

Vårdslös finansiell rådgivning

Vilket skydd har en konsument som anser sig blivit utsatt för vårdslös finansiell rådgivning?

Gustav Wänehag

Kandidatuppsats i handelsrätt
Kapitalmarknadsrätt
VT2013

Handledare
Axel Hilling



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Sammanfattning

Uppsatsen undersöker vilket skydd en konsument har som anser sig blivit utsatt för vårdslös finansiell rådgivning. Genom att undersöka vilka rekvisit som skall vara uppfyllda för att lagen skall vara tillämplig och vilka aktsamhetskrav en rådgivare skall iaktta återges en bild av gällande rätt avseende finansiell rådgivning. Vidare redogörs för de påföljder som kan inträffa ifall en rådgivare inte uppfyller de aktsamhetskrav som lagen anger samt något om tillsynsfunktionen. Stor vikt läggs vid att ge en rättvisande bild av hela rådgivningsprocessen då finansiell rådgivning är ett komplext område som förändras i stor grad.

Sammanfattningsvis så är slutsatsen att det skydd en konsument har som anser sig blivit utsatt för vårdslös finansiell rådgivning är den ersättning som kan utgå enligt 6§ LFR vid skadeståndstalan. 6§ LFR är aktuell förutsatt att 7§ LFR regler om reklamation- och preskriptionstid beaktas.

Abstract

The topic of this essay is to investigate what the consumer protections are in case a consumer is exposed to unfair practises when given financial advice by a professional financial advisor. To a large extent the essay discusses what preconditions need to be meet for the law to be applicable and how a financial advisors should conduct their work in accordance with the law. The penalties that can occur if a advisor does not obey the law is also thoroughly discussed as well as the law auditing role. The essay has a strong focus on presenting the greater picture regarding professional financial advisory as it is a complex field that is ever changing.

The general conclusion is that the protection for a consumer that's been exposed to unfair practices by a professional financial advisor lies in the ability to claim penalty fees in accordance with 6§ LFR and under the precondition that the regulations in 7§ LFR are met.

Innehållsförteckning

1. Inledning	1
1.1 Ämne Bakgrund	1
1.2 Syfte Frågeställning	2
1.3 Avgränsningar	2
1.4 Metod och material	3
1.4.1 Källor och rättsfall	3
1.4.2 Rättskällevärdet	4
1.5 Disposition	5
2. Konsumenträttslig reglering av finansiella tjänster	6
2.1 Bakgrund till konsumenträttslig reglering av finansiella tjänster	6
2.2 Rådgivningslagens tillämpningsområden	7
2.4 Rekvisit för att Rådgivningslagen skall vara tillämplig	8
2.4.1 Konsument	8
2.4.3 Näringsidkare	9
2.4.4 Beaktansvärd risk	9
2.4.5 Investeringsyfte	10
2.4.6 Instrumentrekvisit	10
2.4.7 Rekommendation av rådgivare	11
2.4.8 Individuell karaktär	12
2.4.9 Tillitsrekvisit	13
2.4.10 Sammanfattning rekvisit	15
2.5 Aktsamhetskrav för rådgivare	15
2.5.1 Kompetenskravet	16

2.5.2	Dokumentationskrav	18
2.5.3	God rådgivningsed	21
2.5.4	Omsorgsplikten	22
2.5.5	Konsumentanpassad rådgivning	22
2.5.6	Avrådningsplikten	24
2.7	Fråga om skadestånd	25
2.7.1	Krav på oaktsamhet	27
2.7.2	Oaktsamhet i praxis	29
2.7.3	Konsumentstöd från annat håll än rådgivaren	30
2.7.4	Placeringens karaktär och risk	30
2.7.5	Frågan om vem som tagit initiativ till affären	31
2.7.6	Fråga om skada	31
2.7.7	Reklamation och preskription	33
2.8	Tillsyn	35
3.	Vilket skydd har en konsument som anser sig blivit utsatt för vårdslös finansiell rådgivning?	37
4.	Käll- och litteraturförteckning	39
5.	Rättsfallsförteckning	41

Förkortningar

JT	Juridisk tidskrift
LFR	Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter (2003:862)
ARN	Allmänna reklamationsnämnden
FI	Finansinspektionen
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
KOVFS	Konsumentverket

1. Inledning

1.1 Ämne | Bakgrund

Konsumenter lever i ett alltmer tjänsteintensivt samhälle. Behovet av att söka hjälp av experter och andra inom rådgivningsprofessionen blir allt större. Finansmarknaden som tjänstemarknad har haft en oerhörd utveckling de senaste tjugo åren. Statistik som Fondbolagens förening har tagit fram visar att 8 av 10 svenskar sparar i fonder.¹ Vad beror denna utveckling på? En betydelsefull tolkning till att en stor andel privatpersoner sparar i fonder och andra finansiella instrument är den tekniska utvecklingen som reformerat finansmarknaden och gett konsumenter nya lösningar att placera kapital. Ytterligare en bidragande faktor till detta är utformningen av det svenska pensionssystemet som genom Pensionsmyndigheten gör det möjligt att fritt placera 2,5 % av den allmänna pensionen i ett urval fonder.²

Den inneboende och upplevda komplexiteten på finansmarknaderna är stor för en konsument. För att hantera komplexiteten tar konsumenter kontakt med banker, rådgivare eller institut för att få råd. Konsumenters sårbarhet ställer krav på lagstiftare och de organisationer som erbjuder finansiell rådgivning. Konsumenters intresse av att få kvalificerad finansiell rådgivning och ett konsumentskydd tillgodoses framförallt av 2003 års rådgivningslag.³ Ett värdepappersinstitut och en konsument är i de allra flesta fallen inte jämbördiga parter, att balansera denna obalans är lagstiftarens uppgift.

¹ <http://www.fondbolagen.se/sv/Statistik--index/Fakta-8-av-10-sparar-i-fonder/> (12.11.2012)

² Tidigare Premiépensionsmyndigheten, numera Pensionsmyndigheten. Se www.pensionsmyndigheten.se för mer information om Sveriges pensionssystem.

³ Lag (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter. Lagen omfattar överlåtbara värdepapper, penningmarknadsinstrument, fondandelar och finansiella derivatinstrument, se lagens 2§ med hänvisning till 1 kap. 4 § 1 st. 1p. Lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

De uppmärksammade domarna mot Acta Kapitalförvaltning under våren 2010 har aktualiserat frågan om vilket skydd en konsument har. De i Allmänna reklamationsnämnden uppmärksammade fallen har givit upphov till en storm i massmedia som anser att domarna må vara juridiskt riktiga men att de visar på bristande förståelse för finansmarknaderna.⁴ Rekommendationerna ger upphov till att kritiskt reflektera kring om det finns en diskrepans mellan de lagar och föreskrifter som befästs på normgivningsnivå och motsvarande lagar och föreskrifter på den rättstillämpande nivån.⁵ Detta aktualiserar frågan om vilket skydd en konsument har som anser sig ha blivit utsatt för vårdslös finansiell rådgivning? Det är denna problematik som uppsatsen skall undersöka närmre.

1.2 Syfte | Frågeställning

För en konsument som skall placera kapital är det på förhand viktigt att veta vilket skydd man kan förvänta sig i fallet att något oriktigt inträffar. Det är därför uppsatsen inriktar sig på att undersöka rättsskyddet för en konsument som anser sig blivit utsatt för vårdslös rådgivning. Således är syftet med uppsatsen att undersöka gällande rätt vid vårdslös finansiell rådgivning till konsumenter och vilket skydd konsumenten har ifall detta inträffar. Frågeställningen är nedanstående:

Vilket skydd har en konsument som anser sig blivit utsatt för vårdslös finansiell rådgivning?

Uppsatsen skall redogöra för de krav som ställs på finansiella rådgivare och undersöka gällande rätt vid vårdslös finansiell rådgivning samt skadestånd.

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen inriktar sig på att undersöka förhållanden mellan näringsidkare och konsument enligt lagen om finansiell rådgivning till konsumenter (2003:862). Förhållanden mellan professionella förvaltare och näringsidkare behandlas inte utförligt i uppsatsen om inte det finns nämnvärda analogier. Motivet till att uppsatsen inte fokuserar på näringsidkare är att de generellt inte är like

⁴ Se Annika Creutzers krönika i Svenska Dagbladet, Näringsliv, 5 mars 2010. Se även Timbro - Farligt förtroende? Rådgivningslagen i praktiken och politikens gränser

⁵ Se även Votinius, JT 641, Informationsplikten i det konsumenträttsliga rådgivningsansvaret – Allmänna reklamationsnämndens avgöranden i Acta-fallen.

skyddsvärda som i första hand konsumenter som inte är professionella i den bemärkelse som avser näringsidkare. Den primära inriktningen är förehavanden mellan icke-professionella förvaltare (konsumenter) och näringsidkare.

Vidare kommer uppsatsen inte fördjupa sig i MiFid eller annan EG rätt med undantag där resonemang kräver EG samband.

1.4 Metod och material

1.4.1 Källor och rättsfall

En betydande del av uppsatsen är disponerad så att läsaren får insikt i lagstiftarens intentioner med lagen om finansiell rådgivning till konsumenter (LFR) och hur finansiell rådgivning skall tillhandahållas. Materialet som används i uppsatsen är en kombination av källor som syftar till att ge en rättvisande bild av området för uppsatsen. De lagar som förekommer i uppsatsen är främst lagen finansiell rådgivning till konsumenter (2003:862) men även annan relevant lagstiftning.

Uppsatsen analyserar även ett antal relevanta domar för att åskådliggöra olika aspekter som är av betydelse för bedömning huruvida finansiell rådgivning har varit vårdslös eller ej. Det innebär att domstolspraxis kommer undersökas men även myndighetsrekommendationer från ARN. Gällande rekommendationerna från ARN har totalt sex snarlika rättsfall avgjorts som varit kopplade till uppmärksammade Acta Kapitalförvaltnings Sverige-filial.⁶ Rättsfallen är utvalda mot bakgrunden att de har liknande bakgrund och illustrerar dylika rättsproblem. Uppsatsen kommer inte fokusera på något enskilt rättsfall men betonar inledningsvis de så kallade Acta-fallen då de har uppmärksammats mycket i media och tydligt belyser frågan om vilket skydd en konsument har vid vårdslös finansiell rådgivning. Det bör tilläggas att Allmänna reklamationsnämnden (ARN), vilken är ett organ under konsumentverket (KOVFS). Vanligtvis hanterar ARN enklare fall rörande varor och tjänster, istället för det komplicerade område som finansiell rådgivning innefattar. Bristen på djupare utredningar i fallen innan en rekommendation utfärdas beror på att ARNs omdöme baseras på tillhandahållen information från den konsument som drabbats, vilket i sin tur

⁶ ARN:s beslut i ärendenummer 2008-8151, 2008-8967, 2008-9055, 2008-9232, 2008-9861 och 2009-1046.

medför vidare problem då konsumenter oftast inte är juridiskt sakkunniga och därmed har problem med att formulera juridiskt hållbara fall. Vidare ger avgöranden i ARN rekommendationer och inte domar, och följaktligen har dessa ingen juridisk bindande kraft. Trots detta har rekommendationerna stor rättsverkan då dessa i stor utsträckning följs som om de hade laga kraft. I praxis är det ovanligt att parter frångår ARNs rekommendationer trots att de inte har någon rättsverkan.⁷ Finansinspektionen bevakar marknaden i helhet och bedömer inga enskilda fall till skillnad från ARN.

Stor vikt läggs även vid andra rättsfall från Högsta Domstol, Hovrätter, Tingsrätter och andra instanser. Samtliga rättsfall är utvalda på grundval att genom domar och praxis åskådliggöra gällande rätt.

