



UPPSALA
UNIVERSITET

Juridiska institutionen
Vårterminen 2017

Examensarbete i civilrätt
30 högskolepoäng

Finansiell rådgivning – en lojalitetsfråga?

Författare: Hanna Lundqvist

Handledare: Universitetslektor Mikael Hansson



Sammanfattning

I detta avsnitt ska de viktigaste av arbetets slutsatser sammanfattas och ställas i relation till de frågeställningarna som uppsatsen avsett att besvara. Lojalitetsplikten regleras inte i lag men dess innebörd är möjlig att urskönja genom att exempelvis studera praxis och doktrin. Grundtanken med plikten är att arbetstagaren inte får skada arbetsgivaren. En gemensam synpunkt är också att arbetstagaren är skyldig att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget samt att undvika lägen där arbetstagaren kan komma i pliktollision. Utifrån praxis kan utläsas att arbetstagarens ställning i företaget, skadans omfattning och arbetstagarens insikt bland annat är av vikt för att avgöra om ett handlande är illojalt. En helhetsbedömning görs för att besvara huruvida en arbetstagare brutit i sin lojalitetsplikt eller inte. Jag har argumenterat för att det skulle vara ett stort avsteg från själva kärnan i anställningsrelationen om en arbetstagare förmedlar en konkurrents produkt vid finansiell rådgivning. Detta skulle bland annat skada arbetsgivaren och äventyra kundrelationerna eftersom arbetsgivaren förlorar potentiella intäkter och kan få ett dåligt rykte till följd av att konsumenten ifrågasätter arbetstagarens egen tilltro till företaget. Jag anser därför att lojalitetsplikten uppställer ett skydd för arbetsgivaren om en finansiell rådgivare rekommenderar en konkurrents produkter eftersom arbetstagaren till följd av ett brott mot lojalitetsplikten kan bli skadeståndsskyldig, uppsagd eller avskedad.

En av de viktigaste lagarna när det handlar om konsumentskydd vid finansiell rådgivning är *lagen om finansiell rådgivning till konsumenter* (2003:862) (rådgivningslagen). Sedan rådgivningslagen trädde i kraft har flera EU-direktiv genomförts i Sverige. Detta har bland annat inneburit att tillämpningsområdet för rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser (4 och 5 §§) har minskat. AIF-förvaltare, fondbolag och försäkringsbolag är exempel på företag som kan omfattas av rådgivningslagen i dess helhet när dessa tillhandahåller rådgivning enbart om sina egna fonder respektive egna (liv-) försäkringar. Många av de aktörer som tillhandahåller finansiell rådgivning till konsumenter omfattas i stället av exempelvis av *lagen om värdepappersmarknaden* (VpmL) (2007:528). Det har resulterat i att ett färre antal aktörer omfattas av rådgivningslagen vilket resulterar i att lagens konsumentskyddande funktion delvis tappat genomslagskraft. Rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser har vidare fått svagt genomslag i praktiken i de fall de

tillämpas, bland annat genom att arbetstagare inte informerar om eventuella intressekonflikter i enlighet med omsorgsplikten, rådgivningslagen § 5.

I ljuset av bland annat dansk rätt och den allmänna innebörden av begreppet rådgivning har jag argumenterat för att den rådgivning som ges idag i många fall inte bör klassas som rådgivning utan som försäljning. Detta eftersom finansiella rådgivare bland annat ofta är utsatta för ett säljtryck från arbetsgivaren och har ett egenintresse av utgången. Jag har därför föreslagit att det bör specificeras vad som är finansiell rådgivning för att klargöra skillnaden till försäljning i lagtext. En precisering skulle göra det enklare för arbetstagare och konsumenter att förstå när rådgivningslagen är tillämplig eftersom ett av rekvisiten för lagens tillämplighet är att det ska röra sig om finansiell rådgivning.

Vid finansiell rådgivning kan arbetstagaren erhålla provisioner. Dessa betalningar varierar mellan olika produkter vilket skapar ett incitament för finansiella rådgivare att utge råd utifrån provisionens storlek. Detta kan resultera i att konsumentens intressen frångås i en omotiverad utsträckning och att arbetstagaren inte förhåller sig lojal gentemot kundens intressen. Till följd av *Markets in Financial Instruments Directive* (MiFID) II, som ska genomföras i Sverige, får bland annat ett värdepappersinstitut som ger investeringsrådgivning på oberoende grund eller tillhandahåller portföljförvaltning inte ta emot och behålla någon ersättning från tredje part. De nya reglerna som införs till följd av direktivet kommer sammantaget leda till ett stärkt konsumentskydd. Enligt artikel 24 kan medlemsstaterna i undantagsfall införa ytterligare krav för värdepappersföretag avseende de frågor som berörs av bestämmelsen. Om Sverige endast väljer att införa provisionsförbud för oberoende rådgivning, riskerar många av alla värdepappersinstitut att förbli icke oberoende för att även fortsättningsvis ta emot provisioner. Ett provisionsförbud skulle kunna resultera i att företagen istället börjar ta betalt för sina tjänster vilket skulle resultera i att gemene man blir en bättre kravställare och tillvaratar sina intressen mer effektivt. Jag har därför argumenterat för att ett mer långtgående provisionsförbud bör införas än det som anförs i MiFID II.

Förord

” Loyalty shall mean ... The willing and practical and thoroughgoing devotion of a person to a cause. A man is loyal when first, he has some cause to which he is loyal; when secondly, he willingly and thoroughly devotes himself to this cause; and when, thirdly, he expresses his devotion in some sustained and practical way, by acting steadily in the service of his cause.”¹

Denna uppsats sätter punkt för flera års studier i Uppsala. Jag vill rikta ett särskilt tack till min handledare Mikael Hansson som kommit med värdefulla råd under uppsatsskrivandets gång.

Uppsala våren 2017

¹ Royce, *The philosophy of Loyalty*, s. 9.

Innehåll

Förkortningar.....	8
Definitioner och terminologiska klargöranden.....	9
1 Inledning.....	10
1.1 Syfte och frågeställning	11
1.2 Materiella avgränsningar	12
1.3 Metod och material.....	13
1.4 Disposition.....	14
1.4.1 Del I – den arbetsrättsliga delen.....	14
1.4.2 Del II – den finansrättsliga delen.....	14
1.4.3 Del III – sammanlänkning av Del I och Del II.....	14
Del I: Den arbetsrättsliga delen.....	16
2. Inledning.....	16
2.1 Bakgrund	16
2.2 Utgångspunkter i svensk arbetsrätt.....	17
3 Lagens om anställningskydd	18
3.1 Allmänna bestämmelser	18
3.2 Uppsägning och avsked	19
4 Lojalitetsplikten.....	20
4.1 Allmän betydelse	20
4.2 Den arbetsrättsliga lojalitetsplikten	21
4.2.1 Lojalitetsplikten i praxis och förarbeten	22
4.2.2 Konkurrerande verksamhet	23

4.2.3 Skada	24
4.2.4 Verksamhetens art	25
4.2.5 Tidpunkt.....	26
4.2.6 Insikt.....	26
4.2.7 Arbetstagarens ställning och äventyrandet av kundrelationer	27
4.2.8 Samförstånd.....	28
4.2.9 Godtagbar ursäkt	28
4.2.10 Arbetstagarens skyldighet att undvika plikt-kollision.....	29
4.2.11 Helhetsbedömning.....	29
5 Sammanfattning	31
Del II: Den finansrättsliga delen	33
6 Inledning.....	33
7 Rådgivningslagens tillämplighet	34
7.1 Bakgrund	34
7.2 Rådgivningslagens tillämpningsområde.....	35
7.2.1 Gränsdragningsproblematiken mellan rådgivning och försäljning	36
7.2.2 Undersökningar	38
7.3 Sammanfattande synpunkter och en komparativ jämförelse	39
7.4 Aktörer som omfattas av lagen.....	41
7.4.1 Värdepappersinstitut	42
7.4.2 Fondbolag, AIF-förvaltare och försäkringsbolag	42
7.4.3 Försäkringsförmedlare	Fel! Bokmärket är inte definierat.
7.4.4 Advokater, skatterådgivare, revisorer med flera.....	45

7.5 Slutsater och synpunkter på rådgivningslagens räckvidd.... **Fel! Bokmärket är inte definierat.**

8 Rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser	47
8.1 Inledning.....	47
8.2 Konsumentskyddet enligt § 4	Fel! Bokmärket är inte definierat.
8.3 Konsumentskyddet enligt § 5	Fel! Bokmärket är inte definierat.
8.3.1 Omsorgsplikten, anpassningsplikten och avrådandeplikten	50
9 Sammanfattning	53
Del III – Sammanlänkning av Del I och Del 11	55
10 Inledning.....	55
11 Intressekonflikter vid finansiell rådgivning.....	56
11.1 Undersökningar	57
11.2 Provisioner – intressekonflikten på sin spets?.....	59
11.3 MiFID II	61
12 Sammanfattning och avslutande kommentarer	64

Förkortningar

AD: Arbetsdomstolen

ARN: Allmänna reklamationsnämnden

Dnr: Diarienummer

Ds: Departementsserien

EU: Europeiska unionen

FI: Finansinspektionen

FFFS: Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd

Försäkringsförmedlingslagen: Lag om försäkringsförmedling (2005:405)

KOVFS: Konsumentverkets författningssamling

LAIF: Lag om förvaltare av alternativa investeringsfonder (2013:561)

LAS: Lag om anställningsskydd (1982:80)

MFL: Marknadsföringslag (2008:486)

MiFID: Markets in Financial Instruments Directive

NJA: Nytt Juridiskt Arkiv

Prop.: Proposition

RH: Regeringsrätten

Rådgivningslagen: Lag om finansiell rådgivning till konsumenter (2003:862)

VPML: Lag om värdepappersmarknaden (2007:528)

Definitioner och terminologiska klargöranden

AIF-förvaltare: AIF-förvaltare är den som förvaltar en alternativ investeringsfond.

Alternativ investeringsfond: Vad som är en alternativ investeringsfond definieras i LAIF § 2.

Allokeringsrådgivning: Med allokeringrådgivning menas rådgivning om hur en portfölj bör vara sammansatt för att nå en önskad risknivå, utan att gå in på specifika finansiella instrument.

Diskretionär portföljförvaltning: Vid diskretionär portföljförvaltning ger investeraren förvaltaren en rätt att fatta löpande beslut.

Finansiellt instrument: Med finansiella instrument avses legaldefinitionen i 1:4 § VpmL.

Fondbolag: Fondbolag är bolag som har tillstånd att bedriva fondverksamhet enligt lagen om investeringsfonder.

Investeringsrådgivning: Med investeringsrådgivning menas tillhandahållande av personliga rekommendationer till en kund, på dennes begäran eller på värdepappersföretagets initiativ, i fråga om en eller flera transaktioner som avser finansiella instrument.

Placeringsrådgivning: Huvudsakligen utgör investeringsrådgivning och placeringsrådgivning samma typ av rådgivning (rådgivning avseende finansiella instrument). Placeringsrådgivning innefattar dock allokeringrådgivning.

Produktleverantörer: De aktörer som producerar finansiella instrument.

Swedsec: SwedSec utfärdar licenser i syfte att upprätthålla allmänhetens förtroende för de företag som verkar på värdepappersmarknaden.

Värdepappersinstitut: Värdepappersinstitut utgörs enligt VpmL 1:5 av banker och andra värdepappersbolag som fått tillstånd att bedriva värdepappersrörelse i enlighet med VpmL.

1 Inledning

En ständig utveckling sker på finansmarknaden med ett växande utbud av produkter.² Eftersom de finansiella produkterna ofta är komplexa och svåra att förstå har behovet av finansiell rådgivning ökat och även behovet av att anställa arbetstagare i form av så kallade finansiella rådgivare.³ En förutsättning för att rådgivningen ska skapa ett mervärde för kunden är att arbetstagaren utgår från vad som bäst tjänar kundens behov. Detta kan tyckas självklart, men faktum är att aktörers tillhållande av investeringsrådgivning sedan länge har kritiserats för att i första hand gynna värdepappersinstitutens och rådgivarnas intressen istället för kundens.⁴ Kritiken avser ofta de intressekonflikter som uppstår till följd av att arbetstagare tar emot provision från aktörer som producerar finansiella instrument som ersättning för att distribuera de finansiella instrumenten.⁵ Eftersom intäkterna ofta kommer från avgifter och provisioner för administrationen av dessa tjänster är aktörerna inte beroende av positiva placeringsresultat. Istället bärs risken av konsumenten.⁶ Detta gör att behovet av goda råd, utifrån ett konsumentperspektiv, är extra stort. Inte minst med beaktande av att konsumenten ofta befinner sig i ett kunskapsmässigt underläge vilket gör det svårare att utvärdera arbetstagarens insats.⁷ I en utredning från 2014 framhålls att aktörer på marknaden har sett en möjlighet i att erbjuda produkter med dålig transparens och höga avgifter direkt till konsumenter.⁸ Samtidigt visar forskning att en billig och enkel indexprodukt i många fall är betydligt bättre än en aktivt förvaltd fond eller strukturerad produkt och det har anförts att nästan all finansiell rådgivning i Sverige går ut på att få konsumenten att välja dyra och onödigt komplexa produkter.⁹

Undersökningar visar vidare att missnöjet från konsumenternas sida ökat och allt fler anmälningar har skett till Allmänna reklamationsnämnden (ARN) mot bland annat banker och försäkringsbolag gällande rådgivning.¹⁰ Det är således möjligt att ifrågasätta hur väl de

² Finansinspektionen, *Konsumentskyddet på finansmarknaden 2016*, s. 4.

³ Se tex SOU 2014:4, s. 14 och Prop. 2002/03:133, s. 59.

⁴ Andersson, *Reglering av försäkring, pensioner och provisioner*, s. 7.

⁵ Finansinspektionen, *Konsumentskyddet på finansmarknaden 2016* s. 22.

⁶ Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 3.

⁷ SOU 2014:4, s. 50.

⁸ SOU 2014:4, s. 61.

⁹ Andersson, *Reglering av försäkring, pensioner och provisioner*, s. 7.

¹⁰ Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 12 Notera att kunderna i förhållandevis få fall har fått rätt – år 2008 fick kunderna rätt i 44 av 398 inkomna ”bankfall”. Anmälningarna mot bankerna och försäkringsbolagen har ökat

befintliga regelverken säkerställer ett gott konsumentskydd. Utifrån rådgivningslagen framgår att arbetstagaren har en omsorgsplikt att beakta gentemot konsumenten vilket innebär att arbetstagaren ska uppträda aktivt lojalt mot konsumenten.¹¹ Vidare har en rad EU-visat sig vara av vikt för konsumentskyddet. Ett direktiv som ska införas i Sverige under 2018 är *Markets in Financial Instruments Directive* (MiFID) II, som bland annat kommer att reglera arbetstagarens mottagande av provisioner.¹² Utöver konsumentens intresse har arbetstagaren också skyldigheter att iaktta gentemot sin arbetsgivare. Bland annat ska den finansiella rådgivaren beakta sin arbetsrättsliga lojalitetsplikt. Generellt innebär den arbetsrättsliga lojalitetsplikten en skyldighet för arbetstagaren att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget, samt att undvika situationer där arbetstagaren kan komma i plikt-kollision. Skyldigheten är inte reglerad i lag utan innebörden framgår istället av rättspraxis och doktrin.¹³ Begreppet lojalitet förekommer som ett samlingsbegrepp som beskriver en viss typ av mer eller mindre klart utmejslade handlingsregler, det vill säga sådana regler vilka kan sägas innebära en skyldighet för den ena parten att beakta motpartens intressen.¹⁴ En central fråga är därför vilket skydd arbetsrättsliga och finansiella regler uppställer för respektive part. Det är ett praktiskt viktigt område som lämpar sig väl för en utredande uppsats, där vissa frågetecken förhoppningsvis kan redas ut för att bidra till ett mer förutsebart och därmed mer rättssäkert rättsläge.

1.1 Syfte och frågeställning

Uppsatsen syftar till att utreda vilket skydd som finns för konsumenterna vid finansiell rådgivning. Jag kommer också att utreda om det skulle strida mot den arbetsrättsliga lojalitetsplikten om en arbetstagare rekommenderar en konkurrents produkter vid finansiell rådgivning. En genomgående tanke är att belysa hur arbetstagaren hanterar konsumenten respektive arbetsgivarens intressen utifrån ett arbetsrättsligt och finansiellt perspektiv. Syftet är att identifiera rättsliga brister, klargöra vilken problematik som föreligger och ge

från 222 stycken år 2007 till 500 stycken år 2009 avseende bankfrågor. Se mer statistik över följsamheten av ARN:s beslut, http://www.arn.se/statistik_remissvar/statistik/, Se även <http://www.swedsec.se/disciplinarenden/statistik/>.

¹¹ SOU 2014:4, s. 187.

¹² SOU 2015:2, s. 426 ff

¹³ Se exempelvis Sigeman, Schmidt, *Löntagarrätt*, s. 257 f.

¹⁴ Ds. 2002:56, s. 292.

lösningförslag *de lege ferenda* i de fall rättsliga problem identifieras. För att besvara syftena och förenkla framställningen har nedanstående frågeställningar formulerats.

- 1 Vad innebär den arbetsrättsliga lojalitetsplikten?
- 2 Utgör den arbetsrättsliga lojalitetsplikten ett skydd för arbetsgivaren om en arbetstagare rekommenderar en konkurrents produkter vid finansiell rådgivning?
- 3 Vilka aktörer omfattas av rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser och finns det några brister i det uppställda konsumentskyddet?
- 4 Finns det någon rättslig gränsdragningsproblematik mellan försäljning och finansiell rådgivning och bör provisioner tillåtas vid finansiell rådgivning till konsumenter?
- 5 Kommer MiFID II att stärka konsumentskyddet?

