

Skadeståndets bestämmande vid finansiell rådgivning



SOU och Ds kan köpas från Wolters Kluwers kundservice.
Beställningsadress: Wolters Kluwers kundservice, 106 47 Stockholm
Ordertelefon: 08-598 191 90
E-post: kundservice@wolterskluwer.se
Webbplats: wolterskluwer.se/offentligapublikationer

För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Wolters Kluwer Sverige AB på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.
Svara på remiss – hur och varför
Statsrådsberedningen, SB PM 2003:2 (reviderad 2009-05-02).
En kort handledning för dem som ska svara på remiss.
Häftet är gratis och kan laddas ner som pdf från eller beställas på regeringen.se/remisser

Omslag: Regeringskansliets standard
Tryck: Elanders Sverige AB, Stockholm 2017

ISBN 978-91-38-24598-9
ISSN 0284-6012

Till Finansdepartementet

Den 29 augusti 2016 fick jag i uppdrag av Finansdepartementet att utreda vissa frågor rörande konsumenters rätt till skadestånd vid finansiell rådgivning. Jag får härmed överlämna promemorian Skadeståndets bestämmande vid finansiell rådgivning.

Stockholm i mars 2017

Bertil Bengtsson

Innehåll

Förkortningar.....	5
Sammanfattning.....	7
1 Promemorians lagförslag	9
2 Bakgrund.....	11
3 Förarbetena till lagen om finansiell rådgivning till konsumenter.....	15
4 Närmare om resonemangen i förarbetena	21
5 Skadetyper	25
6 Möjligheter till ansvarsförsäkring.....	29
7 Bör skadeståndet begränsas?	31
8 Andra sätt att lindra skadeståndsansvaret	35
9 En hävningsliknande påföljd.....	41
10 Alternativa lagtexter.....	45
11 Ikraftträdande och övergångsregler m.m.....	49
12 Ekonomiska konsekvenser	51

13 Författningskommentar 53

**Bilaga Uppdrag att utreda skadeståndsregleringen i lagen
(2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter ... 57**

Förkortningar

ARN	Allmänna reklamationsnämnden
LFR	Lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. 1
Prop.	Proposition
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar

Sammanfattning

Utredningsuppdraget gäller den begränsade frågan hur skadestånd ska bestämmas vid brister i finansiell rådgivning till konsumenter, något som för närvarande regleras i lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter (LFR). Promemorian utgår från att skadeståndsansvaret liksom nu ska förutsätta styrkt uppsåt eller oaktsamhet.

Nuvarande lagtext i 6 § LFR stämmer inte helt med lagmotiven och bör enligt promemorian under alla förhållanden ändras. En väsentlig fråga blir då om paragrafen, som anges i dessa motiv, bör begränsa skadeståndet så att utebliven vinst inte ersätts. I promemorian utvecklas att vissa praktiska skäl talar för att slå fast motsvarande regel i den nya lagen, men mot detta kan åberopas värdet av ett förstärkt konsumentskydd. Frågan vilken regel som bör väljas framstår som så pass tveksam att det i promemorians lagförslag tagits upp två olika alternativ; enligt det ena utgår inte ersättning för utebliven vinst, enligt det andra utgår full ersättning till konsumenten.

I båda alternativen tilläggs en regel om en särskild påföljd som tillämpas i Allmänna reklamationsnämndens praxis rörande finansiell rådgivning. I den mån konsumentens skada består i att finansiellt instrument som han förvärvat och alltjämt innehar har minskat i värde ska han inte kunna kräva vanligt skadestånd för värdeminskningen.¹ I stället får han, om värdeminskningen är väsentlig, kräva att återfå vad han betalat för instrumentet mot att han överlämnar instrumentet till rådgivaren. Dessutom kan han fordra ersättning för annan skada än sådan värdeminskning – enligt det andra alternativet bl.a. för utebliven vinst.

¹ I denna promemoria bör "han" läsas som "han eller hon".

1 Promemorians lagförslag

Förslag till lag om ändring i lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter

Härigenom föreskrivs att 6 § lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter ska ha följande lydelse.

Alternativ 1

Nuvarande lydelse

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

Föreslagen lydelse

6 §

Näringsidkare som genom finansiell rådgivning uppsåtligen eller av oaktsamhet orsakar konsumenten ren förmögenhetsskada ska ersätta skadan. *Ersättningen omfattar dock inte utebliven vinst.*

Näringsidkarens skadeståndsskyldighet enligt första stycket omfattar inte skada som består i minskning av värdet på ett finansiellt instrument som konsumenten förvärvat och alltiämt innehar. Om värdeminskningen är väsentlig får konsumenten i stället fordra att näringsidkaren utger vad som konsumenten har betalat för instrumentet mot att detta

överläts till näringsidkaren.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2018. Har rådgivningen skett före ikraftträdandet tillämpas äldre lag.

Alternativ 2

Nuvarande lydelse

Näringsidkare som genom finansiell rådgivning uppsåtligen eller av oaktsamhet orsakar konsumenten ren förmögenhetsskada ska *ersätta* skadan.

Föreslagen lydelse

6 §

Näringsidkare som genom finansiell rådgivning uppsåtligen eller av oaktsamhet orsakar konsumenten ren förmögenhetsskada ska *betala full ersättning* för skadan.

Näringsidkarens skadeståndsskyldighet enligt första stycket omfattar dock inte skada som består i minskning av värdet på ett finansiellt instrument som konsumenten förvärvat och alltjämt innehar. Om värdeminskningen är väsentlig får konsumenten i stället fordra att näringsidkaren utger vad som konsumenten har betalat för instrumentet mot att detta överläts till näringsidkaren.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2018. Har rådgivningen skett före ikraftträdandet tillämpas äldre lag.

2 Bakgrund

Lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter (LFR) innehåller bl.a. vissa skadeståndsregler. I 6 §, som här har särskilt intresse, sägs att näringsidkare som genom finansiell rådgivning uppsåtligen eller av oaktsamhet orsakar konsumenten ren förmögenhetsskada ska ersätta skadan. I 7 § finns vidare regler om reklamation och preskription. Konsumenten ska underrätta näringsidkaren inom skälig tid efter det att konsumenten märkt eller bort märka att skada har uppkommit; annars faller rätten till skadestånd bort. Detsamma gäller om konsumenten inte väcker talan inom tio år från rådgivningstillfället.

I betänkandet (SOU 2014:4) Det måste gå att lita på konsumentskyddet har utredningen om konsumentskydd vid finansiell rådgivning föreslagit att LFR ska upphöra att gälla och att samma skadeståndsregler ska tas in i 4 respektive 5 § i en ny lag om skadestånd vid finansiell rådgivning till konsumenter.

Utredningsuppdraget framgår av *bilaga 1*. Det innebär att utreda hur konsumenters rätt till skadestånd på grund av skada som en näringsidkare orsakat, uppsåtligen eller av oaktsamhet, vid finansiell rådgivning fortsättningsvis bör regleras. Närmare sägs bl.a. följande. I samband med pågående arbete inom Finansdepartementet att bereda betänkandet av utredningen om konsumentskydd vid finansiell rådgivning (SOU 2014:4) och betänkandet av 2013 års värdepappersmarknadsutredning (SOU 2015:2) har vissa frågor med anknytning till den nuvarande regleringen avseende skadestånd vid vårdslös finansiell rådgivning till konsumenter uppmärksammats. I förarbetena till lagen om finansiell rådgivning (prop. 2002/03:133 s. 32 och 33) förs resonemang om omfattningen av det aktuella skadeståndsansvaret. Det anges att den ersättningsgilla skadan är begränsad till det som betecknas som det negativa kontraktsintresset. Med avseende på

finansiell rådgivning anges att detta innebär att konsumenten ska försättas i samma ekonomiska situation som konsumenten skulle ha varit i om han eller hon inte hade vidtagit några dispositioner med anledning av rådgivningen. Enligt förarbetena bör konsumenten ersättas för de medel som kan anses ha gått förlorade genom exempelvis en dålig placering. Även kostnader som konsumenten drabbas av bör ersättas. Slutligen anges det att ersättning också bör erhållas för skulder som konsumenten ådragit sig, exempelvis i samband med handel med derivata instrument. Enligt förarbetsuttalandena kan däremot ersättning inte utgå enligt det positiva kontraktsintresset, dvs. konsumenten bör inte kunna ersättas för utebliven vinst. Ersättning kan exempelvis inte fås på den grunden att konsumenten vid ett alternativt agerande skulle ha kunnat uppnå högre avkastning på sitt kapital än vad som på grund av rådgivningen blev fallet. – Det bör analyseras om de aktuella resonemangen i förarbetena till lagen om finansiell rådgivning till konsumenter överensstämmer med den gängse uppfattningen om hur begreppet ren förmögenhetsskada samt positivt och negativt kontraktsintresse förstås och används. Vidare bör det övervägas om det finns skäl för att konsumentens rätt till ersättning för utebliven vinst ska vara begränsad, om han eller hon kan bevisa att en sådan skada faktiskt uppstått. Förarbetena till nu gällande lag anger bara att konsumentens rätt till ersättning är begränsad, utan att närmare motivera varför denna begränsning skulle vara lämplig. – Skadeståndsregleringen i lagen om finansiell rådgivning till konsumenter behöver ses över. I uppdraget ligger att analysera lagtextens utformning och hur den förhåller sig till relevanta förarbetsuttalanden samt vid behov lämna förslag till ändringar. Vidare ska det utredas om det finns skäl att över huvud taget begränsa en rådgivares eventuella skadeståndsansvar vid vårdslös finansiell rådgivning.

Utredningsuppdraget får uppfattas så, att utredningen ska inrikta sig enbart på ersättningens beräkning och hur lagregeln ska formuleras i detta hänseende. Däremot ska skadeståndsansvaret liksom nu förutsätta ansvar för (styrkt) uppsåt eller oaktsamhet. Någon diskussion om eventuella begränsningar av lagens tillämpningsområde kommer inte att ske. Inte heller innebär uppdraget att utreda en ändring av reglerna om reklamation och preskription av skadeståndsansvaret.

Utom i lagförarbeten har de aktuella problemen behandlats i en lagkommentar² och i en doktorsavhandling från 2010.³ Domstolspraxis av större intresse för de berörda frågorna har inte anträffats; refererade avgöranden rör andra typer av rådgivning och belyser i ringa utsträckning skadeståndets beräkning. Under utredningen har emellertid en genomgång skett av beslut angående finansiell rådgivning av Allmänna reklamationsnämnden (ARN), som i åtskilliga antal fall tagit ställning till skadeståndets bestämmande. Promemorian återkommer till denna praxis i flera sammanhang.

