

Juridiska institutionen

Examensarbete höstterminen 2011

30 högskolepoäng

Konsumentskyddet vid finansiell rådgivning

Chimär eller realitet?

Gustav Milton

Handledare: Leif Östling

Examinator: Enar Folkesson



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Innehåll

1. Inledning	1
1.1 Ämne och bakgrund	1
1.2 Ämnets relevans	3
1.3 Syfte, teori och metod	5
1.4 Avgränsning och disposition	8
2. Konsumentskyddet de lege lata	9
2.1 FRL: s tillämpningsområde	10
2.1.1 Konsumentförhållandet	11
2.1.2 Rådgivningsbegreppet	12
2.1.3 Finansiella instrument och livförsäkringar med sparmoment	14
2.1.3.1 Finansiella instrument	14
2.1.3.2 Livförsäkringar med sparmoment	16
2.1.3.3 Finansiella tjänster med begränsad risk och diskretionär förvaltning	17
2.1.4 Uppdragsförhållandet	18
2.1.5 Gränsdragningen mot annan lagstiftning	20
2.1.5.1 Undantaget i 3 a §	20
2.1.5.2 Ett exempel: gränsdragning mot LVM	21
2.2 Det preventiva skyddet	22
2.2.1 Krav på auktorisation	22
2.2.2 Kompetenskravet	23
2.2.3 Dokumentationskravet	25
2.2.3.1 Information som skall dokumenteras	26
2.2.3.2 Dokumentationens utförande och arkivering	27
2.2.3.3 Utlämnande av dokumentationen till konsumenten	28
2.2.4 God rådgivningssed	29
2.2.4.1 Omsorgsplikten	30
2.2.4.2 Rådgivningens anpassning till den enskilde konsumenten	32
2.2.4.3 Avrådningssplikten	34
2.2.5 Tillsyn	35
2.3 Det reparativa skyddet	38
2.3.1 Grund för skadeståndstalan	39

2.3.2 Förutsättningar för rätt till skadestånd	41
2.3.2.1 Metodansvaret enligt 6 §	42
2.3.2.2 Kravet på oaktsamhet	42
2.3.2.3 Omständigheter som kan påverka culpabedömningen	44
2.3.2.4 Kravet på skada och adekvat kausalitet	46
2.3.3 Skadeståndets omfattning	47
2.3.4 Bevisbördan	49
2.3.5 Reklamation och preskription	50
2.3.5.1 Reklamation	50
2.3.5.2 Preskription	51
3. Brister i konsumentskyddet de lege lata	52
3.1 Brister i det preventiva skyddet	52
3.1.1 Brister i regelverket	53
3.1.1.1 Bristfällig definition av rådgivningsbegreppet	53
3.1.1.2 Avsaknaden av tillstånds- och anmälningsplikt	54
3.1.1.3 Svagheter i tillsynssystemet	54
3.1.1.4 Kunskapstestens pluralism	56
3.1.1.5 Kravet på rekommendationens lämplighet	56
3.1.2 Brister i regelverkets genomslag	57
3.2 Brister i det reparativa skyddet	61
3.2.1 Brister i regelverket	61
3.2.1.1 Skadeståndets begränsning till det negativa kontraktsintresset	61
3.2.1.2 Konsumentens skyldighet att begränsa sin skada	62
3.2.1.3 Avsaknaden av obligatorisk ansvarsförsäkring	63
3.2.1.4 Aktsamhetsbedömningen av näringsidkarens information om risk	64
3.2.2 Brister i regelverkets genomslag	66
3.3 Konsumentskyddets ändamålsenlighet	68
4. Konsumentskyddet de lege ferenda	70
4.1 Det preventiva skyddet de lege ferenda	70
4.1.1 Krav på auktorisation	70
4.1.2 Reformering av tillsynen	71
4.1.3 Ökade resurser för tillsynsmyndigheten	72
4.1.4 Ökad enhetlighet i kompetenskravet	72
4.1.5 Tydliggörande av rådgivningsbegreppet	73
4.1.6 Kravet på rekommendationens lämplighet	74

4.2 Det reparativa skyddet de lege ferenda	74
4.2.1 Krav på ansvarförsäkring	74
4.2.2 Ersättning för det positiva kontraktsintresset	75
4.2.3 Konsumentens skyldighet att begränsa sin skada	77
4.2.4 Plikt att informera om risk	77
4.2.5 Reform av förfarandet i ARN	79

Förkortningar

ARN Allmänna reklamationsnämnden

BFL Lagen om bank- och finansieringsrörelse (2004:297)

FI Finansinspektionen

FRL Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter (2003:862)

HovrT Hovrätt

ISD EU-direktivet om investeringstjänster inom värdepappersområdet

Kkr Konsumentkreditlagen(2010:1846)

KtjL Konsumenttjänstlagen (1985:716)

KV Konsumentverket

LVM Lagen om värdepappersmarknaden (2007:528)

Mifid EU- direktivet 2004/39/EG om marknader för finansiella instrument

NJA Nytt Juridiskt Arkiv

Prop Proposition

SkL Skadeståndslagen (1972:207)

SOU Statens offentliga utredningar

TR Tingsrätt

1. Inledning

1.1 Ämne och bakgrund

Ett något sarkastiskt uttalande om vad som karaktäriserar konsumentens situation har ibland citerats i den svenska juridiska litteraturen. Uttalandet kommer från en engelsk domare som vågat påstå att konsumenter är personer som "are persuaded by persons whom they do not know to enter into contracts that they do not understand to purchase goods that they do not want with money that they have not got"¹. Denna beskrivning av konsumenten är naturligtvis karikerande, men, som utvecklas nedan, åskådliggör den emellertid en rad centrala problem som typiskt sett existerar i relationen mellan konsument och näringsidkare.

En näringsidkare är en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten. En konsument kan omvänt definieras som en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet². När en konsument och en näringsidkare initierar avtalsförhandlingar med varandra eller ingår avtal, kan det ur konsumentens perspektiv för det första råda en ovisshet om "vem" den företrädare för näringsidkaren som han erhåller information av egentligen är. Med andra ord kan det vara oklart för konsumenten vilken roll den eller de personer som ger information till honom om en produkt egentligen har, och hur informationen bör uppfattas. Är det frågan om försäljning, rådgivning, marknadsföring eller endast allmän information³?

Vidare kan det ofta vara tämligen oklart för konsumenten vilken närmare innebörd det avtal han ingår med en näringsidkare har. Det är mycket vanligt att konsumenter ingår så kallade standardavtal. Dessa bygger på standardiserade avtalsvillkor vilka näringsidkaren i sina olika avtalsrelationer tillämpar om och om igen, ofta genom att erbjuda motparten att underteckna ett redan framarbetat formulär som innehåller de standardiserade avtalsvillkoren. Detta förhindrar naturligtvis inte att det enskilda avtalet innehåller även individuellt förhandlade villkor⁴. De standardavtal som konsumenter ingår med näringsidkare kan ofta innehålla ett stort antal relativt invecklade avtalsvillkor. Det finns i sådana situationer en risk för att konsumenten inte kan, vill eller hinner sätta sig in i alla de avtalsvillkor som gäller.

¹ Agell, Anders, Malmström, Åke, *Civilrätt*, upplaga 18:1, Liber ekonomi, Falköping 2003 sid 155

² Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, upplaga 12, Lund 2005 sid 90

³ Swahn, Mikael, Wendleby, Björn, *Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter - en kommentar*, upplaga 1:1, Norstedts juridik AB, Norge 2005 sid 34 ff

⁴ Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, upplaga 7:2, Norstedts Juridik AB, Vällingby 2010 sid 15-16

Emellertid är det inte endast avtalsvillkoren som ur konsumentens perspektiv kan upplevas som invecklade, svåröverskådliga eller svårbegripliga, när denne ingår avtal med en näringsidkare. Även själva föremålet för avtalet, det vill säga den tjänst eller vara som näringsidkaren erbjuder, kan upplevas som komplicerad. Dessutom är det fullt tänkbart att den högst begränsade kunskap konsumenten i ett enskilt fall har om en vara eller föremålet för en tjänst har kommunicerats av näringsidkare. Det kan också vara förenat med betydande svårigheter för gemene man att på egen hand kontrollera om informationen stämmer eller skaffa sig ytterligare information. I sådant fall blir det problematiska i att konsumenten inte alltid har klart för sig om han har erhållit informationen från exempelvis en säljare eller en rådgivare ännu tydligare. Mot denna bakgrund torde det inte sällan förekomma situationer då en konsument inte har fått all relevant information som hon eller han behöver för att kunna avgöra om, och i vilken mån, den tjänst eller vara som tillhandahålls eller förmedlas av näringsidkaren, motsvarar hans behov eller önskemål.

När det gäller frågan om konsumentens ekonomiska kapacitet måste utgångspunkten naturligtvis vara att varje privatperson själv ansvarar för sin ekonomi, och att det som huvudregel knappast faller under näringsidkarens ansvar att ta ställning till frågan om konsumentens val är ekonomiskt fördelaktiga för denne. Situationen blir dock något särpräglad om näringsidkaren förespeglar att konsumenten har goda chanser att göra en ekonomisk vinst genom att placera sina pengar på ett visst sätt, och det är svårt för en vanlig privatperson att verifiera denna uppgifts vederhäftighet. I denna situation hamnar konsumenten nämligen återigen i ett betydande underläge gentemot näringsidkaren.

De problem som berörts ovan när det gäller relationen mellan näringsidkare och konsument skulle möjligen kunna sammanfattas på så vis att det typiskt sett föreligger informationsasymmetri i denna relation. Näringsidkaren besitter mer information än konsumenten i avseenden som kan vara viktiga eller till och med avgörande för dennes vilja att överhuvudtaget ingå avtal. Dessutom är det vanligt att näringsidkaren även i övrigt har tillgång till betydligt större resurser än den enskilde konsumenten, i form av ekonomiska tillgångar, juridisk kompetens etc. Konsumenter befinner sig därför i allmänhet i underläge i förhållande till näringsidkare⁵, vilket innebär att de har ett behov av att skyddas, så att deras legitima intressen inte träds förnärligt.

Konsumenternas skyddsbehov började uppmärksammas av den svenske lagstiftaren under 1900-talets andra hälft då hushållens konsumtion ökat som en följd av allmänt förhöjd ekonomisk standard i landet⁶. Således antogs exempelvis en avtalsvillkorslag och en

⁵ Agell och Malmström sid 155

⁶ Agell och Malmström sid 155

hemförsäljningslag 1971, en konsumentköplag 1973, och en konsumentkreditlag 1977⁷. Dessa författningar utgjorde ett minimiskydd för konsumenter, så tillvida att de innehöll bestämmelser som var tvingande till deras förmån, det vill säga att de inte med rättslig verkan kunde avtalas bort till deras nackdel.

En särskild lag som skyddar konsumenter vid finansiell rådgivning antogs dock inte förrän år 2003. Lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter (FRL) trädde i kraft den 1 januari 2004. Lagen kallas ibland för "rådgivningslagen". Det förefaller anmärkningsvärt att en sådan tvingande skyddslagstiftning avseende finansiell rådgivning först tillkommit så sent. Obalansen i relationen mellan näringsidkare och konsument torde nämligen, i samtliga de avseenden som beskrivits ovan, vara extra påtaglig vid finansiell rådgivning.

En tänkbar förklaring till detta är att privatpersoners placeringar av pengar i finansiella instrument främst börjat uppvisa en markant ökning tjugo år innan lagens ikraftträdande. Enligt det betänkande som föregick lagens stiftande, ökade andelen vuxna svenskar som var ägare till finansiella instrument under denna period från 20 procent till nästan 80 procent⁸. Dessutom har det även innan lagens ikraftträdande funnits rättsliga normer som bidragit till att skydda den part som tar del av finansiell rådgivning, dels genom att det funnits regler som ställt krav på de aktörer som utövar finansiell rådgivning, dels genom att det i rättspraxis fastslagits ett skadeståndsansvar vid vårdslös rådgivning⁹. Att en särskild lag slutligen antogs berodde på lagstiftarens vilja att förstärka och tydliggöra konsumentskyddet på området. Detta mot bakgrund av privatpersoners ökade placeringar i olika finansiella instrument, ökade benägenhet att välja riskfyllda placeringar, ökade behov av kunskap och information, samt det ökade antalet klagomål på finansiell rådgivning¹⁰.

1.2 Ämnets relevans

Den titel som valts till detta arbete är medvetet något provocerande. Det finns i Sverige en lag som reglerar just finansiell rådgivning till konsumenter, och mot den bakgrunden kan det vid en första anblick te sig märkligt att ifrågasätta om något verkligt skydd för konsumenterna finns, och om det inte bara är fråga om en illusion. Det som antyds med titeln är inte att alla de rättsregler som finns på området nödvändigtvis skulle vara alltför verkningslösa. Dock har det på senare tid, bland annat från medias sida, riktats ganska

⁷ Håstad, Torgny, *Den nya köprätten*, upplaga 5, Lustus förlag, Mölnlycke 2004 sid 229

⁸ SOU 2002:41 sid 9 och Swahn och Wendleby sid 15

⁹ Swahn och Wendleby sid 18

¹⁰ Swahn och Wendleby sid 15-16

kraftig och varierad kritik mot det nuvarande skyddet för konsumenter som tar del av finansiell rådgivning¹¹.

Såväl regelverkets utformning som dess påstått bristande praktiska genomslag har anmärkts. Om man inledningsvis skulle redogöra för enbart ett par omständigheter som skulle kunna väcka ett slags instinktivt tvivel rörande konsumentskyddets effektivitet, skulle man kunna nämna följande. För det första har någon tillämpning av lagen i Högsta Domstolen (HD) aldrig gjorts. För det andra har endast 1,8 procent av de konsumenter som klagat på den finansiella rådgivning som de erhållit hos Allmänna Reklamationsnämnden (ARN) vunnit bifall mellan den 1 januari 2000 och den 30 juni 2010¹². Dessa två omständigheter utgör naturligtvis inte en tillräcklig grund för att på något sätt kunna uttala sig om konsumentskyddets effektivitet, men i kombination med den kritik som förekommit i media torde de dock, åtminstone prima facie, väcka en misstanke om att konsumentskyddet vid finansiell rådgivning kan vara behäftat med brister.

Bristen på balans i relationen mellan konsument och näringsidkare torde som nämnt vara särskilt allvarlig vid finansiell rådgivning. Föremålet för finansiell rådgivning, nämligen placering av pengar i finansiella instrument, torde upplevas som relativt komplicerat av de flesta privatpersoner. Vissa finansiella instrument är mycket komplexa, och dessutom ökar antalet produkter som erbjuds på marknaden i snabb takt¹³, vilket sannolikt försämrar konsumentens förutsättningar att förstå och få översikt över de olika produkterna ytterligare. Därför är det vid rådgivning viktigt för konsumenten att veta om han har att göra med en rådgivare i vanlig mening, eller en säljare. Detta gäller särskilt om näringsidkaren förespeglar möjligheter till ekonomisk vinst genom olika placeringar, och det på grund av de finansiella instrumentens komplicerade karaktär är svårt för den enskilde konsumenten att själv göra en bedömning av möjligheterna till vinst, respektive riskerna för förlust.

Vid finansiell rådgivning är det också viktigt att näringsidkaren tar hänsyn till varje enskild konsumentens specifika situation och behov. Om näringsidkaren inte i tillräcklig utsträckning beaktar konsumentens ekonomiska situation, livssituation, kunskaper om finansiella instrument, samt vilja att ta risker vid placeringen av sina tillgångar, riskerar denne att få en rådgivning som inte alls ligger i linje med hans eller hennes önskemål och behov. Om en

¹¹ Dessa hemsidor utgör exempel på kritik som förekommit i media: <http://www.dn.se/ekonomi/actas-rad-blev-dyrkopta-for-pensionar-1.468714> (2010-09-24), www.dn.se.
http://www.e24.se/pengar/din-ekonomi/lagen-om-finansiell-radgivning-brister_2375139.e24
<http://www.sverigeskonsumenter.se/Documents/Pressmeddelanden/Pressmeddelanden%202003/PM.%20Lag%20om%20finansiell%20r%c3%a5dgivning.%20April03.pdf>

¹² Arpi, Agnes, Musafendic, Alen, *Farligt förtroende- Rådgivningslagen i praktiken och politikens gränser*, Timbro 2010 sid 26

¹³ SOU 2002:41 sid 102

konsument drabbas av ekonomisk skada genom oaktsam finansiell rådgivning, torde möjligheten att erhålla ersättning typiskt sett vara av synnerlig vikt ur dennes perspektiv, eftersom skadan i många fall kan vara relativt stor i förhållande till värdet av hans eller hennes totala tillgångar. I värsta fall kan vårdslös rådgivning resultera i att en konsuments hela privatekonomi blir förstörd.

Ett väl fungerande skydd för konsumenten vid finansiell rådgivning ter sig således särskilt angeläget av främst två anledningar. För det första är förmodligen den obalans som i allmänhet råder i relationen mellan konsument och näringsidkare, extra påtaglig när det är frågan om finansiell rådgivning. För det andra torde ett väl fungerande skydd vid finansiell rådgivning vara av särskilt stor vikt ur den enskilde konsumentens synvinkel, då vårdslös rådgivning riskerar att få förödande konsekvenser för dennes privatekonomi, och därmed livskvalitet. Om det finns skäl att misstänka att konsumentskyddet på området kan vara bristfälligt, framstår det därför som motiverat att fördjupa sig i ämnet och utreda om, och i så fall i vilken mån, så är fallet. Ämnet har dessutom fått ny aktualitet i samband med den pågående skuldkrisen i Europa, och de därav föranledda värdeminskningarna av placeringar i olika finansiella instrument.

Frågan om konsumentskyddet vid finansiell rådgivning fick också i viss utsträckning förnyad uppmärksamhet i samband med bildandet av föreningen "Grupptalan mot Acta" den 6:e februari 2010¹⁴. Föreningen avser att föra en grupptalan mot företaget Acta, som bland annat anklagas för att genom vårdslöshet vid finansiell rådgivning ha orsakat ett stort antal konsumenter ekonomisk skada. Hundratals klagomål från enskilda Acta- kunder skickades vidare in till ARN, vilket bidrog till att öka uppmärksamheten kring detta bolag, och dess påstått förkastliga metoder. Eftersom fokus för detta arbete är att undersöka konsumentskyddets effektivitet vid finansiell rådgivning generellt, kan påpekas att detta enskilda fall inte kommer att tas upp ytterligare. Analysen av tillkortakommanden i en enskild näringsidkares rutiner torde nämligen vara av begränsat intresse när det gäller att uppnå detta mål.

1.3 Syfte, teori och metod

Syftet med föreliggande arbete är huvudsakligen att undersöka om det idag, i stort sett, kan sägas finnas ett acceptabelt skydd för konsumenten vid finansiell rådgivning, främst ur konsumentens perspektiv. Vad som utgör ett "acceptabelt skydd" kan visserligen alltid diskuteras. Det som i detta sammanhang avses med uttrycket är emellertid att skyddet i praktiken i stort sett är så pass effektivt som lagstiftaren ursprungligen avsett, samt att

¹⁴ <http://www.grupptalanmotacta.se/>

konsumenternas legitima intressen inte i några viktiga avseenden tillåts åsidosättas på ett sätt som framstår som oskäligt.

En sådan undersökning som åsyftas ovan kräver att eventuella brister i det nuvarande konsumentskyddet kartläggs och analyseras, ur ett konsumentperspektiv. Både brister i utformningen av det rättsliga regelverk som gäller på området, och brister i regelverkets implementering beaktas. Som brister ses inom ramen för detta arbete alla de tillkortakommanden som, vid en samlad bedömning, kan bidra till att skyddet inte kan ses som acceptabelt i den mening som avses ovan. Bedömningen av frågan om en brist kan anses föreligga i ett visst avseende kommer därför att göras mot bakgrund av skälighetsöväganden om konsumentens legitima intressen, och lagstiftarens ursprungliga intentioner angående skyddets effektivitet.

Ett annat syfte med arbetet är att föreslå justeringar eller reformer i det nuvarande systemet, som kan utgöra lämpliga åtgärder mot eventuella svagheter. Även detta kommer att göras med främst konsumenternas intressen i åtanke. Dock görs en ansträngning för att i tillbörlig mån beakta även andra intressen än konsumentskyddsintresset. Hänsyn tas därför till det eventuella behovet av avvägningar mellan å ena sidan intresset av att skydda konsumenten, och å andra sidan andra aktörers, i första hand den rådgivande näringsidkarens, motstående legitima intressen. Avsikten är nämligen inte att arbetet skall genomsyras av en alltför enögd välvilja, som skulle innebära att fokus enbart ligger på konsumenternas intressen och behov. Detta skulle leda till en alltför onyanserad analys.

Den problematik som arbetet har som ambition att belysa skulle kunna sammanfattas enligt följande: Finns det idag ett konsumentskydd vid finansiell rådgivning enligt FRL som vid en samlad bedömning framstår som acceptabelt ur ett konsumentperspektiv, och hur kan eventuella brister i detta skydd åtgärdas? De olika delfrågor som i det följande skall försöka besvaras är således:

- Hur är konsumentskyddet vid finansiell rådgivning enligt FRL utformat?
- Vilka brister finns det ur konsumentens synvinkel i utformningen av det regelverk som skall skydda denne vid sådan rådgivning?
- Finns det några bestämmelser i regelverket som inte får fullt genomslag i praktiken?
- Hur kan man beskriva konsumentskyddet vid finansiell rådgivning enligt FRL, mot bakgrund av skyddets utformning och praktiska genomslag? Kan effektiviteten i detta skydd utifrån ett konsumentperspektiv i stort ses som acceptabelt?
- Vilka justeringar eller reformer i konsumentskyddet skulle kunna utgöra ändamålsenliga lösningar, dels med avseende på eventuella svagheter i regelsystemet, dels med avseende på vissa reglers eventuella bristande praktiska genomslag?

Enligt min mening är det lämpligt att inleda arbetet med en beskrivande del i vilken det nuvarande systemet för konsumentskydd vid finansiell rådgivning enligt FRL presenteras. Föreliggande arbete har till viss del en rättsdogmatisk prägel, eftersom analys, tolkning, samt systematisering av rättsregler som ligger inom ramen för uppsatsens ämne utgör ett centralt inslag i arbetets första del. Dessa rättsregler kommer från olika rättskällor som lag, förordningar, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Även relevant EU-rätt, i form av exempelvis EU-direktiv, kommer att tas upp. Inledningsvis görs en ansats att beskriva rättsområdet konsumentskydd vid finansiell rådgivning på ett koherent sätt, genom att åskådliggöra dess övergripande struktur av huvudregler och undantag.

Denna deskriptiva fas utgör en nödvändig, eller åtminstone användbar, grund på vilken en annan, mer normativ, fas kan byggas. Innan man gör ett försök att genomföra en underbyggd kritisk granskning av ett regelverks eventuella brister ur konsumentens perspektiv, är det enligt mig lämpligt att först och främst klargöra detta regelverks struktur och inre logik. Valet att inledningsvis använda den rättsdogmatiska metoden kan motiveras på så vis att ett av dess mål är just att presentera rättsordningen som ett strukturerat och koherent system¹⁵. Den normativa delen har som ambition att identifiera vilka brister som, främst ur konsumentens perspektiv, existerar i det nuvarande regelverket, och i implementeringen av detta, samt att utreda och diskutera vilka förändringar i systemet som skulle kunna utgöra lämpliga åtgärder. Följaktligen utgörs uppsatsen inte enbart av en kritisk och en kreativ del, utan även en deskriptiv.

En eventuell kritik som skulle kunna riktas mot detta tillvägagångssätt, som innebär att man först beskriver ett rättsområde som ett koherent system, med hjälp av rättsdogmatisk metod, och sedan kritiserar detta utifrån ett konsumentperspektiv, är att arbetet riskerar att bli schizofrent. Mot detta vill jag invända följande. För det första kan framhållas, som professor Aleksander Peczenik påpekat, att en rättsdogmatik helt fri från värderingar inte är något annat än en "dröm", och då värderingar utgör en oundgänglig beståndsdel i rättsdogmatiken, kan denna sägas vara "deskriptivnormativ"¹⁶. Vidare kan ett regelverk i vissa delar framstå som inkonsekvent, men ändå sägas ha en viss inre logik, och det torde då inte vara anmärkningsvärt att man först beskriver denna logik, och i ett senare skede lyfter fram eventuella inkonsekvenser. Dessutom kan ett rättsområde vara fullständigt koherent, men ändå ur ett rättspolitiskt perspektiv ge otillfredsställande resultat på grund av att reglerna är otillräckliga, olämpliga, inte uppfyller sitt syfte, eller i övrigt får oönskade effekter då de tillämpas.

¹⁵ Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SVJT 2005 sid 249

¹⁶ Peczenik sid 250

Även om analys av rättsregler från ovan nämnda rättskällor utgör en viktig del av uppsatsen, är det inte tillräckligt att konsultera enbart dessa källor, om man har som målsättning att söka besvara de frågeställningar som tidigare räknats upp. Därför studeras exempelvis även beslut från ARN, som kan vara av intresse när rättskällorna ej ger något svar i en viss fråga, även om dessa beslut är rekommendationer om hur en tvist bör lösas, och således inte är rättsligt bindande¹⁷. Även konsumentverkets (KV) och finansinspektionens (FI) föreskrifter och allmänna råd beaktas. Föreskrifterna är rättsligt bindande, medan de allmänna råden är vägledande¹⁸. Inom ramen för detta arbete granskas även studier och rapporter om hur väl konsumentskyddet fungerar i praktiken. På så vis kan regelverkets praktiska genomslag bedömas. Tanken är således att uppnå en god översikt gällande hela det system som påverkar skyddet som konsumenten åtnjuter i praktiken, så att detta skall kunna bedömas, och justeringar i systemet föreslås. Dock kommer inte egenåtgärder som vidtagits inom branschen för finansiell rådgivning att behandlas, då dessas frivilliga karaktär innebär att de inte ger konsumenten några tillräckligt starka garantier. Det är nämligen det minimiskydd som konsumenten garanteras som främst är av intresse inom ramen för uppsatsen.

1.4 Avgränsning och disposition

I detta arbete har jag för avsikt att begränsa framställningen och analysen till finansiell rådgivning i den mening som avses i FRL. Lagens tillämpningsområde avgränsas i dess 1 §. I föreliggande uppsats definieras finansiell rådgivning, i enlighet med detta lagrum, som råd som en näringsidkare ger till en konsument angående placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument, eller i livförsäkringar med sparmoment. En mer precis redogörelse för lagens tillämpningsområde, och därmed för avgränsningen av den rådgivning som behandlas i denna uppsats, görs i det följande. Eftersom FRL utgör en utgångspunkt för detta arbete, och dess tillämpningsområde sammanfaller med föremålet för arbetet, kommer andra rättskällor att behandlas ingående endast i den mån de har betydelse för det område som regleras av FRL.

Som påpekats ovan ägnas den första delen av denna uppsats åt att redogöra för hur konsumentskyddet idag är utformat för sådan finansiell rådgivning som avses i FRL. I denna del berörs endast det regelverk som gäller på området, det vill säga att frågan om de rättsliga normernas effekt och praktiska genomslag ej berörs. I enlighet med den rättsdogmatiska metoden eftersträvas en beskrivning av rättsområdet som ett koherent system. I denna beskrivande dels första huvudavsnitt klargörs först och främst FRL: s tillämpningsområde. Sedan följer en redogörelse för de rättsregler som bidrar till att minska risken för förekomsten av vårdslös finansiell rådgivning till konsumenter, respektive en framställning som behandlar vilka möjligheter en konsument som lidit ekonomisk skada

¹⁷ <http://www.arn.se/Konsument/Efter-beslutet-2/>

¹⁸ <http://www.fi.se/Regler/>

genom oaktsam rådgivning har att erhålla skadestånd enligt gällande rätt. Det kan tilläggas att frågan om möjligheten att analogt tillämpa bestämmelser i konsumenttjänstlagen (1985:716) (KtjL) vid finansiell rådgivning som omfattas av FRL, inte kommer att behandlas¹⁹.

I arbetets andra del kartläggs och analyseras bristerna i konsumentskyddet, främst ur ett konsumentperspektiv. Först behandlas tillkortakommandena i det preventiva skydd som skall förebygga risken för att konsumenten drabbas av ekonomisk skada till följd av näringsidkarens vårdslöshet, vid rådgivning enligt FRL. Både bristerna i regelverkets utformning, och bristerna i reglernas praktiska genomslag tas upp. Sedan analyseras det reparativa skyddet, eller annorlunda uttryckt, konsumentens rätt till kompensation i de fall denne lidit ekonomisk skada vid finansiell rådgivning enligt FRL. Även här analyseras och kritiseras ur ett konsumentperspektiv både den rättsliga regleringen, och dess praktiska verkan. Mot bakgrund av den genomförda kartläggningen och analysen, försöker jag sedan göra en allmän bedömning av konsumentskyddets ändamålsenlighet och tillräcklighet, som dock sannolikt måste formuleras med viss utförlighet för att inte bli alltför onyanserad. En sådan värdering av skyddet torde ha en rättspolitisk karaktär, och kan därför inte göra anspråk på objektivitet.

Den tredje och sista delen av arbetet har som ambition att presentera förslag på förändringar i det befintliga konsumentskyddet, i syfte att stärka konsumentens ställning i de avseenden det nuvarande skyddet är otillfredsställande. Ändringsförslagen som presenteras knyter således an till arbetets andra del, och utgör enligt min mening lämpliga, eller åtminstone tänkbara, åtgärder som kan vidtas i syfte att avskaffa eller begränsa effekten av svagheter i konsumentskyddet. Vid utformningen av förslagen beaktas i viss utsträckning frågan om dessa innebär att en avvägning måste göras mellan intresset av att skydda konsumenten, och andra eventuella motstående intressen, främst näringsidkarens. Det kan vidare påpekas att genomförandet av vissa av åtgärderna är beroende av politiska prioriteringar, då deras genomförande förutsätter att offentliga medel satsas. Denna sista del kan ses som arbetets slutsats.

2. Konsumentskyddet de lege lata

FRL är en tvingande lag som har som syfte att skydda konsumenter då dessa, inom ramen för ett uppdragsavtal eller ett uppdragsliknande förhållande, tar del av en näringsidkarens placeringsrådgivning. Lagen är av central betydelse för rättsområdet konsumentskydd vid finansiell rådgivning. Den kan till stor del sägas utgöra en kodifiering av rättspraxis från tiden

¹⁹ Hellner, Jan, Hager, Richard, Annina H., Persson, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt- 1 häftet särskilda avtal*, femte upplagan, Norstedts Juridik AB, Mölnlycke 2010 sid 262

före dess ikraftträdande, varför en stor del av denna fortfarande är av intresse, bland annat när det gäller frågan om näringsidkarens skadeståndsansvar²⁰. Redan en snabb studie av lagen ger vid handen att den tillhandahåller två typer av skydd: ett preventivt och ett reparativt. Det preventiva skyddet är av näringsrättslig natur, medan det reparativa är av civilrättslig. Det reparativa skyddet innebär att konsumenten har möjlighet att från näringsidkaren erhålla ersättning för sådan ren förmögenhetsskada som hon eller han orsakats genom rådgivningen. Detta förutsätter dock att skadan orsakats genom uppsåt eller oaktsamhet. Det preventiva skyddet består av en rad olika regler som minimerar risken för att konsumenter skall orsakas skada på grund av att de tagit del av finansiell rådgivning som hållit alltför låg standard. Vissa av dessa regler, som bidrar till att säkra kvaliteten på den placeringsrådgivning som lämnas av näringsidkare till konsumenter i Sverige, kan anses falla under begreppet "god rådgivningssed"²¹.

