

dock anledning även till vissa kritiska synpunkter. I första hand måste framhållas att den form av mycket ambitiös rådgivning som förutsätter en ingående utredning av konsumentens förhållanden nog borde särhållas från mera ordinära rådgivningsfall och regleras för sig. När de råd som konsumenten önskar är av mindre omfattning behöver knappast rådgivningen på samma sätt dokumenteras och anpassas till konsumentens förhållanden. Samma krav behöver inte heller ställas på rådgivarens utbildning. När å andra sidan en näringsidkare lämnar övergripande råd till en konsument om hur denna skall organisera sina ekonomiska förhållanden, bör de långtgående krav som lanseras i betänkandet gälla oavsett om råden avser placeringar i finansiella instrument eller annat, till exempel skatteplanering eller finansieringslösningar.

Genom en lagstiftning efter antytt mönster skulle det tillskapas en möjlighet för konsumenter att — antagligen mot viss avgift — få del av en särskilt kvalificerad rådgivning, där rådgivaren tar ett helhetsansvar för hur konsumenten organiserar sina ekonomiska förhållanden. Samtidigt skulle möjligheten att fråga en rådgivare till råds i mer begränsade ärenden — såsom valet mellan två aktier — bibehållas. Därutöver kommer vissa enskildheter i förslaget, såsom dokumentationsplikten, den föreslagna lagens tillämpning på nyhetsbrev, skadeståndsansvarets omfattning och reklamationsplikten att beröras i det följande.

Den föreslagna lagens tillämpningsområde

Den föreslagna lagens tillämpningsområde är, enligt 1 § första stycket, begränsat till att gälla sådan finansiell rådgivning som näringsidkare tillhandahåller konsu-

menter i sådana 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. Som motivering för denna begränsning anförs i betänkandet att tillämpningsområdet bör avgränsas till vad som motive- ras med hänsyn till de intressen som framstår som skyddsvärda från konsumentens synpunkt.⁴

Från denna utgångspunkt bör tillämpningsområdet, fastslår utredaren, begränsas till att omfatta sådan finansiell rådgivning som rör finansiell verksamhet som innebär beaktansvärd risk för att konsumenten, helt eller delvis, förlorar insatt kapital eller sätter sig i skuld. Främst blir det då fråga om placeringsrådgivning, dvs. rådgivning med avseende på konsumentens placeringar i finansiella instrument. I samband med sådana placeringar har konsumenten att överväga olika mer eller mindre riskabla alternativ. Det är då särskilt angeläget att konsumenten har tillgång till god rådgivning. För andra typer av finansiell tjänster, såsom bankinsättningar, är konsumentens risk mindre. Konsumentkrediter bör inte omfattas, eftersom särskild konsumentskyddande lagstiftning redan finns på det området.⁵ Skatterådgivning berörs inte.

Utredaren medger att det inte finns någon skarp gräns mellan det typ av finansiell rådgivning som enligt hans uppfattning framstår som skyddsvärd från konsumentens synpunkt och annan rådgivning, men framhåller betydelsen av att lagen har ett klart och tydligt tillämpningsområde.⁶ Eftersom tillämpningsområdet har betydelse

⁴ SOU 2002:41 s. 100.

⁵ SOU 2002:41 s. 101.

⁶ SOU 2002:41 s. 101–104.

för såväl civilrättsliga som förvaltningsrättsliga frågor, förslaget inte innehåller någon tillstånds- eller anmälningsplikt och förutsebarheten är viktig, kan en vagare avgränsning av tillämpningsområdet inte godtas.

Det kan på goda grunder ifrågasättas om den avgränsning av lagens tillämpningsområde som görs i förslaget verkligen är den bästa. Det utmärkande för den rådgivning som föreslås i betänkandet är, som nedan närmare skall utvecklas, att den förutsätter att näringsidkaren gör en helhetsanalys av konsumentens ekonomiska situation och på grundval av denna ger konsumenten de råd som är bäst lämpade just för denne. Varför dessa råd skulle inskränka sig just till placeringar i finansiella instrument etc. är svårt att förstå. Om lämpliga råd om sådana placeringar skall kunna ges måste hänsyn i hög grad tas även till andra faktorer, såsom alternativa placeringsformer, skatteeffekter och olika finansieringsalternativ. När nu en sådan helhetsanalys av konsumentens ekonomiska situation skall ske och råd lämnas på grund av denna, förefaller det mest naturligt att samma ansvarsregler gäller för samtliga dessa råd. Varje annan lösning skulle dessutom riskera att skapa många och svåra gränsdragningsproblem i fall då en kund klagat på ett illa underbyggt råd och rådet till exempel avser valet mellan aktieköp och en investering i guld eller eljest involverar ett val mellan olika lösningsalternativ av vilka vissa men inte andra omfattas av lagen.

Ett ytterligare argument för en strikt avgränsning av lagens tillämpningsområde skulle kunna vara att de krav som lagen ställer på rådgivaren leder till att den rådgivning som omfattas av lagen får en speciell karaktär och att det är nödvändigt att näringsidkarna

med säkerhet vet när rådgivningen skall ges denna speciella karaktär. Utredaren går emellertid inte på den linjen. Tvärtom förordar han "att lagen i tillämpliga delar bör tillämpas analogivis på sådan finansiell rådgivning som med avseende på den risk konsumenten tar och den typ av rådgivning som är i fråga kan anses jämförbar med" den som omfattas av lagförslaget.⁷ Avsikten är icke oväntat att detta framför allt skall få effekt när det gäller skadeståndsskyldigheten.⁸ Skadeståndsansvarets praktiska betydelse är emellertid nära kopplad till uppfyllelsen av de speciella krav som den föreslagna lagen ställer på näringsidkaren vid rådgivning inom lagens tillämpningsområde och det framgår inte om eller i vilken omfattning utredaren tänkt sig att även dessa krav skall tillämpas analogiskt.