1.2 Materiella avgränsningar

Rådgivningslagen anses vara en av de viktigaste lagarna när det handlar om konsumentskydd.¹⁵ Lagen har dock varit utsatt för omfattande kritik och det har föreslagits att rådgivningslagen ska upphävas.¹⁶ Det är av den anledningen intressant att utreda vilket skydd lagen uppställer i praktiken för att kunna ta ställning till om detta är ett välavvägt förslag. De resonemang som förs kring begreppet finansiell rådgivning samt provisioner är inte begränsade till rådgivningslagen utan den analys som görs är applicerbar på rådgivning i stort. Vad gäller uppsatsens arbetsrättsliga utredningar kommer tyngdpunkten att ligga på arbetstagarens lojalitetsplikt. Vissa särdrag inom arbetsrätten kommer att beröras för att på ett pedagogiskt sätt introducera läsaren och för att skapa en grundläggande förståelse som är av vikt för att begripa efterföljande analyser.

¹⁵ SOU 2014:4, s. 116.

¹⁶ SOU 2014:4, s. 20, Se även <https://www.svd.se/radgivningslagen-ger-falsk-trygghet>, <http://www.dagensjuridik.se/2014/02/radgivningslagen-bor-upphavas-nytt-lagforslag-om-finansiell-radgivning-till-konsumenter>.

1.3 Metod och material

Metoden kan beskrivas som vägen från problemformulering via det material som använts till ett påstående.¹⁷ En möjlig utgångspunkt för att angripa frågeställningarna är att hantera dem med rättsdogmatisk metod. Rättsdogmatisk metod är inte i sig precist definierad men generellt innebär metoden att gällande rätt identifieras, tolkas och systematiseras.¹⁸ Inom den rättsdogmatiska metoden finns en tanke om att rättskällorna befinner sig i en normhierarki och tillerkänns värde därefter. I enlighet med metoden har vägledning i första hand sökts i lag. Vid avsaknad av svar i lagtext har information sökts i förarbeten, rättspraxis och doktrin. I denna uppsats utgör den rättsdogmatiska metoden därför grundpelaren för att angripa det rättskällematerial som är relevant för att besvara frågeställningarna. Den rättsdogmatiska metoden utesluter inte andra perspektiv än gällande rätt.¹⁹ Av den anledningen lämnar metoden utrymme för de resonemang som exempelvis förs kring hur rätten kommer att utformas till följd av MiFID II.

Enligt doktrin kan en komparativ belysning ge nya synvinklar och viss distans till den egna rätten. Arbetssättet möjliggör med andra ord en bättre förståelse för funktionen och värdet av rättsfenomen i det egna rättssystemet.²⁰ Jag har därför jämfört svensk rätt med andra länders rättssystem för att bidra till ett nyanserat och vidare perspektiv på den svenska rätten. En del av argumentationen och vissa antaganden grundar sig även på empiriska metoder såsom intervjuer och undersökningar från bland annat Finansinspektionen. Min förhoppning är att de undersökningar jag tagit del av ska öka förståelsen för den svenska rätten ytterligare, belysa den problematik som föreligger och bidra till reflektioner hos läsaren. I vissa delar kan inget uttryckligt och klart svar utläsas från gällande rätt. En stor del av arbetet ägnas därför åt att presentera argument för och emot olika lösningar. Min ambition i detta hänseende är att utifrån juridisk argumentation, som följer av allmänt accepterade regler, uppnå ett resultat som bör betecknas som gällande svensk rätt. Eftersom en enhetlig definition av lojalitetsplikt saknas görs en förhållandevis djupgående genomgång och analys av förarbeten rättspraxis och doktrin när det gäller den arbetsrättsliga delen.

¹⁷ Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s. 35.

¹⁸ Jämför exempelvis Sandgren, *Är rättsdogmatiken rättsdogmatisk?*, s. 649 f., Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, s. 21.

¹⁹ Jareborg, *Rättsdogmatik som vetenskap*, s. 4.

²⁰ Bogdan, *Komparativ rättskunskap*, s. 28.

1.4 Disposition

För att bidra till ökad förståelse kan det vara av värde att skriva några rader om framställningens disposition. De frågeställningar som räknas upp i avsnitt 1.1 besvaras löpande i uppsatsen. Min ambition är att på detta sätt öka läsbarheten och undvika upprepningar i av fakta i slutet. Av den anledningen finns det ingen avslutande del som besvarar frågeställningarna som det kanske vanligtvis gör i traditionella uppsatser. Nedan följer en kort beskrivning av respektive avsnitt.

1.4.1 Del I - den arbetsrättsliga delen

I denna del appliceras ett arbetsrättsligt perspektiv på finansiell rådgivning. Inledningsvis görs en historisk tillbakablick på arbetsrätten i Sverige. Ambitionen är att på ett pedagogiskt sätt introducera läsaren och skapa en grundläggande förståelse för hur det arbetsrättsliga systemet i Sverige vuxit fram. Därefter sker en genomgång av grunderna inom arbetsrätten, *lagen om anställningsskydd* (1982:80) (LAS) och av lojalitetsplikten i dess innebörd. I detta avsnitt klargörs innebörden av den arbetsrättsliga lojalitetsplikten och om denna uppställer ett skydd för arbetsgivaren om en arbetstagare rekommenderar en konkurrents produkter till förmån för konsumentintresset.

1.4.2 Del II - den finansrättsliga delen

I detta avsnitt behandlas företrädesvis rådgivningslagen. Del II inleds med en genomgång av den rättsliga grunden för finansiell rådgivning. Därefter ägnas särskild uppmärksamhet åt begreppet finansiell rådgivning, gränsdragningsproblematiken kring rådgivning och försäljning, vilka aktörer som omfattas av rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser och vilket skydd dessa regler uppställer för konsumenten.

1.4.3 Del III – sammanlänkning av Del I och Del II

Denna del ägnas åt att sammanlänka Del I och Del II. I detta avsnitt klargörs potentiella intressekonflikter och regelkonflikter. Särskild uppmärksamhet ägnas åt arbetstagare som erhåller provision vid finansiell rådgivning till konsumenter. Eftersom analys och lösningförslag integrerats löpande i texten finns ingen avslutande analysdel eller liknande. Däremot görs en sammanfattning av de viktigaste iakttagelserna under arbetets gång och

uppsatsen avslutas med några allmänna synpunkter som jag anser att lagstiftaren bör ha i åtanke i sitt framtida arbete.

2 Inledning

Det föreligger ofta ett säljtryck på finansiella rådgivare från arbetsgivaren. Dessa arbetstagare har också i många fall ett egenintresse av utgången genom att de exempelvis erbjuds provisioner.²¹ En central fråga i denna del är därför om en arbetstagare skulle bryta mot den arbetsrättsliga lojalitetsplikten om denne rekommenderade en konkurrents finansiella produkter till kunden. En rådgivare som bryter mot lojalitetsplikten kan drabbas av olika påföljder. Den viktigaste sanktionen för överträdelse av lojalitetskravet är att arbetstagaren sägs upp eller avskedas om överträdelsen betraktas som ett grovt åsidosättande. Därutöver kan en arbetstagare som bryter mot sin lojalitetsplikt bli skadeståndsskyldig mot arbetsgivaren.²² Dessa rättsföljder torde fungera avskräckande och avhålla arbetstagaren från att vidta åtgärder som kan resultera i nämnda rättsföljder. Mot bakgrund av detta skulle lojalitetsplikten kunna uppställa ett skydd för arbetsgivaren. För att klargöra om så är fallet, om en finansiell rådgivare till exempel rekommenderar en annan, låt säga banks, produkter måste lojalitetspliktens innebörd utredas närmare.

I denna del kommer inledningsvis en genomgång av det arbetsrättsliga systemet göras. Ambitionen är att bidra till en djupare förståelse för den problematik som senare kommer att belysas. Därefter sker en genomgång av begreppet lojalitetsplikt och frågan huruvida lojalitetsplikten uppställer ett skydd för arbetsgivaren i de fall en arbetstagare rekommenderar en konkurrents produkter besvaras. Del I avslutas med en sammanfattning av de viktigaste iakttagelserna som noterats under arbetets gång.

2.1 Bakgrund

Tidigare ansågs arbetsgivaren ha en rätt att ”*fritt antaga och avskeda arbetstagaren*”. Denna rätt härleddes ur arbetsgivarens ägande av företaget. För de som omfattades av

²¹ Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 131 ff., SOU 2014:4, s. 73.

²² AD 2009 nr 38, Källström, Malmberg, *Anställningsförhållandet*, s. 260, Wästfelt, Bäckström, Wulkan, Åström, *Anställningsskyddslagen med kommentar*, s. 130.

Saltsjöbadsavtalet år 1938 kom dock arbetsgivarens fria uppsägningsrätt att begränsas. Parterna i avtalet, Svenska arbetsgivarförbundet och Landsorganisationen, införde år 1964 en bestämmelse om att en uppsägning från arbetsgivarens sida ska vara *sakligt grundad*. Den 1 juli år 1974, kom LAS att träda i kraft. I och med denna lag var arbetsgivarens fria uppsägningsrätt upphävd. Syftet med tillkomsten av lagen var att trygga arbetstagaren mot godtyckliga uppsägningar. Två principer kom att ha särskild betydelse genom lagens uppkomst: att ett anställningsavtal som huvudregel ska gälla *tills vidare* och att uppsägning av ett anställningsavtal bara får ske om *saklig grund* föreligger.²³

Karakteristiskt för svensk arbetsrätt är att den traditionellt varit starkt utvecklad av kollektivavtalsregleringen. Mot bakgrund av detta kan arbetsrätten delas in i kollektiv respektive individuell arbetsrätt beroende på om regleringen riktas till en organisation eller till en arbetstagare.²⁴ I enlighet med min avgränsning behandlar jag förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare varpå den individuella arbetsrätten företrädesvis är av relevans. Nedan följer ytterligare kännetecken för den svenska arbetsrätten så som den är utformad i dag.

2.2 Utgångspunkter i svensk arbetsrätt

Arbetsrättsliga bestämmelser återfinns huvudsakligen i lag och annan författning, rättspraxis, kollektivavtal och enskilda anställningsavtal.²⁵ En anställning är ett *avtal* mellan arbetsgivaren och arbetstagaren.²⁶ För att avgöra vem som är arbetstagare görs en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.²⁷ Omständigheter som är av betydelse är om arbetet utförs under huvudmannens *ledning* och *kontroll*, *arbetsförhållandets varaktighet*, *sysselsättningsgraden* och *ersättnings form*.²⁸ Vanligtvis råder det inga svårigheter att konstatera vem som är arbetsgivare. Det kan vara en fysisk såväl som juridisk person.²⁹ LAS är den centrala regleringen på den svenska arbetsmarknaden. Lagen omfattar alla arbetstagare, oavsett om det är fråga om offentlig eller privat verksamhet.

²³ Wästfelt, Bäckström, Wulkan, Åström, *Anställningsskyddslagen: med kommentar*, s. 12 ff.

²⁴ Adlercreutz, Johann Mulder, *Svensk arbetsrätt*, s. 75.

²⁵ Adlercreutz, Johann Mulder, *Svensk arbetsrätt*, s. 74.

²⁶ Iseskog, *LAS 30 år: dags att modernisera anställningsskyddet*, s. 9.

²⁷ AD 2013 nr 32.

²⁸ AD 2013 nr 32.

²⁹ Wästfelt, Bäckström, Wulkan, Åström, *Anställningsskyddslagen: med kommentar*, s. 17.

Reglerna gäller för såväl stora som små arbetsplatser och lagen innehåller tvingande och dispositiva regler.³⁰ Om det i en annan lag eller i en förordning som har meddelats med stöd av en lag finns särskilda föreskrifter som avviker från LAS, ska dessa föreskrifter gälla. Ett avtal är dock ogiltigt i den mån det upphäver eller inskränker arbetstagarnas rättigheter, LAS § 2. Därmed stärks arbetstagarens skydd. För att få en mer djupgående förståelse för regelverket krävs att regelverket belyses ytterligare.

3 Lagen om anställningsskydd

3.1 Allmänna bestämmelser

I LAS klargörs inledningsvis att lagen gäller arbetstagare i *allmän* eller *enskild* tjänst. Från lagens tillämpning undantas (i) arbetstagare som med hänsyn till arbetsuppgifter och anställningsvillkor får anses ha företagsledande eller därmed jämförlig ställning, (ii) arbetstagare som tillhör arbetsgivarens familj (iii), arbetstagare som är anställda för arbete i arbetsgivarens hushåll, (iv) arbetstagare som är anställda med särskilt anställningsstöd, i skyddat arbete eller i utvecklingsanställning, och (v) arbetstagare som är anställda i gymnasial lärlingsanställning, § 1. Inget av de uppräknade undantagen är typiskt sett tillämpliga på arbetsgruppen finansiella rådgivare varpå lagen som utgångspunkt är tillämplig.

Huvudregeln är att avtalet gäller tills vidare, LAS § 4. Avtal om tidsbegränsad anställning får emellertid träffas i enlighet med LAS 5 och 6 §§. Om det råder oklarhet mellan vilken anställningsform som avtalats presumeras tillsvidareanställning.³¹ Lagen inskränker rätten till att säga upp och avskeda anställda vilket kan förenas med påföljder om reglerna om bryts.³² Vidare finns möjlighet till uppsägningstider med bibehållen lön, regler om turordning vid uppsägning, återintagning och företrädesrätt vid nyanställning.³³ Lagen uppställer med andra ord en rad regler som är uppställda för att skydda arbetstagaren. Det viktigaste skyddet för en arbetstagare torde vara att få behålla sin anställning. Genom en fast

³⁰ Deinoff, Bergström, *Lagen om anställningsskydd – en kommentar*, s. 5.

³¹ Sigeman, Sjödin, *Arbetsrätten en översikt*, s. 188 ff.

³² Se exempelvis LAS 38 och 39 §§.

³³ Se exempelvis Prop. 1981:82:71 s. 31 ff.

tjänst möjliggörs för den enskilde ett bygga ett liv genom att exempelvis välja bostadsort och kunna planera sin ekonomi. Av den anledningen är det av vikt att reglerna kring uppsägning och avsked fungerar på ett välavvägt sätt, både för att bidra till förutsebarhet och trygghet för arbetstagaren men också för att arbetsgivaren ska ha möjlighet att avsluta relationen i de fall arbetstagaren handlar på ett sätt som inte kan godtas.

3.2 Uppsägning och avsked

Uppsägning från arbetsgivarens sida regleras i LAS 7–10 §§ och avsked i 18–20 §§. Med avskedande menas att en arbetsgivare avvecklar anställningen med *omedelbar verkan*.³⁴ Av förarbetena framgår att det krävs att ”*arbetstagaren gjort sig skyldig till sådant avsiktligt eller grovt vårdslöst förfarande som inte rimligen ska behöva tålas i något rättsförhållande*”.³⁵ Omständigheterna som kan vara av betydelse för att avgöra hur allvarlig en förseelse är personliga förhållanden, tjänstens beskaffenhet och vilken förtroendeställning arbetstagaren har.³⁶

Arbetsgivarens rätt att säga upp arbetstagaren avgörs genom en helhetsbedömning utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.³⁷ Ur lagtexten framgår att uppsägningen måste vara *sakligt grundad*. Kravet kan hänföras till arbetsbrist eller förhållanden som kan kopplas till arbetstagaren personligen, §7.³⁸ Saklig grund föreligger inte om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig, LAS § 7. Med andra ord föreligger en *omplaceringsskyldighet*. Eftersom vägledning kring vad som menas med saklig grund inte återfinns i lagtexten får förarbeten, doktrin och praxis belysa innebörden av begreppet saklig grund. Enligt förarbetena ska frågan huruvida en uppsägning är sakligt grundad läsas mot bakgrund av samhällsutvecklingen och rådande värderingar. Att tydligt klargöra vad som menas med begreppet har nämligen inte ansetts lämpligt eller möjligt på grund av att förhållandena inom arbetslivet är så pass varierande.³⁹ En fördel med att inte definiera begreppet är att utrymme lämnas för flexibilitet i det enskilda fallet. Samtidigt är en negativ följd att förutsebarheten urholkas för såväl arbetsgivare som arbetstagare vid avsaknad av

³⁴ Adlercreutz, Johann Mulder, *Svensk arbetsrätt*, s. 204.

³⁵ Prop. 1973:129, s. 254 ff.

³⁶ Deinoff, Bergström, *Lagen om anställningsskydd – en kommentar*, s. 108.

³⁷ Öman, *AD om uppsägning av personliga skäl och avskedande*, s. 9.

³⁸ Öman, *AD om uppsägning av personliga skäl och avskedande*, s. 9.

³⁹ Prop. 1981/82:71, s. 64 ff., Se även Prop. 1973:129, s. 118 ff.

tydliga regler. Informationen kring dess innebörd blir också mer otillgänglig för gemene man. Dagens reglering ställer följaktligen högre krav på juridisk skicklighet för att tolka innebörden av ett begrepp som inte uttryckligen klargörs i lagtexten. Detta kan göra det problematiskt utifrån ett förutsebarhetsperspektiv för den enskilde. En möjlig följd av detta är att fackförbund får en viktigare roll eftersom förbundet ofta kan bidra med expertis i frågor som arbetstagaren inte förstår på grund av bristfälliga juridiska kunskaper.

I förarbetena anges grov misskötsamhet eller klart dokumenterad bristande lämplighet nämns som exempel på när en uppsägning kan anses vara saklig.⁴⁰ Vid bedömningen ska en intresseavvägning göras mellan arbetstagarens intresse av att behålla sin anställning och arbetsgivarens intresse av att avsluta arbetsförhållandet.⁴¹ Saklig grund för uppsägning kan föreligga vid två typfall: antingen kan uppsägningen bero på omständigheter som hör till arbetstagaren personligen – så kallade *personliga skäl*, eller till sådana omständigheter som hänför sig till företagsekonomiska och organisatoriska skäl, så kallad *arbetsbrist*. Ett brott mot lojalitetsplikten inryms inom det första av de två begreppen.⁴² Till följd av ett brott mot lojalitetsplikten kan också arbetstagaren bli avskedad eller skyldig att betala skadestånd till arbetsgivaren.⁴³ Nämnda rättsföljder skapar ett incitament för arbetstagaren att förhålla sig lojal gentemot arbetsgivaren. Om det skulle anses illojalt att rekommendera en konkurrents produkter vid finansiell rådgivning skulle därmed lojalitetsplikten kunna uppställa ett skydd för arbetsgivaren. För att kunna ta ställning till detta måste lojalitetsplikten behandlas närmare.