I det följande uppdelas redogörelsen för det konsumentskydd som gäller enligt den positiva rätten i enlighet med den grundläggande distinktionen mellan preventivt och reparativt skydd, eller om man så vill, distinktionen mellan näringsrättsliga och civilrättsliga bestämmelser. En betydande del av avsnittet som behandlar det preventiva skyddet ägnas åt att klargöra vad begreppet "god rådgivningssed" innebär vid placeringsrådgivning riktad till konsumenter. I den del som ägnas åt det reparativa skyddet undersöks vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda för att en konsument skall ha rätt att erhålla skadestånd från den näringsidkare som lämnat placeringsrådgivning. Först och främst fastställs emellertid FRL: s tillämpningsområde, eftersom det är av grundläggande betydelse att klargöra vilken typ av rådgivning som omfattas av skyddet.

2.1 FRL: s tillämpningsområde

I detta avsnitt undersöks FRL: s tillämpningsområde, eller, annorlunda uttryckt, vilka krav som måste vara uppfyllda i en viss situation för att lagen skall äga tillämpning. Som utvecklas nedan krävs bland annat att den information som överförs från näringsidkare till konsument dels kan anses utgöra rådgivning, dels tar sikte på placering av konsumenters tillgångar i finansiella instrument eller livförsäkringar med sparmoment. Detta ger upphov till en rad frågor, exempelvis vad som kännetecknar rådgivning, och vad som i lagen menas med finansiella instrument. Dessa grundläggande spörsmål behandlas i det följande.

²⁰ Swahn, Wendleby sid 13

²¹ Lycke, Johan, Runesson, Eric M., Swahn, Mikael (Lycke m.fl), *Ansvar vid finansiell rådgivning*, upplaga 1:1, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003 sid 106 ff

2.1.1 Konsumentförhållandet

I 1 § FRL stadgas att lagen 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”. Denna paragraf bör läsas tillsammans med övriga paragrafer i lagens ”inledande bestämmelser”, som också är av intresse för avgränsningen av lagens tillämpningsområde²².

För det första kan konstateras att FRL enligt ordalydelsen i dess 1 § endast gäller i ett särskilt förhållande: förhållandet mellan konsument och näringsidkare. Lagens tillämplighet förutsätter att den part som lämnar rådgivning är en näringsidkare och att den part som tar emot rådgivningen är en konsument. Begreppen ”konsument” och ”näringsidkare” definieras i 2 § i enlighet med den gängse definition som redan nämnts i detta arbetes inledning. En konsument i lagens mening är således ”en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet”, medan en näringsidkare definieras som ”en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten”.

I allmänhet torde det inte vara förenat med några större svårigheter att avgöra huruvida ett konsumentförhållande är för handen eller ej. Det kan dock finnas undantagsfall då det framstår som tveksamt om en person kan sägas ha agerat i egenskap av konsument. Ett sådant fall är när den fysiska personen ifråga handlar med finansiella instrument i ovanligt stor omfattning. Det saknas rättspraxis eller vägledande uttalanden i propositionen till FRL som ger någon indikation i frågan om när en fysisk persons handel med finansiella instrument är så omfattande att vederbörande inte kan ses som konsument. Det finns dock rättspraxis från ARN som berör frågan, och som är av intresse, även om denna är från tiden före FRL: s ikraftträdande²³.

ARN är behörig att behandla konsumenters klagomål med anledning av bland annat finansiell rådgivning. Nämnden har i sin praxis fastslagit att om en fysisk person köper och säljer finansiella instrument på ett kontinuerligt sätt, och i mycket stor omfattning, kan hans handel i vissa fall ses som en yrkesmässig verksamhet. Något konsumentförhållande föreligger då inte, vilket både utesluter FRL: s tillämplighet och ARN:s behörighet att ta upp klagomålet. I ett fall då ARN kom fram till att det rörde sig om en handel som hade yrkesmässig karaktär hade en person genomfört 900 transaktioner på två år, och genom sin handel omsatt i snitt 5 miljoner kronor per år²⁴. I ett annat fall var det frågan om en person som genomfört 203 transaktioner under cirka ett halvår²⁵. ARN har dock inte angett någon

²² Swahn och Wendleby sid 29

²³ Swahn och Wendleby sid 48

²⁴ ARN:s beslut 2001-11-13, änr 2001-3188

²⁵ ARN:s beslut 2001-08-14, änr 2001-1724

klar gräns för var den anser att gränsen går mellan yrkesmässig och icke-yrkesmässig handel. Eftersom det varken i rättspraxis eller i förarbetena till FRL gjorts några uttalanden som står i strid med ARN:s beslut, bör man dock kunna dra slutsatsen att så kallade daytraders som handlar med finansiella instrument i stor omfattning och ofta gör flera transaktioner per dag, som regel sannolikt inte omfattas av lagen²⁶.

När det gäller näringsidkaren måste denne givetvis lämna rådgivningen i egenskap av näringsidkare. FRL är givetvis inte tillämplig om en näringsidkare lämnar rådgivning i egenskap av privatperson. Med andra ord måste rådgivningen ha ett samband med den yrkesmässiga verksamhet som näringsidkaren bedriver. Detta påpekas också i propositionen till lagen²⁷.

Vidare kan lagens tvingande karaktär, som stadgas i dess 3 §, återigen understrykas. Denna innebär att lagens bestämmelser i konsumentförhållanden inte i någon del kan avtalas bort till förfång för konsumenten. Detta förutsätter dock att de övriga kraven för FRL: s tillämplighet, vilka behandlas närmare i det följande, är uppfyllda. I propositionen till FRL diskuteras effekten av att ett villkor i ett avtal om finansiell rådgivning till konsument strider mot den tvingande lagstiftningen. Det framhålls att man normalt bör bortse från det avvikande avtalsvillkoret, till förmån för den relevanta tvingande lagregeln. Enligt propositionen går det dock inte att utesluta att det kan uppkomma situationer då den rättsligt korrekta lösningen är att låta hela avtalet vara utan verkan. Det är frågan om sådana situationer då avvikelserna berör avtalsvillkor som är så pass viktiga att de kan ses som grundläggande förutsättningar för avtalet²⁸.

2.1.2 Rådgivningsbegreppet

Om man börjar med att utreda vilka krav som ställs på den lämnade informationen för att denna skall kunna betecknas som rådgivning enligt lagen, konstaterar man att begreppet ej tydliggörs genom någon definition i FRL. Förarbetena, och närmare bestämt propositionen till FRL, ger dock viss vägledning i frågan om vad som närmare avses med begreppet²⁹. I propositionen beskrivs rådgivning som sådan information som näringsidkaren med hjälp av sin särskilda kompetens lämnar till den enskilde konsumenten angående hur hon eller han bör eller kan gå tillväga i en specifik situation, då flera handlingsalternativ är möjliga. Rådgivning är information som är särskilt anpassad efter den enskilde konsumentens särskilda situation, förutsättningar, önskemål och behov, och som innefattar en rekommendation om vad näringsidkaren anser är lämpligt agerande eller tillvägagångssätt. Finansiell rådgivning i lagens mening innebär således att näringsidkaren talar om för den

²⁶ Swahn och Wendleby sid 48

²⁷ Prop 2002/03:133 sid 49

²⁸ Prop 2002/03:133 sid 49

²⁹ Prop 2002/03:133 sid 13 ff

konsument som står inför ett val mellan flera olika alternativ när det gäller placering av sina tillgångar i olika finansiella instrument, vilka placeringar som kan ses som lämpliga med hänsyn till konsumentens särskilda situation. I propositionen betonas även att rådgivning skiljer sig från försäljning och marknadsföring³⁰.

Det är av stor vikt att notera kravet på rådgivningens individuella karaktär. Även då det föreligger en sådan rådgivningssituation som uppfyller samtliga krav för att FRL skall vara tillämplig, torde inte all den information som näringsidkaren lämnar till konsumenten kunna bli föremål för tillämpning av lagen³¹. Det är endast information som kan anses uppfylla kriterierna för rådgivning, och sannolikt därmed information av individuell karaktär, som har anpassats till den enskilde konsumentens personliga situation, önskemål och behov, som ligger inom FRL: s tillämpningsområde. Begreppet rådgivning har således en inskränkt betydelse i FRL, eftersom det förefaller exkludera sådan information av allmänt slag som har lämnats till konsumenten i samband med, eller i nära anslutning till de mer personliga rekommendationerna. Dock bör det framhållas att det framstår som osäkert om man skall tolka kravet på rådgivningens individuella karaktär som en absolut förutsättning för FRL: s tillämplighet, eller som ett krav på hur rådgivning som lämnas enligt lagen lämpligen bör utformas. Denna oklarhet understryks av Mikael Swahn och Björn Wendleby, som menar att konsekvensen av att den lämnade informationen har alltför allmän karaktär synes kunna bli antingen att denna bedöms ligga utanför FRL: s tillämpningsområde, eller att den anses strida mot lagen på grund av sin bristande individanpassning³².

Vidare föreligger finansiell rådgivning i FRL: s mening oavsett om rådgivningen ifråga kan sägas utgöra ett moment i marknadsföring eller försäljning av en finansiell tjänst. Att näringsidkarens syfte med den lämnade rådgivningen är att i slutändan kunna sälja eller marknadsföra egna eller andras produkter påverkar ej lagens tillämplighet. Det viktiga är att samtliga de krav som ställs på den lämnade informationen för att denna skall kunna betraktas som rådgivning, är uppfyllda. Om flera regelverk dock skulle bli tillämpliga med anledning av den lämnade informationen, torde konsumenten vara fri att åberopa de bestämmelser som ter sig mest förmånliga för honom eller henne. Detta framgår av propositionen till FRL³³.

Det kan tilläggas att inte heller konsumentens syfte med placeringen av tillgångar i ett visst finansiellt instrument i ett enskilt fall torde ha någon betydelse för frågan om FRL: s tillämplighet. Vanligtvis placerar en privatperson en del av sitt kapital i ett finansiellt instrument i hopp om att det satsade kapitalet skall växa. Men om man skulle tänka sig att en konsument har något annat motiv till placeringen, till exempel att uppnå en skattemässig fördel, finns det inget rättsligt stöd för att denna situation skall särbehandlas. Enligt Swahn

³⁰ Prop 2002/03:133 sid 13

³¹ Swahn och Wendleby sid 33

³² Swahn och Wendleby sid 30

³³ Prop 2002:03/133 sid 18

och Wendleby bör syftet med placeringsrådgivningen ses som irrelevant för frågan om FRL: s tillämpningsområde³⁴.

2.1.3 Finansiella instrument och livförsäkringar med sparmoment

Rådgivning i FRL: s mening skall ta sikte på placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i livförsäkringar med sparmoment. Man kan konstatera att detta för det första innebär att investeringar i sådan materiell egendom som fastigheter, konst, eller ädla metaller givetvis inte omfattas av FRL, eftersom sådan egendom klart ligger utanför begreppen "finansiella instrument" och "livförsäkringar med sparmoment"³⁵. Den mer exakta innebörden av dessa begrepp klargörs nedan.

2.1.3.1 Finansiella instrument

Vad som menas med finansiella instrument inom ramen för lagen anges i 2 § fjärde stycket FRL som hänvisar till 1 kap 4 § första stycket 1 p lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden (LVM). I detta lagrum definieras finansiella instrument som överlåtbara värdepapper, penningmarknadsinstrument, fondandelar och finansiella derivatinstrument. Vart och ett av dessa begrepp preciseras och exemplifieras sedan i 4 § LVM. Något fullständigt citat av hela det sistnämnda lagrummet görs inte här, dock återges dess innebörd i grova drag.

Överlåtbara värdepapper definieras i paragrafens andra punkt som "sådana värdepapper utom betalningsmedel som kan bli föremål för handel på kapitalmarknaden". Som exempel anges för det första "aktier i aktiebolag och motsvarande andelsrätter i andra typer av företag samt depåbevis för aktier". Det kan påpekas att varken aktier i privata aktiebolag eller andelar i kommanditbolag är överlåtbara värdepapper, då de ej kan handlas på kapitalmarknaden³⁶. Vidare uppräknas "obligationer och andra skuldförbindelser inklusive depåbevis för sådana värdepapper" som exempel på överlåtbara värdepapper.

Som överlåtbara värdepapper anses även sådan värdepapper som ger innehavaren rätt att överlåta eller förvärva ett underliggande värdepapper som enligt lagrummet är överlåtbart. Även sådana värdepapper som inte ger rätt till att faktiskt förvärva eller överlåta ett underliggande värdepapper som kan bli föremål för handel på kapitalmarknaden, men som "resulterar i en kontantavveckling som beräknas utifrån kurser på överlåtbara värdepapper,

³⁴ Swahn och Wendleby sid 41

³⁵ Swahn och Wendleby sid 42

³⁶ Beckman, Mats, Lycke, Johan, Alf – Peter, Svensson (Beckman m.fl) *Regelverk på värdepappersmarknaden - kunskap för finansiell rådgivning*, upplaga 4:1, Liber AB Malmö 2008 sid 61

valutor, räntor eller avkastningar, råvaror eller andra index eller mått” anses som överlåtbara värdepapper. Detta innebär att vissa derivatinstrument ses som sådana enligt lagrummet³⁷. Ett derivatinstrument kan definieras som ett finansiellt instrument vars värde är kopplat till värdet på en underliggande tillgång, till exempel aktier, aktieindex, valutor, räntor eller råvaror. Derivatinstrument möjliggör en hantering av kurs- och ränterisker³⁸. De derivatinstrument som kan bli föremål för handel på kapitalmarknaden, anses som överlåtbara värdepapper enligt 1 kap 4 § LVM. Detta innefattar bland annat aktieoptioner, indexoptioner och så kallade warranter.

När det gäller penningmarknadsinstrument anges i 1 kap 4 § första stycket 3 p att detta begrepp innefattar ”statsskuldväxlar, inlåningsbevis, företagscertifikat, och andra instrument som normalt omsätts på penningmarknaden, dock inte betalningsmedel”. I fjärde punkten anges att med ”fondandelar” avses såväl andelar i investeringsfonder och fondföretag, som andelar i andra företag för kollektiva investeringar. I den femte punkten tas finansiella derivatinstrument upp. Som framgår ovan följer det redan av andra punkten att de derivatinstrument som kan handlas på kapitalmarknaden skall anses utgöra finansiella instrument i lagens mening. I femte punkten räknas dock upp flera kategorier av derivatinstrument som skall betraktas som finansiella instrument trots att de ej är överlåtbara. Detta innefattar exempelvis en rad olika former av optioner, terminskontrakt, swappar och räntesäkringsavtal³⁹.

I detta avsnitt kan avslutningsvis tilläggas att frågan om den närmare innebörden av olika finansiella instrument som omfattas av FRL, inte tas upp längre fram i detta arbete i större mån än detta är relevant för att uppnå syftet med framställningen, och besvara de delfrågor som räknats upp i inledningen. Redan här kan dock påpekas att på samma sätt som vissa finansiella tjänster, som ligger utanför FRL:s tillämpningsområde, för konsumenten innebär en liten risk (se nästa avsnitt), är vissa typer av placeringar generellt sett mer riskfyllda än andra. Behovet av ett väl fungerande konsumentskydd är extra påtagligt när rådgivningen avser särskilt riskfyllda finansiella instrument. Vissa derivatinstrument är förenade med särskilda risker för konsumenten, eftersom en placering i dessa instrument kan resultera inte bara i en förlust av det placerade kapitalet, utan i en ännu större förlust som överstiger det satsade beloppet⁴⁰. När det gäller sådana instrument, framstår det ur ett konsumentperspektiv därför som särskilt angeläget att konsumenten vid placeringsrådgivning erhåller tydlig och komplett information om de risker som instrumenten är förenade med. Även denna fråga berörs utförligare längre fram i arbetet.

³⁷ Beckman m. fl sid 61

³⁸ <http://www.riksbank.se/templates/Page.aspx?id=20973>

³⁹ Beckman m. fl sid 62

⁴⁰ Prop 2002/03:133 sid 14

2.1.3.2 Livförsäkringar med sparmoment

Enligt FRL: s ordalydelse skall rådgivning om placering av konsumentens tillgångar i livförsäkringar med sparmoment omfattas av lagen. Det kan anföras att det saknas en exakt och vedertagen definition av begreppet "livförsäkring". Ordet "försäkring" kan vid en första anblick förleda en att tro att alla sådana företeelser som inte är förknippade med ett starkt inslag av försäkringsmässig risk måste uteslutas. Det existerar dock inte någon civilrättslig definition som innebär en sådan begränsning. Begreppet "försäkring" i sig är svårt att definiera, och någon legaldefinition existerar inte⁴¹. Det finns därför inte någon klar gräns mellan företeelser som har ett tillräckligt starkt inslag av försäkringsmässig risk för att kunna benämnas "försäkring", och företeelser som inte har det⁴². Dessa oklarheter till trots kan påpekas att man generellt skiljer på två typer av livförsäkringar: kapitalförsäkringar och livränteförsäkringar. När det gäller kapitalförsäkringarna kan kapitalet antingen falla ut vid dödsfall innan en viss ålder, eller endast om försäkringstagaren uppnår en viss ålder. Livränteförsäkringar innebär att en periodisk utbetalning, livränta, utbetalas under en viss period, från och med en framtida avtalad tidpunkt⁴³.

När det gäller "livförsäkringar med sparmoment" definieras dessa i propositionen till FRL som sådana livförsäkringar "vars kapital helt eller delvis placeras i de finansiella instrument som konsumenterna bestämmer". De livförsäkringar som avses är således sådana som används av konsumenten för sparande genom placering av tillgångar i finansiella instrument. Det kan exempelvis vara frågan om fonder (så kallade fondförsäkringar). De livförsäkringar som avses i lagen är inte förenade med någon sådan stark försäkringsmässig risk som försäkringsavtalet i allmänhet förknippas med. Sådana livförsäkringar framstår som ett skal eller en ram, som används av konsumenten för att uppnå samma syften som då denne placerar pengar direkt i finansiella instrument: sparande och tillväxt av det sparade kapitalet⁴⁴. På samma sätt som vid direkt placering är det konsumenten som bär placeringsrisken, vilket innebär att utbetalningarnas storlek beror dels på hur mycket pengar som har sparats, dels på värdeutvecklingen på de placeringar som gjorts inom ramen för försäkringen. Konsumenten riskerar på samma sätt som vid direkt placering att förlora hela eller delar av det kapital som satsats i försäkringen, och kan i vissa fall till och med riskera att skuldsätta sig. Detta innebär att han inte är garanterad en viss utbetalning. En skillnad är att livförsäkringen innebär ett bundet sparande som är underkastat vissa regler. Fördelarna ur konsumentens synvinkel med att välja att utföra placeringar inom ramen för en livförsäkring är bland annat av skattemässig natur⁴⁵.

⁴¹ Bengtsson, Bertil, *Försäkringsavtalsrätt*, andra upplagan, Norstedts juridik, Mölnlycke 2010 sid 15

⁴² Hultqvist, Anders, *Vad är en kapitalförsäkring*, Svensk skattetidning, I.2009 sid 48

⁴³ <http://sv.wikipedia.org/wiki/Livf%C3%B6rs%C3%A4kring>

⁴⁴ <http://sv.wikipedia.org/wiki/Kapitalf%C3%B6rs%C3%A4kring>

⁴⁵ <http://sv.wikipedia.org/wiki/Kapitalf%C3%B6rs%C3%A4kring>

Mot bakgrund av ovanstående är det tydligt att behovet av konsumentskydd är lika stort vid rådgivning om placering i livförsäkringar med sparmoment, som vid rådgivning om placering av tillgångar direkt i finansiella instrument. Att placeringen görs inom ramen för en livförsäkring gör inte konsumentens intresse av en rådgivning som håller godtagbar standard mindre skyddsvärt, och sådan rådgivning har vidare stor likhet med rådgivning om placering direkt i finansiella instrument. Enligt propositionen till FRL skall därför lagen omfatta rådgivning om placering i alla typer av livförsäkringar som innebär en placering av kapital i finansiella instrument som konsumenten bestämmer, och där denne skall bära placeringsrisken⁴⁶. Detta innebär att även sådana livförsäkringar som endast erbjuder ett alternativ, och således en risknivå, för placering av kapitalet omfattas av lagen. Det innebär också att även nya typer av livförsäkringar med sparmoment som kan tänkas uppkomma, också omfattas av FRL⁴⁷.

2.1.3.3 Finansiella tjänster med begränsad risk och diskretionär förvaltning

Det framgår av propositionen till FRL att lagen inte skall gälla rådgivning som tar sikte på ”finansiella tjänster där risken för konsumenten framstår som begränsad”. Det exempel som nämns i propositionen är placering av pengar på ett vanligt bankkonto. Risken för ekonomisk förlust framstår som liten vid sådan placering. Dessutom är de alternativ som erbjuds konsumenten avseende denna typ av placering relativt begränsade⁴⁸. Placeringens grad av komplexitet är vidare inte så hög att konsumenten, då han väljer alternativ, är beroende av en specialists särskilda kunskap i samma mån som när det gäller de finansiella instrument som FRL hänvisar till. Det är dessa argument som anförs i propositionen för att undanta finansiella tjänster som är förenade med små risker. Att rådgivning om placering av medel på ett bankkonto inte omfattas av FRL framgår redan av att bankkonto inte anses som finansiellt instrument i lagens mening. I propositionen anges dock skälen till att denna typ av placering undantas från lagens tillämpningsområde. Det påpekas också att rådgivning om konsumentkrediter naturligtvis inte omfattas av FRL, eftersom en särskild konsumentskyddslag redan existerar på detta område, nämligen konsumentkreditlagen (2010:1846) (KkrL)⁴⁹.

Swahn och Wendleby framhåller att FRL vanligtvis inte heller gäller vid så kallad diskretionär förvaltning. Diskretionär förvaltning innebär att konsumenten avtalat med en näringsidkare om att denne skall ha rätt att fortlöpande genomföra transaktioner med finansiella instrument för konsumentens räkning, i enlighet med vissa överenskomna riktlinjer. Varje transaktion föregås då inte av rådgivning, vilket utesluter FRL:s tillämplighet. I vissa fall kan

⁴⁶ Prop 2002:03/113 sid 15

⁴⁷ Prop 2002:03/113 sid 15

⁴⁸ Prop 2002:03/113 sid 14

⁴⁹ Prop 2002:03/113 sid 14

dock rådgivning enligt FRL anses ha lämnats i samband med att avtalet om diskretionär förvaltning ingås⁵⁰.

2.1.4 Uppdragsförhållandet

I avsnittet om rådgivningsbegreppet 2.1.2 ovan poängteras att som rådgivning i FRL: s mening, anses endast sådan information av individuell karaktär som näringsidkaren lämnar till konsumenten. Informationen skall således vara särskilt anpassad till den enskilde konsumentens situation, och framarbetas och lämnas med beaktande av dennes livssituation, ekonomiska situation, önskemål, behov, samt kunskaper om och erfarenhet av placeringar i finansiella instrument⁵¹. Det ter sig därför naturligt att FRL: s tillämplighet kräver existensen av ett uppdragsavtal mellan konsumenten och näringsidkaren, eller åtminstone ett uppdragsliknande förhållande. Det är nämligen svårt att föreställa sig hur en näringsidkare skulle få tillgång till information om en enskild konsuments privata livssituation, och sedan kartlägga denna information och leverera en skräddarsydd placeringsrådgivning till konsumenten, utan att ett uppdragsavtal eller ett uppdragsliknande förhållande är för handen. Ett krav på rådgivningens individuella karaktär torde därför kunna sägas gå hand i hand med kravet på att det finns ett uppdragsavtal eller ett uppdragsliknande förhållande mellan konsumenten och näringsidkaren.

Något krav på uppdragsförhållande ställs dock inte i lagtexten. Det är istället i regeringens proposition till FRL som det uttryckligen uttalas att ett sådant förhållande bör krävas. Det uppställs inte något krav på att ett formellt uppdragsavtal har ingåtts mellan parterna, utan enligt propositionen räcker det att uppdragsförhållandet uppstår på ett relativt formlöst sätt. Detta kan, fortfarande enligt propositionen, ske i enlighet med den i den juridiska doktrinen så kallade principen om den befogade tilliten. Denna innebär att om näringsidkaren betett sig professionellt, och således gett motparten en befogad anledning att fästa sin tillit till den rådgivning han tagit del av, bör ett uppdragsförhållande anses ha uppstått, åtminstone om rådgivaren insett att konsumenten förlitat sig på den information som lämnats till honom⁵².

I propositionen hänvisas till rättsfallet NJA 1992 s 243 i vilket ett uppdragsförhållande om ekonomisk rådgivning av Högsta Domstolen ansågs ha uppkommit mellan två parter på detta formlösa sätt. I fallet ansågs den ena parten ha uppfattat den andra som sin ekonomiska rådgivare. Denna uppfattning ansågs ha varit grundad på goda skäl, och den part som uppfattades som ekonomisk rådgivare ansågs ha insett motpartens uppfattning, men trots detta inte uttryckt eller markerat någon annan mening. Enligt propositionen är det de "sammantagna omständigheterna i det enskilda fallet" som skall avgöra huruvida ett

⁵⁰ Swahn och Wendleby sid 43

⁵¹ Prop 2002:03/113 sid 25 ff

⁵² Prop 2002/03:133 sid 15-16

rådgivningsuppdrag skall anses ha uppkommit eller ej. Dock betonas vikten av näringsidkarens uppträdande inför konsumenten, som enligt propositionen torde vara den omständighet som vid bedömningen skall tillmätas störst betydelse. Ett exempel som anges i propositionen är den situationen att näringsidkaren erbjuder konsumenten att få tala med en person som kallas för "privatrådgivare" eller "personlig bankman". I ett sådant fall menar man i propositionen att det ur konsumentens synvinkel finns en befogad anledning att anta att näringsidkarens avsikt är att lämna individuell finansiell rådgivning⁵³.

FRL: s tillämplighet torde, i enlighet med vad som anförs ovan, förutsätta att, som det uttrycks i propositionen, rättsförhållandet mellan näringsidkaren och konsumenten, beroende på omständigheterna, kan anses som kontraktuellt, eller åtminstone kontraktliknande. Information som ges till en obestämd krets personer, exempelvis via massmedia, faller därför inte under FRL tillämpningsområde. Detta torde dock följa redan av den omständigheten att informationen i sådana fall inte är av individuell karaktär. Det finns emellertid inte något krav på att uppdragsförhållandet skall ha uppkommit i samband med att parterna träffats vid ett personligt möte. Ett uppdragsförhållande kan mycket väl uppstå på distans, till exempel via internet. Det går nämligen att kommunicera på ett personligt sätt via internet, och lämna "bestämd information till en bestämd krets personer". Det finns inget hinder för att en konsument berättar om sin speciella situation via internet, och att en för varje enskild konsument skraddarsydd rådgivning lämnas via sådant kommunikationsmedel. Detsamma bör gälla kommunikation via brev eller telefon. I propositionen framhålls också att det inte torde finnas några hinder för att ett uppdragsförhållande uppstår på distans, dock gäller naturligtvis för lagens tillämplighet samma krav som annars, bland annat gällande rådgivningens individuella karaktär⁵⁴.

Uppdragsförhållandet skall avse rådgivning. För att FRL skall vara tillämplig måste därför uppdraget vara ett rådgivningsuppdrag. Så kallade "rena expeditiönsärenden" ligger enligt propositionen utanför FRL: s tillämpningsområde. Med expeditiönsärenden avses till exempel att kontakten mellan konsumenten och rådgivaren begränsar sig till att en konsument endast ber om, och får, information om en viss produkt. Ett annat exempel som tas upp i propositionen är att en konsument tar kontakt med en näringsidkare endast för att ge denne i uppdrag att utföra en viss finansiell tjänst. I dessa fall anses det inte finnas något rådgivningsuppdrag, eftersom konsumenten inte har efterfrågat att näringsidkaren skall ge någon vägledning om lämpliga alternativ för placering av konsumentens tillgångar. Någon möjlighet att tillämpa FRL finns då inte enligt gällande rätt⁵⁵.

⁵³ Prop 2002/03:133 sid 16

⁵⁴ Prop 2002/03:133 sid 17

⁵⁵ Prop 2002/03:133 sid 46

2.1.5 Gränsdragning mot annan lagstiftning

2.1.5.1 Undantaget i 3 a §

När det gäller frågan om vilka företag som är skyldiga att följa FRL, är utgångspunkten att alla företag som tillhandahåller sådan rådgivning som avses i lagen är skyldiga att följa dess bestämmelser. Dock bör undantaget i 3 a § FRL uppmärksammas. I detta lagrum stadgas att de näringsrättsliga bestämmelserna i FRL: s 4 och 5 §§ inte skall gälla 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.”

Innehållet i 4 och 5 §§ kan, som redovisas nedan, kortfattat sägas ålägga näringsidkaren en rad skyldigheter, vilka bidrar till att säkra kvaliteten på den rådgivning som lämnas. Dessa skyldigheter innefattar en plikt att dokumentera information om ett rådgivningstillfälle, att lämna ut denna dokumentation till konsumenten, samt att se till att den personal som lämnar råd har tillräcklig kompetens. Näringsidkaren skall också följa så kallad god rådgivningssed, anpassa rådgivningen till den enskilde konsumenten, inte lämna andra råd än sådana som kan anses lämpliga, samt avråda konsumenten från olämpliga placeringslösningar. Det kan vid en första anblick verka märkligt att de i 3 a § uppräknade typerna av företag inte alltid är bundna av skyldigheterna i 4 och 5 §§. Bakgrunden till undantaget kan dock förklaras enligt följande. Samtliga de typer av företag som nämns i 3 a § bedriver tillståndspliktig verksamhet, och står under tillsyn av FI. Som framgår av citatet av 3 a § FRL finns det för varje typ av företag vidare en särskild lag som reglerar dess särskilda tillståndspliktiga verksamhet. I var och en av dessa lagar klagörs vilka villkor som gäller för att ett företag skall få tillstånd att bedriva verksamheten ifråga, samt vilka aktiviteter tillståndet omfattar. De uppräknade företagstyperna kan enligt sin respektive särskilda lagstiftning få tillstånd att lämna rådgivning om investeringar. Denna rådgivning, som inte har samma definitionsmässiga omfång som den rådgivning som avses FRL, regleras i respektive lag. När företagen bedriver sådan rådgivning är de skyldiga att följa bestämmelser i de lagar som reglerar deras respektive verksamhet, och vissa av dessa bestämmelser har liknande innehåll som 4 och 5 §§ FRL⁵⁶.

⁵⁶ Detta exempelvis gällande värdepappersbolag, se propositionen till LVM prop2006:07/115 sid 437 ff

2.1.5.2 Ett exempel: gränsdragning mot LVM

Som ett exempel på sådan rådgivning för vilken 4 och 5 §§ FRL inte är tillämpliga, kan så kallad investeringsrådgivning, som lämnas av värdepappersinstitut, tas upp. Reglerna om denna rådgivning finns i LVM. Lagen bygger på EU- direktivet 2004/39/EG om marknader för finansiella instrument (MiFID). Direktivet, som skulle vara implementerat senast den 30 april 2006, hade som syfte att harmonisera de nationella lagstiftningarna om verksamhet på de finansiella marknaderna. Detta direktiv ersatte ett tidigare direktiv om investeringstjänster inom värdepappersområdet (ISD), som inte längre ansågs tillfredsställa behovet av en effektiv ram för gränsöverskridande investeringar inom unionen. ISD direktivet ansågs också vara alltför inkomplett och missanpassat till nya förhållanden på de finansiella marknaderna, varför MiFID antogs. MiFID var ett mer omfattande och detaljerat direktiv, med bredare tillämpningsområde, som innebar en högre grad av harmonisering av regelverken inom unionen. I vissa hänseenden skapar MiFID enligt propositionen till LVM minimiharmonisering, eftersom det finns utrymme för medlemsländerna att införa en lagstiftning som är mer långtgående än de krav som ställs i direktivet⁵⁷.

I 2 kap 1 § LVM stadgas att bedrivande av värdepappersrörelse kräver auktorisation, eftersom tillstånd för sådan verksamhet som huvudregel skall lämnas av FI. Det tillståndspliktiga verksamhetsområdet anges i lagrummet genom att en rad olika investeringstjänster och investeringsverksamheter som är tillståndspliktiga räknas upp. Bland dessa omnämns i punkt 5 "investeringsrådgivning till kund avseende finansiella instrument". Att denna investeringstjänst kräver tillstånd är, som angetts ovan, en nyhet som föranletts av MiFID- direktivet. I 3 kap LVM anges vilka krav som företag måste uppfylla för att kunna beviljas tillstånd att driva värdepappersrörelse. Dessa krav går dock inte igenom i detta sammanhang.

