

Regeringens proposition

2002/03:133

Lag om finansiell rådgivning till konsumenter

Prop.
2002/03:133

Regeringen överlämnar denna proposition till riksdagen.

Stockholm den 22 maj 2003

Göran Persson

Ann-Christin Nykvist
(Jordbruksdepartementet)

Propositionens huvudsakliga innehåll

Propositionen innehåller förslag till en lag om finansiell rådgivning till konsumenter. Lagen skall vara tvingande till konsumentens förmån.

Lagen föreslås gälla vid s.k. placeringsrådgivning, dvs. rådgivning som avser placering av konsumentens tillgångar i olika finansiella instrument, t.ex. aktier, fondandelar och obligationer. Lagen föreslås också omfatta rådgivning kring vissa typer av livförsäkringar.

Lagen innehåller bestämmelser av både näringsrättslig och civilrättslig karaktär.

Bestämmelserna innebär att näringsidkaren skall se till att den som utför rådgivningen har tillräcklig kompetens. Näringsidkaren skall vidare dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället.

De föreslagna bestämmelserna innebär vidare att näringsidkaren skall iaktta god rådgivningssed i sin rådgivningsverksamhet och med tillbörlig omsorg ta till vara konsumentens intressen. Näringsidkaren skall också anpassa rådgivningen till den enskilde konsumentens önskemål och behov samt inte rekommendera andra lösningar än sådana som kan anses lämpliga för konsumenten. Näringsidkaren kan bli skadeståndsskyldig mot konsumenten för ren förmögenhetsskada som orsakas genom finansiell rådgivning.

Tillsynsmyndigheten ges enligt förslaget rätt att ingripa mot de näringsidkare som inte följer de föreslagna bestämmelserna.

Den nya lagen föreslås träda i kraft den 1 juli 2004.

1	Förslag till riksdagsbeslut	3
2	Förslag till lag om finansiell rådgivning till konsumenter.....	4
3	Ärendet och dess beredning.....	6
4	En lag om finansiell rådgivning till konsumenter.....	6
5	Lagens tillämpningsområde.....	12
5.1	Det skyddsvärda konsumentintresset	12
5.2	Parterna.....	19
5.3	Tvingande bestämmelser till konsumentens förmån	20
6	Näringsidkarens skyldigheter	20
6.1	Generella skyldigheter för näringsidkaren	20
6.1.1	Allmänna överväganden.....	20
6.1.2	Krav på kompetens.....	21
6.1.3	Krav på dokumentation	22
6.2	Krav på näringsidkaren i förhållande till enskilda konsumenter	23
6.2.1	Allmänna överväganden.....	23
6.2.2	God rådgivningssed och omsorg om konsumentens intressen.....	24
6.2.3	Anpassning till den enskilde konsumenten ...	25
6.2.4	Avrådningsplikt.....	27
6.2.5	Riktlinjer i anslutning till lagen	28
7	Skadestånd, m.m.	29
7.1	Skadeståndsskyldighet vid vårdslös rådgivning.....	29
7.2	Preskription m.m.	34
8	Tillsyn.....	38
8.1	Tillsynsansvaret.....	38
8.2	Tillstånds- och anmälningsplikt	41
8.3	Tillsynsmyndighetens befogenheter, m.m.	42
9	Ekonomiska och andra konsekvenser	43
10	Ikraftträdande m.m.....	45
11	Författningskommentar.....	45
Bilaga 1	Sammanfattning av betänkandet konsumentskydd vid finansiell rådgivning (SOU 2002:41)	59
Bilaga 2	Betänkandets författningsförslag	65
Bilaga 3	Förteckning över remissinstanserna.....	67
Bilaga 4	Lagradsremissens lagförslag.....	68
Bilaga 5	Lagrådets yttrande.....	70
Utdrag ur protokoll vid regeringssammanträde den 22 maj 2003		75

1 Förslag till riksdagsbeslut

Prop. 2002/03:133

Regeringen föreslår att riksdagen antar regeringens förslag till lag om finansiell rådgivning till konsumenter.

2 Förslag till lag om finansiell rådgivning till konsumenter

Häriigenom föreskrivs följande.

Inledande bestämmelser

1 § Denna lag gäller finansiell rådgivning som en näringsidkare tillhandahåller en konsument och som omfattar placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i livförsäkringar vars kapital helt eller delvis placeras i finansiella instrument som konsumenten bestämmer. Lagen är dock inte tillämplig när den som utför rådgivningen enbart förordar en annan placering än som nu sagts.

2 § I denna lag avses med

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

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

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

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

Näringsidkarens skyldigheter

4 § Näringsidkaren skall

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

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

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

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

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

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

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

Tillsyn

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

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

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

9 § Om en näringsidkare som står under Konsumentverkets tillsyn utför finansiell rådgivning i strid med de krav som ställs i lagen eller i föreskrifter som meddelats med stöd av lagen, får verket vid vite förelägga näringsidkaren att upphöra med finansiell rådgivning.

Om det är tillräckligt får Konsumentverket i stället meddela varning.

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

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2004.

3 Ärendet och dess beredning

Regeringen beslutade den 10 maj 2001 att tillkalla en särskild utredare för att kartlägga och analysera frågor om konsumentskyddet vid finansiell rådgivning (dir. 2001:41). Enligt direktiven skulle utredaren vidare föreslå den lagstiftning eller andra lämpliga åtgärder som det fanns behov av för att stärka konsumenternas ställning på området. Till utredare utsågs generaldirektören Anders Eriksson. Utredningen antog namnet Utredningen om finansiell rådgivning till konsumenter. Utredningen överlämnade i maj 2002 betänkandet Konsumentskydd vid finansiell rådgivning (SOU 2002:41). En sammanfattning av betänkandet finns i *bilaga 1*. De lagförslag som lades fram i betänkandet finns i *bilaga 2*.

Betänkandet har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 3*. En sammanställning av remissvaren finns tillgänglig i lagstiftningsärendet (Jo2003/70/KO).

Lagrådet

Regeringen beslutade den 24 april 2003 att inhämta Lagrådets yttrande över det lagförslag som finns i *bilaga 4*. Lagrådets yttrande finns i *bilaga 5*. Regeringen har i huvudsak följt Lagrådets förslag. Lagrådets synpunkter kommenteras i avsnitt 8.3 och i författningskommentaren. I övrigt har vissa redaktionella ändringar gjorts i lagförslaget.

4 En lag om finansiell rådgivning till konsumenter

Regeringens förslag: En lag om finansiell rådgivning till konsumenter införs.

Utredningens förslag: Överensstämmer med regeringens förslag (se betänkandet s. 93–97).

Remissinstanserna: En övervägande majoritet av remissinstanserna tillstyrker eller har ingen erinran mot utredningens förslag. *Sveriges Advokatsamfund* och *Företagarnas Riksorganisation* ifrågasätter behovet av lagstiftning.

Bakgrunden till regeringens förslag

Finansiella marknader i förändring

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

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

De finansiella marknaderna har genomgått stora förändringar de senaste åren. Bankernas och andra finansiella företags verksamhet har på olika sätt förändrats. Företagen har i allt högre grad kommit att arbeta med tjänster som skiljer sig från den traditionella in- och utlåningsverksamheten. Det som härvid främst avses är marknadsföring och försäljning av olika typer av finansiella tjänster och produkter. Exempel på sådana tjänster är köp och försäljning av sparprodukter såsom aktier, räntebärande instrument, värdepappersfonder och pensionsförsäkringar. Även konsumenternas agerande på dessa marknader har förändrats. Konsumenterna väljer numera att placera sina sparmedel på ett sätt som inte sällan innebär risk för en inte obetydlig förlust. De beslut konsumenten fattar kan ge återverkningar på den enskildes hela ekonomi, tillfälligt eller under överskådlig tid. Omfattningen av konsumenternas sparande och val av sparform skiftar över tiden. För närvarande ökar hushållens banksparande något på bekostnad av aktier och fonder. Aktier (direkt ägande eller indirekt via aktiefonder eller individuellt sparande i försäkringar) svarar dock alltså för omkring halva värdet av hushållens finansiella portfölj. För tio år sedan svarade bankinlåningen för närmare halva hushållens sparande. I dag svarar bankinlåningen för endast drygt 20 procent. Andelen vuxna svenskar som äger finansiella instrument har på tjugo år ökat från cirka 20 procent till närmare 80 procent. Konsumenterna erbjuds ett mycket stort antal investeringsalternativ med varierande riskprofil. Denna utveckling har skapat ett ökat behov av kunskap och information hos konsumenterna. Konsumenterna är därför i behov av den rådgivning som banker och andra finansiella företag erbjuder. Därmed aktualiseras frågan om vilket ansvar företagen har för de råd som de ger till konsumenterna och vad som kan krävas av rådgivarna.

Det har vidare visat sig att klagomålen angående finansiell rådgivning har ökat under senare år. Enligt uppgifter inhämtade från berörda myndigheter och instanser som tillhandahåller vägledning och

information till konsumenter, bl.a. Allmänna reklamationsnämnden och Konsumenternas Bank- och finansbyrå, har antalet klagomål från allmänheten som rör finansiell rådgivning ökat kraftigt sedan år 2000.

Prop. 2002/03:133

Branschens egna åtgärder

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

De finansiella företagen har under senare tid själva vidtagit vissa åtgärder för att öka konsumentskyddet. Det finns t.ex. sedan den 1 april 2001 ett licensieringsprogram av personal i fondhandeln som syftar till att höja kompetensen hos de anställda. Andra exempel är Fondbolagens Förening som år 2001 introducerade särskilda regler om finansiell rådgivning i de av föreningen antagna etiska riktlinjerna för fondbolag.

Gällande rätt

Genom lagstiftning ställs redan i dag krav på de finansiella företagen med avseende på deras kontakter med konsumenterna. Exempelvis måste företagen vid utformningen av sin marknadsföring iaktta de bestämmelser som följer av den marknadsrättsliga lagstiftningen. Denna kompletteras av branschens egna riktlinjer, ofta framtagna i samarbete med berörda myndigheter.

Det finns också bestämmelser i lag samt allmänna rättsprinciper som reglerar parternas rättigheter och skyldigheter i samband med ingående av avtal om utförande av finansiella tjänster. Den finansiella rådgivning som de finansiella företagen tillhandahåller kan till viss del omfattas av dessa bestämmelser, i vart fall analogivis, men så är långt ifrån alltid fallet. Högsta domstolen har i ett antal rättsfall tagit ställning till vad som kan krävas av den som tillhandahåller rådgivning eller ägnar sig åt annan närliggande verksamhet (se bl.a. NJA 1957 s. 621, NJA 1987 s. 692, NJA 1992 s. 502, NJA 1994 s. 532, NJA 1994 s. 598, NJA 1995 s. 693 och NJA 1997 s. 65).

Den s.k. rörelselagstiftningen innehåller bestämmelser om vad de finansiella företagen har att iaktta för att få bedriva sin verksamhet. Exempel på viktiga lagar inom detta område är bankrörelselagen (1987:617), försäkringsrörelselagen (1982:713) och lagen (1991:981) om värdepappersrörelse. Regelverket innehåller de krav som lagstiftaren ställer på företagen och reglerar inte rättsförhållandet mellan konsumenten och näringsidkaren. Syftet med reglerna kan sägas vara att åstadkomma en stabil och väl fungerande finansiell marknad. Tillsynsmyndigheten, Finansinspektionen, har enligt

rörelselagstiftningen möjlighet att ingripa genom förelägganden om förbud mot att bedriva en viss verksamhet eller varning, alternativt återkallande av tillstånd att bedriva viss verksamhet. Finansinspektionen har i anslutning till rörelselagstiftningen utarbetat vissa föreskrifter och allmänna råd som delvis berör finansiell rådgivning (se nedan avsnitt 6.1.2 och 6.1.3). Föreskrifterna är dock tillämpliga endast på företag som bedriver tillståndspliktig verksamhet.

Finansinspektionen har vidare tillsyn över försäkringsmäklarnas verksamhet enligt lagen (1989:508) om försäkringsmäklare.

Något bör också nämnas om lagen (1914:45) om kommission. Lagen innehåller inte några särskilda bestämmelser om finansiell rådgivning, men har stor betydelse vad gäller de transaktioner som ett finansiellt företag utför för konsumentens räkning. Kommissionär är den som för annans (kommittentens) räkning men i eget namn köper eller säljer t.ex. värdepapper. Kommissionären skall vid fullgörande av sitt uppdrag som huvudprincip iaktta kommittentens intresse. Lagen om kommission är för närvarande föremål för översyn i Regeringskansliet. Regeringen har dessutom tillkallat en särskild utredare med uppdrag att överväga i vad mån det behövs särskilda bestämmelser för den kommissionshandel som äger rum på värdepappersmarknaden, s.k. fondkommission. Utredaren skall enligt direktiven överväga bl.a. om det finns skäl att i någon del ha särskilda regler för avtal där kunden är konsument (dir. 2001:110). Uppdraget skall redovisas senast den 31 juli 2003.

EG-rättslig lagstiftning m.m.

Det finns ingen övergripande EG-rättslig lagstiftning som tar sikte på finansiell rådgivning såvitt avser rådgivarens skyldigheter och ansvar. Finansiell rådgivning omfattas emellertid av fördragets generella bestämmelser om fri rörlighet för tjänster.

Det skall också nämnas att Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/92/EG av den 9 december 2002 om försäkringsförmedling – som bl.a. reglerar försäkringsmäklares verksamhet – innehåller bestämmelser som reglerar mäklarnas rådgivningsverksamhet. Direktivet skall vara genomfört i svensk rätt senast den 14 januari 2005. Arbetet med genomförandet pågår i Regeringskansliet.

I flera EG-direktiv nämns vidare finansiell rådgivning som begrepp. I rådets direktiv 93/22/EEG av den 10 maj 1993 om investeringstjänster inom värdepappersområdet framgår att varje medlemsstat skall som en förutsättning för bedrivande av värdepappersrörelse kräva auktorisation av värdepappersföretag. Auktorisationen omfattar en eller flera s.k. investeringstjänster. Direktivet är genomfört i Sverige genom i huvudsak lagen (1991:981) om värdepappersrörelse.

I november 2002 presenterade EU-kommissionen ett förslag till nytt direktiv om investeringstjänster (Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om investeringstjänster och reglerade marknader samt om ändring av rådets direktiv 86/611/EEG och 93/6/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/12/EG, KOM (2002) 625 slutlig). Direktivförslaget innehåller näringsrättsliga bestämmelser för värdepappersföretag, dvs. företag som yrkesmässigt tillhandahåller investeringstjänster. Enligt förslaget skall antalet investeringstjänster som

skall kräva auktorisation öka och bl.a. komma att omfatta investeringsrådgivning. Det skulle därmed krävas tillstånd för att denna typ av verksamhet skall få bedrivas. I direktivförslaget definieras sådan rådgivning som tillhandahållande av personliga rekommendationer till en kund i fråga om en eller flera transaktioner som avser finansiella instrument. Enligt det nuvarande direktivet är denna typ av rådgivning en s.k. sidotjänst, vilket innebär att tillstånd att driva rörelse enligt direktivet inte får ges enbart för utförande av en sådan tjänst. Ett företag som enbart tillhandahåller en investeringsrådgivning faller således helt utanför det gällande direktivets tillämpningsområde.

I förhållande till dagens direktiv innehåller förslaget skärpta regler om hur värdepappersföretagen skall uppföra sig mot sina kunder. Det ställs bl.a. krav på att de skall inhämta tillräcklig information om kundens kunskap och erfarenhet på området, ge tillräcklig vägledning och lämpliga varningar om de risker som är förenade med investeringar i särskilda finansiella instrument och dokumentera det uppdrag som företaget får. Mer detaljerade tillämpningsbestämmelser skall enligt förslaget fastställas av kommissionen efter samråd med medlemsstaterna och marknadsaktörer och råd kommer också att inhämtas från Europeiska värdepapperstillsynskommittén (CESR).

Enligt förslaget skall direktivet inte tillämpas på bl.a. försäkringsbolag och fondbolag.