En närliggande lagstiftning är lagen (2005:405) om försäkringsförmedling. Med försäkringsförmedling menas enligt 1 kap. 1 § yrkesmässig verksamhet som består i att lägga fram eller föreslå försäkringsavtal eller utföra annat förberedande arbete innan försäkringsavtal sluts, för någon annans räkning ingå försäkringsavtal eller bistå vid förvaltning och fullgörande av försäkringsavtal. 5 kap. 4 § innehåller regler om god försäkringsförmedlingssed m.m., varvid bl.a. anges hur rådgivning ska gå till. I 5 kap. 7 § föreskrivs att om försäkringsförmedlaren uppsåtligen eller av oaktsamhet åsidosätter sina skyldigheter enligt 5 kap. 4 § ska förmedlaren ersätta ren förmögenhetsskada som på grund av detta drabbar en kund, en försäkringsgivare, ett fondbolag, en förvaltare av alternativa investeringsfonder eller någon som härleder sin rätt från kunden. Motiven innehåller ingen närmare diskussion om skadeståndets omfattning, inte heller den gängse kommentaren. Det kan nämnas att en förutsättning för tillstånd att utöva försäkringsförmedling är att förmedlaren omfattas av en försäkring för skadeståndsskyldighet på grund av åsidosatta skyldigheter enligt lagen – alltså en obligatorisk ansvarsförsäkring.

Vid utredningsarbetet har tagits kontakt, utom med Allmänna reklamationsnämnden (ARN), med Finansinspektionen och med vissa större försäkringsbolag – detta för att klarlägga möjligheterna att teckna ansvarsförsäkring som omfattar skadeståndsansvar för finansiell rådgivning.

² Mikael Swahn & Björn Wendleby, Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter (2005).

³ Fredric Korling, Rådgivningsansvar, särskilt s. 576 ff.

3 Förarbetena till lagen om finansiell rådgivning till konsumenter

Allmänt kan sägas följande om inställningen bakom skadestandsreglerna i LFR.⁴

I betänkandet (SOU 2002:41) framhölls att en skadeståndssanktion var den mest ändamålsenliga sanktionen mot oaktsam rådgivning. Såväl skadeståndets preventiva som dess reparativa funktion talade för detta. Ett skadeståndsansvar för vårdslös rådgivning fanns redan i praxis. Denna praxis borde kodifieras. Genom att i LFR införa en uttrycklig skadeståndsskyldighet i sådana fall gavs möjligheter att tydligare avgränsa och beskriva omfattningen av denna skyldighet. – Det tillades att avsikten inte var att införa ett vittgående ansvar för ”dåliga” råd; att konsumenten gör en ekonomisk förlust på grund av att aktiekurser sjunker eller räntenivåerna förändras var i allmänhet inte följden av vårdslös rådgivning. Finansiella rådgivare kunde lika litet som någon annan med säkerhet förutsäga värdeutvecklingen avseende olika finansiella instrument. Det var självfallet otänkbart att låta finansiella rådgivare utföra bedömningar av de finansiella marknaderna vid äventyr av skadestånd. Ett skadestånd enligt lagen hade inte till syfte att kompensera för upp- och nedgångar på de finansiella marknaderna eller att eliminera de riskmoment som alltid finns vid placeringar i finansiella instrument. Ett ansvar på grund av culpa avsåg i stället att träffa finansiella rådgivare som på något sätt avvek från den

⁴ Här förbigås de närmare utläggningar om culpareglens tillämpning som förekommer särskilt i SOU 2002:41 s. 134 ff.

gångse normen i sitt arbetssätt eller i sina bedömningar.⁵ Resonemanget återkom sedan nästan ordagrant i propositionen.⁶

Syftet med skadeståndet enligt LFR framstår på detta vis snarare som preventivt än reparativt, även om båda syftena framhålls i motiven. Man har bara velat ge konsumenten ett begränsat skydd. Resonemanget kunde synas ta sikte på culpabedömningen, men här synes lagen inte innebära någon lindring av vad som brukar krävas vid en professionell verksamhet som finansiell rådgivning. Lindringen ligger i stället i den begränsning av skadeståndet som motiven anger i fortsättningen.

Under rubriken ”Den ersättningsgilla skadan” anförs i propositionens allmänmotivering bl.a. följande om ren förmögenhetsskada (också här i väsentlig överensstämmelse med betänkandet): Skadan påverkar konsumentens allmänna ekonomiska ställning. Det kan ske genom en minskning av konsumentens ekonomiska tillgångar, en ökning av konsumentens skulder eller genom förlust av inkomst. Principen för vad som betraktas som ersättningsgill skada vid ren förmögenhetsskada kan uttryckas enligt följande. Den skadelidande ska genom skadeståndet försättas i samma förmögenhetssituation som han eller hon befann sig i omedelbart före skadefallet och därefter skulle ha befunnit sig i och skadefallet inte hade inträffat. Någon annan princip än denna är inte avsedd att tillämpas i samband med den föreslagna skadestandsregeln. Principen brukar betecknas som ersättning för det negativa kontraktsintresset. Med avseende på finansiell rådgivning innebär den att konsumenten försätts i samma ekonomiska situation som om konsumenten inte hade vidtagit några dispositioner med anledning av rådgivningen. Konsumenten bör därvid ersättas för de medel som kan anses ha gått förlorade genom exempelvis en dålig placering. Även de kostnader som konsumenten drabbas av bör ersättas. Slutligen bör ersättning också erhållas för skulder som konsumenten ådragit sig, exempelvis i samband med handel med derivativa instrument. Ersättningen inkluderar dock inte ersättning enligt det positiva kontraktsintresset, dvs. konsumenten bör inte kunna ersättas för utebliven vinst. Sålunda bör ersättning exempelvis inte erhållas på

⁵ Se SOU 2002:41 s. 131 f., 133 f.; se även s. 138 f.

⁶ Se prop. 2002/03:133 s. 32.

den grunden att konsumenten vid ett alternativt agerande skulle ha kunnat uppnå högre avkastning på sitt kapital än vad som på grund av rådgivningen blev fallet.⁷

I propositionens författningskommentar sägs emellertid följande om begreppet ren förmögenhetsskada: Med ren förmögenhetsskada avses detsamma som i 1 kap. 2 § skadeståndslagen (SkL), dvs. en ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada. Det saknas anledning att i lagen om finansiell rådgivning till konsumenter införa närmare bestämmelser i fråga om vad som i ett visst fall är att anse som ren förmögenhetsskada och om beräkningen av skadans storlek. I stället hänvisas till allmänna skadeståndsrättsliga principer.⁸ – Det kan tilläggas att propositionen också beträffande bevisbörda och beviskrav hänvisar till allmänna skadeståndsrättsliga principer och i övrigt lämnar frågorna till rättstillämpningen. När det gäller möjligheten att jämka skadeståndet nämner propositionen – utom SkL:s regler och allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser – att principen om konsumentens skyldighet att begränsa sin skada kan komma att uppmärksammas särskilt i detta sammanhang.⁹

Skadestandsreglerna i LFR diskuteras i det nämnda betänkandet SOU 2014:4. Där konstateras att man från flera håll ifrågasatt om skadeståndet ska vara begränsat till det negativa kontraktsintresset, varvid alternativet skulle vara att ersättningen ska omfatta det positiva kontraktsintresset, dvs. ge ersättning för utebliven vinst; vidare hade bl.a. påtalats att den placering av bevisbördan som anges i motiven var oklar. Utredningen höll med om att det fanns argument mot den begränsning av skadeståndet som förarbetena anger, i strid med allmänna kontraktsrättsliga principer. En utsträckt rätt till ersättning enligt det positiva kontraktsintresset skulle emellertid leda till betydande bevissvårigheter, vilket inte kunde sägas om rätten till ersättning för det negativa intresset. Det kunde också vara svårt att fastställa ersättningen för det positiva intresset när det gällde att avgöra vad som utgjorde utebliven vinst. Det processuella underläge som konsumenten redan befann sig i

⁷ A.prop. s. 31 f.

⁸ A.prop. s. 54.

⁹ A.prop. s. 54 f.

skulle förvärras genom en ändring av vad som utgjorde ersättningsgill skada. Att begränsningen till det negativa kontraktsintresset endast återfanns i förarbetena till LFR och inte framgick av lagtexten hade såvitt framkommit inte medfört några problem i tillämningen utan fick numera anses utgöra en etablerad praxis. Skäl att införa en bestämmelse om att konsumenten hade rätt till ersättning för det positiva intresset saknades därför.¹⁰ Utredningen föreslog därför att skadestandsregeln i LFR oförändrad skulle överföras till en särskild lag om skadestånd vid finansiell rådgivning till konsumenter. I sammanhanget framhöll utredningen en praxis av ARN att vid fall av vårdslös rådgivning rekommendera näringsidkaren att ta över den produkt konsumenten investerat i med anledning av rådgivningen och ersätta konsumenten med ett belopp som motsvarar vad konsumenten betalat för rådgivningen. Enligt utredningen var detta hävningsliknande skadestånd en bra lösning på en inte ovanlig situation vid finansiell rådgivning; en kodifiering av förfarandet skulle dock kräva en mera utförlig analys och borde utredas vidare i annat sammanhang.¹¹ – Promemorian återkommer till denna praxis (8 nedan).

Vid remissbehandlingen av betänkandet lämnade de flesta remissinstanserna utredningens ståndpunkt rörande skadeståndsansvaret utan erinran; några godtog den uttryckligen. Göteborgs tingsrätt och Sveriges Konsumenter ifrågasatte utredningens inställning att skadeståndet vid finansiell rådgivning inte skulle utsträckas till att omfatta det positiva kontraktsintresset. Lunds universitet ansåg att skadeståndsansvaret skulle utformas som ett presumtionsansvar – bevisbördan beträffande vållande skulle alltså läggas på näringsidkaren – men godtog att skadeståndet skulle begränsas till negativa kontraktsintresset, vilket borde lagfästas. Konsumentverket ansåg för sin del att utredningen borde ha utrett ARN:s nämnda praxis med hävningsliknande skadestånd, vilket utgjorde en lämplig lösning och visat sig fungera i praxis; alternativet att konsumenten måste vänta på att skadan ska realiseras för att få ersättning var inte godtagbart.

¹⁰ Se SOU 2014:4 s. 278 f. och 332 f.

¹¹ Se SOU 2014:4 s. 334 f. Bl.a. återopades här – utan närmare precisering – ”de skatterättsliga konsekvenserna”. Det ligger utanför uppdraget att ta upp denna fråga.

Finansinspektionen invände däremot att en kodifiering av denna praxis kunde skapa risker i ett värdepappersinstitut om det blev skyldigt att köpa stora volymer av illikvida finansiella instrument, vilket kunde i förlängningen skada bolagets övriga kunder; vidare krävdes ett särskilt tillstånd för ett företag som fick driva värdepappersrörelse att handla med finansiella instrument för egen räkning på grund av den högre risk som sådan verksamhet medförde.

4 Närmare om resonemangen i förarbetena

I uppdraget ingår till en början att analysera om de aktuella resonemangen i förarbetena till lagen om finansiell rådgivning till konsumenter överensstämmer med den gängse uppfattningen om hur begreppet ren förmögenhetsskada samt positivt och negativt kontraktsintresse förstås och används.

Ett vanligt sätt att bestämma skadeståndets storlek både i och utom kontraktsförhållanden är den s.k. differensmetoden. Man jämför den skadelidandes ekonomiska ställning efter skadan med hans ställning om inte skadan inträffat; skillnaden motsvarar skadan och ska ersättas genom skadeståndet. I kontraktsförhållanden kommer man emellertid till andra resultat om man antar att avtalet skulle ha uppfyllts än om man utgår från att inget avtal skulle ha slutits; i det förra fallet talar man om det positiva, i det senare om det negativa kontraktsintresset. Ersättning för det negativa intresset innebär oftast – men inte alltid – ett lägre skadestånd. Det negativa intresset anses som huvudregel böra ersättas bara om det inte blir något avtal av eller om ett avtal blir ogiltigt.