Materialet är valt utifrån att begränsa influenser från olika intressenter och för att vara fritt från värderingar. Exempelvis har publikationer från den nyliberala tankesmedjan Timbro endast används som intressant bakgrundsläsning då de är styrda av vissa värderingar som skulle påverka uppsatsen.

Något som bör nämnas i sammanhanget är så kallad ”soft law” vilket innebär att vid avsaknad av praxis så får doktrinen en mer framträdande roll och tillämpas jämte de rättsfall som finns tillgängliga. Uppsatsen har därmed präglats av en kombination av doktrin, de tillgängliga fall som finns och mitt arbete kan därför sammanfattas som under ”soft law”. De utdrag ur doktrinen som förekommer i uppsatsen har gjorts på grundval att publikationen har en starkt tongivande ställning på området.

1.4.2 Rättskällevärdet

Utgångspunkten för uppsatsen är att undersöka gällande rätt på frågeställning utifrån den så kallade rättskällevärdet. Rättskällevärdet definieras enligt Sandgren som:

”Läran om rättskällor och pekar ut de rättskällor som skall, bör och får beaktas”⁸.

Material används enligt den rangordning som rättskällevärdet anger, vilket är lag, lagförarbeten, rättspraxis och doktrin med lag som den högst rankade källan.

⁷ Se www.am.se

⁸ Sandgren s 36

Vidare tas hänsyn till de rättskällor som Torstein Eckhoff behandlar i boken *Retskildeløere*, exempelvis andra myndigheters praxis, rättsuppfattningar och reell hänsyn (värdering av resultatets godhet)⁹. Andra myndigheters praxis är i uppsatsens fall speciellt intressant då det finns indikationer på olika praxis mellan olika myndigheter samt att en stor del av praxis sker på myndighetsnivå genom Allmänna reklamationsnämnden (ARN) och Finansinspektionen (FI). En värdering av resultatets godhet kan inte vara annat än ett resonemang av subjektiv natur, ändock kommer resonemang kring reell hänsyn tas upp i slutdiskussionen. Mot bakgrund av slutsatser som uppsatsen kommer till är en sådan diskussion relevant inte minst som motiv till ett framtida förebyggande arbete.

1.5 Disposition

I det inledande kapitlet 1 redogörs för bakgrundsinformation inom ämnet och följs i kapitel 2 av en detaljerad genomgång av lagen för finansiell rådgivning till konsumenter med avseende på faktorer som har betydelse för att avgöra vilket skydd en konsument har som anser sig blivit utsatt för vårdslös finansiell rådgivning. Inledningsvis redogörs för en historisk bakgrund inom konsumenträttslig lagstiftning gällande finansiell rådgivning till konsumenter för att sedan diskutera rekvisit som skall vara uppfyllda för att LFR skall vara tillämplig. Vidare följer information om de aktsamhetskrav som en rådgivare enligt LFR bör iaktta. Syftet med att redogöra dels för rekvisiten och aktsamhetskraven är att beskriva hur en ”fiktiv fackman” torde agera för att sedan avgöra vad som är vårdslös rådgivning. I det näst följande stycket redogörs för olika faktorer som påverkar konsumentens möjligheter till skadestånd. Under samtliga kapitel kommer olika relevanta rättsfall att tas upp för att belysa och exemplifiera olika situationer. Under kapitel 3 så kommer uppsatsens frågeställning att besvaras och gällande rätt på området kommer att presenteras.

⁹ Eckhoff 54

2. Konsumenträttslig reglering av finansiella tjänster

2.1 Bakgrund till konsumenträttslig reglering av finansiella tjänster

Konsumentskyddsregler för värdepappersområdet har införts succesivt med början den 1 juli 2004 då lagen om finansiell rådgivning till konsumenter (härefter kallad rådgivningslagen) trädde i kraft. Debatten kring vilket ansvar ett finansinstitut har vid finansiell rådgivning har diskuterats sedan tidigt 1990-tal då flertalet finansiella tjänster blev tillgängliga för en större mängd konsumenter. I början av 1990-talet befann sig Sverige i en djup finansiell kris och konsumenterna hade sett sina tillgångar sjunka i värde efter att börsen hade sjunkit avsevärt. Men det var först i slutet av 1990-talet som lagstiftaren uppmärksammade en förändring i banker och finansiella företags verksamheter som innebar att den skiljde sig från den traditionella in-och ut-låningsverksamhet som de i huvudsak ägnat sig åt tidigare. Eftersom det privata sparandets omfattning i olika produkter och tjänster ökade såg lagstiftaren risken att konsumenter utsattes för dåliga råd och att det saknades ett adekvat skydd.¹² De risker som i huvudsak identifierades var bland annat risken för intressekonflikter mellan rådgivaren och kunden, bristande kompetens hos rådgivarna samt svårigheten i flertalet situationer för kunden att avgöra om denne erhållit rådgivning eller om den istället fått information av säljande karaktär¹³. Mot bakgrund av dessa risker ansåg lagstiftaren att det behövdes en särreglering och rådgivningslagen kom till. Lagens syfte är att skydda konsumenter i sina förhållanden med näringsidkare som tillhandahåller rådgivning kring vissa finansiella instrument och livförsäkringar.¹⁴

¹² Korling, Fredric, Rådgivningsansvar, 2010, Jure, s. 238.

¹³ Se Dir. 2001:41 Finansiell rådgivning till konsumenter, s. 2.

¹⁴ Rådgivningslagen 1§. Finansiella instrument som omfattas av lagen är överlåtbara värdepapper, penningmarknadsinstrument, fondandelar och finansiella derivatinstrument. I Rådgivningslagens 2§ finns hänvisning till 1 kap. 4§ 1st lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden för att se vilka finansiella instrument som inte omfattas av lagen.

2.2 Rådgivningslagens tillämpningsområden

I korthet förordar Rådgivningslagen (LFR) att rådgivare skall agera enligt god rådgivningssed och att rådgivaren ansvarar för ren förmögenhetsskada som konsumenten lider på grund av rådgivningen. Vidare skall rådgivningen även dokumenteras. Aktsamhetskraven som omgärdar rådgivningen återfinns i LFR 4§ och 5§. Om rådgivningen inte svara mot de aktsamhetskrav som lagstiftaren ställt upp så betecknas rådgivningen som vårdslös. Vidare anger LFR 6§ att om konsumenten lider skada som följd av den vårdslösa rådgivningen blir näringsidkaren skadeståndsskyldig. För att undersöka närmre hur lagen tillämpas och vilket skydd en konsument har inleds stycket om tillämpning med att titta på några begrepp som på olika sätt kan påverka LFRs tillämpning.

En viktig del i LFR som delvis inte är besvarad är vad begreppet rådgivning innebär och var gränsen mellan rådgivning och försäljning ligger. I förarbetena framgår dock att den rådgivning som lagen avser skall vara av individuell karaktär och att det ska föreligga ett uppdrag eller uppdragsliknande förhållande mellan kunden och rådgivaren.¹⁵ För att på olika sätt säkerställa rådgivningen har lagstiftaren inrättat olika aktsamhetskrav vilka behandlas nedan. Nedan följer en redogörelse för när lagen om finansiell rådgivning är tillämpbar och vilka rekvisit som krävs.

¹⁵ SOU 2002:41 s. 112

2.4 Rekvisit för att Rådgivningslagen skall vara tillämplig

2.4.1 Konsument

2§ 1st Rådgivningslagen (LFR)

”Konsument: En fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet”

Begreppet konsument som tas upp i 2§ 1st härstammar från den konsumenträttsliga lagstiftningen och avser en fysisk person, oberoende av bakgrund och kunskap om finansiella instrument.¹⁶ Det förutsätts att konsumenten i huvudsak handlar för ändamål som faller utanför näringsverksamhet för att Rådgivningslagen skall vara tillämplig. Juridiska personer kan således aldrig anses vara konsumenter i lagens mening. Skulle det föreligga tveksamheter så utgår bedömningen från avsikten med rådgivningen, och faller rådgivningen i huvudsak utanför näringsverksamhet så är rådgivningen att betrakta som tillhandahållen till en konsument.¹⁷ Vad avsikten med rådgivning är blir alltså den avgörande frågan i denna bedömning. Har konsumenten exempelvis sökt upp rådgivaren för att placera kapital med avsikten att öka sitt pensionskapital torde svaret vara att rådgivningen faller i LFR område. Däremot om konsumenten sökt rådgivning kring hur företaget denne äger ska placera sin överlikvid så blir inte LFR tillämplig, då handlar personen för ändamål som faller inom näringsverksamhet. Lagens krav på huvudsaklighet innebär dock att viss verksamhet inom näringsverksamhet kan omfattas av LFR under förutsättningen att ”denna del är jämförelsevis mindre väsentlig”.¹⁸ Huvudsaklighet och ändamålet för rådgivningen blir avgörande i bedömningen för om en tjänst har tillhandahållits till en konsument.

¹⁶ Prop 2002/03:133 s.48.

¹⁷ Prop. 2002/03:133 s. 49.

¹⁸ Prop 2002/03:133, s. 49.

2.4.3 Näringsidkare

2§ 2st Rådgivningslagen (LFR)

”En fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten”

Rådgivningslagen är endast tillämplig om rådgivaren i fråga är en näringsidkare. Det måste finnas ett samband mellan rådgivningen och näringsverksamheten vilket innebär att om en rådgivare i något sammanhang uttalar sig eller ger en rekommendation som inte har något samband med näringsverksamheten måste rådgivaren anses vara privatperson och inte näringsidkare i rådgivningslagens mening och därmed är lagen inte tillämplig i sådana situationer.¹⁹

2.4.4 Beaktansvärd risk

Rådgivningslagen är inte avsedd att vara tillämplig på alla former av finansiell rådgivning utan lagstiftaren har inriktat sig på de intressen som är *särskilt skyddsvärda* ur konsumentsynpunkt. Utifrån det perspektivet så är avsikten att lagen skall omfatta den typ av finansiell rådgivning: ”*som innebär en beaktansvärd risk för att konsumenten, helt eller delvis, förlorar insatt kapital eller sätter sig i skuld*”.²⁰ Det innebär att det område som lagen syftar till att reglera är rådgivning som gäller placering av konsumenters tillgångar i olika finansiella instrument. Ett nyckelbegrepp är ”beaktansvärd risk” som används i förarbetena till lagen som medför att vissa placeringsråd inte omfattas av LFR, till exempel anses ingen beaktansvärd risk föreligga vid en insättning på bankkonto (inlåning) av konsumenten.²¹ De allra flesta bankkonton omfattas av insättningsgarantin som ger konsumenten skydd upp till 100 000€ per person och konto. Därmed anses det föreligga en begränsad risk och inte utgöra någon beaktansvärd risk för att konsumenten ska förlora hela eller delar av det insatta kapitalet. Man kan resonera sig fram till att aktier och optioner i jämförelse har en beaktansvärd risk och bör av den anledningen omfattas av LFR. När det gäller livförsäkringar kan gränsdragningen vad som är en beaktansvärd risk aktualiseras

¹⁹ Prop. 2002/03:133, s. 49.

²⁰ Prop. 2002/03:133, s. 13.

²¹ Prop 2002/03:150 s. 128 f.

då det inte är säkert att instrumenten i livförsäkringen utgör en beaktansvärd risk och därmed inte är givet att livförsäkringen omfattas av LFR.