Det är i dagsläget svårt att bedöma direktivets slutliga utformning och när ett nytt direktiv kan beslutas. Enligt kommissionens förslag skall direktivet vara genomfört i medlemsstaterna senast den 30 juni 2006.

Ett annat EG-direktiv som bör omnämnas är Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/65/EG av den 23 september 2002 om distansförsäljning av finansiella tjänster till konsumenter och om ändring av rådets direktiv 90/619/EEG samt direktiven 97/7/EG och 98/27/EG. Direktivet reglerar bl.a. frågor om information till konsumenten innan distansavtal rörande finansiella tjänster ingås, överlämnande av avtalsvillkor och förhandsinformation till konsumenten samt ångerrätt. Direktivet skall vara genomfört i medlemsstaterna senast i oktober 2004.

Det kan nämnas att Storbritannien har ett omfattande regelverk, *Financial Services and Markets Act 2000*, som reglerar finansmarknaderna. I regelverket finns särskilda bestämmelser kring finansiell rådgivning som innebär bl.a. att företag som tillhandahåller sådan rådgivning måste vara auktoriserade. Det ställs vidare krav på att enskilda rådgivare måste godkännas av tillsynsmyndigheten. Regelverket innehåller också de närmare kraven på vad rådgivaren skall iaktta i förhållande till konsumenten. Rådgivaren skall bl.a. kartlägga konsumentens personliga och ekonomiska förhållanden samt dokumentera uppgifterna.

Skälen för regeringens förslag

De förändringar som beskrivits ovan ställer nya krav på konsumenterna och på konsumentskyddet. För det fall konsumenten tar varierande grader av risk medvetet och med full insikt om de möjliga konsekvenserna, framträder inget omedelbart skyddsbehov. Om

konsumenten däremot saknar grundläggande kunskaper om de finansiella instrument i vilka han eller hon väljer att placera sina pengar och den varierande grad av risk som är förknippad därmed, framträder ett skyddsbehov. Mot bakgrund av den stora betydelse som konsumenternas beslut i dessa avseenden har för den egna ekonomin, framstår det som angeläget att på olika sätt tillgodose konsumenternas behov av kunskap och information i deras egenskap av aktörer på de finansiella marknaderna.

Behovet av nya, konsumentskyddande åtgärder skall givetvis också bedömas utifrån befintlig lagstiftning. Vad gäller finansiell rådgivning saknas som framgått allmänna regler om vad som kan krävas av rådgivaren och om vilket ansvar företagen har för de råd som de ger konsumenten. Vissa krav på de finansiella rådgivarnas prestationer kan dock härledas ur rörelselagstiftningen, allmänna rättsprinciper, praxis och doktrin. Likaså kan det med stöd härav konstateras att de finansiella företagen under vissa förutsättningar har ett ansvar för vårdslös rådgivning. Det är emellertid inte möjligt att utifrån nämnda källor dra några säkra slutsatser vad gäller gränserna för vare sig kraven på prestationen eller omfattningen av ansvaret. En fortsatt rättsutveckling genom avgöranden i Högsta domstolen kan efter hand komma att leda till tydligare principer. Det är dock troligt att en sådan utveckling kan komma att ta lång tid. Mot bakgrund av den stora betydelse som den finansiella rådgivningen har för konsumenterna framstår därför ett konsumentskydd baserat enbart härpå som svagt.

Som nämnts ovan behandlas frågan om rådgivning i direktivförslaget om investeringstjänster och reglerade marknader. Det är mycket svårt att i nuläget bedöma hur direktivförslaget slutligt kommer att utformas, dels beroende på att förhandlingarna är i ett tidigt skede, dels beroende på att direktivet kommer att förtydligas av tillämpningsföreskrifter. Det kan därför inte uteslutas att den nu föreslagna lagen i något eller några avseenden kan komma att behöva ändras i samband med att direktivet genomförs i svensk rätt. Regeringen gör emellertid bedömningen att det är så angeläget att lägga fram den föreslagna lagstiftningen att man inte bör avvakta till dess att direktivet skall införlivas.

Regeringen välkomnar de initiativ som på senare tid tagits av branschen för att förbättra konsumentskyddet. Det är emellertid enligt regeringens bedömning inte tillräckligt att förlita sig på branschens egna åtgärder eftersom det bl.a. är nödvändigt att säkerställa att erforderliga krav kan upprätthållas över tiden samt att dessa krav omfattar samtliga näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning. Ett ur konsumentskyddssynpunkt bra resultat uppnås ofta genom lagstiftning i kombination med branschåtgärder. De egenåtgärder som vidtagits från näringslivets sida talar därför inte emot lagstiftning med avseende på finansiell rådgivning.

Sammantaget talar övervägande skäl för att konsumentskyddet på området behöver förstärkas och tydliggöras genom en ny, konsumenträttslig lagstiftning. Det finns enligt regeringens bedömning ett behov av att i lag precisera såväl kraven på näringsidkarens prestation som dennes ansvar från civilrättslig utgångspunkt.

I sistnämnda avseende kan preciseringen i huvudsak ske genom en kodifiering av den rättspraxis som utvecklats i domstolarna vad gäller

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

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

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

En särskild lag

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

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

5 Lagens tillämpningsområde

5.1 Det skyddsvärda konsumentintresset

Regeringens förslag: Lagen skall vara tillämplig på finansiell rådgivning om placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument och i den typ av livförsäkringar där kapitalet placeras i finansiella instrument som konsumenten bestämmer.

Utredningens förslag: Överensstämmer med regeringens förslag (se betänkandet s. 99–114).

Remissinstanserna: Remissinstansernas inställning till omfattningen av lagens tillämpningsområde varierar. *Konsumentverket* och *Sveriges Aktiesparares Riksförbund* anser att lagens tillämpningsområde är alltför

snävt. *Finansinspektionen* anser att lagens tillämpningsområde bör förtydligas ytterligare. *Konkurrensverket* anför att den föreslagna avgränsningen skulle kunna leda till en snedvridning till förmån för säkra sparformer men anser att övervägande skäl talar för den av utredningen föreslagna avgränsningen. *Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet* vänder sig emot avgränsningen av lagens tillämpningsområde. Fakultetsnämnden anser att när en näringsidkare lämnar övergripande råd till en konsument om hur denna skall organisera sina ekonomiska förhållanden, bör lagförslagets långtgående krav gälla oavsett om råden avser placeringar i finansiella instrument eller annat, t.ex. skatteplanering eller finansieringslösningar. När de råd som konsumenten önskar däremot är av mindre omfattning behöver enligt fakultetsnämnden inte samma höga krav ställas på rådgivningen. *Svenska Bankföreningen* och *Svenska Fondhandlareföreningen* påtalar att det är en brist att lagförslaget saknar klara definitioner av begreppen råd och rådgivning. De anser vidare att lagen bör vara tillämplig bara om det föreligger ett formellt avtal om rådgivning mellan rådgivaren och den enskilde konsumenten. *Fondbolagens Förening* anser att tillämpningsområdet är för snävt och produktorienterat.

Skälen för regeringens förslag

Placeringsrådgivning

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

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

Tillämpningsområdet för en konsumentskyddande reglering bör ta sin utgångspunkt i de intressen som framstår som särskilt skyddsvärda från konsumentens synpunkt. Med denna utgångspunkt bör tillämpningsområdet begränsas till att omfatta sådan finansiell rådgivning som rör finansiell verksamhet som innebär en beaktansvärd risk för att konsumenten, helt eller delvis, förlorar insatt kapital eller sätter sig i skuld. Den typ av rådgivning som främst kommer i fråga är s.k. placeringsrådgivning. Härmed avses rådgivning med avseende på konsumentens placeringar i främst olika typer av finansiella instrument som t.ex. aktier och andelar i

värdepappersfonder Konsumentens övergripande syfte med sådana placeringar torde vara tillväxt av det egna insatta kapitalet.

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

För andra typer av finansiella tjänster är konsumentens risk mindre. Ett exempel är vanliga bankkonton. Företagens villkor kan självfallet skilja sig åt i olika detaljer, men alternativen är begränsade och risken för att konsumenten förlorar pengar eller äventyrar hela sin ekonomi framstår som liten. Konsumenten synes i dessa fall vara mindre beroende av den särskilda sakkunskap som en rådgivare kan förväntas besitta. En annan sak är att konsumenten även i sådana situationer är beroende av korrekt information kring produkter och villkor, vilket företagen i stor utsträckning har att uppfylla redan enligt befintlig, konsumentskyddande lagstiftning. Finansiell rådgivning med avseende på finansiella tjänster där risken för konsumenten framstår som begränsad bör mot denna bakgrund inte omfattas av den föreslagna regleringen.

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

Finansiella instrument och vissa typer av livförsäkringar

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

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

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

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

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

Det nu föreslagna tillämpningsområdet torde i stor utsträckning omfatta den särskilt skyddsvärda finansiella rådgivningen. Skulle det emellertid i framtiden visa sig angeläget att reglera andra typer av finansiell rådgivning kan dock regeringen få anledning att återkomma i frågan. Ingenting hindrar heller att lagen i vissa fall skall kunna tillämpas analogivis. En utgångspunkt för bedömningen av frågan om en analogisk tillämpning bör komma i fråga bör vara att skyddsintresset för konsumenten framstår som likvärdigt med de fall som lagen är direkt tillämplig på. Den närmare gränsdragningen vad gäller den analogivisa användningen av lagen får emellertid överlämnas till rättstillämpningen.

Rådgivningsuppdrag mellan näringsidkaren och konsumenten

Den föreslagna lagen bör vara tillämplig på finansiell rådgivning som är av individuell karaktär. Det bör därvid för lagens tillämplighet krävas att det finns ett uppdragsförhållande mellan rådgivaren och en enskild konsument med avseende på finansiell rådgivning. Det tydligaste

exemplet torde vara att näringsidkaren och konsumenten ingår ett formellt avtal om finansiell rådgivning. Ett uppdragsförhållande torde dock också kunna uppstå tämligen formlöst vilket bl.a. följer av Högsta domstolens resonemang i rättsfallet NJA 1992 s. 243. Det avgörande är att rådgivaren har uppträtt yrkesmässigt och att motparten haft fog för att fästa tillit till de råd som lämnats. I vart fall bör detta gälla om rådgivaren insett att motparten förlitat sig på den förmedlade informationen. Resonemanget har i doktrinen kallats den befogade tillitens relevans (se Jan Kleineman, SvJT 1998 s. 187). Rättsförhållandet mellan rådgivaren och konsumenten bör mot denna bakgrund kunna betecknas som kontraktuellt eller i vart fall kontraktsliknande beroende på omständigheterna.

Några remissinstanser anser att lagen bör vara tillämplig bara om det föreligger ett formellt avtal om rådgivning mellan rådgivaren och den enskilde konsumenten. *Svenska Bankföreningen* och *Svenska Fondhandlareföreningen* anser att man därigenom skulle uppnå en större förutsebarhet än den som i gällande rätt följer av ovan nämnt rättsfall. Ett sådant begränsat tillämpningsområde är enligt regeringens bedömning alltför snävt eftersom den finansiella rådgivning som i dag bedrivs sällan föregås av formaliserade avtal parterna emellan. Det skulle vidare innebära en försämring från konsumentsynpunkt i förhållande till gällande rätt.

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

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

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

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

Lagen bör mot denna bakgrund inte vara tillämplig på denna typ av rådgivning.

En särskild fråga är om ett uppdragsförhållande kan anses uppkomma på annat sätt än via personlig kontakt, t.ex. via Internet. Internet ger möjlighet till interaktivitet, dvs. ”kommunikation” på en webbplats mellan företaget och en konsument. Konsumenten kan på en webbplats ange sina personliga behov och önskemål avseende exempelvis placering av sparmedel och erhåller mot bakgrund av de lämnade uppgifterna råd om lämpliga alternativ. Via e-post kan en rådgivare nå ut med bestämd information till en bestämd krets personer och kan därtill snabbt nå ut med rättelser av felaktig information. Motsvarande resonemang kan göras gällande vid personligt ställda brev via vanlig post.

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

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

Finansiell rådgivning i förhållande till marknadsföring och försäljning

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

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

tjänster, som konsumenten med anledning av de lämnade rekommendationerna ingår avtal om. Denna typ av självständig rådgivning bör vara utgångspunkten vad gäller tillämpningsområdet för den föreslagna lagen.

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

För att uppnå avsedd effekt med den föreslagna regleringen, dvs. att förbättra konsumentskyddet med avseende på finansiell rådgivning, bör lagen därför vara tillämplig på finansiell rådgivning generellt, oavsett i vilken situation denna tillhandahålls. Det bör således inte ha någon betydelse om syftet med rådgivningen från näringsidkarens utgångspunkt ytterst är att sälja eller i vart fall marknadsföra egna eller andras produkter. I den mån informationen är att bedöma enligt flera regelverk bör konsumenten genom den föreslagna lagen ges möjlighet att välja de för honom eller henne mest förmånliga bestämmelserna.

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

Försäkringsmäklare

Försäkringsmäklare är en yrkesgrupp som i många fall tillhandahåller sådan finansiell rådgivning som omfattas av den föreslagna lagen.

Försäkringsmäklares verksamhet är föremål för särskild lagstiftning genom lagen (1989:508) om försäkringsmäklare. Lagen innehåller såväl näringsrättsliga som civilrättsliga regler.

Försäkringsmäklare skall vara registrerade hos Finansinspektionen och står under inspektionens tillsyn. För att bli registrerad som försäkringsmäklare krävs bl.a. att sökanden har en tillfredsställande utbildning. Inspektionen kan under vissa förutsättningar återkalla registreringen.

Enligt lagen om försäkringsmäklare skall mäklarna utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och med iakttagande av god försäkringsmäklarsed. Om försäkringsmäklaren uppsåtligen eller av oaktsamhet åsidosätter sina skyldigheter, blir mäklaren skadeståndsskyldig mot uppdragsgivaren.

Mäklarnas rådgivningsverksamhet bör i första hand bedömas utifrån lagen om försäkringsmäklare. I den utsträckning den nu föreslagna lagen medför åligganden som går utöver vad som föreskrivs i lagen om försäkringsmäklare skall den föreslagna lagen i de delarna tillämpas. Skälet för detta är att konsumenten skall få ett likartat skydd oberoende

av vilken slags rådgivare han väljer att anlita. Även utifrån konkurrensaspekter finns det anledning att välja en sådan lösning.

Som redan nämnts (se avsnitt 4) pågår det ett arbete inom regeringskansliet med att genomföra Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/92/EG av den 9 december 2002 om försäkringsförmedling. Det kan inom ramen för detta arbete finnas anledning att på nytt överväga hur förhållandet mellan den nu föreslagna lagen och den lag som skall reglera mäklares och andra försäkringsförmedlares verksamhet skall se ut.

5.2 Parterna

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

Utredningens förslag: Överensstämmer med regeringens förslag (se betänkandet s. 114–116).

Remissinstanserna: Remissinstanserna tillstyrker utredningens förslag eller lämnar det utan någon invändning.

Skälen för regeringens förslag: Liksom i annan konsumentskyddande lagstiftning bör den föreslagna lagen begränsas med avseende på parterna, i detta fall uppdragsgivaren och uppdragstagaren. Bestämmelserna bör därför i enlighet vad som är brukligt vara tillämpliga endast för det fall uppdragsgivaren, dvs. mottagaren av råden, är konsument och uppdragstagaren, dvs. den finansielle rådgivaren, är näringsidkare.

I många svenska lagar på det konsumenträttsliga området definieras inte särskilt begreppen konsument och näringsidkare. I konsumenträttslig lagstiftning som bygger på EG-direktiv, t.ex. lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal, finns emellertid särskilda definitioner av begreppen. I samband med genomförandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG av den 25 maj 1999 om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier infördes dessa definitioner i såväl konsumentköplagen som konsumenttjänstlagen. Ändringarna i konsumentköplagen var en direkt följd av genomförandet av direktivet. Regeringen gjorde bedömningen i det lagstiftningsärendet att även likalydande definitioner skulle införas i konsumenttjänstlagen eftersom det traditionellt rått betydande överensstämmelse mellan de två lagarna. Sakliga och rättssystematiska skäl talade enligt regeringen för en sådan ordning (se prop. 2001/02:134 s. 25 f.).

