

LAGRÅDET

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.”

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 finansie-

ringsrörelse. 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 uppläggnings 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.”