Det är tydligt att resonemangen i motiven inte helt stämmer med uppfattningen om hur ersättningen för ren förmögenhetsskada ska beräknas. Begränsningen till det negativa kontraktsintresset följer varken av lagtexten eller av allmänna kontraktsrättsliga principer. Både avtalet om rådgivning och de följande transaktionerna är ju i regel fullt giltiga. Propositionens resonemang följer emellertid i denna del helt betänkandet.¹² En förklaring till motsägelserna i förarbetena kan vara att de utgår från

¹² Se SOU 2002:41 s. 139 f.

en beskrivning av den ersättningsgilla skadan i utomobiligatoriska förhållanden.¹³ Det är naturligt att denna beskrivning inte omfattar ersättning för ett positivt kontraktsintresse.

Samtidigt framhåller motiven på olika ställen att det närmast är fråga om skadestånd i kontraktsförhållanden. Om grunden för ansvaret sägs sålunda att man oftast kan hävda att rättsförhållandet mellan näringsidkare och konsument företer så stora likheter med ett kontraktuellt förhållande att regler som gäller i sådana förhållanden blir tillämpliga i vart fall analogivis. Genom LFR ansågs klarhet åstadkommas på den punkten.¹⁴ – Om man på detta vis anser lagen föreskriva ett kontraktsmässigt ansvar, borde det åtminstone som en huvudregel innebära att också det positiva intresset ersätts. Ersättning för all skada i kontraktsförhållanden skulle därför anses inbegripa detta intresse. Men förarbetena går som sagt emot en sådan tillämpning.

Det kan tilläggas att hänvisningarna i vart fall till positivt intresse inte är så givande vid alla typer av finansiell rådgivning. Det positiva kontraktsintresset har särskild betydelse vid köp, men begreppet passar inte så bra vid åtskilliga tjänster.¹⁵ I litteraturen talas om ersättning för ”avtalets värde”¹⁶, men vid vissa avtalstyper representerar själva avtalet inte något värde. Bl.a. lär detta gälla vid rådgivning. Rådgivaren är skyldig att lämna ett lämpligt råd, medan ytterligare följder – avsedd vinst – förutsätter nya avtal; också eventuella förluster beror av dessa senare avtal. Man kan naturligtvis säga att den rådfrågande konsumenten siktar till vinst, men det förutsätter en följande utveckling som inte kan anses utlovad genom det första avtalet. Liknande gäller för övrigt vid åtskilliga andra typer av tjänster.¹⁷

Det kan på detta vis verka försvarligt att motiven utesluter ersättning för det positiva intresset utan att detta framgår av

¹³ Se SOU 2002:41 s. 139, med dess hänvisning till Ulf K. Nordensons framställning i Bengtsson m.fl., Skadestånd (3 uppl. 1985).

¹⁴ SOU 2002:41 s. 132 f., a.prop. s. 31.

¹⁵ Se allmänt om det positiva och negativa kontraktsintresset Hellner, Hager & Persson, Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 2. Häftet. Allmänna ämnen (6 uppl. 2016) s. 227 ff., och Herre, Ersättningar i köprätten (1996) s. 301 ff. och 304 ff., med hänvisningar.

¹⁶ Se Herre, a.a. s. 303, med hänvisning.

¹⁷ Man kan jämföra med undervisningstjänster; vad som utlovas är viss kompetens, formell eller reell, men sedan krävs det avtal om anställning eller uppdrag för att konsumenten (eller en undervisad företagare) ska göra en ekonomisk vinst på grund av avtalet. Och vid information är också svårt att tala om något positivt kontraktsintresse.

lagtexten. Inte desto mindre framstår denna som otillfredsställande. En naturlig tolkning av lagtexten är att full ersättning skulle utgå. I litteraturen har motivens ståndpunkt kritiserats, under hänvisning särskilt till allmänna kontraktsrättsliga principer; det skulle vara tveksamt om man på grund av motivuttalandena kan vägra ersättning för utebliven vinst.¹⁸ Konsumentskyddsutredningens inställning, att man inte skulle ändra skadeståndsregeln, kan i vart fall diskuteras.

Vidare ska enligt uppdraget övervägas om det finns skäl för att konsumentens rätt till ersättning för utebliven vinst ska vara begränsad, även när han kan bevisa att en sådan skada faktiskt uppstått. I så fall kan man tänka sig olika alternativa lösningar. (Se 6 och 7 nedan.) – Däremot ska utredningen som sagt inte gå in på förutsättningarna för skadestånd; det följande bygger på den regel om ansvar för uppsåt och oaktsamhet som framgår av LFR.

¹⁸ Se Korling, Rådgivningsansvar s. 584 med hänvisningar. (Korling synes dock acceptera den begränsning motivuttalandena innebär.) Se även Swahn & Wendleby, a.a. s. 80 f.

5 Skadetyper

Enligt 1 § LFR gäller lagen finansiell rådgivning som en näringsidkare tillhandahåller en konsument och som omfattar placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i livförsäkringar med sparmoment, dock inte när rådgivaren enbart förordar en annan placering än som nu sagts.

Genom dålig finansiell rådgivning kan flera typer av skada uppkomma.¹⁹ Uppdragsgivaren kan ha gjort en förlustbringande placering och förlorat en del av sitt kapital. Han kan ha ådragit sig ökade kostnader genom att genomföra placeringen. Han kan ha fått ökade skulder genom att lånefinansiera investeringen. Och han kan ha förlorat möjligheter att genom en mera lyckad transaktion förbättra sin ekonomi – det är då fråga om utebliven vinst. Det har diskuterats att ställa upp ett specifikt skadebegrepp vid rådgivningsansvar.²⁰ Den nämnda differensmetoden har ansetts medföra särskilda problem bl.a. genom svårigheten att bevisa det hypotetiska händelseförloppet då ingen skada ännu kan konstateras, vilket kan leda till att skadan uppskattas med stöd av 35 kap 5 § rättegångsbalken.

Det kan vidare framhållas att finansiell rådgivning kan förekomma i flera olika sammanhang, varvid tjänsten har olika innebörd. Det synes vara sällsynt med separat rådgivning där konsumenten får överväga rådet och senare återkomma angående försäljning eller köp för att genomföra transaktionen. Det verkar vanligare att rådgivning direkt följs av en överenskommelse om en senare transaktion, som antingen förmedlas av rådgivaren eller avser rådgivarens egna produkter. Även i dessa senare fall kan man tala om två olika avtal – ett om rådgivning, ett om försäljning eller

¹⁹ Jfr Korling, a.a. s. 573 ff.

²⁰ Se Korling, a.a. s. 573 f. och 575 ff. med hänvisningar.

inköp – men de hänger så nära ihop att de framstår som delar av samma transaktion. Särskilt gäller detta när rådgivningen är gratis – i så fall framstår den som en inledning till den senare överenskommelsen. Som påpekats vid remissbehandlingen av SOU 2014:4 är det svårt för både konsumenten och rådgivaren att hålla isär rådgivning och marknadsföring av finansiella produkter. – Att märka är att köplagen (1990:931), med dess avvikande skadeståndsregler, anses tillämplig i varje fall på köp av aktie, om också man både i lagens förarbeten och i litteraturen framhållit att den är illa anpassad för sådana köp.²¹ Saken har intresse bl.a. när det gäller skadeståndets storlek. Ju närmare sambandet är med den senare transaktionen, desto naturligare är det att tala om ett positivt intresse där man kan tänka sig att skadeståndet också omfattar utebliven vinst. Skadan till följd av rådgivningen kan på detta sätt ha varierande karaktär.

Vad angår ersättning för utebliven vinst, behöver inte heller denna ersättningspost vara sammankopplad med det positiva intresset. Om rådgivaren felaktigt förmått konsumenten att avyttra värdepapper som skulle ha gått med vinst, eller avrått honom från en vinstgivande transaktion som han varit på väg att företa, skulle situationen om aldrig rådgivning förekommit ha blivit att konsumenten vunnit på affären, och regeln i LFR skulle ha medfört skadestånd för den uteblivna vinsten (förutsatt att det hypotetiska händelseförloppet – alltså det handlingssätt som konsumenten tänkt sig – kunnat göras tillräckligt sannolikt och adekvat kausalitet skulle föreligga).

Angående det negativa kontraktsintresset kan vidare följande sägas. Enligt motiven innebär ersättning för det negativa intresset att konsumenten ska försättas i samma läge som denne befann sig i omedelbart före skadefallet och skulle ha befunnit sig om skadan aldrig inträffat. Vad man menar med ”skadefallet” är dock tveksamt; närmast tycks man ha avsett läget omedelbart innan den skadelidandes förmögenhet minskade i värde. Med ersättning för det negativa intresset brukar man snarare mena att den skadelidande ska försättas i samma läge som om avtal aldrig kommit till stånd, vilket i detta fall skulle vara läget före

²¹ Se prop. 1989/90:76 s. 22 f., Håstad, Den nya köprätten (5 uppl. 2003) s. 28 f., och C. Hultmark (numera Ramberg), Kontraktsbrott vid köp av aktie (1992) s. 19.

rådgivningen. Motivuttalandet skulle då bl.a. innebära att någon ersättning inte skulle utgå för eventuella kostnader som rådgivningen medfört. Om detta varit avsikten är dock tveksamt. Hur som helst kan konstateras att inte heller hänvisningen till det negativa intresset ger något klart besked om vad skadeståndsansvaret innebär.

Som framgår är det komplicerat att tala om positivt och negativt intresse i dessa sammanhang. Ingetdera begreppet passar riktigt in på situationen.

Att märka är vidare att ersättning som kan omfatta utebliven vinst kan utgå i vissa närliggande situationer. Begränsningen till det negativa kontraktsintresset avser just skadestånd grundat på oaktsam rådgivning. I ARN:s praxis förekommer ganska ofta skadeståndskrav som vid närmare påseende grundar sig på att rådgivaren, efter diskussion med konsumenten om förvärv av finansiella instrument av visst slag, får uppdrag att ordna ett sådant förvärv men inte utfört det enligt vad konsumenten angivit. Det är då fråga om felaktigt utförande av ett uppdragsavtal, och vid denna typ av avtal är allmänna principer om skadestånd i kontraktsförhållanden tillämpliga; motiven till LFR tar inte sikte på denna situation. ARN har också i flera sådana fall ansett att skadestånd ska utgå utan begränsning till det negativa intresset.²² Utredningsuppdraget omfattar inte någon reglering av detta ansvar.

Ersättning utöver det negativa kontraktsintresset kan också utgå om ett uttalande av rådgivaren kan tolkas som en utfästelse att viss avkastning eller annan vinst kommer att utgå i händelse av en viss transaktion. Det är alltså fråga om skadestånd på annan grund än den som LFR behandlar. I sådana fall synes ARN ha ansett att det positiva intresset kan ersättas.²³

En särskild skadetyper, som ersätts enligt viss dansk lagstiftning, är förväntningsskador: rådgivaren – här en mäklare – har ingett orealistiska förväntningar om ett gynnsamt resultat av en transaktion, vilka nu inte förverkligas.²⁴ Ersättningen behandlas närmast som en sorts ideellt skadestånd. Med ett sådant synsätt lär inte dessa skador ersättas enligt svensk rätt, som normalt kräver

²² Se t.ex. ärende 2010-8415, 2016-00863 och även 2015-08759.