Det finns i förevarande lagstiftningsärende inte anledning att föreslå någon annan lösning än att motsvarande definition av konsument respektive näringsidkare tas in i den nu föreslagna lagen. Det är av särskild vikt vid den bedömningen att lagen därvidlag kommer att överensstämma med konsumenttjänstlagen.

De näringsidkare som omfattas av den föreslagna lagen är främst finansiella företag av olika slag, t.ex. banker, försäkringsbolag, värdepappersbolag och fondbolag. Lagen är dock tillämplig även på annan näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning, t.ex.

fristående rådgivningsföretag. Tillämpningsområdet bör alltså inte begränsas till att avse enbart sådana finansiella institut som enligt befintlig näringsrättslig lagstiftning står under Finansinspektionens tillsyn.

5.3 Tvingande bestämmelser till konsumentens förmån

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

Utredningens förslag: Överensstämmer med regeringens förslag (se betänkandet s. 116).

Remissinstanserna: Remissinstanserna tillstyrker utredningens förslag eller lämnar det utan någon invändning.

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

6 Näringsidkarens skyldigheter

6.1 Generella skyldigheter för näringsidkaren

6.1.1 Allmänna överväganden

Rörelselagstiftningen för de finansiella företagen innehåller bestämmelser om vad de finansiella företagen har att iaktta för att få bedriva sin verksamhet. Genom dessa regler ställer staten upp de krav som företagen måste uppfylla för att få verka på marknaden. Syftet med reglerna är att åstadkomma en stabil och väl fungerande finansiell marknad. Reglerna har således ingen direkt verkan på de rättigheter och skyldigheter som råder mellan en näringsidkare och en konsument.

Det finns i dag inga allmänna bestämmelser av näringsrättslig karaktär som särskilt tar sikte på finansiell rådgivning. Regeringen delar utredningens bedömning att det finns behov av några grundläggande bestämmelser av näringsrättslig karaktär i syfte att stärka konsumentskyddet vid finansiell rådgivning. Dessa bestämmelser skall ses som ett komplement till den näringsrättsliga reglering som i övrigt gäller för vissa av de nu aktuella företagen. De bör kunna tillämpas

oberoende av annan näringsrättslig reglering. Bestämmelserna bör därför, utan att påverka den näringsrättsliga regleringen i övrigt, tas in i den föreslagna lagen om finansiell rådgivning.

Prop. 2002/03:133

6.1.2 Krav på kompetens

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

Utredningens förslag: Överensstämmer med regeringens förslag (se betänkandet s.118–119).

Remissinstanserna: En övervägande majoritet av remissinstanserna tillstyrker utredningens förslag eller lämnar det utan erinran.

Skälen för regeringens förslag: Kompetensen hos den personal som sysslar med rådgivningsverksamhet varierar. Som rådgivare arbetar bl.a. såväl välutbildade tjänstemän med mångårig erfarenhet som tillfälligt anställda telefonförsäljare med kort utbildningstid. Det finns goda exempel på åtgärder som branschorganisationer själva har vidtagit under den senaste tiden för att öka kunskapsnivån bland de anställda. Sedan den 1 april 2001 tillämpas bl.a. ett system för licensiering av personal i fondhandeln. Systemet har utarbetats av Svenska Fondhandlareföreningen och administreras i det härför bildade SwedSec AB.

Regeringen välkomnar de initiativ som nyligen vidtagits av branschen för att öka kunskapsnivån hos personalen. Det är emellertid enligt regeringens bedömning nödvändigt att säkerställa att erforderliga kompetenskrav omfattar samtliga näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning och att dessa krav kan upprätthållas över tiden. Det bör därför i lagen krävas att näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning skall se till att den som utför rådgivningen har tillräcklig kompetens. En sådan bestämmelse kan vidare utgöra stöd för företag som strävar efter att hålla hög kvalitet i sin rådgivningsverksamhet och för utbildningsinsatser såsom det ovan nämnda licensieringsprojektet.

Det föreslagna kompetenskravet ligger vidare väl i linje med Finansinspektionens allmänna råd om värdepappersrörelse (FFFS 2002:5). Av dessa råd följer att värdepappersföretag i sin verksamhet bör ställa särskilda krav på kompetens på bl.a. vissa befattningshavare som har kundkontakter, exempelvis placeringsrådgivare och andra som har till uppgift att ge råd eller betjäna kunder.

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

Det bör således vara en skyldighet för den näringsidkare som tillhandahåller finansiell rådgivning att se till att den personal som utför rådgivningen har tillräcklig kompetens. Det är emellertid inte möjligt att i lag fastslå vad som skall avses med tillräcklig kompetens. Som tidigare framhållits tillhandahålls finansiell rådgivning av olika typer av finansiella företag som bedriver verksamhet i delvis olika branscher och

som tillhandahåller olika typer av produkter. De finansiella marknaderna synes dessutom befinna sig i ständig förändring. Vad som skall anses utgöra en godtagbar kunskapsnivå kan därför inte generellt fastslås. De närmare reglerna om vilka kompetenskrav som skall gälla bör därför, efter bemyndigande, bestämmas genom föreskrifter på myndighetsnivå och bör beslutas efter samråd med företrädare för de branscher som är berörda.

Föreskrifterna bör utfärdas av den myndighet som är tillsynsmyndighet enligt lagen. Som kommer att framgå i det följande (se avsnitt 8.1) föreslås som huvudregel att Konsumentverket skall utöva tillsyn enligt lagen. Det bör därmed vara Konsumentverket som utfärdar nämnda föreskrifter. Sådan verksamhet som står under tillsyn av Finansinspektionen föreslås dock vara undantagen från Konsumentverkets tillsyn. Även Finansinspektionen bör därför bemyndigas att utfärda ovan beskrivna föreskrifter.

6.1.3 Krav på dokumentation

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

Näringsidkaren skall lämna ut dokumentationen till konsumenten.

Utredningens förslag: Överensstämmer med regeringens förslag, dock med den skillnaden att utredningen inte har föreslagit någon uttrycklig bestämmelse angående näringsidkarens skyldighet att lämna ut dokumentationen till konsumenten (se betänkandet s. 120–121).

Remissinstanserna: En övervägande majoritet har godtagit utredningens förslag eller lämnar det utan erinran. *Göta hovrätt*, *Sveriges Aktiesparares Riksförbund* och *Sveriges Konsumentråd* anser att det bör fastslås i lagen att en kopia av dokumentationen skall överlämnas till konsumenten.

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

Det förekommer i dag att företagen spelar in rådgivningssamtal på band. Även annan typ av dokumentation förekommer, såsom anteckningar i datorbaserade system. Fondbolagens Förening rekommenderar sina medlemmar att, om kunden begär det, dokumentera rådgivning om fonder.

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

Regeringen anser därför att starka skäl talar för att införa ett krav på dokumentation. Dokumentationen skall ge en rättvisande bild av vad som förekommit vid rådgivningstillfället. Syftet är att i efterhand kunna avgöra på vilka grunder rådgivaren har lämnat sin rekommendation. Ett liknande krav följer av Finansinspektionens föreskrifter om uppföranderegler på värdepappersmarknaden (FFFS 2002:7). Föreskrifterna träffar dock enbart sådana företag som bedriver tillståndspliktig verksamhet enligt lagen (1991:981) om värdepappersrörelse.

Regeringen anser att det är viktigt att konsumenterna får del av dokumentationen. Genom att konsumenten får en kopia av dokumentationen, får konsumenten lättare att visa att en rådgivning verkligen förekommit och vad som därvid avhandlats.

Bestämmelser om hur dokumentationen skall genomföras och bevaras är inte lämpliga att slå fast i lag. Lagen skulle därvid komma att tyngas av en alltför stor detaljrikedom och möjligheten till snabba justeringar i regelverket skulle gå förlorad. I stället bör de närmare reglerna om dokumentationsplikten bestämmas, efter bemyndigande, genom föreskrifter från berörda myndigheter. Det kan då också övervägas i vilket fall som man eventuellt skulle kunna göra ett undantag från kravet på att dokumentationen skall överlämnas till konsumenten. Beträffande frågan om vilken myndighet som bör utfärda föreskrifter om dokumentation hänvisas till resonemanget ovan beträffande föreskrifter med krav på kompetens.

6.2 Krav på näringsidkaren i förhållande till enskilda konsumenter

6.2.1 Allmänna överväganden

Det finns i dag ingen övergripande lagstiftning som reglerar finansiell rådgivning med avseende på rådgivarens skyldigheter gentemot enskilda konsumenter. Högsta domstolen har i ett antal rättsfall tagit ställning till vad som kan krävas av den som tillhandahåller rådgivning eller ägnar sig åt annan närliggande verksamhet. Det är emellertid ganska osäkert vad som enligt gällande rätt kan krävas av en finansiell rådgivare vad gäller dennes prestation. Regeringen anser därför i likhet med utredningen att det finns ett behov av att i lag klargöra vilka krav som bör ställas på rådgivaren i förhållande till enskilda konsumenter. Syftet med en sådan bestämmelse är att uppnå en enhetlig grund för bedömningen av rådgivarens ansvar samtidigt som det säkerställs att konsumenten erhåller råd som är individuellt anpassade.

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

Utredningens förslag: Överensstämmer med regeringens förslag (se betänkandet s. 123–124).

Remissinstanserna: En övervägande majoritet av remissinstanserna tillstyrker utredningens förslag.

Skälen för regeringens förslag

God rådgivningssed

Finansiell rådgivning är ingen enhetlig verksamhet. Sådan rådgivning tillhandahålls inom olika typer av företag och dessa företag tillhandahåller ett stort antal olika produkter. De finansiella marknaderna har de senaste åren genomgått stora förändringar och nya produkter tillkommer efter hand.

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

Ett väl beprövat sätt att fastställa normer för arbetsmetoder är att hänvisa till god sed. Begreppet återfinns i lagstiftningen på flera håll och avser typer av verksamhet som ligger nära den som bedrivs av finansiella rådgivare. Som exempel kan nämnas skyldigheten för fastighetsmäklare att enligt fastighetsmäklarlagen (1995:400) iaktta god fastighetsmäklarsed och skyldigheten för försäkringsmäklare att enligt lagen (1989:508) om försäkringsmäklare iaktta god försäkringsmäklarsed.

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

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

Omsorgsplikt

Det är vidare av väsentlig betydelse att finansiella rådgivare med omsorg tar tillvara konsumentens intressen. Motsvarande omsorgsplikt uppställs även i annan konsumenträttslig lagstiftning och får anses utgöra ett

värdefullt instrument vid bedömning av näringsidkarens prestation. Regeringen anser därför att en omsorgsplikt bör följa även av den här föreslagna lagen.

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

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

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

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

6.2.3 Anpassning till den enskilde konsumenten

Regeringens förslag: Näringsidkaren skall vara skyldiga att anpassa sin rådgivning till den enskilde konsumentens önskemål och behov samt inte rekommendera andra lösningar än sådana som kan anses lämpliga för konsumenten.

Utredningens förslag: Överensstämmer med regeringens förslag (se betänkandet s. 125–127).

Remissinstanserna: En övervägande majoritet av remissinstanserna tillstyrker utredningens förslag.

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

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

skyldighet att utforma rådgivningen efter sådana principer bör enligt regeringens bedömning följa av lagen.

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

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

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

Konsumentens ekonomiska och andra förhållanden. Rådgivaren måste därefter kartlägga konsumentens ekonomiska och andra förhållanden. Konsumentens inkomst, förmögenhet, försäkringssituation och skulder har en självklar betydelse för de rekommendationer som rådgivaren skall lämna. Likaså måste i många fall kartläggas konsumentens familjeförhållanden och andra förhållanden av privat natur. Exempelvis kan det förhållandet att konsumenten endast har en tillfällig anställning och att de ekonomiska förutsättningarna därför kan komma att förändras påverka bedömningen.

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

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

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

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

marknaderna och om konsumenten lämna ett råd som framstår som lämpligt för konsumenten.

Den ovan beskrivna modellen förutsätter att konsumenten själv är beredd att informera rådgivaren om förhållanden av personlig karaktär. Väl kan tänkas att konsumenten, trots uppmaning från rådgivarens sida, inte vill berätta allt om sina ekonomiska förhållanden eller sin familjesituation. Konsumenten kan också vilja begränsa rådgivningen till en viss fråga, t.ex. placering av en specificerad summa pengar, utan att för den skull gå in på sina ekonomiska förhållanden i övrigt. Den finansielle rådgivaren får i sådana situationer självfallet anpassa sin rådgivning till de förutsättningar som konsumenten ger. Rådgivaren har dock naturligtvis att uppfylla de ovan nämnda skyldigheterna så långt möjligt. Konsumenten bör också göras uppmärksam på vad brister i bedömningsunderlaget kan medföra i fråga om tillförlitligheten i de råd som lämnas. Det är, med tanke på den bedömning som kan komma att göras av rådgivarens insatser i efterhand, viktigt att det i den dokumentation som det åligger rådgivaren att utföra noteras att konsumenten inte velat förse rådgivaren med underlag i alla delar.

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

6.2.4 Avrådningsplikt

Regeringens förslag: Näringsidkaren skall vara skyldig att avråda konsumenten från att vidta åtgärder som inte kan anses lämpliga för konsumenten.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens förslag (se betänkandet s. 127–129).

Remissinstanserna: Majoriteten av remissinstanserna tillstyrker eller lämnar det utan erinran. *Svenska Bankföreningen* och *Svenska Fondhandlareföreningen* anser dock att avrådningsplikten bör ingå i den goda rådgivningsseden.

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

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

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

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

De situationer där avrådningsplikten kan bli aktuell är sådana där den åtgärd konsumenten önskar vidta inte kan anses lämplig med hänsyn till vad som framkommit vid den ovan beskrivna kartläggningen av konsumentens behov, ekonomiska förhållanden och övriga relevanta omständigheter som det redogörs för i avsnitt 6.2.3.

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

6.2.5 Riktlinjer i anslutning till lagen

Regeringens bedömning: Tillsynsmyndigheten bör utfärda riktlinjer och allmänna råd om tillämpningen av lagen.

Utredningens förslag: Överensstämmer med regeringens bedömning (se betänkandet s. 129).

Remissinstanserna: Samtliga remissinstanser tillstyrker eller har ingen erinran mot utredningens förslag.

Skälen för regeringens bedömning: De ovan beskrivna bestämmelserna är allmänt hållna och ger utrymme för tolkning. Särskilt gäller detta vad som skall innefattas i begreppet god rådgivningssed. Det

är enligt regeringens bedömning därför av värde om tillsynsmyndigheterna genom riktlinjer eller allmänna råd ger sin syn på näringsidkarens skyldigheter. Sådana riktlinjer eller allmänna råd kan ge en ökad tydlighet åt bestämmelserna och ge dem en mer praktisk innebörd.

Som har nämnts ovan och som kommer att beskrivas närmare i det följande (avsnitt 8) föreslås att tillsynen över lagen enligt huvudregeln skall utövas av Konsumentverket. Undantag föreslås dock såvitt avser verksamhet som står under Finansinspektionens tillsyn. Motsvarande förhållanden råder enligt konsumentkreditlagen (1992:830). Såväl Finansinspektionen som Konsumentverket har utfärdat allmänna råd respektive riktlinjer om tillämpningen av bestämmelserna i den lagen.

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

7 Skadestånd, m.m.

7.1 Skadeståndsskyldighet vid vårdslös rådgivning

Regeringens förslag: Näringsidkare som genom finansiell rådgivning uppsåtligt eller av oaktsamhet orsakar konsumenten ren förmögenhets-skada skall ersätta skadan.

Utredningens förslag: Överensstämmer med regeringens förslag, dock med den skillnaden att utredningen föreslår att näringsidkarens ersättningsskyldighet skall begränsas till att avse skador av någon betydelse (se betänkandet s. 131–146).