2.4.5 Investeringssyfte

Syftet med en investering kan ha stor påverkan på om LFR blir tillämplig eller ej. Ett genomgripande antagande är att en konsument investerar för att öka värdet på sina tillgångar genom att placera i aktier eller liknande för att därigenom få en värdeökning och/eller utdelning på det investerade kapitalet. Det är inte osannolikt att en konsument kan ha vissa skattemässiga beaktanden att ta hänsyn till. Detta kan påverka placeringsalternativ såväl som tidpunkt för försäljning.²² Av det som framgår i LFR 1§ och i förarbeten så torde konsumentens övergripande syfte vara att öka värdet på sina tillgångar.²³ I förarbetena anges eller diskuteras det inte om en konsument kan ha andra intressen än att öka värdet på tillgångarna. Således kan det reflekteras kring huruvida, i det fall en konsument har andra syften än att öka värdet på sina tillgångar, LFR omfattar dessa fall. Som Swahn och Wendleby resonerar är det sannolikt att LFR är tillämplig på andra syften såsom exempelvis att minska skatteuttag.²⁴ Det kan tilläggas att den avgränsning som lagstiftaren åsyftade svårligen kan upprätthållas eftersom i fallet att konsumenten utsätts för beaktansvärd risk, har investeringssyftet vanligtvis uppfyllts per automatik.

2.4.6 Instrumentrekvisit

Ett nyckelbegrepp för att undersöka om ett instrument omfattas av LFR är om instrumentet har ett sparmoment. Frågan aktualiseras speciellt då det gäller olika former av försäkringar. På senare år har former som kapitalförsäkringar blivit en alltmer utbredd sparform. Försäkringar som har ett tydligt sparmoment omfattas av LFR, till skillnad från de försäkringsformer som saknar sparmoment och därmed inte är tillämpbara under LFR. Huruvida försäkringen har sparmoment eller om det är en riskförsäkring framgår vanligtvis av försäkringsvillkoren.²⁵ Vid en bedömning om rådgivningen är tillämpbar enligt LFR så läggs initialt stor vikt

²² Se Swahn & Wendleby, Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter, s. 40.

²³ Prop 2002/03:133 s. 7 och 14.

²⁴ Se Swahn och Wendleby, Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter, s. 41.

²⁵ Se lagen (2004:571) om ändring i lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter och prop. 2003:04:109 s. 56.

vid vilket eller vilka finansiella instrument och produkter som rådgivningen har behandlat. Visar det sig att de inte faller inom LFR syfte eller tillämpningsområde så omfattas inte råden av LFR.²⁶ I förarbetena framgår dock att avsikten var att möjliggöra att ett instrument eller produkt kan omfattas av lagen om det sker i en sammansättning av andra instrument och produkter. Lagen är alltså inkluderande och i viss mån utökande då andra instrument och produkter kan bli tillämpliga enligt LFR om de inkluderas i rådgivning där något av de instrument och produkter som normalt sett är tillämpliga enligt LFR.

2.4.7 Rekommendation av rådgivare

En konsument söker hjälp av rådgivare för att de saknar kunskap att fatta välgrundade placeringsbeslut. Finansiell rådgivning innefattar därför enligt sedvänja att konsumenten informeras om ett antal olika placeringsalternativ som kan ha olika grad av risk. I förarbetena utmärks finansiell rådgivning av att ”konsumenten har att överväga olika alternativa placeringar av sina medel. Dessa placeringsalternativ är förknippade med olika grad av risk för konsumenten”²⁷ Korling menar vidare i *Rådgivningsansvar*:

”Av rådgivningslagen 1§ är det inte möjligt att utläsa om lagen endast är tillämplig på finansiell rådgivning som innehåller rekommendationer om ett flertal olika placeringsalternativ eller om det i stället är tillräckligt att placeringsrådgivning endast innefattar en rekommendation”²⁸

Frågan aktualiseras om det är så att det krävs fler än en rekommendation för att rådgivning anses föreligga. Det förefaller möjligen orealistiskt att det alltid måste föreligga minst två placeringsalternativ, men som Hovrätten för Nedre Norrland dömt krävs det en sådan rekommendation för att rådgivning ska föreligga.²⁹ För att det skall vara fråga om rådgivning inom ramen för LFR skall alltså det finnas en uttrycklig rekommendation till konsumenten. Lagen är tydligt tillämplig när rekommendationen innefattar ett agerande såsom att välja ett visst placeringsalternativ. Vad som gäller vid avrådande om placering, huruvida detta är att anse som en rekommendation eller ej, är däremot inte klart.

²⁶ Se 1§ 2st och 2§ 3st. LFR.

²⁷ Prop 2002/03:133, s 14.

²⁸ Korling, Fredric, *Rådgivningsansvar*, s 261.

²⁹ Se Hovrätten för Nedre Norrlands dom 2005-04-29, mål nr. T 418-04.

2.4.8 Individuell karaktär

I lagens förarbeten diskuteras den allmänna innebörden av rådgivning och att den rådgivning som lagen avser skall ha ”en individuell prägel”³⁰ och ”är av individuell karaktär”.³¹ Förutom att det krävs individuell karaktär på rådgivning skall det finnas ett uppdragsförhållande mellan rådgivaren och en konsument som syftar till finansiell rådgivning.³² Korling menar i *Rådgivningsansvar* att rekvisitet ”individuell karaktär” kan tolkas på tre sätt:

1. Att rekommendationen riktas till en person.
2. Att informationen är personligt utformad.
3. Att informationen är utformad i förhållande till och med vetskap om personens individuella situation.³³

Syftet med rådgivningen är att informationen ska vara riktad till en person.³⁴ Som 5§ LFR förordar räcker det inte med att enbart leverera information till en konsument utan det krävs att den är anpassad till de individuella förutsättningarna. Kravet utestänger dock inte möjligheten att individuellt utformad information kan vara tillämplig till flera personers individuella behov.³⁵ Vidare förutsätts inte att konsument och rådgivare behöver ha ett personligt möte utan kan likaväl ske på distans via t.ex. internet eller annan kommunikationsform för att tillgodose lagstiftarens krav. Råd som är riktade till en obestämd krets i exempelvis massmedia kan inte falla inom lagens tillämpningsområde då det inte föreligger något uppdragsförhållande. Har en konsument inte insett att denne erhållit rådgivning resonerar man i förarbetena att det inte kan föreligga något rådgivningsuppdrag. Utförande av expeditionstjänster³⁶ kan inte vara rådgivning

³⁰ Prop. 2002/03:133, s.13.

³¹ Prop. 2002/03:133, s. 22.

³² Prop. 2002/03:133, s. 15. Se även SOU 2002:41, s 112.

³³ Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 263.

³⁴ Prop. 2002/03:133, s. 13.

³⁵ Swahn & Wendleby, *Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter*, s. 31.

³⁶ Med expeditionstjänster avses tjänst såsom mottagande och utförande av order. T.ex. köp x antal av aktie B. Expeditionstjänster kan föregås av rådgivning men utgör inget rådgivningsmoment i sig.

eftersom näringsidkaren inte gör något annat än exempelvis utför en order vilket tyder på att det inte ges någon rekommendation.³⁷ I en sådan situation kan därmed en kund inte förvänta sig att näringsidkaren skall avråda till att genomföra transaktionen. Det bör tilläggas att expeditionstjänster kan falla in under LFR under vissa omständigheter. Pondera att en kund kommer in på ett bankkontor och ber att de ska sälja ett antal aktier och efter det börjar fråga hur denne skall placera likviden som uppstår efter affären. Under sådana förutsättningar torde expeditionstjänsten falla in under LFR tillämpningsområde.

Förutom de krav som ovan nämnt så måste ett kontraktsförhållande föreligga mellan konsument och rådgivare antingen genom ett avtal om finansiell rådgivning eller på, kanske mer vanligt förekommande, ett formlöst sätt.³⁸ Viktigt är då huruvida parterna agerar som om de ingått ett avtal och avsikten med detta avtal blir central för bedömningen som exempelvis konkludent handlande.³⁹ Avtal kan alltså uppstå på en rad olika sätt men för att göra en bedömning om avtal föreligger resoneras det i förarbetena att hänsyn skall tas till de ”sammantagna omständigheterna i det enskilda fallet” och att näringsidkarens uppträdande mot konsumenten ”är av enskilt största betydelse”.⁴⁰ Vidare kan bedömningen påverkas om konsumenten och näringsidkaren ingått avtal i andra sammanhang. Vid ingång av avtal är det värt att notera att rådgivningslagen är en tvingande lagstiftning till konsumentens fördel enligt 3§. Lagen är alltså inte dispositiv likt avtalslagen och villkor som inskränker på konsumentens rätt till ersättning för skador och dylikt eller avtalsklausuler som begränsar konsumenten på något sätt får inte tillämpas.

2.4.9 Tillitsrekvisit

Huruvida ett avtal om finansiell rådgivning uppkommit beror delvis på om konsumenten med fog har kunnat uppfatta att ett sådant avtal tillkommit. Det är här frågan om företagets uppträdande gentemot konsumenten aktualiseras. Har näringsidkaren uppträtt på ett sådant sätt att en konsument rimligtvis kan anse att avtal ingåtts? Om detta är fallet är nästa fråga huruvida konsumenten med fog har

³⁷ Prop. 2002/03:133 s. 46.

³⁸ Prop. 2002/03:133, s. 16.

³⁹ Prop. 2002/03:133 s. 49.

⁴⁰ Prop. 2002/03:133 s. 16.

kunnat fästa tillit till informationen rådgivaren lämnat och ifall rekommendationerna som lämnats är förenliga med rådgivningslagen?

1§ LFR

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.(2004:571)

I 1§ LFR framgår det inte tydligt huruvida det krävs att konsumenten har tilltro till rådgivarens råd för att rådgivning skall föreligga. Däremot i förarbeten så förekommer formuleringen om konsumenten ”haft fog för att fästa tillit till de råd som lämnats”⁴¹ Eftersom lagen inte är dispositiv så kan näringsidkaren inte genom att upprätta avtal bestämma om avtal om finansiell rådgivning tillhandahållits eller dylikt. Vad näringsidkaren anger eller ser för syfte är alltså inte avgörande för bedömningen. Däremot näringsidkarens upplysning om att den eventuella information som ges inte är grund för finansiell rådgivning torde påverka bedömningen om avtal ingåtts eftersom tillitsrekvisitet då inte har uppfyllts. Om en näringsidkare informerar om det ovan nämnda torde en konsument med fog ha tillit till att ingen finansiell rådgivning föreligger. Om näringsidkaren av någon anledning önskar att LFR inte ska vara tillämplig på kommunikationen mellan rådgivaren och konsumenten så måste näringsidkaren säkerställa att konsumenten förstår innebörden av den informationen. Korling resonerar att om näringsidkaren inte uppfyller detta krav så riskerar näringsidkaren att konsumenten under vissa omständigheter bedöms ha befogad tillit till att näringsidkaren tillhandahållit finansiell rådgivning.⁴²

Vid rekommendationer till en vidare krets aktualiseras frågan om tillitsrekvisitet. Kan det i en vidare krets uppstå en situation där en konsument torde ha befogad tillit att denne har tillhandahållits finansiell rådgivning? Enligt lagens motiv så borde inte LFR vara tillämplig då man inte kan anse att det föreligger något

⁴¹ Prop. 2002/03:133 s. 16 och s 46.

⁴² Korling, Rådgivningsansvar, s. 273.

uppdragsförhållande och att en obestämd krets inte anses speciellt skyddsvärd.⁴³ Däremot om det är tydligt avgränsad krets så kan under vissa förutsättningar LFR vara tillämplig. Ta exempelvis situationer där en näringsidkare skickar ut information till befintliga kunder som redan har tillit till näringsidkaren, dessa omständigheter kunna falla in under LFRs tillämpningsområde förutsatt att de andra rekvisiten också är uppfyllda.