Frågan om lämpligheten av analogier från den föreslagna lagens krav ställer sig enligt min bedömning något olika för de skilda kraven. En analogisk tillämpning förefaller åtminstone initialt mycket närliggande när det gäller kravet på iakttagande av god rådgivningssed i 5 §. Det är dock mycket möjligt att detta krav, om förslaget antas, med tiden kan få en annan och för näringsidkaren mer krävande innebörd i de fall som omfattas av lagen. Kravet i samma paragraf på att näringsidkaren med tillbörlig omsorg skall ta till vara konsumentens intressen torde också kunna tillämpas analogiskt i fall som inte omfattas av lagförslaget, fastän då med en i vissa hänseenden mindre långtgående innebörd än i de av förslaget omfattade fallen. Det måste nämligen antas att det krav som paragrafen ställer på att näringsidkaren skall anpassa rådgivningen efter konsumentens önskemål och behov samt rekom-

⁷ SOU 2002:41 s. 105.

⁸ SOU 2002:41 s. 106.

mendera lösningar som även i övrigt är lämpliga för konsumenten går längre än vad som utan lagstöd kan krävas av en rådgivare. Detsamma gäller antagligen näringsidkarens plikt att 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 förhållanden och andra omständigheter.

Det i 4 § upptagna kravet på att näringsidkaren skall dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället torde inte kunna tillämpas vid rådgivning som inte omfattas av lagen. Detsamma torde gälla kravet på att näringsidkaren skall tillse att den som utför rådgivningen har erforderlig kompetens, eftersom detta krav får en speciell innebörd genom de föreskrifter som skall meddelas av regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer.

Det är närliggande att anta att utredaren vid formuleringen av de långtgående krav som uppställts i den föreslagna lagen låtit sig påverkas av de åsikter som framförts av Anne-Marie Pålsson och Per Samuelsson i en artikel rörande bankernas ansvar för ekonomisk rådgivning.⁹ Pålsson och Samuelsson har i denna artikel utvecklat ett i förhållande till vad som följer av rättspraxis på området alternativt sätt att se på rådgivningssituationen, vilket närmast kan sägas innefatta ett paradigmskifte. Det innebär nämligen att rådgivaren, likt en totalentreprenör, åläggs huvudansvaret för att kunden utreder sina egna förutsättningar och behov samt fattar ett förnuftigt beslut utifrån dessa. En konsekvens blir att rådgivarens ansvar utvidgas till att omfatta inte bara konkreta dåliga råd, utan i princip

alla olämpliga beslut som inte direkt låter sig hänföras till kunden.¹⁰

Det av Pålsson och Samuelsson förordade synsättet skulle antagligen leda till ekonomiskt lämpliga resultat i form av bättre underbyggda beslut i finansiella angelägenheter. Det förutsätter dock en radikal utvidgning av rådgivarens uppgifter och ansvar, vars konsekvenser är svåra att överblicka, särskilt med hänsyn till att rådgivaren inte har någon möjlighet att få sista ordet när kunden bestämmer sig.

En svårighet med Pålssons och Samuelssons alternativa betraktelsesätt är att det förutsätter att fråga är — läs blir — om ganska omfattande rådgivning. En sådan rådgivning är närliggande när en oroad konsument uppsöker en näringsidkare för att få hjälp med att få ordning på sin privatekonomi. Om kunden i stället vill ha ett snabbt svar på en konkret fråga, som gäller vilken option han bör köpa för att säkra värdet i sin aktieportfölj mot fortsatt börsras, får rådgivningen naturligen en annan karaktär. Detsamma gäller i än högre grad alla enklare praktiska råd, till exempel rörande tillvägagångssättet vid investeringar i finansiella instrument, som personalen på bankernas kundtjänstavdelningar dagligen lämnar till kunder vid telefonsamtal, där kundens identitet inte ens behöver vara känd för rådgivaren. Det är då mindre närliggande att näringsidkaren börjar utreda kundens ekonomiska situation och till exempel ifrågasätter dennes kanske i och för sig i ljuset av lagens regler okloka beslut att äga aktier som finansieras med lånade pengar.

⁹ Banks ansvar för ekonomisk rådgivning. SvJT 1999 s. 529 ff.

¹⁰ För det anförda, se Lehrberg, Bankernas rådgivningsansvar. Några principiella och praktiska spörsmål. Uppsatser i bankrätt. Första samlingen, Norstedts Juridik, Stockholm 2002, s. 310 ff.