Det måste dock understrykas att den finansiella rådgivning som regleras i FRL, och den så kallade investeringsrådgivningen som LVM tar sikte på, inte omfattar samma verksamheter. För det första innefattar investeringsrådgivning endast sådan rådgivning som lämnas av värdepappersinstitut. Investeringsrådgivningen i LVM omfattar dessutom inte enbart rådgivning som lämnas till konsumenter. MiFID och LVM bygger inte på en uppdelning mellan konsument och näringsidkare, utan på en uppdelning mellan professionella och icke-professionella kunder. De icke-professionella kunderna, som vid investeringsrådgivning skyddas av en rad uppföranderegler som stadgas i LVM omfattar inte endast konsumenter, utan även sådana näringsidkare som har begränsade resurser och begränsade kunskaper om finansiella instrument. Detta tydliggörs i propositionen till LVM. Många näringsidkare anses som icke-professionella, eftersom små och medelstora företag som inte är verksamma inom den finansiella sektorn torde anses falla under denna kategori. I det sistnämnda avseendet är investeringsrådgivning enligt LVM ett vidare begrepp än finansiell rådgivning enligt FRL. Å

⁵⁷ Prop 2006:07/115 sid 241

andra sidan skall enligt propositionen till LVM investeringsrådgivning ej anses innefatta "generella råd om en viss fördelning mellan olika slags tillgångar". Detta poängteras i propositionen till LVM⁵⁸.

LVM och FRL har därför endast delvis samma tillämpningsområde. Definitionen av investeringsrådgivning enligt LVM, och av finansiell rådgivning till konsument enligt FRL, täcker endast delvis varandra, och det finns därför situationer där endast en av lagarna är tillämplig, men inte den andra. Om både investeringsrådgivning enligt LVM och finansiell rådgivning enligt FRL föreligger i en viss situation, måste värdepappersinstitutet följa reglerna för investeringsrådgivning i LVM och reglerna i FRL, bortsett från 4 och 5 §§. LVM innehåller dock bestämmelser som till sitt innehåll liknar det i 4 och 5 §§ FRL. Till exempel stadgas i 8 kap 23 § LVM att ett värdepappersinstitut som tillhandhåller investeringsrådgivning till kund avseende finansiella instrument skall inhämta "nödvändiga uppgifter från kunden om dennes kunskaper och erfarenheter av den specifika tjänsten eller produkten samt om dennes ekonomiska situation och mål med investeringen, så att institutet kan rekommendera kunden de investeringstjänster och finansiella instrument som är lämpliga för denne". Att detta påminner om innehåll i 4 och 5 §§ FRL, framgår i framställningen om det preventiva skyddet i avsnitt 2.2. Om endast investeringsrådgivning föreligger, skall värdepappersinstitutet endast följa reglerna i LVM. Om enbart finansiell rådgivning till konsument enligt FRL föreligger, är näringsidkaren endast skyldig att följa FRL.

2.2 Det preventiva skyddet

I FRL stadgas ett flertal regler av näringsrättslig natur som bidrar till att säkerställa att den placeringsrådgivning som lämnas av näringsidkare till konsumenter håller en godtagbar standard. Dessa regler kan sägas förebygga risken för att konsumenter på grund av felaktig information, eller dåligt anpassade förslag, som lämnas vid rådgivningen, lider en ekonomisk skada. I det följande redovisas de olika komponenterna i det preventiva skyddet.

2.2.1 Krav på auktorisation

Ett tänkbart sätt att försöka säkerställa att en verksamhet som bedrivs i samhället håller en viss minimal kvalitetsnivå, är att göra verksamheten ifråga tillståndspliktig. Man ställer då krav på att de näringsidkare som önskar bedriva den aktuella verksamheten skall uppfylla vissa villkor, innan de beviljas rätten att göra detta. Man kan då välja villkor som antas exkludera oseriösa företag, eller företag som exempelvis på grund av bristande resurser inte tros ha möjlighet att upprätthålla en tillfredsställande standard när det gäller de tjänster som erbjuds.

Något krav på auktorisation finns emellertid inte för att en näringsidkare skall få bedriva finansiell rådgivning enligt FRL. Med andra ord är verksamheten inte tillståndspliktig. Som

⁵⁸ Prop 2006:07/115 sid 295 ff

anförts ovan i avsnittet om gränsdragning mellan FRL och annan lagstiftning, finns det dock vissa typer av rådgivning om investeringar i finansiella instrument som kräver auktorisation. Ett exempel som har behandlats är investeringsrådgivning som tillhandahålls av värdepappersinstitut enligt LVM. Sådan tillståndspliktig rådgivning, som utförs av en viss bestämd typ av näringsidkare, har delvis samma tillämpningsområde som FRL. Men beträffande sådan som enbart faller under FRL: s tillämpningsområde existerar inget auktorisationskrav⁵⁹.

2.2.2 Kompetenskravet

Ett sätt att förebygga att konsumenterna tar del av finansiell rådgivning som håller alltför låg standard, är att säkerställa att de personer som utför rådgivningen har tillräcklig kompetens för arbetet. I 4 § första stycket 1 p FRL, i avsnittet om näringsidkarens skyldigheter, fastslås att denne skall se till att den som utför rådgivningen har tillräcklig kompetens. Av propositionen till FRL framgår att kravet på kompetens gäller såväl förmågan att utifrån den information som konsumenten lämnat göra en god bedömning av dennes önskemål och behov, som kunskap om finansiella instrument. Vilka skyldigheter detta krav i praktiken innebär för näringsidkaren framgår inte av lagtexten, och som påpekas i propositionen till FRL, är det inte heller möjligt att ange detta i lagtext. I propositionen understryks dock att kravet på kompetens innebär att krav ställs både vad gäller formell utbildning och erfarenhet av att arbeta med rådgivning⁶⁰. Av 4 § andra stycket FRL framgår att regeringen, eller de myndigheter denna bestämmer, får meddela närmare föreskrifter om vad kompetenskravet, och de andra krav som räknas upp i första stycket, innebär för näringsidkaren. Sådana föreskrifter har meddelats av FI och KV, eftersom det är dessa myndigheter som har denna behörighet enligt 1 § första stycket i förordningen (2004:17) om finansiell rådgivning till konsumenterna.

FI och KV utfärdade den 15 april, respektive den 3 juni 2004, föreskrifter och allmänna råd om finansiell rådgivning till konsumenterna. När man konsulterar dessa, bör man ha distinktionen mellan föreskrifterna och de allmänna råden i åtanke. Som tidigare nämnts är nämligen de förra bindande, medan de senare är vägledande. De utfärdade regelverken behandlar bland annat kompetenskravet, och innehåller i stort sett identiska föreskrifter när det gäller detta område, vilket beror på att myndigheterna enligt 1 § andra stycket i förordningen skall samråda med varandra innan de meddelar föreskrifter. Till skillnad från FI anger KV emellertid konkreta exempel på de kunskapsområden som en rådgivare bör behärska. Dessa exemplifieringar utgör vägledande allmänna råd. I den följande framställningen, som återger innehållet i de utfärdade normerna, kommer inte uttryckligen att preciseras om de regler från FI och KV som återges utgör föreskrifter eller allmänna råd. Detta torde dock framgå av sammanhanget, då de allmänna råden preciserar de mer

⁵⁹ Swahn och Wendleby sid 85

⁶⁰ Prop 2002:07/133 sid 21ff

generella föreskrifterna, och i detta sammanhang ofta återges med användande av ordet ”bör”.

I föreskrifterna framhålls att det finns utrymme för näringsidkare att anpassa tillämpningen av föreskrifterna till sin storlek och inriktning, och till den bedrivna rådgivningsverksamhetens inriktning, omfattning och svårighetsgrad⁶¹. De finansiella företag som utför finansiell rådgivning utgör en heterogen grupp, som innefattar företag som är verksamma inom delvis olika områden, och som erbjuder olika typer av produkter. Denna heterogenitet, i kombination med de ständiga förändringarna på de finansiella marknaderna, kan förklara möjligheten för företagen att anpassa tillämpningen av myndigheternas föreskrifter till sin särskilda situation. Kompetenskravet skall anses innebära att personalen besitter kunskaper som är tillräckliga i förhållande till den rådgivning som lämnas⁶². Vilken, och hur omfattande, kunskap som krävs i det enskilda fallet beror således på rådgivningsverksamhetens karaktär, och komplexitetsnivån på de produkter och lösningar som rekommenderas.

Personalen som lämnar rådgivning skall besitta kunskap om innehållet i relevanta lagar och regler, med utgångspunkt i den lämnade rådgivningens karaktär. Konsumenträtt, avtalsrätt, skadeståndsrätt och mellanmansrätt är exempel på sådana rättsområden som enligt KV bör behärskas⁶³. Enligt myndigheten bör en rådgivare även ha tillräcklig kunskap om tillämplig självreglering. Med ”självreglering” åsyftas de olika egenåtgärder som kan ha vidtagits inom branschen för att reglera verksamheten. Personalen måste också förstå, och kunna uppfylla, alla de skyldigheter som den rådgivning som lämnas innebär. Här avses rådgivaransvar, etik, och god rådgivningssed, men också de mer konkreta skyldigheterna som omsorgs-, avrådande- och dokumentationsplikterna innebär (dessa skyldigheter för näringsidkaren behandlas längre fram i arbetet). Detta bör enligt KV anses innebära bland annat att personalen skall ha kunskap om rådgivarens roll och ansvar, sekretessfrågor, och rättvis behandling av kunder⁶⁴. Med utgångspunkt i den lämnade rådgivningens karaktär, måste personalen också kunna tillämpa relevanta kunskaper om sparande och placeringar i finansiella instrument och försäkringar. Detta innebär enligt KV:s bedömning att personalen borde behärska kunskapsområden som exempelvis kapitalmarknadens roll och funktion, aktier och aktierelaterade instrument, fondandelar, ränteinstrument, kapitalförsäkring, pensionsförsäkring, derivatinstrument, grundläggande placeringsstrategier, avkastning och risk, grundläggande portföljlära...⁶⁵

För att försäkra sig om att personalen verkligen uppfyller de nämnda kunskapskraven, skall näringsidkaren enligt föreskrifterna se till att de personer som lämnar rådgivning har genomgått ett lämpligt kunskapstest, och blivit godkända. Testet ifråga skall antingen

⁶¹ KOVFS 2004:5 1kap 2§ andra stycket

⁶² KOVFS 2004:5 2 kap 1§

⁶³ KOVFS 2004:5 2 kap 2§

⁶⁴ KOVFS 2004:5 2 kap 3 §

⁶⁵ KOVFS 2004:5 2 kap 4 §

tillhandahållas av en från näringsidkaren fristående person, eller ha godkänts av en oberoende granskare som har lämpliga kvalifikationer⁶⁶. För att kunna anses som oberoende från näringsidkaren torde granskaren ifråga i vart fall inte kunna vara till exempel anställd eller ägare. Om granskaren på grund av exempelvis en affärsmässig relation i något avseende skulle kunna anses befinna sig i en beroendeställning i förhållande till näringsidkaren, är förmodligen kravet inte heller uppfyllt⁶⁷. Föreskrifterna kräver vidare att näringsidkaren regelbundet säkerställer att personalen har lyckats uppdatera sina kunskaper⁶⁸. Hur ofta kunskapsuppdateringar och -kontroller skall genomföras anges inte. Förmodligen bör dock hänsyn tas till hur lång tid som förflutit sedan personalens kunskaper senast kontrollerades, samt till det behov av ny utbildning och därtill knuten kunskapskontroll som rättsliga förändringar eller andra förändringar på de finansiella marknaderna kan föranleda⁶⁹. FI:s föreskrifter från den 15 april 2004 kräver också att personal som lämnar finansiell rådgivning har lämplig praktisk erfarenhet, bland annat med avseende på kommunikation mellan personal och konsument. I detta krav kan man läsa in en underförstådd föreskrift om att personal utan praktisk erfarenhet till en början skall arbeta vid sidan av redan erfarna anställda, och få vara närvarande under dessas kundmöten, innan den tillåts utföra rådgivningsarbete på egen hand⁷⁰.

2.2.3 Dokumentationskravet

I 4 § första stycket 2 och 3 p FRL stadgas att näringsidkaren har en skyldighet att "dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället" och att "lämna ut dokumentationen till konsumenten". Ur ett konsumentperspektiv finns det minst två fördelar med att den information som vid varje enskilt rådgivningstillfälle utbyts mellan konsumenten och näringsidkaren, dokumenteras och sparas. För det första lättas konsumentens bevisbörda om vilken information han fått, och det går med enkelhet att fastställa vilka omständigheter den enskilde rådgivaren grundat sina rekommendationer på⁷¹. Detta är värdefullt för konsumenten om han vid en senare tvist vill göra gällande att näringsidkaren förfarit oaktsamt vid rådgivningen. För det andra är det rimligt att anta att rådgivarens aktsamhetsgrad påverkas i positiv riktning, om han är väl medveten om att informationen dokumenteras⁷². Således torde dokumentationskravet i viss mån förebygga risken för vårdslöst agerande från rådgivarnas sida. Det är detta antagande, och dokumentationskravets näringsrättsliga karaktär, som trots kravets koppling till konsumentens möjlighet att med framgång väcka skadeståndstalan mot en vårdslös näringsidkare, motiverar att dokumentationskravet behandlas i avsnittet om det preventiva skyddet för konsumenter vid finansiell rådgivning.

⁶⁶ KOVFS 2004:5 2 kap 5 §

⁶⁷ Swahn och Wendleby sid 54

⁶⁸ KOVFS 2004:5 2 kap 6 §

⁶⁹ Swahn och Wendleby sid 55

⁷⁰ Swahn och Wendleby sid 55

⁷¹ Swahn och Wendleby sid 55

⁷² Prop 2002:03 sid 22

När det gäller skyldigheten att lämna ut dokumentationen, torde det ur ett konsumentperspektiv vara att föredra att konsumenten, i nära anslutning till rådgivningen, får ut de uppgifter som dokumenterats, utan att särskilt behöva efterfråga detta⁷³. Det skapas nämligen då goda förutsättningar för att konsumenten, oavsett om han inser fördelen med detta eller ej, säkrar bevisning om en rad uppgifter. Utlämnandet av dokumentationen innebär också en möjlighet att rätta till eventuella missförstånd som tidigare inte upptäckts, förutsatt att konsumenten går igenom de dokumenterade uppgifterna med tillbörlig noggrannhet.

2.2.3.1 Information som skall dokumenteras

Dokumentationskravets praktiska innebörd preciseras i samma föreskrifter och allmänna råd från FI och KV som kompetenskravet. I dessa regleras för det första frågan om vilken information som måste bli föremål för dokumentation. Denna kan delas in i tre kategorier: uppgifter om rådgivaren, uppgifter om konsumenten, samt uppgifter om rådgivningssituationen⁷⁴. Uppgifter om rådgivaren skall dokumenteras i tillräcklig omfattning för att göra det möjligt att identifiera näringsidkaren, den personal som lämnat råd, samt förutsättningarna för rådgivningen. I dokumentationen bör det finnas en uppgift om vilken inriktning näringsidkaren har på sin finansiella rådgivning, det vill säga vilken typ av finansiella produkter näringsidkaren lämnar råd om. Vidare bör enligt föreskrifterna rådgivarens kompetens och befogenhet framgå, men även annan sådan information om rådgivaren som har betydelse för rådgivningssituationen bör anges⁷⁵.

När det gäller uppgifter om konsumenten, skall naturligtvis dennes identitet dokumenteras. Men även en rad uppgifter om konsumenten som är av betydelse för att bedöma vilken placeringslösning som passar denne, skall anges. Således skall uppgift lämnas om konsumentens erfarenhet av finansiella placeringar, ekonomiska och andra förhållanden, syftet med placeringen, samt beskrivning av riskbenägenhet och huvudsaklig placeringsinriktning. Uppgift om ekonomiska och andra förhållanden som är relevanta för rådgivningen innefattar enligt de allmänna råden exempelvis information om familjeförhållanden, inkomst, förmögenhet, utgifter, skulder, och försäkringssituation. Då konsumentens syfte med placeringen anges, bör även dennes placeringshorisont framgå. Detta innebär att uppgift om konsumentens avsikt när det gäller placeringens tidsmässiga längd, eller annorlunda uttryckt, avsikten gällande vid vilken framtida tidpunkt placeringen skall avslutas, lämpligen bör dokumenteras. Beskrivningen av konsumentens riskbenägenhet bör ge en bild av dennes inställning till olika grader av risk och totala riskbenägenhet⁷⁶.

⁷³ Prop 2002:03 sid 23 och SOU 2002:41 s 120

⁷⁴ KOVFS 2004:5 3 kap 1 §

⁷⁵ KOVFS 2004:5 3 kap 1 §

⁷⁶ KOVFS 2004:5 3 kap 2 §

Även konsumentens kunskap om risken som den rekommenderade placeringen är förknippad med, bör anges. Om näringsidkaren och konsumenten har kommit överens om att begränsa ramarna för konsumentens placering, och till exempel inskränkt denna till att avse endast en viss typ av finansiellt instrument, bör dessa ramar beskrivas. Detsamma gäller om näringsidkaren föreslår att begränsa placeringens inriktning mellan vissa ramar. Om en konsument av någon anledning inte skulle vilja lämna några av dessa uppgifter, bör även detta anges. Dokumentationen av alla dessa uppgifter om konsumentens situation, önskemål, behov, kunskaper och förutsättningar gör det möjligt att i efterhand bedöma om rådgivarens rekommendationer varit befogade, och tillräckligt väl anpassade till den enskilde konsumenten⁷⁷.

”Uppgifter om rådgivningssituationen” innefattar information om tidpunkt för rådgivningen, vilket eller vilka råd som lämnats, samt om eventuell avrådan från viss placering. Det bör anges vilken typ av produkt och vilken kvantitet rådet avser, samt andra omständigheter som är av betydelse för rådgivningen. Grunderna för råden bör vidare redovisas, vilket innebär att man redogör för anledningarna till att en viss rekommendation lämnats. Om rådgivaren avråder konsumenten från en viss placeringslösning, bör på motsvarande sätt de omständigheter som rådgivaren grundar sin avrådan på dokumenteras. Det skall också dokumenteras om konsumenten trots avrådan, väljer att genomföra en viss placering⁷⁸.

2.2.3.2 Dokumentationens utförande och arkivering

Den information som enligt föreskrifterna från FI och KV faller under ”uppgifter om den som lämnar rådgivning” eller ”uppgifter om konsumenten” kan dokumenteras innan rådgivningstillfället, och av en annan person än den som lämnar rådgivningen. Däremot skall den information som enligt föreskrifterna utgör ”uppgifter om rådgivningssituationen” dokumenteras i samband med att rådgivningen utförs och av den person som själv lämnar rådgivningen⁷⁹. Denna skillnad beror antagligen på att det inte är möjligt för en person, som inte själv är aktiv i rådgivningens utförande, att på förhand veta vilka rekommendationer eller eventuella avrådanden som kommer att lämnas och grunderna för dessa. Om uppgifter om detta tilläts dokumenteras innan rådgivningen ens ägt rum, eller av en person som inte själv deltagit i rådgivningens genomförande, skulle risken sannolikt öka för att de dokumenterade uppgifterna inte avspeglar vad som förekommit vid rådgivningstillfället. De uppgifter som rör rådgivaren och konsumenten, är av en annan natur, eftersom en annan person än den som lämnat rådgivningen kan ha god kännedom om dessa. Dessutom förefaller risken för att dessa uppgifter genomgår någon nämnvärd förändring, mellan den tidpunkt de dokumenteras och den tidpunkt rådgivningen lämnas, liten.

⁷⁷ KOVFS 2004:5 3 kap 2 §

⁷⁸ KOVFS 2004:5 3 kap 3 §

⁷⁹ KOVFS 2004:5 3 kap 4 §

Näringsidkaren kan själv välja vilket medium som skall användas för att utföra dokumentationen, under förutsättning att informationen som lämnats vid varje enskilt rådgivningstillfälle med enkelhet kan identifieras och sökas⁸⁰. Dokumentation genom nedteckning på papper, i ett dokument som sparas på en dator, eller genom inspelning på ett band är olika tänkbara exempel. Arkivering av de dokumenterade uppgifterna skall genomföras på ett säkert och varaktigt sätt, så att dessa utan svårighet kan letas fram efter tidpunkten för rådgivningen. Hur lång tid arkiveringen skall ske anges inte. En korrekt utförd dokumentation och arkivering av alla de uppgifter som nämns i föreskrifterna från FI och KV, ligger emellertid i näringsidkarens eget intresse. Om denne har försummat dessa skyldigheter, kan bevismedel helt eller delvis saknas angående vilken information som utbyttts mellan rådgivaren och konsumenten. Man utgår då ifrån att konsumentens påståenden om vad som förekommit mellan vederbörande och rådgivaren stämmer, förutsatt att näringsidkaren inte kan motbevisa dessa på något vis⁸¹. En näringsidkare som missköter dokumentation och arkivering av relevanta uppgifter vid rådgivning, riskerar således att åläggas ett skadeståndsansvar, utan att egentligen ha förfarit vårdslöst vid rådgivningen. Det finns därför ett starkt incitament för näringsidkare som utför finansiell rådgivning att behålla arkiverad dokumentation i minst tio år, räknat från tidpunkten för rådgivningen. Denna tid motsvarar nämligen den längsta möjliga tiden för preskription av konsumentens rätt att väcka skadeståndstalan mot näringsidkaren enligt 7 § andra stycket FRL. Skyldighet att spara handlingar kan vidare följas av bokföringslagen (1999:1078)⁸².

2.2.3.3 Utlämnande av dokumentationen till konsumenten

Enligt föreskrifterna från FI och KV skall dokumentationen av de uppgifter som måste dokumenteras enligt ovan, lämnas ut till konsumenten i samband med, eller i nära anslutning till det första rådgivningstillfället. Vidare skall detta göras utan onödigt dröjsmål, oavsett om konsumenten begär det eller ej, och sannolikt även om konsumenten uttryckligen skulle förklara att han inte önskar få del av dokumentationen⁸³. Skyldigheten för näringsidkaren att lämna ut dokumentation lättas dock, i de situationer när rådgivning på nytt lämnas till samma konsument. I sådant fall behöver dokumentation av uppgifter om rådgivaren och om konsumenten enbart lämnas ut, i samband med eller efter rådgivningen, om konsumenten begär det, förutsatt att dessa uppgifter inte har någon betydelse för rådgivningen. Om uppgifterna är av betydelse för rådgivningen, skall utlämnandet ske oavsett om konsumenten framställer en begäran om detta. Om exempelvis konsumentens ekonomiska situation har förändrats drastiskt, torde detta rimligtvis ses som en uppgift som har betydelse för rådgivningen, och som bör lämnas ut. En uppgift om till exempel

⁸⁰ KOVFS 2004:5 3 kap 5 §

⁸¹ Swahn och Wendleby sid 83

⁸² Swahn och Wendleby sid 61

⁸³ KOVFS 2004:5 3 kap 6 §

adressändring torde däremot vara utan betydelse, och således ej föranleda utlämning. Uppgifter om rådgivningssituationen skall vid senare rådgivning till samma konsument lämnas ut endast på begäran av konsumenten, om dokumentationen sker genom ljudupptagning av telefonsamtal, och konsumentens huvudsakliga placeringsinriktning inte har förändrats. Annars skall utlämnande alltid ske. Om utlämnande inte sker skall detta anges i dokumentationen⁸⁴.

Det framgår även av föreskrifterna att näringsidkaren är skyldig att informera konsumenten om dennes rätt att begära att få ut sådan dokumentation som endast måste lämnas ut på begäran⁸⁵. Denna skyldighet framstår som mycket rimlig, eftersom många konsumenter annars sannolikt skulle gå miste om denna rättighet på grund av okunskap. Det anges också att en näringsidkare kan ansöka hos FI om att, på grund av särskilda skäl, medges ytterligare undantag från skyldigheten att utlämna dokumentation än de som framgår av föreskrifterna⁸⁶. Det kan påpekas att FI:s praxis är relativt restriktiv när det gäller att medge undantag, och myndigheten anser inte att omständigheter som avsaknad av vissa tekniska hjälpmedel är ett sådant särskilt skäl som motiverar undantag. I ett ärende godkände myndigheten emellertid att en bank sände ut dokumentation via post varje månad, trots att detta egentligen inte uppfyllde kravet på att dokumentationen skall lämnas ut i samband med eller i nära anslutning till tillfället för rådgivningen. Den omständigheten att det sena utlämnandet orsakades av en samordning av informationen, vars syfte var att göra denna mer överskådlig för konsumenten, verkar ha haft stor betydelse för utgången i ärendet⁸⁷.

2.2.4 God rådgivningssed

En näringsidkare skall enligt 5 § FRL iakttä god rådgivningssed i sin rådgivningsverksamhet. Den exakta innebörden av begreppet "god rådgivningssed" går inte att med säkerhet fastställa en gång för alla genom en uttömmande definition, då det är frågan om ett dynamiskt begrepp vars innehåll är föränderligt dels över tiden, dels beroende på det sammanhang i vilket det tillämpas. God rådgivningssed består bland annat av regler som har i sitt ursprung i branschåtgärder, uppgörelser mellan representanter för branschen och myndigheter, samt riktlinjer och allmänna råd från myndigheter. Mot bakgrund av de snabba förändringar som sker på de finansiella marknaderna, kan det exakta innehållet i sådana detaljregler snabbt behöva justeras. Reglerna från nämnda källor måste också kunna anpassas till just det företag som tillämpar dem, och de företag som bedriver finansiell rådgivning kan, som redan nämnts ovan, vara mycket olika, både vad gäller storlek och inriktning på verksamheten. Dessa omständigheter förklarar den goda rådgivningssedens dynamiska natur.

⁸⁴ KOVFS 2004:5 3 kap 7 och 8 §§

⁸⁵ KOVFS 2004:5 3 kap 9 §

⁸⁶ FFFS2004:04 3 kap 10 §

⁸⁷ Swahn och Wendleby sid 59-60

Begreppet god rådgivningssed kan dock ges en vidare definition, och ses som ett samlingsbegrepp, vilket även inkluderar skyldigheter som gäller för näringsidkaren enligt andra rättskällor, såsom lag . I 5 § räknas god rådgivningssed upp som en särskild skyldighet som näringsidkaren skall beakta, vid sidan av andra mer konkreta skyldigheter, som till exempel skyldigheten att anpassa rådgivningen efter konsumentens önskemål och behov. Trots detta torde det enligt Swahn och Wendleby vara möjligt att använda en terminologi enligt vilken begreppet "god rådgivningssed" ges en utvidgad mening, och anses innefatta samtliga de skyldigheter för näringsidkaren som räknas upp i 5 §⁸⁸. I detta arbete ges begreppet en sådan innebörd, varför de olika skyldigheter för näringsidkaren som stadgas i 5 § FRL behandlas under avsnittet om god rådgivningssed.

2.2.4.1 Omsorgsplikten

Den part som enligt ett uppdragsavtal har åtagit sig att utföra en tjänst inom ramen för sin yrkesmässiga verksamhet, skall vid utförandet iaktta den omsorg som är nödvändig för att tillvarata motpartens intresse. Detta är en allmän rättslig princip. I konsumenträttslig lagstiftning är det likväl vanligt att en så kallad "omsorgsplikt" uttryckligen stadgas. Detta är fallet även i FRL, vars 5 § fastställer att näringsidkaren i sin rådgivningsverksamhet skall "med tillbörlig omsorg ta tillvara konsumentens intressen". Enligt propositionen till FRL kan omsorgsplikten användas som ett instrument för att bedöma näringsidkarens prestation, och det framhålls att de konkreta skyldigheter som följer av plikten torde variera, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. En ansats att närmare förklara och belysa några av omsorgspliktens beståndsdelar görs dock i propositionen⁸⁹.

Omsorgsplikten medför att näringsidkaren i sin rådgivningsverksamhet har att sätta konsumentens intressen före andra, eventuellt motstridiga intressen. Näringsidkaren skall till exempel sätta konsumenten intresse framför sitt eget, och lämna den rekommendation som bedöms gynna denne mest. Om man tänker sig att näringsidkarens mål med rådgivningen är att i slutändan få till stånd försäljning av en finansiell tjänst, skall denne trots detta avstå från att ge konsumenten en rekommendation som skulle innebära försäljning, om en sådan lösning inte framstår som fördelaktig för konsumenten. Rådgivaren skall enligt propositionen ställa all sin kunskap till konsumentens förfogande, och ej lämna några rekommendationer mot bättre vetande. Han skall även i övrigt uppträda aktivt lojalt gentemot konsumenten⁹⁰.

I kravet på att sätta konsumentens intressen främst, förefaller det enligt propositionen också ingå en skyldighet att på eget initiativ ge konsumenten all sådan information som är av vikt för att denne skall kunna bedöma den rådgivning som han tar del av, i förhållande till sitt eget intresse. Förutsättningarna för rådgivningen skall således klargöras. Om näringsidkaren endast kan rekommendera en viss del av de finansiella produkter som finns på marknaden,

⁸⁸ Swahn och Wendleby sid 62

⁸⁹ Prop 2002:03/133 sid 24 ff

⁹⁰ Prop 2002:03/133 sid 25

eller om rådgivningen begränsas till att avgöra om konsumenten har nytta av en viss produkt eller en viss typ av produkt, bör konsumenten informeras om detta. Konsumenten görs då uppmärksam på att den lämnade rekommendationen inte nödvändigtvis utgör den mest fördelaktiga lösningen för honom eller henne, sett till det totala utbudet av finansiella produkter. Enligt propositionen bör konsumenten informeras om rådgivarens kunskaps- och kompetensnivå, eftersom detta ger honom en möjlighet att ta ställning till frågan om han har bättre nytta av rådgivning som erbjuds på annat håll. I vissa situationer skall näringsidkaren till och med göra konsumenten uppmärksam på att han eller hon bör vända sig till en annan näringsidkare för att erhålla rådgivning, om det framkommer att det finns ett sådant behov⁹¹.

Näringsidkarens skyldighet att informera konsumenten regleras i allmänna råd från FI och KV, som på många punkter överensstämmer med regeringens uttalanden i propositionen på detta område. Konsumenten bör enligt myndigheterna informeras om sina viktigaste rättigheter enligt FRL, om vilka produkter och tjänster näringsidkaren tillhandahåller och som omfattas av rådgivningen, samt om andra omständigheter som har väsentlig betydelse för rådgivningen. Vidare bedömer myndigheterna att näringsidkaren bör upplysa konsumenten om den bedömer att han eller hon är i behov av ytterligare rådgivning eller information, eller om den som lämnar råd vill låta någon annan utföra den fortsatta rådgivningen. Konsumenten bör också göras uppmärksam på att ett eventuellt val att inte lämna fullständig information om sig själv kan påverka innehållet och omfattningen av den rådgivning som lämnas⁹².

Näringsidkaren bör vid kontakt med konsumenten på ett tydligt sätt skilja mellan, å ena sidan placeringsrådgivning, och å andra sidan marknadsföring och allmän information⁹³. Denna åtgärd skall sannolikt också ses som en del av omsorgsplikten, eftersom dess syfte är ta tillvara konsumentens intresse genom att presentera information på ett tydligt sätt. Det framgår inte av ordalydelsen i de allmänna råden om lämpligheten i att skilja de olika typerna av information åt bör anses gälla, oavsett om det är frågan om muntlig eller skriftlig kontakt med konsumenten. Swahn och Wendleby menar att det inte vore naturligt att näringsidkaren åläggs en skyldighet att vid ett personligt möte med konsumenten löpande behöva tydliggöra, vilken typ av information det rör sig om. Enligt denna syn skulle det väsentliga vara att konsumenten är tillräckligt medveten om i vilken egenskap den personal han får information av agerar, om vad syftet med mötet är, och om vad som är rimligt att han förväntar sig av detta⁹⁴. Som utvecklas längre fram i detta arbete finns det sannolikt anledning att vara kritisk till denna tolkning av skyldigheten.