4 Lojalitetsplikten

4.1 Allmän betydelse

Lojalitetspliktens ställning i svensk förmögenhetsrätt har successivt stärkts sedan mitten av 1900-talet. Utvecklingen har i enkla drag inneburit att tidigare dolusbaserade regler om hederlighet i allt högre grad har kompletterats av culpabaserade regler om en rimlig

⁴⁰ Prop. 1973:129, s. 119 ff.

⁴¹ Göransson, Garpe, *Arbetsrätten en introduktion*, s. 68.

⁴² Frick, *Uppsägning, en handbok som beskriver hur en anställning kan avslutas*, s. 91.

⁴³ Wästfelt, Bäckström, Wulkan, Åström, *Anställningsskyddslagen med kommentar*, s. 130, AD 2009 nr 38.

omtänksamhet gentemot motparten. Den obligationsrättsliga lojalitetsplikten anses svår att beskriva. Till skillnad från konkret formulerade plikter som exempelvis *vårdplikt* eller *avlämnandeplikt* ger uttrycket lojalitet inte mycket ledning gällande besvarandet av vad som krävs för att uppfylla plikten.⁴⁴ I rättsliga sammanhang beskrivs ofta begreppet som en plikt att tillvarata eller iaktta motpartens intressen. Definitionen är användbar i hela avtalsrätten, men beskrivningen är också vag och omfattande i vissa avseenden. Dessutom varierer lojalitetsstandarderna beroende på avtalstypen och avtalsförhållandet. Plikten är ofta asymmetrisk eftersom att kraven på en parts ansträngningar kan vara högre än på den andra partens. Det finns inte någon generell rättsföljd av en överträdelse. Det kan därför konstateras att lojalitetsplikten har en generellt vag bestämning av rättsfakta och varierande rättsföljder. I vissa avtalstyper, särskilt beträffande en arbetstagares lojalitetsplikt, har plikten mognat till en samling heterogena konkretiserade förpliktelser som anses följa av avtalsrelationen oberoende av avtal.⁴⁵

4.2 Den arbetsrättsliga lojalitetsplikten

Den arbetsrättsliga lojalitetsplikten regleras inte i lag utan innebörden kan urskönjas genom att studera andra rättskällor som exempelvis doktrin och rättspraxis. Detta kan resultera i att förutsebarheten skadas för såväl arbetstagare som arbetsgivare. Samtidigt bidrar dagens reglering till flexibilitet genom att rätten kan anpassas efter rådande normer och förändringar i samhället genom rättspraxis. Synonymer till begreppet lojalitet är ord som laglig, tillförlitlig, solidarisk och trogen.⁴⁶ Principen innebär att avtalsparterna inom vissa gränser är skyldiga att beakta varandras intressen och inte ensidigt får hävda sina intressen till nackdel mot varandra. Synsättet bygger på tanken att parterna frivilligt valt att samverka och att parterna därmed är skyldiga att visa varandra trohet och omsorg.⁴⁷

Att arbetstagaren inte vidtar åtgärder som är ägnade att *skada* eller *försvåra* arbetsgivarens verksamhet anses grundläggande för principens innebörd.⁴⁸

⁴⁴ Munukka, *Lojalitetsplikten som rättsprincip*, s. 1 ff.

⁴⁵ Munukka, *Lojalitetsplikten som rättsprincip*, s. 1 ff.

⁴⁶ Holm, *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten - en allmän rättsprincip*, s. 9.

⁴⁷ Nicander, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, s. 31.

⁴⁸ AD 1993 nr. 18, Nicander, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållandet*, s. 38, Sigeman, Schmidt, *Löntagarrätt*, s. 257.

I doktrinen har lojalitetsplikten sammanfattats enligt följande:

*”Den grundläggande synpunkten är att arbetstagaren inte får skada arbetsgivaren. Gemensamt för de skilda aspekterna på kravet på lojalitet är tanken att anställningsavtalet inte enbart består i ett utbyte av vanliga förmögenhetsrättsliga prestationer, utan att det skapar ett personligt förhållande mellan parterna. Anställningen grundar förpliktelser som går längre än vad som gäller i kontraktsförhållanden i allmänhet; de ligger vid sidan av själva arbetsprestationen och skulle därför kunna karakteriseras som bi.-förpliktelser. Skall man söka en gemensam synpunkt är det att arbetstagaren är skyldig att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget och undvika lägen, där han kan komma i plikt-kollision.”*⁴⁹

Formuleringar som är mer eller mindre snarlika citatet har också vid upprepade tillfällen förekommit i rättspraxis.⁵⁰ Nedan görs en ytterligare beskrivning av principens innebörd för att urskönja dess betydelse närmare.

4.2.1 Lojalitetsplikten i praxis och förarbeten

Det finns en rikhaltig praxis i huruvida arbetstagare brutit i sin lojalitetsplikt gentemot arbetsgivaren. Rättsfrågan i den övervägande delen av fallen behandlar huruvida arbetstagarens agerande utgör grund för uppsägning eller avskedande.⁵¹ En generell utgångspunkt är att illojalitet och konkurrens har kommit att bedömas strängt i sammanhang med saklig grund.⁵² En anställd, som under sin anställningstid bedriver verksamhet som konkurrerar med arbetsgivarens bryter nämligen som utgångspunkt på ett allvarligt sätt mot lojalitetsplikten.⁵³

I det följande redovisas ett antal grunder som ansetts utgöra skäl för att en arbetstagare brutit mot sin lojalitetsplikt gentemot arbetsgivaren. Utifrån dessa omständigheter är min avsikt att besvara om en arbetstagare skulle bryta mot den arbetsrättsliga lojalitetsplikten om denne rekommenderade en konkurrents finansiella produkter med hänvisning till att dessa utgör ett bättre alternativ för kunden. Eller annorlunda uttryckt, om arbetstagaren istället för att förhålla sig lojal gentemot arbetsgivaren väljer att rikta denna lojalitet mot konsumenten.

⁴⁹ Schmidt, Sigeman, *Löntagar rätt*, s. 257 ff., Se även AD 2003 nr 84 och AD 2003 nr 21.

⁵⁰ Se exempelvis AD 2003 nr 84, AD 2015 nr 35 och AD 1997 nr 57.

⁵¹ Glavå, Hansson, *Arbetsrätt*, s. 513.

⁵² Se exempelvis AD 1977 nr 118.

⁵³ AD 1993 nr 18.

För att bidra till en tydlig överblick har rättsfallen systematiserats under respektive omständighet som visat sig vara av vikt för målets utgång. Även doktrinen och andra rättskällor har tillmätts betydelse för att få ett vidare och djupare perspektiv på frågan.

4.2.2 Konkurrerande verksamhet

När det talas om konkurrerande verksamhet bör inledningsvis följande klargöras. Om arbetstagaren rekommenderar en konkurrents produkter bedriver inte arbetstagaren en konkurrerande verksamhet i den mening att arbetstagaren har ett eget företag eller liknande. En central fråga är därför om det ändå kan röra sig om ett illojalt handlande till följd av konkurrens. Min uppfattning är en rekommendation om att köpa en konkurrents produkter skulle kunna ses som att främja en konkurrents verksamhet, vilket tyder på illojalitet. I sammanhanget bör AD 1986 nr 146 nämnas. I målet framgår att det utgör ett mycket allvarligt brott mot anställningsavtalet om arbetstagaren under en pågående anställning *utför tjänster åt en konkurrent* och därvid kanske använder kundkontakter som knutits i den första anställningen. I fallet anfördes att arbetstagaren gett ett konkurrerande företag tips om en större husaffär. Enligt arbetsdomstolen är det särskilt allvarligt om agerandet äventyrar arbetsgivarens *affärsförbindelser*, vilket skulle kunna vara fallet om en arbetstagare rekommenderar ett annat företags produkter i sin finansiella rådgivning till kunden. Särskilt allvarligt anses handlande vidare vara om det är ägnat att tillfoga den ursprungliga arbetsgivaren mer betydande skada eller medför att dennes affärsförbindelser äventyras. Domstolen anförde dock att det inte är möjligt, att mot arbetstagarens förnekande, dra slutsatsen att en konkurrerande verksamhet skulle drivas av mottagaren av tipset. Visserligen hade mottagaren uppgett att arbetstagaren vid ett tillfälle lämnat honom tips om en husaffär. Denna uppgift, som bestritts av arbetstagaren, ansågs lämnats mera i förbigående och kunde enligt domstolens mening inte läggas till grund för några säkra slutsatser om vad som förekommit i detta avseende. Domstolen fann det därför inte utrett att arbetstagaren hade gjort sig skyldig till ett sådant illojalt beteende mot bolaget som kunnat utgöra grund för avskedande eller ens uppsägning. Ett handlande som består i att rekommendera en konkurrents produkter borde således kunna bedömas som illojalt även om arbetstagaren i egentlig mening inte har ett eget företag eller liknande. Illojaliteten skulle då bestå i att den finansiella rådgivaren *främjar* en konkurrents verksamhet.

Vid bedömningen av om en arbetstagares handlande anses vara illojalt görs en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Hänsyn tas bland annat till omständigheter som *verksamheternas art och likheter*, hur långt *framskriden* den konkurrerande verksamheten är, den *skada eller risk* för skada som föreligger, *arbetstagarens ställning* och *samverkan* mellan arbetsgivare och arbetstagare.⁵⁴ Nedan ska därför olika komponenter i lojalitetsplikten behandlas närmare.

4.2.3 Skada

Beträffande lojalitetsplikten har Arbetsdomstolen i bland annat i domen AD 1977 nr 118 uttalat att det är oomtvistligt att en anställd i allmänhet på ett allvarligt sätt bryter mot det lojalitetskrav som följer av anställningsavtalet om denne, medan anställningen består, bedriver en med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet.⁵⁵ Samtidigt anses inte all konkurrens utgöra ett lojalitetsbrott. I regel krävs exempelvis att den konkurrerande verksamheten *skadar* eller är *ägnad till att tillfoga arbetsgivaren påtaglig skada* eller att beteendet i övrigt sker på ett sätt som *uppfattas som illojalt* mot arbetsgivaren.⁵⁶ Desto större skadan är desto mer framstår arbetstagarens handlande som illojalt och tvärtom. Har arbetsgivaren inte drabbats av skada, eller har det inte förelegat risk för skada, bedöms arbetstagarens agerande vanligtvis *inte* som illojalt.⁵⁷

I AD 1951 s 31 ansågs två servitörer inte kunna avskedas på den grund att de startat ett konkurrerande gästgiveri. Av vikt för utgången i målet var att konkurrens ansågs vara *förhållandevis oskadlig* för arbetsgivaren och arbetstagarens *befogade uppfattning* att arbetsgivaren inte motsatte sig att de drev konkurrerande verksamhet. I ett annat avgörande, AD 1980 nr 82 underkändes en uppsägning av arbetstagarens eftersom det var fråga om en mycket *uttunnad form av konkurrens*. Domstolen anförde att konkurrens måste antas vara *ägnad att tillfoga arbetsgivaren mera påtaglig skada* eller som eljest sker under sådana omständigheter att den bör *uppfattas som illojal*. I 1980 års fall framgick att hänsyn måste tas till att försäljningen av begagnade husvagnar synes vara av mycket underordnad betydelse

⁵⁴ Ds. 2002:56, s. 322, Glavå, Hansson, *Arbetsrätt*, s. 516.

⁵⁵ Se även Nicander, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, s. 41.

⁵⁶ Se exempelvis AD 1977 nr 118, AD 1980 nr 82, AD 1998 nr 80, AD 2003 nr 84, AD 1986 nr 146 och Ds. 2002:56, s. 322.

⁵⁷ Ds. 2002:56, s. 324 ff.

för arbetsgivarens förhållande till uthyrningen av husvagnar. I den mån verksamheten överhuvudtaget kan tänkas orsaka skada inom den ifrågavarande verksamhetsgrenen måste denna under alla förhållanden antas vara *synnerligen ringa*.

Om en arbetstagare skulle rekommendera en annan konkurrents produkter tas inga medel från företagets tillgångar men arbetsgivaren förlorar potentiella intäkter. Om ett rådgivningsmöte inte resulterar i ett avslut i form av placeringar i företagets produkter måste arbetsgivaren fortfarande betala lön till arbetstagaren. Arbetsdomstolen har dock i ett flertal fall anfört att skäl för att säga upp en arbetstagare på grund av bristande lojalitet inte föreligger om det rör sig om konkurrens som är *förhållandevis oskadlig* eller om konkurrens är *uttunnad*.⁵⁸ Om en arbetstagare i enstaka fall rekommenderar en konkurrents produkter skulle det kunna argumenteras för att skadan är förhållandevis ringa sett till exempelvis de stora tillgångar en, låt säga bank, har. Om arbetstagaren skulle sätta i system att beakta konsumentintresset fullt ut skulle dock lönsamheten från rådgivningen urholkas. En rådgivares huvudsakliga uppgift, i egenskap av exempelvis banktjänsteman, torde vara att förmedla företagets produkter i sin rådgivning. Att frångå detta skulle vara ett stort avsteg från kärnuppgiften i arbetsförhållandet. Detta agerande skulle också medföra ifrågasättande från kundens sida avseende rådgivarens egna tilltro till företaget. Det finns även en risk för att konsumenten även fortsättningsvis vänder sig till det konkurrerande företaget eftersom den enskilde nu är uppmärksam om dess existens och eventuellt mer fördelaktiga utbud. Följden är en förlorad tilltro till företaget och näringsidkarens långsiktiga och kortsiktiga kundrelationer kan skadas. En konkurrent kan få en fördel såväl marknadsföringsmässigt som ekonomiskt. Arbetstagaren bidrar således till att en konkurrent knyter kundkontakter med den enskilde vilket skadar företaget. Övervägande skäl talar därför för att skaderekvisitet bör anses uppfyllt i de fall en arbetstagare rekommenderar en konkurrents produkter.

4.2.4 Verksamhetens art

För att besvara om arbetstagaren bedriver en med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet görs i regel primärt en bedömning av *verksamhetens art*.⁵⁹ I fall då arbetstagarens verksamhet till fullo sammanfaller med arbetsgivarens verksamhet är det uppenbart att verksamheterna

⁵⁸ Se exempelvis AD 1980 nr 82.

⁵⁹ Se exempelvis AD 1996 nr 15.

konkurrerar med varandra. Om en arbetsgivare bedriver verksamhet avseende exempelvis elinstallationer och en arbetstagare startar egen verksamhet avseende just elinstallationer råder det alltså ingen tvekan om att verksamheterna blir konkurrerande.⁶⁰ Oavsett om arbetstagarens rekommenderar arbetsgivarens produkt eller konkurrents produkt är det samma typ av marknad – i båda fallen handlar det om finansiella instrument i en rådgivningssituation. Det råder därför inga tvivel om att det rör sig om samma verksamhet om en arbetstagare rekommenderar en konkurrents finansiella produkter.

4.2.5 Tidpunkt

En annan faktor av betydelse för om arbetstagarens handlande bör anses illojalt är vid vilken tidpunkt arbetstagaren bedriver illojal konkurrens.⁶¹ Arbetstagaren träffar kunder under arbetstid. Således sker rekommendationerna av en konkurrents produkter samtidigt som arbetstagaren befinner sig i företagets lokaler. Denna omständighet talar därför för ett åsidosättande av lojalitetsplikten.

4.2.6 Insikt

Arbetsdomstolen har kommit att fästa vikt vid huruvida arbetstagaren haft insikt om att beteendet kan komma att skada arbetsgivaren.⁶² Det skulle vara möjligt att argumentera för att de mest lönsamma kundkontaktarna bygger på ärlighet och långsiktighet. Argumentet torde förlora kraft eftersom de ofta föreligger tydliga målsättningar för finansiella rådgivare att förmedla företagets produkter.⁶³ Det kan inte förvåna arbetstagaren att det egna företaget gynnas om dess produkter förmedlas. Vidare finns det inget som indikerar att arbetstagaren skulle ha någon befogad anledning till att tro att arbetsgivaren inte skulle motsätta sig att en konkurrents produkter rekommenderas. Min uppfattning är därför att det föreligger insikt om att det affärsmässigt skulle skada arbetsgivaren att rekommendera en konkurrents produkter.

⁶⁰ Ds. 2002:56, s. 322 ff., Se även AD 1993 nr 142 och AD 1996 nr 15.

⁶¹ Ds. 2002:56, s. 323 ff.

⁶² Se exempelvis AD 2009 nr 63.

⁶³ Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 131.

4.2.7 Arbetstagarens ställning och äventyrande av kundrelationer

En viktig faktor vid bedömningen om illojal konkurrens föreligger är arbetstagarens *ställning i företaget*. Ju högre ställning en arbetstagare har desto större krav på lojalitet har arbetsgivaren rätt att ställa och tvärtom.⁶⁴ Att arbetstagaren *inte* intog förtroendeställning hos arbetsgivaren beaktades i AD 1977 nr 118 som ett skäl till att arbetsgivaren saknade rätt att avskeda arbetstagaren. Bedömningen blir den motsatta om den finansiella rådgivaren intar en utpräglad förtroendeställning. I denna prövning är omständigheter som att arbetstagaren haft insyn i och tillgång till företagshemligheter, liksom kunskap om kundernas preferenser, kundstock och behov av relevans.⁶⁵ Arbetsdomstolen har också uttalat att kravet på lojalitet får anses vara särskilt framträdande när det är fråga om en specialist som har anförtrots särskilda uppgifter av stor betydelse för arbetsgivaren. I fråga om arbetstagare med särskild förtroendeställning beaktas vidare arbetstagarens möjligheter att exempelvis utnyttja företagshemligheter och annat internt material.⁶⁶

I regel medför arbetsrollen som finansiell rådgivare inte någon högre chefsposition eller liknande. Däremot har arbetstagaren ofta, i egenskap av exempelvis banktjänsteman, särskilda kunskaper. Detta skulle kunna tala för att denne i mer eller mindre utsträckning kan ses som en specialist jämfört med gemene man. Den anställde får vidare anses ha en särskild förtroendeställning eftersom rådgivaren ofta enskilt representerar företaget gentemot dess kunder. En förmedling av produkterna sker ofta genom ett personligt möte på exempelvis en bank eller via telefon. Att mötet ofta sker enbart mellan arbetstagare och konsument gör det svårare för arbetsgivaren att kontrollera vad som sker. Därmed borde förtroendet mellan arbetstagaren och arbetsgivaren vara av större betydelse än i många andra branscher. Arbetstagaren har också möjlighet att knyta kundkontakter och denne kan skada kundrelationerna genom att rekommendera en konkurrents produkter då förtroendet för företagets egna produkter kan ifrågasättas. Av den anledningen har arbetstagaren en förtroendeställning och måste följaktligen underkasta sig särskilda krav på lojalitet.⁶⁷

⁶⁴ Se exempelvis Ds. 2002:56, s. 326 ff.