Uppenbarligen måste näringsidkaren respektera kundernas integritet. Denne har inte någon rätt att kräva att få utreda hur det egentligen är ställt med hushållets ekonomi eller att få genomföra en omfattande utredning av denna varje gång en kund ber om ett råd av näringsidkaren. Dessutom måste det vara möjligt för näringsidkaren att nöja sig med de uppgifter som kunden väljer att meddela honom. Det kan inte rimligen krävas att en näringsidkare varje gång en kund frågar denne till råds i en fråga som rör finansiella instrument skall företa de undersökningar av konsumentens förkunskaper, ekonomiska och andra förhållanden, riskbenägenhet osv. som beskrivs i betänkandet.¹¹ Tydligt är alltså att om det skulle anses åligga näringsidkaren en plikt att utreda kundens ekonomiska förutsättningar och behov, så måste denna plikt vara begränsad till vissa mer omfattande former av rådgivning.

Om näringsidkaren skall ha det långtgående ansvaret för att utreda kundens ekonomiska förutsättningar och behov i vissa fall men inte i andra, så kan emellertid gränsdragningsproblem uppkomma. Hur skall till exempel näringsidkaren förfara, om en kund vill ha råd om hur han bäst skall omplacera sina tillgångar för att lättare klara sin privatekonomi? Vem skall ta initiativet till den mer omfattande rådgivningen? Dessa gränsdragningsproblem blir särskilt besvärande därför att näringsidkarens roll och ansvar samt de krav som ställs på rådgivningen blir helt olika beroende av på vilken sida av gränsen som rådgivningssituationen hamnar.¹² Det kan bli svårt för rådgivare att växla från den ena formen av rådgivning till den andra. Och för domstolarna måste

två olika normkomplex för bedömningen av rådgivningssituationer utvecklas.¹³ Naturligtvis blir det inte lättare om gränsen mellan de två artskilda formerna av rådgivning blir flytande.

Om den föreslagna lagen går fullt lika långt som Pålsson och Samuelsson är möjligen något osäkert. Plikten att anpassa rådgivningen efter konsumentens behov och att rekommendera lösningar som är lämpliga för konsumenten antyder dock närmast att så är fallet. I samma riktning pekar även den utförliga beskrivning av rådgivarens plikter som görs i betänkandet.¹⁴ Men i den föreslagna 5 § anges också att rådgivningen skall anpassas efter konsumentens önskemål, vilket öppnar en möjlighet att lämna råd utan att företa en utredning av konsumentens ekonomiska situation, om detta är vad konsumenten önskar. Hur detta närmare skall gå till framgår inte av lagtexten. I betänkandet utvecklas emellertid en lösning på problemet.

Således påpekas i betänkandet att rådgivarens kartläggning av konsumentens ekonomiska situation förutsätter dennes medverkan. Näringsidkaren åläggs dock inte att uppställa ett krav på konsumentens medverkan som förutsättning för att bistå med råd. Om konsumenten generellt eller på någon enskild punkt inte vill lämna den efterfrågade informationen, får rådgivaren ändå försöka utföra sitt rådgivningsuppdrag på bästa sätt. Men han måste då upplysa konsumenten om vad brister i bedömningsunderlaget kan medföra i fråga om tillförlitligheten hos de råd som lämnas. Såväl de uppgifter av betydelse vid kartläggningen som de luckor i bedömningsunderlaget som kan uppstå om konsumenten inte vill delge

¹¹ SOU 2002:41 s. 125–127.

¹² För det anförda, se Lehrberg a. st.

¹³ För det anförda, se a. st.

¹⁴ SOU 2002:41 s. 125–127.

rådgivaren alla uppgifter av betydelse skall framgå av den dokumentation som skall upprättas enligt 4 § första stycket 2.

Lagförslaget innefattar alltså en generell lösning som innebär att ett långtgående rådgivningsansvar i princip gäller vid all rådgivning inom lagens tillämpningsområde, men med det undantaget att rådgivningen i det enskilda fallet i viss mån kan anpassas efter kundens önskemål. Om kundens önskemål leder till att rådgivningen blir mindre omfattande och endast involverar till exempel valet av aktie att köpa, så kan inte näringsidkaren leva upp till kravet på att rådgivningen skall anpassas till konsumentens behov och att sådana lösningar skall rekommenderas som även i övrigt är lämpliga för konsumenten. Inte heller har näringsidkaren, utan kunskaper om konsumentens ekonomiska förhållanden, någon möjlighet att avråda konsumenten från att vidta åtgärder som inte kan anses vara till rimlig nytta för konsumenten eller som kan anses olämpliga med hänsyn till dennes ekonomiska förhållanden eller andra omständigheter.

För att kunna avpassa sin rådgivning efter konsumentens förhållanden måste näringsidkaren få information om dessa. Sådan information skaffar denne sig lämpligen genom att låta kunden fylla i en frågelista inför rådgivningstillfället. Om kunden inte vill lämna ut denna information är det omöjligt för näringsidkaren att fullgöra rådgivningstjänsten på det sätt lagen förutsätter. Det är tveksamt om det är lämpligt att lagen över huvud taget är tillämplig i sådana fall. Den i betänkandet föreslagna lösningen att rådgivaren skall försöka råda konsumenten utifrån en övergripande analys som grundar sig på otillräcklig information riskerar att leda till rättsosäkerhet för

båda parterna såväl som till dåliga råd.

Såsom lagförslaget är utformat måste det antas att rådgivningen mycket ofta skulle komma att få den mera omfattande form som anges i lagförslaget, även när detta egentligen inte är lämpligt. Initiativet ligger nämligen naturligen i de flesta fall hos rådgivaren. Om denne inleder rådgivningen med att börja ställa frågor och överlämna en frågelista att fylla i lär kunden i de flesta fall snällt lyda. När man sedan kommer till det konkreta råd som kunden behöver kanske allt detta visar sig obehövt, därför att informationen helt saknar intresse för vilket rådet skall bli.