Remissinstanserna: Utredningens förslag lämnas i huvudsak utan erinran. *Göta hovrätt*, *Stockholms tingsrätt*, *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* och *Rättsvetenskapliga avdelningen vid Luleå tekniska universitet* ifrågasätter dock förslaget om att begränsa näringsidkarens ersättningsskyldighet till att avse skador av någon betydelse.

Skälen för regeringens förslag

Skäl för en skadeståndsregel

Mot bakgrund av de ovan föreslagna skyldigheterna för näringsidkarna (se avsnitt 6) måste det övervägas om någon sanktion bör kunna tillgripas mot den näringsidkare som inte iakttar dessa skyldigheter. För att uppnå den avsedda effekten med bestämmelserna – dvs. att stärka konsumentskyddet på området – torde någon form av sanktion vara

nödvändig. Vilken typ av sanktion som medför bäst möjlighet att uppnå avsedd effekt beror dock på vilken typ av skyldigheter som skall iakttas.

De skyldigheter för näringsidkarna som föreslås i avsnitt 6 är som framgått av olika karaktär. I avsnitt 6.1 beskrivs skyldigheter av näringsrättslig natur. Dessa skyldigheter skall näringsidkaren iaktta generellt och rör inte innehållet i den rådgivning som tillhandahålls den enskilde konsumenten. Sanktioner med anledning av dessa bestämmelser behandlas nedan i avsnitt 8.

De skyldigheter som föreslås i avsnitt 6.2. rör vad näringsidkaren skall iaktta i förhållande till den enskilde konsumenten. Genom att iaktta god rådgivningssed och uppfylla de krav som föreslås vad gäller omsorg, anpassning till den enskilde konsumenten och avrådning, säkerställs i möjlig mån att rådgivningens innehåll håller en godtagbar kvalitet. Avsteg från dessa skyldigheter kan leda till att konsumenten erhåller råd som inte är godtagbara från kvalitetssynpunkt. Om konsumenten väljer att följa sådana råd, kan han eller hon drabbas av förluster som annars inte skulle ha inträffat. Näringsidkarnas underlåtenhet att iaktta de skyldigheter som följer av lagen kan således ge en direkt effekt på konsumentens ekonomi.

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

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

Det finns redan idag ett i rättspraxis utvecklat skadeståndsansvar för vårdslös rådgivning. Om rådgivaren bedöms ha agerat vårdslöst är han eller hon enligt praxis skyldig att ersätta den skada som den vårdslösa rådgivningen har orsakat. Rådgivaren har alltså ett i praxis fastställt culpaansvar. Med ett sådant ansvar menas allmänt att ansvar föreligger för skador som orsakats genom vårdslöshet. Inom ramen för ett culpaansvar förutsätts också falla ansvar för uppsåtligt handlande.

Väl kan tänkas att i den föreslagna lagen enbart ange vad näringsidkaren skall iaktta i förhållande till konsumenten, så som dessa skyldigheter beskrivs i avsnitt 6.2. Härigenom uppnås den förbättringen i förhållande till gällande rätt att den culpabedömning (dvs. bedömningen av om en person har handlat vårdslöst) som utvecklats genom praxis kan anses vila på stabilare grund. De i den föreslagna lagen beskrivna skyldigheterna skulle således kunna läggas till grund för domstolarnas culpabedömning, även om själva skadeståndsskyldigheten får anses följa av allmänna skadeståndsrättsliga principer. Genom att i lagen införa en uttrycklig skadeståndsskyldighet för vårdslös rådgivning ges dock möjligheten att tydligare avgränsa och beskriva omfattningen av denna skyldighet.

Den typ av skada som kan göras gällande i samband med vårdslös rådgivning är ren förmögenhetsskada. Härmed avses sådan skada som

uppkommer utan samband med person- eller sakskada. Av 2 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207) följer att den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott skall ersätta skadan. I övrigt hänvisas vid denna typ av skada enligt 1 kap. 1 § skadeståndslagen till speciallagstiftning eller till vad som föranleds av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden. Eftersom det inte är säkert att finansiell rådgivning föregås av formella avtalsslut och då speciallagstiftning på området saknas, kan det framstå som oklart på vilken rättslig grund konsumenten i dag erhåller skadestånd. Oftast torde kunna hävdas att rättsförhållandet mellan näringsidkaren och konsumenten i vart fall företer så stora likheter med ett kontraktuellt förhållande, att de regler som gäller i sådana förhållanden blir tillämpliga i vart fall analogivis. Genom införandet av en särskild regel om skadestånd i den föreslagna lagen åstadkoms dock klarhet på den punkten. Skadestånd utgår då med stöd av bestämmelsen i den föreslagna lagen, som utgör sådan speciallagstiftning som det hänvisas till i 1 kap. 1 § skadeståndslagen.

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

Mot den angivna bakgrunden anser regeringen att övervägande skäl talar för att införa en uttrycklig skadeståndsregel i lagen.

Skadeståndsansvaret

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

Genom de i avsnitt 6.2 beskrivna reglerna avseende finansiella rådgivares skyldigheter gentemot konsumenter ges domstolarna möjlighet att göra en culpabedömning på en stabilare grund. De beskrivna skyldigheterna bör således kunna utgöra utgångspunkten vid en bedömning av om den finansielle rådgivaren agerat vårdslöst eller inte. Då bestämmelserna rör grundläggande hänsynstaganden till konsumenter bör kunna presumeras att finansiella rådgivare som inte iakttar dessa regler agerar vårdslöst. Som vid all annan culpabedömning är det dock en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet som slutligen avgör om vårdslöshet kan anses föreligga eller inte. I detta ligger således hänsynstagande till praxis, sedvana och andra källor som kan påverka bedömningen av den aktsamhetsnorm som kan anses gälla på området.

Det är knappast möjligt att mer i detalj klargöra gränserna för vad som är att betrakta som vårdslöst agerande i samband med finansiell rådgivning. En sådan detaljreglering är inte heller önskvärd, eftersom den

aktsamhetsnormen bör kunna ändras över tiden och fyllas med nytt innehåll vartefter förhållandena i omvärlden förändras.

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

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

Den ersättningsgilla skadan

Den skada som är aktuell att ersätta i samband med finansiell rådgivning är ren förmögenhetsskada. Härmed avses som ovan nämnts sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada. Skadan påverkar således konsumentens allmänna ekonomiska ställning. Detta kan ske genom en minskning av konsumentens ekonomiska tillgångar, en ökning av konsumentens skulder eller genom förlust av inkomst.

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

Den princip som här kommer till uttryck brukar betecknas som ersättning enligt det negativa kontraktsintresset. Med avseende på finansiell rådgivning innebär principen att konsumenten försätts i samma ekonomiska situation som konsumenten skulle ha varit i om han eller hon inte hade vidtagit några dispositioner med anledning av rådgivningen.

Konsumenten bör därvid ersättas för de medel som kan anses ha gått förlorade genom exempelvis en dålig placering. Även de kostnader som konsumenten drabbas av bör ersättas. Slutligen bör ersättning också erhållas för skulder som konsumenten ådragit sig, exempelvis i samband med handel med derivata instrument.

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

Några remissinstanser ifrågasätter lämpligheten i utredningens förslag att begränsa ersättningsrätten till att avse skador av någon betydelse. Regeringen delar remissinstansernas bedömning i denna fråga. En sådan bestämmelse skulle innebära en försämring från konsumentskyddssynpunkt i förhållande till gällande rätt. Det är vidare viktigt för utvecklingen av rättstillämpningen att även skadeståndsanspråk beträffande små belopp kan prövas eftersom sådana anspråk kan innehålla principiellt intressanta rättsfrågor. Detta synsätt ligger väl i linje med regeringens överväganden i prop. 2001/02:107 Lag om grupprättegång. Regeringen föreslår därför inte någon bestämmelse som begränsar konsumentens ersättningsrätt till att avse skador av någon betydelse.

Bevisfrågor

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

Som framgått ovan föreslår regeringen att näringsidkaren skall vara skyldig att dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället. En sådan dokumentation torde avsevärt kunna underlätta bevisprövningen vid tvister enligt lagen. Näringsidkarens skyldighet härvidlag ställer också konsumenten i ett fördelaktigt bevisläge. För det fall näringsidkaren försummar sin skyldighet att dokumentera, bör konsumentens påståenden om vad som förekommit vid rådgivningstillfället tas som utgångspunkt vid en bedömning av rådgivarens eventuella vårdslöshet, om näringsidkaren inte på annat sätt förmår visa att konsumentens påståenden är felaktiga. Det kan för tydlighetens skull påpekas att det alltså är konsumenten som skall bevisa att ett uppdragsförhållande avseende finansiell rådgivning har förelegat mellan parterna.

Regeringens förslag: Rätten till skadestånd bortfaller, om konsumenten inte underrättar näringsidkaren inom skälig tid efter det att konsumenten märkt eller bort märka att skada uppkommit. Detsamma gäller om konsumenten inte väcker talan inom tio år från rådgivningstillfället.

Utredningens förslag: Överensstämmer med regeringens förslag (se betänkandet s. 147–153).

Remissinstanserna: Majoriteten av remissinstanserna tillstyrker eller lämnar det utan erinran. *Fondbolagens förening*, *Svenska Bankföreningen* och *Svenska Fondhandlareföreningen* anser att preskriptionstiden bör vara tre år. *Företagarnas Riksorganisation* anför att preskriptionstiden bör sänkas till två år. *Sveriges Advokatsamfund* ifrågasätter om inte den föreslagna preskriptionstiden bör ersättas med en bestämmelse om särskild korttidspreskription svarande mot vad som finns i 17 § konsumenttjänstlagen och 23 § konsumentköplagen.

Skälen för regeringens förslag

Underrättelseskyldighet för konsumenten

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

Mot denna bakgrund bör det åligga konsumenten att agera för det fall han eller hon upptäcker att skada har uppkommit. Konsumenten bör således inte helt passivt kunna betrakta ett händelseförlopp som innebär att insatt kapital efter hand minskar eller att oförutsedda utgifter skapas och ökar.

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

Konsumenten bör vara skyldig att underrätta näringsidkaren inom skälig tid från det att han eller hon märkt att skada uppkommit. Härigenom ges konsumenten tid för rådrum för konsultation, exempelvis

med en juridisk expert, innan kontakt tas med företaget. En sådan skyldighet bör dock föreligga inte endast när konsumenten märkt att skada uppkommit, utan också när han eller hon bort märka skadan. Härmed läggs samtidigt ett aktsamhetskrav på konsumenten. Om konsumenten väljer att placera sina pengar i enlighet med rekommendationer från en finansiell rådgivare, bör konsumenten också ha en rimlig kontroll över hur denna placering utvecklas resultatmässigt. Vilka krav som kan ställas på konsumenten i detta avseende torde vara beroende av vilken typ av placering som är aktuell och på konsumentens personliga förutsättningar att bedöma utfallet. Vid komplicerade placeringar där förluster kan uppstå mycket fort, torde kraven på konsumenten kunna ställas högre. I andra fall med långsammare förändringar, bör det kunna räcka med att konsumenten exempelvis tar del av de redovisningar som regelbundet tillställs konsumenten. Frågan om vad som är skälig tid måste avgöras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.

Det skall i det här sammanhanget påpekas att lagen (1914:45) om kommission kan vara tillämplig i det ofta förekommande fallet att det finansiella företaget vid köp och försäljning av finansiella instrument agerar i eget namn men för konsumentens räkning. Enligt den lagen skall kommittenten (i detta fall konsumenten) vid missnöje med kommissionärens (i detta fall det finansiella företaget) utförande av uppdraget enligt huvudregeln reklamera utan oskäligt uppehåll. Av de allmänna villkor för handel med finansiella instrument som används av banker och värdepappersbolag framgår att ”om kunden vill påtala eventuella fel eller brister som framgår av avräkningsnota, att avräkningsnota uteblivit eller eventuella övriga fel eller brister vid uppdragets utförande, skall kunden omgående underrätta institutet om detta (reklamation)” (Allmänna villkor för handel med finansiella instrument, oktober 2002). Med den nu föreslagna bestämmelsen kan uppstå situationer där reklamationstiden kan bedömas olika beroende på om konsumenten åberopar skada på grund av finansiell rådgivning eller om skadan beror på en efterföljande transaktion som företaget utfört i egenskap av kommissionär.

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

Preskription

En fordran, t.ex. ett krav på skadestånd, kan inte göras gällande hur länge som helst. Rätten att framställa krav på grund av en fordran går efter en viss tid förlorad, dvs. fordran preskriberas. Preskriptionen utgör därvid den borte gräns inom vilken ett skadeståndskrav måste framställas.

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

Preskriptionslagen gäller endast i den mån annat inte är särskilt föreskrivet. I det sammanhanget bör en särskild regel om preskription uppmärksammas. Enligt 18 kap. 9 § handelsbalken följer att den som vill föra talan mot en syssloman skall göra detta inom ett år från det att sysslomannen slutredovisat sitt uppdrag. I sysslomannabegreppet innefattas flera typer av uppdragstagare såsom agenter, mäklare m.fl. Högsta domstolen har i flera rättsfall de senaste åren prövat tillämpligheten av bestämmelsen (se NJA 1992 s. 16, NJA 1999 s. 52, NJA 1999 s. 512, NJA 2000 s. 31 och NJA 2000 s. 137.). En förutsättning för att den kortare preskriptionsfristen i 18 kap. 9 § handelsbalken skall gälla är att det rör sig om ett sysslomannauppdrag. I detta begrepp torde vanligtvis ligga att uppdragstagaren, åtminstone som en del av uppdraget, förvaltat pengar eller annan egendom åt uppdragsgivaren. Av rättsfallen följer vidare att två skilda förutsättningar skall vara uppfyllda för att den ettåriga preskriptionstiden skall börja löpa. För det första krävs att uppdraget har slutförts eller annars upphört. För det andra förutsätts att sysslomannen har lämnat någon form av slutredovisning för uppdraget. Preskriptionstiden avseende uppdrag som kan hänföras till lagen om kommission är enligt huvudregeln ett år och överensstämmer därmed således med bestämmelsen i 18 kap. 9 § handelsbalken.

För det fall den nu aktuella bestämmelsen om preskription i handelsbalken skulle bedömas tillämplig avseende finansiell rådgivning, skulle den föreslagna lagens konsumentskyddande effekt närmast framstå som illusorisk. Den renodlade finansiella rådgivningen, dvs. finansiell rådgivning som inte tillhandahålls i en försäljningssituation, synes inte träffas av bestämmelserna. Situationen blir dock mer oklar om rådgivningen endast utgör en del av det uppdrag som det finansiella företaget har att utföra för konsumentens räkning, t.ex. om det finansiella företagens huvudsakliga uppdrag i förhållande till konsumenten är att genomföra transaktioner i egenskap av kommissionär eller annan syssloman.

Mot den angivna bakgrunden anser regeringen att det i lagen bör införas en särskild bestämmelse om preskription.

Frågan är då vid vilken tidpunkt en preskriptionstid bör börja löpa. En möjlighet skulle kunna vara att låta preskriptionstiden börja löpa då

skadan uppkommer. Det skulle dock kunna innebära att det företag som lämnat rådgivning skulle kunna drabbas av skadeståndsansvar kanske femton till tjugo år eller mer efter rådgivningstillfället. Mot en sådan lösning talar det förhållandet att företagen måste kunna skapa sig en rimlig överblick av de skadeståndskrav som kan komma att riktas mot dem. En annan nackdel med en sådan lösning är att de företag som lämnat rådgivning aldrig kan veta när deras ansvar upphör. Bättre är då att ha en preskriptionstid som utgår från en bestämd (inte flytande) tidpunkt. I samband med finansiell rådgivning kan tänkas att ett avtal om att konsumenten skall få rådgivning ingås vid ett tillfälle, men att denna rådgivning utförs vid ett senare tillfälle. Det framstår då inte som lämpligt att låta preskriptionstiden börja löpa vid det första tillfället, dvs. avtalstidpunkten. I stället bör tidpunkten för den skadegörande handlingen, dvs. rådgivningstillfället, vara utgångspunkten.