⁶⁵ Ds. 2002:56, s. 326.

⁶⁶ Ds. 2002:56, s. 326 ff.

⁶⁷ Se även Siegeman, Schmidt, *Löntagarrätt*, s. 194.

4.2.8 Samförstånd

Det är tydligt att Arbetsdomstolen i sin bedömning av om arbetstagaren betett sig illojalt eller inte beaktar om och i vilken utsträckning arbetsgivaren och arbetstagaren har informerat varandra om sina önskemål och planer, lyssnat samt samrått med varandra. Att arbetstagaren inte får bedriva konkurrerande verksamhet är dock så självklart att arbetsgivaren inte behöver klargöra detta för att arbetstagarens handlande ska anses illojalt. Har arbetsgivaren ändå förklarat för arbetstagaren att verksamheten inte accepteras och arbetstagaren trots detta fortsätter bedöms agerandet i hög grad som illojalt. Om arbetsgivaren har gett tillåtelse till verksamheten eller annars kan anses ha godtagit den bör arbetstagarens handlande inte anses illojalt.⁶⁸ Att arbetstagaren ska förmedla företagets egna finansiella produkter före en konkurrents produkt kan tyckas vara uppenbart. Om det skulle finnas interna regler eller liknande som ger arbetstagaren tillåtelse i att i vissa fall rekommendera en konkurrents produkter kan det argumenteras för att samverkan i kommunikationen mellan arbetstagare och arbetsgivare finns. Det skulle därmed även tala för att det inte vore vara illojalt att rekommendera en konkurrents produkter. Utgångspunkten får dock vara att det i normalfallet inte existerar interna regler av ifrågavarande slag.

4.2.9 Godtagbar ursäkt

I viss mån beaktar Arbetsdomstolen om det funnits en godtagbar ursäkt för arbetstagarens handlande. Finns det omständigheter som gör att handlandet kan ursäktas kan det alltså leda till att arbetstagaren inte anses ha uppträtt illojalt.⁶⁹ I det givna fallet, att en finansiell rådgivare rekommenderar en konkurrents produkt till kunden i sin rådgivning, skulle det vara möjligt för arbetstagaren att hänvisa till kundens intresse av att erhålla den mest lämpliga finansiella produkten och att denna, i detta specifika fall, tillhandahålls av en konkurrent. Det finns bland annat uttalanden i de finansrättsliga förarbetena som klargör att arbetstagaren ska tillvarata konsumentens intressen med omsorg och agera aktivt lojalt mot kunden. Enligt nämnda förarbeten ska arbetstagaren också beakta god sed i enlighet med rådgivningslagens och har en omsorgsplikt mot konsumenten.⁷⁰ I de fall en produkt skulle vara uppenbart

⁶⁸ Ds. 2002:56, s. 327.

⁶⁹ Ds. 2002:56, s. 319.

⁷⁰ SOU 2014:4, s. 187.

olämplig för kunden anser jag därför att det skulle finnas en godtagbar ursäkt till att frånga arbetsgivarens intressen.

4.2.10 Arbetstagarens skyldighet att undvika pliktcollision

I och med lojalitetsplikten ska arbetstagaren sätta arbetsgivarens intresse före sitt eget och undvika pliktcollisioner.⁷¹ Rekommenderar den anställda en konkurrents produkter, för att dessa passar kunden bättre, tillgodoses kundens intressen men inte arbetsgivarens. Om arbetstagaren rekommenderar en konkurrents produkter är det uppenbart att arbetsgivarens intressen inte prioriteras. I de fall företags produkt är det bästa alternativet för kunden, uppkommer ingen lojalitetskollision och arbetsgivarens och konsumentens intressen tillgodoses. Att konkurrenter tillhandahåller lämpligare produkter för kunden torde inte vara något som arbetstagaren kan påverka. Däremot har arbetstagaren att göra ett aktivt val till vem denne, i många fall, vill hålla sig lojal till.

4.2.11 Helhetsbedömning

I enlighet med ovanstående talar flertalet omständigheter för att en arbetstagare bryter mot lojalitetsplikten om denne rekommenderar en konkurrents produkter. Samtidigt skulle det kunna argumenteras för att en godtagbar ursäkt är att den finansiella rådgivaren har konsumentens bästa för ögonen. Av fast praxis kan utläsas att frågan om ett visst handlande är illojalt inte kan besvaras med hänvisning till någon enskild faktor. Istället avgörs frågan utifrån en helhetsbedömning.⁷² En fördel med detta är att principen kan bidra till flexibilitet och fylla en utfyllnadsfunktion i det enskilda fallet. Samtidigt kan det bidra till att förutsebarheten skadas för såväl arbetstagare som arbetsgivare. Lojalitetsplikten för vidare med sig fördelar som att den kan motverka en *laissez faire-inställning*, en motsatsläsning av lag och avtal, strategiskt eller motstridigt beteende, spekulation på motpartens bekostnad, och ger såväl den gemensamma partsviljan företräde som ändamåls- och analogiöverbäranden utrymme. Närliggande till *flexibilitetsfunktionen* är *korrigeringsfunktionen*. När den etablerade rätten inte förmår leverera ett rimligt balanserat

⁷¹ Se exempelvis AD 2012 nr 25, AD 2010 nr 42 och AD 1993 nr 18.

⁷² AD 2003 nr 84, Källström, Malmberg, *Anställningsförhållandet*, s. 260.

resultat kan lojalitetskravet fungera som ett korrigeringsinstrument.⁷³ Om lojalitetsplikten skulle kunna identifieras endast när denna uttryckligen tillämpats skulle ett mer eller mindre slumpmässigt ordval hos rättstillämparen få allt för stort genomslag. Det skulle kunna resultera i att en del åberopas plikt att ”*förvissa sig om att en kund har fått fullt klart för sig vilka risker som är förenade med att ställa ut optioner*”, en plikt att ”*fullgöra sitt uppdrag med tillräcklig omsorg*”,⁷⁴ en ”*klargörandeplikt*”,⁷⁵ och så vidare. Vid en strikt bundenhet till ordalydelsen i domskälen skulle det skapas en oöverskådlig rad av rättsliga kategorier. En domsskrivning kan därför tjäna på att vara måttfull - hellre att vara sparsam än att säga fel.⁷⁶

I de fall försäljningsmål finns kan dessa ses som närliggande till en order från arbetsgivaren att arbetstagaren ska uppnå en viss nivå på sitt arbete.⁷⁷ Att vara lojal bör också innebära att följa arbetsgivarens order. Det får anses klarlagt att det ligger i linje med lojalitetsplikten att sälja företagets egna produkter och inte bidra till konkurrens mot arbetsgivaren genom att rekommendera ett annat bolags produkter. Arbetstagaren ska också vara duglig för sin tjänst. Vid kontinuerliga misslyckanden eller om arbetstagaren systematiskt betraktar kundens intressen före arbetsgivarens skulle det även kunna resultera i att inga eller få produkter förmedlas och att medvetet vara oduglig för sin tjänst borde i sig tyda på illojalitet. En utgångspunkt är dock att det inte räcker att en arbetstagare presterar lite sämre än genomsnittligt för att kunna skiljas från tjänsten, såvida inte underprestationen är avsiktlig.⁷⁸ Underprestationen torde vara avsiktlig om en arbetstagare, vid upprepade tillfällen, rekommenderar en konkurrents produkter. Det skulle kunna argumenteras för att arbetstagarens agerande är ursäktligt med tanke på att arbetstagare också måste beakta konsumentens intressen.⁷⁹ Enligt doktrin verkar det inte innebära att den mest lämpliga produkten måste rekommenderas om produkten tillhandahålls av en konkurrent.⁸⁰ Dock uppställs en rad olika krav på arbetstagaren vilket kommer att beröras i Del II. Således torde en arbetsgivare inte kunna förbjuda en arbetstagare att rekommendera en olämplig produkt. Om

⁷³ Munukka, *Lojalitetsprincipen som rättsprincip*, s. 5.

⁷⁴ Se exempelvis NJA 1995 s. 693.

⁷⁵ Se exempelvis JustR Håstads tillägg för egen del i NJA 2006 s. 638, JustR Lindskogs tillägg för egen del i NJA 2008 s. 243.

⁷⁶ Munukka, *Lojalitetsprincipen som rättsprincip*, s. 4.

⁷⁷ Se Del II där det klargörs att säljtryck är kännetecknande för finansiell rådgivning.

⁷⁸ Se exempelvis AD 1980 nr 122, AD 1980 nr 10.

⁷⁹ Se Del II.

⁸⁰ Svensson, *Råd till rådgivare*, s 36. Notera att banker inte längre omfattas av rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser. I Del II behandlas de aktörer som fortfarande omfattas.

de egna produkterna fortfarande är lämpliga bör arbetstagaren därför rekommendera företagets egna produkter inte minst med beaktande av att de flesta av de omständigheter som berörts ovan är uppfyllda. Tanken med lojalitetsplikten är också en konsekvens av synen på anställningsavtalet som en samarbetsform.⁸¹ Om en arbetstagare rekommenderar en konkurrents produkter menar jag att detta snarare bör klassificeras som att rådgivaren arbetar mot arbetsgivaren snarare än samarbetar. Om arbetstagaren systematiskt skulle börja rekommendera en konkurrents produkter bör det ses som ett stort avsteg från anställningsförhållandets kärna och arbetsgivarens vinst från rådgivningsverksamheten skulle urholkas. Övervägande skäl talar därför för att det är möjligt att hävda att en arbetstagare bryter mot lojalitetsplikten om denne rekommenderar en konkurrents produkter trots att de egna produkterna är lämpliga. Följden av att en arbetstagare bryter mot lojalitetsplikten är att denne kan bli uppsagd eller avskedad. En arbetstagare kan också bli skyldig att betala skadestånd till arbetsgivaren.⁸² Detta fyller en avskräckande och preventiv funktion. Min ståndpunkt är därför att den arbetsrättsliga lojalitetsplikten utgör ett skydd för arbetsgivaren i de fall arbetstagaren skulle rekommendera en konkurrents produkter i sin finansiella rådgivning.

5 Sammanfattning

I Del I berördes grunderna inom den svenska arbetsrätten, LAS och lojalitetsplikten. I sin rådgivning ska arbetstagaren beakta sin arbetsrättsliga lojalitetsplikt gentemot arbetsgivaren. Lojalitetsplikten regleras inte uttryckligen i LAS, varpå kunskap söks i andra rättskällor som förarbeten och rättspraxis. Utifrån nämnda rättskällor kan utläsas att arbetstagaren i regel inte får vidta åtgärder som *försvårar arbetsgivarens verksamhet* eller på andra sätt *skadar* arbetsgivaren. Kravet på saklig grund anses särskilt klart när en arbetstagare genom ett illojalt handlande har förorsakat arbetsgivaren *betydande skada* eller om den anställde har *äventyrat arbetsgivarens relationer till kunder eller affärsförbindelser*.⁸³ När det gäller konkurrerande verksamhet kan generellt sägas att kravet sätts högt och lojalitetsbrist i dessa hänseenden

⁸¹ Ds 2002:56, s. 288.

⁸² Wästfelt, Bäckström, Wulkan, Åström, *Anställningsskyddslagen med kommentar*, s. 130.

⁸³ AD 1979 nr 25, AD 1982 nr 42.

leder i regel till ett avskedande.⁸⁴ Det är inte möjligt att ställa upp specifika omständigheter som redan på förhand kan sägas grunda ett lojalitetsbrott – istället ska en helhetsbedömning göras. Jag har argumenterat för att det skulle vara ett stort avsteg från själva kärnan i anställningsrelationen att förmedla en konkurrents produkter, att agerandet exempelvis skulle kunna *skada* arbetsgivaren och *motverka* arbetsgivarens verksamhet. Mot bakgrund av detta är min ståndpunkt att en arbetstagare, som rekommenderar en konkurrents produkter, som utgångspunkt bryter mot den arbetsrättsliga lojalitetsplikten. Följden av detta är arbetstagaren kan bli uppsagd eller avskedad.⁸⁵ Därutöver kan arbetstagaren bli skadeståndsskyldig mot arbetsgivaren.⁸⁶ Min uppfattning är därför att principen skulle kunna uppställa ett skydd för arbetsgivaren i de fall en arbetstagare rekommenderar en konkurrents produkter i sin finansiella rådgivning.

⁸⁴ Se exempelvis AD 1996 nr 15, AD 1999 nr 61 och AD 1999 nr 144.

⁸⁵ Se tex Källström, Malmberg, *Anställningsförhållandet*, s. 260. AD 1999 nr 144.

⁸⁶ Källström, Malmberg, *Anställningsförhållandet*, s. 260.

Del II: Den finansiella delen

6 Inledning

I enlighet med Del I är min ståndpunkt att en arbetstagare som rekommenderar en konkurrents finansiella produkter riskerar att bryta mot den arbetsrättsliga lojalitetsplikten. Detta skulle kunna indikera att arbetstagaren sätter arbetsgivarens intressen före konsumentens intressen eftersom den finansiella rådgivaren annars kan drabbas av rättsföljder som uppsägning eller avsked. I den finansiella doktrinen talas samtidigt om en lojalitetsplikt mot kunden och i förarbetena till rådgivningslagen klargörs att arbetstagaren ska agera aktivt lojalt gentemot den enskilde.⁸⁷ Om konsumentskyddet är starkt skulle det motsatsvis kunna argumenteras för att arbetstagaren har att sätta konsumentens intressen före arbetsgivarens i de fall de båda intressena inte sammanfaller.

I huvudsak är det tre lagar som är av intresse för konsumentskyddet vid finansiell rådgivning: *rådgivningslagen*, *värdepappersmarknadslagen* (VpmL) (2007:528) och *lagen om försäkringsförmedling* (försäkringsförmedlingslagen) (2005:405). Därtill kommer *marknadsföringslagen* (MFL) (2008:486) som inte specifikt reglerar marknadsföring av finansiell rådgivning utan som är tillämplig på all marknadsföring.⁸⁸ Ett gemensamt syfte med regelverken som rör finansiell rådgivning är att skapa ett fullgott konsumentskydd och säkerställa en balans mellan näringsidkarens och konsumentens intressen.⁸⁹ De lagregler som finns kompletteras av branschens egna riktlinjer, ofta framtagna i samarbete med berörda myndigheter.⁹⁰ Detta torde resultera i ett ökat samarbete mellan olika aktörer vilket kan föra med sig ökad förståelse och bidra till informationsutbyte. I rådgivningslagen uppställs en rad

⁸⁷ SOU 2014:4, s. 187. Se även Kågerman, Lohmander, De Ridder, *Etik, regler och värdering på kapitalmarknaden*, s. 376.

⁸⁸ SOU 2014:4, s. 116.

⁸⁹ SOU 2014:4, s. 13.

⁹⁰ SOU 2014:4, s. 14.

regler som ska skydda den enskilde.⁹¹ En central fråga är därför om det är möjligt att tillgodose både konsumentens och arbetsgivarens intressen utan att regelkonflikter uppstår. För att ta ställning till detta krävs att rådgivningslagen utreds närmare.

7 Rådgivningslagens tillämplighet

7.1 Bakgrund

Det är möjligt att urskilja två generella huvudmotiv till de finansiella regleringarna – *systemstabilitet* och *konsumentskydd*. En aspekt som särskilt lyfts fram i förarbetena är att konsumenterna befinner sig i ett underläge och därför behöver skyddas, inte minst med beaktande av att ekonomiska avtal ofta kan vara betydelsefulla för den enskilde och att den enskilde har mindre kunskap än näringsidkaren. En konsument kan följaktligen ha svårt att vara kritisk i sin granskning av de alternativ som erbjuds av finansiella rådgivare.⁹² Av den anledningen kan det finnas ett behov av att utjämna obalansen genom olika konsumentskyddande regler.

Det övergripande syftet med införandet av rådgivningslagen var att stärka skyddet för konsumenten. Detta genom att precisera såväl kraven på näringsidkarens prestation som det ansvar som kan utkrävas då näringsidkaren inte uppfyller de krav som finns. Preciseringsen har i huvudsak skett genom införandet av vissa näringsrättsliga bestämmelser om vilka kvalitetskrav som ska ställas på rådgivningen. Detta genom en kodifiering av rättspraxis gällande skadeståndsansvar i rådgivningsfall.⁹³ Tidigare skedde bedömningen av rådgivaruppdraget genom tillämpning av principer sprungna ur rättspraxis. Principerna var omdiskuterade och i många fall rådde oklarheter.⁹⁴ På grund av att oklarheter kan skada såväl förutsebarheten som rättssäkerheten på ett så pass viktigt område bör lagstiftningsarbetet anses välkommet. Begreppet finansiell rådgivning är dock fortsatt oklart. Eftersom det är ett av rekvisiten för rådgivningslagens tillämplighet kommer begreppet undersökas mer djupgående nedan. Begreppet rådgivning eller finansiella rådgivning är inte begränsat till

⁹¹ SOU 2014:4, s. 187.

⁹² SOU 2014:4, s. 183.

⁹³ Svensson, *Råd till rådgivare*, s. 8.

⁹⁴ Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 8.

enbart rådgivningslagen utan ett generellt begrepp som används i ett vidare sammanhang. Av den anledningen kommer en bredare analys på det rättsliga begreppet rådgivning att anföras.⁹⁵

7.2 Rådgivningslagens tillämpningsområde

För att rådgivningslagen ska vara tillämplig krävs att en näringsidkare tillhandahåller *finansiell rådgivning* till en *konsument* som omfattar placering av konsumentens tillgångar i *finansiella instrument* eller i *livförsäkringar med sparmoment*, rådgivningslagen §1. Centrala frågor är därför vem som är näringsidkare, konsument och vad finansiell rådgivning, finansiellt instrument och livförsäkringar med sparmoment är för något för att klargöra lagens tillämpningsområde.