⁹¹ Prop 2002:03/133 sid 25

⁹² KOVFS 2004:5 4 kap

⁹³ KOVFS 2004:5 4 kap

⁹⁴ Swahn och Wendleby sid 63-64

2.2.4.2 Rådgivningens anpassning till den enskilde konsumenten

Det finns bland privatpersoner betydande variationer vad gäller inkomstnivå, förmögenhet, och skuldsättning. Det finns också stora skillnader när det gäller kunskap om, och erfarenhet av, finansiella instrument. Olika personer har också olika livssituationer, olika familjeförhållanden, och olika försäkringsförhållanden. Vissa konsumenter är villiga att ta större risker än andra då de väljer vilka finansiella instrument de skall placera sina tillgångar i, vilket kan tänkas ha ett samband med de nämnda skillnaderna. Mot denna bakgrund är det tydligt att en rekommendation som kan anses väl överensstämmande med en viss konsumentens intresse, kan vara högst olämplig att lämna till en annan konsument. Vidare kan en och samma konsumentens situation, förutsättningar, behov eller önskemål förändras över tiden. En förutsättning för att konsumenter som tar del av finansiell rådgivning skall kunna garanteras ett acceptabelt skydd, är därför att det ställs ett krav på att näringsidkaren anpassar rådgivningen till den enskilde konsumenten. En sådan skyldighet är dessutom en naturlig följd av rådgivningens individuella karaktär. I 5 § första stycket FRL, stadgas också att rådgivningen skall anpassas efter "konsumentens önskemål och behov" och att näringsidkaren inte skall "rekommendera andra lösningar än sådana som kan anses lämpliga för konsumenten".

Den ovan citerade formuleringen i 5 § innebär inte endast ett krav på att den rekommendation som lämnas till den enskilde konsumenten skall vara lämplig och anpassad efter denne, utan även ett krav på att rådgivningen lämnas i en form som är lämplig med hänsyn till konsumentens kunskapsnivå. Konsumenten skall ges möjlighet att förstå informationen som han tar del av, och att kunna följa rådgivarens resonemang⁹⁵. För att näringsidkaren skall kunna uppfylla dessa förpliktelser förutsätts enligt förarbetena till FRL, att rådgivaren genomför en kartläggning av konsumenten, och informerar sig om sådana parametrar som kan vara av betydelse för att avgöra vilken rådgivning som skall lämnas till just denne, just vid tidpunkten för rådgivningen. Dessa parametrar kan enligt propositionen klassificeras under följande punkter: konsumentens förkunskaper, hans ekonomiska och andra förhållanden, hans önskemål och syfte med placeringen, samt hans riskbenägenhet⁹⁶. Det torde finnas en stark koppling mellan dessa olika punkter, men uppdelningen torde ändå tydliggöra vilken typ av omständigheter som bör beaktas vid kartläggningen. Att näringsidkaren dessutom har en skyldig att dokumentera information av den typ som kartläggningen skall omfatta, har redan berörts.

När det gäller den första punkten, skall rådgivaren genom olika frågor till konsumenten söka skapa sig en uppfattning om dennes kunskaper och erfarenhet när det gäller placeringar i finansiella instrument. Rådgivningen skall sedan anpassas därefter. Rådgivaren skall sedan försäkra sig om att konsumenten begriper de resonemang som ligger till grund för rådgivningen, och se till att eventuella missuppfattningar eller felaktiga föreställningar från

⁹⁵ Prop 2002:03/133 sid 26

⁹⁶ Prop 2002:03/133 sid 26

konsumentens sida rättas till. Ekonomiska och andra förhållanden inkluderar uppgifter rörande inkomst, förmögenhet, skulder, försäkringssituation, men också mer privata förhållanden som familjeförhållanden och anställningsform kan vara av intresse att kartlägga. Sådana förhållanden har stor betydelse för bedömningen av en rad frågor som hur länge det är lagom att binda sparandet, vilken risknivå som är lämplig, om placeringar som kan leda till förlust utöver det satsade beloppet är tänkbara att rekommendera...⁹⁷

Konsumentens syfte och önskemål med placeringen är också av stor vikt för rådgivarens bedömning av vilka placeringar som kan komma ifråga. Om en konsument önskar placera pengar på lång sikt, och inte tror att han kommer att behöva pengarna till någon särskild utgift under överskådlig tid, är situationen en annan än när konsumenten önskar en placering på kort sikt, och vet att han vid en viss tidpunkt kommer att behöva pengarna till ett visst ändamål. Placeringsalternativ som är tänkbara i det första fallet kan vara uteslutna i det andra. I den sistnämnda situationen kan konsumenten exempelvis inte binda sparandet alltför länge, och han har förmodligen en låg riskbenägenhet, om hon eller han har bestämt att pengarna i framtiden skall användas till en viss utgift. En annan konsument kan befinna sig i en helt annan situation, och därför kunna tänka sig att placera pengar i olika derivatinstrument, som innebär risk för förlust som överstiger den summa som investerats. Även om det ofta kan finnas ett starkt samband mellan konsumentens syfte med placeringen och hans vilja att ta risker, tas riskbenägenhet upp som en särskild punkt i propositionen till FRL. Olika typer av finansiella instrument är förenade med olika grad av risk, och därför skall rådgivaren undersöka hur stora risker konsumenten är beredd att ta. Mot bakgrund av dennes inställning till olika grader av risk, som torde vara en viktig parameter, skall sedan sådana placeringar som är förenade med en alltför hög risknivå sällas bort⁹⁸.

Det har redan anförts att om en konsument av någon anledning inte skulle vilja lämna viss information om sig själv, skall han göras uppmärksam på att detta riskerar att påverka kvaliteten på den rådgivning som lämnas. Om konsumenten trots detta väljer att inte lämna vissa uppgifter, skall rådgivaren dokumentera detta. Att konsumenten väljer att inte ange svar på alla efterfrågade uppgifter fritar naturligtvis inte näringsidkaren från att uppfylla sina skyldigheter enligt gällande rätt inom ramen för det underlag konsumenten faktiskt ger. Situationen är en annan om det bedöms att någon ny kartläggning inte är nödvändig, till exempel därför att en sådan redan har gjorts vid ett tidigare rådgivningstillfälle. I en sådan situation har näringsidkaren enligt förarbetena möjlighet att helt eller delvis underlåta att utföra kartläggning av konsumenten. Om en längre tid har passerat sedan den senaste kartläggningen utfördes, bör näringsidkaren dock kontrollera att inga förhållanden av betydelse har ändrats, innan ett beslut att avstå från kartläggning fattas. En underlåtelse att

⁹⁷ Prop 2002:03/133 sid 26

⁹⁸ Prop 2002:03/133 sid 26

kartlägga, och skälen därtill, skall emellertid dokumenteras noggrant, så att det i efterhand går att bedöma huruvida beslutet var befogat⁹⁹.

Den kartläggning som rådgivaren gör av konsumenten, skall sedan användas som grund för att göra en helhetsbedömning av vilken rekommendation konsumenten bör ges¹⁰⁰. I propositionen till FRL påpekas att en sådan bedömning alltid har en subjektiv karaktär. Detta är enligt propositionen ett argument för att, i enlighet med lagens ordalydelse, begränsa näringsidkarens skyldighet till att inte lämna andra rekommendationer än sådana som kan anses lämpliga. Något krav på att näringsidkaren till exempel skall lämna den rekommendation som är mest lämplig är alltså inte aktuellt att ställa enligt gällande rätt¹⁰¹. Bedömningen av den lämnade rekommendationens lämplighet görs vidare utifrån de förhållanden som rådde vid rådgivningstillfället. Att en rekommendation senare visar sig ha varit ett "dåligt råd" måste inte alls betyda att det var felaktigt att bedöma rådet som lämpligt då det gavs. Hur värdet på en finansiell placering kommer att utvecklas kan nämligen vara svårt att förutse, och denna utveckling kan bland annat påverkas av omständigheter som vid rådgivningstillfället vara mycket svåra eller rent av omöjliga att förutse. Kravet på att näringsidkaren vid en helhetsbedömning ej skall rekommendera andra lösningar än sådana som framstår som lämpliga, skall således inte tolkas som att konsumenten åtnjuter någon garanti mot förlust¹⁰².

2.2.4.3 Avrådningsplikten

Det är fullt tänkbart att en konsument, under utförandet av rådgivningsuppdraget, utan att avvakta rådgivarens rekommendation, eller med bortseende från rådgivarens rekommendation, självständigt uppger att hon eller han önskar genomföra en viss placering. Om den lösning konsumenten bestämmer sig för, eller är intresserad av, inte kan ses som lämplig mot bakgrund av den information som framkommit vid kartläggningen, har näringsidkaren en skyldighet att göra honom eller henne uppmärksam på detta, genom att avråda från att genomföra den tänkta placeringen. Denna skyldighet framgår av 5 § andra stycket FRL enligt vilken "näringsidkaren skall avråda konsumenten från att vidta åtgärder som inte kan anses lämpliga med hänsyn till konsumentens behov, ekonomiska förhållanden eller andra omständigheter". Näringsidkaren skall således även vid fullgörandet av avrådningsplikten, bedöma lösningens lämplighet i förhållande till just den enskilde konsumentens specifika situation¹⁰³.

En avrådningsplikt för näringsidkaren är inte en företelse som är unik för FRL. En sådan finns också enligt KtjL. Avrådningsplikten innebär inte att näringsidkaren har någon skyldighet att övertala konsumenten att inte genomföra den placering som bedöms

⁹⁹ Prop 2002:03/133 sid 27

¹⁰⁰ Prop 2002:03/133 sid 27

¹⁰¹ Prop 2002:03/133 sid 26

¹⁰² Prop 2002:03/133 sid 32

¹⁰³ Prop 2002:03/133 sid 37 ff

olämplig, och ännu mindre att försöka förhindra åtgärden. Konsumenten behåller givetvis sin rätt att själv välja vilka avtal han vill ingå, oavsett om ett rådgivningsuppdrag föreligger. Rådgivaren är inte heller förhindrad att tillmötesgå konsumentens önskemål, om denne insisterar på att genomföra transaktionen ifråga. Dock är det viktigt att rådgivaren dokumenterar att placeringen är konsumentens eget val, och att rådgivarens avrådan tydligt framgår av den upprättade dokumentation¹⁰⁴. En sådan dokumentation ligger i näringsidkarens eget intresse, eftersom den innebär en säkring av bevis för att rådgivaren har fullgjort sin avrådningsplikt, och inte själv har rekommenderat den placering som bedömts olämplig. Det kan tilläggas att avrådningsplikten naturligtvis förutsätter att ett rådgivningsuppdrag föreligger. I avsaknad av ett sådant är FRL inte tillämplig, vilket innebär att den i lagen stadgade skyldigheten inte heller äger tillämpning. Avrådningsplikt föreligger således inte om en konsument kontaktar näringsidkaren i syfte att få en viss transaktion genomförd, utan att någon rådgivning föregått beslutet.

2.2.5 Tillsyn

Frågan om tillsyn över de näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning utgör en viktig aspekt av det preventiva skydd som skall säkra kvaliteten på sådan rådgivning som lämnas till konsumenter. För att skyddet skall bli så pass effektivt som lagstiftaren avsett, måste naturligtvis de rättsliga normer som reglerar området implementeras ordentligt av företagen. För att säkerställa att rättsreglerna efterlevs, måste en utomstående aktör kunna granska näringsidkarnas rådgivningsverksamhet, detektera eventuella brister, och se till att korrigerande sker. Enligt 8 § första stycket FRL är huvudregeln att KV utövar tillsyn över att FRL, och föreskrifter som meddelats med stöd av lagen, följs. Det finns dock viktiga undantag från denna princip. Det första undantaget gäller de verksamheter som står under FI: s tillsyn. Det andra gäller advokater.

Tillsyn över de företag som redan står under FI: s tillsyn enligt annan lagstiftning, för kontroll av andra reglers efterlevnad, skall även när det gäller efterlevnaden av FRL och de föreskrifter som meddelats med stöd av lagen, stå under FI: s tillsyn och inte under KV:s. Dessa företag inkluderar exempelvis banker, värdepappersbolag, fondbolag, försäkringsbolag och försäkringsförmedlare¹⁰⁵. Den rådgivningsverksamhet som regleras i FRL bedrivs i stor utsträckning av sådana företag, det vill säga av näringsidkare som står under FI: s tillsyn. I praktiken torde det därför snarare vara regel än undantag att FI är tillsynsmyndighet. Det kan nämnas att de uppräknade typerna av näringsidkare som står under FI: s tillsyn, är tillståndspliktiga, och därför är registrerade hos FI. FRL är dock inte inriktad på något viss typ av företag, och det finns inget hinder för att andra typer av företag än de nämnda, som inte står under FI: s tillsyn, bedriver rådgivning av det slag som avses i lagen. Dessa företag står istället under KV:s tillsyn. Det kan i detta sammanhang påminnas om att fondbolag, försäkringsförmedlare och värdepappersinstitut inte är bundna av FRL i

¹⁰⁴ Swahn och Wendleby sid 66-67

¹⁰⁵ Prop 2002:03/133 sid 38-39

dess helhet. Enligt 3 a § skall 4 och 5 §§ inte gälla dessa typer av företag, som istället är bundna av bestämmelser med liknande innehåll som dessa paragrafer, enligt speciallagstiftning om respektive företags verksamhet.

När det gäller advokater står dessa redan under tillsyn av Sveriges advokatsamfund och Justitiekanslern. Denna särskilda tillsyn fungerar väl enligt propositionen till FRL, och det framhålls också att advokater vanligtvis endast i begränsad omfattning utför sådan finansiell rådgivning som avses i FRL. Det anförs vidare att när detta väl sker, torde denna rådgivning utgöra en underordnad del av ett rådgivningsuppdrag, som huvudsakligen är inriktat på juridik. Mot denna bakgrund är det enligt propositionen motiverat att låta advokater undantas från FI: s eller KV:s tillsyn, på samma sätt som de även i andra avseenden är undantagna från i lag särskilt reglerad tillsyn. Advokater är emellertid skyldiga att följa samtliga bestämmelser i FRL¹⁰⁶.

Att två olika myndigheter ansvarar för tillsynen innebär att dessa två myndigheter måste samarbeta med varandra, för att försöka förhindra att praxisen för tillsynen blir splittrad. En enhetlig praxis kräver att FI och KV samråder med varandra i tillsynsfrågor, vilket också påpekas i propositionen¹⁰⁷. Advokatsamfundet skall också samråda med KV. Att dela upp tillsynen över ett regelverks efterlevnad på detta sätt är inte unikt för FRL. En liknande uppdelning av tillsynsansvaret mellan FI och KV, som innebär att KV:s tillsyn omfattar de företag som inte redan står under FI: s tillsyn, görs i KkrL, och fanns redan i den tidigare konsumentkreditlagen som trädde ikraft 1993.

Av 8 § framgår vidare vilka befogenheter KV åtnjuter vid genomförandet av tillsynsverksamheten. Myndigheten kan göra inspektioner hos näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning, och den kan ta del av alla de handlingar som är nödvändiga för tillsynen. KV kan också begära av näringsidkaren att denne lämnar för tillsynen begärd information om sin verksamhet. En inspektion kan ge KV en bild av hur väl företaget ifråga verkar efterleva FRL och därpå grundade föreskrifter. Det anges i propositionen till FRL att myndigheten inte skulle vara skyldig att föränmäla inspektionerna. Huruvida denna ståndpunkt är rimlig borde dock kunna ifrågasättas enligt Swahn och Wendleby. En oanmäld inspektion är sannolikt att se som en betydligt mer ingripande åtgärd än en anmäld sådan, och det torde vara tveksamt om KV kan genomföra en sådan utan stöd i lag, endast på grund av ett uttalande i förarbetena till FRL. Det torde följa av grundläggande krav på rättssäkerhet, att det skall finnas ett tydligt lagstöd, för att oanmälda inspektioner skall kunna göras¹⁰⁸. När det gäller de handlingar som det kan vara intresse för KV att ta del av, kan det röra sig om exempelvis genomförd dokumentation av rådgivning, eller handlingar som styrker personalens kompetens.

¹⁰⁶ Prop 2002:03/133 sid 41

¹⁰⁷ Prop 2002:03/133 sid 40

¹⁰⁸ Swahn och Wendleby sid 96

I 8 § tredje stycket FRL stadgas att KV har möjlighet att förelägga en näringsidkare som vägrar samarbeta att vid vite fullgöra sina skyldigheter att lämna begärda handlingar eller upplysningar. Om en näringsidkare anser sig vara förhindrad att lämna ut en handling, exempelvis på grund av sekretess, bör näringsidkaren därför på ett tidigt stadium redogöra för sina grunder för att inte vilja tillmötesgå KV: s begäran. Enligt 9 § första stycket kan KV vidare vid vite förelägga en näringsidkare som vid sin rådgivningsverksamhet inte följer FRL och därpå grundade föreskrifter, att upphöra med rådgivningen. Enligt andra stycket kan dock KV nöja sig med att meddela en varning, om detta bedöms tillräckligt. Den rådgivning som avses i lagrummet är givetvis endast sådan som omfattas av FRL. Enligt förarbetena förutsätter ett förbudsbeslut att det framstår som uppenbart olämpligt¹⁰⁹ att näringsidkaren fortsätter med att bedriva rådgivningsverksamheten, vilket torde kräva att denne brutit mot gällande regelverk vid upprepade tillfällen, eller på ett allvarligt sätt¹¹⁰.

När det gäller frågan om vilka företag som omfattas av KV: s tillsyn, anges inga andra begränsningar i lagtexten än undantagen för företag som står under FI: s tillsyn, respektive advokater. Alla andra företag som bedriver finansiell rådgivning till konsumenter skall därför omfattas av KV: s tillsyn. En svårighet för KV är att hålla reda på vilka företag som ägnar sig åt sådan verksamhet. Eftersom finansiell rådgivning enligt FRL ej är tillståndspliktig, finns det inget system som säkerställer att alla de företag som ägnar sig åt sådan verksamhet är registrerade.

Problem kan uppstå om KV vill utöva tillsyn mot ett visst företag, men företaget hävdar att det inte ägnar sig åt sådan rådgivning som FRL reglerar. Det synes enligt Swahn och Wendleby följa av gällande rätt att KV i en sådan situation är förhindrad att använda sina ovan beskrivna befogenheter mot näringsidkaren, även om myndigheten har goda skäl för att anta att näringsidkaren i själva verket tillhandahåller finansiell rådgivning till konsumenter. KV ges inte någon befogenhet enligt FRL att förelägga en näringsidkare att lämna nödvändiga uppgifter för att avgöra huruvida FRL är tillämplig på dess verksamhet, och tillsyn således skall utövas. Det kan också påpekas att det förefaller svårt för KV att tvinga fram en platsundersökning mot ett företag som vägrar gå med på en sådan. Någon möjlighet till handräckning från Kronofogdemyndigheten finns inte. Vidare torde det inte heller gå att i en sådan situation tillämpa 9 § rådgivningslagen för att förelägga företaget att vid vite upphöra med rådgivningen. Ett sådant föreläggande kan enligt lagtextens ordalydelse endast bli aktuellt om företaget utför finansiell rådgivning i strid med gällande regelverk. Denna analys görs av Swahn och Wendleby¹¹¹.

FI: s befogenheter framgår av den så kallade rörelselagstiftningen som gäller för de olika typer av näringsidkare som står under tillsyn av FI. De verktyg som enligt denna lagstiftning står till FI: s förfogande för fullgörandet av tillsynen inbegriper bland annat möjlighet att vid

¹⁰⁹ Prop 2002:03/133 sid 43

¹¹⁰ Swahn och Wendleby sid 98

¹¹¹ Swahn och Wendleby sid 96-97

vite förelägga näringsidkare att lämna upplysningar, meddela varningar eller anmärkningar vilka kan kombineras med straffavgift, besluta om att återkalla tillstånd att utöva verksamhet, samt vid vite förbjuda att verksamhet fortsätter att bedrivas. Enligt till exempel lagen (2004:297) om bank och finansieringsrörelse (LBF) och LVM kan FI också förordna att en eller flera revisorer tillsammans med övriga revisorer deltar i revisionen av ett kreditinstitut respektive värdepappersinstitut. FI kan också sammankalla styrelsen i ett kreditinstitut, eller värdepappersinstitut. Om ett kreditinstitut eller värdepappersinstitut har brutit mot lagen eller någon annan norm som reglerar dess verksamhet, kan FI ingripa med ett föreläggande om att vidta en viss åtgärd för att komma till rätta med situationen, eller förbud mot att verkställa beslut¹¹².

Slutligen bör 10 § i FRL uppmärksammas. Enligt detta lagrum har en näringsidkare, mot vilken KV har fattat ett beslut om vitesföreläggande enligt 8 § tredje stycket, respektive ett beslut om förbud vid vite eller varning enligt 9 §, möjlighet att överklaga beslutet hos allmän förvaltningsdomstol. I paragrafens andra stycke poängteras dock att prövningstillstånd är nödvändigt för överklagan till kammarrätt. Om KV:s beslut vinner laga kraft på grund av att fristen för att överklaga har hunnit gå ut, eller genom domstolsbeslut, kan myndigheten ansöka hos länsrätten om att vitet blir utdömt.

2.3 Det reparativa skyddet

Det ovan redovisade preventiva skydd som minimerar risken för att konsumenter tar del av undermålig finansiell rådgivning enligt FRL, är naturligtvis en mycket viktig del av konsumentskyddet vid finansiell rådgivning. Näringsrättsliga regler som syftar till att garantera att rådgivningen håller en viss kvalitetsnivå, är dock inte tillräckliga för att skapa ett tillfredsställande skydd. Om i ett enskilt fall en näringsidkare förfarit vårdslöst vid tillhandahållandet av rådgivning, och därigenom orsakat en konsument ekonomisk skada, måste denne ha möjlighet att erhålla kompensation för skadan. Annars vore skyddet bristfälligt ur den enskilde konsumentens synvinkel. Man måste dock inte nödvändigtvis se en skyldighet för näringsidkaren att ersätta skada som genom vårdslös rådgivning orsakats en konsument, enbart som ett sätt att hålla den enskilde konsumenten skadelös. Skadeståndsansvaret kan också ses som ett incitament för näringsidkare att vid tillhandahållandet av rådgivningen förfara aktsamt, och försäkra sig om att några brister i rutinerna som kan tänkas stå i strid med de näringsrättsliga bestämmelserna som reglerar verksamheten inte förekommer.

Skadeståndets funktion av incitament framhålls i propositionen till FRL¹¹³. Skadestånd i allmänhet anses ofta, bortsett från sin reparativa funktion, ha en preventiv funktion genom att skadeståndsansvaret påverkar olika aktörers beteende och ökar deras aktsamhetsgrad,

¹¹² För en närmare beskrivning hänvisas till de nämnda lagarna.

¹¹³ Prop 2002:03/133 sid 30

eftersom dessa vill undgå skadeståndsskyldighet¹¹⁴. Mot denna bakgrund torde det reparativa skyddet i form av skadeståndsansvar samtidigt kunna sägas utgöra en del av det preventiva skyddet. Det kan redan här påpekas att det i enlighet med principen om så kallat principalansvar som huvudregel är uteslutet att den anställde rådgivaren får bära skadeståndansvaret på grund av oaktsam rådgivning. Denna princip fastslås i 4 kap 1 § i skadeståndslagen (SkL). Principen innebär kortfattat att en arbetstagare är skadeståndsskyldig för skador som han eller hon vållar i tjänsten endast om synnerliga skäl anses föreligga. Huvudregeln är således att näringsidkaren i egenskap av arbetsgivare ansvarar för den skada som en rådgivare har vållat i tjänsten.

En undersökning av näringsidkarens skadeståndsansvar vid finansiell rådgivning förutsätter att följande frågor besvaras: på vilka rättsliga grunder kan konsumenten stödja en skadeståndstalan mot näringsidkaren, vilka förutsättningar måste vara uppfyllda för att skadeståndsskyldighet skall föreligga, samt vad omfattar rätten till skadestånd? Andra praktiskt viktiga frågor är hur bevisbördan fördelas mellan parterna, samt hur lång tid en konsument har på sig att agera om hon eller han anser sig vara berättigad till skadestånd. I detta avsnitt görs en ansats att besvara dessa frågeställningar. I enlighet med den avgränsning som har gjorts av föremålet för detta arbete, behandlar denna framställning enbart skadeståndsansvaret vid sådan finansiell rådgivning som omfattas av FRL.

2.3.1 Grund för skadeståndstalan

Skadestånd definieras ofta som en ersättning som skall lämnas till en skadelidande, i syfte att denne skall försättas i samma ekonomiska situation som om någon skada aldrig inträffat¹¹⁵. Detta är dock en mycket allmän definition av skadestånd. Definitionen tydliggör inte heller att utebliven vinst i vissa situationer skall ersättas genom skadestånd. Denna fråga om skadeståndets omfattning återkommer vi dock till längre fram i framställningen. Inom skadeståndsrätten gör man en grundläggande distinktion mellan två olika typer av skadestånd: utomobligatoriskt och inomobligatoriskt skadestånd. Vid inomobligatorisk skadeståndsskyldighet finns det ett avtalsförhållande mellan den skadelidande och den ersättningskyldige, och skadeståndsskyldigheten mellan parterna bestäms av avtalets innehåll eller av rättsliga normer som reglerar avtalet. När det inte finns något avtalsförhållande som inverkar på skadeståndsskyldigheten är det frågan om utomobligatorisk skadeståndsskyldighet. Den principiella skillnaden mellan de båda typerna av skadestånd är tydlig. I många fall kan det dock enligt Jan Hellner och Marcus Radetzki vara svårt att med säkerhet avgöra huruvida en inträffad skada skall anses ge upphov till utomobligatorisk, eller inomobligatorisk skadeståndsskyldighet¹¹⁶. Det finns med andra ord en betydande gråzon mellan de båda skadeståndstyperna. Ett avtalsförhållande, eller

¹¹⁴ Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, åttonde upplagan, Norstedts juridik AB, Visby 2010 sid 42 ff

¹¹⁵ Hellner och Radetzki sid 25

¹¹⁶ Hellner och Radetzki sid 25

avtalsliknande förhållande, kan dock ofta vara anledningen till att två parter kommer i sådan kontakt som medför en risk finns för att den ena skadar den andra¹¹⁷.

Det ovan anförda leder till frågan om vilken typ av skadestånd det är frågan om ifall en näringsidkare anses skyldig att ersätta en konsument, för skada som orsakats denne genom vårdslös finansiell rådgivning. Är detta rådgivaransvar av obligatorisk eller utomobligatorisk karaktär? I vissa situationer kan den rådgivning som näringsidkaren lämnar grunda sig på ett formellt avtal med konsumenten. I andra situationer existerar inte något formellt avtal, men det kan finnas ett avtalsliknande förhållande mellan näringsidkare och konsument, vilket kan motivera en analogisk tillämpning av de rättsregler som gäller vid ett formellt avtal. Det kan dock framstå som oklart på vilken grund rådgivaransvaret vilar. Som tidigare har anförts i detta arbete förutsätter FRL: s tillämplighet att det finns åtminstone ett uppdragsliknande förhållande mellan konsument och näringsidkare. Man skulle därför kunna argumentera för att just sådan rådgivning som omfattas av FRL bygger på ett avtal eller avtalsliknande förhållande, varför rådgivarens skadeståndsansvar är av inomobligatorisk natur. Dock har FRL redan från och med sitt ikraftträdande innehållit en särskild regel om skadestånd, och skadestånd kan utgå med stöd av denna lagregel.

När det gäller rådgivning som omfattas av FRL, är det därför inte oklart vilken grund rådgivarens skadeståndsansvar bygger på, denna bygger på lag¹¹⁸. Stadgandet om skadeståndsansvaret i 6 § FRL har således inneburit att frågan om grunden för skadeståndet, som tidigare framstod som oklar, har blivit klagjord när det gäller sådan rådgivning som omfattas av lagen. I 6 § FRL stadgas att "näringsidkare som genom finansiell rådgivning uppsåtligen eller av oaktsamhet orsakar konsumenten ren förmögenhetsskada skall ersätta skadan". Stadgandet är en sådan särskild föreskrift som hänvisas till i 1 kap 1 § SkL. Det framgår av det nämnda lagrummet att sådan speciallagstiftning om skadestånd som 6 § FRL utgör, har företräde framför SkL. SkL är en allmän, dispositiv skadeståndslag, och såväl dispositiva som tvingande kontraktsrättsliga regler har företräde framför lagen¹¹⁹.

Även om 6 § skadeståndslagen har inneburit en nyhet så tillvida att grunden för rådgivarens skadeståndsansvar vid rådgivning enligt FRL har klagjorts, bör följande påpekas. Redan innan FRL: s, och således paragrafens, ikraftträdande fanns möjlighet för konsumenten att erhålla skadestånd om hon eller han drabbades av en skada till följd av vårdslös rådgivning. Stadgandet i 6 § FRL kan sägas utgöra en kodifiering av tidigare rättspraxis. Även innan speciallagstiftning om placeringsrådgivning fanns, existerade det en praxis som i vissa situationer gav konsumenten rätt till skadestånd. Avsikten med 6 § FRL har inte varit att utvidga konsumentens rätt till skadestånd enligt denna tidigare praxis, utan att tydliggöra denna rätt och ge den en grund i lag¹²⁰. Vidare blir konsumentens rätt till skadestånd tvingande genom att denna fastslås i lagen. Detta innebär att reglerna om näringsidkarens

¹¹⁷ Hellner och Radetzki sid 91 ff

¹¹⁸ Swahn och Wendleby sid 69

¹¹⁹ Hellner och Radetzki sid 93

¹²⁰ Prop 2002:03/133 sid 11-12

skadeståndsskyldighet i FRL inte går att avtala bort till konsumentens nackdel. Innan FRL: s ikraftträdande kunde konsumenten åberopa den allmänna rättsprincipen om att en uppdragstagare skall visa omsorg vid utförande av sitt uppdrag, med risk för att annars bli ersättningskyldig för den skada som konsumenten orsakas. Det finns fleras lagstadganden som kan anses ge uttryck för denna princip. Något stöd i lag är inte nödvändigt för att kunna kräva skadestånd av en professionell uppdragstagare¹²¹. Eftersom avsikten med stadgandet i 6 § endast har varit att genomföra en kodifiering av tidigare praxis, är denna fortfarande av intresse¹²². Även sådan praxis som inte berör placeringsrådgivning, utan annan typ av rådgivning, som sådan som lämnas av exempelvis revisorer, torde också kunna vara av intresse för rätten till skadestånd enligt FRL¹²³.

Det måste vidare påpekas att 6 § inte är den enda grund som en konsument kan stödja sitt skadeståndsanspråk på, om hon eller han anser sig ha lidit skada på grund av finansiell rådgivning. Skadestånd kan också erhållas på annan grund än reglerna i FRL¹²⁴. Man kan till exempel tänka sig en situation då det föreligger ett avtalsförhållande mellan konsumenten och näringsidkaren, och näringsidkaren inom ramen för detta avtal tagit på sig ett skadeståndsansvar som är mer långtgående än vad som följer av FRL. Konsumenten kan då stödja sin skadeståndstalan på avtalet och dess innehåll. Ett exempel som tas upp i propositionen till FRL är att näringsidkaren har åtagit sig en viss garanti, vilket innebär strikt ansvar för näringsidkaren¹²⁵. I en sådan situation gäller det avtalade villkoret om garanti, eftersom avvikelser från skadeståndsregeln i FRL gynnar konsumenten. Det är också tänkbart att en konsument kan åberopa skadeståndslagen för att få ersättning. Den typ av skada som kan uppstå genom vårdslös finansiell rådgivning är så kallad ren förmögenhetsskada som avses i 1 kap 2 § SkL, det vill säga "sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada". Om en rådgivare orsakar konsumenten skadan genom brott, kan denne åberopa 2 kap 2 § SkL, enligt vilken ren förmögenhetsskada som vållats genom brott skall ersättas av skadevållaren. Det kan dock observeras att ersättning för ren förmögenhetsskada inte kräver något brott då det föreligger ett kontraktsförhållande, och även när det ej föreligger ett sådant förhållande har huvudregeln om krav på brottslig handling mjukats upp något genom lagstiftning och praxis under senare år¹²⁶.