Om rådgivaren tar initiativ till att begränsa rådgivningen riskerar han emellertid att inte leva upp till lagens krav. Han kan ju inte under sådana omständigheter åberopa att kunden vägrat att svara på några frågor. Och även om rådtagaren faktiskt skulle vägra att besvara frågor kan man tänka sig att rådgivaren ändå skulle försöka övertala honom till detta, för att vara säker på att leva upp till lagens krav. Man måste nämligen fråga sig vilken trovärdighet till exempel en banks rådgivare skulle få, ifall de satte i system att dokumentera en stor mängd mindre omfattande rutinmässiga råd med uppgiften att kunden vägrat svara på frågor. Risken är då påtaglig att kunderna, om rådgivningen gick snett och många kunder hamnade i skuld till banken, skulle börja ifrågasätta om banken verkligen, trots innehållet i den upprättade dokumentationen, fullgjort sina plikter enligt lagen. Till exempel skulle det kunna göras gällande att bankerna satt i system att manipulera kunderna till att vägra besvara frågor och på så vis begränsa rådgivningsuppdragets omfattning.

En mer tilltalande lösning vore att den särskilda form av mycket ambitiös och arbetskrävande rådgivningstjänst med långtgående förpliktelser för rådgivaren som i betänkandet föreslås helt generellt för konsumenter i stället introduceras som en särskild form av rådgivning, vilken är tillgänglig — men inte obligatorisk — för konsumenter. Med en sådan lösning skulle rådgivarna avlastas från den tidskrävande plikten att ständigt ställa frågor till alla som ringer eller kommer på besök och vill ha snabba råd i enkla och begränsade ärenden. I stället skulle de kunna nöja sig med att fråga ifall kunden vill ha "övergripande finansiell rådgivning" etc. — en bättre term borde finnas — och om inte nöja sig med att svara på kundens konkreta frågor. I sådana fall skulle kunden själv behålla det övergripande ansvaret för planeringen av sin ekonomi. Om kunden däremot ville ha "övergripande finansiell rådgivning" skulle det naturligtvis vara en förutsättning att han medverkade till att möjliggöra en sådan genom att lämna erforderlig information.

Vid en sådan "övergripande finansiell rådgivning" skulle kunden kunna få råd inte bara om placeringar i finansiella instrument, utan om sin och/eller familjens totala ekonomiska situation. Rådgivningen skulle således åtminstone som utgångspunkt omfatta kundens hushållsbudget, lån, försäkringar, skattefrågor, sparande och investeringar i olika former. Med andra ord skulle det strängare ansvaret gälla för rådgivning rörande hela den konsumentens ekonomiska situation som rådgivaren enligt förslaget har att utreda. Någon begränsning till ett visst ämnesområde skulle inte behövas, eftersom rådgivningsformen — som skulle vara generell — blev avgörande för lagens tillämplighet. Rådgivning-

ens närmare inriktning i det enskilda fallet skulle framgå av dokumentationen. Man skulle också kunna tänka sig möjligheten att rådgivningen avtalsvis skulle kunna avgränsas så att till exempel eventuella omplaceringar av kundens lån inte omfattades. Men ansvaret skulle vara detsamma oavsett om rådgivningen utmynnat i råd rörande investeringar i finansiella instrument, bindning av lån, val av försäkringsform, skatteplanering eller annat.

Rådgivarens plikter vid "övergripande finansiell rådgivning" kan med en sådan lösning anges i lagen på sätt som skett i förslaget och preciseras i anvisningar och råd från Konsumentverket och/eller Finansinspektionen. Det bör dock i så fall klart anges under vilka förutsättningar — antagligen kundens särskilda begäran eller möjligen till och med ett skriftligt rådgivningsavtal som innehåller information om rådgivningens syften och omfattning — rådgivningen har (eller inte har) denna karaktär och att även vanlig rådgivning med konkreta råd utan utredning av kundens ekonomi etc. kan förekomma vid sidan av den specialreglerade rådgivningsformen.

Vid sidan av en särskilt långtgående lagstiftning rörande "övergripande finansiell rådgivning" skulle vissa grundläggande principer, såsom plikten att iaktta god rådgivningssed och skadeståndsskyldigheten vid vårdslös rådgivning, kunna lagfästas med verkan vid all rådgivning. En sådan lagstiftning skulle inte behöva begränsas till konsumentförhållanden, utan skulle kunna gälla generellt. Som skäl för detta kan anföras att en sådan lagstiftning endast skulle ge uttryck åt vad som redan gäller enligt rättspraxis. Dessutom förtjänar att framhållas att det typiskt sett alltid finns ett visst skyddsbehov vid rådgivning, efter-

som rådtagaren är i ett kunskapsmässigt underläge i relation till rådgivaren. Visserligen förekommer det fall där rådtagaren är minst lika kunnig som rådgivaren, men detta problem är generellt och kan föreligga även när rådtagaren är konsument.