Med *konsument* menas en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet och med *näringsidkare* menas en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten, rådgivningslagen, § 2. Enligt rådgivningslagen § 2 är ett *finansiellt instrument* det som anges i VpmL 1:4. Med traditionell livförsäkring menas en livförsäkring där kapitalet förvaltas av försäkringsbolaget och där försäkringstagaren är berättigad till dels det inbetalda beloppet jämte viss garanterad avkastning, dels en andel av det eventuella överskott som uppstår.⁹⁶ Utgångspunkten är att begreppet finansiell rådgivning saknar någon rättslig definition enligt gällande rätt.⁹⁷ Denna oklarhet bör anses problematisk eftersom det ur ett konsumentskyddsperspektiv är av betydelse att fastställa begreppet för att avgöra om de konsumentskyddande reglerna i rådgivningslagen är tillämpliga. Svårigheter att planera verksamheten kan även uppstå för arbetsgivaren om denne inte har klart för sig om denne måste beakta de konsumentskyddande reglerna i rådgivningslagen. Denna rättsliga oklarhet bör vidare anses problematisk utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv med beaktande att förutsebarheten skadas.

Oklarheten kring begreppets innebörd kan förklaras med att det finns få prejudikat gällande det finansiella rådgivningsansvaret till skillnad från exempelvis den arbetsrättsliga

⁹⁵ Se exempelvis Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 12.

⁹⁶ SOU 2014:4, s. 84.

⁹⁷ SOU 2002:41, s. 27.

lojalitetsplikten.⁹⁸ Det har föreslagits att Konsumentombudsmannen under vissa förutsättningar få möjlighet att överta konsumentens skadeståndsfordran på näringsidkaren för att skapa fler prejudikat rörande finansiell rådgivning till konsumenter.⁹⁹ En tänkbar anledning till att få prejudikat finns skulle kunna vara att konsumenten befinner sig i ett kunskapsmässigt underläge, inte bara när det handlar om ekonomiska val, utan också när det handlar om vilka rättigheter den enskilde har eller att missnöjet med dagens finansiella rådgivning är lågt. Detta argument förlorar dock slagkraft med beaktande av att konsumenterna ofta anmäler aktörer till följd av missnöjde från finansiell rådgivning.¹⁰⁰ Nedan ska gränsdragningsproblematiken utredas närmare.

7.2.1 Gränsdragningsproblematiken mellan rådgivning och försäljning

Enligt gällande rätt är utgångspunkten att begreppet finansiell rådgivning saknar någon rättslig definition.¹⁰¹ I det vardagliga språket förstås rådgivning som situationer då en människa frågar en annan person om vägledning i ett visst ärende. Alternativa uttryck är rekommendation, förorda, tips, uppmaning, vägledning, upplysning, anvisning, instruktion, prognos och förslag. Begreppet är positivt laddat eftersom det signalerar bistånd, biträde och hjälp. Detta signalerar att arbetstagaren har ett altruistiskt drag.¹⁰² I förarbetena till rådgivningslagen definieras rådgivning som verksamhet som syftar till att lämna förslag om lämpliga tillvägagångssätt i ett särskilt sammanhang. Rådgivaren förutsätts, åtminstone i professionell verksamhet, besitta en speciell kompetens och förväntas att utifrån denna kompetens vägleda konsumenten hur konsumenten bör handla i ett visst fall. Ur förarbetena framgår vidare att rådgivning har en individuell prägel och syftar till att lämna handlingsalternativ och rekommendationer som är utformade efter kundens särskilda behov och förutsättningar.¹⁰³ Det är de sammantagna omständigheterna i det enskilda fallet som avgör om en rådgivningssituation föreligger eller inte och näringsidkarens uppträdande inför

⁹⁸ Korling, *Rådgivaransvar*, s. 12, Se gärna NJA 1995 s. 693 och RH 1995:136, Se även Del I där den arbetsrättsliga lojalitetsplikten behandlades.

⁹⁹ SOU 2014:4, s. 28.

¹⁰⁰ Se exempelvis Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 12, Se även <http://www.arn.se/om-arn/statistik/> och <http://www.swedsec.se/disciplinarenden/statistik/>.

¹⁰¹ SOU 2002:41, s. 27.

¹⁰² Korling, *Rådgivaransvar*, s. 25.

¹⁰³ SOU 2014:4, s. 294 och Prop. 2002/03, s.13.

konsumenten är av störst betydelse.¹⁰⁴ Ett uppdragsförhållande kan uppstå tämligen formlöst vilket följer av Högsta domstolens resonemang i rättsfallet NJA 1992 s. 243. Det avgörande i fallet var att rådgivaren *uppträtt yrkesmässigt* och att motparten *haft fog* för att *fästa tillit* till de råd som lämnats. I vart fall ansågs detta gälla om rådgivaren *insett* att motparten förlitat sig på den förmedlade informationen. Att den enskildes uppfattning får starkt genomslag fyller en konsumentskyddande funktion och bidrar till att arbetstagaren får incitament att vara tydlig i sin roll. Finansinspektionen och Konsumentverket har utfärdat föreskrifter som innehåller skyldigheter för näringsidkare att informera konsumenter om vad som är råd och vad som är marknadsföring.¹⁰⁵ I enlighet med Finansinspektionens föreskrifter 4 kap. p. 4 klagörs följande:

”Näringsidkaren bör vid sina kontakter med konsumenter tydligt skilja på vad som är råd för placeringar respektive marknadsföring eller information om produkter. Näringsidkaren bör informera konsumenten om dennes rättigheter enligt lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter. Näringsidkaren bör informera konsumenten om vilka produkter och tjänster denne tillhandahåller samt om andra omständigheter av väsentlig betydelse för rådgivningen.”

Inom det finansiella området har dock en mängd problem iakttagits under de senaste åren, bland annat kring gränsdragningsproblematiken, vilket skapat oro hos såväl lagstiftaren som hos tillsynsmyndigheterna.¹⁰⁶ Den finansiella rådgivning som bedrivs idag är nämligen nästan alltid kopplad till försäljning eller förmedling av en produkt.¹⁰⁷ Att gränsdragningen mellan försäljning och rådgivning är svår att göra stöds av att arbetstagare och konsumenter har svårt att bedöma vad som är rådgivning och inte.¹⁰⁸ Om den ovanstående formuleringen följs i praktiken medför detta fördelar som ökad transparens för konsumenten. Samtidigt antyder oklarheten och osäkerheten om begreppets innebörd att Finansinspektionens föreskrifter kan få ett svagt genomslag i praktiken.

¹⁰⁴ Prop. 2002/03:133 s. 16.

¹⁰⁵ FFFS 2004:4 4 kap, Se även KOVFS 2004:5 4 kap.

¹⁰⁶ Se exempelvis SOU 2015:2, s. 407 ff. och Finansinspektionen, *Konsumentskyddet på finansmarknaden* 2016 s. 22

¹⁰⁷ SOU 2014:4, s. 52.

¹⁰⁸ Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 124, Se även Finansinspektionen, *Rådgivningen kunden och lagen – en undersökning av finansiell rådgivning 2007*, s. 10 ff.

Att konsumenterna har svårt att hålla isär begreppen skulle kunna förklaras med att olika aktörer strävat efter att framhålla rådgivarna som en person som kunderna i många fall måste konsultera med innan de kan fatta ett beslut. Rådgivaren "tar hand" om kundernas problem och benämns exempelvis som deras "personliga bankman". Det har gått så långt att denna profilering ansetts vara orsaken till att det rättsliga begreppet rådgivare blivit otydligt och fått en förändrad innebörd i förhållande till de egenskaper som begreppet tidigare associerades med – avsaknad av egenintresse och opartiskhet.¹⁰⁹ Genom att flytta fokus från försäljning genom att i själva verket kalla det rådgivning, trots att arbetstagarens handlar i företagets intresse, förmedlas en mer positiv bild till konsumenten.

Det är möjligt att urskilja tre vanliga särdrag inom finansrådgivningen.¹¹⁰ För det första är rådgivaren inte *oberoende* i förhållande till de produkter som rekommenderas antingen på grund av att rådgivaren endast rekommenderar sin arbetsgivares produkter eller produkter som rådgivaren erhåller provisioner för. För det andra är rådgivaren ofta utsatt för ett *starkt säljtryck* från arbetsgivaren. Säljtrycket innebär att rådgivaren har ett krav på att genomföra många rådgivningsmöten vilka sedermera ska utmynna i placeringar. För det tredje syftar rådgivningen till att kunden ska *fatta ett beslut om att köpa företagets produkter*. Det finns således ett intresse av att kunden genomför en efterföljande transaktion och rådgivningen är kopplad till en huvudprodukt. Det nyss anförda kan anses vara motsatsen till oberoende rådgivning där kunden söker rådgivning som en avgränsad tjänst. Försäljning kännetecknas däremot av att de syftar till att resultera i ett avslut genom ingående av ett köpeavtal, där kundens intresse inte beaktas i någon högre grad.¹¹¹ En central fråga är därför om vissa av de aktörer som erbjuder finansiell rådgivning verkligen ägnar sig åt rådgivning och inte försäljning.

7.2.2 Undersökningar

I Finansinspektionens rapport från 2007 behandlades problematiken kring gränsdragningen mellan försäljning och rådgivning närmare. Vid 6 av 41 kundbesök som Finansinspektionens anställda gjorde för att undersöka hur finansiell rådgivning fungerar i praktiken var

¹⁰⁹ Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 125.

¹¹⁰ Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 131 ff.

¹¹¹ Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 131 ff.

omdömena att det handlade om försäljning snarare än rådgivning. Bland annat uppmärksammades att inget intresse visades för kundernas situation. En annan indikation på gränsdragningsproblematiken är att det vid 17 % av Finansinspektionens kundbesök och enligt 15 % av de deltagande i telefonintervjuerna inte ställdes frågor om kundens ekonomiska situation. Finansinspektionen menar att förklaringen är att arbetstagarna inte förstår att det handlar om rådgivning.¹¹² Det skulle kunna tänkas att det var flera år sedan och att situationen kan ha kommit att förbättrats. I en utredning från 2014 så bekräftades dock 2007 års bild. I 2014 års utredning framkom att det ofta är svårt för en konsument att förstå om arbetstagaren agerar som säljare eller rådgivare. I många fall är det exempelvis så att konsumenter blir uppringda och inbjudna till ett möte av banker, försäkringsbolag, värdepappersbolag, eller försäkringsförmedlare för att ”sänka sin skatt” eller ”förbättra sin pension”. Mötet kan innebära information och marknadsföring om företagets produkter och ofta leder upplägget till rådgivning och konsumenterna förstår inte alltid huruvida mötet bör klassas som rådgivning eller inte.¹¹³ En ytterligare aspekt på problematiken är att arbetstagare även har uppgett att de har svårigheter att särskilja rådgivning för försäljning.¹¹⁴ Av den anledningen kan det ifrågasättas om företagen skiljer mellan rådgivning och försäljning i enlighet med bland annat Finansinspektionen och Konsumentverkets föreskrifter. Mot bakgrund av dessa undersökningar får det anses klarlagt att regelefterlevnaden blivit svagare än vad som avsetts i praktiken.

7.3 Sammanfattande synpunkter och en komparativ jämförelse

I enlighet med ovanstående kan konstateras att det finns problem med den finansiella rådgivning som bedrivs idag. Vidare kan noteras att den allmänna uppfattningen av innebörden av rådgivning skiljer sig mot den rättsliga innebörden av finansiell rådgivning. En följd av detta är att förtroendet för rättsväsendet och lagstiftaren kan urholkas. Genom att beakta att gemene mans uppfattning överensstämmer med gällande rätt upprätthålls förtroendet och acceptansen för såväl finansiella som arbetsrättsliga regler. Min uppfattning är därför att det är eftersträvansvärt att det finns en samverkan mellan etik och

¹¹² Finansinspektionen, *Rådgivningen kunden och lagen – en undersökning av finansiell rådgivning 2007*, s. 10 ff.

¹¹³ SOU 2014:4, s. 259 ff.

¹¹⁴ Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 124.

lag – lagarna bör med andra ord spegla våra samhällsvärderingar. Om så inte är fallet kommer lagarna att ifrågasättas och på sikt kan svårigheter att upprätthålla dem uppstå.¹¹⁵

Utifrån ett komparativt perspektiv är det intressant att se hur problematiken hanterats av ett av våra nordiska grannländer. I Danmark betraktas rådgivaren inte som oberoende i förhållande till konsumenten om denne har ett intresse i föremålet för rådgivningen. I detta avseende anses arbetstagaren i högre grad vara en försäljare och inte rådgivare.¹¹⁶ I ljuset av dansk rätt kan det ifrågasättas om det ska vara möjligt för en arbetstagare att nyttja beteckningen rådgivare när denne till största delen agerar som säljare i de fall denne exempelvis enbart rekommenderar de egna produkterna och har ett säljtryck från arbetsgivaren. Vad som skulle tala emot att en finansiell rådgivare bör ses som en försäljare är att arbetstagaren har en rad regler att beakta som ska skydda konsumenten. Med beaktande av att konsumenten ofta är i underläge kunskapsmässigt såväl som ekonomiskt och att gällande rätt bör spegla det allmänna rättsmedvetandet anser jag att oberoende borde vara en förutsättning för att ha kundens bästa för ögonen och därmed få kalla sin verksamhet för rådgivning. I de fall oberoende saknas, till följd att arbetstagaren exempelvis bara rekommenderar arbetsgivarens produkter, erhåller provisioner eller om säljtryck föreligger bör verksamheten klassificeras som försäljning, särskilt i del fall inte tillräckligt med omsorg visas gentemot konsumentens intressen.¹¹⁷ Att tydligare skilja mellan rådgivning och försäljning skulle göra att kunden förhåller sig mer uppmärksam och inte förknippar arbetstagaren med många av de positiva begrepp som associerats med begreppet råd i de fall denne agerar som en försäljare. Kunden skulle därmed kunna bli en bättre kravställare och förhålla sig mer kritisk till de råd som ges och genom detta kunna stärka sin ekonomiska position. För att bidra till klarhet i frågan bör begreppet finansiell rådgivning lämpligtvis definieras i lagtext. Mot detta kan invändas att konsumenternas uppfattning vägs in vid tolkningen av begreppet. Enligt min uppfattning skulle dock den förutsebarhet som konsumenten och arbetstagaren erhåller genom en definition i sig kunna skapa bättre förutsättningar för ett fullgott konsumentskydd samtidigt som det skulle öka förutsebarheten för arbetstagarna. Vidare finns det inget som hindrar att begreppet även fortsättningsvis

¹¹⁵ Kågerman, Lohmander, De Ridder, *Etik, regler och värdering på kapitalmarknaden*, s. 342 ff.

¹¹⁶ Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 128 ff.

¹¹⁷ En liknande ståndpunkt har framförts av Sveriges konsumenter. Se Sveriges konsumenter, *Konsumentskydd vid finansiell rådgivning – problembeskrivning och krav från Sveriges Konsumenter*.

tolkas till förmån för konsumenten i praxis. Oavsett ståndpunkt i frågan kan konstateras att lagstiftningen enligt exempelvis rådgivningslagen inte uppställer något generellt krav på att arbetstagaren måste vara oberoende för att kalla sig rådgivare.¹¹⁸

7.4 Aktörer som omfattas av lagen

I enlighet med ovanstående har begreppet finansiell rådgivning analyserats. Begreppet används bland annat som rekvisit för att rådgivningslagen ska vara tillämplig, rådgivningslagen § 1. Utöver rådgivningslagens tillämplighet enligt § 1 kan räckvidden av lagens näringsrättsliga bestämmelser (4 och 5 §§) utläsas av § 3 a enligt följande;

Bestämmelserna i 4 och 5 §§ gäller inte finansiell rådgivning som tillhandahålls av 1. fondbolag enligt 7 kap. 1 § första stycket 3 lagen om värdepappersfonder, 2. försäkringsförmedlare enligt 5 kap. 1 § första stycket lagen om försäkringsförmedling, 3. värdepappersinstitut och utländska värdepappersföretag enligt lagen om värdepappersmarknaden, eller 4. AIF-förvaltare enligt 3 kap. 2 § andra stycket 4 lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder (2013:561).

Utifrån denna bestämmelse kan utläsas att en rad företag faller utanför rådgivningslagens tillämpningsområde. Att notera är att reglerna i rådgivningslagen kring skadestånd gäller även vid denna typ av rådgivning.¹¹⁹ Rådgivningslagen riktar sig till alla näringsidkare som tillhandahåller sådan finansiell rådgivning som faller inom lagens tillämpningsområde. Genom ett antal i svensk rätt genomförda EU-direktiv har emellertid särskilda och mer detaljerade näringsrättsliga bestämmelser om rådgivning införts för *försäkringsförmedlare, fondbolag, värdepappersinstitut och utländska värdepappersföretag*. För att undvika normkonflikter har det således varit nödvändigt att från tillämpningsområdet för rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser undanta den rådgivning som drivs av nämnda aktörer.¹²⁰

År 2007 införlivades *Markets in Financial Instruments Directive* (MiFID) i svensk rätt genom VpmL. Det innebar bland annat att investeringsrådgivning blev en tillståndspliktig investeringsverksamhet, VpmL 2:1, 2:5.¹²¹ Med beaktande av att den absoluta majoriteten av

¹¹⁸ Se även Korling, *Rådgivaransvar*, s. 133.

¹¹⁹ SOU 2014:4, s. 85.

¹²⁰ SOU 2014:4 s. 85.