2.3.2 Förutsättningar för rätt till skadestånd

I detta avsnitt utreds vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda för att en konsument, som tagit del av finansiell rådgivning som faller under FRL: s tillämpningsområde, skall vara

¹²¹ Swahn och Wendleby sid 68

¹²² Prop 2002:03/103 sid 11

¹²³ Swahn och Wendleby sid 70

¹²⁴ Prop 2002:03/103 sid 32

¹²⁵ Prop 2002:03/103 sid 32

¹²⁶ Hellner och Radetzki sid 94

berättigad till skadestånd på grund av rådgivningen. Framställningen begränsar sig emellertid till förutsättningarna för att erhålla skadestånd med stöd av 6 § FRL. Det torde nämligen vara vanligast, och ligga närmast till hands, att en konsument stödjer sin skadeståndstalan på detta stadgande. Situationen att en konsument vållats skada genom brott från rådgivarens sida, och därför stödjer sitt skadeståndsanspråk på SkL, torde vara relativt ovanlig, och därför av begränsat intresse. I det följande bortses också från den situationen att en skadeståndstalan bör grundas på uppdragsavtalet med näringsidkaren, på grund av att detta på något sätt skärper dennes skadeståndsskyldighet i förhållande till vad som gäller enligt FRL. Det som främst är av intresse i detta sammanhang är nämligen det minimiskydd som konsumenten garanteras när det gäller rätt till skadestånd.

2.3.2.1 Metodansvaret enligt 6 §

Innan en beskrivning görs av de rekvisit som måste vara uppfyllda för att skadeståndsskyldighet skall föreligga enligt FRL, kan följande erinran göras. FRL syftar inte till att ge konsumenten någon garanti mot ekonomisk förlust. Alla placeringar i finansiella instrument är förenade med ekonomisk risk, och en rådgivare kan inte med säkerhet förutse en placerings värdeutveckling, oavsett hur aktsamt rådgivningen utförs. Syftet med stadgandet i 6 § är således inte att lämna en kompensation till alla de konsumenter som fått råd som i efterhand visat sig vara "dåliga." Detta framgår av propositionen till FRL¹²⁷. Den näringsidkare som lämnar finansiell rådgivning enligt rådgivningslagen har således ett så kallat metodansvar. Metodansvaret innebär att näringsidkaren har ett skadeståndsansvar avseende den metod som används vid utförandet av rådgivningsuppdraget, men däremot inte avseende resultatet. Med andra ord kan näringsidkaren bli skadeståndsskyldig på grund av att rådgivaren inte använt sig av en godtagbar metod vid rådgivningen, men inte på grund av att rådgivningen lett till ett visst resultat för konsumenten. Detta under förutsättning att något annat inte uttryckligen avtalats mellan konsumenten och näringsidkaren, och näringsidkaren således åtagit sig en garanti som innebär ett ansvar för resultatet av rådgivningen.¹²⁸

2.3.2.2 Kravet på oaktsamhet

Det skadeståndsansvar som näringsidkaren åläggs i 6 § FRL är ett culpaansvar. Detta innebär, kortfattat uttryckt, att näringsidkaren ansvarar för sådana skador som denne orsakat genom vårdslöshet. Även skador som orsakats uppsåtligen omfattas av culpaansvaret. En förutsättning för att näringsidkaren skall kunna bli skadeståndsskyldig gentemot konsumenten är följaktligen att näringsidkaren vid rådgivningens utförande på något sätt avvikit från vad som hade varit ett aktsamt, normalt beteende. Bedömningen görs utifrån de förhållanden som rådde vid rådgivningstillfället, och den information som då var tillgänglig

¹²⁷ Prop 2002:03/103 sid 32

¹²⁸ Ramberg, Christina, *Kontraktstyper*, upplaga 1:1, Norstedts juridik AB, Solna 2005 sid 126 ff

för rådgivaren. Att en rådgivare har förutspått en viss händelseutveckling, som sedan inte visat sig stämma, innebär därför inte nödvändigtvis att någon vårdslöshet föreligger i utförandet av rådgivningen. Detta framgår av rättspraxis¹²⁹.

Frågan är hur man bedömer huruvida så är fallet, det vill säga mot vilken bakgrund culpabedömningen skall göras. Bedömningen kan göras genom en jämförelse mellan å ena sidan näringsidkarens agerande i det enskilda fallet, och å andra sidan det agerande som hade varit påbjudet av olika normer som framgår av exempelvis författningar eller sedvana¹³⁰. Enligt propositionen ger reglerna om god rådgivningssed, det vill säga de skyldigheter för näringsidkaren gentemot den enskilde konsumenten som stadgas i 5 §, en grund för bedömningen. Dessa regler kan enligt propositionen användas som en utgångspunkt vid culpabedömningen, och det anförs också att det torde råda en presumtion för att den näringsidkare som brutit mot reglerna om god rådgivningssed agerat vårdslöst, då dessa regler "rör grundläggande hänsynstagande till konsumenter". Det understryks dock i propositionen att culpabedömningen alltid är en helhetsbedömning, i vilken man tar hänsyn till samtliga omständigheter i det enskilda fallet¹³¹. Vilken aktsamhetsnorm som skall anses gälla på ett visst område kan avgöras med hänsyn till ett stort antal källor, som lag, praxis, och sedvana. Även allmänna råd från myndigheter bör kunna beaktas¹³². Det finns ett flertal rättsfall i vilka näringsidkaren som lämnat finansiell rådgivning till konsument anses ha avvikit från gällande aktsamhetsnorm, genom att ha brutit mot de skyldigheter som stadgas i 5 § (även om rådgivningen kan ha lämnats innan tidpunkten för FRL: s ikraftträdande). I hovrättsavgörandet HovrT 1216-06 som bland annat behandlade en konsuments skadeståndskrav på grund av påstått vårdslös finansiell rådgivning, ansågs exempelvis näringsidkaren ha varit vårdslös genom att underlåta att lämna tillräcklig information om den risk som den rekommenderade placeringen var förenad med till konsumenten. Bristande information förefaller i den rättspraxis som finns angående rådgivaransvaret i allmänhet, således inte endast enligt FRL, vara en omständighet som ofta åberopas av den part som anser sig ha lidit skada på grund av oaktsam rådgivning.

Gällande oaktsamhetsrekvisitet bör understrykas att det ej är möjligt eller önskvärt, att en gång för alla i detalj fastslå vad som utgör vårdslöst beteende¹³³. God rådgivningssed är, som tidigare anförts, en viktig grund för culpabedömningen, eller annorlunda uttryckt, en viktig del av metodansvarets innehåll. Eftersom god rådgivningssed är ett dynamiskt begrepp vars innebörd är föränderlig över tiden, är det naturligt och fullt konsekvent, att även bedömningen av vad som är aktsamhetsnormen i en viss situation också är föränderligt. Föränderligheten i metodansvarets innehåll hänger således delvis ihop med föränderligheten i den goda rådgivningssedens innehåll. Att lagstiftaren inte en gång för alla i detalj vill fastslå

¹²⁹ Se exempelvis HovRT 1357-08 och HovRT 1799-07, det som prövas är huruvida näringsidkaren agerat vårdslöst vid utförandet av rådgivning, oberoende av det resultat placeringen lett till.

¹³⁰ Hellner och Radetzki sid 128 ff

¹³¹ Prop 2002:03/103 sid 31

¹³² Hellner och Radetzki sid 129 ff

¹³³ Prop 2002:03/103 sid 24

innehållet i god redovisningssed och metodansvaret, torde bero på att man vill att detta innehåll skall kunna anpassas till olika förändringar i samhället, och inte gradvis bli obsolet¹³⁴.

2.3.2.3 Omständigheter som kan påverka culpabedömningen

En viktig fråga när det gäller culpabedömningen är vilka omständigheter som i det enskilda fallet kan påverka bedömningen av om oaktsamhet förelegat eller ej. Rättspraxis ger viss vägledning gällande denna fråga. En omständighet som enligt praxis verkar kunna ha viss betydelse vid culpabedömningen är huruvida det är konsumenten eller näringsidkaren som tagit initiativ till transaktionen. Således torde näringsidkarens aktsamhetskrav tendera att minska i de fall konsumenten på eget initiativ tagit kontakt med näringsidkaren med avsikt att få rådgivning kring genomförandet av en viss affär. Rådgivning måste givetvis ha förekommit för att något rådgivaransvar skall vara aktuellt. Omvänt torde kravet på att näringsidkaren skall förfara aktsamt skärpas något, när det är denne som tar initiativet till en viss transaktion. Eftersom denna ståndpunkt endast har framförts i avgöranden från underrätt, bör man dock förmodligen bemöta den med viss försiktighet¹³⁵.

Som tidigare har utvecklats i detta arbete har rådgivaren inte bara en skyldighet att lämna lämpliga rekommendationer till konsumenten, utan även en skyldighet att lämna denne komplett och tydlig information. Informationen skall lämnas på ett sätt som är anpassat efter vederbörandes förkunskaper och erfarenhet av placeringar i finansiella instrument, så att konsumenten har möjlighet att tillgodogöra sig denna. Rådgivaren skall också försäkra sig om att konsumenten har förstått den information som hon eller han tagit del av, och det resonemang som rådgivaren grundar sin rekommendation på. Eftersom denna plikt, som i juridisk doktrin ibland kallas "den pedagogiska plikten", innebär en anpassning efter den enskilde konsumentens kunskaps- och kompetensnivå, blir frågan vilka omständigheter som i det enskilda fallet skall anses ge rådgivaren fog för att konsumenten redan besitter tillräcklig kunskap på ett visst område.

Viss vägledning kan i denna fråga hämtas från ett rättsfall från HD, som dock inte avser en konsumenttvist, och som är från tiden före FRL: s ikraftträdande. Rättsfallet, NJA 1995 s 693 redogörs ingående av Swahn och Wendleby¹³⁶. Det rörde frågan om en fondkommissionär hade haft tillräcklig grund för sin uppfattning om att en kund var tillräckligt insatt i riskerna som handel med indexoptioner är förenade med. Fondkommissionären hade inte informerat om dessa risker, och den rättsliga fråga som prövades i målet var huruvida denna underlåtelse, med hänsyn till de omständigheter som förelåg i fallet, utgjorde en avvikelse från gällande aktsamhetsnorm. HD kom efter en helhetsbedömning fram till att så ej var fallet. De omständigheter som i fallet ansågs vara av betydelse för frågan var bland annat att kunden var egen företagare, att en så kallad "provruna" med handel av indexoptioner

¹³⁴ Prop 2002:03/103 sid 24

¹³⁵ Swahn och Wendleby sid 79 hänvisar till TR.s dom T 469-96

¹³⁶ Swahn och Wendleby sid 74 ff

genomförts, att kunden genom sitt sätt att uttrycka sig på framstod som kunnig och väl insatt i handel med indexoptioner, att rådgivningen avsåg betydande belopp, samt att han tagit del av redovisningshandlingar.

Sådana omständigheter, som tyder på att kunden redan har tillräcklig kunskap på ett visst område, torde således kunna inskränka rådgivarens informationskyldighet. Eftersom avgörandet inte rör ett konsumentförhållande, torde dock även här viss försiktighet vara påkallad, när man försöker applicera de resonemang som HD för i detta på rådgivning enligt FRL. Det kan också noteras att näringsidkaren då FRL är tillämplig, enligt allmänna råd bör dokumentera konsumentens riskbenägenhet och kunskap om de risker som en rekommenderad lösning är förenad med. Om detta görs på ett korrekt sätt, torde betydelsen av de omständigheter som kan ge rådgivaren en viss uppfattning om konsumentens kunskap, minska. Problemet är att missförstånd kan uppstå, och konsumenten kan uppge att han är insatt i risker som han egentligen inte förstår innebörden av.

En annan omständighet som kan tänkas påverka näringsidkarens informationskyldighet, är huruvida konsumenten får, eller förutsätts få, information från annat håll än rådgivaren. Det finns rättspraxis som tyder på att näringsidkarens informationskyldighet mildras, om konsumenten har tagit del av relevant information genom olika källor som internet eller specialiserade tidningar, eller genom att delta i kurser¹³⁷. Det torde vidare inte vara helt ovanligt att en konsument får hjälp av ett biträde, och att det finns anledning att anta att detta biträde lämnar relevant information till konsumenten. I ett sådant fall torde näringsidkarens informationskyldighet påverkas i viss mån, beroende bland annat på biträdets kompetensnivå, och de vid rådgivningen behandlade frågornas komplexitet¹³⁸. Om konsumenten har ett ombud är situationen en annan, eftersom det då existerar en fullmakt, vilken medför att ombudets kunskaper och kompetens tillräknas huvudmannen.

Även vilken typ av placering rådgivningen tar sikte på, torde påverka informationsplikten. Rådgivaren har enligt praxis en skyldighet att informera om risker som framstår som oväntade. Detta innebär att om en oerfaren konsument med låg kunskapsnivå får rådgivning om placeringar som är extra riskfyllda på grund av att de exempelvis kan resultera i förluster utöver det satsade beloppet, ökar sannolikt näringsidkarens skyldighet att noga informera om de risker som sådana placeringar är förknippad med¹³⁹. Om konsumenten däremot har mycket erfarenhet av riskfyllda placeringar, och har ägnat sig åt sådana under lång tid, anses det enligt gällande rätt tvärtom finnas fog för att förutsätta att han eller hon är fullt medveten om riskerna, och helt enkelt har en hög riskbenägenhet. Plikten att informera om riskerna torde då inskränkas¹⁴⁰.

¹³⁷ Swahn och Wendleby sid 76-77 och HovrT 1216-06

¹³⁸ Swahn och Wendleby sid 77

¹³⁹ Swahn och Wendleby sid 78

¹⁴⁰ Swahn och Wendleby sid 78

2.3.2.4 Kravet på skada och adekvat kausalitet

Det räcker naturligtvis inte att konstatera att en näringsidkare i något avseende brutit mot en aktsamhetsnorm vid rådgivningens genomförande, för att konsumenten skall ha rätt att erhålla skadestånd. Näringsidkarens vårdslösa agerande måste ha orsakat konsumenten en ren förmögenhetsskada. Enligt propositionen kan denna skada uppstå på olika sätt, genom en minskning av konsumentens tillgångar, genom en ökning av hans eller hennes skulder, eller genom förlorad inkomst. Skadan måste dock vara realiserad, det vill säga att den måste vara förverkligad. Detta framgår av ARN:s praxis¹⁴¹. Om det endast finns anledning att anta att en skada kommer att uppkomma i framtiden, föreligger således ingen realiserad skada.

En viktig fråga är om kravet på att skadan skall vara realiserad, utesluter att ett skadeståndskrav kan framföras då konsumenten fortfarande innehar sin placering i det instrument som näringsidkaren rekommenderat. Swahn och Wendleby anser att ett pågående innehav i det finansiella instrument, som konsumenten gör gällande utgjorde en olämplig placeringslösning, inte alltid torde utesluta att det föreligger en ersättningsbar skada. Således skulle redan en minskning av placeringens värde i vissa fall kunna utgöra en skada. Någon motivering som tydliggör resonemanget bakom denna ståndpunkt har vid författandet av detta arbete inte kunnat hittas i den juridiska doktrinen. Swahn och Wendleby uttalar dock att bedömningen av om en värdeminskning kan utgöra en skada skall göras med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet¹⁴². Det skulle enligt min mening exempelvis inte te sig helt orimligt att anse att en skada anses vara för handen i exempelvis följande situation. En konsument, som har klargjort för rådgivaren att han vid en bestämd tidpunkt kommer att behöva använda de placerade pengarna till ett bestämt ändamål, har följt en rekommendation om en olämplig placeringslösning. När den bestämda tidpunkten är inne, är placeringens värde så lågt att det klart understiger det belopp som hade varit nödvändigt för det planerade ändamålet.

Det måste också finnas ett orsakssamband mellan näringsidkarens oaktsamma agerande och konsumentens skada. Detta orsakssamband måste vidare ha en viss styrka för att skadeståndsskyldighet skall anses uppkomma. Inom juridisk doktrin talar man om "adekvat kausalitet"¹⁴³. Någon ingående beskrivning av hur denna adekvansbedömning bör göras enligt doktrinen, görs inte i detta sammanhang. Det kan emellertid anföras, att den ekonomiska skada som konsumenten lider i varje fall inte får vara en slumpmässig följd av rådgivarens oaktsamma agerande. Enligt rättsfallen NJA 1993 s 41 I och II innebär kravet på adekvat kausalitet att man utesluter att "alltför oväntade och avlägsna skadeverkningar ersätts"¹⁴⁴. I hovrättsavgörandet HovrT 1216-06, vilket som nämnt bland annat tar sikte på en konsumentens skadeståndstalan på grund av finansiell rådgivning, uttalar kravet på adekvat kausalitet för att skadeståndsskyldighet skall anses föreligga uttryckligen i domskälen.

¹⁴¹ Swahn och Wendleby hänvisar sid 82 till ARN:s beslut 2002-01-09, änr 2001-2474

¹⁴² Swahn och Wendleby sid 82

¹⁴³ Se till exempel Hellner och Radetzki sid 195 ff

¹⁴⁴ Hellner och Radetzki sid 203

2.3.3 Skadeståndets omfattning

Man skiljer inom skadeståndsrätten mellan skadestånd enligt det negativa kontraktsintresset, och skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset. Skadestånd enligt det negativa kontraktsintresset innebär att ersättningen begränsar sig till att täcka värdet av den direkta ekonomiska skada, som orsakats den skadelidande. I propositionen till FRL uttrycks det, med en hänvisning till ett uttalande i skadeståndsrättslig doktrin, som att man försätter den skadelidande ”i samma förmögenhetssituation som han eller hon befann sig i omedelbart före skadefallet och som han eller hon därefter skulle ha befunnit sig i om skadefallet inte hade inträffat”¹⁴⁵. Detta innebär att utebliven vinst inte ersätts, till skillnad från vad som gäller vid ersättning enligt det positiva kontraktsintresset. Frågan blir om skadestånd enligt 6 § FRL skall lämnas enligt det positiva eller negativa kontraktsintresset.

Propositionen ger ett klart och tydlig besked i denna fråga: ersättningen enligt 6 § lämnas enligt det negativa kontraktsintresset¹⁴⁶. Detta innebär att den konsument som lidit en ersättningsbar skada genom finansiell rådgivning, endast har rätt att försättas i samma ekonomiska situation, som om han aldrig genomfört någon transaktion alls på grund av rådgivningen. Han kan alltså ersättas för ett belopp som han förlorat på grund av en placering han gjort efter att ha följt en olämplig rekommendation. Han kan också ersättas för den eventuella skuld han drabbats av på grund av att den olämpliga placeringen, om denna lett till att han förlorat pengar utöver det placerade beloppet, som fallet kan vara vid placering i derivatinstrument. Vidare kan han eller hon få ersättning för kostnader som han drabbats av¹⁴⁷. Någon ersättning för den uteblivna vinst som konsumenten skulle ha gjort, om han istället hade gjort en annan placering än den rekommenderade, är således inte aktuell enligt förarbetena. Gällande inomobligatorisk skadeståndsrätt, anser man inom den juridiska doktrinen att ett avtalsbrott som huvudregel innebär en skyldighet för den avtalsbrytande parten att ersätta den skadelidande motparten enligt det positiva kontraktsintresset. Skadeståndet vid avtalsbrott skall således normalt täcka den vinst som motparten skulle ha gjort, om den avtalsbrytande parten hade fullgjort sina förpliktelser enligt avtalet¹⁴⁸.

Som redan har anförts i detta arbete, är det en förutsättning för FRL: s tillämplighet att det mellan näringsidkaren och konsumenter existerar ett uppdragsavtal, eller i vart fall ett uppdragsliknande förhållande. Ett uppdragsliknande förhållande kan ofta vara så likt förhållandet vid ett formellt uppdragsavtal, att regler som gäller för det senare kan vara analogiskt tillämpliga vid det förra. Att konsumenten inte skulle ha möjlighet att med stöd av 6 § FRL kräva ersättning för utebliven vinst kan därför prima facie te sig märkligt. Om

¹⁴⁵ Prop 2002:03/133 sid 32

¹⁴⁶ Prop 2002:03/133 sid 32

¹⁴⁷ Prop 2002:03/133 sid 33

¹⁴⁸ Ramberg sid 36

förarbetsuttalandet är förenligt med lagrummets ordalydelse torde kunna diskuteras¹⁴⁹, och vilket svar rättspraxis i framtiden kan tänkas ge på denna fråga framstår som osäkert.

Om ett avtalsvillkor mellan näringsidkaren och konsumenten som reglerar näringsidkarens skadeståndsskyldighet ger konsumenten rätt till ersättning enligt det positiva kontraktsintresset, kan konsumenten naturligtvis stödja sitt anspråk på skadestånd på detta avtal. Det står då nämligen klart att hon eller han har rätt att få ersättning även för utebliven vinst, om skadeståndsskyldighet anses föreligga. Även om 6 § FRL inte skulle medge rätt till ersättning för utebliven vinst, är ett avtalsvillkor som ger konsumenten en sådan rätt fullt giltigt, eftersom det är frågan om ett villkor som ger konsumenten ett starkare skydd än det minimiskydd som gäller enligt FRL. Hur en sådan utebliven vinst skulle kunna beräknas är dock en komplicerad fråga, vilken åter kommer tas upp längre fram i arbetet (se avsnitt 3.2.1.1 och 4.2.2). Förmodligen skulle ett avtal som ger konsumenten rätt till ersättning för utebliven vinst vid vårdslös rådgivning behöva innehålla schablonmässiga regler för beräkningen av denna, då frågan om hur utebliven vinst skall beräknas framstår som särskilt komplicerad vid just placeringsrådgivning.

Ytterligare en fråga som har betydelse för skadeståndets omfattning är den om jämkning eller bortfall av skadeståndsskyldigheten¹⁵⁰. Den skadelidande konsumentens rätt till skadestånd kan nämligen reduceras. Detta kan enligt en allmän skadeståndsrättslig princip bli fallet, om hon eller han har medverkat till sin skada. Nedsättningens storlek av skadeståndet avgörs genom en skälighetsbedömning. Möjlighet till jämkning av skadestånd på grund av medvållande från den skadelidandes sida vid ren förmögenhetsskada stadgas i 6 kap 1 § andra stycket SkL. Reglerna för jämkning är inte särskilt reglerade med avseende på FRL. För frågor om jämkning av skadestånd enligt FRL tillämpas därför relevanta bestämmelser om jämkning i SkL, samt allmänna skadeståndsrättsliga principer. Jämknings kan i vissa fall även bli aktuellt enligt 6 kap 2 § SkL om skadeståndsskyldigheten är oskäligt betungande med hänsyn till den skadeståndsskyldiges ekonomiska förhållanden. Jämknings sker då enligt lagrummets ordalydelse enligt vad som är skäligt, och hänsyn tas till den skadelidandes behov av skadeståndet, samt andra omständigheter. I hovrättsavgörandet HovrT 1216-06 ansågs konsumenten ha varit medvållande till den ekonomiska skada som näringsidkarens vårdslösa finansiella rådgivning orsakat henne, genom att hon ansågs själv ha bort inse riskerna som den rekommenderade optionshandeln var förenad med. Hon hade bland annat skriftligen informerats om dessa risker. Detta ledda till att hennes rätt till skadestånd reducerades. I hovrättsavgörandet HovrT 1799-07 ansågs den rådgivande näringsidkaren ha varit oaktsam genom att inte lämna konsumenten tillräcklig information om riskerna med en rekommenderad placering i optioner. Konsumenten ansågs dock ha varit medvållande genom att inte reagera i tid efter att ha informerats om att den rekommenderade placeringen medfört stora förluster och rekommenderats att avsluta denna.

¹⁴⁹ Swahn och Wendleby sid 81

¹⁵⁰ Swahn och Wendleby sid 84 ff

Den skadelidande har en skyldighet att begränsa sin skada, med risk för att annars anses medvållande och själv tvingas bära den del av skadan hon eller han hade kunnat förhindra. Denna skyldighet torde enligt förarbetena till FRL vara av särskilt central betydelse vid den typ av ekonomiska skador som kan uppkomma vid oaktsam finansiell rådgivning¹⁵¹. Konsumenten skulle genom sitt agerande kunna påverka sin ekonomiska skadas storlek då han märker att en placerings värde utvecklas i starkt negativ riktning. Ett sätt att begränsa sin förlust skulle exempelvis vara att helt enkelt sälja ett instrument som lett till ständigt ökande förlust, för att hindra att denna förlust fortsätter att öka i omfattning. Skyldigheten för konsumenten att begränsa sin skada kommer till uttryck i praxis från ARN. I propositionen till FRL påpekas dock att konsumenten inte åläggs någon skyldighet att, i syfte att begränsa en redan uppkommen skada, vidta några åtgärder som riskerar att ytterligare förvärra skadan¹⁵².

2.3.4 Bevisbördan

Det följer av grundläggande skadeståndsrättsliga principer, att det är den part som påstår sig ha lidit en ersättningsbar skada som vållats honom eller henne genom ett oaktsamt agerande från en motpart som bär på ett culpaansvar, som har bevisbördan för att så är fallet¹⁵³. Vid finansiell rådgivning enligt FRL är det således den konsument som anser sig vara berättigad till skadestånd enligt stadgandet i 6 §, som måste visa att samtliga rekvisit för lagrummets tillämplighet är uppfyllda. Konsumenten skall bevisa att näringsidkaren vid utförandet av rådgivningen i något avseende har varit oaktsam genom att avvika från en aktsamhetsnorm, och att denna oaktsamhet orsakat honom en ren förmögenhetsskada. Hon eller han skall vidare bevisa att det föreligger en adekvat kausalitet mellan näringsidkarens oaktsamma agerande och den rena förmögenhetsskadan. Konsumenten skall också kunna visa att skadan är av den omfattning som hon eller han påstår¹⁵⁴.

Vid finansiell rådgivning enligt FRL torde emellertid konsumentens bevisbörda vad gäller näringsidkarens oaktsamhet underlättas genom bestämmelserna om dokumentation och utlämnande av dokumentation i 4 § första stycket 2 och 3 p FRL. Genom kravet på att uppgifter kring rådgivningen skall dokumenteras och lämnas ut till konsumenten, säkras dennes bevisning om viktig information som utbytt mellan honom och rådgivaren. Om en konsument i efterhand anser att den rekommendation han fått har varit olämplig på grund av att den inte varit anpassad efter honom, kan han utan svårighet visa vilken information han gett näringsidkaren angående sina önskemål, behov, riskbenägenhet... Av den utlämnade dokumentationen framgår också vilken placeringslösning rådgivaren rekommenderat, samt vanligtvis grunden för detta. Dokumentationsplikten och kravet på utlämnande av dokumenterade uppgifter till konsumenten, underlättar således avsevärt konsumentens möjligheter att bevisa de faktiska omständigheterna. Problem kan dock

¹⁵¹ Prop 2002:03/133 sid 55

¹⁵² Prop 2002:03/133 sid 55

¹⁵³ Prop 2002:03/133 sid 33

¹⁵⁴ Prop 2002:03/133 sid 33

uppstå om konsumenten inte har tagit del av dokumentationens innehåll med tillräcklig noggrannhet. Att det är näringsidkaren som ensidigt upprättar dokumentationen kan således i sådana fall vara problematiskt för konsumenten. Om näringsidkaren grundat på den dokumenterade informationen kan anses ha avvikit från en aktsamhetsnorm är dock en annan fråga.

Om näringsidkaren skulle ha åsidosatt sin skyldighet att dokumentera vad som förekommit vid rådgivningen, underlättas konsumentens bevisbörda ändå. Vid prövningen av dennes rätt till skadestånd utgår man då från att konsumentens påståenden om vad som förekommit vid rådgivningen är korrekta. Det blir då upp till näringsidkaren att på annat sätt än genom den försummade dokumentationen försöka bevisa att konsumentens påståenden inte stämmer¹⁵⁵. Konsumenten hamnar således i en bevismässigt mycket gynnsam situation i det fall näringsidkaren inte fullgjort sin dokumentationsplikt enligt 4 § första stycket 2 p FRL. Genom att ge konsumenten ett sådant bevismässigt övertag vid utebliven dokumentation, torde man samtidigt ge näringsidkaren ett starkt incitament att fullgöra sin dokumentationsplikt. Det kan dock tilläggas att konsumenten alltid har bevisbördan för att det mellan honom och näringsidkaren har existerat ett uppdragsförhållande avseende finansiell rådgivning. Däremot är det näringsidkaren som har bevisbördan för att skadeståndet skall jämkas, om denne anser att det föreligger tillräckligt starka skäl för detta¹⁵⁶.

2.3.5 Reklamation och preskription

2.3.5.1 Reklamation

Av 7 § första stycket FRL framgår att den konsument som anser sig vara berättigad till skadestånd enligt 6 § inte skall förhålla sig passiv. Konsumenten skall reklamera, genom att informera näringsidkaren om att han anser att denne orsakat honom en ren förmögenhetsskada genom vårdslös finansiell rådgivning. En neutral reklamation torde vara tillräckligt, det vill säga att det sannolikt inte finns någon skyldighet för konsumenten att redogöra för vilka eventuella påföljder han vill göra gällande med anledning av skadan¹⁵⁷. Neutral reklamation kräver emellertid att kunden förklarar i vilket avseende han menar att rådgivningen utförts vårdslöst¹⁵⁸. Enligt allmänna råd från FI bör kunden få information dels om hur näringsidkarens klagomålshantering fungerar, dels om den hjälp som finns att hämta från exempelvis Konsumenternas Bank- och försäkringsbyrå. En konsument vars reklamation inte godkänns bör vidare få information av näringsidkaren, och inte endast meddelas ett nekande som enda respons på den framförda reklamationen. Hon eller han bör få en motivering till beslutet att avvisa reklamationen, information om möjligheten att föra

¹⁵⁵ Swahn och Wendleby sid 83

¹⁵⁶ Prop 2002:03/133 sid 33

¹⁵⁷ Swahn och Wendleby sid 90

¹⁵⁸ Swahn och Wendleby sid 90

klagomålet vidare inom näringsidkarens organisation, samt upplysas om möjligheten att hänskjuta tvisten till ARN eller till allmän domstol¹⁵⁹.

Av central betydelse är frågan om när konsumenten skall framställa sin reklamation till näringsidkaren. Enligt lagtexten i 7 § första stycket skall reklamationen ske "inom skälig tid efter det att han eller hon märkt eller bort märka att skada uppkommit". Om konsumenten inte i tid fullgör sin reklamationsplikt, förlorar han eller hon sin rätt till skadestånd enligt 6 §¹⁶⁰. Konsumentens skyldighet att reklamera i tid, och inte förhålla sig passiv, kan förmodligen sägas hänga samman med konsumentens skyldighet att begränsa sin skada. Stadgandet i 7 § innebär för det första en skyldighet för konsumenten att agera inom skälig tid när han upptäcker en skada. Skyldigheten att agera inom skälig tid även efter det att konsumenten bort märka skadan, innebär för det andra att konsumenten förutsätts hålla sig uppdaterad angående hur värdet på den placering han eller hon har gjort med anledning av rådgivningen, utvecklas. Hur högt kravet på att följa placeringens resultatmässiga utveckling ställs varierar enligt propositionen till FRL bland annat beroende på vilken typ av placering det är frågan om, samt "konsumentens personliga förutsättningar att bedöma utfallet". När det är frågan om placeringar av komplicerad karaktär som är förenade med risk för snabba förluster, ställs kravet på att hålla sig regelbundet uppdaterad högre än vid placeringar där förändringar sker långsammare¹⁶¹.