2.4.10 Sammanfattning rekvisit

Ovan har presenterats en redogörelse för de rekvisit som krävs för att lagen om finansiell rådgivning skall vara tillämplig med några tillhörande exempel som tolkningsstöd. LFR är på flera punkter svårtolkad och lagstiftaren har på vissa punkter varit otydlig på olika sätt såsom rådgivningsbegreppets innebörd och definition. De ofta generella och oprecisa formuleringarna kan leda till olika tolkningar på den normbildande och rättstillämpande nivån. Det bidrar till att man måste titta djupare på lagen och inte sällan söka svar i förarbeten och praxis för tolkningsstöd. Vid en första anblick kan lagen uppfattas som tydlig men det är vid en närmre genomgång som det uppstår frågetecken och gränsdragningsproblem. Genom resonemangen ovan kan vi komma fram till att för att lagen om finansiell rådgivning skall vara tillämplig krävs det att vissa rekvisit är uppfyllda.

Det krävs att konsument-, näringsidkar-, rekommendations-, individual- och tillitsrekvisitet är uppfyllda för att lagen skall vara tillämplig. Anledning till att riskrekvisitet om beaktansvärd risk diskuteras så omfattande är att det kan vara ett gott tolkningsstöd för att undersöka om en eventuell situation är att anse speciellt skyddsvärd och bära med sig beaktansvärd risk på ett sätt som torde falla inom LFRs ramar trots att det inte är ett rekvisit.

2.5 Aktsamhetskrav för rådgivare

Centralt för det skydd en konsument har vid finansiell rådgivning torde vara de aktsamhetskrav och den sedvänja som etablerats för att säkerställa kvaliteten på rådgivningen. Näringsidkarens skyldigheter och olika krav på rådgivningens kvalitet regleras främst genom 4§ och 5§ LFR. Innehållet i dessa stycken kompletteras av allmänna råd och föreskrifter på uppdrag av regeringen från

⁴³ Prop. 2002/03:133, s. 16.

Finansinspektionen och Konsumentverket.⁴⁴ Under 8§ LFR framgår att konsumentverket utövar på regeringens uppdrag tillsyn över alla finansiella rådgivare som står under Finansinspektionens tillsyn eller är advokater.

Näringsidkarens skyldigheter

4§ Näringsidkaren skall

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

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

Vidare är det värt att notera att det även innan LFRs tillkomst fanns liknande krav utfärdade av Finansinspektionen som gällde alla kunder oavsett om denne var konsument eller ej. Olika organ inom branschen har under en längre tid arbetat med egenåtgärder genom till exempel SwedSec⁴⁵ och liknande organisationer. Situationen att näringsidkare utsätts för olika kompetenskrav är i sig inget nytt. Det som har skett genom införande av LFR är att kraven på kompetens och dokumentation har blivit mer omfattande. Förarbetena till LFR uttalar sig inte om hur lagen förhåller sig till Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd.

2.5.1 Kompetenskravet

I 4§ 1 punkten tar LFR upp kravet på att näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning till konsumenter skall se till att den personal som utför rådgivning besitter tillräcklig kompetens. Med detta krav vill lagstiftaren säkerställa en hög kompetensnivå för alla näringsidkare. Konsumenter skall kunna förvänta sig att den som tillhandahåller rådgivning har ett visst mått av kompetens. Lagstiftarens roll här är att ställa kravet på att rådgivare har ett visst

⁴⁴ Se FFFS 2004:4, 4 kap. 1-2st samt KOVFS 2004:5

⁴⁵ Se mer på www.swedsec.se som tillhandahåller utbildningar för bank och försäkrings bolag.

mått av kompetens medan det är upp till näringsidkaren att hitta former för att följa kravet. Utbildning och kompetenshöjning ligger därmed på företagen själva. Det är svårt att i klartext lagstifta vad som är rätt nivå av kompetens men i förarbetena framgår att kompetenskravet syftar till att en rådgivare skall ha förmåga att bedöma konsumentens:

- önskemål och behov
- kunskap om de finansiella instrument som rådgivningen avser

Vidare avser kravet en viss formell utbildning och erfarenhet av rådgivningsarbete.⁴⁶ I förarbetena har man resonerat att eftersom den finansiella branschens till naturen är under ständig förändring så är det lämpligt att reglerna om kompetenskrav regleras på myndighetsnivå.⁴⁷

Myndigheterna med detta bemyndigande är Finansinspektionen och Konsumentverket. I de föreskrifter och allmänna råd som de var för sig ställer upp beskrivs att:

- Den som lämnar råd skall ha tillräckliga kunskaper i förhållande till den rådgivning som lämnas.
- Rådgivare skall ha kunskap om: relevanta lagar och regler, vilket ansvar en rådgivare har, innebörden av etik och god rådgivningssed, samt hur omsorgs-, avrådande- och dokumentationsplikten skall tillgodoses.

Den ledande principen i dessa föreskrifter och allmänna råd är att kunskaperna alltid skall vara relevanta i förhållande till den rådgivning som tillhandahålls med avseende på dess inriktning, omfattning och svårighetsgrad. Vidare så bär näringsidkaren ansvaret att personalen som lämnar råd kan tillämpa kunskaperna om sparande, placeringar i finansiella instrument och försäkringar.⁴⁸ I de allmänna råden som kompletterar föreskrifterna finns en lista på de kunskapsområden som en rådgivare ska behärska vilket innefattar krav som:

⁴⁶ Prop. 2002/03:133 s. 21 och 50 samt SOU 2002:41 s. 118.

⁴⁷ Prop. 2002/03:133 s. 21

⁴⁸ FFFS 2004:4 2 kap. 1-4§ och KOVFS 2004:5

- Kunskap om avtals-, skadestånds – och mellanmansrätt
- Relevanta skatteregleringar
- Rådgivarens roll och ansvar
- Grundläggande placeringsregler och riskjusterad avkastning

Slutligen nämns att de områden som listats ovan inte på något vis är uttömmande utan att näringsidkaren ska se till att kunskapsnivån är anpassad efter verksamhetens komplexitet och de produkter och lösningar som rekommenderas till konsumenter. Inte nog med att näringsidkaren skall se till att personal tillskansar sig relevant kompetens utan näringsidkaren skall även genom kunskapstest med godkänt resultat säkerställa kompetensen.⁴⁹ Vanligtvis kommer organisationer som SwedSec in med oberoende och kvalificerade tester anpassade just för ändamålet att testa kunskaperna men näringsidkaren kan i egen regi ta fram kunskapstester. Egenframtagna kunskapstester måste godkännas av en oberoende granskningsman med lämpliga kvalifikationer för att säkerställa kvaliteten.⁵⁰ Då de finansiella marknaderna har den inneboende förmågan att vara i konstant förändring ställs krav på personal som skall ge kvalificerade råd till konsumenter. Mot bakgrund av detta har det i föreskrifterna uppställts krav på regelbundenheten av näringsidkarens säkerställande att den som lämnar råd har erforderliga kunskaper.⁵¹ Det anges inte uttryckligen något speciellt intervall när detta ska ske men detta torde påverkas av praxis och även här torde verksamhetens inriktning, omfattning och svårighetsgrad spela in på hur ofta rådgivare bör uppdatera sina kunskaper. Utöver teoretiska kunskaper föreskrivs att den som ger råd skall ha praktisk erfarenhet av kommunikation med konsumenter.⁵²

2.5.2 Dokumentationskrav

I rådgivningslagen 4§ 2st tar lagstiftaren upp kravet om att näringsidkaren skall dokumentera vad som skett vid rådgivningstillfället. Dokumenteringen ska ligga

⁴⁹ FFFS 2004:4 2 kap. 5§ och KOVFS 2004:5

⁵⁰ Se www.SwedSec.se

⁵¹ Se FFFS 2004:4 2 kap. 7§ och KOVFS 2004:5

⁵² *ibid*

till grund för att kunna avgöra på vilka grunder en rådgivare lämnat sina rekommendationer. Syftet med dokumentationskravet är att minimera eventuella bevissvårigheter i samband med en tvist.⁵³ Dokumentationskravet utgör alltså en mycket central del i konsumentskyddet. I lagen finns inga detaljer om hur dokumentationskravet skall fullgöras utan det har lagstiftaren likt kompetenskravet ålagt Finansinspektionen och Konsumentverket att utarbeta.⁵⁴

Dokumentationen skall vara indelad i tre huvudområden med uppgifter om:

1. Rådgivaren – information om näringsidkaren, den som lämnat råd och förutsättningen för rådgivningen.
2. Konsumenten – Namn, erfarenhet av finansiella placeringar, ekonomiska och andra förhållanden, syfte med placeringen, riskbenägenhet och huvudsakliga placeringsinriktning.
3. Rådgivningssituationen – Information om tidpunkt för rådgivningen, vilket/vilka råd som lämnades och om konsumenten avrättats från en viss placering.

Vidare måste rådgivaren genom frågor förvissa sig om konsumentens kunskap och riskbenägenhet och likt punkt 2 ovan dokumentera detta. Enligt de allmänna råd som finns så skall dessa uppgifter uppdateras regelbundet så länge kundrelationen pågår.⁵⁵ När rådgivaren undersöker konsumentens syfte med placeringen skall även notering om placeringshorisont göras såväl som notering om konsumentens riskbenägenhet. Om rådgivaren och konsumenten kommer överens om vissa ramar för placeringsinriktningen eller det föreslås sådana skall rådgivaren notera även detta. Även om konsumenten inte skulle vilja lämna ut vissa uppgifter så skall dokumentation ske av detta.⁵⁶ Enligt de allmänna råden skall den som ger råd dokumentera vilken typ av produkt som rekommenderats, antalet finansiell instrument som rådet avser (direkt och indirekt) och andra

⁵³ Prop. 2002/03:133 s. 22

⁵⁴ FFFS 2004:4 3 kap. 1§-5§ och KOVFS 2004:5

⁵⁵ Allmänna råd finns i anslutning till FFFS 2004:4 3 kap. 1§, 2§ och 3§ samt i KOVFS 2004:5

⁵⁶ Ibid

omständigheter som varit relevant för rådgivningen såsom grunderna för råden.⁵⁷ Ifall rådgivaren avrått en konsument att göra en viss placering ska grunderna till detta råd dokumenteras på samma sätt som ett placeringsråd.⁵⁸ Dokumentationen från rådgivningstillfället får göras på valfritt medium, det vill säga att om det lagras i någon digital databas eller i ett omfattande pappersarkiv system spelar ingen roll förutsatt att dokumentation är lätt identifierbar och lätt sökbar. Det kan också handla om inspelade telefonsamtal.⁵⁹ Rådgivaren måste i samband med rådgivningstillfället dokumentera rådgivningssituationen. Däremot kan den dokumentation som avser uppgifter om den som lämnar råd och konsumenten kan utföras av annan person än rådgivaren och vid ett annat tillfälle än just vid rådgivningstillfället.⁶⁰

Under den tredje punkten ställs ett uttryckligt krav på att den dokumentation som rådgivaren har skall lämnas ut till konsumenten. Konsumenten skall få dokumentation vare sig den kräver det eller inte.⁶¹ På detta område har även finansinspektionen och Konsumentverket i sina föreskrifter och allmänna råd specificerat olika regler om när dokumentation av uppgifter om den som ger rådgivning, konsumenten och rådgivningssituationen skall lämnat ut till konsumenten. En av utgångspunkterna i föreskrifterna är att det första rådgivningstillfället är något striktare reglerat än de efterföljande rådgivningstillfällena. I samband med det första rådgivningstillfället skall dokumentation lämnas ut, eller skall dokumentationen överlämnas o nära anslutning till detta tillfälle utan något onödigt dröjsmål.⁶² Vid senare tillfällen, alltså efter ett antal rådgivningstillfällen, finns inte samma krav på att dokumentationen ska lämnas ut till konsumenten utan då räcker det kan konsumenten få ut den på begäran. Detta gäller under förutsättningen att huvudinriktningen på den finansiella rådgivningen inte ändrar sig väsentligt.⁶³ Under vissa förutsättning kan näringsidkare få dispens av Finansinspektionen från

⁵⁷ Ibid

⁵⁸ Ibid

⁵⁹ Se FFFS 2004:4 3 kap. 6 § samt i KOVFS 2004:5

⁶⁰ Se FFFS 2004:4 3 kap. 8 § samt i KOVFS 2004:5

⁶¹ Prop. 2002/03:133 s. 23

⁶² Se FFFS 2004:4 kap 3. 6§ och KOVFS 2004:5

⁶³ Ibid

kravet att lämna ut dokumentation till konsument. Detta är något näringsidkaren måste ansöka om och ange speciella skäl till.