Det finns på flera håll i lagstiftningen preskriptionsregler som avviker från den allmänna preskriptionsregeln i preskriptionslagen och exempel finns på både längre och kortare preskriptionstider än tio år. I den konsumentskyddande lagstiftningen i övrigt (eller annan lagstiftning av liknande slag) finns exempel på kortare preskriptionstider än tio år. Det gäller dock fall då det är relativt enkelt att bedöma skadans uppkomst och övriga förutsättningar för skadeståndsansvar. I sådana fall då det är mer komplicerat att bedöma sådana förhållanden eller om det kan ta lång tid innan en skada visar sig, t.ex. vid miljöskador och produktskador, har tioårig preskriptionstid använts. Ett annat exempel är konsumentköplagen (1985:716) som stadgar en preskriptionstid om tio år för bl.a. tjänster som avser arbete på byggnader.

Placeringar i finansiella instrument görs ofta på lång sikt och är i många fall en viktig del av konsumenters långsiktiga sparande. Det kan i vissa fall ta relativt lång tid innan en skada uppkommer. Rådgivaren kan exempelvis ha rekommenderat en konsument att placera sina medel i enstaka aktier, trots att kartläggningen av konsumentens situation vid rådgivningstillfället gav vid handen att konsumenten i stället borde ha satsat på ett annat, betydligt säkrare placeringsalternativ. I ett sådant fall kan det gå flera år innan en skada till följd av vårdslös rådgivning visar sig exempelvis när konsumenten behöver realisera placeringen för ett fastighetsköp eller som tillskott till pensionen. Med hänsyn till det anförda och mot bakgrund av den nu föreslagna utgångspunkten för preskriptionstiden anser regeringen att tiden för preskription bör bestämmas till tio år. Den föreslagna preskriptionstiden kommer därigenom att vara densamma som den som följer av de allmänna reglerna i preskriptionslagen.

Preskription kan avbrytas på olika sätt, exempelvis genom att borgenären väcker talan eller genom att denne framför ett skriftligt krav. Den preskriptionstid som nu föreslås är i jämförelse med annan konsumenträttslig lagstiftning relativt lång. Det saknas därför anledning att låta preskriptionen avbrytas på annat sätt än genom att konsumenten väcker talan mot näringsidkaren.

8.1 Tillsynsansvaret

Regeringens förslag: Konsumentverket skall ha tillsynen över efterlevnaden av lagen. Undantag skall dock göras såvitt avser verksamhet som står under Finansinspektionens tillsyn eller verksamhet som bedrivs av advokater.

Utredningens förslag: Överensstämmer med regeringens förslag, dock med den skillnaden att utredningen inte har föreslagit att advokater skall undantas från Konsumentverkets tillsyn (se betänkandet s. 155–159).

Remissinstanserna: En majoritet av remissinstanserna tillstyrker utredningens förslag eller lämnar det utan erinran. *Stockholms tingsrätt* och *Sveriges Försäkringsförbund* anser att ett delat tillsynsansvar mellan Konsumentverket och Finansinspektionen kan medföra vissa problem, t.ex. extra kostnader vid upprättande av två organisationer och att myndigheterna utvecklar motstridig praxis.

Skälen för regeringens förslag: För att säkerställa ett gott konsumentskydd vid rådgivning är det viktigt att skapa en tillsynsverksamhet som kan kontrollera om företagen uppfyller de grundläggande krav som följer av den föreslagna lagen och med stöd av lagen utfärdade föreskrifter. Tillsynen är vidare betydelsefull från konkurrenssynpunkt. Seriösa näringsidkare som följer den föreslagna lagens bestämmelser skall inte tvingas konkurrera med företag som av exempelvis kostnadsskäl bortser från regelverket.

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

Finansinspektionen har enligt 7 kap. 1 § bankrörelselagen (1987:617) tillsynen över banker. Bankverksamhet får drivas endast efter tillstånd (s.k. oktroy) och banker skall också vara registrerade. Tillstånd att bedriva bankverksamhet lämnas av Finansinspektionen eller, i vissa särskilda fall, av regeringen. Banker får enligt särskild bestämmelse i lagen bl.a. lämna ekonomisk rådgivning. Bankerna skall lämna inspektionen de upplysningar om sin verksamhet och därmed sammanhängande omständigheter som inspektionen begär. Inspektionen får vidare genomföra undersökning hos en bank när inspektionen anser det nödvändigt. Om en bank fattar beslut i strid mot lag eller annan författning, får inspektionen förbjuda verkställighet av beslutet. Finansinspektionen eller, i vissa speciella fall, regeringen har vidare befogenhet att återkalla en banks tillstånd att bedriva bankverksamhet eller att meddela varning. Om en bank driver verksamhet utan tillstånd,

skall Finansinspektionen förelägga företaget att upphöra med verksamheten. Inspektionens förelägganden och förbud får förenas med vite. Det bör nämnas att det i en lagrådsremiss om reformerade regler för bank- och finansieringsrörelse som regeringen överlämnades till lagrådet den 13 februari 2003 föreslås att bankrörelselagen skall upphävas och ersättas av ny lag om bank- och finansieringsrörelse. I lagrådsremissen görs en översyn av rörelsereglerna för banker och kreditmarknadsföretag.

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

Även fondbolag står enligt 39 § lagen (1990:1114) om värdepappersfonder under Finansinspektionens tillsyn. Fondverksamhet kräver inspektionens tillstånd och inspektionen har i allt väsentligt samma befogenheter beträffande fondbolag som gentemot banker och värdepappersinstitut.

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

Även försäkringsmäklare står under finansinspektionens tillsyn enligt lagen (1989:508) om försäkringsmäklare. En försäkringsmäklare skall vara registrerad hos inspektionen. Finansinspektionen har bl.a. befogenhet att förbjuda en mäklare att driva försäkringsmäklarverksamhet om mäklaren har visat sig olämplig att utöva sådan verksamhet.

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

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

också med avseende på företag som står utanför Finansinspektionens nuvarande tillsynsverksamhet.

Det finns flera alternativ i fråga om hur tillsynen bör organiseras. Eftersom tillsynen huvudsakligen kommer att omfatta företag som redan står under inspektionens tillsyn, kan det framstå som naturligt att Finansinspektionen ges hela tillsynsansvaret enligt lagen. Verksamheten ligger i vart fall nära annan verksamhet som bedrivs av de finansiella instituten och merarbetet vad gäller företag utanför den ordinarie verksamheten vid inspektionen torde möjligen inte bli alltför omfattande. Mot en sådan lösning talar dock den tradition och det arbetssätt som sedan länge råder på de finansiella marknaderna. De företag som står under inspektionens tillsyn är registrerade och myndigheten har därför kännedom om vilka de är. Verksamheten är, åtminstone såvitt gäller de ovan beskrivna företagen, tillståndspliktig och företagen bekostar tillsynen genom avgifter.

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

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

Mot den angivna bakgrunden anser regeringen att tillsynen över de näringsidkare som omfattas av den nu föreslagna lagen lämpligen bör delas upp på samma sätt som gjorts i konsumentkreditlagen.

Således bör Konsumentverket enligt huvudregeln vara tillsynsmyndighet enligt den nu föreslagna lagen, men undantag göras för sådan verksamhet som står under Finansinspektionens tillsyn. De båda myndigheterna kommer därvid var för sig att ha en viktig funktion med avseende på tillsynen enligt lagen. Det är därvid av stor betydelse att de båda myndigheternas praxis vad gäller tillsynen stämmer överens. Detta torde förutsätta att myndigheterna samråder med varandra i tillsynsfrågor. De båda myndigheterna har redan i dag ett etablerat samarbete. Sedan 1999 finns dessutom genom ett samarbetsavtal ett mer formaliserat samarbete inom konsumentområdet. Syftet med avtalet är att

tydliggöra myndigheternas respektive ansvar inom konsumentområdet och att säkerställa ett effektivt samarbete.

Konsumentverkets tillsynsverksamhet kommer att omfattas av de sekretessbestämmelser som regeringen med stöd av 8 kap. 6 § sekretesslagen (1980:100) har föreskrivit i 2 § sekretessförordningen (1980:657). Finansinspektionens tillsyn omfattas av sekretessbestämmelserna i 8 kap 5 § första stycket sekretesslagen.

Som påpekas av utredningen är advokater en särskild grupp av rådgivare som står under särskild tillsyn. Advokatväsendet regleras i 8 kap. rättegångsbalken, vari bl.a. anges att det skall finnas ett allmänt advokatsamfund. Advokat är den som är ledamot av samfundet. För att antas som ledamot gäller bl.a. särskilda kompetenskrav. Samfundet och dess disciplinnämnd utövar tillsyn över den verksamhet som bedrivs av advokater. Även Justitiekanslern har tillsyn över advokater och har rätt att begära att disciplinära åtgärder vidtas mot en advokat som åsidosätter sina plikter.

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

Advokater har i andra sammanhang undantagits från i lag särskilt reglerad tillsyn. Särreglering av advokaters verksamhet finns bl.a. i inkassolagen (1974:182) och fastighetsmäklarlagen (1995:400).

Advokater torde inte annat än i begränsad omfattning tillhandahålla sådan finansiell rådgivning som omfattas av den nu föreslagna lagen, och då sannolikt som en underordnad del av ett annat, på juridisk rådgivning inriktat uppdrag. Det finns redan ett väl fungerande system för tillsyn över advokater. Regeringen anser därför att advokater bör undantas från Konsumentverkets tillsyn.

Även om advokater undantas från Konsumentverkets tillsyn, är det viktigt att poängtera att de är underkastade lagens övriga bestämmelser. I frågor som rör den nu föreslagna lagens efterlevnad bör advokatsamfundet samråda med Konsumentverket.

8.2 Tillstånds- och anmälningsplikt

Regeringens bedömning: Någon bestämmelse om tillstånds- eller anmälningsplikt för rådgivningsverksamhet bör för närvarande inte införas.

Utredningens bedömning: Utredningen anser att rådgivningsverksamhet inte skall vara föremål för tillstånds- eller anmälningsplikt (se betänkandet s. 159–160).

Remissinstanserna: Ett antal remissinstanser har yttrat sig i frågan. *Kammarrätten i Stockholm* anser att behovet av tillstånds- eller anmälningsplikt bör övervägas ytterligare i det fortsatta lagstiftningsarbetet. *Konkurrensverket* delar utredningens bedömning. *Sveriges Försäkringsförbund* anser att någon form av tillstånds- eller anmälningsplikt bör krävas för att bedriva finansiell rådgivning.

Skälen för regeringens bedömning: I november 2002 presenterade EU-kommissionen ett nytt förslag till direktiv om investeringstjänster (se avsnitt 4). Direktivförslaget innehåller regler för värdepappersföretag, dvs. sådana företag som tillhandahåller investeringstjänster. Enligt kommissionens förslag skall antalet investeringstjänster som skall kräva auktorisation öka och bl.a. komma att omfatta investeringsrådgivning. Det skulle därmed krävas tillstånd för denna typ av verksamhet. Regeringen är i huvudsak positiv till att någon form av tillstånds- eller anmälningsplikt införs och välkomnar kommissionens förslag i denna del. Ett krav på tillstånd eller anmälningskyldighet skulle framför allt underlätta tillsynen av de företag som inte i dag redan står under Finansinspektionens tillsyn. Enligt direktivförslaget skall auktorisation beviljas endast om värdepappersföretag uppfyller vissa kapitalkrav eller innehar en ansvarsförsäkring. Vidare uppställs bl.a. krav på ägarprövning och viss organisation av verksamheten. Det går emellertid inte i nuläget att säkert säga vilka krav som direktivet om investeringstjänster slutligen kommer att uppställa för de värdepappersföretag som tillhandahåller rådgivning. Med hänsyn till det anförda anser regeringen att det för närvarande inte bör införas någon tillstånds- eller anmälningsplikt för rådgivningsföretag. Denna fråga får i stället avvakta till dess direktivet skall genomföras.

8.3 Tillsynsmyndighetens befogenheter, m.m.

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

Utredningens förslag: Överensstämmer med regeringens förslag (se betänkandet s. 160–161).

Remissinstanserna: Remissinstanserna har ingen erinran mot utredningens förslag.

Skälen för regeringens förslag: För att uppnå en väl fungerande tillsyn är det av väsentlig betydelse att tillsynsmyndigheten ges de verktyg och befogenheter som behövs. En utgångspunkt kan därvid vara de befogenheter som Finansinspektionen har enligt rörelselagstiftningen (se avsnitt 8.1).

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

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

Om en näringsidkare utför finansiell rådgivning i strid med de krav som ställs i lagen eller i föreskrifter som meddelats med stöd av lagen, bör tillsynsmyndigheten som en yttersta utväg ha möjlighet att vid vite förelägga näringsidkaren att upphöra med rådgivningen. För att en så ingripande åtgärd skall få användas måste det röra sig om allvarliga eller upprepade överträdelse. Det måste framstå som uppenbart olämpligt att företaget fortsätter med rådgivningsverksamhet, dvs. röra sig om fall där rådgivningsverksamheten är klart osund. *Lagrådet* har ifrågasatt en sådan åtgärds förenlighet med bestämmelserna om näringsfrihet i 2 kap. 20 § regeringsformen. Enligt grundlagsbestämmelsen får begränsningar i rätten att driva näring införas endast för att skydda angelägna allmänna intressen. Regeringen menar att den nu föreslagna bestämmelsen är nödvändig för att skapa ett heltäckande och effektivt skydd för konsumenterna mot grovt oseriös rådgivningsverksamhet på det finansiella området. Bestämmelsen påkallas av behovet att skydda angelägna allmänna intressen och regeringen anser därför att den är förenlig med 2 kap. 20 § regeringsformen.

I de fall ett vitesförbud skulle utgöra en alltför långtgående åtgärd, bör tillsynsmyndigheten i stället få meddela varning. Vid enstaka överträdelse eller överträdelse av mindre allvarlig art bör tillsynsmyndigheten därför i stället kunna meddela varning.

Konsumentverkets beslut i tillsynsärenden bör, i enlighet med de allmänna principer för överklagande av förvaltningsbeslut som följer av 22 a § förvaltningslagen (1986:223), överklagas till allmän förvaltningsdomstol med krav på prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten.

9 Ekonomiska och andra konsekvenser

Berörda myndigheter

Finansinspektionen och Konsumentverket får med den föreslagna lagen nya tillsynsuppgifter. De båda myndigheterna föreslås därtill utfärda föreskrifter avseende kompetenskrav och dokumentationsplikt för näringsidkarna samt utfärda riktlinjer och allmänna råd kring begreppet god rådgivningssed m.m. Merkostnaderna bedöms rymmas inom respektive utgiftsområdesramar.

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

De finansiella företagen

Som framgått ovan talar övervägande skäl för en förstärkning av konsumentskyddet beträffande finansiell rådgivning. De av branschen

vidtagna åtgärderna är enligt regeringens bedömning inte tillräckliga för att uppnå ett tillfredställande konsumentskydd.

Det finns inte något befintligt regelverk där bestämmelser om finansiell rådgivning till konsumenter skulle kunna sättas in. Regeringen anser därför att bestämmelserna bör införas genom en ny lag.

De finansiella företag som tillhandahåller sådan rådgivning som omfattas av den föreslagna lagen kan i vissa fall få ökade kostnader.