¹²¹ Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 293.

den finansiella rådgivning som tillhandahålls idag omfattas av VpmL är det intressant att klargöra vilka näringsidkare som fortfarande kan tillhandahålla rådgivning i enlighet med rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser (4 och 5 §§)¹²² för att kunna utvärdera vilket skydd rådgivningslagen ger i praktiken. Innan lagens räckvidd klargörs bör läsaren ha i åtanke att det finns två typer av finansiell rådgivning – *placeringsrådgivning* och *investeringsrådgivning*. När rådgivningslagen trädde i kraft år 2004 gällde lagen i princip all finansiell rådgivning till konsumenter som avsåg finansiella instrument och livförsäkringar med sparmoment. Genom att VpmL infördes år 2007 undantogs investeringsrådgivning från rådgivningslagens tillämpningsområde. Huvudsakligen utgör investeringsrådgivning och placeringsrådgivning samma typ av rådgivning (alltså rådgivning avseende finansiella instrument). Placeringsrådgivning innefattar dock även allokeringrådgivning, det vill säga rådgivning om hur en portfölj bör vara sammansatt för att nå en önskad risknivå, utan att gå in på specifika finansiella instrument.¹²³ Nedan följer en genomgång av de olika aktörer som omfattas av rådgivningslagens näringsrättsliga tillämpningsområde.

7.4.1 Värdepappersinstitut

Värdepappersinstitut kan i allt väsentligt inte tillhandahålla någon rådgivning som omfattas av rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser. Endast i de fall det rör sig om ren allokeringrådgivning, det vill säga allokeringrådgivning som inte tillhandahålls i samband med rådgivning som handlar om i vilka finansiella instrument som kunden bör placera sina medel i torde rådgivningslagen vara tillämplig på värdepappersinstitut.¹²⁴

7.4.2 Fondbolag, AIF-förvaltare och försäkringsbolag

I de fall fondbolag, AIF-förvaltare och försäkringsbolag tillhandahåller rådgivning *enbart* om egna fonder eller försäkringar omfattas rådgivningen inte av VpmL eftersom nämnda aktörer uttryckligen är undantagna från lagens tillämpningsområde, VpmL 2:5. Endast i de fall ett fondbolag, efter tillstånd som ett led i diskretionär portföljförvaltning, tillhandahåller rådgivning om värdepappersfonder är det fråga om investeringsrådgivning i enlighet med

¹²² SOU 2014:4, s. 116 ff.

¹²³ SOU 2014:4, s.116, Se även Prop. 2006/07:115, s. 440.

¹²⁴ SOU 2014:4, s. 117.

VpmL vilket framgår av lagen om värdepappersfonder (2004:46) 7:1. Enligt lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder (2013:561) (LAIF) 3:2 får även externa AIF-förvaltare, som har tillstånd till diskretionär förvaltning av investeringsportföljer, lämna investeringsrådgivning efter tillstånd. Orsaken till att nämnda aktörer är undantagna från VpmL och MiFID-direktivets tillämpningsområde är att det redan finns andra EU-direktiv som reglerar deras verksamhet.¹²⁵ I förarbetena klargörs dock att undantaget innebär att det är oklart vilka bestämmelser som är tillämpliga för dessa företag när rådgivningen handlar om de egna produkterna.¹²⁶ I rådgivningslagen undantas förvisso AIF-förvaltare och fondföretag från tillämpningsområdet för lagens näringsrättsliga bestämmelser. Undantaget omfattar emellertid bara investeringsrådgivning som enligt ovan är tillståndspliktig enligt VpmL. Någon reglering som också avser AIF-förvaltarna och fondbolagens egna fonder finns däremot inte. Mot bakgrund av detta bör följa att AIF-förvaltare, fondbolag och försäkringsbolag omfattas av rådgivningslagen i dess helhet när dessa företag tillhandahåller rådgivning enbart om sina egna fonder respektive egna (liv-) försäkringar. Även i de fall dessa aktörer tillhandahåller allokeringrådgivning torde de omfattas av rådgivningslagen samtliga bestämmelser.¹²⁷

7.4.3 Försäkringsförmedlare

I förarbetena till rådgivningslagen berörs förhållandet till försäkringsmäklarlagen. Bland annat har det uttalats att dessa arbetstagares rådgivning i första hand bör bedömas utifrån nämnda lag. Om rådgivningslagen skulle medföra åligganden som är mer långtgående än de krav som uppställts med stöd av lagen om försäkringsmäklare ska dock rådgivningslagen tillämpas.¹²⁸ Rådgivningslagen hade således företräde i de fall lagen var strängare än bestämmelserna i försäkringsmäklarlagen vilket resulterat i ett starkare konsumentskydd. Efter ikraftträdande av försäkringsförmedlarlagen är det inte längre självklart hur lagen förhåller sig till rådgivningslagen. För att försöka bringa klarhet är det möjligt att studera förarbetena till försäkringsförmedlingslagen där det anges att anges att:

¹²⁵ SOU 2014:4, s. 117.

¹²⁶ SOU 2014:4, s. 117.

¹²⁷ SOU 2014:4, s. 117 ff.

¹²⁸ Prop. 2002/03:133, s. 18.

*”eftersom lagen om finansiell rådgivning till konsumenter skall vara tillämplig på näringsidkare som förmedlar fondförsäkringar och traditionella livförsäkringar, finns det anledning att överväga att i lagen om försäkringsförmedling ta in en bestämmelse som motsvarar den i lagen om finansiell rådgivning”.*¹²⁹

Detta uttalande kan anses tvetydigt. Enligt senare förarbeten torde det tolkas som att konsumentskyddet i rådgivningslagen omfattar rådgivning om bland annat fondförsäkringar och traditionella livförsäkringar, och om skyddet även efter försäkringsförmedlingslagens införande, som omfattar denna typ av produkter, ska vara detsamma bör en sådan bestämmelse införas även i försäkringsförmedlingslagen. Om bestämmelsen inte infördes skulle konsumentskyddet bli svagare än vad som var syftet vid rådgivningslagens införande. Utifrån denna tolkning av förarbetsuttalandet ansåg regeringen att rådgivningslagens bestämmelser inte längre var tillämpliga vid förmedling av fondförsäkringar och traditionella livförsäkringar. I samma avsnitt anges emellertid avslutningsvis att även:

*”om det är fråga om sådan rådgivning som avses i lagen om finansiell rådgivning till konsumenter, måste förmedlaren uppfylla de skyldigheter som ställs enligt den lagen”.*¹³⁰

Anförandet skulle kunna tolkas som att rådgivningslagens bestämmelser har företräde framför försäkringsförmedlingslagen i de fall rådgivningen täcks av båda lagstiftningarna. I sammanhanget är det av vikt att uppmärksamma att förarbetena skrevs innan införandet av MiFID-direktivet och VpmL. Den rådgivning som nu omfattas av VpmL omfattades alltså tidigare av rådgivningslagen. Något hinder för försäkringsförmedlare att erbjuda rådgivning om finansiella instrument fanns inte vid denna tidpunkt. Uttalandet bör därför ses i ljuset av detta och med beaktande av att förmedlaren numera endast kan tillhandahålla rådgivning om fonder utanför försäkring efter tillstånd från Finansinspektionen.¹³¹ Rådgivning är en central del av förmedlingsuppdraget och tillstånd för försäkringsförmedling bör enligt Finansinspektionens uppfattning anses omfatta situationer när försäkringen tecknas såväl som när rådgivning sker i ett senare skede vid omplaceringar inom försäkringen.¹³²

¹²⁹ Prop. 2002/03:133, s. 99 f.

¹³⁰ Prop. 2002/03:133, s. 101.

¹³¹ SOU 2014:4, s. 119.

¹³² Finansinspektionens, *Erfarenheter av tillsyn och regelutveckling*, s. 21.

Finansinspektionens uttalande har bäring på valet mellan försäkringsförmedlingslagen och VpmL, men är även av betydelse för valet mellan försäkringsförmedlingslagen och rådgivningslagen. Är försäkringsförmedlingslagen och inte värdepappersmarknadslagen tillämplig på rådgivning i samband med placeringar inom ramen för en livförsäkring är naturligtvis inte heller rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser tillämpliga i sådana situationer. För att rådgivningslagen ska vara tillämplig i försäkringsförmedlares verksamhet krävs att det handlar om annan rådgivning än sådan som ges inom ramen för försäkringsförmedlingslagens område – till exempel vid allokeringrådgivning. I övrigt torde rådgivning endast tillhandahållas med stöd av försäkringsförmedlingslagen eller, i de fall förmedlaren har sidotillstånd till investeringsrådgivning avseende värdepappersfonder, i enlighet med VpmL.¹³³

7.4.4 Advokater, skatterådgivare, revisorer med flera

Advokaters finansiella rådgivning till konsumenter omfattas enligt förarbetena av rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser. I samband med införandet av VpmL undantogs dock den investeringsrådgivning som advokater, skatterådgivare, revisorer med flera tillhandahåller från lagens tillämpningsområde förutsatt att vissa förutsättningar var uppfyllda. Orsaken till införandet av undantagen var att denna typ av investeringsrådgivning, enligt en uttrycklig och obligatorisk bestämmelse i MiFID-direktivet, inte omfattades av direktivets tillämpningsområde. Innebörden av undantaget är att advokater, skatterådgivare, revisorer med flera vid viss rådgivning varken omfattas av tillståndskravet vid investeringsrådgivning eller har någon skyldighet att iaktta de konsumentskyddande reglerna som framgår av VpmL. Till följd av detta är det teoretiskt möjligt att påstå att rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser kan vara tillämpliga i stället. En sådan tillämpning skulle emellertid sannolikt strida mot MiFID-direktivet, framförallt på grund av att de konsumentskyddande bestämmelserna i hög grad är snarlika. Enligt 2014 års utredning är rättsläget idag sådant att nämnda yrkesgrupper som tillhandahåller rådgivning på sådant sätt att undantaget i VpmL är tillämpligt, inte är skyldiga att iaktta de konsumentskyddande bestämmelserna i rådgivningslagen och inte heller värdepappersmarknadslagen såvida det

¹³³ SOU 2014:4, s. 119 ff.

inte handlar om allokeringrådgivning. Är rådgivningen till exempel av sådan omfattning att den inte omfattas av undantaget i VpmL, innebär det att det är fråga om tillståndspliktig investeringsrådgivning varpå en tillämpning av rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser är utesluten av den anledningen.¹³⁴

7.5 Slutsats och synpunkter gällande rådgivningslagens räckvidd

I enlighet med tidigare resonemang har jag klargjort att finansiella produkter ofta upplevs som svårförståeliga och att behovet av rådgivning därför kan vara påkallat. En ytterligare utmaning för gemene man är att förstå i vilka situationer som rådgivningslagen uppställer ett skydd och inte. För att kunna besvara detta krävs förståelse för de begrepp som används i lagens § 3 a och det torde ligga nära tillhands att vara av uppfattningen att begrepp som fondbolag, värdepappersinstitut, AIF-förvaltare etc. är svåra att förstå för gemene man. Vidare måste en navigering ske till lagar som nämnda bestämmelse hänvisar till vilket kan leda till förvirring och urholka förutsebarheten. Under de senaste åren har Konsumentverket i princip knappt utövat någon aktiv tillsyn med stöd av rådgivningslagen mot bakgrund av att bland annat avsaknad av anmälningar och att Konsumentverket inte självmant initierat inledande av något ärende. En förklaring skulle kunna vara att verket har svårt att identifiera vilka aktiva aktörer som omfattas av lagen.¹³⁵ Samtidigt gör det faktum att aktörerna inte behöver anmäla verksamheten att det blir svårare att identifiera aktörerna. Oavsett anledning kan det ifrågasättas om lagen i sig fyller en reell funktion i praktiken med beaktande av att dess näringsrättsliga bestämmelser omfattar ett mindre antal aktörer nu jämfört med tidigare. Det finns även en utredning från 2014 där det förslås att lagen bör upphävas. I utredningen framhålls att detta skulle bidra till en mer sammanhållen lagstiftning.¹³⁶ Mot bakgrund av den problematik som jag belyst ovan anser jag att ett mer sammanhållet och översiktligt regelverk i sig kan stärka konsumentskyddet. Även om lagens räckvidd har minskat så finns det situationer då reglerna ger ett visst skydd för konsumenten. Att enbart upphäva lagen skulle således leda till ett minskat konsumentskydd. Av den anledningen är det fördelaktigt att det föreslagits att reglerna exempelvis anpassas och förs in i VpmL.¹³⁷ En fördel är också

¹³⁴ SOU 2014:4, s. 120 ff.

¹³⁵ SOU 2014:4, s. 230.

¹³⁶ SOU 2014:4, s. 20.

¹³⁷ SOU 2014:4, s. 285.

att skyddet blir mer likvärdigt genom en harmonisering av reglerna oavsett vem som ger rådet och beroende på vilken lag som ska tillämpas. En ytterligare aspekt som skulle kunna tala för att rådgivningslagen bör upphävas är om dess näringsrättsliga bestämmelser får ett svagt genomslag i de fall de faktiskt tillämpas vilket kommer att behandlas nedan.

8 Rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser

8.1 Inledning

Ett vedertaget sätt att stärka konsumentskyddet är att införa regler som innebär att de skyldigheter som en näringsidkare har enligt regelverket inte går att avtala bort.¹³⁸ Det har även gjorts i rådgivningslagen där det framgår att lagen inte får frångås till nackdel för konsumenten, § 3. För att konsumentskyddet ska gå att lita på är det av avgörande vikt att näringsidkaren inte tillämpar bestämmelserna på ett sätt som gör att skyddet blir illusoriskt. Mot bakgrund av detta kommer jag att utvärdera §§ 4 och 5 i rådgivningslagen nedan.

8.2 Konsumentskyddet enligt § 4

Enligt rådgivningslagen § 4 ska en näringsidkare (i) se till att den som utför rådgivningen har *tillräcklig kompetens* (ii) *dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället*, och (iii) *lämna ut dokumentationen till konsumenten*. Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela närmare föreskrifter om vad näringsidkaren ska iaktta när det gäller rådgivares kompetens, dokumentation av rådgivning, utlämnande av sådan dokumentation och om undantag från skyldigheten att lämna ut dokumentationen. Eftersom den finansiella marknaden är i ständig förändring anses det inte möjligt att genom lagstiftning fastslå vad som menas med tillräcklig kompetens.¹³⁹

Elfström talar om specialist- och expertansvar för de som yrkesmässigt framträder som specialister eller genom sitt uppträdande ger sken av att behärska detaljerna i komplicerade regelsystem.¹⁴⁰ Förhållandevis höga krav på kunskap torde således ställas på arbetstagaren eftersom denne yrkesmässigt framträder som en specialist genom att ge finansiell rådgivning,

¹³⁸ SOU 2014:4, s. 185.

¹³⁹ SOU 2014:4, s. 301, SOU 2002:41, s. 118 ff.

¹⁴⁰ Elfström, *Rådgivarens professionsansvar*, s. 118 ff.

som i enlighet med tidigare resonemang ofta uppfattas som svårt för den enskilde. Detta är fördelaktigt på grund av de åverkningar finansiella beslut kan få för den enskilde. Inte minst med beaktande av att gemene man bör ses som den svagare parten med beaktande av sitt kunskapsmässiga och ekonomiska underläge. Att aktörerna inför olika typer av kunskapsprövningar för sina anställda är också att föredra eftersom detta bidrar till en ökad kompetens hos arbetstagaren.

Enligt rådgivningslagen, § 4 ska en näringsidkare dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället. Dokumentationsskyldigheten ska ge en rättvisande bild av vad som förekommit vid rådgivningstillfället. Syftet är att det ska vara möjligt att i efterhand avgöra på vilka grunder arbetstagaren lämnat informationen. Genom att konsumenten får ta del av informationen får denne även lättare att visa att rådgivning förekommit och vad som därvid avhandlades.¹⁴¹ En annan fördel är att efterföljande bevisvärigheter minimeras. Prövningar i ARN underlättas även eftersom nämnden i sina ärenden inte kan ta del av muntlig bevisning.¹⁴² Lehrberg har kommit att ifrågasätta lämpligheten av dokumentationsplikten. Han anför att det från integritetssynpunkt är olämpligt att enskildas privata affärer dokumenteras varje gång de frågar en professionell rådgivare om råd och att det kan det leda till tidskrävande merarbete vilket kan leda till prisökning. Dokumentationen anges också kunna bli missvisande som bevis om vilken information som konsumenten har fått, särskilt om den görs i standardiserad form. Enligt Lehrberg finns också en risk för att rådgivare i efterhand ändrar sin dokumentation. Denna risk anses vara särskilt stor i sådana fall då en rådgivare i efterhand upptäcker att han gjort sig skyldig till felaktigheter eller varit vårdslös.¹⁴³

Att dokumentationen lämnas ut till konsumenten bidrar till att den enskilde har möjlighet att kontrollera och även i efterhand förstå vad som blev överenskommet på mötet. Om kunden får en kopia blir det även svårare för arbetstagaren att ändra dokumentationen i efterhand. Utlämnandet motverkar efterhandskonstruktioner och fyller en funktion som bevismedel vid en eventuell tvist. Information kring den enskildes ekonomiska ställning är något rådgivaren redan har tillgång till och bör ha kunskap om vid rådgivningsmötet för att kunna vägleda den enskilde på mest lämpliga sätt. Den enskilde måste inte heller dela med sig av uppgifterna.

¹⁴¹ SOU 2014:4, s. 186.

¹⁴² SOU 2002:41, s. 120.

¹⁴³ Lehrberg, *Finansiell rådgivning till konsumenter – några synpunkter i anledning av ett lagförslag*, s. 93 ff.

En fördel för näringsidkaren är att dokumentationsplikten motverkar att skadeståndsanspråk riktas i efterhand på grund av exempelvis att rådgivaren brustit i sin avrådandeplikt. I enlighet med ovanstående tappar Lehrbergs argument i flertalet hänseenden bäring och min uppfattning är att fördelarna med möjligheten att kontrollera vad som sagts väger över eventuella nackdelar med regleringen. En nackdel med dokumentationskravet skulle kunna vara att det kan resultera i negativa följder för konsumenten om rådgivaren lägger fram ”massor med papper” som konsumenten skriver under utan att förstå innebörden av villkoren. Det är därför viktigt att den skriftliga dokumentationen är lättförståelig. För att försäkra sig om att gällande regler följs borde det även finnas en möjlighet för konsumenten att välja om denne vill att samtalet ska spelas in. Detta skulle leda till att det blir lättare att verkligen kontrollera vad som sagts och inte. Nedan ska ytterligare konsumentskyddande regler utredas för att utvärdera de skydd som de näringsrättsliga reglerna i rådgivningslagen uppställer.

8.3 Konsumentskyddet enligt § 5

I rådgivningslagens 5 § kan utläsas att:

”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”.