²³ Se ärende 2010-4829; jfr även 2011-6282.

²⁴ Se härom Korling, a.a. s. 585.

lagstöd för ersättning för ideell skada.²⁵ Man har dock ansett sig kunna urskilja en tendens i svensk rätt att i liknande sammanhang ersätta sådana skador; ett par opublicerade hovrättsfall skulle tyda på en viss benägenhet hos domstolarna att tillerkänna skadestånd för förlorade investeringstillfällen och andra former av icke realiserade förväntningar.²⁶ Ett så omfattande skadestånd torde dock uteslutas genom LFR:s motiv, som inte lämnar utrymme för ersättning i sådana fall.

Ett speciellt problem är det traditionella kravet på att skadan ska kunna konstateras – den ska vara färdig – för att kunna läggas till grund för skadeståndsanspråk. Kan konsumenten grunda sitt krav på att en förvärvad produkt har sjunkit i värde när värdet mycket väl kan tänkas gå upp igen? Bl.a. i en kommentar till lagen har man gjort gällande att ersättningsgill skada kan föreligga redan i och med att värdet sjunkit.²⁷ ARN har i vissa beslut godtagit att skada skulle ha uppkommit redan genom att nuvärdet av en investering är lägre än ursprungsvärdet; det skulle inte krävas att investeringarna sålts eller lösts in.²⁸ I dessa fall har nämnden tillämpat sin förut omtalade praxis att rådgivaren rekommenderas överta konsumentens investering mot att denne ersätts med vad som betalats för de förvärvade finansiella instrumenten. Denna lösning blir aktuell just när värdet sjunkit betydligt utan att instrumenten sålts. (Se närmare om denna praxis 8 nedan.)

I denna situation kan det synas välmotiverat att ge den skadelidande en sådan möjlighet till compensation som lösningen innebär. Däremot kan man sätta i fråga, om den skadelidande här bör ha möjlighet att kräva vanligt skadestånd för att instrumentet förlorat i värde, när han behåller det och har möjlighet att sälja det efter en värdeökning. Frågan ska diskuteras senare (8 nedan).

²⁵ De undantag som förekommer i utomobligatoriska förhållanden – vid överträdelse av Europakonventionen eller regeringsformens rättighetsregler – gäller ju situationer av ett helt annat slag, likaså de möjligheter till ideellt skadestånd som HD ansett föreligga vid persontransport; se NJA 2016 s. 900.

²⁶ Se Korling, a.a. s. 586 f.

²⁷ Swahn & Wendleby, a.a. s. 82, se även Korling, a.a. s. 584.

²⁸ Se särskilt de principiellt utformade yttrandena 2012 12-19, ärende 2011-6648 och ärende 2011-6294.

6 Möjligheter till ansvarsförsäkring

Frågan om huruvida särskilda begränsningsregler är befogade sammanhänger nära med möjligheten att försäkra rådgivningsansvaret. Förarbetena till LFR har inte närmare uppmärksammat detta sätt att sprida risken, och någon motsvarighet till den obligatoriska ansvarsförsäkringen för försäkringsförmedlare har inte föreskrivits. Förfrågningar inom försäkringsbranschen visar att ansvarsförsäkringar för rådgivare har meddelats och alltså kan meddelas, men tydligen bedöms risken som svårörsäkrad; frågan anses komplicerad. Flera stora försäkringsbolag meddelar inte eller har slutat att meddela försäkring av denna typ. På andra håll förekommer försäkringar av detta slag, dock inte för banker men däremot bl.a. för värdepappersinstitut. Försäkringarna meddelas efter en individuell bedömning och ibland efter individuellt anpassade villkor.

Några villkor är här av särskilt intresse. I den s.k. professionsansvarsförsäkring som ett stort försäkringsbolag meddelar undantas bl.a. skada som har samband med att värdet på placeringar sjunker eller att deras värde inte stiger eller med råd som försäkringstagaren gett i anslutning till placeringsåtgärder.²⁹ Försäkringen omfattar dock skada till följd av att den försäkrade av fel eller försummelse underlåtit utföra uppdrag från kund att vid viss tidpunkt företa köp eller försäljning av finansiella instrument eller att bevaka viss tidfrist eller placerat kunds tillgångar i strid med överenskommen riskprofil. Det ansvar som omfattas gäller alltså avvikelse från ett givet uppdrag, inte en ren rådgivningsskada. I en försäkring för försäkringsförmedlare undantas på liknande sätt skada som består i eller är en följd av kursförändring på finansiella

²⁹ Dessutom undantas skada som har samband med en av försäkringstagaren eller på dennes vägnar given faktisk eller påstådd garanti om placeringens ändamålsenlighet.

instrument, varvid den dock gäller för skada på grund av underlåtenhet att utföra uppdrag från kund att vid viss tidpunkt företa köp eller försäljning av finansiella instrument eller att bevaka viss tidfrist. Det kan framhållas att de typer av skadefall som försäkras är vanliga i ARN:s praxis och brukar anses ansvarsgrundande, medan skada som beror på kursförändring sällan anses medföra ansvar för oaktsam rådgivning.

Som framgår är det möjligt att försäkra vissa praktiska fall av rådgivaransvar, men då synes grunden i regel vara ett kontraktsbrott: rådgivaren har fått ett uppdrag som inte utförts på riktigt vis. I sådana fall brukar ARN som sagt anse att fullt skadestånd bör utgå, utan någon begränsning till det negativa kontraktsintresset. När ansvaret grundas på ett oaktsamt råd, sker däremot en sådan begränsning i nämndens praxis.

Resultatet blir att man inte kan utgå från att det ansvar som grundas på LFR omfattas av försäkring, även om den ansvarige är ett värdepappersinstitut som i och för sig kan försäkra skador i verksamheten. Samtidigt är det tydligt att ansvarsförsäkring är möjlig i detta läge.

7 Bör skadeståndet begränsas?

Som framgått av det föregående (2 och 3) bygger motiven på tanken att skadeståndet för bristfällig finansiell rådgivning bör begränsas, en uppfattning som utredningen om konsumentskydd vid finansiell rådgivning har delat. Frågan blir då om man bör hålla fast vid denna inställning.

Skälen för LFR:s ståndpunkt var tämligen oklara; tydligen ansågs ett skadeståndsansvar behövligt av preventiva skäl, däremot inte för att kompensera konsumenten för sådana förluster som man alltid riskerar när tillgångar placeras i värdepapper. Det synes främst ha varit ansvar för utebliven vinst som ansetts som för strängt och behövts inskränkas. Utredningen om konsumentskydd vid finansiell rådgivning hade i stort sett samma mening och föreslog ingen ändring i fråga om skadeståndsansvaret. Man åberopade här att en rätt till skadestånd för det positiva intresset skulle leda till betydande bevisvärigheter när det gällde ersättningens beräkning; konsumentens processuella underläge skulle förvärras genom en sådan förändring av skadestandsregeln. Vidare framhölls att begränsningen till det negativa kontraktsintresset nu fick anses utgöra en etablerad praxis. – Uttalandena kan ge anledning till frågan, varför en förbättring av konsumentens skadeståndsmöjligheter skulle innebära en försämrad rättsställning; om nu konsumenten verkligen lyckats klara av bevisvärigheterna, kunde det verka rimligt att han också skulle få ersättning för den skada som kunde konstateras. Utredningen synes här ha befarat att en alltför generös skadestandsregel skulle uppmuntra konsumenten till processer vilka ofta var dömda att misslyckas, med åtföljande kostnader för konsumenten. Lagtexten borde inte locka till något sådant utan få konsumenten att nöja sig med en kompensation, som inte täckte hela skadan men i gengäld var lättare att få. Resonemanget förbigår här att en minst lika bekymmersam

bevisfråga är att oaktsamhet från rådgivarens sida måste styrkas; en skadeståndstalan från konsumentens sida framstår på detta vis som ett visst risktagande, hur han än bestämmer sitt skadeståndsyrkande. För konsumenten finns vidare ett förhållandevis snabbt och enkelt sätt att få en bedömning av möjligheterna till ersättning genom att vända sig till ARN.

Å andra sidan kan man hålla med utredningen om att det från rättsteknisk synpunkt kan synas lämpligt att begränsa ansvaret just för utebliven vinst. Det är lätt att konstatera i vad mån ett skadeståndskrav just avser denna skadepost (inte kostnader eller annan minskning av förmögenheten); skadans innebörd lär i regel framgå av den skadelidandes beskrivning av förlusten. Om däremot man ska beräkna skadeståndet efter de möjligheter till vinstgivande investeringar som konsumenten kunnat göra ifall han inte påverkats av rådgivaren blir det fråga om besvärliga hypotetiska resonemang, inte minst om det varit flera tänkbara alternativ som kunnat tänkas i denna situation. Att sänka beviskravet i fråga om möjliga händelseförlopp är knappast en lämplig lösning; det skulle innebära en ytterligare komplikation av ett redan invecklat rättsläge,³⁰ vilket dessutom skulle bli just en sådan frestelse till processer som man velat undvika.

Vad angår skadeståndets preventiva effekt kan nämnas att värdepappersmarknadsutredningen i SOU 2015:2, i enlighet med EU:s direktiv MiFID II och förordning MiFIR, föreslår en rad näringsrättsliga sanktioner vid brister i rådgivningen som bör tillvarata preventionshänsyn: de framstår knappast som lika väsentliga idag som vid tillkomsten av LFR. För övrigt är det tveksamt, hur pass stor betydelse skadeståndets närmare beräkning har för dess preventiva funktion.

Mot en begränsning kan naturligtvis åberopas det allmänna önskemålet att förstärka konsumentens rättsställning. Han skulle få chansen att skaffa sig full kompensation för sin ekonomiska förlust, förutsatt att bevisningen räcker för att styrka förlusten. Detta gäller ju i det närliggande fallet att rådgivaren missköter ett uppdrag som denne fått i samband med rådgivningen; då utgår ersättning även för utebliven vinst, en regel som också ARN har tillämpat. Situationerna kan vara svåra att hålla isär – om

³⁰ Jfr Korling, a.a. s. 576 f. om det nuvarande läget, och SOU 2014:4 s. 333.

konsumenten accepterat den misslyckade transaktionen är LFR tillämplig med åtföljande begränsningar av skadeståndet, om rådgivaren handlat på eget bevåg utan konsumentens samtycke utgår fullt skadestånd på grund av kontraktsbrottet. Att tillämpa olika regler i dessa närliggande fall kan te sig säreget. Det kan också påpekas att lagen om försäkringsförmedling (2005:405), som innehåller en liknande skadeståndsregel, inte innebär någon motsvarande begränsning av skadeståndet. De skador som uppkommer på grund av bristande förmedling kan dock vara av annat slag än vid finansiell rådgivning; de behöver inte uppkomma genom finansiella transaktioner.