För att möta de krav som ställs på dokumentering blir arkiveringen av denna en viktig fråga. Enligt Finansinspektionens och Konsumentverkets föreskrifter så skall dokumentationen arkiveras på ett säkert och varaktigt sätt samt att den ska vara lätt sökbar.⁶⁴ Själva arkiveringstiden anges inte i lagen utan man får utgå från LFR 7§ som anger att konsumenten har möjlighet att väcka talan inom 10 år från rådgivningstillfället. Mot bakgrund av detta så är arkiveringstiden 10 år men regleras också i vissa fall av annan lagstiftning såsom bokföringslagen.

2.5.3 God rådgivningsed

I 5§ LFR anges att:

Näringsidkaren skall i sin rådgivningsverksamhet iaktta god rådgivningsed 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 anses lämpliga med hänsyn till konsumentens behov, ekonomiska förhållanden samt andra omständigheter.

Det är i 5§ LFR som lagstiftaren tar upp begreppet ”god rådgivningsed”. Begreppet har sitt ursprung i god sed, som återkommer i en rad andra närliggande områden som god redovisningsed, god fastighetsmäklarsed. Begreppet är dynamiskt och kan ändra sin innebörd över tid. Mot bakgrund av detta har det inte ansetts nödvändigt att konkretisera innehållet i begreppet. Vad är då god rådgivningsed? För att finna det svaret hänvisas till förarbeten och de källor som kan användas för att få en samlad bild av begreppet. Källor kan vara olika riktlinjer och rekommendationer som myndigheter såsom Finansinspektionen och Konsumentverket ger ut men även avgöranden i Allmänna reklamationsnämnden. God rådgivningsed kan ses vara det begrepp som samlar innehållet i 5§ LFR.⁶⁵ Vad som anses vara god rådgivningsed kan variera i enskilda fall och frågan om vad är god rådgivningsed aktualiseras vid fastställande av skadeståndsskyldighet.

⁶⁴ Se FFFS 2004:4 kap 3. 10§ och KOVFS 2004:5

⁶⁵ Prop. 2002/03:133 s. 24 och 51.

2.5.4 Omsorgsplikten

Omsorgsplikten som tas upp under 5§ 1 stycket LFR föreskriver näringsidkarens skyldighet att med omsorg ta tillvara på konsumentens intressen. Det kan tyckas att detta borde utgöra en allmän princip för att utföra uppdrag på ett professionellt sätt. I förarbetena anges att lagstiftaren ansåg att en omsorgsplikt skulle följa direkt av lagen. Vid bedömning av näringsidkarens prestation så aktualiseras frågan om en näringsidkare handlat i konsumentens intresse. Inom ramen ligger också att näringsidkaren skall uppträda aktivt lojalt mot näringsidkaren.⁶⁶ En rådgivare skall alltid ställa sin kunskap till förfogande och skall aldrig lämna råd mot bättre vetande. I samband med rådgivningstillfället bör näringsidkaren upplysa om förutsättningarna för rådgivning med avseende på möjlighet att förmedla finansiella tjänster och utbudet av dessa. I förarbetena nämns att om näringsidkaren informerar konsumenten om detta har konsumenten bättre förutsättningar att bedöma de råd som lämnas.⁶⁷ Finansinspektionen och Konsumentverket lämnar rekommendationer till näringsidkare om att informera konsumenter om vilka produkter och tjänster näringsidkaren tillhandahåller samt att konsumenter ibland bör uppmärksammas på att söka ytterligare råd från annat håll. Vidare anges att näringsidkaren har en skyldighet att informera konsumenten om sådana omständigheter som är av betydelsen för rådgivningen. Likaså måste rådgivaren informera och klargöra situationen för konsumenten om denne vill lämna över uppdraget till annan rådgivare.⁶⁸ Det rekommenderas även att rådgivaren håller isär det som är rådgivning och det som är av marknadsföring eller information om produkter. Det huvudsakliga spåret när de gäller omsorgsplikten är att näringsidkaren gör klart i så lång utsträckning som möjligt i vilken egenskap rådgivaren agerar, vad konsumenten kan förvänta sig av rådgivningen.⁶⁹

2.5.5 Konsumentanpassad rådgivning

I 5§ LFR första stycket andra mening så tar lagstiftaren upp att näringsidkaren skall anpassa rådgivningen efter konsumentens önskemål och behov. Rådgivaren

⁶⁶ Prop. 2002/03:133 s. 25 och 51 samt SOU 2002:41 s. 124.

⁶⁷ Prop. 2002/03:133 s. 25

⁶⁸ Se FFS 2004:4 4 kap. p. 5 och 6 samt KOVFS 2004:5 4 kap. 3 och 4st.

⁶⁹ Se FFS 2004:4 4 kap. p. 4 samt KOVFS 2004:5 4 kap. 1 st.

skall inte rekommendera andra lösningar än de som är lämpliga för konsumenten. För att säkerställa att detta inte sker så påtalas det i förarbeten att rådgivaren skall göra en kartläggning av konsumentens förkunskaper, ekonomiska och andra förhållanden, önskemål och syfte med placeringen samt riskbenägenhet.⁷⁰ Syftet med kartläggningen är att ge rådgivaren goda förutsättningar ge råd som är anpassade till konsumenten. Till exempel ska råden anpassas till konsumentens vana av placeringar i finansiella instrument, tidshorisont för placeringen, konkretisera konsumentens riskbenägenhet samt få en mer nyanserad bild av syftet med placering – pension, kontantinsats till bostad framtida bilinköp? Detta är förhållanden som rådgivaren skall på olika sätt ska försöka kartlägga. Även andra förhållanden såsom familjesituation, eventuell anställningsform och skulder kan påverka vilket råd som är lämpligt att ge. Frågor som ger rådgivaren en bättre bild av konsumentens situation är essentiellt för att kunna säkerställa anpassad rådgivning. Vid möte med konsumenten kan dennes svar ge rådgivaren anledning att ompröva sin kartläggning och anpassa råd därefter. Rådgivaren måste förvissa sig om att konsumenten är medveten om att olika placeringar har olika risknivå. För att en kartläggning av konsumenten ska vara möjligt är det essentiellt att konsumenten medverkar till att ge en rättvisande bild av sin situation. Det kan förekomma att en konsument inte vill ange olika delar av informationen i kartläggningen då skall rådgivaren anpassa råd därefter. I en sådan situation är det viktigt att rådgivaren klargör för konsumenten vilka brister som föreligger i bedömningsunderlaget som på olika sätt kan påverka tillförlitligheten i de råd som lämnas.⁷¹ Under vissa förutsättningar kan en rådgivare delvis eller helt avstå en kartläggning ifall rådgivaren anser att det inte är nödvändigt. För att bedöma detta beslut skall rådgivaren dokumentera skälen till bedömningen. Att rådgivaren känner till konsumenten och dennes förhållanden sedan tidigare möten kan vara ett skäl att inte genomföra en kartläggning men även under dessa förutsättningar måste rådgivaren säkerställa att de förhållanden som kartlagts tidigare inte har förändrats. I första stycket så skall en näringsidkare inte rekommendera lösningar som inte är lämpliga för konsumenten. I förarbetena framgår att denna inrådan inte skall tolkas så strikt i den meningen att rådgivaren endast får lämna det råd

⁷⁰ Prop. 2002/03:133 s.26 och 522 samt SOU 2002:41 s. 125 och 182.

⁷¹ Prop. 2002/03:133 s. 27; SOU 2002:31 s. 126 och 182; FFFS 2004:4 4 kap. 8p. Och KOVFS 2004:5

som är mest lämpligt eller dylikt utan råden vid en helhetsbedömning framstår som lämpliga för den enskilde konsumenten.⁷² Värt att nämna i sammanhanget är att även EG-direktivet om finansiella marknader (MiFID) ställer liknande krav på kartläggning av konsumentens behov och förhållanden.⁷³

2.5.6 Avrådningsplikten

En rådgivare skall inte bara lämna rekommendationer som är anpassade till konsumentens behov och förhållanden, rådgivaren skall också avråda konsumenten att vidta åtgärder som inte är lämpliga för konsumenten mot bakgrund av den kartläggning rådgivaren gjort.⁷⁴ Förutsättningen för att det ska föreligga avrådningsplikt är att det handlar om en rådgivningssituation. I förarbetena framgår att det inte föreligger avrådningsplikt ifall konsumenten tar kontakt med en näringsidkare i syfte att genomföra en viss transaktion under förutsättning att det detta beslut inte har koppling till något tidigare rådgivningstillfälle.⁷⁵ Enligt förarbeten så skall näringsidkarens avrådningsplikt inte uppfattas som en skyldighet från rådgivarens sida att övertala konsumenten att agera eller besluta på ett visst sätt. Avrådningsplikten syftar till att näringsidkare skall påpeka och ange skäl till varför en konsument inte bör vidta en viss åtgärd. Om konsumenten trots rådgivarens påpekanden vill vidta en viss åtgärd så finns det inget som hindrar rådgivaren att genomföra en viss transaktion. I ett sådant läge är det speciellt viktigt att rådgivaren fullgör sin dokumentationsplikt.

⁷² Prop. 2002/03:133 s. 26 och s. 52

⁷³ För vidare läsning se artikel 19.4 i MiFID

⁷⁴ Prop. 2002/03:133 s. 27

⁷⁵ Prop. 2002/03:133 s. 27 samt SOU 2002:41 s. 127 och s. 183.

2.7 Fråga om skadestånd

6§ LFR förordar att:

Näringsidkare som genom finansiell rådgivningen uppsåtligen eller av oaktsamhet orsakar konsumenter ren förmögenhetsskada skall ersätta skadan.

Det huvudsakliga budskapet med 6§ LFR är att näringsidkare som tillhandahåller felaktig rådgivning som orsakat skada kan bli skadeståndsskyldig.

I tidigare stycken har det redogjorts för olika rekvisit och aktsamhetskrav som utgör krav som lagstiftaren ställer på näringsidkare för att säkerställa godtagbar rådgivning till konsumenter, frågan om skadeståndstalan är central för konsumentskyddet. Krav, föreskrifter och allmänna råd utan tydliga sanktioner mot avvikelser riskerar att underminera konsumentskyddet. Genom kraven på t.ex. att iaktta god rådgivningssed, värna om omsorgsplikten, verka för anpassning till konsumentens behov och att vid behov avråda konsumenten att vidta viss åtgärd vill lagstiftaren säkerställa att rådgivningen innehåller godtagbar kvalitet. Om rådgivningen avviker från något av kraven finns det en risk att rådgivningen inte når en godtagbar kvalitet. Konsumenter som följer råd under omständigheter med bristfällig kvalitet kan drabbas av förluster som annars inte skulle inträffat. För att motverka oönskade situationer med bristfällig kvalitet i rådgivningen har lagstiftaren ansett att skadestånd är den åtgärd som är mest ändamålsenliga sanktion mot avvikelser. Lagstiftaren anger i förarbetena att skadeståndsansvar torde vara ett starkt incitament för näringsidkare att vidta åtgärder för att säkerställa godtagbar kvalitet på rådgivningen. I de fall näringsidkaren inte lever upp till lagstiftarens krav så hålls i vart fall konsumenten skadelös.⁷⁶ Med skada åsyftas ekonomisk skada ”ren förmögenhetsskada”.⁷⁷

Sammanfattningsvis så riskerar den näringsidkare som inte uppfyller kraven på rådgivning av godtagbar kvalitet skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada som en konsument lider.

