförslag*, SvJT 2003

Rättsfall:

ARN Beslut 2008-01-05; änr 2007-5600

Linköpings TR: s dom 1992-03-03, DT 130, i mål T 646/90, T 654/90 och T 655/90
Östersunds TR: s dom 1990-05-22, DT 171, i mål T 87/90

NJA 1999 s. 304
NJA 1996 s. 3
NJA 1995 s. 693
NJA 1992 s. 243

Länkar:

www.bankforeningen.se
www.dn.se
www.swedsec.se
www.swedbank.se

Övrigt:

Synovate Temo *Allmänhetens syn på bankerna 2008*
Synovate Temo, på uppdrag av Aktiefrämjandet, *Aktieägandet i Sverige 2007*

FI 2007:20 *Aktionsplan för småspararna – en handlingsplan i tio punkter*
FI 2007:9 *Konsumentskyddet på finansmarknaden*
FI 2007:5 *Rådgivningen, kunden och lagen – en undersökning av finansiell rådgivning*
FI 2006:4 *Marknadstillsyn 2006*
FI 2005:13 *Konsumenten och rådgivningen*

DN 8 juni, 2008
Göteborgs-Posten 2 juni, 2008
Sydsvenskan 23 november, 2007
www.dn.se 21 maj, 2007

Finansvärlden nr 5 2007