Som framgått av det föregående (5) är det möjligt att vissa rådgivare kan teckna ansvarsförsäkring till skydd för sitt ansvar, om också inte i alla bolag. Men det går långtifrån alltid att erhålla ett sådant försäkringsskydd, och dessutom brukar villkoren undanta just sådana skador som beror på brister i rådgivningen – alltså de som omfattas av LFR. Läget kan naturligtvis förändras – det är inte ovanligt att åtminstone vissa försäkringsbolag ändrar uppfattning om möjligheten att försäkra en risk – men i varje fall idag utgör tillgången till ansvarsförsäkring inget starkt argument för att utvidga rätten till skadestånd.

Mot ett skadestånd som omfattar utebliven vinst kan vidare anföras att skälen för ett konsumentskydd inte är lika starka i detta fall. Att gå miste om en vinst med anledning av en finansiell transaktion utgör inte ett lika allvarligt hot mot konsumentens ekonomi som motsvarande ekonomiska förluster av annat slag. Inget sparkapital eller annan tillgång minskas, ingen väntad inkomst reduceras, fast besvikelsen kan kännas lika stor vid en mistad spekulationsvinst.³¹ Konsumenten får i varje fall ersättning för det finansiella instrumentets aktuella värde, vilket ju reflekterar inte bara den finansiella risk som föreligger utan också den förväntade avkastningen – alltså den vinst som vid tillfället kan förutses. Däremot går konsumenten miste om ersättning för den ytterligare avkastning som skulle ha utgått om instrumentet behållits. Även om skadeståndsansvaret skulle täckas av en

³¹ Ett fordom känt exempel är när i Birger Sjöbergs roman *Kvartetten* som sprängdes den finansiella rådgivaren Karl Ludvig förgäves försöker övertyga olyckliga konsumenter i släkten om att en minskning av vinsten är mera överkomlig än en minskning av förmögenheten (kap. 28 och 29).

försäkring verkar det mindre angeläget att försäkringskollektivet tar på sig risken för enskildas felslagna förhoppningar.

Allt som allt kan goda skäl anföras både för en begränsning av skadeståndet och för fullt skadestånd. Valet mellan dessa regler ter sig tveksamt.

Om man anser skälen att lindra skadeståndsansvaret överväga, kan det vara skäl att diskutera om konsumentensidan på annat sätt skulle kunna kompenseras. ARN synes framför allt ha ansett att skadestånd bör utgå, när rådgivaren har rekommenderat en placering som inte stämmer med konsumentens önskan om risknivå eller i vart fall varit klart olämplig med hänsyn till konsumentens person, särskilt ålder och ekonomiska förhållanden. Det stämmer väl med lagstiftarens inställning; ARN har ofta hänvisat till motivens uttalande att det inte är fråga om något ansvar för dåliga råd. Enbart ett misstag om den framtida utvecklingen anses inte i och för sig grunda skadeståndsskyldighet. Att utvidga skyddet för konsumenten genom en strängare bedömning av vad som är oaktsam rådgivning synes knappast lämpligt; det skulle medföra att risken för en ogynnsam utveckling på marknaden till stor del lades på rådgivaren. Dennes försäkringsmöjligheter är som sagt osäkra.

En annan möjlighet kunde vara att på det sättet skärpa rådgivarens ansvar, som ju grundas på vållande (culpa), att bevisbördan för vållande skulle läggas på denne: näringsidkaren skulle, om han lämnade ett olämpligt råd som orsakat konsumenten skada, få bevisa att han inte gjort sig skyldig till oaktsamhet. Ett sådant s.k. presumtionsansvar har som nämnt föreslagits i ett remissyttrande från Lunds universitet. Såvitt framgår av uppdraget ska visserligen utredningen inte syssla med förutsättningarna för skadeståndsskyldighet, men det bör inte hindra att denna närliggande fråga något berörs i sammanhanget. Emellertid kan sägas att ett ansvar av denna typ knappast passar vid rådgivning. Det har veterligen inte diskuterats när det gäller advokaters och konsulter ansvar, och det synes lika litet befogat vid finansiell rådgivning, där möjligheten till ursäktliga felbedömningar snarast lär vara ännu större. Här kan anföras liknande invändningar som mot en skärpning av culpabedömningen. Någon ändring i det nuvarande culpaansvaret bör därför inte övervägas.

8 Andra sätt att lindra skadeståndsansvaret

Ett argument för full ersättning kunde vara att även om skadeståndsregeln inte skulle innehålla en begränsning av skadeståndet, kan allmänna skadeståndsrättsliga principer leda till att skadeståndet hålls på en överkomlig nivå.

En tänkbar möjlighet kunde vara att lita till det allmänna kravet på *adekvat kausalitet*. Detta uttrycks på flera olika sätt. Det krävs normalt att skadevällarens handlande ökat risken för skada, men när det gäller skadans art talar man ibland om att utesluta alltför oförutsebara skador, ibland om att utesluta alltför säregna, icke typiska skador, ibland om att utesluta alltför avlägsna skador.³² Dessa formuleringar av adekvanskravet har knappast samma innebörd, men i diskussionerna skiljer man inte så ofta mellan dem; oftast betonas dock förutsebarheten. På grund av adekvanskravets obestämda innehåll får man räkna med att i sista hand en skälighetsbedömning blir avgörande. – Vad angår skador på grund av oaktsam finansiell rådgivning kan sägas att de sällan är oförutsebara eller alltför säregna – det är snarare typiskt att sådan rådgivning leder till skada genom förlustbringande placeringar eller utebliven vinst. Det lär också vara ovanligt att sådana skador ter sig alltför avlägsna, även om man naturligtvis kan tänka sig åtskilliga mellankommande händelser som gör att ett ansvar ter sig mindre rimligt. Allt som allt kan sägas att man inte kommer så långt med att hänvisa till att skadeståndsansvaret kan begränsas genom denna adekvansprincip.

Det finns också en särskild *kontraktsrättslig* variant av adekvanskravet, som formulerats i den internationella köplagen och

³² Jfr angående den sistnämnda formuleringen Rodhe, *Obligationsrätt* (1956) s. 303 f.

har något, om också oklart, stöd i viss svensk rättspraxis. Enligt artikel 74 i FN-konventionen om internationella köp, som gäller som svensk lag enligt lagen (1987:822) om internationella köp, får skadeståndet ”inte överstiga den förlust som den skadeståndsskyldige vid avtalslutet förutsåg eller borde ha förutsett såsom en, med hänsyn till de omständigheter som han då kände till eller borde ha känt till, möjlig följd av avtalsbrottet”. Det avgörande är alltså förutsebarheten vid avtalslutet – inte vad som kunnat förutses vid tiden för kontraktetsbrottet eller skadan. Det kan ha inträffat händelser under avtalstiden som påverkat risken för den uppkomna skadan – den avsedda vinsten riskerar att bytas i förlust. En väsentlig tanke bakom regeln är att bara förhållanden som kunde förutses vid avtalets ingående kan ha påverkat avtalsvillkoren, inbegripet vederlagets storlek.

Denna köprättsliga adekvansregel kan tänkas ha särskilt intresse vid finansiell rådgivning. Orsaken till uppkomna förluster för konsumenten kan vara plötsliga ändringar på värdepappersmarknaden som rådgivaren inte rimligen kunnat förutse när rådet gavs. På detta vis skulle skadeståndet begränsas i ett praktiskt viktigt avseende. Emellertid är det inte särskilt troligt att denna princip, som framför allt framträder i köprättsliga förhållanden, skulle tillämpas vid en så pass avvikande avtalstyp som rådgivning. Regeln synes särskilt ta sikte på strikt ansvar – det är då som skadeståndsskyldigheten grundas på avtalets innehåll, inte på något särskilt handlande av kontrahenten.³³ Rådgivningsansvaret bygger visserligen på vad som förekommit vid avtalstillfället – alltså rådgivningen – men ansvaret förutsätter ju uppsåt eller oaktsamhet på rådgivarens sida. Det är inte heller så troligt att vederlaget för rådgivningen skulle bero på de skaderisker som vid tillfället kunde förutses – ofta är ju rådgivningen gratis. Och än mindre kan sådana risker antas i övrigt påverka eventuella avtalsvillkor, närmast så att rådgivaren skulle ha friskrivit sig från visst ansvar eller begränsat ansvaret med tanke på möjligheten att en plötslig kursförändring. Ett sådant förbehåll för misstag vid rådgivningen måste verka säreget för konsumenten. Den

³³ Jfr NJA 1991 s. 217. Frågan om adekvans i kontraktsrättsliga, särskilt köprättsliga förhållanden har behandlats utförligt i Herre, Ersättningar i köprätten (1996), särskilt kap. 9 och 15. Jfr även Rodhe, a.a. s. 304 med hänvisningar.

kontraktsrättsliga adekvansregeln passar inte vid dessa avtal, och man kan inte vänta sig att den skulle få någon betydelse i sammanhanget.

Kravet på adekvat kausalitet, i ena eller andra utformningen, synes alltså inte vara mycket att lita till, om man vill begränsa ansvaret vid finansiell rådgivning. Det finns även andra sätt att åstadkomma en reduktion av stora skadestånd. Man kan tänka sig att en jämkning av skadeståndet skulle kunna åberopas mot alltför omfattande skadestånd. En möjlighet är att tillämpa den allmänna jämningsregeln i 6 kap. 2 § SkL. Om skadeståndsansvaret är oskäligt betungande med hänsyn till den skadeståndsskyldiges ekonomiska förhållanden, kan skadeståndet jämkas efter skälighet, varvid man även ska beakta den skadelidandes behov av skadestånd och övriga omständigheter. Eftersom det avgörande är om skadeståndet är oskäligt betungande, blir regeln inte tillämplig när skadeståndet omfattas av ansvarsförsäkring och inte heller annars när en skadeståndsskyldig utan svårigheter kan betala skadeståndet. Meningen är att skydda den ansvarige mot ödesdigra ekonomiska följder av en skadegörande handling. Regeln är från början avsedd främst som ett skydd för privatpersoner, men i varje fall idag lär den kunna åberopas också av näringsidkare; efter SkL:s tillkomst har införts särskilda jämningsregler för näringsidkare i 34 § konsumentköplagen (1990:932) och 34 § konsumenttjänstlagen (1985:716), vilka tyder på en välvilligare inställning till företagares möjlighet att få omfattande skadeståndsskyldighet nedsatt.³⁴ Förutsättningen att skadeståndet ska vara oskäligt betungande lär emellertid sällan vara uppfylld för rådgivare ens när ansvarsförsäkring saknas. Möjligen kan man tänka sig något sådant när rådgivaren gett samma olyckliga råd åt en mängd konsumenter som sedan drabbas av en plötslig förändring på aktiemarknaden. Att reducera skadeståndet till ersättning för minskad förmögenhet kan tänkas vara en lämplig begränsning i sådana fall; regeln föreskriver ju att även den skadelidandes behov av skadestånd ska beaktas, och därför kan det verka närliggande att bara jämka bort ersättning för den uteblivna vinsten. Det är alltså inte uteslutet att tillämpa den allmänna jämningsregeln i dessa situationer, men

³⁴ Se närmare Bengtsson i Festskrift till Anders Agell (1994) s. 51 ff.

regeln kan knappast anses som ett effektivt sätt att genomföra lagstiftarens intentioner.