⁷⁶ Prop. 2002/03:133 s. 30

⁷⁷ Prop. 2002/03:133 s. 30 och Skadeståndslagen (1972:207) 1 kap. 2§. Se även Hellner och Johansson, Skadeståndsrätt, s. 66.

Innan införandet av Lagen om finansiell rådgivning fanns det ingen speciallagstiftning avseende ansvar för placeringsrådgivning. Det är mot denna bakgrund som frågan om källor för skadeståndsansvar aktualiseras. I förarbeten nämns annan konsumentlagstiftning såsom Konsumenttjänstelagen (1985:716) som en källa för analogier vid bedömning av skadeståndsansvar.⁷⁸ Vidare beskrivs i förarbetena att grunden för rättslig analys i fråga om rådgivares skyldigheter får vara de allmänna principer som kan utläsas i rättspraxis och doktrin.⁷⁹ Vad gäller doktrin så finns det ett flertal olika publikationer om finansiellt rådgivningsansvar.⁸⁰ Ur uppsatsens tidigare stycken framgår att avtal om finansiell rådgivning inte kräver något formellt avtal utan kan ingås på olika sätt. Detta aktualiserar frågan om vilket kontraktsförhållande som föreligger, är rådgivningsansvaret av utomobligatorisk eller kontraktuell karaktär?⁸¹ Vidare är värt att notera att avsaknaden av formellt avtal inte behöver påverka det kontraktuella ansvaret.⁸² Av förarbetena framgår med hänvisning till Rodhe och obligationsrätten att det torde vara fråga om vållande i ett kontraktsförhållande, s.k. culpa in contractu.⁸³ Lagstiftaren menar här att rättsförhållandet mellan näringsidkare och konsument har stora likheter med ett kontraktuellt förhållande och mot bakgrund av det torde reglerna åtminstone analogivis vara tillämpliga. Genom 6§ LFR så åstadkoms en klarhet vid skadeståndstalan med hänvisning till Skadeståndslagens 1 kap. 1§.⁸⁴ För vidare rättslig analys så finns det ett flertal rättsfall Högsta domstolen behandlat som beträffar olika rådgivares skadeståndsansvar.⁸⁵ Även fall som rör andra kategorier av rådgivare såsom t.ex. revisorer och försäkringsmäklare torde ge vägledning i bedömning av tvister rörande placeringsrådgivning.⁸⁶ Förutom Högsta Domstolen finns det även ett flertal rättsfall ifrån underrätterna.⁸⁷ Även Allmänna reklamationsnämnden (ARN) har lämnat rekommendationer i ett stort

⁷⁸ SOU 2002:41 s. 55

⁷⁹ SOU 2002:41 s. 32

⁸⁰ Se t.ex. Korling, Rådgivningsansvar

⁸¹ Hellner & Johansson, Skadeståndsrätt, s. 21.

⁸² Prop. 2002/03:133 s. 31

⁸³ SOU 2000:29 s. 155 med hänvisning till Rodhe, Obligationsrätt.

⁸⁴ Prop. 2002/03:133 s. 31

⁸⁵ Det s.k. Sydinovatorfallet, NJA 1995 s. 693 (indexoptioner) anses av Swahn & Wendleby vara ett prejudikat på området. Se Swahn & Wendleby, Lagen om finansiell rådgivning, s. 70

⁸⁶ Se t.ex. NJA 1987 s. 692 (det s.k. Kone-fallet, värderingsman)

⁸⁷ Se t.ex. HovR:n över Skåne och Blekinge, dom 2001-03-30 i mål T 271-00 (tvångsstängning av optioner)

antal ärenden rörande placeringsrådgivning.⁸⁸ I förarbeten till LFR framgår att de lagens syfte inte är att utvidga ansvaret utan skall i huvudsak uppfattas som en kodifiering av praxis.⁸⁹ Det framhålls i förarbetena att skadeståndsregeln i lagens 6§ inte skall uppfattas som exklusiv, d.v.s. att skadestånd på grund av finansiell rådgivning även kan erhållas på annan grund än den som LFR anger. Under vissa omständigheter har alltså äldre principer och praxis betydelse.⁹⁰ För bevisfrågor så konstaterar förarbetena att de grundläggande skadeståndsrättsliga principerna gäller. Det innebär att bevisbördan i skadeståndsmål med avseende på culpaansvar ligger på den skadelidande där denne skall bevisa att det är motparten som har vållat skadan och att det föreligger en adekvat kausalitet mellan vållandet och skadan.⁹¹ Frågor om jämkning av skadestånd hänvisar förarbetena till skadeståndslagen och allmänna principer.⁹²

2.7.1 Krav på oaktsamhet

6§ LFR har sin utgångspunkt i ett culpaansvar. Med det menas ansvar för skador som orsakats genom t.ex. oaktsamhet, vårdslöshet eller försumlighet.⁹³ Vad är en vårdslös handling? Rodhe menar att:

”En handling sägs vara vårdslös om den avviker från den standard, som en klok och förständig man, en bonus pater familias, skulle iakttagit”⁹⁴

Uppsåtligt handlande förutsätts för culpaansvar och anges uttryckligen i 6§ LFR. Hur skall culpabedömningen gå till? Genom att fastställa vilka aktsamhetskrav som skall vara tillämpliga så kan en aktsamhetsnorm fastställas som anger ett önskvärt agerande i en viss rådgivningssituation.⁹⁵ Detta görs i syfte att fastställa hur en ”fiktiv fackman” hade agerat i en viss rådgivningssituation. Vidare görs en jämförelse mellan den påstådde skadevällarens agerande och den ”fiktiva fackmannens” önskvärda agerande. Ett agerande som avviker på ett negativt sätt

⁸⁸ Se t.ex. de s.k. Actafallen i ARN:s beslut i ärendenummer 2008-8151, 2008-8967, 2008-9055, 2008-9232, 2008-9861 och 2009-1046.

⁸⁹ Prop. 2002/03:133 s. 31 och SOU 2002:41 s. 133

⁹⁰ Prop. 2002/03:133 s. 55

⁹¹ Prop. 2002/03:133 s. 33 Se även Hellner, Adekvat kausalitet vid ren förmögenhetsskada, JT 1999-00 s. 159

⁹² Prop. 2002/03:133 s. 54

⁹³ Prop. 2002/03:133 s. 30 och 53

⁹⁴ Rodhe, Obligationsrätt, s. 312

⁹⁵ Se tidigare stycken för exempel på aktsamhetskrav såsom omsorgsplikten osv.

utifrån hur en ”fiktiv fackman” agerat i en viss rådgivningssituation kan anses överträtt någon aktsamhetsnorm och kan bedömas ha agerat vårdslöst. Frågan om culpa är central för skadeståndstalan där bedömningen kan göras mot bakgrund av normer som följer av lag och annan författning, praxis eller sedvana.⁹⁶

Vid culpabedömning aktualiseras främst frågan om rådgivningsuppdraget utförts på grundval av en bristfällig metod snarare än om rådgivaren brutit i sin bedömning. I rättsfall NJA 1987 menade HD att det måste finnas ett avsevärt utrymme för en värderingsmans egen bedömning, däremot kan metodansvaret vara mer eller mindre strängt i olika fall.⁹⁷ Genom 5§ LFR har lagstiftaren reglerat att rådgivare skall iaktta god rådgivningssed vilket gör att domstolarna kan göra sin culpabedömning på en stabilare grund.⁹⁸ Rådgivarens skyldighet att agera på ett sätt som är förenligt med god rådgivningssed torde vara en god utgångspunkt för en culpabedömning. Den rådgivare som inte iakttar god rådgivningssed torde anses agera vårdslöst. Även under denna presumtion så är det som framgår i förarbeten helhetsbedömningen av samtliga omständigheter som ligger till grund för bedömningen om rådgivare agerat vårdslöst. Omständigheter som påverkar helhetsbedömningen är praxis, sedvana och andra källor som anses värda att ta i beaktande vid bedömning av de aktsamhetsnormer som gäller på området.⁹⁹ I förarbetena diskuteras att det inte är möjligt att i detalj klargöra gränserna för vad som anses vara vårdslöst agerande och att en sådan reglering inte heller är önskvärd. Aktsamhetsnormer bör kunna ändras och tiden och fyllas på med nytt innehåll allteftersom förhållanden ändras.¹⁰⁰ Mot bakgrund av detta kan den rådande aktsamhetsnormen vara central i samband med skadeståndstalan. Med ett lagstadgat ansvar genom 6§ LFR för vårdslös rådgivning säger sig lagstiftaren inte ha som avsikt att införa ett skydd mot ”dåliga råd”.¹⁰¹ Utifrån detta resonemang blir HDs ståndpunkt i NJA 1987 om metodansvar kontra bedömningsfel mer förståeligt. Utgångspunkten för lagstiftarens resonemang är att konsumenter förlorar pengar på grund av sjunkande aktiekurser och att

⁹⁶ Prop. 2002/03:133 s. 54

⁹⁷ NJA 1987 s. 692 (värderingsman)

⁹⁸ Se tidigare stycke om god rådgivningssed

⁹⁹ Prop. 2002/03:133 s. 31 och 54

¹⁰⁰ Prop. 2002/03:133 s. 31

¹⁰¹ SOU 2002:41 s. 33

räntenivåer ändras i allmänhet inte på grund av vårdslös rådgivning. I samklang med HDs bedömning NJA 1987 så måste det finnas ett avsevärt utrymme för rådgivares bedömningar. I förarbetena framgår att det hade varit otänkbart att bedriva rådgivning och riskera skadeståndsskyldighet utifrån de bedömningar rådgivaren gör avseende olika finansiella instrument. Culpaansvaret för rådgivare avser träffa den som på något sätt avviker från de aktsamhetsnormer som är allmänt vedertagna.¹⁰² Värt att notera är att ekonomisk förlust för konsumenten inte är tillräcklig bevisning för vårdslöshet. ARN har uttalat sig att en rådgivare inte blir ersättningskyldig ifall den förväntade värdestegringen på en finansiell placering uteblir.¹⁰³ När det gäller finansiell rådgivning ger rådande rättspraxis exempel på att domstolar vid tidigare tillfällen godtagit att vissa förhållanden helt enkelt inte är förutsägbara när en prognos lämnades.¹⁰⁴ Utgångspunkten är att rådgivning sker på grundval av kända fakta om marknaden. Viktigt att notera är att detta är en prognos och ingen garanti på framtida avkastning mot bakgrund av ovan förda resonemang torde det inte leda till att rådgivare ådrar sig ersättningskyldighet.

I följande stycken redogörs för ett antal faktorer som spelat en framträdande roll i praxis vid bedömning av eventuell vårdslöshet.