Ett annat alternativ är att rådgivningsansvaret även på det område som lagförslaget avser får fortsätta att utveckla sig genom rättspraxis. Det kan då också ske inom ramen för det traditionella synsättet, enligt vilket rådgivningsuppdragets omfattning bestäms och sedan läggs till grund för bedömningen av vilka krav som kan ställas på rådgivningen i varje enskilt fall.¹⁵

Särskilt om nyhetsbrev

I betänkandet skrivs en del om den rådgivning som sker i olika nyhetsbrev. På marknaden finns en flora av sådana nyhetsbrev som innehåller råd i form av analyser och rekommendationer om köp eller försäljning av olika aktier och andra finansiella instrument. Frågan inställer sig huruvida dessa råd omfattas av den i betänkandet föreslagna lagen. I redogörelsen för gällande rätt anges att information av massmedial karaktär, ställd till en vid krets av personer, faller utanför det på grund av uppdragsavtal ansvarsgrundande området.¹⁶ Däremot torde det vara möjligt att betrakta nyhetsbrev till en identifierbar krets av personer som rådgivning.¹⁷ Liknande uttalanden görs vid behandlingen av rådgivningsuppdraget i avsnittet om lagens tillämpningsområde.¹⁸

Enligt min bedömning passar inte de regler som upptas i lagen rörande rådgivningens anpassning till den enskilda konsumenten för den situationen att ett antal lika-

dana nyhetsbrev tillställs ett antal kända prenumeranter. Den rådgivning som sker i dessa sammanhang är till sin natur sådan att den består i en envägskommunikation och skulle omöjliggöras ifall krav ställdes på att rådgivaren skulle utreda de olika prenumeranternas ekonomiska och andra förhållanden samt anpassa sin rådgivning efter dessa.

Näringsidkarens plikt att dokumentera vad som förekommit vid rådgivning

Enligt 4 § i lagförslaget skall näringsidkaren se till att den som utför rådgivningen har erforderlig kompetens. Ett sådant krav är utan tvivel välmotiverat vid den ambitiösa form av rådgivning som lagförslaget primärt är avpassat för och bör även kunna realiseras på ett väl fungerande sätt, med sådana kompletterande föreskrifter som enligt paragrafen får meddelas av regeringen eller myndighet som regeringen bestämmer.

Dessutom åläggs näringsidkaren en plikt att dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället. Lämpligheten av en sådan plikt kan ifrågasättas från flera synpunkter. Dels är det från integritetssynpunkt olämpligt att enskildas privata affärer dokumenteras varje gång de frågar en professionell rådgivare om råd. På så vis produceras, utan något självständigt syfte, stora mängder sekretessbelagd information som i regel inte får användas. Det kan också tänkas att enskilda drar sig för att anlita rådgivare därför att de inte vill ha sina affärer dokumenterade. Dels kan en plikt att dokumentera leda till tidskrävande merarbete för rådgivare vilket i sin tur kan leda till ökade priser. Dels kan en dokumentation, särskilt om den för att vinna tid görs i standardiserad form, bli missvisande som bevis om vilken information som kunden verkligen har fått.

¹⁵ För det anförda, se Lehrberg a. st.

¹⁶ SOU 2002:41 s. 29 f., 31 f.

¹⁷ A. st.

¹⁸ SOU 2002:41 s. 113 f.

Risk finns också att rådgivare i efterhand friserar sin dokumentation. Denna risk är naturligtvis särskilt stor i sådana fall då en rådgivare i efterhand upptäcker att han gjort sig skyldig till felaktigheter eller eljest varit vårdslös. Men även i andra fall finns risk för att justeringar mer eller mindre medvetet sker, till exempel när dokumentationen renskrivs eller kontrolläses efter rådgivningstillfället. Finansiella rådgivare gör ofta fina överväganden och ändrar antagligen inte sällan uppfattning ganska ofta beroende på den information som de fortlöpande tar del av. Särskilt lätt hänt är nog att en rådgivare är mer försiktig i sitt uttryckssätt när han sätter sina rekommendationer på pränt än han är när han förmedlar dem muntligt. Vissa överdrifter ligger så att säga i det talade språkets natur och risken är påtaglig att det är just dessa som kunden tar fasta på. För rådgivaren kan det då vara frestande att i efterhand framställa sina uttalanden som mer försiktiga och välavvägda.

Over huvud taget finns det ingen garanti för att rådgivarens dokumentation sammanfaller med den information som kunden anser sig ha erhållit. Dokumentationen kan naturligtvis bli av betydelse som bevis i en framtida process, där kunden kräver skadestånd för vårdslös rådgivning. Risken för att det då kommer att visa sig att dokumentationen inte alls återger de nyanser som kunden anser sig ha uppfattat måste anses påtaglig, såvida inte denne efter rådgivningstillfället fått läsa igenom dokumentationen och angett att han anser den stämma med sina intryck. Men i sådant fall bör det kanske hellre föreskrivas att rådgivningen bör utmynna i att kunden tillställs ett skriftligt motiverat placeringsförslag och dokumentationen stanna vid detta.