Vad gäller direkta kostnader på grund av lagförslaget kan för vissa företag förutses ökade kostnader på grund av höjda kompetenskrav för personalen och kravet på dokumentation. I samband med kravet på dokumentation torde även uppkomma kostnader för arkivering. Det är svårt att närmare kvantifiera dessa kostnader. Möjligen kan också förutses en ökad tidsåtgång per rådgivningstillfälle på grund av kravet på kartläggning av den enskilde konsumentens förhållanden. Det skall nämnas att det redan finns ett dokumentationskrav enligt Finansinspektionens föreskrifter om uppföranderegler (FFFS 2002:7) på värdepappersmarkanden. Föreskrifterna omfattar dock endast företag som bedriver verksamhet enligt lagen (1991:981) om värdepappersrörelse. Vad gäller kostnaderna för utbildning av personalen bör dessutom beaktas att branschen redan på frivillig väg har startat ett licensieringsprojekt i syfte att höja personalens kompetens. För de företag som deltar i projektet, eller som på annat sätt genomför en motsvarande utbildning, bör därför inte det föreslagna kompetenskravet medföra några ytterligare kostnader. Det bör vidare noteras att Fondbolagens Förenings riktlinjer redan innehåller kompetenskrav av motsvarande slag. Lagförslagets kompetenskrav ligger vidare väl i linje med Finansinspektionens allmänna råd om värdepappersrörelse (FFFS 2002:5). Även effekterna av kravet på kartläggning av konsumentens förhållanden är beroende av i vilken utsträckning de enskilda företagen redan i dag gör en sådan kartläggning. Enligt Fondbolagens Förenings riktlinjer skall all rådgivning bl.a. utgå från kundens behov och ta hänsyn till kundens kunskapsnivå. Redan i dag torde därför enligt dessa riktlinjer krävas en kartläggning av kundens förhållanden. De nämnda riktlinjerna anger också att rådgivningen på kundens begäran skall dokumenteras.

De aktuella företagen kommer således att få vissa kostnader, om än i skiftande grad, för bl.a. information och utbildning av personalen. Regeringen anser emellertid att dessa kostnader utgör en nödvändig investering för att företagen skall upprätthålla den servicenivå som konsumenterna av finansiella tjänster har rätt att kräva.

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

Alla typer av företag som bedriver verksamhet som träffas av lagen kommer att stå under statlig tillsyn och de har alla att följa samma regelverk. De små företagen drabbas därmed av samma typ av kostnader som de större företagen. Storleken av dessa kostnader kommer, precis som med avseende på de större företagen, att variera beroende på i vilken

10 Ikraftträdande m.m.

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

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

Från branschens sida har framhållits att det krävs förberedelser främst vad gäller utveckling av datastödet och utbildning av personal.

Berörda myndigheter och branschen bör därför ges skälig tid för behövliga förberedelser innan lagen träder i kraft. Den nya lagen bör därför inte träda i kraft förrän den 1 juli 2004.

11 Författningskommentar

Förslag till lag om finansiell rådgivning till konsumenter

Inledande bestämmelser

1 § Denna lag gäller finansiell rådgivning som en näringsidkare tillhandahåller en konsument och som omfattar placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i livförsäkringar vars kapital helt eller delvis placeras i finansiella instrument som konsumenten bestämmer. Lagen är dock inte tillämplig när den som utför rådgivningen enbart förordar en annan placering än som nu sagts.

Paragrafen anger, tillsammans med 2 §, lagens tillämpningsområde. Frågorna har behandlats i avsnitt 5.1. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag.

I paragrafen anges att lagen gäller finansiell rådgivning som en näringsidkare tillhandahåller en konsument. Begreppen näringsidkare och konsument definieras i 2 § och kommenteras i anslutning till den bestämmelsen. I 2 § definieras även begreppet finansiellt instrument.

Med rådgivning avses verksamhet som syftar till att lämna förslag om lämpliga tillvägagångssätt i ett visst sammanhang. En rådgivare vägleder

med stöd av sin speciella kompetens konsumenten om hur han eller hon i ett visst fall bör handla. Rådgivning skiljer sig härigenom från rena marknadsföringsåtgärder och annan typ av information. Ett allmänt lovprisande av en finansiell tjänst, t.ex. i reklam, är inte att betrakta som rådgivning. Rådgivning tillhandahålls emellertid i praktiken ofta som ett led i marknadsföring eller försäljning av finansiella tjänster.

Den rådgivning som avses skall vara av individuell karaktär och det förutsätts därför föreligga ett uppdragsförhållande mellan konsumenten och den finansielle rådgivaren. Det tydligaste exemplet är naturligtvis att näringsidkaren och konsumenten ingår ett formellt avtal om rådgivning. Ett uppdragsförhållande torde dock även kunna komma till stånd tämligen formlöst, vilket i praktiken torde vara det vanligaste fallet (jämför NJA 1992 s. 243 som kommenteras i avsnitt 5.1). Avgörande är om näringsidkaren har uppträtt yrkesmässigt och om konsumenten har haft fog för att fästa tillit till de råd som lämnas. I vart fall bör i sådant fall ett uppdragsförhållande ha uppkommit om näringsidkaren insett att konsumenten förlitat sig på de förmedlade råden. Om näringsidkaren använder begrepp som antyder en personlig relation till konsumenten – t.ex. ”personlig rådgivare”, ”ekonomisk rådgivare” eller ”personlig bankman” – torde det kunna presumeras att näringsidkaren tillhandahåller finansiell rådgivning av individuell karaktär.

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

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

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

Lagen gäller inte all finansiell rådgivning. I paragrafen begränsas tillämpningsområdet till rådgivning om placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i livförsäkringar vars kapital helt eller delvis placeras i de finansiella instrument som konsumenten bestämmer. Ett övergripande syfte med denna typ av placeringar torde vara tillväxt av det insatta kapitalet.

När det gäller att definiera vad som avses med begreppet finansiellt instrument hänvisas till 1 § lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument. Med finansiellt instrument avses i den bestämmelsen fondpapper och annan rättighet eller förpliktelse avsedd för handel på värdepappersmarknaden. I den nu aktuella lagen har i 2 § införts en definition av finansiellt instrument som motsvarar legaldefinitionen i 1 § lagen om handel med finansiella instrument. Med fondpapper avses aktie och obligation samt sådana andra delägarätter eller fordringsrätter som

är utgivna för allmän omsättning, andel i värdepappersfond och aktieägares rätt gentemot den som för hans räkning förvarar aktiebrev i ett utländskt bolag (se närmare i prop. 1990/91:142 s. 85 ff. och s. 141 ff.). Definitionen inbegriper alla de vanligt förekommande finansiella instrument som konsumenter placerar sina medel i, som t.ex. aktier, obligationer och andelar i värdepappersfonder. Även derivatinstrument såsom aktie- och indexoptioner omfattas av begreppet.

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

Det stadgade tillämpningsområdet innebär att lagen sålunda kommer att omfatta bl.a. sådan rådgivning som avser råd om placeringar i finansiella instrument som sker inom ramen för det statliga premiepensionssystemet och inom ramen för ett individuellt sparande för pension enligt lagen (1993:931) om individuellt pensionssparande.

I enlighet med *Lagrådets* förslag har det införts en uttrycklig bestämmelse om att lagen inte är tillämplig när den som utför rådgivningen enbart förordat en placering i en produkt som inte omfattas av lagens tillämpningsområde.

Det torde dock vara vanligt förekommande att en rådgivare lämnar råd om placering av konsumentens tillgångar i finansiella produkter som omfattas av lagens direkta tillämpningsområde och vid samma rådgivningstillfälle berör andra finansiella produkter som alternativa placeringsmöjligheter. Rådgivningen kan exempelvis resultera i att rådgivaren ger rådet att konsumenten skall placera sina medel i en fondförsäkring eller i en traditionell livförsäkring med garanterad avkastning. Rådgivningen utmynnar alltså i två alternativa

placeringsförslag. I en sådan situation bör lagen tillämpas eftersom en del av rådgivningen omfattar en produkt som faller under lagens tillämpningsområde.

Lagrådet har i sitt yttrande anfört att det i många fall kan vara svårt att fastställa ett kausalsamband mellan rådgivningen och en efterföljande riskplacering, eftersom konsumenten ofta först efter viss betänketid – och kanske efter att ha inhämtat råd också av andra – bestämmer sig för vilken typ av placering han eller hon skall välja. *Lagrådet* har mot den bakgrunden föreslagit en bestämmelse som innebär att lagen inte skall vara tillämplig när det klart framgår att konsumenten efter rådgivningen bestämt sig för en annan placering. Regeringen anser emellertid att man bör hålla isär rådgivningssituationen från en eventuellt efterkommande affärstransaktion. Frågan om det finns ett kausalsamband mellan rådgivningen och placeringen blir i första hand relevant vid tillämpningen av skadeståndsbestämmelsen i 6 §.

Rådgivningen skall bedömas självständigt och oberoende av den marknadsrättsliga eller civilrättsliga lagstiftning som i övrigt kan komma att tillämpas med avseende på näringsidkarens agerande eller på dennes prestation. Det spelar därför ingen roll om rådgivningen tillhandahålls självständigt eller om rådgivningen tillhandahålls i samma sammanhang som åtgärder i form av marknadsföring eller försäljning av finansiella tjänster riktade till konsumenten. För det fall flera alternativa regelverk kan anses tillämpliga på en rådgivningssituation, ges konsumenten därmed möjligheten att välja det för honom eller henne mest förmånliga alternativet.

Beträffande lagens förhållande till lagen (1989:508) om försäkringsmäklare hänvisas till avsnitt 5.1.

2 § I denna lag avses med

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

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

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

Paragrafen innehåller definitioner av konsument och näringsidkare. Frågorna har behandlats i avsnitt 5.2.

Lagrådet har i sitt yttrande föreslagit att det införs en legaldefinition av begreppen finansiellt instrument respektive finansiell rådgivning. I enlighet med *Lagrådets* förslag har det i paragrafen införts en definition av finansiellt instrument. Den definitionen kommenteras i anslutning till 1 §. Regeringen anser att det härutöver inte är erforderligt att definiera begreppet finansiell rådgivning.

Definitionerna av konsument och näringsidkare är desamma som i den konsumenträttsliga lagstiftning som bygger på eller har anpassats till EG-direktiv, t.ex. i lag (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal samt konsumentköplagen (1990:932). Motsvarande definitioner finns även i konsumenttjänstlagen (1985:716). Definitionerna avses i tillämpliga delar ha samma betydelse här som i de andra lagarna.

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

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

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

Den som annars är näringsidkare men som i ett enskilt fall tillhandahåller finansiell rådgivning under sådana förhållanden att han eller hon måste anses handla i egenskap av privatperson är inte att anse som näringsidkare i lagens mening. Rådgivningen skall således ha samband med den bedrivna näringsverksamheten.

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

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

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

Frågan har behandlats i avsnitt 5.3.

Av paragrafen framgår att lagens bestämmelser är tvingande till konsumentens förmån på så sätt att näringsidkaren inte till konsumentens nackdel får frångå lagens bestämmelser.

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

Att lagens regler är tvingande till konsumentens förmån innebär bl.a. att avtal som inskränker konsumentens rätt till ersättning för skador inte

får tillämpas mot konsumenten. Avtalsklausuler som t.ex. begränsar vad konsumenten kan få ersättning för är således utan verkan mot denne. Prop. 2002/03:133

Näringsidkarens skyldigheter

4 § Näringsidkaren skall

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

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

Paragrafen innehåller bestämmelser av näringsrättslig karaktär. Av paragrafen följer de grundläggande skyldigheter som näringsidkaren måste iaktta om denne tillhandahåller finansiell rådgivning till konsumenter. Frågorna har behandlats i avsnitt 6.1.

Första stycket

Av *första punkten* följer att näringsidkaren skall se till att den som utför rådgivningen har tillräcklig kompetens. I kompetenskravet ligger dels att rätt kunna bedöma vad som framkommit om konsumentens önskemål och behov, dels kunskap om de finansiella instrument som rådgivningen avser. Kravet kan avse såväl formell utbildning som erfarenhet av rådgivningsarbete. De närmare kraven lämpar sig inte för att fastställa i lag. Dessa bör i stället bestämmas genom föreskrifter på myndighetsnivå.

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

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

Av *tredje punkten* följer att näringsidkaren skall lämna ut dokumentationen till konsumenten. De närmare förutsättningarna för denna skyldighet bör bestämmas genom föreskrifter på myndighetsnivå. Det kan då också övervägas i vilka fall som man eventuellt skulle kunna göra undantag från kravet på att dokumentationen skall lämnas ut till konsumenten.

Andra stycket

Av andra stycket följer att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får utfärda närmare föreskrifter om vad näringsidkaren skall iaktta när det gäller rådgivares kompetens, dokumentation av rådgivning, utlämnande av sådan dokumentation och om undantag från skyldigheten att lämna ut dokumentationen. Andra stycket har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag.

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

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

De frågor som berörs i paragrafen har behandlats i avsnitt 6.2.

Första stycket

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

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

Näringsidkaren skall vidare med tillbörlig omsorg ta tillvara konsumentens intressen. Det finns flera exempel på sådana bestämmelser i befintliga regelverk, t.ex. i 4 § konsumenttjänstlagen (1985:716). En sådan plikt får sin främsta betydelse vid en tolkning mot bakgrund av vad som förekommit i ett enskilt fall. Omsorgsplikten tjänar som ledning för näringsidkaren särskilt i de fall andra bestämmelser inte ger svar på

frågan om hur en finansiell rådgivare i ett visst fall bör agera. Allmänt torde omsorgsplikten innebära en skyldighet att sätta konsumentens intressen främst. Den finansielle rådgivaren bör vara skyldig att ställa all sin kunskap till konsumentens förfogande. Näringsidkaren bör upplysa konsumenten om de förutsättningar som råder vid rådgivningstillfället, t.ex. i fråga om näringsidkarens eget utbud av – eller möjlighet att förmedla – olika finansiella tjänster. Konsumenten kan också behöva uppmärksammas på behov av ytterligare rådgivning från annat håll. I omsorgsplikten torde även ligga att näringsidkaren skall uppträda aktivt lojalt mot konsumenten.

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

Den ovan beskrivna kartläggningen förutsätter konsumentens medverkan. Om konsumenten på någon enskild punkt eller generellt inte vill delge rådgivaren några uppgifter av den typ som här avses, får rådgivaren utefter de förutsättningar som ges ändå på bästa sätt utföra sitt rådgivningsuppdrag. Rådgivaren bör dock upplysa konsumenten om vad brister i bedömningsunderlaget kan medföra i fråga om tillförlitligheten i de råd som lämnas.

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

Näringsidkaren skall som nämnts slutligen också inte rekommendera andra lösningar än sådana som kan anses lämpliga för konsumenten. Bestämmelsen är mycket allmänt formulerad. Den skall inte tolkas så att rådgivaren måste lämna det råd som är ”mest lämpligt” eller liknande. I en verksamhet av så subjektiv karaktär som rådgivning skulle ett sådant krav inte vara möjligt att uppställa. Avsikten med bestämmelsen är i stället att de råd som lämnas skall, vid en helhetsbedömning utefter de

tidigare angivna bestämmelserna om rådgivarnas arbetsmetod och kartläggning av konsumenten, framstå som lämpliga för den enskilde konsumenten.

Andra stycket

Av andra stycket följer en avrådningsplikt för näringsidkaren. Bestämmelsen blir tillämplig för det fall konsumenten inom ramen för en rådgivningssituation själv uttrycker ett önskemål om en viss typ av placering. För tydlighetens skull bör framhållas att bestämmelsen alltså inte blir tillämplig för det fall det inte föreligger en rådgivningssituation, t.ex. om konsumenten endast begärt och erhållit en ren expeditionstjänst.

Enligt bestämmelsen skall rådgivaren avråda konsumenten när de åtgärder som konsumenten önskar vidta inte kan anses lämpliga med hänsyn till konsumentens behov, ekonomiska förhållanden eller andra omständigheter. Rådgivaren har härvid att bedöma konsumentens önskemål mot bakgrund av vad som har framkommit vid den ovan beskrivna kartläggningen av konsumentens behov, ekonomiska förhållanden och andra relevanta omständigheter som t.ex. konsumentens riskbenägenhet. Vilka övriga relevanta omständigheter som en sådan kartläggning bör omfatta följer av författningskommentaren till första stycket.