2.7.2 Oaktsamhet i praxis

Både HD och ARN har vid ett flertal tillfällen slagit fast att kravet på tydligheten i lämnad information beror på uppdragsgivarens förutsättningar. I dessa ärenden aktualiseras frågan om rådgivare på något sätt brustit i sin omsorgsplikt. Ett framträdande fall där just omsorgsplikten aktualiserades är NJA 1995 s. 693 som handlar om en kund (i detta fall näringsidkare, analogi) hade tillräckligt med kunskap om riskerna som det förslagna finansiella instrumentet, i detta fall indexoptioner, medförde. Brukligen kan det i HDs avgörande utläsas en rättsregel, så även här, och vad HD fastställde var att det är näringsidkarens ansvar för att kunden har haft eller förmedlat kunden tillräcklig kunskap om riskerna. Vid brister i rådgivares omsorgsplikt avseende att bibringa att konsumenten förstår

¹⁰² Prop. 2002/03:133 s. 32

¹⁰³ Se t.ex. ARN beslut 2001-11-15, ärendenummer 2001-3252

¹⁰⁴ Se HovR för Övre Norrlands dom 1993-11-12 i mål T 44/93 (premieobligationer)

riskerna kan ur domstolspraxis utläsas som en faktor som ofta har spelat in och där skadestånd har bifallits.¹⁰⁵

2.7.3 Konsumentstöd från annat håll än rådgivaren

Idag så finns det en uppsjö olika medier och forum där en konsument kan tillskansa sig stöd på andra sätt än av sin rådgivare. Ta t.ex. affärstidningar, internet och andra sakkunniga eller biträden. Som tidigare stycken anspelar på har rådgivaren ett i bl.a. sin omsorgsplikt och i enlighet med god rådgivninsed ett informationsansvar gentemot konsumenten. Däremot kan kravet på informationens tydlighet och omfattning variera beroende på konsumentens förkunskaper. Det är rimligt att en konsument som läser flertalet affärstidningar och genomgått olika kurser i värdepappershandel är mer kunnig, och i mindre behov av information, än en konsument som inte tillgodogjort sig den kunskapen genom utbildning.¹⁰⁶ Detta är omständigheter som påverkar rådgivarens informationsansvar. Vidare kan biträden i påverka rådgivarens informationsansvar avhängande biträdets kompetens och frågans komplexitet.¹⁰⁷ Det kan konstateras att konsumentstöd från annat håll än rådgivaren påverkar rådgivarens informationsansvar vid skadeståndstalan. I vissa fall kan rådgivaren ha ett minskat informationsansvar och tvärtom ett starkare informationsansvar beroende på konsumentens kunskap samt möjligheter till att få stöd från annan än rådgivaren.

2.7.4 Placeringens karaktär och risk

Vilken eller vilka finansiella instrument som ligger till grund för en rekommendation kan ha inverkan i bedömningen av rådgivarens ansvar. Frågan aktualiseras i samband med en helhetsbedömning där faktorer som konsumentens kunskap, placeringshorisont, riskbenägenhet etc. spelar in. En mindre erfaren konsument pekar på att det krävs tydlighet och mer informationsbehov än för en mer erfaren konsument.¹⁰⁸ Det kan finnas varierande inneboende risk i olika

¹⁰⁵ Se t.ex. RH 1995:136

¹⁰⁶ Se t.ex. Svea HovR:s dom 2003-10-15 i mål T 6471-02 (excelprogram för säkerhetsberäkning)

¹⁰⁷ Se t.ex. Svea HovR:s dom 2000-10-16 i mål T 9255-99 (utdelningsfond)

¹⁰⁸ Se t.ex. RH 1995:136

finansiella instrument som rådgivaren i enlighet med god rådgivningssed torde informera om för att inte riskera anses varit vårdslös i sin rådgivning. Vidare kan frågan om individuellt anpassade råd aktualiseras och påverka skadeståndsbedömning. Till exempel kan diskuteras ifall den finansiella derivatinstrument med viss placeringshorisont är lämpliga för en viss konsument.

2.7.5 Frågan om vem som tagit initiativ till affären

I en helhetsbedömning för att fastställa huruvida rådgivare agerat vårdslöst eller ej har i praxis frågan om vem av parterna som tagit initiativ till en viss affär haft betydelse. Att värdepappersinstitutet tagit initiativ innebär inte att det föreligger någon vårdslöshet men aktsamhetskravet kan öka på institutet.¹⁰⁹ Tvärtom i situationer där konsumenten tagit initiativ tenderar aktsamhetskravet att minska. Även under dessa omständigheter är det inte säkert att konsumenten har kunskap om transaktionen som denne önskar vidta. I fall där konsumenten vidtagit order utan att det föregåtts någon rådgivning föreligger inget rådgivningsansvar. Flera ARN avgörande pekar på att det tvistats kring på vems initiativ en transaktion skett.¹¹⁰ I avgöranden framgick att så länge konsumenten var medveten om riskerna så hade omständigheten att endast marknadsföring föregått transaktionen och ingen rådgivning så lede detta inte till något skadeståndsansvar för institutet.¹¹¹

2.7.6 Fråga om skada

För ren förmögenhetsskada som konsumenten lider kan denne få ersättning för i samband med vårdslös finansiell rådgivning. Skada i detta sammanhang åsyftar sådan skada som påverkar konsumentens ekonomiska ställning genom t.ex. minskning av konsumentens ekonomiska tillgångar, ökning av konsumentens skulder eller förlust av inkomst. Härmed avses alltså detsamma som i skadeståndslagens 1 kap. 2§. Även beträffande andra förhållanden som har med skadeståndsansvaret att göra såsom adekvat kausalitet hänvisar förarbetena till

¹⁰⁹ Se Stockholms TR:s dom 1998-06-23 i mål 469-96

¹¹⁰ Se t.ex. ARN 2002-11-26, änr 2002-1673

¹¹¹ Se t.ex. ARN:s beslut 1999-10-11, änr 1999-1262

allmänna skadeståndsrättsliga principer för bedömning om vad som i ett visst fall är att anse vara ren förmögenhetsskada och beräkningen av skadans storlek.¹¹² Frågan om vad som är att anse som ersättningsgill skada diskuteras i förarbetena och anger att skada ska ersättas enligt det negativa kontraktsintresset.¹¹³ Principen innebär att konsumenten försätts i samma ekonomiska situation som denne hade varit om konsumenten inte vidtagit åtgärder med anledning av rådgivningen. Således erhåller konsumenten ersättning för de medel som anses gått förlorade på grund av rådgivningen, de kostnader som konsumenten drabbas av samt eventuella skulder som konsumenten ådragit sig.¹¹⁴ Ersättning för utebliven vinst avses av förarbetena inte utgå inte heller någon ersättning på grunden att konsumenten skulle kunna ha erhållit högre avkastning vid ett alternativt agerande.¹¹⁵ Det är enligt förarbetena endast för det negativa kontraktsintresset som ersättning kan utgå.¹¹⁶ Swahn och Wendleby resonerar att det i doktrinen annars anses vara huvudregeln att ersättning skall utgå enligt det positiva kontraktsintresset.¹¹⁷ Vid en skadebedömning rörande rådgivningsansvar tillämpas den s.k. differensprincipen ofta vid tvister. Principen tillämpas på det sättet att när en konsument yrkar på skadestånd så ställs domstolen inför en jämförelse av scenario 1 där det påstått oaktsamma utfallet och händelseförloppet ställs om scenario 2 som ska illustrera ett hypotetiskt aktsamt och omsorgsfullt händelseförlopp. Skadan bedöms vara skillnaden mellan resultaten i de båda förloppen.¹¹⁸ I förarbetena förs en diskussion kring svårigheterna att bestämma eventuell skadas storlek som inte realiserats i förlust men som givit ett undermåligt utfall i förhållande till den prognos som utfästes vid rådgivningstillfället. Grundantagandet är att rådgivaren inte hålls ansvarig för sin bedömning förutsatt att allmänt godtagbara metoder tillämpats.¹¹⁹ Det har visat sig ett flertal ARN avgöranden att det är av stor betydelse att den skadelidande visar att denne orsakats en verklig – realiserad – ren förmögenhetsskada genom

¹¹² Prop. 2002/03:133 s. 54

¹¹³ 2002/03:133 s. 32

¹¹⁴ Prop. 2002/03:133 s. 32

¹¹⁵ Prop. 2002/03:133 s. 33

¹¹⁶ Prop. 2002/03:133 s. 32

¹¹⁷ Swahn & Wendleby, Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter – en kommentar, s. 80

¹¹⁸ Praxis av den s.k. differensprincipen återfinns i ARN 2001-02-21, änr 2000-6328 (aktier i Telia)

¹¹⁹ SOU 2002:41 s. 41

rådgivarens agerande. I ett flertal fall kan en eventuell vårdslöshet konstateras men ingen ren förmögenhetsskada eftersom eventuell skada inte realiserats. Under de omständigheterna kan ingen ersättning för skada utgå för att ren förmögenhetsskada inte konstaterats.¹²⁰

2.7.7 Reklamation och preskription

I korthet anger LFR 7§ bestämmelser om reklamation och preskription avseende finansiell rådgivning. Det framgår i paragrafen att om en konsument inte inom skälig underrättar näringsidkare om skada (reklamerar) bortfaller konsumentens möjligheter till skadestånd enligt LFR 6§. Vidare anges att detsamma gäller om konsumenten inte väckt talan inom tio år från rådgivningstillfället.

LFR 7§

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

Om konsumenten inte underrättar näringsidkaren inom den som följer av första stycket, faller rätten till skadestånd enligt denna lag bort. Detsamma gäller om konsumenten inte väcker talan inom tio år från rådgivningstillfället.

Första stycket har sin utgångspunkt i annan konsumentlagstiftning och hänvisar till principer som gäller i allmänhet inom avtalsrätten som anger att en part som anser att motpartens prestation inte är avtalsenlig skall underrätta motparten om detta (reklamera). I ett stort antal mål om skadeståndskrav avseende placeringsrådgivning har domstolar fått ta ställning till om reklimations- och preskriptionstiderna hållits inom de ramar som lagstiftaren åsyftat.¹²¹ Även ARN har i ett flertal fall fått ta ställning till reklimations- och preskriptionstiderna och i flera fall inte bifallit skadeståndskrav med motiveringen att reklamation skett utanför vad som anses vara inom skälig tid.¹²² Konsumenten åläggs en underrättelseskyldighet att meddela näringsidkare ifall skada uppkommer till följd

¹²⁰ Se t.ex. ARN 2002-01-09, änr 2001-2474

¹²¹ Se t.ex. Svea HovR:s dom 1999-11-19 i mål T 1397-98 (diskretionär aktieförvaltning)

¹²² Se t.ex. Arn 2000-03-30, änr 1999-6265 (aktieköp)

av rådgivningen. Bakomliggande tanken är att en konsument inte passivt ska kunna följa ett händelseförlopp utan att underrätta näringsidkaren, mot bakgrund av detta så åläggs konsumenten skyldigheten att underrätta näringsidkare.¹²³ Ifall konsumenten inte underrättar näringsidkare om skada inom skäligen tid förfaller konsumentens möjlighet till skadestånd enligt denna lagen. Vidare skall konsumenten följa utfallet av rådgivningen och ha rimlig kontroll över hur eventuella placeringar utvecklas för att ha möjlighet att kunna följa upp eventuell skada. Lagen anger att konsument ska underrätta näringsidkare om skada inom rimlig tid och därmed avses tid för eftertanke och möjlighet att diskutera frågan med en juridisk expert.¹²⁴ Vad som anses vara inom skäligen tid måste bedömas från fall till fall och beror i stor utsträckning på vilken typ av placering samt omständigheter som är föremål för en bedömning. Det bör tilläggas att faktumet att det förekommer svängningar i priser på finansiella instrument innebär att tjänsten finansiell rådgivning blir speciell i detta avseende.¹²⁵ Denna karakteristika gör det speciellt svårt i vissa fall att bedöma adekvat kausalitet.