Skadeståndsansvaret och dess omfattning

I förslagets 6 § föreskrivs en plikt för näringsidkaren att ersätta ren förmögenhetsskada som han uppsåtligen eller av oaktsamhet orsakat konsumenten genom sin rådgivning. Termen ren förmögenhetsskada används här på ett ovanligt sätt. Normalt gäller i avtalsförhållanden att en part som begått avtalsbrott skall ersätta hela den skada som han förorsakat sin medkontrahent. Viss restriktivitet iaktas när det gäller så kallade indirekta skador. I utomkontraktuella förhållanden gäller att den som vållat annan personskada eller sakskada skall ersätta skadan. För den som vållat annan ren förmögenhetsskada gäller att skadan skall ersättas om den vållats genom brott. Det är osäkert i vad mån ersättning för ren förmögenhetsskada kan utgå i utomkontraktuella förhållanden där inget brott har begåtts. Regleringen är med andra ord avsevärt mer restriktiv när det gäller ren förmögenhetsskada.

I lagförslaget begränsas i stället skadeståndsansvaret till ren förmögenhetsskada. Frågan är naturligtvis av underordnad betydelse praktiskt sett, eftersom rådgivning sällan kan antas ge upphov till sakskada eller personskada. Men något skäl till att ansvarsfrihet bör föreligga om en sådan skada undantagsvis skulle inträffa är svårt att uppbringa. Det kan naturligtvis också diskuteras om 6 § verkligen bör tolkas motsatsvis på den punkten, även om lydelsen närmast ger det vid handen. Under alla förhållanden saknas anledning att i strid med vad som eljest är brukligt begränsa stadgandets tillämpningsområde till ren förmögenhetsskada.

Det bör vidare observeras att skadeståndsansvaret i förslaget är begränsat till sådan skada som kunden orsakats genom rådgiv-

ningen. Detta har först och främst betydelse för den ersättningsgilla skadans omfattning. Inom kontraktsrätten skiljs traditionellt mellan skadeersättning beräknad utifrån det positiva kontraktsintresset och sådan ersättning beräknad efter det negativa kontraktsintresset.

När skadestånd utgår till positiva intresset innebär det att den skadelidande har ett anspråk på att bli försatt i samma läge som om kontraktet hade blivit rätteligen uppfyllt. Ersättning till positiva intresset utgår som huvudregel vid kontraktsbrott. Sådana begränsningar i skadeståndets omfattning som undantar särskilt svårförutsebara och svåröverblickbara skador, såsom indirekt skada etc., är vanligt förekommande. Dessa träffar dock inte den grundläggande principen om att positiva intresset ersätts vid kontraktsbrott.

När skadestånd utgår på annan grund än kontraktsbrott är huvudregeln att ersättning utgår endast för det negativa intresset. Det innebär att den skadelidande har rätt att bli försatt i samma situation som om det aktuella avtalet inte hade kommit till stånd. För rådgivningsfallet får man i stället jämföra med läget om ingen rådgivning ägt rum. Det är denna regel som föreslås i betänkandet,¹⁹ vilket egentligen är inkonsekvent om man uppfattar dåliga råd som kontraktsbrott.²⁰

Av skadestandsregelns utformning i betänkandet följer också att det skall föreligga ett i skadeståndshänseende relevant orsakssamband (adekvat kausalitet) mellan rådgivningen och skadan. Med andra ord skall förhållandena vara sådana, att skadan inte skulle ha inträffat om den finansiella rådgivningen inte hade förekommit.²¹

¹⁹ SOU 2002:41 s. 138–140.

²⁰ För denna ståndpunkt argumenteras i Lehrberg, Uppsatser i bankrätt s. 273 ff.

²¹ SOU 2002:41 s. 136.

Även i detta hänseende avviker den föreslagna regeln från vad som eljest gäller i fråga om skadestånd på grund av kontraktsbrott. I dessa fall erfordras i stället orsakssamband mellan kontraktsbrottet och skadan. Detta betyder i sin tur att den skadelidande parten inte behöver vara sämre ställd än han skulle ha varit om han inte ingått det ifrågavarande avtalet. Det räcker att parten blir sämre ställd än om avtalet uppfyllts på kontraktsevenligt sätt.

Överfört till rådgivningsfallet skulle detta betyda att konsumenten skulle ha rätt till ersättning även om han inte förlorat pengar på rådgivningen. Om rådgivaren av vårdslöshet lämnat ett dåligt råd och konsumenten till följd av rådet tjänat mindre pengar än han skulle ha gjort ifall rådgivaren lämnat ett sådant råd som konsumenten hade rätt att kräva, så skulle skadestandsgrundande kausalitet vara för handen.

När detta nu sagts bör det nog också slås fast att den föreslagna skadestandsbestämmelsen endast reglerar näringsidkarens ansvar på grund av vårdslöshet. Om näringsidkaren skulle ha lämnat en utfästelse rörande rådgivningens kvalitet eller om utfallet av en viss transaktion, så blir denne ansvarig på grund av utfästelsen om denna inte infrias. Det är då tillräckligt att det föreligger kausalitet mellan avvikelserna från vad som utfästs och konsumentens skada. Och skadan behöver inte vara någon förlust i relation till hur konsumenten skulle ha varit ställd ifall rådgivningen inte förekommit. Det avgörande är om konsumenten förlorat pengar eller tjänat mindre pengar i jämförelse med vad som skulle ha blivit fallet om utfästelsen infriats. Således omfattar skadestandsansvaret, när det grundas på utfästelse, hela det positiva kontraktsintresset.