Den skäliga tiden som konsumenten har på sig att framställa sin reklamation räknas, som framgår av lagtexten, från den tidpunkt då konsumenten märkt, eller bort märka skadan. Exakt hur lång denna tidsfrist är, går inte att ange med någon precision, eftersom längden varierar från fall till fall. Som det uttrycks i propositionen till FRL, måste frågan om vad som är skälig tid "avgöras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet". Tidsfristen bör enligt förarbetena åtminstone vara så pass lång att den ger konsumenten tid till eftertanke, och konsultation av juridisk expertis¹⁶². Det synes emellertid rimligt att bedömning av vad som utgör skälig tid för att reklamera blir allt mindre generös, ju större risken för snabba förluster är. Det kan tilläggas att vid bedömningen av vad som utgör skälig tid för att reklamera vid finansiell rådgivning, måste hänsyn tas till vissa speciella omständigheter. Värdet på olika placeringar kan snabbt förändras, och om en alltför lång reklamationsfrist medges, riskerar man att konsumenten tillåts spekulera på näringsidkarens bekostnad¹⁶³.

2.3.5.2 Preskription

Enligt 7 § andra stycket FRL gäller en preskriptionsfrist på tio år. Om konsumenten inte inom denna tidsperiod, räknat från rådgivningstillfället, har väckt talan, går hans eller hennes rätt

¹⁵⁹ FFFS 2002:23 bland annat 5 § och 12 §

¹⁶⁰ Prop 2002:03/133 sid 34

¹⁶¹ Prop 2002:03/133 sid 35

¹⁶² Prop 2002:03/133 sid 34-35

¹⁶³ Swahn och Wendleby sid 87 ff

till skadestånd förlorad. Att lagstiftaren ansett det lämpligt att låta preskriptionsfristen börja löpa från och med rådgivningstillfället och inte från och med skadans uppkomst, beror på att man inte ansett det önskvärt att näringsidkaren skall kunna drabbas av ett skadeståndsansvar alltför lång tid efter ett rådgivningstillfälle. Näringsidkaren måste enligt vad som framhålls i propositionen kunna veta när dess ansvar upphör, och kunna göra sig en ungefärlig bild av hur många skadeståndskrav som kan tänkas komma att riktas mot denne. Det är därför lämpligt med en preskriptionstid som börjar löpa vid en bestämd tidpunkt¹⁶⁴.

Preskriptionsfristen på tio år motsvarar den allmänna preskriptionstiden enligt preskriptionslagen (1981:130). Anledningen till att man i FRL inte velat föreskriva en kortare preskriptionstid, som fallet är i viss annan konsumenträttslig lagstiftning, är att placeringar i finansiella instrument ofta görs på lång sikt, och det kan ta flera år innan den skada som orsakats av oaktsam rådgivning visar sig¹⁶⁵.

3. Brister i konsumentskyddet de lege lata

I den första delen av detta arbete har en redogörelse gjorts för det regelverk som gäller vid sådan finansiell rådgivning till konsumenter som avses i FRL. Detta regelverk kan vid en första anblick förefalla ge konsumenter ett heltäckande skydd. Dels syftar det till att förebygga förekomsten av undermålig rådgivning genom att ställa krav på hur näringsidkare skall sköta rådgivningsverksamheten, dels ger det konsumenter rätt till skadestånd i de fall de lider en ekonomisk skada genom oaktsam finansiell rådgivning. Emellertid kan ur ett konsumentperspektiv ett antal brister i detta regelverk noteras. Detta gäller såväl regelverkets preventiva som reparativa skydd. Det finns dessutom skäl att misstänka att vissa bestämmelser i regelverket inte får fullt genomslag i praktiken. I denna del av arbetet kartläggs bristerna i det nuvarande systemet för konsumentskydd vid rådgivning enligt FRL. Först analyseras tillkortakommandena i det preventiva skyddet, och sedan svagheter i det reparativa skyddet. Därefter formuleras, mot bakgrund av de olika bristerna, ett allmänt omdöme om dagens konsumentskydd. Frågan är om detta skydd, trots sin ofullständighet, är tillräckligt starkt och effektivt för att i stort kunna karaktäriseras som acceptabelt.

3.1 Brister i det preventiva skyddet

Det preventiva skydd som den positiva rätten tillhandahåller i syfte att förebygga att konsumenter som tar del av finansiell rådgivning drabbas av ekonomisk skada, kan anses behäftat med ett flertal brister. Dessa brister, som är av varierad natur och berör olika delar av skyddet, tas upp i detta avsnitt. Först undersöks bristerna i regelverket, och sedan analyseras ofullkomligheterna i det preventiva skyddets praktiska genomslag.

¹⁶⁴ Prop 2002:03/133 sid 36

¹⁶⁵ Swahn och Wendleby sid 94

3.1.1 Brister i regelverket

3.1.1.1 Bristfällig definition av rådgivningsbegreppet

FRL innehåller inte någon klar och tydlig definition eller avgränsning av begreppet rådgivning. Inte heller förarbetena till lagen tydliggör begreppets omfattning i den mån som vore önskvärd, för att med tillräcklig säkerhet kunna särskilja å ena sidan rådgivning, och å andra sidan allmän information, marknadsföring och försäljning. Av propositionen till FRL framgår visserligen en beskrivning av begreppet och en rad kriterier som måste vara uppfyllda för att rådgivning skall anses vara för handen. Det påpekas också att rådgivning är "något annat än marknadsföring och försäljning"¹⁶⁶. Att detta betonas i propositionen signalerar att lagstiftarens intention är att de näringsidkare som tillhandahåller rådgivning enligt FRL skall upprätthålla en tydlig distinktion mellan rådgivning, och andra typer av information.

Det framhålls vidare i propositionen att FRL är tillämplig, även om rådgivningen till konsumenten lämnas som ett led i marknadsföring, eller försäljning av finansiella tjänster¹⁶⁷. Någon tydlig gränsdragning mellan dessa olika typer av information görs emellertid inte, vilket är problematiskt, eftersom detta kan leda till förvirring gällande frågan om rådgivning, eller någon annan typ av information föreligger i ett enskilt fall. Rådgivning kan ofta lämnas som ett moment i marknadsföring eller försäljning, och då en tydlig gränsdragning angående rådgivningsbegreppets omfattning saknas, ökar detta risken för förvirring. Juris doktor Fredric Korling har påpekat det problematiska i att man vid förarbetena till FRL underskattat vikten av att göra en noggrann gränsdragning mellan de olika informationstyperna¹⁶⁸. Detta innebär att det uppstår en risk för att en konsument som tagit del av information som egentligen utgör försäljning eller marknadsföring, själv tror att han eller hon har tagit del av rådgivning som faller under FRL: s tillämpningsområde. Denna otydlighet är naturligtvis negativ ur ett konsumentperspektiv, eftersom det är viktigt att konsumenten är medveten om hur den information han fått klassificeras enligt gällande rätt, och vilka rättsregler som är tillämpliga. Otydligheten, som förefaller stå i strid med lagstiftarens avsikt, hade sannolikt kunnat förhindras, eller åtminstone begränsas, om man gjort en gränsdragning mellan olika informationstyper i förarbetena till FRL, istället för att överlåta detta till rättstillämpningen.

Den relativa otydligheten kring rådgivningsbegreppets exakta omfattning innebär också, som Swahn och Wendleby påpekat, viss osäkerhet angående hur den situationen att en rådgivare i samband med rådgivningen lämnar konsumenten information av mer allmän karaktär, skall bedömas. Propositionen till FRL ger inget säkert svar på den sistnämnda frågan. Situationen torde kunna bedömas som att kravet på att informationen skall vara av individuell karaktär inte är uppfyllt, och att den därför inte utgör rådgivning, vilket utesluter FRL: s tillämplighet. Men det förefaller som nämnt också finnas en möjlighet att informationen bedöms enligt

¹⁶⁶ Prop 2002:03/133 sid 13

¹⁶⁷ Prop 2002:03/133 sid 18

¹⁶⁸ Arpi och Musafendic sid 29

FRL, och att rådgivaren därför kan bedömas ha brutit mot sin skyldighet enligt 5 § första stycket att anpassa rådgivningen till den individuella konsumenten. Det framstår nämligen som osäkert om kravet på rådgivningens individanpassning skall ses som en förutsättning för FRL: s tillämplighet, eller endast som en skyldighet rådgivaren skall beakta då denne lämnar rådgivning enligt FRL. Oklarheten på denna punkt torde hänga samman med den oklara gränsdragningen i FRL och dess förarbeten mellan å ena sidan rådgivning, och å andra sidan andra informationstyper.

3.1.1.2 Avsaknaden av tillstånds- och anmälningsplikt

Det ställs inget krav på auktorisation för att en näringsidkare skall få bedriva sådan rådgivningsverksamhet som regleras i FRL. Detta innebär att även till exempel fristående rådgivningsföretag som har högst begränsade resurser, både i form av ekonomiska tillgångar och kompetens, kan utföra sådan rådgivning. Detta trots att de på grund av sina knappa resurser har dåliga förutsättningar att klara av att leva upp till de näringsrättsliga bestämmelserna som stadgas i FRL. KV skall visserligen i egenskap av tillsynsmyndighet kontrollera att näringsidkare följer lagen, och har till och med enligt 9 § första stycket FRL makt att vid vite förelägga en näringsidkare som bryter mot regelverket att upphöra med rådgivningsverksamheten. Problemet är att avsaknaden av tillståndsplikt och av plikt att anmäla att man bedriver rådgivning enligt FRL, innebär att de näringsidkare som inte står under FI: s tillsyn, kan bedriva finansiell rådgivning till konsumenter, utan att vara registrerade någonstans¹⁶⁹. Detta torde försvåra naturligtvis KV:s tillsyn avsevärt, eftersom det blir svårt att hålla reda på vilka näringsidkare som ägnar sig åt rådgivning enligt FRL. Myndigheten kan ju naturligtvis inte kontrollera om en näringsidkare efterlever FRL och därpå grundade föreskrifter, om den inte ens vet att företaget tillhandahåller finansiell rådgivning till konsumenter.

3.1.1.3 Svagheter i tillsynssystemet

Utöver det i föregående avsnitt nämnda problemet med att hålla reda på vilka företag som ägnar sig åt rådgivning enligt FRL, kan KV vara förhindrat att utöva sin tillsyn över ett företag, även om myndigheten har goda skäl att misstänka att företaget ifråga ägnar sig åt finansiell rådgivning. Enligt gällande rätt förefaller KV nämligen som Swahn och Wendleby påpekar vara förhindrat att vidta några åtgärder enligt 8 § andra stycket FRL (inspektion, ta del av handlingar, begära upplysningar) mot en näringsidkare, om denne hävdar att den inte bedriver någon rådgivning enligt lagen. Det verkar således finnas en risk för att KV står helt maktlös och förhindras att utföra sitt tillsynsarbete, enbart genom att en näringsidkare gör gällande att den inte bedriver någon rådgivningsverksamhet. Detta bör ses som en allvarlig brist i tillsynssystemet, och är mycket bekymmersamt ur ett konsumentperspektiv, eftersom det innebär en risk för att konsumenter tar del av placeringsrådgivning från företag som inte alls efterlever det regelverk som gäller för sådan rådgivnings utförande. Det preventiva

¹⁶⁹ Swahn och Wendleby sid 85-86

skydd som lagstiftaren har velat tillförsäkra konsumenten, får i så fall inte fullt praktiskt genomslag. Att ett företag kan göra sig immunt mot KV:s tillsyn enbart genom att falskeligen uppge att det inte sysslar med placeringsrådgivning till konsumenter är dock inte bara negativt ur ett konsumentperspektiv. Det är även otillfredsställande ur konkurrenssynpunkt att seriösa näringsidkare, som följer gällande regelverk, skall konkurrera med företag som av kostnadsskäl avstår från att fullgöra sina näringsrättsliga skyldigheter¹⁷⁰.

En annan brist i systemet för tillsynen av FRL: s efterlevnad är KV:s begränsade möjligheter att genomföra platsundersökningar. För det första har myndigheten, enligt vad som tidigare redan har anförts i detta arbete, sannolikt ingen makt att genomföra oanmälda inspektioner, eftersom lagstöd för detta saknas. Detta trots uttalandena i propositionen till FRL. Föranmälda platsundersökningar torde emellertid utgöra en mindre effektiv åtgärd för att utöva tillsyn, eftersom de ger näringsidkaren möjlighet att förbereda sig inför inspektionen, vilket kan ge tillsynsmyndigheten en felaktig bild av hur väl regelverket egentligen efterlevs. Man skulle exempelvis kunna tänka sig att olika typer av handlingar fabriceras, eller att svar på eventuella frågor om upplysningar förbereds och konstrueras, även om detta förmodligen i de flesta fall inte är särskilt sannolikt, om det är frågan om seriösa näringsidkare. När det gäller just dokumentationskravet finns det dessutom som nämnt ett starkt incitament för näringsidkaren att följa detta, eftersom konsumenten annars hamnar i ett bevismässigt överläge som innebär en presumtion för att hans uppgifter om vad som förekommit vid rådgivningstillfället stämmer. Risken för att en näringsidkare skulle avstå från att dokumentera uppgifter om rådgivningen framstår därför inte som särskilt stor.

Ett allvarigare problem när det gäller KV:s inspektioner är att myndigheten inte verkar ha någon möjlighet att tvinga fram platsundersökningar. Denna slutsats drar som nämnt Swahn och Wendleby. Om en näringsidkare vägrar att godkänna genomförandet av en platsundersökning, verkar tillsynsmyndigheten helt enkelt vara förhindrad att anordna en sådan. Inspektion framstår således som ett tämligen tandlöst verktyg, då dess användbarhet är beroende av näringsidkarens goda vilja. En näringsidkare som vägrar inspektion kan inte heller föreläggas vid vite att upphöra med rådgivningsverksamheten enligt 9 § första stycket FRL, då ett sådant föreläggande förutsätter att man kan visa att näringsidkaren bryter mot FRL eller föreskrifter som meddelats med stöd av lagen.

Vidare torde den omständigheten att ansvaret för tillsynen är fördelat mellan två olika myndigheter möjligtvis också utgöra en nackdel med tillsynssystemets utformning, eller åtminstone en potentiell nackdel. Att både KV och FI skall ansvara för tillsynen av de näringsidkare som tillhandahåller placeringsrådgivning till konsumenter, innebär en risk för att tillsynspraxisen blir splittrad. Detta även om myndigheterna samarbetar med varandra vid utförandet av tillsynsarbetet. Det betonas i förarbetena till FRL att FI och KV skall samarbeta med varandra vid utövandet av tillsynen, och att deras respektive praxis skall vara

¹⁷⁰ Prop 2002:03/133 sid 38

överensstämmande¹⁷¹. Ett sådant uttalande och en sådan målsättning utesluter dock inte risken för att de båda myndigheternas praxis i olika avseenden kan komma att skilja sig åt, och att skilda rutiner utvecklas. Även om KV och FI samråder med varandra i sitt tillsynsarbete, synes det ofrånkomligt att åtminstone smärre skillnader i deras respektive praxis utvecklas. Vidare bör risken för att mer betydande skillnader i praxisen uppstår ses som en svaghet i sig. Enhetligheten i tillsynspraxisen torde nämligen vara en förutsättning för dess effektivitet.

3.1.1.4 Kunskapstestens pluralism

Som redan har framhållits i detta arbete skall näringsidkare som ägnar sig åt rådgivningsverksamhet enligt FRL se till att den personal som lämnar råd har blivit godkänd i ett lämpligt kunskapstest. Detta följer av föreskrifter från FI och KV. När det gäller genomförandet av dessa test åtnjuter företagen en betydande valfrihet. Dessa kan antingen själva utforma testet, under förutsättning att det godtas av en oberoende granskare med nödvändiga kvalifikationer, eller låta en utomstående aktör utfärda testet. Det finns idag på marknaden ett flertal sådana aktörer, som arbetar med att utfärda kunskapstester åt finansiella rådgivare¹⁷². Denna valfrihet torde innebära risk för många variationer när det gäller testernas upplägg, innehåll och fokusområden. Det nuvarande systemet för kunskapstester förefaller i och för sig vara tillräckligt reglerat för att en viss kvalitetsnivå på testerna skall vara säkrad. Dock kan mångfalden av tester resultera i oklarhet angående kompetenskravets innebörd. Deras varierande innehåll innebär också att deras användbarhet som verktyg för att kontrollera och garantera att samtliga finansiella rådgivare i Sverige har tillägnat sig vissa specifika och klart definierade grundläggande kunskaper och färdigheter, är begränsad. Med andra ord verkar inte det nuvarande systemet för tester kunna garantera att alla rådgivare besitter en på förhand fastställd miniminivå av kunskaper och färdigheter på vissa specifikt bestämda områden.

3.1.1.5 Kravet på rekommendationens lämplighet

När det gäller FRL: s krav på kvalitet på de rekommendationer som näringsidkarens placeringsrådgivning mynnar ut i, stadgas som tidigare nämnts i 5 § första stycket FRL, att inga andra lösningar skall rekommenderas än sådana som kan anses lämpliga för konsumenten. Redan en tolkning av lagtextens ordalydelse ger vid handen att detta är ett relativt lågt ställt krav. Något krav på att rekommendationen skall vara "mest lämplig" eller "särskilt lämplig" ställs inte. Lagrummets formulering uttrycker inte heller direkt att

¹⁷¹ Prop 2002:03/133 sid 41

¹⁷² En viktig sådan aktör är Swedsec, se hemsida www.swedsec.se. Se även följande hemsida angående certifiering av finansiella rådgivare: <http://www.finansforbundet.se/din-karrir/utbildning-och-kompetensutveckling/licensiering-certifiering>

rekommendationen skall vara lämplig, utan att den inte skall vara annat än lämplig. Kravet som ställs kan med andra ord verka vara att rekommendationen inte skall vara olämplig. Denna språkliga nyans torde möjligen kunna ha viss betydelse, och vittna om att lagstiftaren inte avsett att ställa kravet på lämnade rekommendationers kvalitet särskilt högt. I propositionen till FRL uttalas å andra sidan att rådgivaren har en skyldighet att "lämna ett råd som framstår som lämpligt för konsumenten"¹⁷³, vilket kanske innebär att skillnaden i valet av formulering i 5 § inte skall tillmätas någon betydelse. Oberoende av denna fråga framgår det tydligt av propositionen att kravet på rekommendationens kvalitet inte är högre än att det skall framstå som lämpligt. Den grad av subjektivitet som bedömningar av olika placeringsalternativ är förenad med, utesluter enligt propositionen möjligheten att kräva att lämnade rekommendationer skall vara mest lämpliga "eller liknande"¹⁷⁴. I denna del av arbetet kan emellertid konstateras att det lågt ställda kravet på att rekommendationen skall vara lämplig inte framstår som särskilt tillfredsställande ur ett konsumentperspektiv. Förslag till alternativ till det nu gällande lämplighetskravet presenteras i arbetets sista del.

3.1.2 Brister i regelverkets genomslag

I detta avsnitt bedöms bristerna i det preventiva skyddets praktiska genomslag utifrån bland annat två undersökningar och en artikel. En av undersökningarna har utförts av FI i samarbete med Kungliga Tekniska Högskolan (KTH) under maj-juni 2008. Det är frågan om en enkätundersökning, som tar sikte på relationen mellan rådgivare och konsument, och heter "Bankrådgivningsrelationen och rådgivningslagen". Enkätundersökningen omfattade 775 rådgivare och 775 kunder, och 359 par av rådgivare och kunder har svarat av dessa. Svarfrekvensen är således 46 procent. De konsumenter som har deltagit i enkäten är kunnigare och har bättre ekonomisk situation än riksgenomsnittet, beroende på att de konsumenter som vänder sig till finansiella rådgivare i större utsträckning har denna profil än människor i allmänhet¹⁷⁵.

Den andra undersökningen genomfördes av FI under 2007 och heter "Rådgivningen, kunden och lagen – en undersökning av finansiell rådgivning" och syftar till att utifrån konsumentens perspektiv försöka identifiera olika områden där näringsidkarna brister i efterlevnaden av det regelverk som gäller för finansiell rådgivning till konsumenter. Undersökningen realiserades genom att ett tiotal medarbetare från FI utgav sig för att vara vanliga konsumenter, som ville erhålla finansiell rådgivning. Vidare intervjuade FI ett 60-tal riktiga konsumenter angående den rådgivning de tagit del av¹⁷⁶. Artikeln är skriven av Agnes Arpi och Alen Musaefendic och är från 2010. Den kallas "Farligt förtroende? - Rådgivningslagen i praktiken och politikens gränser". Denna artikel fokuserar också på rådgivningsrelationen,

¹⁷³ Prop 2002:03/133 sid 27

¹⁷⁴ Prop 2002:03/133 sid 26

¹⁷⁵ Söderberg, Inga-Lill, Persson, Annina H., Eriksson, Kent, *Bankrådgivningsrelationen och rådgivningslagen* sid 26

¹⁷⁶ FI 2007:5 *Rådgivningen, kunden och lagen – en undersökning av finansiell rådgivning* sid 1

och kan sägas vara en analys av data som sammanställts vid olika undersökningar om finansiell rådgivning till konsumenter. Bland annat de två nyss nämnda undersökningarna tas upp i artikeln. Detta material pekar på brister i det praktiska genomslaget av de regler som skall minimera risken för att konsumenter vid finansiell rådgivning lider ekonomisk skada. Dessa brister redogörs nedan.

Fi och KTH:s undersökning tyder på att konsumenter i allmänhet har ett stort förtroende för sin finansiella rådgivare, och dennes kompetens. De fäster också som regel stor tillit till de rekommendationer som lämnas. Enligt undersökningen verkar rådgivare emellertid ha en tendens att underskatta det förtroende som konsumenterna känner för dem¹⁷⁷. Redan denna omständighet bör sannolikt ses som problematisk, eftersom det ur ett konsumentperspektiv torde vara av stor vikt att rådgivaren är medveten om hur stor påverkan han eller hon har på konsumentens val, och inte underskattar sitt eget inflyttande. En rådgivare som underskattar den tillit som fästs vid hans råd, riskerar att också underskatta sin roll i konsumentens slutliga val av placering. Detta innebär en fara för att rådgivaren inte iakttar önskvärd noggrannhet vid utförandet av rådgivningen, och vid fullgörandet av sina rättsliga skyldigheter.

Ett annat problem som undersökningen pekar på, är att skillnaden mellan rådgivning och försäljning upplevs som otydlig, inte bara av konsumenten, utan också av rådgivaren¹⁷⁸. Den upplevda oklarheten när det gäller gränsdragningen mellan rådgivning och försäljning, har redan tidigare uppdagats av andra undersökningar som har utförts av FI. Denna problematik var således välkänd, redan innan FI och KTH utförde undersökningen. Redan i en undersökning som FI genomförde 2005, "Konsumenten och rådgivningen", identifierades problemet¹⁷⁹. Undersökningen bekräftar dock att det i rådgivningsrelationen alltså råder en känsla av förvirring, när det gäller gränsen mellan försäljning och rådgivning. Det förefaller således vara frågan om ett bestående och kroniskt problem i relationen mellan rådgivare och konsument. Att inte ens rådgivarna själva lyckas med klarhet skilja på försäljning och rådgivning torde vara ett bevis på att, som påpekats i avsnitt 3.1.1.1, någon tillräckligt tydlig gränsdragning mellan olika informationstyper inte gjorts i samband med FRL: stiftande.

En bidragande orsak till förvirringen torde vara att begrepp som "rådgivare" och "rådgivning" inte antyder att rådgivningsverksamheten är kombinerad med försäljning. Som Arpi och Musaefendic framhåller i sin artikel är därför dessa termer missvisande. De riskerar dessutom att vagga in konsumenten i en trygg känsla av att ta del av helt oberoende rådgivning, vilket kan göra honom eller henne mindre vaksam och mindre kritiskt inställd till

¹⁷⁷ Söderberg m.fl sid 26

¹⁷⁸ Söderberg m.fl sid 26

¹⁷⁹ FI 2005:13 *Konsumenten och rådgivningen* sid 10

de råd som lämnas¹⁸⁰. Nationalekonomen och ekonomijournalisten Annika Creutzer är en av de som enligt artikeln signalerat att begreppet "rådgivning" är problematiskt. Hon anser att termen förmedlar en känsla av att det är frågan om oberoende rådgivning, när så inte är fallet, eftersom rådgivaren inte enbart har en konsultativ roll, utan samtidigt är en säljare¹⁸¹.

Ur ett konsumentperspektiv är det naturligtvis oerhört oroväckande att en sådan förvirring som beskrivits ovan råder kring distinktionen mellan försäljning och rådgivning. Detta beroende på att rådgivning och försäljning har olika syften. Rådgivning syftar till att ge konsumenten vägledning om vilket handlingsalternativ som är lämpligt för just honom eller henne, medan försäljning har ett helt annat syfte, nämligen att genomföra en för näringsidkaren ekonomiskt fördelaktig transaktion. Annika Creutzer menar att rådgivare i allmänhet känner en press ifrån sina arbetsgivare att sälja¹⁸². Det problematiska är således att det till viss del finns en intressekonflikt, och en viss oförenlighet, mellan målsättningen att uppnå goda försäljningsresultat, och målsättningen att lämna rådgivning av god kvalitet, särskilt om säljmål tillåts ges större vikt än den enskilde konsumentens behov och intressen. Denna intressekonflikt torde förvärras av oklarheten i frågan om gränsdragningen mellan försäljning och rådgivning.

Undersökningen "Bankrådgivningsrelationen och rådgivningslagen" från FI och KTH visar också på en brist på tydlighet när det gäller den information om risker, och de avrådanden som lämnas under rådgivningen. Det förefaller finnas en tendens till att rådgivare själva anser att de har uttryckt sig tydligt när de givit sådan information, medan konsumenter inte uppfattat informationen som lika tydlig¹⁸³. Skyldigheten för näringsidkaren att lämna information om risker och att avråda från olämpliga placeringslösningar är till för att skydda konsumenten från ekonomisk skada. Om sådan information inte framställs med tillbörlig tydlighet får detta skydd inte fullt praktiskt genomslag. Att konsumenter inte upplever den information de får som tillräckligt tydlig, kan vidare tyda på att rådgivare brister i sin skyldighet att anpassa rådgivningen till konsumentens förutsättningar och kunskapsnivå. Rådgivaren har som nämnt en "pedagogisk plikt", och skall framställa rådgivningen i en form som är begriplig för den enskilde konsumenten.

En annan bekymmersam omständighet som framgår av FI och KTH:s undersökning från 2008 är att rådgivare ofta överskattar konsumentens riskbenägenhet. Rådgivaren får således alltför ofta en felaktig bild av hur stor del av sina besparingar konsumenten är beredd att riskera att förlora vid sin placering i ett finansiellt instrument¹⁸⁴. Eftersom konsumentens vilja att ta risker vid valet av placeringsalternativ ofta är mindre än vad rådgivaren tror, innebär detta ett otillräckligt genomslag av skyldigheten i 5 § FRL att anpassa rådgivningen till den enskilde konsumentens önskemål och behov. Denna tendens till överskattning av

¹⁸⁰ Arpi och Musafendic sid 32-33

¹⁸¹ Arpi och Musafendic sid 24

¹⁸² Arpi och Musafendic sid 24

¹⁸³ Söderberg m.fl sid 26

¹⁸⁴ Söderberg m.fl sid 27

konsumentens riskbenägenhet kan sannolikt vara ett symptom på otillräcklig noggrannhet från rådgivarens sida vid inhämtningen av information om den enskilde konsumenten, och kartläggningen av denne. Ur ett konsumentperspektiv är det naturligtvis av stor vikt att rådgivaren i tillräcklig utsträckning bemödar sig med att följa FRL: s krav på att identifiera konsumentens önskemål när det gäller risk.

Undersökningen som FI genomförde under 2007 för att kontrollera om näringsidkarnas arbetsrutiner vid rådgivningsverksamheten var förenliga med FRL och därpå grundade föreskrifter uppdagade förekomsten av slarv vid rådgivarnas kartläggning av konsumenten. Enligt Arpi och Musafendic var det tack vare effektiviteten i metodiken att använda sig av falska kunder som dessa brister kunde avslöjas¹⁸⁵. Nödvändig information, om exempelvis konsumentens ekonomiska situation och kunskapsnivå, inhämtades inte¹⁸⁶. Detta bör ses som allvarligt, då förutsättningarna för att kunna följa FRL: s krav på att anpassa rådgivningen till den enskilde konsumenten, blir klart försämrade när rådgivaren inte beaktar sådan viktig information vid kartläggningen av konsumenten. Vidare förekom otillfredsställande dokumentation av rådgivningen. I vissa fall bröt rådgivaren även mot FRL: s krav på utlämnande av dokumentationen till konsumenten, då ett flertal simulerade kunder inte fick med sig någon skriftlig dokumentation då de lämnade mötet med rådgivaren. Dessutom tydde även denna undersökning på en otillräckligt klar åtskillnad mellan rådgivning och försäljning¹⁸⁷.

När det gäller den betydande flexibiliteten som kompetenskravet ger utrymme för har FI i sin undersökning från 2005 "Konsumenten och rådgivningen" ansett att det inte finns några skäl att minska denna flexibilitet¹⁸⁸. En större likformighet och enhetlighet i kraven på kunskap och färdighet för alla finansiella rådgivare är således inte nödvändig enligt FI. Denna ståndpunkt försvarar FI med den mångfald av näringsidkare som ägnar sig åt, eller kan tänkas ägna sig åt finansiell rådgivning¹⁸⁹. Tanken är att eftersom näringsidkarna varierar i storlek, inriktning och resurser, skall också deras sätt att uppfylla kompetenskravet kunna variera. Även om detta resonemang kan verka rimligt, kan det anmärkas att FI: s förhållningssätt torde kunna ses som riskabelt, om det utesluter att man fastställer en miniminivå av kunskap som alla rådgivare skall behärska. Den stora flexibiliteten, och bristen på enhetlighet, kan resultera i en betydande oklarhet i frågan om vad kompetenskravet egentligen innebär, och hur man avgör om det i ett enskilt fall är uppfyllt. En sådan oklarhet torde dock vara besvärlig för företagen, samtidigt som den potentiellt kan vara skadlig ur ett konsumentskyddsperspektiv. Det torde således ligga i det allmänna intresset att begränsa denna oklarhet något, genom att åtminstone centralt fastställa en miniminivå av kunskaper som varje rådgivare skall behärska för att få utöva rådgivningsverksamhet enligt FRL.

¹⁸⁵ Arpi och Musafendic sid 22

¹⁸⁶ FI 2007:5 sid 1

¹⁸⁷ FI 2007:5 sid 1

¹⁸⁸ FI 2005:13 sid 7

¹⁸⁹ FI 2005:13 sid 7

3.2 Brister i det reparativa skyddet

I detta avsnitt analyseras tillkortakommandena i det system som skall tillförsäkra kompensation åt de konsumenter som lidit ekonomisk skada genom oaktsam finansiell rådgivning. Upplägget är detsamma som vid den föregående utforskningen av bristerna i det preventiva skyddet, det vill säga att först och främst utreds svagheter i rättsreglerna kring konsumentens rätt till skadestånd, och sedan behandlas frågan om regelverkets praktiska genomslag.