Det anges inte i förarbetena hur en reklamation ska gå till eller hur den ska vara utformad. Det torde vara tillräckligt att konsumenten meddelar varför tjänsten är felaktig eller vårdslös, däremot torde det inte vara tillräckligt för att anses som rekommendation att ge uttryck för ett allmänt missnöje med tjänsten. Finansinspektionen har utfärdat allmänna råd för klagomålshantering som anger att kund bör informeras om hur institutet hanterar klagomål och vem som är klagomålsansvarig för institutet.¹²⁶ Om klagomål inte tillmötesgås bör konsumenten få skriftlig information om detta samt en motivering.¹²⁷

I LFR 7§ andra stycket så anges att om konsumenten inte iakttar vad som följer av första stycket så faller rätten till skadestånd. Preskriptionstiden om tio år motiveras enligt förarbetena med att placeringar i finansiella instrument ofta gör på lång sikt varför det kan ta tid innan skada uppkommer. Det kan gå flera år

¹²³ Prop. 2002/03:133 s. 34 och SOU 2002:41 s. 148.

¹²⁴ Prop. 2002/03:133 s. 34 och 55 samt SOU 2002:41 s. 148 och 188

¹²⁵ Ibid

¹²⁶ FFFS 2002:23 Allmänna råd om klagomålshantering avseende finansiella tjänster till konsumenter.

¹²⁷ Ibid

innan vårdslös rådgivning visar sig, i vissa fall inte innan konsumenten ska realisera placeringen. Rätten till skadestånd faller under alla förhållanden om inte talan om ersättning väcks inom tio år från rådgivningstillfället.¹²⁸

2.8 Tillsyn

LFR 8§

Konsumentverket utövar tillsyn över 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 bedrivs för tillsynen. Näringsidkaren skall lämna de upplysningar om verksamheten som begärs av tillsynen.

Om näringsidkaren inte tillhandahåller handlingarna eller lämnar upplysningar, får Konsumentverket förelägga näringsidkaren vid vite att fullgöra sin skyldighet.

Under LFR 8§ återfinns bestämmelser om tillsyn och informationen om den tillsynsverksamhet som ska kontrollera att företagen uppfyller de krav som lagen ställer. I förarbetena framgår att seriösa näringsidkare inte skall behöva konkurrera med näringsidkare som av kostnadsskäl bortser från lagen.¹²⁹ Konsumentverket är enligt första stycket tillsynsmyndighet med undantag för de näringsidkare som står under Finansinspektionens tillsyn så som t.ex. banker, försäkringsmäklare m.fl. Vidare i paragrafens andra stycke anges att Konsumentverket ges möjlighet att göra platsundersökningar och myndigheten har rätt till samtliga handlingar som behövs för tillsynen så som dokument som styrker rådgivares kompetens och dokumentation från rådgivningstillfällen.¹³⁰ Det bör tilläggas att Finansinspektionens roll i tillsyn som inte omfattas av Konsumentverket är att i detta sammanhang övervaka hur företag hanterar frågor av denna karaktär på ett övergripande sätt. I första hand riktas inspektionen insatser på att följa upp företags rutiner som uppfyller lagkraven samt att inga

¹²⁸ Prop. 2002/03:133 s. 37

¹²⁹ Prop. 2002/03:133 s. 38 och SOU 2002:41 s. 155

¹³⁰ Prop. 2002/03:133 s. 42 och SOU 2002:41 s. 160

allvarliga systemfel är inbyggda i processerna.¹³¹ Enligt paragrafens tredje stycke kan Konsumentverket förelägga vite från den näringsidkare som inte lämnar ut handlingar eller upplysningar.

I LFR 9§ anges att:

Om en näringsidkare står under Konsumentverkets tillsyn utför finansiell rådgivning i strid med de krav som ställs i lagen eller i föreskrifter som meddelats med stöd av lagen, får verket vid vite förelägga näringsidkaren att upphöra med finansiell rådgivning. Om det är tillräckligt får Konsumentverket i stället meddela varning.

Genom denna bestämmelse har Konsumentverket möjlighet att förelägga en näringsidkare att upphöra med finansiell rådgivningsverksamhet. För att detta ska ske krävs allvarliga överträdelser eller upprepade överträdelser från näringsidkarens sida. Det bör framgå i Konsumentverkets bedömning att det är direkt olämpligt att näringsidkaren fortsätter med rådgivningsverksamhet.¹³² Finansinspektionens befogenheter framgår av rörelselagstiftningen och ger inspektionen möjlighet att återkalla ett instituts tillstånd att bedriva viss verksamhet eller om de anses tillräckligt meddela varning. Är det fråga om ett kreditinstitut kan inspektionen meddela varning och ålägga kreditinstitutet att betala straffavgift.¹³³ Om åtgärden åtgärderna enligt första stycken anses vara alltför ingripande kan Konsumentverket enligt andra stycken meddela varning. Finansinspektionens möjlighet att meddela varning framgår av rörelselagen.¹³⁴

¹³¹ Se Finansinspektionens rapport 2004:11, Marknadstillsyn 2004, s. 35

¹³² Prop. 2002/03:133 s. 58

¹³³ Se lagen (2004:297) om bank och finansieringsrörelse 15 kap.

¹³⁴ Prop. 2002/03:133 s. 58 och SOU 2002:41 s. 161

3. Vilket skydd har en konsument som anser sig blivit utsatt för vårdslös finansiell rådgivning?

I tidigare kapitel har det redogjorts för vilka rekvisit som skall vara uppfyllda för att LFR skall vara tillämplig samt vilka aktsamhetskrav som en rådgivare skall beakta. Vidare har undersökts vilka faktorer som kan påverka vid skadeståndstalan samt redogjorts för tillsynsfunktionen. Mot bakgrund av det som tidigare har anförts kan det konstateras att lagstiftaren inrättat en rad olika krav, föreskrifter och seder som rådgivare för att säkerställa kvaliteten på rådgivningen och därigenom skydda konsumentens intressen. Genom de krav som lagstiftaren ställer på rådgivare såsom att iaktta god rådgivningsämbets sed har konsumenter ett starkt skydd. Uppsatsens frågeställning att undersöka vilket skydd en konsument har som anser sig blivit utsatt för vårdslös finansiell rådgivning är en fråga som aktualiseras först när rådgivare åsidosatt aktsamhetskraven på något sätt. I LFR finns det en tydlig koppling mellan aktsamhetskraven och påföljderna som anges i 6§ LFR.

6§ LFR förordar att:

Näringsidkare som genom finansiell rådgivningen uppsåtligt eller av oaktsamhet orsakar konsumenter ren förmögenhetsskada skall ersätta skadan.

Lagstiftaren har resonerat att skadestånd är den mest ändamålsenliga sanktionen mot avsteg från aktsamhetsnormer. Skyddet för konsument som anser sig blivit utsatt för vårdslös rådgivning är möjligheten att få ersättning för ren förmögenhetsskada genom att väcka skadeståndstalan. Lagstiftaren ställer aktsamhetskrav på rådgivaren och om dessa inte följs så är resonemanget att skadestånd utgör ett starkt incitament för näringsidkaren att följa krav som utfästs.

Värt att notera så ter sig lagrummet vid första anblick tydligt men väcker vid en andra anblick ett flertal frågor av inte sällan komplicerad karaktär som rättsfallen i tidigare stycken vittnar om. Konsumenten bär bevisbördan som skadelidande i skadeståndsmål varpå det åligger denne att bevisa att rådgivaren har vållat skadan och att det föreligger en adekvat kausalitet mellan vållandet och skadan. Mot bakgrund av finansiella marknaders komplexa natur där priset på tillgångar ändras frekvent, kan det vara svårt att fastställa skada och sambandet med de råd som följts. Bedömning vad som är att anse ren förmögenskada ter sig heller inte okomplicerad. Vidare så avgör 7§ LFR om reklamation-och preskriptionstid ifall det blir aktuellt att väcka skadeståndstalan enligt 6§ LFR. Bedömningen ifall reklamation lämnats inom skälig tid och under rätt former aktualiserades i Acta-fallen och vittnar om en komplexitet som kan te sig främmande för konsumenter. Den praktiska verkan av konsumentskyddet för den som anser sig blivit utsatt för vårdslösrådgivning kan diskuteras då de bedömningar som direkt eller indirekt inbegrips i en skadeståndstalan har flera dimensioner av komplexitet som torde te sig problematisk att hantera för en konsument i svagare ställning gentemot näringsidkare. Finansiell rådgivning är ett komplex område som kräver bedömningar och avvägningar och skiljer sig starkt från fall till fall.

Mot bakgrund av ovan nämnda faktorer så är den generella slutsatsen att det skydd en konsument som anser blivit utsatt för vårdslös rådgivning har är att såvida konsumenten agerar inom de reklamations och preskriptions tider som anges av 7§ LFR så har konsumenten möjlighet att få ersättning i form av skadestånd enligt 6§ LFR.

4. Käll- och litteraturförteckning

Källor

Offentliga tryck med Statens Offentliga utredning och propositioner

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

SOU 2002:41, Konsumentskydd vid finansiell rådgivning.

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

Dir. 2001:41 Finansiell rådgivning till konsumenter

Hänvisande lagar och förordningar

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

Lag om ändring i lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter.

Skadeståndslag (1972:207)

Förordning (2004:1034) med instruktion för ARN.

MiFID

Lag (2004:297) om bank och finansieringsrörelse

Rekommendationer och allmänna råd från myndigheter

FFFS 2004:4

KOVFS 2004:5

FFFS 2002:23

Finansinspektionens rapport 2004:11

Litteratur

Monografier

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, 2011, Norstedts Juridik

Grundell, Lycke & Svensson, *Regelverk på värdepappersmarknaden*, 2012, Liber

Korling, Fredric, *Rådgivningsansvar*, 2010, Jure

Eckhoff, Torstein; Helgesen, Jan, *Rettskildelære*, 2001, Universitetsforlage

Byström, Hans, *Finance, Markets, Instruments & Investments*, 2010, Studentlitteratur

Swahn & Wendleby, *Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter – en kommentar*, 2005, Norstedts Juridik

Hellner och Johansson, *Skadeståndsrätt*, 2001, Norstedts Juridik

Rodhe, *Obligationsrätt*, 1986, Norstedt

Artiklar

Votinius, Sacharias, *Informationsplikten i det konsumenträttsliga rådgivningsansvaret – Allmänna reklamationsnämndens avgöranden i Acta-fallen*, 2010/11-3 s. 641, Juridisk tidskrift

Hellner, *Adekvat kausalitet vid ren förmögenhetsskada*, JT 1999-00 s. 159

Internetsidor

<http://www.fondbolagen.se/sv/Statistik--index/Fakta-8-av-10-sparar-i-fonder/>
(12.11.2012) www.fondbolagen.se

http://www.svd.se/naringsliv/nyheter/sverige/creutzer-en-skandal-att-acta-frias_7031805.svd (14.12.2012) www.svd.se

www.pensionsmyndigheten.se

www.arn.se

www.SwedSec.se

www.fi.se

Övrigt

Timbro - Farligt förtroende? Rådgivningslagen i praktiken och politikens gränser, 2010.

5. Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1995 s. 693

NJA 1987 s. 692

Hovrätter

Hovrätten för Nedre Norrlands dom 2005-04-29, mål nr. T 418-04

HovR:n över Skåne och Blekinge, dom 2001-03-30 i mål T 271-00

HovR för Övre Norrlands dom 1993-11-12 i mål T 44/93

RH 1995:136

Svea HovR:s dom 2003-10-15 i mål T 6471-02

Svea HovR:s dom 2000-10-16 i mål T 9255-99

Svea HovR:s dom 1999-11-19 i mål T 1397-98

Tingsrätt

Stockholms TR:s dom 1998-06-23 i mål 469-96

Allmänna reklamationsnämnden

2008-8151, 2008-8967, 2008-9055, 2008-9232, 2008-9861 och

2009-1046, 2001-3252, 2002-1673, 1999-1262, 2000-6328, 2001-2474, 1999-6265