Det finns emellertid en annan kontraktsrättslig regel som särskilt tar sikte på oväntat stora skadestånd, oavsett den ansvariges betalningsmöjligheter: 70 § andra stycket köplagen. Om skadeståndet är oskäligt med hänsyn till den skadeståndsskyldiges möjligheter att förutse och hindra skadans uppkomst samt omständigheterna i övrigt kan skadeståndet jämkas. Det avgörande enligt lagtexten är alltså inte om skadeståndet är betungande utan om skadan är svårförutsebar – dock inte så svårförutsebar att det brister i fråga om adekvat kausalitet, då skadeståndet faller bort redan på denna grund. Jämkning kan bli aktuell också när skadeståndet mycket väl kunnat betalas av den skadeståndsskyldige men det ändå framstår som oskäligt stort. Härvid får som framgår också beaktas omständigheterna i övrigt; man anses kunna ta hänsyn till att förlusten är av en typ som inte normalt följer på avtalsbrottet i fråga (jfr kravet på att en adekvat orsakad skada ska vara typisk, inte alltför säregen).³⁵ Formuleringen av regeln anknyter till köplagens bestämmelser om kontrollansvar, som ju gör undantag för fallet att den ansvarige inte skäligen kunde förväntas ha räknat med det uppkomna hindret och inte heller skäligen kunde ha undvikit eller övervunnit dess följder (se bl.a. 27 § köplagen).

Regeln kan på detta vis sägas komplettera adekvansregeln – den svårförutsebara skadan ersätts, men bara med jämkat belopp. Ingenting tyder dock på att den skulle ge uttryck för en allmän princip om skadestånd i kontraktsförhållanden; snarare inriktar sig både dess formulering och dess förarbeten just på köpavtalet. Man kan inte räkna med att ett ansvar på grund av oaktsam finansiell rådgivning skulle jämkas på motsvarande sätt under hänvisning till att en sådan kontraktsrättslig princip skulle vara tillämplig, inte heller på grund av en analog tillämpning av köplagens regel – avtalstyperna är alltför olika. Det är sålunda inte troligt att denna jämningsregel kan åberopas i detta sammanhang, såvida den inte tas upp i lagtext.

Resultatet blir alltså att kravet på adekvat kausalitet inte är mycket att bygga på om man vill ha en någorlunda effektiv

³⁵ Se om regeln J. Ramberg & Herre, Köplagen (2 uppl. 2013) s. 604 ff.

begränsning av skadeståndet; det gäller också den kontraktsrättsliga varianten av adekvanskravet. Den allmänna jämningsregeln lär visserligen vara i princip användbar i de aktuella kontraktsförhållandena, men den är ju en undantagsregel som kan tillgripas bara i mera ömmande fall – något som sällan lär bli aktuellt för finansiella rådgivare, vare sig de lyckats försäkra sitt ansvar eller ej. Man kan inte heller vänta sig att den särskilda jämningsregeln i 70 § andra stycket köplagen skulle kunna tillämpas analogt för rådgivares del. Om rådgivaren samtidigt står som säljare av de värdepapper som sjunkit i värde kan kanske det köprättsliga ansvaret jämkas med tillämpning av regeln, men möjligheterna till detta är svåra att bedöma.

En mera praktisk möjlighet att begränsa skadeståndet ger en annan allmän skadeståndsprincip, som blivit särskilt aktuell i kontraktsförhållanden: den skadelidandes skyldighet att begränsa skadan, motsvarande 70 § första stycket köplagen. Principen, som nämns i motiven till LFR, liknar den allmänna jämningsregeln i 6 kap. 1 § SkL men innebär en annan rättsföljd: man jämkar inte efter vad som ter sig skäligt särskilt med tanke på skuldgraden utan gör en hypotetisk bedömning hur stor skadan skulle ha blivit om den skadelidande försökt reducera den. Mer ska han inte ha i skadestånd.³⁶ Också den vanliga medvållanderegeln i 6 kap. 1 § kan bli aktuell, om den skadelidande på ena eller andra sättet medverkat till sin skada. Båda typerna av jämningsregel bör kunna åberopas beträffande rådgivaransvaret, eftersom något annat inte framgår av lagtexten (jfr 1 kap. 1 § SkL).

En förutsättning för att dessa regler ska bli aktuella är emellertid att den skadelidande på ena eller andra sättet visat oaktsamhet vid sin hantering av instrumenten. Man kan rimligen inte ställa några större krav på konsumenter i denna situation. Att exempelvis en konsument har hoppats på att de värdepapper som rådgivaren rekommenderat så småningom skulle åter stiga i värde utgör knappast en felbedömning som bör medföra reduktion av skadeståndet. Man kan naturligtvis tänka sig fall där konsumenten brustit klart i omdöme eller aktsamhet, såsom då denne nonchalerat upprepade uppmaningar från rådgivaren att snarast sälja värdepapperen, men sådana fall torde inte vara vanligt

³⁶ Se om principen nyligen Högsta domstolens dom 2017-02-07 i mål nr T 230-15.

förekommande. Som skydd mot ett betungande skadeståndsansvar torde de få ringa praktisk betydelse.

En tillämpning av allmänna principer om kontraktsmässigt skadestånd synes på detta vis inte vara något effektivt hinder mot stora skadestånd vid rådgivning. Ska ansvaret begränsas, krävs en uttrycklig lagregel om detta.

9 En hävningsliknande påföljd

I det föregående har berörts den särskilda påföljd som rekommenderats av ARN i dessa situationer: näringsidkaren skulle överta de värdepapper som konsumenten förvärvat mot att ersätta konsumenten för vad han betalat för dem. Inte heller denna påföljd innebär att någon ersättning utgår för utebliven vinst. Den är särskilt närliggande när det visserligen står klart att de finansiella instrument konsumenten förvärvat sjunkit i värde men någon definitiv skada ännu inte kan konstateras. I så fall kommer konsumenten att under alla förhållanden sättas i samma ekonomiska situation som om han inte hade följt rådgivningen.³⁷ Påföljden har också använts när den bristfälliga rådgivningen kommit konsumenten att förvärva en försäkring som framstår som ofördelaktig för honom.³⁸

ARN:s praxis har veterligen inte någon tidigare förebild – i varje fall har inte någon sådan återopats. Det stöd i lagmotiven som anförts är ett uttalande att den skadelidande genom skadeståndet skulle försättas i samma förmögenhetssituation som den skadelidande befann sig i omedelbart före skadefallet och som den skadelidande därefter skulle ha befunnit sig i om skadefallet inte hade inträffat.³⁹ Eftersom det varit svårt att fastslå investeringens aktuella värde och på detta vis bestämma skadan har den angivna uppgörelsen ansetts lämplig. Om något skadestånd i vanlig mening är ju inte fråga, snarare liknar påföljden hävning – dock med den skillnaden att det är rådgivaren som får återta instrumenten, oavsett om han också har överlätit dem. Om rådgivaren också är överlåtare, motsvarar uppgörelsen vad som skulle skett ifall konsumenten hävt

³⁷ Några typiska ärenden: 2009-5286 (fondandelar), 2015-2362 (ansvarsförsäkringsbolag övertar aktier).

³⁸ Se ARN ärende 2009-10635, ärende 2009-8042 (indexobligation).

³⁹ Se prop. 2002/03:133 s. 32 f., återopat bl.a. i ARN:s beslut 2011-8294.

avtalet på grund av fel i den köpta produkten. – I alla händelser är påföljden väl förenlig med en regel om att skadeståndet begränsas till det negativa kontraktsintresset; den ger i och för sig inte utrymme för att ersätta utebliven vinst.

Som framhållits i 2014 års betänkande är denna påföljd en på flera sätt tilltalande lösning, oavsett dess teoretiska grund. Det kan vara svårt eller rentav omöjligt för konsumenten att realisera förlusten för att fastställa sin eventuella skada, t.ex. när instrumentet sjunkit så mycket i värde att det blivit praktiskt taget värdelöst och det därför saknas en marknad för att omsätta det. Nu slipper konsumenten att föra bevisning om sin förlust och kan enkelt få en kompensation, som visserligen inte täcker uteblivna vinstmöjligheter men i varje fall håller honom i stort sett skadeslös.

Till detta kommer att påföljden framstår som den enda lämpliga i den angivna situationen, då konsumenten har behållit det finansiella instrumentet vars värde sjunkit. Om konsumenten då skulle kunna kräva skadestånd och få ersättning för värdeminskningen, måste man räkna med möjligheten att instrumentet senare stiger i värde och kan avyttras med vinst eller i vart fall för ett högre belopp än vad som legat till grund för skadeståndsberäkningen. Det skulle vara stötande om den skadelidande på detta vis skulle bli överkompenserad för sin förlust. Lagstiftningen bör inte lämna utrymme för en sådan möjlighet, som strider mot allmänna skadeståndsrättsliga principer. I så fall bör skadeståndsregeln inte omfatta skada av detta slag, och då återstår att – i enlighet med ARN:s praxis – tillåta den hävningsliknande påföljden i detta läge.

En invändning mot påföljden, som Finansinspektionen framförde vid remissbehandlingen av 2014 års betänkande, är visserligen att den skulle medföra risk för värdepappersinstitut att efter en uppgörelse stå med en mängd svårsålda värdepapper. Man kan emellertid inte vänta sig att situationen blir vanlig – med den tillämpliga skadeståndsregeln torde en skadeståndsgrundande finansiell rådgivning bara bli aktuell i undantagsfall, och ännu ovanligare torde det vara att den drabbar en mängd konsumenter på liknande vis; felaktiga bedömningar av den finansiella utvecklingen medför ju i och för sig inget ansvar. Som nyss framhölls bör en vanlig skadeståndstalan lämpligen inte kunna föras i denna

situation, och det är då angeläget att konsumenten på något sätt ska kunna kompensera sig för sin skada.

En särskild fråga är om konsumenten ska kunna kräva denna påföljd så snart instrumentet i fråga kan konstateras ha sjunkit i värde efter rådgivningen. En allmän förutsättning för hävning är ju att kontraktsbrottet ska vara väsentligt, och det finns goda skäl för att ställa upp ett liknande krav också i det nu diskuterade sammanhanget. Det är visserligen ovanligt att väsentlighet uppställs som rekvisit för skadestånd,⁴⁰ men detta är ju en särskild form för kompensation. En obetydlig värdeminskning bör rimligen inte medföra en påföljd som måste te sig som ingripande i varje fall för andra rådgivare än värdepappersinstitut. Bagatellartade risker av detta slag bör en konsument kunna bära själv. Man skulle alltså tillägga, att konsumenten bara kan kräva påföljden när minskningen är väsentlig.