Kausalitetskravet i den utformning som föreslås i betänkandet är inte helt oproblematiskt. Som framgått skall en jämförelse ske med det läge som skulle ha förelagat ifall konsumenten inte hade mottagit den påstått skadeståndsgrundande rådgivningen. Konsumenten skulle då i princip alltid kunna hävda att om han inte fått rådgivning hos den aktuella näringsidkaren så skulle han ha gått till någon annan, som sannolikt inte skulle ha agerat vårdslöst utan i stället ha lämnat ett bättre råd som konsumenten skulle ha tjänat pengar på. I jämförelse med denna situation torde konsumenten regelmässigt ha förlorat pengar på vårdslös rådgivning. Det är också svårt att finna några bärande sakliga invändningar emot ett sådant resonemang, eftersom det är ytterst realistiskt och välgrundat. Om resonemanget genomförs blir emellertid skadeståndsregelns reella innebörd en annan än vad som avses i förslaget. Detta utgör i sig en bärande invändning emot skadeståndsregelns utformning.

I betänkandet avfärdas uttryckligen den angivna möjligheten att argumentera utifrån en jämförelse med ett alternativt agerande som skulle ha givit en högre avkastning. Som argument anförs att ersättningen inte inkluderar det positiva kontraktsintresset, vilket antyds innebära att ersättning ej skall utgå för utebliven vinst.²² Av detta dras slutsatsen att ersättning inte bör ”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”.²³

Resonemanget är inte övertygande. Snarare belyser det ett grundläggande problem med sådana skadeståndsregler som i strid med allmänna principer endast ger ersättning för negativa intresset vid kontraktsbrott trots att den skada som uppkommer i dylika fall till sin natur är sådan att den avser just det positiva intresset. En begränsning av skadeståndets omfattning som bygger på distinktionen mellan direkt och indirekt skada är mer närliggande i dessa fall, men inte heller denna distinktion är helt lyckad.

Även konstruktionen av skadeståndsregeln för negativa intresset ställer till problem när denna regel skall appliceras på fall av kontraktsbrott, för vilka den egentligen inte passar. Om ersättning skall utgå för negativa intresset måste en jämförelse ske med det läge som skulle ha inträtt om rådgivningen inte hade ägt rum. Skulle konsumenten i så fall ha varit bättre ställd har han rätt till ersättning för mellanskillnaden oavsett om han skulle ha tjänat eller förlorat pengar på sitt alternativa agerande. Denna princip kan inte bara viftas undan genom ett uttalande i förarbetena till en lag.

Om avsikten är att utgångspunkten skall vara att konsumenten hade lagt pengarna i madrassen ifall han inte mottagit rådet och således inte tjänat något på dessa så kan bedömningen bli ytterst orealistisk och missvisande. Å andra sidan är det tydligt att risken för att omfattande skador skall uppkomma vilka är svåröverblickbara och svåröverblickbara kan ha särskild aktualitet i vissa rådgivningsfall. Någon form av begränsning är således önskvärd. Samtidigt är det uppenbart att detta förhållande i själva verket bara visar på ett pro-

²² ”Den ovan beskrivna ersättningen inkluderar dock inte ersättning enligt det s.k. positiva kontraktsintresset, dvs. konsumenten bör inte kunna ersättas för utebliven vinst.” SOU 2002:41 s. 139.

²³ A. st.

blem som är av stor praktisk och principiell betydelse på många rättsområden och som knappast kan förväntas finna sin lösning inom ramen för ett lagstiftnings- ärende om finansiell rådgivning till konsumenter.

Av stor praktisk betydelse är vidare att bevisbördan för att skada uppkommit till följd av rådgivning enligt allmänna regler åvilar den skadelidande, dvs. konsumenten, och att den ej sällan kan antas vara svår att uppfylla.²⁴ Dyliga svårigheter har särskilt uppkommit och uppmärksammats i samband med råd som påverkat skatteutfallet av en transaktion. Högsta domstolen har i rättsfallen NJA 1991 s. 625 och 1991 s. 58 tillämpat en bevisbörderegeln som fördelar bevisbördan mellan parterna. Har den skadelidande visat att han genom att följa rådet orsakats en skatteutgift, som han eljest inte skulle ha haft, antas skadan uppgå till detta belopp om inte rådgivaren gör sannolikt att skadan blivit mindre. Det har ansetts att den skadelidande inte kan åläggas att visa att sådana ovissa, i framtiden liggande faktorer som till exempel framtida fastighetsförsäljningar och ändringar i skattelagstiftningen inte bör inverka på bedömningen av skadans omfattning.

Kleineman har uppfattat fallen som typiska för skatterådgivning och antyder således att bevisbörderegeln inte skulle kunna tillämpas vid skador som inte hänförs till skatteutfallet.²⁵ Bengtsson framhåller att bevisbörderegeln i 1991 års fall motiverades med hänvisning

²⁴ Den följande diskussionen av bevisbördeproblematiken grundas på vad som skrivs i Lehrberg, Uppsatser i bankrätt s. 245–247. Möjligheten av en lättad i bevisbördan för konsumenter samt skyldighet för rådgivaren att dokumentera uppdraget har diskuterats i SOU 2000:29 s. 150 ff., särskilt s. 155–157.