I § 5 finns kärnan i den lagstadgade skyldighet som åvilar rådgivaren i förhållande till den enskilde. Lagstiftaren har valt att dela upp denna skyldighet i fyra delar (i) *god rådgivningssed* (ii) *omsorgsplikten* (iii) *anpassningsplikten* och (iv) *avrådandeplikten*. Det kan ifrågasättas om denna uppdelning är särskilt lyckad. Det kan knappast vara lagstiftarens avsikt att det ska vara möjligt att bryta mot omsorgsplikten men samtidigt uppfylla kravet på god sed. I sådant fall skulle begreppet god rådgivningssed få en snävare innebörd än vad som synes logiskt. Istället vore en lämpligare uppdelning att beskriva det som så att

omsorgsplikten, anpassningsplikten och avrådandeplikten utgör momenten i god rådgivningssed.¹⁴⁴

Begreppet god sed är väletablerat i lagstiftningen och återfinns i ett flertal andra lagar.¹⁴⁵ Begreppet är dynamiskt och dess innehåll kan således variera beroende på omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁴⁶ Utifrån förarbetena kan urskönjas att en riktlinje är att begreppet innefattar ett krav på att iaktta branschens egna riktlinjer och rekommendationer, allmänna råd, riktlinjer från myndigheter samt rättspraxis.¹⁴⁷ Således innehåller begreppet många beståndsdelar som kan komma att ändras över tiden. Detta möjliggör flexibilitet i det enskilda fallet och för rätten att utvecklas i takt med samhällsutvecklingen. Flexibiliteten kan samtidigt vara problematisk för förutsebarheten för såväl arbetstagare som konsument eftersom dessa kan ha svårt att förstå vad som menas med begreppet utan att studera exempelvis förarbeten och doktrin. Genom att uppställa krav på omsorg, anpassning och avrådande ges ett större utrymme för konsumentens intressen vilket talar för att det rör sig om rådgivning och inte försäljning. Ett effektivt konsumentskydd förutsätter att arbetstagarna också beaktar kraven i praktiken. Nedan belyses beståndsdelarna i god sed närmare för att bringa klarhet och urskönja hur stark lojalitet arbetstagaren måste beakta gentemot mottagaren av rådet.

8.3.1 Omsorgsplikten, anpassningsplikten och avrådandeplikten

Möjligheten för konsumenten att skaffa sig kunskap anses begränsad såväl som dennes ekonomiska förutsättningar.¹⁴⁸ Mot bakgrund av detta har rådgivaren ålagts en skyldighet att inte utnyttja sitt övertag mot konsumenten, eller annorlunda uttryckt: att ta tillvara konsumentens intressen med *omsorg*.¹⁴⁹ I enlighet med andra konsumenträttsliga regler anses kärnan innefatta att näringsidkaren ska uppträda *aktivt lojalt* mot konsumenten.¹⁵⁰ Med beaktande av att det i Del I konstaterades att arbetstagaren har en lojalitetsplikt gentemot

¹⁴⁴ Svensson, *Råd till rådgivare*, s. 33 ff.

¹⁴⁵ Prop. 2002/03:133, s. 51.

¹⁴⁶ Svensson, *Råd till rådgivare*, s. 34.

¹⁴⁷ SOU 2002:41, s. 13, Prop. 2002/03:133, s. 51 f.

¹⁴⁸ Svensson, *Råd till rådgivare*, s. 34.

¹⁴⁹ Svensson, *Råd till rådgivare*, s. 35.

¹⁵⁰ SOU 2014:4, s. 187, Jämför Prop. 1984/85:110 s. 159, Se även Svensson, *Råd till rådgivare*, s. 37.

arbetsgivaren kan det således konstateras att finansiella rådgivare har två lojaliteter att beakta, en mot konsumenten och en mot arbetsgivaren.

Vid utformningen av rådgivningslagen framfördes att omsorgsplikten lär få sin betydelse fastslagen genom en tolkning av vad som förekommit i det enskilda fallet.¹⁵¹ Detta bidrar till flexibilitet i det enskilda fallet samtidigt som förutsebarheten kan urholkas för både näringsidkare och konsument. Till utveckling av omsorgsplikten anförde regeringen att i denna plikt innefattas en skyldighet att sätta konsumentens intresse före andra, kanske motstridiga, intressen.¹⁵² Intressant att notera är också att formuleringar om att hur lojalt en arbetstagare ska agera också framgår av den arbetsrättsliga lojalitetsplikten. Pliktkollisioner ska som bekant undvikas och det anses grundläggande att arbetstagaren inte får skada arbetsgivaren.¹⁵³ Om en arbetstagare sätter konsumentens intresse först och detta innebär en rekommendation av en konkurrents produkter kan det argumenteras för att arbetsgivaren skadas. Således indikerar dessa formuleringar att det föreligger en konflikt mellan tolkningen av arbetsrättsliga och finans/konsumenträttsliga plikter respektive regler.

I linje med omsorgsplikten uppställs vissa krav på arbetstagaren. Bland annat att denne ska informera konsumenten om olika förutsättningar för rådgivningen. Omständigheter av betydelse för konsumenten kan vara om rådgivningen enbart tar sikte på att undersöka konsumentens intresse av en viss produkt eller en viss typ av produkter. Av vikt 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 dessa förutsättningar kan konsumenten på ett bättre sätt bedöma de råd som lämnas. Det kan även finnas skäl för konsumenten att, mot bakgrund av den kunskap som denne fått om den aktuella rådgivarens kompetens och befogenhet, söka rådgivning på annat håll. Konsumenten kan också behöva uppmärksammas på ett sådant behov.¹⁵⁴ Väsentligt är också om rådgivaren endast rekommenderar företagets produkter eller om denne kan ge en bredare bild av utbudet på marknaden.¹⁵⁵ Näringsidkaren är skyldig att sätta uppdragsgivarens intressen framför sina egna och arbetstagaren ska i första hand undvika intressekonflikter. I de fall sådana föreligger ska rådgivaren tydligt informera

¹⁵¹ Prop. 2002/03:133, s. 25.

¹⁵² SOU 2014:4, s. 86, Prop. 2002/03:133, s. 25.

¹⁵³ AD 1993 nr. 18, Sigeman, Schmidt, *Löntagar rätt*, s. 257.

¹⁵⁴ Prop. 2002/03:133, s. 25

¹⁵⁵ SOU 2014:4, s. 186.

kunden om detta förhållande så att uppdragsgivaren kan bedöma tillförlitligheten i de rekommendationer som uppdragsgivaren erhåller. Om rådgivning sker i enlighet med rådgivningslagen och rådgivaren exempelvis uppbär provision är denne alltså skyldig att informera konsumenten om förhållandet.¹⁵⁶ Dessvärre har det visat sig att aktörer medvetet eller omedvetet undanhåller information om intressekonflikter.¹⁵⁷ Undanhållandet bidrar till att rådgivningslagens konsumentskyddande funktion får ett svagare genomslag i praktiken än vad som är avsett vilket resulterar i en lägre regelefterlevnad. Av den anledningen är det av vikt att arbetsgivaren är tydligt med att arbetstagaren måste informera konsumenterna om nämnda omständigheter.

I enlighet med ovanstående resonemang får det anses klarlagt att en arbetstagare måste beakta konsumentens intressen med omsorg. Vad som däremot är obesvarat är hur långtgående denna omsorgsplikt sträcker sig. Svensson exemplifierar problematiken med ett exempel då en arbetstagare på Företag A bedömer att Företag B:s produkter är ett bättre alternativ för kunden. En central fråga är om arbetstagaren bör beakta kundens intressen i det givna fallet. I det beskrivna läget är omsorgsplikten inte så pass långtgående att rådgivaren på Företag A måste rekommendera Företag B:s produkt enligt Svensson.¹⁵⁸ Således kan arbetstagaren frångå kundens verkliga intresse om att dess kapital placeras på det mest gynnsamma sättet utan att bryta mot omsorgsplikten eller den ”aktiva lojalitet” som ska visas gentemot konsumenten. Istället kan arbetstagaren förhålla sig lojal gentemot arbetsgivaren och således ges den arbetsrättsliga lojalitetsplikten ett starkare genomslag.

En ytterligare följdfråga är om rådgivaren har en skyldighet att upplysa konsumenten om att ett annat utbud finns.¹⁵⁹ Enligt Svensson är svaret att någon sådan skyldighet inte föreligger.¹⁶⁰ Detta skulle innebära att det finns utrymme för att inte sätta konsumentens intressen främst och istället förhålla sig lojal gentemot arbetsgivaren. Det kan ifrågasättas om uttalandena i doktrin är förenliga med de uttalanden som gjorts i förarbetena där det bland annat klargörs att rådgivaren ska agera aktivt lojalt.¹⁶¹ Detta kan, som bekant, exempelvis

¹⁵⁶ SOU 2014:4, s. 129.

¹⁵⁷ Se exempelvis SOU 2014:4, s. 303 ff.

¹⁵⁸ Svensson, *Råd till rådgivare*, 36 ff. I exemplet använder Svensson banker som i exempel. I dagsläget omfattas inte banker av rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser men uttalandet har ändå relevans för de aktörer som fortfarande omfattas.

¹⁵⁹ Korling, *Rådgivaransvar*, s. 133.

¹⁶⁰ Svensson, *Råd till rådgivare*, s. 36.

¹⁶¹ SOU 2014:4, s. 187.

innefatta att informera kunden om råd endast lämnas gällande företagets produkter eller om en bredare bild av marknaden ges.¹⁶²

Ur § 5 i rådgivningslagen kan vidare utläsas att näringsidkaren ska avråda konsumenten från att vidta åtgärder som inte kan anses lämpliga med hänsyn till konsumentens behov, ekonomiska förhållanden eller andra omständigheter. Enligt doktrin finns förmodligen inte något krav på att arbetstagaren ska avråda konsumenten från att investera i arbetsgivarens produkter enbart på den grund att en konkurrent har bättre produkter. Det finns med andra ord ingen skyldighet att rekommendera det som är ”mest lämpligt” enligt rådgivningslagen. Däremot ska råden vara anpassade efter kundens situation.¹⁶³ Att § 5 i rådgivningslagen uppställer ett fullgott skydd till konsumenten i praktiken kan därför anses vara ett slag i luften. Utrymme har istället lämnats för arbetstagaren att förhålla sig lojal mot arbetsgivaren även om arbetstagaren måste hålla sig ”inom vissa givna ramar” genom att exempelvis beakta de konsumentskyddande reglerna i rådgivningslagen.

9 Sammanfattning

Gällande begreppet finansiell rådgivning är det möjligt att urskönja vissa särdrag som att rådgivaren inte är oberoende i förhållande till de produkter som rekommenderas, att rådgivaren ofta är utsatt för ett säljtryck från sin arbetsgivare och att rådgivningen till att kunden ska fatta ett beslut om att köpa företagets produkter. Det finns således ett intresse av att kunden genomför en efterföljande transaktion.¹⁶⁴ Finansiell rådgivning kan i många fall vara välbehövligt för den enskilde. I enlighet med tidigare resonemang bör det därför anses problematiskt att utbudet av rådgivningstjänster idag till stor del kommer från rådgivare som har sin inkomst från försäljning eller förmedling av produkterna. De intressekonflikter som skapas till följd av detta blir problematiska om kunden inte förstår att de finns eller ens beaktar dem. Mot bakgrund av detta vore det fördelaktigt om ett oberoendekrav infördes för att få klassificera verksamheten som rådgivning. Begreppet finansiell rådgivning bör vidare specificeras för att bidra till ökad förutsebarhet för såväl konsument som arbetstagare gällande tillämpningsområdet för rådgivningslagen.

¹⁶² Prop 2002/03:133, s. 25.

¹⁶³ Svensson, *Råd till rådgivare*, s. 55.

¹⁶⁴ Korling, *Rådgivningsansvar*, s. 131 ff.

I enlighet med ovanstående kan konstateras att rådgivningen till konsumenter regleras av en rad olika regelverk. En viktig distinktion är att rådgivningslagen till följd av § 3 a till stor del förlorat rättslig genomslagskraft gentemot många av de stora aktörerna. Således tillämpas lagens näringsrättsliga bestämmelser sällan i praktiken. Rådgivningslagen uppställer en rad förpliktelser som arbetstagaren har att beakta. Begrepp som god rådgivningssed bidrar till flexibilitet och kan anpassas efter rådande värderingar och samhällsutvecklingen. Samtidigt är begreppet allmänt hållet vilket kan skada förutsebarheten och göra det svårt för lagstiftaren att komma till rätta med problem inom rådgivningsbranschen. Enligt omsorgsplikten ska arbetstagaren aktivt agera lojalt mot konsumenten. Det innebär bland annat att upplysa den enskilde om intressekonflikter vilket det visat sig att arbetstagarna ofta medvetet eller omedvetet undanhåller.¹⁶⁵ Hade så skett hade kunden kanske vänt sig till en oberoende aktör eller förhållit sig mer kritisk till rådgivarens rekommendationer. Av den anledningen kan genomslaget av rådgivningslagens näringsrättsliga bestämmelser kritiseras inte enbart till följd av dess snäva tillämpningsområde utan också det skydd som uppställs i realiteten blir svagt. Mot bakgrund av detta kan det anses vara motiverat att upphäva rådgivningslagen och skapa ett mer sammanhållet regelverk förutsatt att konsumentskyddet inte försvagas. Detta skulle även bidra till att gällande rätt bli enklare att förstå och tolka för gemene man vilket ökar förutsebarheten och därmed rättssäkerheten.

¹⁶⁵ Se exempelvis SOU 2014:2, s. 303 ff.

Del III Intressekonflikter i gällande rätt

10 Inledning

En utvecklingstrend är att färre aktörer erbjuder oberoende rådgivning. Rådgivningen erbjuds istället av arbetstagare som har en koppling till producenten i form av provisioner eller andra ersättningar. Konsumenten betalar ingen direkt avgift för rådgivningen utan betalar istället indirekta avgifter för produkterna.¹⁶⁶ Denna utformning skapar osäkerhet kring vem som är rådgivarens faktiska uppdragsgivare och rådgivningen kan innebära att rådgivaren rekommenderar produkter som är mer lönsamma för arbetstagaren. Till följd av detta finns en omfattande risk för att rådgivningen övergår i ren försäljning. Problematiken speglas av att pliktollisioner i princip varit en del av Finansinspektionens alla sanktionsärenden när det gäller rådgivning.¹⁶⁷

I avsnitt I har den huvudsakliga ambitionen varit att beröra den arbetsrättsliga lojalitetsplikten gentemot arbetsgivaren. Del II ägnades åt att beröra den lojalitet arbetstagaren har att beakta gentemot kunden i sin rådgivning mot bakgrund av rådgivningslagens, vilka aktörer som omfattas av rådgivningslagens näringsrättsliga område och gränsdragningsproblematiken mellan rådgivning och försäljning. Detta avsnitt ägnas åt att illustrera eventuella intressekonflikter vid finansiell rådgivning mellan arbetsgivare och konsument samt hur provisioner som betalas till arbetstagare kan påverka dessa. Avslutningsvis kommer en sammanfattning av de viktigaste iakttagelserna under arbetets gång ske samt några avslutande ord om förhoppningar på det framtida lagstiftningsarbetet.

¹⁶⁶ Se exempelvis Finansinspektionen, *Konsumentskyddet på finansmarknaden*, s. 22.

¹⁶⁷ Se exempelvis Finansinspektionen, *Konsumentskyddet på finansmarknaden*, s. 22.

11 Intressekonflikter vid finansiell rådgivning

Uppdragsrelaterade intressekonflikter uppstår när en aktör överlämnar till någon annan att tillvarata dennes intresse. Detta genom att den som fått i uppdrag att tillvarata andras intressen antingen har egna motstridiga intressen eller har andra uppdragsgivare som har motstridiga intressen. På värdepappersmarknaden uppstår denna intressekonflikt när arbetstagaren har att *beakta institutets egna intresse och institutets skyldigheter mot kunden*.¹⁶⁸ Den mest omdebatterade, och förmodligen vanligaste, orsaken till intressekonflikter torde vara att rådgivaren får provision från aktören som tillhandahåller de produkter som rådgivaren rekommenderar till kunderna.¹⁶⁹ De olika aktörernas intressen kan urskönjas och systematiseras enligt följande (i) *arbetsgivarens intresse av vinst* (ii) *konsumentens intresse av att få råd om vilka investeringar som är mest lämpliga*. I många fall torde arbetstagarens intressen sammanfalla med arbetsgivarens intressen genom att den finansiella rådgivaren exempelvis erhåller provision vid förmedlandet av arbetsgivarens produkter. Problematiken kan illustreras med ett exempel;

Bank A möjliggör ett köp av en finansiell produkt till ett högre pris men det finns en likvärdig produkt men till ett lägre pris. Rådgivaren förmedlar den dyrare produkten från Bank A och förhåller sig därmed lojal till arbetsgivaren och arbetstagaren erhåller provision. Konsumenten har fått en sämre produkt eftersom denne köpt en dyrare placering än vad som var möjligt trots att det betecknades som rådgivning.

Således består konflikten i att arbetstagaren inte alltid fullt ut kan tillvarata arbetsgivarens och konsumentens intressen samtidigt. Det är möjligt att urskilja ett typfall som inte missgynnar konsumenten:

- 1) I de fall arbetstagaren rekommenderar det som är mest lämpligt för kunden och denna produkt också tillhandahålls av arbetsgivaren.

¹⁶⁸Kågerman, Lohmander, De Ridder, *Etik, regler och värdering på kapitalmarknaden*, s. 371 f.

¹⁶⁹ SOU 2014:4, s. 273 ff.

11.1 Undersökningar

I en undersökning bland 1 799 bankanställda rådgivare och försäljare ansåg 66 % att det föreligger ett motsatsförhållande mellan att ge kvalificerad rådgivning och att nå försäljningsmålen.¹⁷⁰ Det kan således ifrågasättas om det är förenligt att uppställa försäljningsmål för sina anställda samtidigt som kvalificerad rådgivning sker. I många fall torde följaktligen olika typer av försäljningsmål och provisioner kunna resultera i att arbetsgivarens intressen gynnas på bekostnad av konsumentens behov av att erhålla de mest lämpliga råden.