Eftersom påföljden som sagt inte utgör något egentligt skadestånd, kan frågan ställas om allmänna skadeståndsrättsliga principer ändå bör gälla beträffande den ersättning som näringsidkaren betalar i utbyte. Det bör i så fall framgå av lagtexten; någon analog tillämpning av SkL torde man knappast kunna räkna med i denna situation. Bör man alltså tillämpa medvållandereglererna i 6 kap. 1 § SkL eller den allmänna grundsatsen om skadelidandes skyldighet att begränsa skadan (jfr 70 § andra stycket köplagen), om konsumenten medverkat till sin skada t.ex. genom att försumma att sälja instrumentet vid lämplig tidpunkt? Några större krav kan visserligen inte ställas på konsumenten, men man kan tänka sig fall där det verkar tveksamt om han bör kunna komma ifrån en affär som han misskött – t.ex. om han nonchalerar uppmaningar av rådgivaren att snarast sälja aktuella instrument. Eftersom den definitiva skadan ju inte kan beräknas när påföljden blir aktuell, skulle det dock bli komplicerat med en reduktion efter allmänna skadeståndsrättsliga principer. Något exempel på en sådan reduktion synes inte förekomma i ARN:s praxis. Ett väsentligt skäl för att lagfästa den aktuella regeln är dessutom dess enkelhet, och då bör inte prövningen kompliceras

⁴⁰ Ett exempel ger dock regeln om ren förmögenhetsskada i 32 kap. 1 § andra stycket miljöbalken.

med en hänvisning till skälighetsbedömningar av detta slag.⁴¹ Övervägande skäl synes tala mot en hänvisning till SkL:s regler.⁴²

Anses det trots allt rimligt med en möjlighet att jämka den ersättning näringsidkaren ska betala kan en möjlighet till detta antydvas i lagtexten genom att näringsidkaren åläggs att ”såsom skadestånd” utge vad konsumenten betalat för instrumentet i fråga. Någon sådan alternativ lagtext föreslås dock inte i promemorian.⁴³

I alla händelser synes goda skäl tala för att införa en påföljd som den angivna i lagstiftningen om finansiell rådgivning.

⁴¹ Något behov av att tillämpa den allmänna jämningsregeln i 6 kap. 2 § SkL på näringsidkarens betalningsskyldighet torde inte föreligga.

⁴² Däremot står det klart att allmänna skadeståndsregler i kontraktsförhållanden ska tillämpas såtillvida som näringsidkaren ansvarar för vållande hos anställda och andra medhjälpare också när det gäller den särskilda påföljd som nu diskuteras.

⁴³ Lagtexten skulle i så fall lyda: ”Om värdeminskningen är väsentlig får konsumenten i stället fordra att näringsidkaren *såsom skadestånd* utger vad som konsumenten har betalat för instrumentet mot att detta överläts till näringsidkaren.”

10 Alternativa lagtexter

I betänkandet SOU 2014:4 har föreslagits att LFR:s skadestandsregler ska överföras till en ny lag om skadestånd vid finansiell rådgivning till konsumenter. Lagen skulle gälla skadestånd vid finansiell rådgivning som en näringsidkare tillhandahåller en konsument och som omfattar placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i livförsäkringar med sparmoment, dock inte när rådgivaren enbart förordar en annan placering än som nu sagts. Oavsett vad som händer med detta förslag är inte meningen att förutsättningarna för skadestandsansvar ska ändras. På denna punkt ska tidigare förarbeten och rättspraxis ha fortsatt tillämpning.⁴⁴ I uppdraget har inte heller ingått att överväga lagens tillämpningsområde. Man får sålunda anta att de särskilda reglerna om försäkringsförmedlars skadestandsansvar alltså ska regleras för sig. Frågan blir alltså enbart hur lagtexten rörande skadeståndets bestämmande ska utformas.

I det föregående har framförts argument både för och emot en sådan begränsning av skadeståndet som angetts i LFR:s förarbeten. Som framgått kan man tveka mellan två alternativ – skadestånd inbegripet ersättning för utebliven vinst och skadestånd bara för skada av annat slag. Med någon förenkling kan sägas att vägande praktiska skäl står emot önskemålet att ytterligare förstärka konsumentskyddet. Valet kan i sista hand bero av politiska värderingar. Vad som står klart är bara att lagtexten bör ge tydligt besked om skadeståndet är begränsat eller ej.

Av sådana skäl har i promemorian upptagits två alternativa lagtexter, den ena (alternativ 1) med den begränsning av skadeståndet som framgår av motiven till LFR, den andra

⁴⁴ Se SOU 2014:4 s. 331.

(alternativ 2) med möjlighet till full ersättning för konsumentens ekonomiska förlust. Det alternativ som bäst stämmer med nuvarande rättsläge sätts alltså först. I båda alternativen har tillagts en regel om den särskilda hävningsliknande påföljd som ARN tillämpar – alltså en lösning som går ut på att det finansiella instrument vars värde minskat ska överlämnas till rådgivaren, mot att denne ersätter konsumenten för vad denne betalat för instrumentet. Denna påföljd förutsätter dock att värdeminskningen är väsentlig.

I alternativ 1 bör alltså tydligt klargöras den avsedda begränsningen i skadeståndet. Som framgått är det inte lämpligt att här använda termerna positivt och negativt intresse; de passar mindre väl vid rådgivning och lär för övrigt inte brukas i lagtext. Utebliven vinst är ett tydligare begrepp, vilket också är känt i åtskilliga sådana sammanhang.⁴⁵ I bestämmelsen bör sägas att ersättningen inte omfattar utebliven vinst.

Vad angår alternativ 2 är detta ju i och för sig förenligt med LFR:s lagtext; begränsningen framgår av förarbetena, inte av lagtexten. En utvidgning av ansvaret måste dock kräva en ändring av lagregelns ordalag; en sådan ändring kan inte ske bara genom uttalanden i förarbetena om att lagtexten ska tolkas annorlunda än vad som avsågs vid bestämmelsens tillkomst. Enklast är att den nya regeln föreskriver att näringsidkaren ska *utge full ersättning* för skadan. I så fall står det klart att bl.a. utebliven vinst ersätts. Att bevisbördan för skadans storlek ligger på konsumenten behöver inte anges.

Enligt båda alternativen bör i ett andra stycke föreskrivas att en konsument som innehar det finansiella instrument som sjunkit väsentligt i värde inte har rätt till skadestånd men däremot kan göra gällande den hävningsliknande påföljd som tidigare diskuterats (8 ovan).

Såvitt angår skadestandsregeln i första stycket gäller, enligt båda alternativen, att SkL är tillämplig i den utsträckning regeln om finansiell rådgivning inte innebär en särreglering (jfr 1 kap. 1 § SkL). Bestämmelsen om medvållande i 6 kap. 1 § och jämningsregeln i 6 kap. 2 § SkL kan alltså återopas av näringsidkaren, och solidariskt ansvar för flera skadevållare gäller

⁴⁵ Se t.ex. 67 § köplagen samt 10 kap. 1 § och 10 a kap. 1 § sjölagen (1994:1009).

enligt 6 kap. 4 §. Vidare torde den allmänna grundsatsen om den skadelidandes skyldighet att begränsa skadan kunna medföra en reduktion av skadeståndet – låt vara att man inte bör ställa så höga krav på konsumenten i detta läge. Som nämnts (8 ovan) kan däremot inte SkL:s regler åberopas i fråga om påföljden enligt andra stycket.

11 Ikraftträdande och övergångsregler m.m.

Den föreslagna lagstiftningen har begränsad räckvidd och torde inte kräva några särskilda förberedelser på något håll. Den bör kunna träda i kraft 1 januari 2018.

Beträffande skadeståndslagstiftning brukar i allmänhet övergångsbestämmelser inte anses behövliga; enligt allmänna principer ska lagen tillämpas bara på skadefall som inträffar efter ikraftträdandet.⁴⁶ I det aktuella fallet kan emellertid tvekan uppstå vad som är skadefall – skadan orsakas ju av rådgivningen i förening med följande transaktioner och den senare utvecklingen på finansmarknaden. En vårdslös rådgivning bör inte få andra rättsliga konsekvenser än vad som gällt vid rådgivningstillfället. Det bör klart framgå av övergångsbestämmelserna att äldre lag tillämpas om rådgivningen ägt rum före ikraftträdandet. En sådan regel har intagits i båda de alternativa lagförslagen.

⁴⁶ Se t.ex. prop. 2000/01:68 s. 62.

12 Ekonomiska konsekvenser

Av de två förslag som läggs fram innebär det *första alternativet* att skadeståndet enligt 6 § LFR som huvudregel skulle bestämmas väsentligen på samma vis som idag, fast regeln framgår av lagtexten i paragrafens första stycke – inte bara av motivuttalanden. Att rättsläget förtydligas på detta sätt kan ha den gynnsamma effekten att antalet tvister i någon mån minskar. Såvitt framkommit är dock domstolsprocesser rörande tillämpning av LFR sällsynta redan nu; däremot förekommer åtskilliga ärenden i ARN. I alla händelser lär verkningarna av lagstiftningen bli obetydliga såvitt angår det allmännas kostnader.

Enligt andra stycket i detta alternativ skulle införas en hävningsliknande påföljd av vårdslös rådgivning, som hittills tillämpats i ARN utan stöd av lag. Att döma av erfarenheterna hittills är regeln lätt att tillämpa. Också denna nyhet bör vara ägnad att underlätta uppgörelser i godo. Påföljden stämmer med vad som i praxis tillämpats redan idag, såvitt känt inte med några besvärande konsekvenser för rådgivarsidan. Eftersom förutsättningarna för skadeståndsansvar blir desamma som tidigare, torde inte kraven på kompensation av detta slag bli så mycket vanligare. Det lär även i fortsättningen bli ganska sällsynt att oaktsam rådgivning leder till några påföljder.

Sammanfattningsvis lär en lagstiftning enligt det första alternativet få mycket begränsade följder, och i allmänhet bör de bli positiva.

Vad sedan angår det *andra alternativet* innebär detta enligt paragrafens första stycke en förändring i rättsläget genom att ersättning för bristfällig rådgivning kan omfatta utebliven vinst. En vanlig uppfattning är emellertid att bevissvårigheterna rörande möjligheter till vinst är så pass stora att den ekonomiska effekten av lagändringen blir ganska obetydlig. Vad som kan förekomma är

att flera konsumenter lägger ned tid och kostnader på att visa att det faktiskt funnits realistiska möjligheter till vinst om de inte följt det dåliga rådet. Också i fortsättningen torde dock konsumenterna i första hand vända sig till ARN, om inte rådgivaren haft förståelse för kravet, och processen där är som sagt billig. Man kan inte vänta sig någon mera omfattande ökning av ärendena i nämnden; det allmännas kostnader torde inte märkbart öka. Inte heller denna lagändring torde därför få större betydelse från ekonomisk synpunkt.

Andra stycket i alternativ nr 2 är detsamma som i det första alternativet.

Resultatet blir att inte heller det andra alternativet kan väntas få några ingripande ekonomiska konsekvenser. Det är naturligtvis något gynnsammare för konsumentensida, men skillnaden är inte stor.

13 Författningskommentar

Alternativ 1

6 § Näringsidkare som genom finansiell rådgivning uppsåtligt eller av oaktsamhet orsakar konsumenten ren förmögenhetsskada ska ersätta skadan. *Ersättningen omfattar dock inte utebliven vinst.*

Näringsidkarens skadeståndsskyldighet enligt första stycket omfattar inte skada som består i minskning av värdet på ett finansiellt instrument som konsumenten förvärvat och alltjämt innehar. Om värdeminskningen är väsentlig får konsumenten i stället fordra att näringsidkaren utger vad som konsumenten har betalat för instrumentet mot att detta överläts till näringsidkaren.