²⁵ Se Kleineman i SvJT 1998 s. 200.

till syftet bakom fastighetsmäklarlagens skadeståndsregel och att dess tillämpningsområde behöver utredas vidare. Det är enligt Bengtsson tveksamt i vad mån bevisbörderegeln kan tillämpas i andra fall av ren förmögenhets-skada. Ibland skulle det krävas att förlusten görs sannolik, i andra fall får en skälighetsuppskattning göras enligt 35:5 RB.²⁶ Den sistnämnda regeln möjliggör att omfattningen av en inträffad skada uppskattas efter skäligt belopp i sådana fall då full bevisning om skadan inte alls eller endast med svårighet kan föras. Så får ske även om bevisningen kan antas medföra kostnader eller olägenheter som inte står i rimligt förhållande till skadans storlek.

Enligt min mening finns det anledning att befara att den av Högsta domstolen introducerade bevisbörderegeln kan få en något mer vidsträckt tillämpning än vad Kleineman och Bengtsson närmast antyder. En motsvarande lösning har tillämpats i borgensfall. När en borgenär försummat att informera borgensmannen om förhållanden av vikt för regressrättens utövande, har det ansetts åvila borgenären att bevisa att försummelsen inte orsakat borgensmannen skada i fråga om regressrätten (NJA 1992 s. 351). När borgenären vållat att borgensmannen gått miste om sin regressrätt i en pant och fråga uppkom huruvida panten var värdelös, har bevisbördan lagts på borgenären i den delen (NJA 1991 s. 277).

Ytterligare fall kan förväntas uppkomma även vid rådgivning, vilka är så beskaffade att den skadelidande kan bevisa att han till följd av ett dåligt råd gått miste om en rättighet eller drabbats av en förpliktelse. I ett sådant fall kan det framstå som oklart om inte för-

²⁶ Bengtsson, B, Svensk rättspraxis: Skadestånd utom kontraktsförhållanden 1989–1992. SvJT 1993 s. 771 ff.; s. 781.

lusten helt eller till viss del skulle ha uppkommit ändå, till exempel därför att rättigheten skulle ha varit helt eller delvis värdelös eller att rådtagaren vid ett alternativt handlings sätt skulle ha ådragit sig en annan förpliktelse. En lämplig lösning kan då vara att bevisbördan fördelas såsom skedde i de båda ovan nämnda rättsfallen, så att rådtagaren har att bevisa att förlusten uppkommit till följd av att han följt rådet, medan rådgivaren har att göra sannolikt att den skulle ha uppkommit ändå.

Reklamationsplikten

En konsument som vill göra gällande anspråk på grund av att han orsakats skada genom finansiell rådgivning har, enligt 7 § i förslaget, att underrätta näringsidkaren om detta. Underrättelsen måste ske inom skälig tid efter det att konsumenten bort märka att skada uppkommit. Intressant är att denna utformning av reklamationsregeln ger konsumenten en möjlighet att utan egen insats spekulera på rådgivarens bekostnad.

Om konsumenten noterar ett fel i rådgivningen och felet är av sådan art att det kan bevisas och det dessutom står klart att det kan läggas till grund för ett skadeståndsanspråk ifall investeringen visar sig förlustbringande, behöver inte kunden reklamera förrän skadan uppkommit. Om till exempel ett kursfall på en aktie på grund av negativ information till följd av tillfälliga positiva nyheter låter vänta på sig kan kunden välja att behålla aktien. Skulle den positiva informationen ta överhanden och kursen stiga har han gjort en god affär. Skulle den negativa informationen ta överhanden står rådgivaren risken. Att reklamationsplikten inte är så långtgående är inte synnerligen anmärkningsvärt med hänsyn till att reklamationsplikt saknas enligt den allmänna skade-

ståndslagen. Trots det kan man diskutera lämpligheten av en sådan spekulationsmöjlighet.

Sammanfattning

Det förslag som utredningen om finansiell rådgivning till konsumenter lagt fram i betänkandet "SOU 2002:41. Konsumentskydd vid finansiell rådgivning" utgör ett nyskapande och intressant bidrag till diskussionen av vilka plikter som åvilar en professionell rådgivare i förhållande till rådtagaren. Betänkandet är inriktat på konsumentrelationer, men vissa av nyheterna i förslaget — såsom lanseringen av begreppet god rådgivningssed och skadeståndsansvaret — torde kunna tillämpas analogivis i andra relationer. De långtgående krav på rådgivarens kompetens, utredningen av den enskilda konsumentens förhållanden och rådgivningens anpassning till dessa som föreslås i betänkandet passar däremot mindre bra i de flesta sammanhang. Denna invändning har för övrigt relevans även för sådan rådgivning som lämnas till konsumenter. Däremot passar dessa krav bättre vid sådan mera omfattande allmän ekonomisk rådgivning som sker vid ett personligt sammanträffande mellan rådgivare och kund och som är inriktad på konsumentens ekonomiska situation i dess helhet. Vid sådan rådgivning är det för övrigt varken behövt eller lämpligt att låta det längre gående ansvaret omfatta endast rådgivning rörande finansiella instrument och vissa försäkringar. Därmed saknas också skäl för att begränsa lagstiftningen till att gälla dylik rådgivning. Det bör emellertid vara fullt möjligt för en professionell rådgivare att biträda en konsument i sådana ofta förekommande mera avgränsade och ofta säkert också konkreta råd där en undersökning av konsumentens ekonomiska förhållanden framstår

som en överloppsgärning, till exempel vid enklare telefonrådgivning. Den mera omfattande och krävande formen av rådgivning bör införas som en möjlighet — men den bör inte göras obligatorisk.

Bert Lehrberg