Skyldigheten att avråda innebär att rådgivaren för konsumenten skall påpeka att den åtgärd som konsumenten önskar enligt rådgivarens bedömning inte bör vidtas. Rådgivaren har alltså ingen skyldighet att försöka övertala konsumenten att inte vidta åtgärden eller att hindra denne från att genomföra en önskad transaktion. Vill konsumenten, trots att rådgivaren avrått honom eller henne, genomföra en viss transaktion finns naturligtvis inget hinder mot att gå konsumenten till mötes.

Som anförts beträffande kartläggningen av konsumentens förhållanden ovan kan inte förutsättas att alla konsumenter är beredda att förse rådgivaren med ett tillräckligt underlag. Brister i underlaget påverkar naturligtvis också rådgivarens möjlighet att avråda konsumenten från att vidta en viss åtgärd. Skyldigheten att avråda med hänsyn till konsumentens personliga förhållanden sträcker sig därför naturligtvis inte längre än vad som är möjligt med hänsyn de uppgifter som konsumenten själv lämnar.

Skadestånd

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

Paragrafen innehåller en bestämmelse om skadeståndsskyldighet vid vårdslös rådgivning. Frågan har behandlats i avsnitt 7.1.

Skadeståndsskyldigheten har utformats som ett culpaansvar. Näringsidkaren ansvarar således för skada som denne orsakat av oaktsamhet (som synonyma begrepp kan användas vårdslöshet, försumlighet eller liknande uttryck). Ett culpaansvar anses också omfatta uppsåtligt handlande, vilket för tydlighetens skull har uttryckts i bestämmelsen.

Som i annan lagstiftning av skadeståndsrättslig karaktär avses med ett culpaansvar ett ansvar för avsteg från en gällande norm inom ett aktuellt område. En jämförelse måste göras mellan den påstådde skadevållarens agerande och vad som kan betraktas som ett önskvärt agerande. Ett vårdslöst beteende avviker således från ett allmänt accepterat beteende i samma situation och den som bedöms ha agerat vårdslöst har således överträtt någon typ av aktsamhetsnorm. Culpabedömningen kan göras mot bakgrund av normer som följer av lag eller annan författning, av praxis eller av sedvana.

Frågan om en finansiell rådgivare har agerat vårdslöst måste avgöras vid en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet. En naturlig utgångspunkt för bedömningen utgör dock de skyldigheter som följer av 5 § i denna lag. Avvikelse från dessa skyldigheter medför dock inte med automatik att rådgivaren har agerat oaktsamt, även om en presumtion härför nog ofta kan anses föreligga. Det kan i det enskilda fallet finnas godtagbara skäl för rådgivaren att inte uppfylla de föreskrivna kraven. Bestämmelserna i 5 § är dock inte ensamt avgörande vid culpabedömningen. Även andra faktorer än de skyldigheter som följer av 5 § kan få betydelse vid culpabedömningen, varför en helhetsbedömning i det enskilda fallet alltid är nödvändig.

Den skada som avses är s.k. ren förmögenhetsskada. Härmed avses detsamma som i 1 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207), dvs. en ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada. Det saknas anledning att i lagen om finansiell rådgivning till konsumenter införa närmare bestämmelser i fråga om vad som i ett visst fall är anse som ren förmögenhetsskada och om beräkningen av skadans storlek. I stället hänvisas till allmänna skadeståndsrättsliga principer.

Med en bestämmelse om skadeståndsskyldighet aktualiseras frågor om bevisbördans placering och kravet på styrkan i bevisningen. Några särskilda regler med avseende på dessa frågor följer inte av lagen. Även här får i stället hänvisas till allmänna skadeståndsrättsliga principer. Frågan om eventuella avsteg bör göras från de principer som allmänt gäller på skadeståndsområdet vad gäller bevisbörda och beviskrav, får överlämnas till domstolarna att fastställa genom rättspraxis. I sammanhanget bör emellertid framhållas att det krav på dokumentation som följer av 4 § denna lag medför att konsumenten ställs i ett fördelaktigt bevisläge. För det fall näringsidkaren försummar sin skyldighet att dokumentera, bör konsumentens påståenden om vad som förekommit vid rådgivningstillfället tas som utgångspunkt vid en bedömning av rådgivarens eventuella vårdslöshet, om näringsidkaren inte på annat sätt förmår visa att konsumentens påståenden är felaktiga. Det kan för tydlighetens skull påpekas att det alltså är konsumenten som skall bevisa att ett uppdragsförhållande avseende finansiell rådgivning har förelegat mellan parterna.

Liksom i samband med andra skadeståndsrättsliga bestämmelser kommer med anledning av denna bestämmelse att uppkomma frågor om jämkning av skadestånd. Inte heller på detta område följer några särskilda bestämmelser av denna lag. I stället hänvisas till vad som i tillämpliga delar följer av skadeståndslagen (1972:207) och av allmänna skadeståndsrättsliga principer. En fråga av särskild betydelse bör dock

framhållas, nämligen skyldigheten för konsumenten att begränsa sin skada. En sådan skyldighet anses följa av skadeståndsrättsliga principer. Denna skyldighet – den s.k. begränsningsregeln – kan komma att uppmärksammas särskilt vid den typ av skada som nu är i fråga. Det bör vid en tillämpning av principen inte kunna krävas att konsumenten, i syfte att minimera en redan uppkommen skada, vidtar dispositioner som innebär ytterligare risker för konsumenten.

Beträffande övriga frågor av intresse vid tillämpningen av skadeståndsregeln, t.ex. adekvansbedömningen och principalansvaret, saknas särskilda bestämmelser. I stället hänvisas till vad som följer av allmänna skadeståndsrättsliga principer och i förekommande fall av skadeståndslagen (1972:207).

Avslutningsvis bör framhållas att den här beskrivna skadeståndsregeln inte skall uppfattas som exklusiv. Skadestånd på grund av finansiell rådgivning kan erhållas även på annan grund än vad som följer av denna lag. För det fall konsumenten för skadeståndstalan på annan grund – t.ex. på grund av ett garantiåtagande från näringsidkarens sida, på grund av brott eller på grund av sådan finansiell rådgivning som inte omfattas av denna lag – hänvisas till den lagstiftning och de allmänna skadeståndsrättsliga principer som gäller i dessa fall.

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

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

Paragrafen innehåller bestämmelser om reklamation och preskription. Frågorna har behandlats i avsnitt 7.2.

Första stycket

Av första stycket följer en reklamationsplikt för konsumenten. Om konsumenten vill åberopa att finansiell rådgivning har orsakat honom eller henne ren förmögenhetsskada, åligger det konsumenten att underrätta näringsidkaren om detta inom skäligen tid. Tiden räknas från det att konsumenten märkt eller hade bort märka att skada uppkommit. Tidsfristen skall ge konsumenten tillräcklig tid för eftertanke och ge möjlighet att diskutera frågan med en juridisk expert.

Frågan om när konsumenten hade bort märka att skada uppkommit måste avgöras från fall till fall. Av betydelse vid den bedömningen kan vara vilken typ av finansiellt instrument som konsumenten har placerat sina pengar i, dvs. om det är en typ av investering där värdet på det insatta kapitalet kan ändras snabbt. I fall av relativt okomplicerade finansiella instrument torde det räcka med att konsumenten tar del av de redovisningar som regelbundet skickas ut av de finansiella företagen. Vid mer komplicerade investeringar kan krävas att konsumenten mer aktivt följer utvecklingen. Även den enskilde konsumentens möjligheter att rätt

bedöma utfallet på den aktuella investeringen torde vara av betydelse, t.ex. erfarenheten av aktuella finansiella instrument.

Bestämmelsen skall tillämpas oberoende av vilken reklamationsstid som gäller avseende en eventuell transaktion i anslutning till rådgivningen. Att en kortare reklamationsstid för transaktionen, dvs. köpet eller försäljningen av finansiella instrument, skulle anses gälla enligt exempelvis lag (1914:45) om kommission eller följa av avtal, påverkar alltså inte reklamationsstiden såvitt avser skada på grund av finansiell rådgivning enligt denna lag.

Andra stycket

I andra stycket anges den rättsföljd som inträder om konsumenten inte iakttar vad som följer av första stycket i denna paragraf. Om konsumenten inte reklamerar i rätt tid faller rätten till skadestånd enligt denna lag bort.

I andra stycket behandlas vidare frågan om preskription. Rätten till skadestånd enligt denna lag faller vidare om talan om ersättning inte förs inom tio år från rådgivningstillfället. Att bedöma tidpunkten för rådgivningstillfället torde i allmänhet inte vålla några större problem. För det fall den omtvistade rådgivningen kan anses ha ägt rum vid flera tillfällen, skall preskriptionstiden beräknas från det att rådgivningen i det aktuella hänseendet kan anses avslutad. På samma sätt som avseende reklamationsstiden ovan skall bestämmelsen tillämpas oberoende av om en kortare preskriptionstid skulle anses gälla enligt annan lag eller följa av avtal såvitt avser en transaktion, dvs. köp eller försäljning av finansiella instrument, i anslutning till rådgivningen.

För tydlighetens skull bör här, liksom i kommentaren till 6 § första stycket, framhållas att denna lag inte är avsedd att vara exklusiv såvitt avser skadestånd på grund av finansiell rådgivning. Den rättsföljd som följer av andra stycket gäller därför enbart så vitt avser rätten till skadestånd enligt denna lag, vilket också framgår av lagtexten. För det fall konsumenten för skadeståndstalan på annan grund – t.ex. på grund av ett garantiåtagande från näringsidkarens sida, på grund av brott eller på grund av sådan finansiell rådgivning som inte omfattas av denna lag – har de ovan beskrivna reklamations- och preskriptionsbestämmelserna alltså inte någon rättsverkan mot konsumenten.

Tillsyn

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

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

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

Första stycket

Av första stycket följer att det är Konsumentverket som utövar tillsynen över att denna lag följs. Tillsynen omfattar också föreskrifter som har meddelats med stöd av lagen. Beträffande de föreskrifter som är aktuella hänvisas till kommentaren till 4 §.

I andra meningen görs dock ett betydelsefullt undantag från Konsumentverkets tillsynsansvar. Verkets tillsyn omfattar inte verksamhet som står under Finansinspektionens tillsyn. Exempel på företag, s.k. finansiella institut, som bedriver verksamhet som omfattas av Finansinspektionens tillsyn är banker, värdepappersbolag, försäkringsbolag och fondbolag. Inspektionens tillsyn över de finansiella instituten kommer därmed att omfatta efterlevnaden även av denna lag och föreskrifter som meddelats med stöd av lagen. Inspektionens befogenheter för att kunna utöva denna tillsyn följer av rörelselagstiftningen för de finansiella instituten, vilken har beskrivits närmare i avsnitt 8.1.

I praktiken torde Finansinspektionen till följd av undantaget i andra meningen i lagtexten komma att bli en i huvudsak lika betydelsefull tillsynsmyndighet som Konsumentverket.

Konsumentverkets tillsyn omfattar inte heller advokater. Tillsynen över lagens efterlevnad beträffande advokater utövas i stället i enlighet med det för advokater sedvanliga systemet, dvs. främst genom Sveriges advokatsamfunds disciplinnämnd. I frågor som rör lagens efterlevnad bör samfundet samråda med Konsumentverket.

Andra stycket

I andra stycket ges Konsumentverket de befogenheter som är nödvändiga för att kunna bedriva en effektiv tillsyn. Verket har rätt att göra inspektion hos näringsidkare som bedriver verksamhet som omfattas av lagen. Inspektionerna behöver inte vara föranmälda. Konsumentverket har vidare rätt att ta del av samtliga de handlingar hos näringsidkaren som behövs för tillsynen. Näringsidkaren skall också lämna nödvändiga upplysningar om verksamheten.

Finansinspektionens befogenheter i sammanhanget följer av rörelselagstiftningen för de finansiella företagen.

Tredje stycket

I tredje stycket ges Konsumentverket möjlighet att, för det fall näringsidkaren inte vill tillmötesgå verket, vid vite förelägga näringsidkaren att lämna ut handlingar eller lämna upplysningar om verksamheten.

Även i detta fall följer motsvarande befogenheter för Finansinspektionen av rörelselagstiftningen för de finansiella företagen.

9 § Om en näringsidkare som står Konsumentverkets tillsyn utför finansiell rådgivning i strid med de krav som ställs i lagen eller i föreskrifter som meddelats med stöd av lagen, får verket vid vite förelägga näringsidkaren att upphöra med finansiell rådgivning.

Om det är tillräckligt får Konsumentverket i stället meddela varning.

Första stycket

Om Konsumentverket i sin tillsynsverksamhet gör bedömningen att näringsidkaren inte uppfyller de krav som ställs i lagen eller i föreskrifter som meddelats med stöd av lagen, får verket förelägga näringsidkaren att upphöra med rådgivningsverksamheten. Ett sådant föreläggande får förenas med vite. Föreläggandet träffar naturligtvis enbart sådan rådgivningsverksamhet som faller inom lagens tillämpningsområde.

Ett föreläggande att upphöra med rådgivningsverksamheten är naturligtvis att anse som en mycket ingripande åtgärd. För att tillsynsmyndigheten skall kunna tillgripa denna åtgärd bör därför krävas att det rör sig om allvarliga eller upprepade överträdelser från näringsidkarens sida. Det bör framstå som uppenbart olämpligt att näringsidkaren fortsätter med sin rådgivningsverksamhet, dvs. det skall röra sig om fall där rådgivningsverksamheten är klart osund. Första stycket har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag.

Bestämmelsen behandlar endast Konsumentverkets befogenheter. Finansinspektionens befogenheter i sammanhanget följer av rörelselagstiftningen för de finansiella företagen (se avsnitt 8.1).

Andra stycket

Om det är tillräckligt får Konsumentverket enligt andra stycket i stället meddela varning. I många fall där tillsynsmyndigheten finner att en näringsidkare inte fullt ut följer kraven i denna lag eller i föreskrifter som meddelats med stöd av lagen, kan ett föreläggande om att upphöra med verksamheten framstå som en alltför ingripande åtgärd. Vid enstaka överträdelser eller överträdelser av mindre allvarlig art, men där tillsynsmyndigheten ändå vill markera att en överträdelse har skett, bör tillsynsmyndigheten i stället meddela varning.

Även i detta fall följer motsvarande befogenheter för Finansinspektionen av rörelselagstiftningen för de finansiella företagen.

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

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen innehåller bestämmelser om överklagande av Konsumentverkets beslut i tillsynsärenden. Bestämmelserna överensstämmer med de allmänna principer för överklagande av förvaltningsbeslut som följer av 22 a § förvaltningslagen (1986:223).

Uppdraget

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

Allmänna utgångspunkter

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

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

Finansiell rådgivning - dagens förhållanden

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

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

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

En ny lag om finansiell rådgivning till konsumenter

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

Lagens tillämpningsområde

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

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

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

beaktansvärd risk för att konsumenten, helt eller delvis, förlorar insatt kapital eller sätter sig i skuld.

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

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

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

Rådgivning, marknadsföring eller försäljning?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Skadestånd vid vårdslös rådgivning

Konsumenten föreslås få en lagstadgad rätt till skadestånd för den skada som kan uppstå till följd av finansiell rådgivning. Förutsättningen för att skadeståndsskyldighet skall drabba det finansiella företaget är att rådgivaren har agerat vårdslöst. Bedömningen av om en rådgivare i ett visst fall kan anses ha agerat vårdslöst, den s.k. culpabedömningen, skall göras med hänsyn till samtliga relevanta omständigheter. Inte bara de

skyldigheter som föreslås gälla enligt lagen kan således få betydelse. För det fall en rådgivare bryter mot god rådgivningssed eller på annat sätt åsidosätter de skyldigheter i förhållande till den enskilde konsumenten som beskrivs ovan, bör dock normalt kunna presumeras att vårdslöshet föreligger.

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

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

Det åligger enligt lagförslaget konsumenten att framföra en reklamation till det finansiella företaget inom skälig tid från det att konsumenten upptäckt eller hade bort upptäcka att skada har uppkommit. Konsumenten kan alltså inte förhålla sig passiv till en uppkommen skada. För att rätten till skadestånd inte skall gå förlorad måste konsumenten också väcka talan mot företaget inom tio år från rådgivningstillfället.