3.2.1 Brister i regelverket

3.2.1.1 Skadeståndets begränsning till det negativa kontraktsintresset

En mycket central och ur den enskilde konsumentens perspektiv angelägen fråga, är vad rätten till ersättning skall omfatta, i det fall en konsument anses berättigad till skadestånd. Som redan nämnts i arbetets första del, skall enligt propositionen till FRL konsumenten endast ersättas för det negativa kontraktsintresset, om förutsättningarna för skadestånd är uppfyllda. Denna ståndpunkt kan som nämnt vid en första anblick te sig märklig. I den allmänna avtalsrätten utgår man ifrån att en avtalspart vid avtalsbrott skall försättas i samma ekonomiska situation som om motparten presterat avtalsenligt. Finansiell rådgivning till konsumenter grundar sig som nämnt vanligtvis på ett formellt avtalsslut, eller på ett avtalsliknande förhållande, vilket rättfärdigar en analogisk tillämpning av de regler som gäller vid avtal. Med andra ord, är utgångspunkten att ett kontraktsbrott skall leda till att den kontraktsbrytande parten skall ersätta den skadelidande motparten enligt det positiva kontraktsintresset, vilket innebär att skadeståndet även skall innefatta utebliven vinst. Mot denna bakgrund kan det vara svårt att omedelbart se någon konsekvens eller logik i ståndpunkten att denna allmänna princip skulle frångås vid finansiell rådgivning till konsumenter. Ställningstagandet i propositionen har heller inget stöd i ordalydelsen i 6 § FRL.

Dessutom kan ett undantag från principen om ersättning för utebliven vinst vid avtalsbrott framstå som oskäligt, då bestämmelsen i 6 § tar sikte på ett konsumentförhållande. Det svenska rättssystemet har rent allmänt en konsumentskyddande prägel, och det existerar som redan anförts ett flertal svenska lagar som innehåller tvingande bestämmelser till konsumentens fördel. Konsumenten anses av den svenske lagstiftaren vara en skyddsvärd avtalspart då denne i allmänhet befinner sig i ett betydande underläge i förhållande till sin motpart, vilket redan har utvecklats i inledningen till detta arbete. Det kan därför verka både inkonsekvent och oskäligt med ett undantag till konsumentens nackdel, som innebär att konsumenten hamnar i ett sämre läge och får en sämre rätt till ersättning än vad som vanligtvis gäller mellan jämbördiga avtalsparter. Det torde också stå i strid med det allmänna rättsmedvetandet. En rätt till ersättning för utebliven vinst framstår för övrigt inte som oskälig gentemot näringsidkaren, eftersom detta är vad som vanligtvis gäller i avtalsförhållanden. Vidare är de näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning till

konsumenter i allmänhet betydligt mer resursstarka än den enskilde konsumenten. Mot denna bakgrund, framstår det som klart att det ur konsumentsynpunkt är mycket otillfredsställande att begränsa konsumentens rätt till ersättning till det negativa kontraktsintresset.

En mycket komplicerad fråga, som enligt mig kan vara förklaringen till uttalandet i propositionen om att begränsa konsumentens rätt till ersättning till det negativa kontraktsintresset, är dock hur den uteblivna vinsten skall beräknas. Att frågan är besvärlig just vid placeringsrådgivning beror på att det i efterhand kan vara svårt att fastställa vilken rekommendation som hade givits av näringsidkaren, om denne hade utfört rådgivningsuppdraget avtalsenligt. Det är fullt tänkbart att ett stort antal alternativa placeringar framstod som lämpliga att rekommendera den aktuella konsumenten vid tidpunkten för rådgivningen, och hur skall man då i efterhand fastställa vilket alternativ näringsidkaren hade förordat om han använt sig av godtagbara metoder vid utförandet av rådgivningen? Att fastställa detta med någon säkerhet torde vara omöjligt. Det är inte heller säkert att rådgivaren hade rekommenderat någon placering i finansiella instrument över huvudtaget. Mot bakgrund av denna aspekt av frågan är ställningstagandet i propositionen mer begripligt. Det ter sig dock ändå otillfredsställande ur konsumentsynpunkt, och förslag på hur frågan om beräkningen av utebliven vinst skulle kunna lösas de lege ferenda presenteras i avsnitt 4.2.2.

3.2.1.2 Konsumentens skyldighet att begränsa sin skada

Den skadelidandes skyldighet att söka begränsa sin skada för att själv slippa bära en del av sin ekonomiska förlust, är som redan har anförts i denna uppsats en allmän skadeståndsrättslig princip, och det synes inte finnas någon anledning att göra något undantag från tillämpningen av principen ifråga om ekonomisk skada som en konsument lider genom oaktsam finansiell rådgivning. Det bör dock beaktas att det kan vara tämligen svårt för en konsument, i synnerhet för en sådan som besitter begränsad kunskap och erfarenhet av placeringar i finansiella instrument, att veta hur han i praktiken skall gå tillväga för att begränsa sin skada i ett enskilt fall. Om man exempelvis tänker sig att värdet av en placering i ett värdepapper (som var olämplig för konsumenten) plötsligt har sjunkit mycket kraftigt, kan det vara svårt för konsumenten att avgöra om det bästa sättet att begränsa skadan är att genomföra en snabb försäljning av värdepappret ifråga, eller tvärtom att avvakta. Det kan i det enskilda fallet existera faktorer, vilka konsumenten inte känner till eller begriper sig på fullt ut, som talar för att värdeutvecklingen inom en överskådlig tid kommer att gå uppåt igen. Mot denna bakgrund bör man av konsumenthänsyn vid rättstillämpningen anse att konsumenten har börjat fullgöra sin skyldighet att söka begränsa sin skada, så snart han eller hon har kontaktat den rådgivande näringsidkaren för att få anvisningar om lämpligt tillvägagångssätt. Man bör således inte enligt mitt förmenande ålägga konsumenten någon plikt att agera på egen hand för att begränsa skadan, och således

överlåta bedömningen av vad som är lämpligt agerande åt honom, då detta framstår som oskäligt.

3.2.1.3 Avsaknaden av obligatorisk ansvarsförsäkring

Något krav på att en näringsidkare som bedriver rådgivningsverksamhet enligt FRL skall ha tecknat en ansvarsförsäkring existerar inte. I betänkandet till FRL diskuterades frågan¹⁹⁰, men något förslag på att införa ett sådant krav framfördes aldrig av utredningen. Utredningens beslut hängde bland annat samman med avsaknaden av tillståndsplikt, vilken gör det omöjligt att rent praktiskt kontrollera om ett krav på ansvarsförsäkring efterlevs¹⁹¹. Att ansvarsförsäkring ej är obligatorisk torde dock vara desto mer problematiskt, då verksamheten inte är underkastad någon tillståndsplikt, vilken är förenad med villkor som utesluter företag med begränsade resurser. Oaktsam finansiell rådgivning kan resultera i ekonomisk skada av betydande omfattning, bland annat vid placeringar i olika derivatinstrument, vilka kan leda till förluster som överstiger det satsade beloppet. Om man tänker sig att ett litet oberoende rådgivningsföretag med mycket begränsade ekonomiska resurser som saknar ansvarsförsäkring blir skadeståndsskyldigt gentemot olika konsumenter för belopp som tillsammans överstiger företagets betalningsförmåga, blir problemet med avsaknad av krav på ansvarsförsäkring tydligt. Konsumenterna riskerar att inte kunna erhålla den fulla ersättning de har rätt till på grund av företagets insolvens. Det finns också i vissa fall risk för att deras rätt till skadestånd jämkas.

Att en skadelidande konsument skall behöva riskera att själv helt eller delvis bära sin ekonomiska skada på grund av det rådgivande företagets eventuella insolvens, framstår inte som acceptabelt ur ett konsumentperspektiv. Man skulle kunna invända att problemet har begränsad praktisk betydelse, då de flesta näringsidkare som tillhandhåller finansiell rådgivning till konsumenter i praktiken har en omfattande verksamhet och är ekonomiskt resursstarka¹⁹², som till exempel banker och försäkringsbolag, och därför som regel alltid kan tillmötesgå befogade skadeståndsanspråk från enskilda konsumenter. Många näringsidkare kan dessutom antas ha tecknat en ansvarsförsäkring frivilligt. Det finns dock som sagt inget hinder för att små fristående rådgivningsföretag, med mycket limiterade tillgångar, ägnar sig åt sådan rådgivningsverksamhet som avses i FRL. Mot den bakgrunden kommer en avsaknad av plikt för näringsidkaren att teckna en ansvarsförsäkring som gäller för eventuell skada som kan orsakas genom rådgivningsverksamheten, ur konsumentskyddssynpunkt sannolikt alltid att framstå som en brist i det regelverk som omgärdar rådgivning enligt FRL. En obligatorisk ansvarsförsäkring för den rådgivande näringsidkaren skulle trygga konsumentens möjlighet att i praktiken få sin rätt till skadestånd tillfredställd, och utesluta behovet av jämkning av skadeståndet. Att ställa ett sådant krav på företagen framstår inte

¹⁹⁰ SOU 2002:41 sid 143 ff

¹⁹¹ SOU 2002:41 sid 146-147

¹⁹² SOU 2002:41 sid 146

heller som orimligt eller oskäligt betungande, och tecknandet av en ansvarsförsäkring, torde dessutom vara gynnsamt för näringsidkaren själv.

3.2.1.4 Aktsamhetsbedömningen av näringsidkarens information om risk

Vid prövningen av en konsuments rätt till skadestånd, görs en aktsamhetsbedömning av näringsidkarens utförande av rådgivningen, vilket beskrivits tidigare i detta arbete. Aktsamhetsbedömningen innebär, som utvecklats i avsnitt 2.3.2.2, en jämförelse mellan näringsidkarens agerande vid rådgivning i det enskilda fallet, och ett önskvärt, normalt agerande. Det agerande som anses normalt utgör en aktsamhetsnorm, från vilken avvikelse skall undvikas om man vill slippa riskera att bära ett skadeståndsansvar. Vilken aktsamhetsnorm som skall anses gälla i olika frågor fastslås i rättspraxis, mot bakgrund av olika samhällsnormer från varierande källor. Dessa normer kan, men måste inte nödvändigtvis vara, rättsligt bindande. När det gäller aktsamhetsbedömningen vid finansiell rådgivning till konsumenter torde, som tidigare påpekats, bland annat den goda rådgivningsseden vara en viktig utgångspunkt för att avgöra vilken aktsamhetsnorm som skall anses gälla på olika punkter. Aktsamhetsbedömningen vid finansiell rådgivning enligt FRL, kan bland annat omfatta frågan om näringsidkarens skyldighet att lämna information om de risker och den risknivå som olika placeringsalternativ är förenade med. Frågan är vilken aktsamhetsnorm som bör anses gälla angående denna skyldighet. Viss rättspraxis, som delvis ger vägledning angående detta område existerar, och har redogjorts för i avsnitt 2.3.2.3. Denna rättspraxis kan dock kritiseras utifrån ett konsumentperspektiv, av skäl som anförs i det följande.

Enligt den praxis som har presenterats i avsnitt 2.3.2.3 finns det ingen fast och i alla lägen tillämplig aktsamhetsnorm, när det gäller skyldigheten att informera konsumenten om riskerna och risknivån, som olika placeringar i finansiella instrument är associerade med. Vilken aktsamhetsnorm som gäller, eller med andra ord hur långt informationsplikten sträcker sig när det gäller att informera om risker och risknivå, anses således kunna variera från fall till fall. Skyldigheten att informera om detta anses bero på bland annat kundens kunskaps- och erfarenhetsnivå, dennes tillgång till andra informationskällor än rådgivaren, i form av exempelvis media eller eget biträde. Även vilken typ av placering rådgivningen gäller i det enskilda fallet, och till och med vem av näringsidkaren och konsumenten som tagit initiativ till den genomförda transaktionen, förefaller ha betydelse för bedömningen av vilken aktsamhetsnorm som i det enskilda fallet skall gälla för näringsidkaren då denne informerar om riskerna och risknivån som olika placeringar innebär. Att denna praxis är förenlig med gällande lagstiftning, och näringsidkarens skyldighet att anpassa rådgivningen efter den enskilde konsumenten i 5 § FRL ifrågasätts inte i detta sammanhang (det kan dock observeras att en stor del av praxisen är från tiden före FRL: s ikraftträdande). Däremot ifrågasätts dess lämplighet ur ett konsumentperspektiv.

Att näringsidkaren tillåts anpassa den information han lämnar om risker och risknivå till konsumentens redan befintliga kunskap om sådana risker, vore inte problematiskt om

rådgivaren i alla lägen hade möjlighet att med enkelhet och säkerhet fastställa i detalj vilken kunskap konsumenten besitter. Att få en klar och detaljerad bild av konsumentens kunskaper om olika risker torde dock vara komplicerat, och i vissa fall riskerar felbedömningar att göras, eftersom de tecken som utåt sett tycks tala för att den enskilde konsumenten har en viss kunskapsnivå om riskerna med olika placeringar, kan vara missvisande. Den rättspraxis som tidigare nämnts godkänner att rådgivaren anpassar den information som lämnas om risker, efter omständigheter som kan tala för att konsumenten har en viss kunskap om riskerna, utan att det är säkert att så är fallet. Ur konsumentens synvinkel är detta otillfredsställande, eftersom det innebär en fara för att man inte får all den information om risk och risknivå som man behöver som grund för val av placeringsalternativ. Det förefaller olämpligt och oskäligt att konsumentens rätt till kännedom om alla de ekonomiska risker som en tilltänkt placering är förenad med, skall kunna äventyras på grund av risken att rådgivaren misstolkar betydelsen av en yttre omständighet, och således får en felaktig bild av konsumentens kunskaper om riskerna.

Den synpunkt som anförts i föregående paragraf kan illustreras med ett flertal exempel. Att kunden uttryckte sig kunnigt tillmättes betydelse i rättsfallet NJA 1995 s 693 (som dock inte rörde rådgivning till en konsument). En person kan dock mycket väl ge ett intryck av att vara kunnig genom att använda invecklade begrepp, utan att detta på något sätt är en garanti för att personen ifråga egentligen behärskar de uttryck och begrepp som används fullt ut. Det är fullt tänkbart att personen enbart upprepar ord och meningar som han eller hon nyligen har hört, till exempel i media, utan att känna till dessas närmare innebörd. Att kunden kanske tror sig känna till de använda termernas innebörd är en annan sak. I samma rättsfall fästes vikt vid att det diskuterats ansevärd belopp, då det skulle avgöras huruvida rådgivaren brutit mot en aktsamhetsnorm genom att underlåta att informera om vissa risker. Återigen är det frågan om en omständighet som kan, men absolut inte måste, ha något samband med konsumentens kunskap om risker och risknivå. En person kan mycket väl tänkas vara oerhört förmögen, men ha mycket begränsad kunskap om riskerna som olika placeringar i finansiella instrument är förenade med.

På samma sätt är det svårt att dra några slutsatser angående konsumentens kunskaper om risker, utifrån den omständigheten att denne har fått, eller antas ha fått, information från andra källor än rådgivaren själv. Att konsumenten till exempel har informerat sig om placeringar i finansiella instrument rent allmänt via media, betyder inte nödvändigtvis att hon eller han har tillgodogjort sig den kunskap om risk som just i det enskilda fallet är relevant, för den placering som diskuteras. Även om konsumenten har ett eget biträde, finns det ingen garanti för att detta biträde bemödar sig med att säkerställa att konsumenten är insatt i frågan om alla de risker som olika diskuterade placeringar är förknippade med. Detta gäller även om det är frågan om ett biträde med hög kompetensnivå. På samma sätt finns det ingen garanti för att en konsument som har lång erfarenhet av att utföra riskfyllda placeringar, exempelvis i vissa derivatinstrument, är fullt insatt i alla risker som denna typ av placering medför, även om det måste medges att sannolikheten förefaller stor att

vederbörande åtminstone har en rudimentär kunskap om riskerna och risknivån. När det gäller den situation då konsumenten själv är att se som den främste initiativtagaren till en viss transaktion, kan anmärkas att det faktum att konsumenten tagit initiativ till en viss placering, inte måste innebära att han eller hon tagit sig mer tid att på egen hand sätt sig in i riskerna och risknivån som placeringen är förenad med, än vad som annars är fallet då konsumenter tar del av finansiell rådgivning.

3.2.2 Brister i regelverkets genomslag

Det är svårt att uttala sig i frågan om det reparativa skyddets praktiska genomslag. Med andra ord, är det komplicerat att avgöra om konsumentens möjligheter att i praktiken erhålla skadestånd enligt FRL (eller vid rådgivning enligt FRL), är så goda som den svenske lagstiftaren ursprungligen avsett. Det man kan konstatera är att endast en liten andel av de konsumenter som anser sig vara berättigade till skadestånd får gehör för sitt klagomål i ARN. Denna andel är som tidigare angivits ungefär 1,8 procent. Av totalt 740 inkomna klagomål från konsumenter angående finansiell rådgivning till ARN mellan den 1 januari 2000 och den 30 juni 2010 bifölls konsumentens klagomål endast i 16 fall. Tilläggas bör, att av de 740 ärendena inkom 613 efter FRL: s ikraftträdande¹⁹³. Man bör dock förmodligen vara försiktig ifråga om vilken betydelse man skall ge denna procentsats, och ej grundat enbart på den dra alltför förhastade och långtgående slutsatser angående svårigheten för konsumenten att erhålla skadestånd. Som uttryckts i inledningen till detta arbete ger siffran emellertid en slags intuition om att det kan vara förenat med stora svårigheter för konsumenten att få igenom sin rätt till skadestånd enligt FRL, även då de rättsliga rekvisiten för skadeståndsskyldighet är uppfyllda. En misstanke om att det i vissa fall är svårare för konsumenten att få igenom sin rätt till skadestånd enligt FRL än vad som avsetts av lagstiftaren, och att det således till viss del brister i det reparativa skyddets praktiska genomslag, förefaller således befogad.

Till viss del torde dock den låga andelen konsumenter som får rätt i ARN, kunna förklaras av att vissa skadeståndsanspråk helt enkelt ej är befogade. I många fall skulle bristen på framgång i ARN således kunna handla om att de rättsliga rekvisiten för skadestånd ej är uppfyllda, snarare än om bevisvärigheter för konsumenten eller dylikt. Detta kan vara ett symptom på ett utbredd missförstånd om att FRL ger ett skydd mot "dåliga råd", trots att förutsättningarna för att kunna kräva skadestånd är betydligt mer komplicerade än så. Denna tänkbara partiella förklaring till den låga andelen konsumenter som får gehör för sitt klagomål, och sitt krav på skadestånd i ARN, är i och för sig en spekulation, men det förefaller sannolikt att den stämmer åtminstone till viss del. Den låga procentsatsen av konsumenter som får rätt i ARN skulle möjligtvis också kunna sägas vara ett tecken på att det är svårare att erhålla skadestånd för konsumenter vid finansiell rådgivning, än vad som borde vara fallet enligt det allmänna rättsmedvetandet. Detta kan dock vara en fråga om

¹⁹³ Arpi och Musafendic sid 15

utformning av skadeståndsreglerna, och är inte nödvändigtvis en fråga om reglernas praktiska genomslag.

Trots den försiktighet som det är på sin plats att visa då man försöker analysera statistik av det slag varom här är fråga, måste man medge att det finns andra tänkbara förklaringar till den låga andelen konsumenter som får rätt i ARN, än att allmänheten har missförstått vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda för att rätt till skadestånd skall föreligga. En omständighet som kan ha betydelse är att konsumenten typiskt sett torde befinna sig i ett betydande underläge gentemot näringsidkaren vid förfarandet i ARN. En konsument besitter i allmänhet betydligt mindre resurser än en näringsidkare som ägnar sig åt finansiell rådgivning. Om konsumenten inte själv har några juridiska kunskaper, och inte heller har ekonomiska förutsättningar för att få hjälp av ett kunnigt biträde eller ombud, kan det vara svårt för denne att formulera sitt klagomål på ett sätt som ur ett rättsligt perspektiv är lämpligt. Det bör dock anföras att konsumenten möjligtvis vid upprättandet av klagomålet kan få stöd av en konsumentrådgivare. Konsumentrådgivning tillhandhålls nämligen av de flesta svenska kommuner¹⁹⁴. Konsumenten som inte besitter lämplig kunskap och inte får något stöd från en kompetent person torde dock på grund av sin kunskapsbrist och eventuella oförmåga att utforma klagomålet ändamålsenligt, riskera att inte få gehör för detta, trots att rekvisiten för att få skadestånd i det enskilda fallet är uppfyllda. Det faktum att ARN grundar sin bedömning enbart på skriftliga inlagor, torde göra det nämnda problemet betydligt värre. Det skriftliga förfarandet innebär att konsumenten inte ges tillfälle att muntligt beskriva hur hon eller han upplevt rådgivningen¹⁹⁵. Den viktigaste bevisningen som då oftast torde återstå är den skriftliga dokumentationen av rådgivningen, men denna har upprättats av näringsidkaren, varför det sannolikt främst är till konsumentens nackdel att muntlig bevisning är utesluten. Enkelt uttryckt torde man kunna säga att konsumentens i förhållande till näringsidkaren begränsade ekonomiska och kunskapsmässiga resurser, sannolikt i vissa fall kan utgöra ett hinder för dennes möjlighet att få rätt, även om hon eller han har rätt till skadestånd. Att förfarandet i ARN helt och hållet är skriftligt, torde som nämnt förvärpa konsumentens underläge.

Såväl Annika Creutzer som Fredric Korling förhåller sig starkt kritiska till hur förfarandet i ARN går till vid klagomål angående finansiell rådgivning. Creutzer menar att det ofta är mycket svårt för konsumenten att uppnå framgång i ARN på grund av den ovan nämnda resursskillnaden. Hon vågar till och med påstå att förfarandet i ARN inte alls fungerar¹⁹⁶. Båda Creutzer och Korling menar vidare att det är problematiskt ur ett konsumentperspektiv, att muntlig bevisning inte är tillåtet i ARN. Annika Creutzer betonar också att det är otillfredsställande att ARN vid sitt förfarande fäster stor vikt vid dokumentation av rådgivningen som kanske undertecknats av konsumenten, utan att denne

¹⁹⁴ <http://www.arn.se/Konsument/Innan-du-anmaler/Radgivning-2/Konsumentvagledare-2/>

¹⁹⁵ Arpi och Musafendic sid 27

¹⁹⁶ Arpi och Musafendic sid 27

varit fullt medveten om dess närmare innehåll¹⁹⁷. Således skulle man sammanfattningsvis kunna kritisera förfarandet i ARN på grund av att nämnden fattar beslut som, till konsumentens förfång, inte är grundade på ett tillräckligt brett underlag. En konsument som inte vill acceptera ARN:s beslut, vilket som redan nämnts endast utgör en rekommendation om hur tvisten bör lösas, har naturligtvis möjlighet väcka talan hos allmän domstol. Ett problem är dock att den ekonomiska risk det innebär ur den enskilde konsumentens perspektiv att behöva bära motpartens rättegångskostnader i det fall skadeståndstalan ej bifalles, ofta kan avhålla denne från att väcka en sådan talan¹⁹⁸. Återigen är detta ett problem som har samband med konsumentens underläge på grund av bristande resurser.

3.3 Konsumentskyddets ändamålsenlighet

I detta avsnitt diskuteras hur konsumentskyddet vid finansiell rådgivning kan beskrivas, mot bakgrund av de svagheter och brister som kartlagts ovan. Är konsumentskyddet i praktiken tillräckligt starkt och ändamålsenligt, för att i stort kunna anses acceptabelt? Eller är bristerna och otillräckligheterna i skyddet så pass allvarliga, och så pass många, att man bör dra slutsatsen att den omfattande kritik som från olika håll riktats mot konsumentskyddet till stor del är befogad? Frågeställningen skulle även kunna formuleras annorlunda: är konsumentskyddet vid finansiell rådgivning i behov av genomgripande reformer, eller skulle det räcka med att smärre justeringar genomförs, för att göra detta i princip fullt tillfredsställande?

Man kan börja med att konstatera att konsumentskyddet i dess nuvarande utformning, ter sig fullt acceptabelt ur den rådgivande näringsidkarens synvinkel. Denne förefaller inte åläggas några skyldigheter som framstår som oskäligt betungande, eller onödiga. Den näringsidkare som ägnar sig åt finansiell rådgivning till konsumenter måste visserligen observera ett relativt omfattande regelverk, och ett relativt stort antal förpliktelser, bland annat de som kan anses falla under begreppet "god rådgivningssed". Vissa skyldigheter, som till exempel informations- och dokumentationsplikterna, kan i och för sig framstå som besvärliga att fullgöra, och kräva både mycket tid och kostnader av näringsidkaren. Dessa krav framstår dock som nödvändiga att ställa ur ett konsumentperspektiv, och även ur ett samhällsperspektiv i stort, då ett någorlunda väl fungerande skydd vid finansiell rådgivning torde kunna sägas ligga i det allmänna intresset. Sådana krav framstår vidare som fullt rimliga och skäliga att ställa i ett modernt samhälle, då finansiell rådgivning är en komplicerad verksamhet, som riskerar att orsaka ekonomisk skada om den inte regleras av ett relativt krävande och noga genomtänkt regelverk.

Vidare kan man bedöma det nuvarande konsumentskyddet utifrån ett bredare perspektiv än endast näringsidkarens eller konsumentens. Om man ser till samhällsintresset i stort, torde det som sagt ligga i det allmänna intresset att det finns ett någorlunda väl fungerande skydd

¹⁹⁷ Arpi och Musafendic sid 27

¹⁹⁸ Arpi och Musafendic sid 27

vid finansiell rådgivning till konsumenter. Om skyddet skulle vara alltför svagt, skulle man kunna tänka sig att det påverkar privatpersoners vilja att genomföra investeringar i finansiella instrument i negativ riktning. Detta vore dock skadligt för samhällsekonomin, eftersom olika ekonomiska aktörers villighet att genomföra vissa investeringar, och deras benägenhet att ta vissa ekonomiska risker, är viktiga förutsättningar för ekonomisk tillväxt. Av de brister i konsumentskyddet som har identifierats ovan är det dock föga troligt att några är så pass allvarliga att de har någon genomgripande effekt på privatpersoners benägenhet att investera i finansiella instrument i stort. En sådan effekt skulle för det första förutsätta att de flesta privatpersoner närmare har satt sig in i de konsumentskyddande reglernas innebörd, vilket förmodligen ej är fallet. Den kritik som i media har riktats mot det nuvarande konsumentskyddet kan möjligtvis i viss mån ha påverkat vissa konsumenters benägenhet att investera i finansiella instrument. Dock skulle det sannolikt vara överdrivet att påstå att det nuvarande konsumentskyddet vid finansiell rådgivning är så pass dåligt att det har en betydande negativ effekt på samhällsekonomin i stort. Även utifrån ett samhällsekonomiskt perspektiv bör därför konsumentskyddet de lege lata ses som tillräckligt välfungerande för att kunna betecknas som i stort acceptabelt. Det är snarare för vissa enskilda konsumenter, som i det enskilda fallet "haft otur", som vissa brister i systemet kan bli särskilt kännbara, än för konsumenter i allmänhet, och för samhället i stort.

Frågan blir då hur skyddet kan bedömas utifrån ett konsumentperspektiv. Bristerna som har redovisats ovan är många, och samtliga behöver inte åter tas upp i detta sammanhang. Man kan dock konstatera att det inte är frågan om att endast ett par, eller ett fåtal, punkter kan tas upp vid en kritik av konsumentskyddet. Det är snarare mer sanningsenligt att påstå att en lång lista av tillkortakommanden kan räknas upp, både när det gäller det tillämpliga regelverket, och dess praktiska genomslag. Vissa av dessa brister framstår som mindre allvarliga, och torde sannolikt kunna åtgärdas med relativ enkelhet, genom mindre justeringar i det befintliga systemet. Detta torde exempelvis vara fallet med den behandlade frågan om bristen på ett enhetligt kunskapstest, som säkerställer att alla finansiella rådgivare besitter en viss minimal kompetensnivå. Andra brister framstår som mer allvarliga ur den enskilde konsumentens perspektiv. Skadeståndets begränsning till det negativa kontraktsintresset, och faran för att inte erhålla komplett information om vilka risker och vilken risknivå olika placeringar är förknippade med, framstår bland annat som allvarliga brister som i det enskilda fallet kan få oskäliga konsekvenser för den enskilde konsumenten. Svagheter i tillsynssystemet, och den risk för bristande efterlevnad av gällande regelverk som dessa innebär, samt avsaknaden av tillståndsplikt och krav på ansvarsförsäkring för att bedriva rådgivningsverksamheten, bör sannolikt också ses som relativt allvarliga brister, som kan resultera i att en konsument i det enskilda fallet inte erhåller ett acceptabelt skydd.

Mot denna bakgrund är riskerna för att en konsumentens legitima intressen i det enskilda fallet tillåts bli allvarligt åsidosatta sannolikt alltför många för att konsumentskyddet vid finansiell rådgivning enligt FRL de lege lata i stort skall kunna ses som fullt acceptabelt, ur ett konsumentperspektiv. Den ovan genomförda kartläggningen av svagheter i

konsumentskyddet tyder på att det finns en viss sanningshalt i de emellanåt i media framförda ståndpunkterna om att skyddet till viss del är illusoriskt. Man bör emellertid inte överdriva kritiken av skyddssystemet, och sådana påståenden som att detta helt skulle sakna värde framstår som felaktiga, då de innebär att den relativa trygghet som till exempel den goda rådgivningsleden, dokumentationsplikten och kompetenskravet trots allt i allmänhet innebär för konsumenterna, underskattas.

4. Konsumentskyddet de lege ferenda

I denna avslutande del av arbetet presenteras förslag på framtida justeringar och förändringar av det befintliga konsumentskyddet vid finansiell rådgivning, som syftar till att stärka konsumentens ställning och det skydd denne åtnjuter. Tanken med de olika förslag som presenteras är att konsumentens legitima intressen skall skyddas i större utsträckning, och på ett effektivare sätt än vad som är fallet idag, för att förhindra att det uppstår enskilda fall då konsumenten hamnar i en oacceptabelt ofördelaktig situation. Ändringsförslagen presenteras mot bakgrund av den kartläggning och analys som tidigare gjorts av svagheter och bristerna, i såväl skyddets preventiva som reparativa del. En del av de förslag som redovisas är enligt min mening rättspolitiskt lämpliga att genomföra. Vissa andra förslag skulle visserligen förstärka konsumentskyddet, men förutsätter en intresseavvägning i förhållande till andra intressen än konsumentskyddsaspekter, varför det enligt mitt förmenande inte går att, utan vidare utredning och reflektion, fastslå att dessa förändringar måste genomföras. Även i detta avsnitt används den tidigare brukade uppdelningen mellan preventivt och reparativt konsumentskydd.

4.1 Det preventiva skyddet de lege ferenda

4.1.1 Krav på auktorisation

Det framstår för det första enligt min mening som lämpligt och rimligt, att en tillståndsplikt införs för bedrivande av sådan rådgivningsverksamhet som avses i FRL. Verksamheten är av så pass komplicerad karaktär, och är förenad med så pass många krävande rättsliga skyldigheter, som måste observeras av näringsidkaren vid dess bedrivande, att ett sådant krav framstår som befogat. Tillståndet bör förenas med villkor, vilka är ägnade att utesluta sådana företag som på grund av bristande resurser har dåliga förutsättningar att observera en strikt efterlevnad av de rättsliga normer som gäller för rådgivningsverksamhet enligt FRL. En sådan uteslutning av olämpliga företag skulle inte utgöra ett värre ingrepp i näringsfriheten, än de villkor för auktorisation som ställs i exempelvis LVM eller LBF för att bedriva värdepappersrörelse, respektive bank- och finansieringsrörelse.

I LVM krävs till exempel att bolaget har huvudkontor i Sverige, och att bolagsordningen inte strider mot LVM eller någon annan författning. Vidare måste det finnas skäl att anta att verksamheten kommer att bedrivas i enlighet med LVM, och andra författningar som

reglerar denna. Ägare som innehar en kvalificerad andel i bolaget som bedriver värdepappersrörelse måste kunna anses lämpliga att utöva det väsentliga inflytande över bolagets ledning som ägandet innebär. Bolagets verkställande direktör och dess styrelsemedlemmar skall med hänsyn till insikt och erfarenhet vara lämpliga för att inneha en sådan ledande ställning i ett värdepappersbolag. För att erhålla tillstånd måste bolaget enligt lagrummet även i övrigt uppfylla de villkor som stadgas i lagen. Gällande sådana villkor ställs till exempel i 3 kap LVM krav på att FI godkänner bolagsordningen, krav på bolagets sammansättning, samt krav på bolagets startkapital och skuldtäckning. Liknande villkor borde kunna uppställas i FRL, för att näringsidkaren skall tillåtas bedriva rådgivning enligt lagen. Detta skulle förebygga risken för att fristående rådgivningsföretag med alltför dåliga förutsättningar för att följa kraven i FRL, och därpå grundade föreskrifter, bedriver finansiell rådgivning till konsumenter. Detta torde på sikt något minska risken för att konsumenter lider ekonomisk skada på grund av finansiell rådgivning.