I första stycket har tillagts en andra mening vari anges att ersättningen inte omfattar utebliven vinst. I förhållande till nuvarande lagtext innebär detta huvudsakligen ett förtydligande; bestämmelsen ska i stort sett tillämpas som angetts i motiven till LFR och som ARN har uppfattat den. Det klargörs emellertid att konsumenten inte kan kräva skadestånd för att han, om inte rådgivningen kommit mellan, skulle ha behållit eller inköpt ett finansiellt instrument med resultat att han skulle ha vunnit på förfarandet. Bara minskningar i förmögenheten ska ersättas.

Eftersom annat inte framgår av lagtexten, torde de allmänna reglerna i SkL bli tillämpliga på skadeståndet. Vad som är ren förmögenhetsskada bestäms sålunda av 1 kap. 2 § SkL. Bestämmelserna i 6 kap. 1 och 2 §§ SkL om jämkning av skadeståndet kan tillämpas på rådgivarens skadeståndsskyldighet. Detsamma gäller bestämmelsen om solidariskt ansvar i 6 kap. 4 § SkL, om någon gång flera skulle bli ansvariga för konsumentens skada. Också den allmänna principen om den skadelidandes skyldighet att minska skadan torde vara möjlig att åberopa. Som

utvecklats i övervägandena bör dock jämkning på grund av den skadelidandes oaktsamhet bara ske vid klara försummelser från konsumentens sida. Regeln i 6 kap. 2 § SkL torde bli tillämplig endast i sällsynta fall. Skulle någon gång skadan vara särskilt svårförutsebar, säregen eller avlägsen kan skadeståndskravet falla bort enligt principen om adekvat kausalitet.

Andra stycket innebär en annan påföljd än den skadeståndsskyldighet som anges i första stycket. I den utsträckning skadan består i att ett finansiellt instrument som konsumenten förvärvat på grund av rådgivningen och alltjämt innehar har minskat i värde, kan konsumenten inte fordra skadestånd för värdeminskningen men i stället kräva att näringsidkaren utger det pris konsumenten betalat för instrumentet mot att konsumenten i gengäld överläter instrumentet till näringsidkaren. På detta vis kan konsumenten få ersatt den skada ett minskat värde innebär även när skadans storlek inte vid tillfället kan bedömas. Som framgått är detta en påföljd som ARN ofta rekommenderat i dessa situationer, trots att den knappast varit förenlig med ordalagen i nuvarande skadeståndsregel. Enligt förslaget ska påföljden vara möjlig beträffande alla instrument som konsumenten förvärvat under angivna förhållanden. Naturligtvis förutsätter också denna påföljd att uppsåt eller oaktsamhet förekommit enligt första stycket.

Bestämmelsen i andra stycket hindrar inte att konsumenten kan kräva ytterligare ersättning för skada av annat slag som rådgivningen medfört, t.ex. förlust på en försäljning av annat instrument än det aktuella eller särskilda kostnader som rådgivningen medfört. Likaså bör vanligt skadestånd kunna utgå när skadan orsakats t.ex. av att konsumentens pengar mot hans önskemål kommit att placeras med lång bindningstid, så att han inte kommit åt dem när han behövt dem; om någon värdminskning är det ju inte nödvändigtvis fråga om i detta fall.

Enligt lagtexten är en förutsättning för krav enligt andra stycket att det instrument konsumenten förvärvat sjunkit väsentligt i värde. Vid prövningen om värdeminskningen är väsentlig får beaktas inte bara minskningens storlek i pengar utan också hur stor del beloppet utgör av instrumentets värde när konsumenten förvärvade det. Frågan om väsentlig värdeminskning föreligger bör vid rättegång bedömas med hänsyn till värdet vid stämnings-

ansökan: att instrumentet senare ökat i värde bör inte påverka denna bedömning.

Som förut nämnts (8 ovan) ska de nämnda skadeståndsrättsliga reglerna om jämkning inte gälla när paragrafens andra stycke tillämpas.

Bestämmelsen utesluter naturligtvis inte att skadestånd, bl.a. för utebliven vinst, liksom nu kan utgå på annan grund än LFR, t.ex. på grund av bristfälligt fullgörande av uppdrag att sköta finansiella transaktioner.

Alternativ 2

6 § Näringsidkare som genom finansiell rådgivning uppsåtligen eller av oaktsamhet orsakar konsumenten ren förmögenhetsskada ska *betala full ersättning* för skadan.

Näringsidkarens skadeståndsskyldighet enligt första stycket omfattar dock inte skada som består i minskning av värdet på ett finansiellt instrument som konsumenten förvärvat och alltjämt innehar. Om värdeminskningen är väsentlig får konsumenten i stället fordra att näringsidkaren utger vad som konsumenten har betalat för instrumentet mot att detta överläts till näringsidkaren.

I det första stycket har, i förhållande till den nuvarande lagtexten, lagts till att näringsidkaren ska utge full ersättning för uppkommen skada. Därigenom klargörs att enligt paragrafen också utebliven vinst ska ersättas, i motsats till vad som gällt enligt förarbetena till bestämmelsen i LFR. Formuleringen utesluter dock inte att skadeståndet nedsätts enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer. Vad som sagts om sådana principer på tal om alternativ 1 gäller alltså ansvar också enligt alternativ 2.

Rörande andra stycket hänvisas till kommentaren under alternativ 1. Det kan tilläggas att tillämpning av den här reglerade påföljden inte utesluter att konsumenten kräver ersättning också för utebliven vinst, om någon sådan kan styrkas. Denna skada utgörs ju inte av någon värdeminskning.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2018. Har rådgivningen skett före ikraftträdandet tillämpas äldre lag.

Se om övergångsregeln avsnitt 10 ovan.

Uppdrag att utreda skadeståndsregleringen i lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter

2016-08-29

Fi2016/03006/KO

Bakgrund och behovet av en utredning

I samband med det pågående arbetet inom Finansdepartementet att bereda betänkandet av utredningen om konsumentskydd vid finansiell rådgivning (SOU 2014:4) och betänkandet av 2013 års värdepappersmarknadsutredning (SOU 2015:2) har vissa frågor med anknytning till den nuvarande regleringen avseende skadestånd vid vårdslös finansiell rådgivning till konsumenter uppmärksammats.

I 6 § lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter anges att näringsidkare som genom finansiell rådgivning uppsåtligen eller av oaktsamhet orsakar konsumenten ren förmögenhetsskada ska ersätta skadan. I förarbetena till lagen (prop. 2002/03:133 s. 32 och 33) förs resonemang om omfattningen av det aktuella skadeståndsansvaret. Det anges att den ersättningsgilla skadan är begränsad till det som betecknas som det negativa kontraktsintresset. Med avseende på finansiell rådgivning anges att detta innebär att konsumenten ska försättas i samma ekonomiska situation som konsumenten skulle ha varit i om han eller hon inte hade vidtagit några dispositioner med anledning av rådgivningen. Enligt förarbetena bör konsumenten ersättas för de medel som kan anses ha gått förlorade genom exempelvis en dålig

placering. Även kostnader som konsumenten drabbas av bör ersättas. Slutligen anges det att ersättning också bör erhållas för skulder som konsumenten ådragit sig, exempelvis i samband med handel med derivativa instrument. Enligt förarbetsuttalandena kan däremot ersättning inte utgå enligt det positiva kontraktsintresset, dvs. konsumenten bör inte kunna ersättas för utebliven vinst. Ersättning kan exempelvis inte fås på den grunden att konsumenten vid ett alternativt agerande skulle ha kunnat uppnå högre avkastning på sitt kapital än vad som på grund av rådgivningen blev fallet.

Det bör analyseras om de aktuella resonemangen i förarbetena till lagen om finansiell rådgivning till konsumenter överensstämmer med den gängse uppfattningen om hur begreppen ren förmögenhetsskada respektive positivt och negativt kontraktsintresse förstås och används. Vidare bör det övervägas om det finns skäl för att konsumentens rätt till ersättning för utebliven vinst ska vara begränsad, om han eller hon kan bevisa att en sådan skada faktiskt uppstått. Förarbetena till nu gällande lag anger bara att konsumentens rätt till ersättning är begränsad, utan att närmare motivera varför denna begränsning skulle vara lämplig.

Uppdraget

Skadeståndsregleringen i lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter behöver ses över. I uppdraget ligger att analysera lagtextens utformning och hur den förhåller sig till relevanta förarbetsuttalanden och praxis samt vid behov lämna förslag till ändringar. Vidare ska det utredas om det finns skäl att över huvud taget begränsa en rådgivares eventuella skadeståndsansvar vid vårdslös finansiell rådgivning.

Departementsserien 2017

Kronologisk förteckning

1. Elektronisk övervakning av kontaktförbud. Ju.
2. Åldersdifferentierat underhållsstöd och höjt grundavdrag för bidragskyldiga föräldrar. S.
3. Genomförande av ICT-direktivet. Ju.
4. Sjukpenning i avvaktan på slutligt beslut. S.
5. Effektivare sanktioner i livsmedelskedjan m.m. N.
6. Förslag till lag om ersättning till personer som har fått ändrad könstillhörighet fastställd i vissa fall. S.
7. Kommunikation för vår gemensamma säkerhet. Uppdrag om en utvecklad och säker kommunikationslösning för aktörer inom allmän ordning, säkerhet, hälsa och försvar. Ju.
8. Kultursamverkan för ett Sverige som håller ihop. Framtida inriktning och utvecklingsmöjligheter för kultursamverkansmodellen. Ku.
9. Förstärkt rehabilitering för återgång i arbete. S.
10. ILO:s konvention om anständiga arbetsvillkor för hushållsarbetare. A.
11. Ändrade regler om retroaktivitet avseende efterlevandestöd. S.
12. Om förenklat beslutsfattande och särskilda boendeformer för äldre. S.
13. Skadeståndets bestämmande vid finansiell rådgivning. Fi.

Departementsserien 2017

Systematisk förteckning

Arbetsmarknadsdepartementet

ILO:s konvention om anständiga
arbetsvillkor för hushållsarbetare. [10]

Finansdepartementet

Skadeståndets bestämmande vid finansiell
rådgivning. [13]

Justitiedepartementet

Elektronisk övervakning
av kontaktförbud. [1]

Genomförande av ICT-direktivet. [3]

Kommunikation för vår gemensamma
säkerhet. Uppdrag om en utvecklad
och säker kommunikationslösning
för aktörer inom allmän ordning,
säkerhet, hälsa och försvar. [7]

Kulturdepartementet

Kultursamverkan för ett Sverige
som håller ihop. Framtida inriktning
och utvecklingsmöjligheter för
kultursamverkansmodellen. [8]

Näringsdepartementet

Effektivare sanktioner i livsmedelskedjan
m.m. [5]

Socialdepartementet

Åldersdifferentierat underhållsstöd och
höjt grundavdrag för bidragsskyldiga
föräldrar. [2]

Sjukpenning i avvaktan på slutligt beslut. [4]

Förslag till lag om ersättning till personer
som har fått ändrad könstillhörighet
fastställd i vissa fall. [6]

Förstärkt rehabilitering för återgång i
arbete. [9]

Ändrade regler om retroaktivitet avseende
efterlevandestöd. [11]

Om förenklat beslutsfattande och särskilda
boendeformer för äldre. [12]