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

Tillsyn

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

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

Övriga frågor

Konsekvenser av mitt förslag

Mitt förslag till ny lagstiftning kan förutses väsentligt stärka konsumentskyddet när det gäller finansiell rådgivning. Den förstärkningen kan dock inte åstadkommas utan att det uppstår vissa ökade kostnader för såväl berörda myndigheter som de finansiella företagen.

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

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

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

Ikraftträdande

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

Förslag till Lag om finansiell rådgivning till konsumenter

Häri genom föreskrivs följande.

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

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

2 § I denna lag avses med

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

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

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

4 § Näringsidkaren skall

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

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

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

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

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

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

7 § Om konsumenten vill åberopa att finansiell rådgivning har orsakat honom eller henne ren förmögenhetsskada, skall konsumenten underrätta

näringsidkaren om detta inom skälig tid efter det att han eller hon märkt eller bort märka att skada har uppkommit.

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

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

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

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

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

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

Om det är tillräckligt får Konsumentverket i stället meddela varning.

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

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2003.

Förteckning över remissinstanserna

Prop. 2002/03:133
Bilaga 3

Följande remissinstanser har beretts tillfälle att avge synpunkter på betänkandet Konsumentskydd vid finansiell rådgivning SOU 2002:41.

Göta hovrätt, Stockholms tingsrätt, Kammarrätten i Stockholm, Domstolsverket, Marknadsdomstolen, Konsumentverket, Allmänna reklamationsnämnden, Kommerskollegium, Riksgäldskontoret, Finansinspektionen, Konkurrensverket, Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet, Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet, Svenska kommunförbundet, Landsorganisationen i Sverige (LO), Sveriges Akademikers centralorganisation (SACO), Tjänstemännens centralorganisation (TCO), Finansförbundet, Finansbolagens Förening, Fondbolagens förening, Företagarnas Riksorganisation, Konsumenternas Försäkringsbyrå, Konsumenternas Bank- och finansbyrå, Näringslivets delegation för marknadsrätt, Stiftelsen Aktiefrämjandet, Svenska Bankföreningen, Svenska Fondhandlareföreningen, Sveriges försäkringsmäklares förening, Sveriges Advokatsamfund, Sveriges Aktiesparares Riksförbund, Sveriges Domarförbund, Sveriges Försäkringsförbund, Sveriges Konsumenter i Samverkan, Sveriges Konsumentråd, Sveriges konsumentvägledares förening, Yrkesföreningen för budget- och skuldrådgivare.

Yttrande har dessutom avgetts av Rättsvetenskapliga avdelningen vid Luleå tekniska universitet.

Förslag till lag om finansiell rådgivning till konsumenter

Härigenom föreskrivs följande.

Inledande bestämmelser

1 § Denna lag gäller näringsidkares finansiella rådgivning till konsumenter om placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i livförsäkringar vars kapital helt eller delvis placeras i finansiella instrument som konsumenten bestämmer.

Bestämmelserna i denna lag gäller även om rådgivningen ingår som ett led i marknadsföring eller försäljning av finansiella tjänster.

2 § I denna lag avses med

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

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

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

Näringsidkarens skyldigheter

4 § Näringsidkaren skall

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

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela närmare föreskrifter om näringsidkarens skyldigheter enligt första stycket.

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

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

Skadestånd

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

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

Talan om ersättning måste väckas inom tio år från rådgivningstillfället.

Om konsumenten inte underrättar näringsidkaren inom den tid som följer av första stycket eller väcker talan inom den tid som följer av andra stycket, faller rätten till skadestånd enligt denna lag bort.

Tillsyn

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

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

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

9 § Konsumentverket får vid vite förelägga näringsidkare som står under verkets tillsyn att upphöra med finansiell rådgivning om verksamheten inte uppfyller de krav som ställs i lagen och i föreskrifter som meddelats med stöd av lagen.

Om det är tillräckligt får Konsumentverket i stället meddela varning.

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

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2004.

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2003-05-09

Närvarande: f.d. justitierådet Hans Danelius, regeringsrådet Gustaf Sandström, justitierådet Dag Victor.

Enligt en lagrådsremiss den 24 april 2003 (Jordbruksdepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till lag om finansiell rådgivning till konsumenter.

Förslaget har inför Lagrådet föredragits av hovrättsassessorn Erik Högdahl.

Förslaget föranleder följande yttrande av Lagrådet:

1 §

I första stycket föreslås lagen bli tillämplig på ”näringsidkares finansiella rådgivning till konsumenter om placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i livförsäkringar vars kapital helt eller delvis placeras i finansiella instrument som konsumenten bestämmer”. Det framgår inte klart av denna ordalydelse om det är fråga om all rådgivning vid vilken en placering i ett finansiellt instrument eller i en försäkring med anknytning till finansiella instrument (i det följande för enkelhetens skull kallad ”riskplacering”) diskuterats, eventuellt som ett alternativ till andra mindre riskfyllda placeringar, eller om det för att lagen skall vara tillämplig krävs att rådgivaren har rekommenderat en riskplacering och/eller att konsumenten faktiskt följt en sådan rekommendation och gjort en riskplacering.

Lagens huvudsakliga syfte får anses vara att skydda konsumenter mot sådan vårdslös rådgivning som lett till förlustbringande riskplaceringar. Det skulle därför i princip inte vara nödvändigt att tillämpa lagens krav på dokumentationsskyldighet m.m. i fall då någon riskplacering inte kommit till stånd eller i vart fall det inte är rådgivaren som föranlett att konsumenten gjort en sådan placering. En tydlig avgränsning i dessa hänseenden är emellertid svår att göra, eftersom en rådgivare i många fall inte direkt rekommenderar konsumenten att göra en riskplacering men ändå anger en sådan placering som ett beaktansvärt alternativ. I många fall kan det också vara svårt att fastställa om det finns ett kausalsamband mellan rådgivningen och en efterföljande riskplacering, eftersom konsumenten ofta först efter viss betänketid – och kanske efter att ha inhämtat råd också av andra – bestämmer sig för vilken typ av placering han eller hon skall välja.

Det finns å andra sidan fall då det är klart antingen att rådgivaren föreslagit något annat än en riskplacering eller att konsumenten efter rådgivningen själv valt en annan placering än en riskplacering. I anslutning till föredragningen har upplysts att den föreslagna

formuleringen i paragrafen skall anses innebära att lagen inte skall tillämpas på sådan rådgivning som resulterar i ett råd avseende enbart placering i en produkt som inte omfattas av lagens tillämpningsområde, t.ex. ett vanligt bankkonto.

Enligt Lagrådets mening är det önskvärt att på ett klarare sätt precisera lagens tillämpningsområde, varvid det synes lämpligt att från tillämpningsområdet undanta klara fall då en riskplacering inte rekommenderats eller då rådgivningen inte resulterat i en sådan placering.

Enligt den föreslagna paragrafen skall lagen gälla ”näringsidkares finansiella rådgivning”. Begreppet ”näringsidkare” definieras i 2 § som ”en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten”. Som lagen är utformad skulle den bli tillämplig också på fall där näringsidkaren bedriver en verksamhet med en helt annan inriktning än finansiell rådgivning. Som exempel kan nämnas en fastighetsmäklare som ger en konsument rådet att köpa en villa i stället för att investera i aktier eller en försäljare av bilar eller andra kapitalvaror som råder en kund att köpa hans eller hennes produkter under framhållande av att ett sådant köp är mera förmånligt än en placering i aktier eller andra finansiella instrument. Det kan i och för sig tänkas att lagen i praktiken kunde tolkas på ett sådant sätt att dessa fall uteslöts från dess tillämpning, men eftersom de faller in under lagens ordalydelse, föreligger i vart fall osäkerhet i detta hänseende. Lagrådet förordar att oklarheten undanröjs genom att 2 § kompletteras med en definition av begreppet ”finansiell rådgivning”.

Eftersom näringsidkaren inte alltid är identisk med rådgivaren, finns det vidare anledning att använda formuleringen ”finansiell rådgivning som en näringsidkare tillhandahåller en konsument” i stället för ”näringsidkares finansiella rådgivning”.

I andra stycket anges att bestämmelserna i lagen gäller även om rådgivningen ingår som ett led i marknadsföring eller försäljning av finansiella tjänster. Bestämmelsen är oklar redan genom att det här är fråga om ”finansiella tjänster” och inte, som i första stycket, om ”finansiella instrument”. Under alla förhållanden anser Lagrådet bestämmelsen överflödigt, eftersom den i sak inte tillfogar något som inte kan utläsas ur första stycket. Lagrådet föreslår därför att andra stycket utgår.

Med hänsyn till det anförda kan paragrafen förslagsvis få följande lydelse:

”Denna lag gäller finansiell rådgivning som en näringsidkare tillhandahåller en konsument och som omfattar placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i livförsäkringar vars kapital helt eller delvis placeras i finansiella instrument som konsumenten bestämmer. Lagen är dock inte tillämplig när den som utför rådgivningen enbart förordar en annan placering än som nu sagts eller

när det klart framgår att konsumenten efter rådgivningen bestämt sig för en annan placering.”

Prop. 2002/03:133
Bilaga 5

2 §

Lagrådet har i anslutning till 1 § anfört skälen för att definitionerna i nu förevarande paragraf lämpligen bör kompletteras med en definition av begreppet ”finansiell rådgivning”. Det synes också lämpligt att definiera begreppet ”finansiellt instrument” på samma sätt som i 1 kap. 1 § lagen (1991:980) om handel med finansiella instrument. Definitionerna kan förslagsvis utformas på följande sätt:

”finansiell rådgivning: rådgivning om placering av en konsuments tillgångar, om den som utför rådgivningen yrkesmässigt befattar sig med rådgivning rörande finansiella placeringar,
finansiellt instrument: fondpapper och annan rättighet eller förpliktelse avsedd för handel på värdepappersmarknaden,”

4 §

I paragrafens första stycke finns vissa bestämmelser om skyldigheter för näringsidkare när det gäller rådgivares kompetens samt dokumentation av rådgivning och överlämnande av sådan dokumentation till konsumenten. Enligt andra stycket får regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer meddela närmare föreskrifter om skyldigheterna enligt första stycket.

Relationen mellan paragrafens bägge stycken berörs endast helt kortfattat i remissen. Enligt vad som sägs i allmänmotiveringen är det inte lämpligt att slå fast de närmare bestämmelserna i lag eftersom denna då skulle tyngas av för stor detaljrikedom och möjligheten till snabba justeringar i regelverket skulle gå förlorad.

Enligt 8 kap. 13 § regeringsformen får regeringen utan delegation genom förordning besluta om föreskrifter om verkställighet av lag och överlåta åt myndighet att meddela sådana bestämmelser. Verkställighetsföreskrifter kan också avse materiella frågor. I det föreslagna andra stycket talas om ”närmare” föreskrifter och skyldigheter ”enligt första stycket”. Uttryckssättet kan ge intryck av att vad som avses är just sådana verkställighetsföreskrifter som inte kräver delegation. Av remissen får emellertid anses framgå att avsikten varit att delegera rätten till normgivning med stöd av 8 kap. 7 § första stycket 3 regeringsformen. Anledningen torde vara att regleringen i 8 kap. 13 § regeringsformen inte ansetts ge stöd för materiella föreskrifter i den omfattning som är åsyftad i detta fall. Lagrådet delar den bedömningen och vill i sammanhanget särskilt peka på de konsekvenser som en underlåtelse att rätta sig efter föreskrifterna avses kunna få enligt 9 §.

När uttrycket ”närmare föreskrifter” använts i delegationsbestämmelser har Lagrådet i olika sammanhang förordat att ordet ”närmare” skall utgå

eftersom det för tankarna till verkställighetsföreskrifter. Det är dock inte ovanligt att ordet används även vid delegation. Som exempel kan nämnas 50 § personuppgiftslagen (1998:204). Med den lagstiftningsteknik som valts i förslaget – en generell reglering i lag som är avsedd att kompletteras genom föreskrifter – finner Lagrådet att uttryckssättet kan godtas. Däremot anser Lagrådet det mindre lämpligt att ange att föreskrifterna avser skyldigheterna enligt första stycket eftersom första stycket utformats på ett sätt som ger det en självständig materiell innebörd.

Det sagda kan illustreras av den föreslagna skyldigheten att lämna ut dokumentation enligt punkt 3 i första stycket. Som punkten utformats gäller skyldigheten utan undantag. Trots detta talas det i remissen om att det genom föreskrifter skulle vara möjligt att göra undantag från den skyldigheten. För att detta skall vara möjligt krävs emellertid antingen att regleringen i första stycket utformas så att den lämnar utrymme för undantag eller att delegationen utformas så att den också avser rätt att göra sådana undantag.

Med beaktande av vad som nu anförts skulle paragrafen kunna ges exempelvis följande lydelse:

”Näringsidkaren skall

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

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

5 §

Andra meningen i första stycket bör formuleras om så att intrycket inte skapas att rådgivningen måste leda fram till att konsumenten rekommenderas en viss placering (jfr Lagrådets kommentarer till 1 §). Vidare bör – på samma sätt som i andra stycket – ordet ”lämpliga” föregås av ”kan anses”.

Lagrådet föreslår följande lydelse: ”Näringsidkaren skall anpassa rådgivningen efter konsumentens önskemål och behov samt inte rekommendera andra lösningar än sådana som kan anses lämpliga för konsumenten.”

9 §

Enligt paragrafen öppnas en möjlighet för Konsumentverket att vid vite förelägga de näringsidkare som står under verkets tillsyn (jfr 8 § första stycket) att upphöra med finansiell rådgivning. Vitesföreläggandet avser alltså inte endast skyldighet att följa de normer som följer av lag och

föreskrifter utan innefattar ett direkt förbud mot finansiell rådgivning. För att ett sådant förbud skall kunna fungera på ett rimligt sätt är det givetvis angeläget att det står klart vad som är avsett att falla under begreppet finansiell rådgivning. Lagrådet hänvisar i den delen till vad som anförts under 1 §.

Lagrådet vill vidare peka på att den föreslagna formen av förbudsvite i praktiken utgör en form av partiellt näringsförbud. Rätten att driva näring är skyddad enligt 2 kap. 20 § regeringsformen. Enligt den bestämmelsen får begränsningar i rätten endast införas för att skydda angelägna allmänna intressen. Det är mot den bakgrunden ägnat att förvåna att några egentliga överväganden om sanktionens ändamålsenlighet och lämplighet inte redovisas i remissen och att frågan om grundlagsenligheten inte ens nämns. Såvitt Lagrådet känner till finns det inte heller någon annan direkt motsvarighet till den nu föreslagna regleringen än ett förslag i den nyligen behandlade lagrådsremissen om reformerade regler om bank- och finansieringsrörelse. I det fallet var förslaget emellertid avsett att ersätta ett tidigare tillståndskrav och innebar därför inte någon ny begränsning av rätten att driva näring.

Även om det kan finnas skäl för bedömningen att den föreslagna begränsningen av rätten att driva näring är förenlig med grundlagen framstår det som en brist att frågan inte berörts i remissen. Lagrådet utgår från att regeringens bedömning utvecklas i det fortsatta beredningsarbetet och att det i det sammanhanget också övervägs om vitessanktionen kan begränsas till att avse skyldigheten att följa lagen och de föreskrifter som meddelats med stöd av denna.

Om emellertid den allmänna uppläggning som bestämmelsen avsetts få i remissen behålls, skulle paragrafen lämpligen kunna utformas på följande sätt:

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

Utdrag ur protokoll vid regeringssammanträde den 22 maj 2003

Närvarande: statsministern Persson, ordförande, och statsråden Winberg, Ulvskog, Lindh, Sahlin, Östros, Messing, Engqvist, Lövdén, Ringholm, Bodström, Karlsson J. O., Karlsson H., Nykvist, Lund, Nuder, Johansson, Hallengren, Björklund

Föredragande: statsrådet Nykvist

Regeringen beslutar proposition Lag om finansiell rådgivning till konsumenter.