4.1.2 Reformering av tillsynen

Införandet av en tillståndsplikt skulle samtidigt innebära att de företag som lämnar placeringsrådgivning till konsumenter registreras. Samtliga dessa företag skulle kunna sättas under FI:s tillsyn. Att enbart FI ansvarar för tillsynen skulle minska risken för en splittrad tillsynspraxis. En enhetlig tillsyn skulle vidare tillföra mer ordning och klarhet i tillsynssystemet. Naturligtvis skulle den ökade arbetsbelastningen för FI innebära att myndighetens resurser måste ökas, men detta torde inte utgöra något problem då KV:s arbetsbelastning skulle minska, och dess behov av resurser reduceras i motsvarande mån. Att ansvaret för tillsynen i dagsläget är uppdelat mellan två myndigheter torde till stor del bero på avsaknaden av registreringsplikt, vilken innebär att vissa företag som lämnar rådgivning enligt FRL redan finns registrerade hos FI, och andra inte.

Vidare borde den i propositionen till FRL påstådda möjligheten för tillsynsmyndigheten att genomföra oanmälda platsundersökningar hos företag som står under dess tillsyn¹⁹⁹ lagstadgas, så att det klagörs att en sådan möjlighet verkligen finns. Som tidigare anförts torde nämligen ett lagstöd krävas för att en sådan platsundersökning, som sannolikt är mer effektiv än en förannmäld inspektion, skall kunna genomföras utan att grundläggande krav på rättssäkerhet skall kunna anses åsidosätta. Någon anledning att invända mot en möjlighet att genomföra oanmälda platsundersökningar torde inte finnas, då en sådan åtgärd endast kan vara till nackdel för aktörer som inte följer gällande regelverk fullt ut. Vidare bör tillsynsmyndigheten kunna få handräckning av Kronofogdemyndigheten för genomförandet av en platsundersökning, eller kunna förelägga vid vite en näringsidkare som vägrar acceptera en platsundersökning att upphöra med verksamheten. Ett annat verktyg som borde ges tillsynsmyndigheten, i syfte att göra tillsynen mindre tandlös, är möjligheten att vid vite förelägga en näringsidkare att lämna nödvändig information för att avgöra om

¹⁹⁹ Prop 2002:03/133 sid 42

företaget driver verksamhet som faller under FRL. En sådan åtgärd måste kunna vidtas mot näringsidkare som uppger att de inte bedriver någon rådgivning enligt FRL, om tillsynsmyndigheten har goda skäl att misstänka att så ändå är fallet. Som tidigare påpekats framstår det nämligen som helt orimligt att användbarheten av ett verktyg för tillsyn av en näringsidkares verksamhetsutövning, skall göras beroende av dennes goda vilja.

4.1.3 Ökade resurser för tillsynsmyndigheten

Som beskrivits tidigare i detta arbete har vissa undersökningar utförda av FI uppdragat brister i vissa näringsidkares tillämpning av sina skyldigheter enligt FRL. Bland annat dokumentationsplikten och plikten att utlämna dokumentationen har inte alltid efterlevts till fullo av de företag som granskats. Brister när det gäller tydligheten i förmedlingen av information vid rådgivningen har också detekterats. Ett sätt att komma till rätta med det preventiva skyddets bristande genomslag är naturligtvis att öka effektiviteten i den tillsyn som utövas över näringsidkarna. Att införa tillstånds- och registreringsplikt, samt öka tillsynsmyndighetens befogenheter i enlighet med vad som anförts ovan, är tänkbara sätt att uppnå detta mål. Ett annat sätt, som ligger nära till hands, är helt enkelt att öka tillsynsmyndighetens resurser, och således ge den bättre förutsättningar att öka effektiviteten i tillsynsarbetet. Frågan om lämpligheten av att göra detta har dock en politisk dimension, och handlar som alltid vid beslut om hur offentliga medel skall disponeras, om politiska prioriteringar. En intresseavvägning mellan fördelarna att satsa pengar på en bättre tillsyn av FRL: s efterlevnad, och fördelarna med andra satsningar av vitt skilda slag, måste därför göras. Emellertid står det klart att ökad allokering av resurser för tillsyn av FRL: s tillämpning vore önskvärd ur en ren konsumentskyddssynpunkt.

4.1.4 Ökad enhetlighet i kompetenskravet

En mångfald av näringsidkare ägnar sig, eller kan tänkas ägna sig, åt rådgivning enligt FRL. Synpunkten att detta rättfärdigar att näringsidkaren anpassar tillämpningen av kompetenskravet efter bland annat verksamhetens omfattning och inriktning, förefaller rimlig. Risker med en sådan ordning är dock att kompetenskravets närmare innebörd blir alltför oklar och luddig. Olika rådgivare har klarat olika kunskapstest med olika innehåll, och även om det som beskrivits tidigare finns regler som syftar till att säkerställa att testens innehåll är lämpligt, förefaller det önskvärt ur ett konsumentperspektiv att man kompletterar den befintliga ordningen med ett ytterligare krav. Detta krav skulle enligt mig kunna vara att alla rådgivare måste ha klarat ett kunskapstest utformat av tillsynsmyndigheten för att själv kunna få ansvara för ett rådgivningsmöte med en konsument. Detta test skulle således utgöra ett minimikrav som måste uppfyllas. Det skulle således utgöra en nödvändig, men inte alltid tillräcklig förutsättning för att få arbeta som rådgivare. Vissa rådgivare skulle behöva genomgå även andra test som tillhandahålls av olika aktörer på marknaden, om rådgivningsverksamheten just i deras fall kräver det. Tanken är således som nämnt att uppnå ökad enhetlighet i kompetenskravet genom att komplettera

den nuvarande ordningen med ett test som säkerställer att alla rådgivare besitter vissa grundläggande kunskaper. Finansiell rådgivare skulle således bli ett reglerat yrke, vars utövande kräver legitimation, och det skulle vara förbjudet att använda sig av en beteckning som kan förväxlas med denna titel för personer utan legitimation. Detta skulle framstå som en trygghet ur konsument synpunkt.

4.1.5 Tydliggörande av rådgivningsbegreppet

Det förefaller som i det föregående påpekats finnas ett behov av att tydliggöra rådgivningsbegreppet, dels för att gränserna för FRL:s tillämpningsområde skall bli tydligare, dels för att uppnå en skarpare gränsdragning mellan rådgivning och andra informationstyper vid de enskilda rådgivningstillfällena. Tydliggörandet av rådgivningsbegreppet skulle kunna genomföras genom en lagstadgad definition, vilken kompletteras av mer detaljerade kommentarer i förarbetena till lagändringen. Någon bärande anledning att invända mot ett sådant klagörande av begreppets innebörd synes ej finnas.

När det gäller gränsdragningen mellan rådgivning och annan information, kan följande påpekande göras. Det allmänna rådet om att näringsidkaren tydligt skall skilja mellan å ena sidan placeringsrådgivning, och å andra sidan marknadsföring och allmän information i 4 kap första stycket av KV:s föreskrifter och allmänna råd från 2004 borde anses gälla såväl vid muntlig som skriftlig kommunikation med konsumenten. Swahn och Wendleby menar att detta vägledande råd endast bör anses gälla vid skriftlig kommunikation. Visserligen är det svårare att vid ett muntligt samtal upprätthålla en lika strikt åtskillnad mellan informationstyperna som vid skriftlig kommunikation. Att detta görs är dock sannolikt ur ett konsumentperspektiv lika viktigt i det ena fallet som i det andra. Även om upprätthållandet av en strikt distinktion mellan informationstyperna kan kännas onaturlig vid ett samtal med konsumenten, torde intresset av att upprätthålla distinktionen väga tyngre. Det är inte heller alltför betungande för näringsidkarna att följa det allmänna rådet även vid möte med konsumenten, även om detta kräver att vissa arbetsrutiner för rådgivarna utarbetas. Mot denna bakgrund bör ett klagörande från tillsynsmyndighetens sida göras, angående att rådet skall anses gälla även vid muntligt rådgivning.

Arpi och Musafendic tar i sin artikel upp ett förslag om införande av ett förbud mot att inom ett och samma företag eller företagsgrupp tillhandahålla både försäljning och rådgivning när det gäller placeringar i finansiella instrument. Tanken är att uppnå en organisatorisk separation mellan försäljning och rådgivning, och att skapa en fristående marknad för placeringsrådgivning²⁰⁰. Idén framstår dock enligt mig som alltför radikal. Den torde i förhållande till ändamålet att uppnå en tydligare distinktion mellan rådgivning och annan information, utgöra ett oproportionerligt stort intrång i näringsfriheten och näringsidkarens frihet att organisera sin verksamhet efter eget gottfinnande.

²⁰⁰ Arpi och Musafendic sid 33

4.1.6 Kravet på rekommendationens lämplighet

Den i propositionen framförda ståndpunkten att det är praktiskt omöjligt att kräva av näringsidkaren att denne skall lämna den rekommendation som är mest lämplig av alla tänkbara placeringslösningar, förefaller fullt rimlig. För det första innebär subjektiviteten i bedömningen att det alltid går att diskutera vilken rekommendation som i en viss situation är den mest lämpliga. Detta kan aldrig fastställas objektivt. För det andra hade ett så pass högt ställt krav varit oskäligt gentemot näringsidkaren, även om det hade funnits en objektiv metod för att avgöra vilken rekommendation som är bäst. Detta innebär inte att man ej borde kunna ställa kravet på lämnade rekommendationer högre än att de skall framstå som lämpliga. I 5 § FRL stadgas skyldigheten för näringsidkaren att anpassa sin rådgivning till konsumenten. Det ter sig därför rimligt, konsekvent, och ur ett konsumentperspektiv mer önskvärt att höja kravet till att rekommendationen skall framstå som "särskilt lämplig". Det borde med andra ord kunna krävas av näringsidkaren att denne kan redogöra för ett antal skäl till att just den lämnade rekommendationen var särskilt lämplig för den enskilde konsumenten. Det skall således inte vara tillräckligt att näringsidkaren ger en av flera tänkbara rekommendationer som kan framstå som lämpliga utan, att närmare kunna rättfärdiga varför just den lämnade rekommendationen, och inte snarare någon av de övriga, var särskilt lämplig att lämna till just den enskilde konsumenten.

Den ovan diskuterade förändringen till att rekommendationen skall vara särskilt lämplig ter sig inte alltför krävande gentemot näringsidkaren, utan förefaller ligga i linje med den i övrigt gällande skyldigheten för denne att anpassa rådgivningen till konsumenten. Förändringen skulle innebära förbättrade förutsättningar för konsumenten att erhålla skadestånd, eftersom den föreslagna språkliga ändringen i lagtexten skulle innebära en strängare bedömning av den lämnade rekommendationens lämplighet, och ett större krav på att denna är särskilt anpassad till den enskilde konsumenten. Med andra ord skulle den aktsamhetsnorm som gäller vid culpabedömningen av rekommendationer som lämnats av näringsidkare ändras, och ställa högre krav på denne.

4.2 Det reparativa skyddet de lege ferenda

4.2.1 Krav på ansvarsförsäkring

Om näringsidkare som ägnar sig åt rådgivningsverksamhet registreras medför detta att ett praktiskt krav för att kunna införa en obligatorisk ansvarsförsäkring blir uppfyllt. Ett krav på ansvarsförsäkring ter sig fullt rimligt att ställa, och innebär inte någon oproportionerligt betungande skyldighet gentemot näringsidkaren, vilken som tidigare nämnts dessutom själv kan gynnas av att teckna en sådan försäkring. Kravet skulle visserligen förmodligen i praktiken inte innebära någon genomgripande förändring, då de flesta aktörer som tillhandahåller rådgivning enligt FRL redan torde ha en sådan försäkring. Den lilla, men trots allt befintliga, risken för att en konsument i ett enskilt fall inte erhåller fullt skadestånd på

grund av näringsidkarens insolvens skulle dock uteslutas. Behovet av att jämka skadeståndet till konsumenten skulle dessutom försvinna, vilket ur ett konsumentskyddsperspektiv endast kan ses som positivt.

4.2.2 Ersättning för det positiva kontraktsintresset

Det har redan påpekats i detta arbete att uttalandet i propositionen till FRL om att konsumentens rätt till skadestånd enligt 6 § FRL vid oaktsam finansiell rådgivning skulle begränsa sig till det negativa kontraktsintresset kan framstå som oskälig och inkonsekvent. Detta då huvudregeln inom den allmänna avtalsrätten är att den skadelidande parten vid avtalsbrott har rätt till ersättning för det positiva kontraktsintresset. Denna ersättning inkluderar som nämnt utebliven vinst. Ett avsteg från principen om ersättning enligt det positiva kontraktsintresset framstår som desto mer oskälig och omotiverad då det är frågan om ett konsumentförhållande. Någon rättspraxis som emotsäger uttalandet i propositionen existerar inte, varför man sannolikt bör utgå ifrån att begränsningen av skadeståndet till det negativa kontraktsintresset skall anses gälla enligt den positiva rätten. En sådan ordning framstår dock inte som tillfredsställande då det är svårt att se rimligheten och skäligheten i att konsumenten nekas rätt till ersättning för utebliven vinst, trots att detta är huvudregeln även vid kommersiella avtal mellan jämbördiga parter.

Uttalandet i propositionen kompletteras inte av någon närmare förklaring eller kommentar som ger någon vägledning angående anledningen till valet att begränsa skadeståndsansvaret på detta sätt. Ett tänkbart skäl, som möjligtvis också kan användas som argument mot införandet av en rätt till ersättning för utebliven vinst, är som nämnt i avsnitt 3.2.1.1 att det torde vara svårt att avgöra hur den uteblivna vinsten skall fastställas när det är frågan om placeringsrådgivning. I en annan del av propositionen anges nämligen att det på grund av bedömningens alltför subjektiva karaktär inte går att kräva att näringsidkaren rekommenderar den lösning som är mest lämplig eller liknande. Det bakomliggande skälet till valet att begränsa rätten till skadestånd till det negativa kontraktsintresset skulle således kunna vara att bedömningen av hur den uteblivna vinsten skall fastställas anses alltför subjektiv. Om ett stort antal tänkbara placeringsalternativ stod till buds vid rådgivningstillfället är det sannolikt svårt att i efterhand avgöra vilken placering rådgivaren hade rekommenderat om han hade fullgjort sitt rådgivningsuppdrag avtalsenligt, med tillbörlig aktsamhet. Det kan mycket väl vara så att ett flertal placeringar var att se som lämpliga för konsumenten och hade kunnat rekommenderas, utan att avtalsbrott förelegat.

Hur skall man då fastställa den uteblivna vinstens storlek vid införande av en rätt till ersättning enligt det positiva kontraktsintresset? Att anse att konsumenten alltid skall kompenseras för den vinst han hade gjort om han hade genomfört den av vid tidpunkten för rådgivningen olika tänkbara placeringar som i efterhand visar sig ha varit mest lönsam förefaller uteslutet, då detta skulle kunna leda till överkompensation, och framstår som

oskäligt gentemot näringsidkaren. Att istället avgöra vilken alternativ placering som det hade legat närmast till hands att rekommendera för en rådgivare som hade fullgjort rådgivningsuppdraget på ett aktsamt och avtalsenligt sätt, verkar svårt. Vilken placering som det hade legat närmast till hands att rekommendera torde bero på hur den enskilde konsumentens situation, och en korrekt genomförd kartläggning av denne, såg ut vid rådgivningstillfället. Det torde gå att använda sig av vissa relativt objektiva metoder för att avgöra vilka placering som hade varit tänkbara att rekommendera, om rådgivaren fullgjort sitt uppdrag avtalsenligt. Bedömningen torde innebära att en jämförelse görs mellan konsumentens situation vid tidpunkten för rådgivningen och de olika tänkbara placeringsalternativens karaktäristika. Att däremot med säkerhet fastställa vilken av dessa tänkbara placeringar som det hade legat närmast till hands för näringsidkaren att rekommendera vid ett korrekt utfört rådgivningsuppdrag, framstår som omöjligt. Bedömningen skulle förmodligen bli alltför godtycklig och rättsosäker.

Enligt ovanstående framstår det ur ett konsumentperspektiv som önskvärt att införa en rätt till ersättning för det positiva kontraktsintresset vid oaktsam rådgivning som orsakat konsumenten ekonomisk skada. Å andra sidan torde det i de flesta fall inte vara möjligt att med någon säkerhet fastställa den uteblivna vinstens storlek. En tillfredsställande lösning skulle mot denna bakgrund kunna vara att införa en rätt till ersättning enligt det positiva kontraktsintresset, som innehåller en schablonmässig beräkning av den uteblivna vinsten. Man skulle således kunna tänka sig att konsumenten i alla situationer skall ersättas på så vis att hon eller han hamnar i samma ekonomiska läge som om pengarna hade placerats på ett vanligt inlåningskonto på bank. Den uteblivna vinsten som konsumenten ersätts för skulle således motsvara den avkastning i form av ränta som denne hade erhållit genom en sådan placering. Vilken ränta konsumenten hade kunnat erbjudas vid en sådan placering borde kunna gå att avgöra utan några större svårigheter.

Visserligen skulle schablonen i vissa fall kunna anses innebära att konsumenten inte erhåller full kompensation, om denne kanske aldrig övervägde en sådan placering, och hade valt en annan, mer lönsam, placering om rådgivaren hade utfört rådgivningen med tillbörlig aktsamhet. En sådan schablonmässig lösning skulle också kunna leda till att konsumenten blir överkompenserad i de situationer denne istället för den rekommenderade placeringen hade valt en annan placering, som också skulle ha lett till förlust. Problemet är dock som redan anförts att det är svårt att i efterhand kunna fastställa med någon säkerhet vilken alternativ placering som hade valts vid ett alternativt, aktsamt händelseförlopp. Om en bättre rätt till ersättning skall kunna införas för konsumenter som drabbats av ekonomisk skada till följd av oaktsam rådgivning, måste detta av praktiska skäl därför sannolikt göras med tillämpning av schablonmässiga regler för beräkningen av utebliven vinst. Vid tillämpningen av den så kallade differensprincipen²⁰¹ skulle konsumenten enligt det här framförda förslaget ersättas för skillnaden mellan utfallet i det oaktsamma händelseförlopp

²⁰¹ Se Swahn och Wendleby sid 81

som ägt rum, och utfallet som hade uppstått om de pengar konsumenten investerat i enlighet med näringsidkarens rekommendation istället placerats på ett vanligt inlåningskonto på bank.

4.2.3 Konsumentens skyldighet att begränsa sin skada

Den skadelidande har enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer en skyldighet att begränsa sin skada för att kunna erhålla full ersättning för denna av skadevållaren. Att konsumenten även vid finansiell rådgivning skall anses ha en skyldighet att reagera då han eller hon uppmärksammar skadan framstår som naturligt, och följer av den nämnda principen. Tillämpningen av principen vid skadeståndsskyldighet enligt FRL bör dock enligt min mening anpassas dels efter den omständigheten att det är frågan om ett konsumentförhållande, dels efter finansiella placeringars komplicerade karaktär. Konsumenten bör således anses ha fullgjort sin skyldighet att begränsa sin skada så snart denne har tagit kontakt med näringsidkaren för att erhålla anvisningar om lämpligt agerande för att begränsa skadan, och följt dessa inom rimlig tid efter att de lämnats. Det kan nämligen vara svårt för den enskilde konsumenten att veta hur man bör gå tillväga för att minimera skadan. Det kan till exempel framstå som osäkert om omedelbar försäljning är det bästa sättet att begränsa skadan. Att kräva av konsumenten att denne själv avgör vilket tillvägagångssätt som är lämpligt ter sig oskäligt. Om den enskilde konsumenten haft goda förutsättningar att göra en sådan bedömning på egen hand, hade hon eller han förmodligen inte tagit del av någon rådgivning från första början. Om näringsidkaren inte samarbetar och lämnar konsumenten några anvisningar om hur hon eller han bör agera för att försöka begränsa skadan, borde konsumenten ändå anses ha fullgjort sin skyldighet enligt begränsningsregeln.

Det förefaller emellertid rimligt att kräva av konsumenten att denne skall vara någorlunda väl insatt i värdeutvecklingen av de placeringar hon eller han gjort till följd av rådgivning enligt FRL. Att till exempel kräva av näringsidkaren att denne skall agera ex officio, och kontakta konsumenten för att åtgärda konsekvenserna av tidigare rådgivning, framstår inte som rimligt eller skäligt, då detta sannolikt skulle alltfört mycket frita konsumenten från eget ansvar, till näringsidkarens nackdel. Det vore önskvärt att en sådan tolkning av skyldigheten som framförts i detta avsnitt fastslås i rättspraxis, eller lagfästs i FRL.

4.2.4 Plikt att informera om risk

Den rättspraxis som har redovisats i avsnitt 3.2.1.4 godtar att näringsidkaren anpassar sin information om den risknivå och de risker som en placering är förknippad med till olika omständigheter, som utåt sett kan tyda på att konsumenten redan besitter en viss kunskapsnivå angående detta. Det problematiska med en sådan praxis är som tidigare

anförts att de omständigheter som näringsidkaren tillåts ta hänsyn till för att anpassa den information om risk som lämnas, inte är några garantier för att konsumenten faktiskt besitter den kunskap som rådgivaren utgår ifrån att hon eller han redan har. Inställningen att information endast skall ges om risker som framstår som oväntade är därför riskabel. Man tillåter genom en sådan rättspraxis att konsumentens rätt att erhålla fullständig information om de risker den rekommenderade placeringen innebär, äventyras. Att utsätta konsumenten för en sådan risk, som kan innebära att denne i det enskilda fallet inte ges möjlighet att grunda sitt val av placering på fullständig information, framstår som olämpligt ur ett konsumentperspektiv. Ur ett sådant perspektiv är det önskvärda att det gällande regelverket garanterar konsumenten en rätt att för varje rekommenderad placering delges fullständig information om placeringens risknivå, och de risker den är förenad med. Resonemanget är helt enkelt att konsumenten hellre bör riskera att få samma information två, eller till och med flera gånger, än att riskera att inte få den alls. Detta då informationen ifråga torde vara av väsentlig betydelse. Frågan om riskerna och risknivån torde ur den enskilde konsumentens synvinkel vara en av de absolut viktigaste aspekterna som beaktas vid valet av placering. Det är nämligen konsumenten själv, och inte rådgivaren, som i slutändan avgör vilken placering som skall väljas, och därför bör konsumenten också ges en garanti för att kunna grunda beslutet på komplett och korrekt information om risk.

Att utsätta konsumenten för den nämnda risken framstår också som onödigt, då det inte innebär någon nämnvärd ytterligare åtgång av tid eller resurser för näringsidkaren att säkerställa att fullständig riskinformation lämnas för varje rekommenderad placering. Det räcker att se till att fullständig information rutinmässigt och systematiskt lämnas till varje kund för varje rekommenderad placering. All information behöver inte heller nödvändigtvis lämnas muntligt. Den viktigaste informationen kan lämnas muntligt, och konsumenten kan sedan tilldelas ett informationsblad som han uppmanas att läsa, där fullständig information redovisas. Riskinformation torde enligt nuvarande ordning ändå ofta behöva lämnas. Den extra tid det möjligtvis kan ta för näringsidkaren att lämna fullständig information om risk för varje rekommendation, skulle denne sannolikt spara genom att rådgivaren i varje enskilt fall slipper lägga tid på att bedöma hur omfattande riskinformation som behöver lämnas. Det verkar således knappast vara frågan om någon svårbedömd intresseavvägning mellan konsumentens intresse, och ett legitimt och angeläget intresse för näringsidkaren.

En tänkbar invändning mot det här framförda förslaget är varför just fullständig information om risk skulle krävas för varje placeringsrekommendation, när rådgivningen och den information som i övrigt lämnas skall anpassas efter konsumenten enligt 5 § FRL. En annan tänkbar invändning är att det inte är ändamålsenligt att ställa alltför höga krav på att näringsidkaren skall lämna för mycket information, då konsumenten ofta inte kan, vill eller hinner tillgodogöra sig denna fullt ut, särskilt om den lämnas skriftligt. När det gäller den första invändningen kan påpekas att riskaspekter som nämnt oftast torde det vara bland de viktigaste parametrarna som konsumenten grundar sitt val av placering på. Vidare är det information om just risk som ur ett konsumentperspektiv framstår som viktigast. Det är

ofullständig information om risk som kan leda till de för konsumenten mest allvarliga och oförutsedda konsekvenserna, till exempel risken för förlust utöver det satsade beloppet vid placering i olika derivatinstrument.

När det gäller den andra invändningen kan anföras att det alltid finns en risk att konsumenten inte tillgodogör sig information som lämnas, men detta är inte ett godtagbart argument för att avstå från att lämna den information som framstår som mest väsentlig. Det här framförda förslaget handlar dessutom om att säkerställa att det krav på att lämna information som redan gäller faktiskt efterlevs, inte om att en plikt att lämna någon ny typ av information införs. Vidare torde det vara möjligt att lämna information om de risker en placering är förenad med på ett koncist, överskådligt och lättbegripligt sätt. Det som föreslås är således inte att konsumenten skall tillhandahållas en utförlig och detaljerad beskrivning av riskerna, utan snarare en förteckning över dessa, och ett kortfattat omdöme om risknivån. Den här föreslagna förändringen skulle kunna införas genom en föreskrift eller ett allmänt råd från tillsynsmyndigheterna, vilket skulle förändra den goda rådgivningssedens innehåll på denna punkt, eller kanske till och med genom ett uttryckligt stadgande i 5 § FRL då det handlar om ett undantag från den lagstadgade principen att rådgivningen skall anpassas till den enskilde konsumenten.

4.2.5 Reform av förfarandet i ARN

Andelen konsumenter som uppnår framgång i ARN är som framgått låg. Detta kan ha visst samband med att konsumentens underläge gentemot näringsidkaren vid förfarandet förvärras av att endast skriftliga inlagor bedöms. Näringsidkaren är den som upprättar dokumentationen av rådgivningen, vilket kan anses ge denne en otillbörlig fördel vid förfarandet, om konsumenten inte tillåts muntligen beskriva hur han eller hon upplevt rådgivningen. Vidare kan konsumenten helt sakna juridiska kunskaper, eller ha svårigheter att uttrycka sig i skrift, vilket kan innebära svårigheter vid utformningen av klagomålet. Om förfarandet mot denna bakgrund skall reformeras i likhet med Fredric Korlings förslag²⁰², och göras mer likt förfarandet i allmän domstol, bland annat genom att utvidga nämndens bedömningsunderlag och tillåta muntlig bevisning, kan diskuteras. Man kan också fråga sig om en eventuell reformering av förfarandet i ARN skall gälla alla konsumentklagomål, eller enbart sådana om placeringsrådgivning, på grund av dessas komplicerade karaktär. Ur ett rent konsumentperspektiv vore naturligtvis en förändring i denna riktning önskvärd, eftersom den torde minska konsumentens underläge i ARN- förfarandet. Här är det dock återigen frågan om hur allmänna medel skall användas, och således ytterst en fråga om politiska prioriteringar.

²⁰² Arpi och Musafendic sid 27

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Lagar, förordningar och föreskrifter

Konsumenttjänstlagen (1985:716)

Konsumentkreditlagen(2010:1846)

Lagen om bank- och finansieringsrörelse (2004:297)

Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter (2003:862)

Lagen om värdepappersmarknaden (2007:528)

Preskriptionslagen(1981:130)

Skadeståndslagen (1972:207)

Förordningen om finansiell rådgivning till konsumenter (2004:17)

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

FFFS 2002:23 *Finansinspektionens allmänna råd om klagomålshantering avseende finansiella tjänster till konsumenter*

FFFS 2004:4 *Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd om finansiell rådgivning till konsumenten*

EU-förordningar och EU-direktiv

EU- direktivet 2004/39/EG om marknader för finansiella instrument

Offentliga tryck

SOU 2002:41, *Konsumentskydd vid finansiell rådgivning*

SOU 2006: 50, *En ny lag om värdepappersmarknaden*

Prop 2002/03:113, *Lag om finansiell rådgivning till konsumenter*

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

Litteratur

Monografier

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, upplaga 12, Lund 2005

Agell, Anders, Malmström, Åke, *Civilrätt*, upplaga 18:1, Liber ekonomi, Falköping 2003

Beckman, Mats, Lycke, Johan, Alf – Peter, Svensson (Beckman m.fl) *Regelverk på värdepappersmarknaden -kunskap för finansiell rådgivning*, upplaga 4:1, Liber AB Malmö 2008

Bengtsson, Bertil, *Försäkringsavtalsrätt*, upplaga 2:1, Norstedts Juridik AB, Mölnlycke 2010

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, upplaga 7:2, Norstedts Juridik AB, Vällingby 2010

Hellner, Jan, Hager, Richard, Annina H., Persson, *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt- 1 häftet särskilda avtal*, upplaga 5:1, Norstedts Juridik AB, Mölnlycke 2010

Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, upplaga 8:1, Norstedts Juridik AB, Visby 2010

Håstad, Torgny, *Den nya köprätten*, upplaga 5, Lustus förlag, Mölnlycke 2004

Lycke, Johan, Runesson, Eric M., Swahn, Mikael (Lycke m.fl), *Ansvar vid finansiell rådgivning*, upplaga 1:1, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003

Ramberg, Christina, *Kontraktstyper*, upplaga 1:1, Norstedts Juridik AB, Solna 2005

Swahn, Mikael, Wendleby, Björn, *Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter - en kommentar*, upplaga 1:1, Norstedts Juridik AB, Norge 2005

Artiklar

Arpi, Agnes, Musafendic, Alen, *Farligt förtroende- Rådgivningslagen i praktiken och politikens gränser*, Timbro 2010

Hultqvist, Anders, *Vad är en kapitalförsäkring*, Svensk skattetidning, I.2009

Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SVJT 2005 sid 249-272

Internetsidor

<http://www.arn.se/Konsument/Efter-beslutet-2/>

<http://www.arn.se/Konsument/Innan-du-anmaler/Radgivning-2/Konsumentvagledare-2/>

<http://www.dn.se/ekonomi/actas-rad-blev-dyrkopta-for-pensionar-1.468714> (2010-09-24),
www.dn.se.

http://www.e24.se/pengar/din-ekonomi/lagen-om-finansiell-radgivning-brister_2375139.e24

<http://www.fi.se/Regler/>

<http://www.finansforbundet.se/din-karrir/utbildning-och-kompetensutveckling/licensiering-certifiering>

<http://www.grupptalanmotacta.se/>

<http://www.riksbank.se/templates/Page.aspx?id=20973>

<http://www.sverigeskonsumenter.se/Documents/Pressmeddelanden/Pressmeddelanden%202003/PM.%20Lag%20om%20finansiell%20r%c3%a5dgivning.%20April03.pdf>

www.swedsec.se

<http://sv.wikipedia.org/wiki/Kapitalf%C3%B6rs%C3%A4kring>

<http://sv.wikipedia.org/wiki/Livf%C3%B6rs%C3%A4kring>

Övrigt

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

FI 2005:13 *Konsumenten och rådgivningen*

Söderberg, Inga-Lill, Persson, Annina H., Eriksson, Kent, (Söderberg m.fl)
Bankrådgivningsrelationen och rådgivningslagen sid 24-28

Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 1995 s 693

NJA 1993 s 41 I och II

NJA 1992 s 243

Hovrättsfall

HovrT 1216-06

HovrT1357-08

HovrT 1799-07

Tingsrätt

TR 469-96

Allmänna reklamationsnämnden

ARN 2001:2474

Registrerad på kursen först gången 31 augusti 2011, aldrig omregistrerat på kursen, ej deltagit i något examinationstillfälle.