I sammanhanget bör det noteras att få aktörer har uppfattat att efterfrågan på oberoende rådgivning finns i den utsträckning att det är möjligt att driva en lönsam affär som inte omfattar andra tjänster än finansiell rådgivning. Det förklaras ofta med att kunden inte bedöms ha någon betalningsvilja. En möjlig tolkning är att betalningsvilja från konsumentens sida och lönsamhet för rådgivaren kan finnas, men att lönsamheten är mycket bättre i den affärsmodell som valts. En nackdel med att konsumenten inte betalar en avgift för rådgivningen är att denne därigenom blir en sämre kravställare. Om kunden uppfattar att rådgivningen är gratis kan det påverka relationen till rådgivaren och försätta kunden i något som kan liknas vid en slags beroendesituation så att gemene man därigenom blir mer benägen att acceptera och följa råden av tacksamhetskäl. Det kan också vara svårare för kunden att ifrågasätta rådgivarens skicklighet och kompetens om det inte finns ett tydligt uppdrag som kunden betalar för.¹⁷¹

I en undersökning från TNS-Sifo framgår att ungefär 10 % av de tillfrågade någon gång köpt privatekonomisk rådgivning. Av dessa visste inte 62 % om arbetstagaren fått provision.¹⁷² Detta skulle kunna indikera att konsumenterna inte är beredda att betala för rådgivning eftersom de har en uppfattning om att den rådgivning som sker idag inte drivs av incitament som exempelvis provisioner. Undersökningar visar också att konsumenter som anlitar rådgivare ofta är naiva eller godtrogna i förhållande till rådgivarna och de incitament som driver arbetstagarna.¹⁷³ I en studie av 6 000 köpare av finansiella tjänster i åtta EU-länder framkom att konsumenterna dels uppvisade brist på insikt i intressekonflikter rörande den

¹⁷⁰ Korling, *Rådgivningsransvar*, s. 124 not 22.

¹⁷¹ SOU 2014:4, s. 74.

¹⁷² SOU 2014:4, s. 69 ff.

¹⁷³ SOU 2014:4, s. 70.

rådgivning de erhållit, dels sällan betalade direkt för sin rådgivning.¹⁷⁴ Nämnda studie visade också att konsumenterna reagerade kraftigt när de fick information om intressekonflikten och att informationen kunde leda till att konsumenten fattade beslut som helt gick på tvären mot arbetstagarens råd. Detta tydliggör att det kan finnas många konsumenter som inte förstår att det finns intressekonflikter som kan påverka rådgivarens objektivitet, vilket skulle kunna vara en anledning till att efterfrågan på oberoende rådgivning verkar vara liten. Om arbetstagarna var tydliga med att de exempelvis enbart rekommenderar företagets egna finansiella produkter skulle förmodligen efterfrågan på oberoende rådgivning öka.

I praktiken har arbetstagare visat sig brista i att informera konsumenten om intressekonflikterna.¹⁷⁵ Misslyckandet bör ses som beklagligt eftersom krav på information bidrar till att konsumenten får tillräcklig med beslutsunderlag för att fatta välavvägda beslut, öppenhet och transparens vilket motverkar negativa effekter av intressekonflikterna. Av den anledningen krävs tydlighet och uttryckliga rättsföljder när näringsidkaren inte följer gällande rätt. Inte minst med beaktande av att konsumenten bör ses som den svagare parten både vad gäller kunskap och kapital. Om regelefterlevnaden urholkas finns det också en risk för att förtroendet för rättsväsendet och lagstiftaren urholkas i ett långsiktigt perspektiv.

Lösningen på problemen kopplade till finansiell rådgivning har länge varit ökad genomlysning. Tanken har varit att om arbetstagarna redovisar provisioner, intressekonflikter och avgifter så kommer konsumenten trots intressekonflikten att kunna fatta ett välgrundat beslut. Erfarenhet och undersökningar har dock i enlighet med tidigare resonemang visat att bättre och mer information inte alltid räcker i praktiken. Dels finns det möjligheter till att dölja den verkligt viktiga informationen. Dels bygger idén om bättre information i det här fallet på att konsumenten har lika god förståelse som arbetstagaren och producenten för betydelsen av provisioner, intressekonflikter och avgifter, vilket inte är fallet.¹⁷⁶ Förekomsten av intressekonflikter bör enligt Blåvarg och Jansson vidare betraktas som särskilt allvarlig i de fall informationsasymmetrier föreligger mellan parterna, vilket är fallet på rådgivningsmarknaden.¹⁷⁷ Som arbetsgivare är det således viktigt att informera sina anställda om denna upplysningsplikt för att skyddet inte ska bli illusoriskt. Det är också är

¹⁷⁴ SOU 2014:4, s. 70.

¹⁷⁵ SOU 2014:4, s. 303 ff.

¹⁷⁶ Andersson, *Reglering av försäkring, pensioner och provisioner*, s. 8.

¹⁷⁷ Blåvarg, Jansson, *När bör staten reglera intressekonflikter?*, s. 106 ff.

viktigt att Finansinspektionen övervakar aktörerna på marknaden och agerar i de fall regler frångås. Finansinspektionen har även varnat flera aktörer till följd av bristfällig hantering av intressekonflikter. Som exempel kan nämnas FI Dnr 12–5043 där Finansinspektionen gav ett värdepappersbolag en varning på grund av att företaget hade brustit i sin hantering av intressekonflikter. Finansinspektionen konstaterade att bolagets rådgivare hade starka incitament att rekommendera kunderna vissa produkter framför andra produkter utifrån företagets ersättningssystem. Bolaget tog emot ersättningar från tredje part utan att ha informerat om ersättningarna på det sätt som krävs enligt gällande rätt. Aktören lämnade visserligen information till sina kunder men den informationen ansågs vilseledande och otydlig. Bolagets kunder hade följaktligen investerat i finansiella instrument som inte varit lämpliga för dem. Till följd av detta menade Finansinspektionen att bolaget inte hade hanterat intressekonflikten på ett rätt sätt och att kundernas intressen åsidosattes.¹⁷⁸

Vissa uttalanden i doktrin bör vidare anses svåruppnåeliga i praktiken. Som exempel att målsättningen ska vara att bedriva en verksamhet på ett sådant sätt att intressekonflikter aldrig uppstår.¹⁷⁹ Det realistiska sättet vore istället att verksamheten bedrivs på ett ”rimligt oberoende” sätt. Detta kan exempelvis ske genom att undanröja ekonomiska kopplingar som provisioner som kan spä på intressekonflikter för arbetstagaren till nackdel för konsumenten eftersom det skapar ett incitament att rekommendera den produkt som ger mest ersättning i stället för den som är mest lämplig utifrån konsumentens behov och förutsättningar.¹⁸⁰

11.2 Provisioner– intressekonflikten på sin spets?

Under 2015 genomförde Finansinspektionen ett antal undersökningar på bransch-övergripande nivå för att kartlägga hur provisionsbetalningar ser ut för olika verksamheter och produkter, samt hur olika typer av sparprodukter distribueras. En slutsats från kartläggningen är att provisioner står för större delen av intäkterna för de allra flesta värdepappersföretagen.¹⁸¹

¹⁷⁸ Se även FI Dnr 12–2525, FI Dnr 12–5043 och FI Dnr 11–5811.

¹⁷⁹ Kågerman, Lohmander, De Ridder, *Etik, regler och värdering på kapitalmarknaden*, s. 365.

¹⁸⁰ Finansinspektionen, *Konsumentskyddet på Finansmarknaden*, s.3 och s. 23, Se även Andersson, *Reglering av försäkring, pensioner och provisioner*, s. 7 ff.

¹⁸¹ Finansinspektionen, *Konsumentskyddet på Finansmarknaden*, s. 23.

Enligt 12:1 i FFFS 2007:16 får ett värdepappersinstitut som tillhandahåller en investerings- eller sidotjänst till en kund endast betala eller ta emot en avgift eller kommission, eller ge eller ta emot en naturaförmån, om:

”den betalas eller ges till eller av kunden eller en person för kundens räkning, 2. den betalas eller ges till eller av en tredje part eller en person som agerar för tredje parts räkning, om a) kunden innan tjänsten tillhandahålls på ett heltäckande, korrekt och förståeligt sätt tillhandahållits information om avgiftens, kommissionens eller förmånens förekomst, art och belopp, eller om beloppet inte kan fastställas, om metoden för beräkning av beloppet, och b) betalningen av avgiften eller kommissionen eller tillhandahållandet av naturaförmånen är utformad för att höja kvaliteten på den berörda tjänsten till kunden och inte hindrar företaget från att uppfylla sin skyldighet att tillvarata kundens intressen, eller 3. det är faktiska avgifter som möjliggör eller krävs för att tillhandahålla tjänsten, till exempel depåkostnader, avvecklings- och växlingsavgifter, lagstadgade avgifter, och som genom sin art inte kan strida mot företagets förpliktelser att tillvarata sina kunders bästa intressen.”

Denna föreskrift skulle kunna tolkas som ett indirekt provisionsförbud eftersom att provision endast får tas emot under vissa förutsättningar. Finansinspektionen har gått så långt i sin kritik att de menar att problemet inte är avsaknad av regler, kunskap eller tillsyn utan att problemet är att provisioner ger rådgivarna fel incitament vilket bidrar till intressekonflikter.¹⁸² Det är därför inte förvånande att Finansinspektionen vid ett flertal tillfällen uttalat att ett förbud bör gälla alla former av provisioner som betalas vid bland annat investeringsrådgivning. Vid en utblick mot andra länder kan noteras att så har redan skett i Storbritannien, Australien och Nederländerna.¹⁸³ En central fråga i sammanhanget är om Sverige bör införa liknande regler.

Det kan konstateras att eftersom ersättningar för olika finansiella produkter skiljer sig åt har rådgivarna extra starka incitament att ge ett köpråd gällande den produkt som ger högst ersättning i stället för den produkt som är mest fördelaktig för konsumenten. Generellt vill arbetsgivaren genom dessa olika ersättningssystem motivera och premiera sina anställda genom att belöna dem vid goda resultat.¹⁸⁴ Tillvägagångssättet kan anknytas till att arbetsgivaren på detta sätt kan skapa incitament för arbetstagaren att förhålla sig lojal i enlighet med den arbetsrättsliga lojalitetsplikten. Ett vanligt argument mot ett

¹⁸² Finansinspektionen, *Ett nödvändigt steg för en bättre sparmarknad*, s. 3.

¹⁸³ Finansinspektionen, *Konsumentskyddet på Finansmarknaden*, s. 22 ff.

¹⁸⁴ Svenska bankföreningen, *Bankernas betydelse för Sverige*, s. 7.

provisionsförbud är att det kommer att slå ut rådgivningsmarknaden och leda till att mindre förmögna konsumenter blir utan rådgivning eftersom den kommer att börja kosta. Mot detta kan anföras att konsumenter redan idag betalar indirekt för rådgivningen genom avgifterna för produkterna. Undersökningar som gjorts av Finansinspektionen visar också att de flesta kunder som fått rådgivning har ett placeringsbart kapital på mellan en halv och 2 miljoner kronor. Det är mer än vad de flesta svenskar har i sparkapital och tyder på att de minst beställda inte får någon rådgivning i nuläget.¹⁸⁵ Av den anledningen förlorar dessa argument slagkraft. Oavsett inställning till ett provisionsförbud får det i enlighet med ovanstående anses klarlagt att det finns ett samband mellan att påverka kunders intressen negativt och provisioner. Ett lämpligt sätt att råda bot på intressekonflikter på rådgivningsmarknaden vore därför att införa ett provisionsförbud vid finansiell rådgivning för att skapa bättre förutsättningar för en oberoende rådgivningsmarknad att växa fram.¹⁸⁶

11.3 MiFID II

En seriös och oberoende rådgivning fyller en viktig funktion på finansmarknaden. Konsumenterna befinner sig i ett kraftigt informationsunderläge och har ett stort behov av råd från kunniga och opartiska rådgivare. Det har därför anförts att det är beklagligt att rådgivningen idag inte är till för att tillgodose konsumentens intressen. Rådgivningen på den svenska marknaden anses istället företrädesvis vara inriktad på att sälja och förmedla produkter som är lönsamma för rådgivare.¹⁸⁷ Genom att förbjuda provisioner torde förtroendet för finansiella rådgivare öka vilket skulle fylla en positiv funktion för samhällsekonomin i stort eftersom branschen i hög grad är beroende av ett högt förtroende.¹⁸⁸ Mot bakgrund av detta bör det anses välkommet att MiFID II föreslås träda i kraft den 3 januari år 2018.¹⁸⁹

Direktivet innebär bland annat att strängare krav kommer att ställas på näringsidkaren genom ett provisionsförbud. Provisionsförbudet i MiFID II utgår från en särskiljning mellan annan investeringsrådgivning och oberoende investeringsrådgivning. För att ett

¹⁸⁵ Andersson, *Reglering av försäkring, pensioner och provisioner*, s. 8.

¹⁸⁶ Se gärna Finansinspektionen, *Konsumentskyddet på finansmarknaden 2016*, s. 23.

¹⁸⁷ Andersson, *Reglering av försäkring, pensioner och provisioner*, s. 7.

¹⁸⁸ SOU 2014:4, s. 152.

¹⁸⁹ <http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2017/01/forslag-till-starkt-kundskydd-pa-marknaderna-for-finansiella-instrument/>.

värdepappersinstitut ska få uppge att företaget tillhandahåller oberoende investeringsrådgivning, krävs enligt artikel 24.7 (a) i att rådgivningen utgår från ett tillräckligt brett urval av finansiella instrument med avseende på produktleverantör och typ av instrument. Avsikten anses vara att kunder genom detta stadgande ska rekommenderas det bästa tillgängliga investeringsalternativet på marknaden sett till kundernas behov och önskemål och inte det bästa investeringsalternativet utifrån ett visst värdepappersinstituts sortiment. Rådgivning som utgår från ett begränsat utbud av leverantörer och produkter anses ha lägre kvalitet än rådgivning som utgår från ett brett utbud, varav det senare alternativet anses tillföra kunder ett mervärde. Vid oberoende rådgivning får urvalet vidare inte vara begränsat till finansiella instrument som härrör från det egna värdepappersinstitutet, till det närstående bolag eller bolag med annan anknytning till det. Detta är ett ytterligare krav för att säkerställa att kunders intresse av kvalitativ rådgivning tillgodoses.¹⁹⁰ En relevant bestämmelse i sammanhanget är också Artikel 24.4 i MiFID II. Enligt artikeln ska ett värdepappersinstitut informera sina kunder om huruvida den rådgivning som tillhandahålls är oberoende och om den utgår från en bred analys av många olika investeringsalternativ eller bara några få samt i vilken mån institutet kommer att regelbundet bedöma lämpligheten av de finansiella instrument som rekommenderas. Detta får därefter konsekvenser för hur investeringsrådgivningen ska tillhandahållas. Om institutet har informerat kunden om att rådgivningen är oberoende får företaget inte ta emot och behålla ersättningar från en tredje part, och arbetstagaren måste i sin rådgivning utgå från flera olika produkter från andra emittenter och producenter än institutet självt eller närstående företag. Om en oberoende rådgivare ändå tar emot ersättning från en tredje part måste rådgivaren betala ersättningen till kunden.¹⁹¹ Enligt Artikel 24 kan medlemsstaterna i undantagsfall införa ytterligare krav för värdepappersföretag avseende de frågor som tas upp i denna artikel.¹⁹² Ur nämnda artikel framgår att kraven måste vara:

”objektivt motiverade och proportionella för att hantera specifika risker för investerarskyddet eller marknadsintegriteten som är särskilt viktiga för den aktuella medlemsstatens marknadsstruktur.”

¹⁹⁰ SOU 2015:2, s. 426 ff.

¹⁹¹ SOU 2015:2, s. 413 ff.

¹⁹² SOU 2015:2, s. 426 ff., Se FI Dnr 15-2488.

Även om de nya reglerna kommer leda till ett stärkt konsumentskydd finns det således en möjlighet att införa mer långtgående regler än vad som framgår av direktivet, så har även skett inom andra EU-länder såsom Storbritannien och Holland.¹⁹³

Värdepappersmarknadsutredningen har anfört att de vill införa strängare krav på provision jämfört med det som framgår av MiFID II. I utredningen föreslås att provisionsförbudet ska omfatta all investeringsrådgivning till icke-professionella kunder.¹⁹⁴ Värdepappersmarknadsutredningen motiverar denna utvidgning med att det annars inte skulle gå att komma till rätta med de intressekonflikter som provisioner vid investeringsrådgivning ger upphov till.¹⁹⁵ Utvidgningen motiveras också av att det annars parallellt skulle förekomma två typer av investeringsrådgivning med olika grad av investerarskydd: annan investeringsrådgivning och oberoende.¹⁹⁶ Detta anges kunna leda till att värdepappersinstitut som tillhandahåller både oberoende och annan investeringsrådgivning låter verksamheterna gå in i varandra för att kringgå provisionsförbudet och otydlighet om vad som gäller för annan rådgivning avseende provisioner och produkturval.¹⁹⁷ Om Sverige endast väljer att införa ett provisionsförbud för oberoende rådgivning, riskerar många av värdepappersinstituten att förbli icke oberoende för att även fortsättningsvis kunna ta emot provisioner. En annan fördel med ett förbud av provision i samband med finansiell rådgivning till konsumenter skulle vara att företagen istället börjar ta betalt för sina tjänster på ett synligt sätt. Detta skulle resultera i att gemene man blir en bättre kravställare och på så sätt tillvaratar sitt eget intresse bättre. En sådan reglering skulle bidra till transparens vilket torde öka förtroendet för finansmarknaden i stort. Det bör i sammanhanget avslutningsvis noteras att ett provisionsförbud vid rådgivning får effekt då arbetstagaren lämnar råd om ett annat företags produkter eftersom det är då som produktbolaget betalar en ersättning till det rådgivande företaget. Ett provisionsförbud har alltså ingen effekt på den situationen att det rådgivande företaget lämnar råd om sina egna produkter eller om närstående bolags produkter. När exempelvis en rådgivare i en bank lämnar råd om fonder som förvaltas av ett fondbolag som är dotterbolag till banken behöver någon ersättning i form av provisioner inte utgå för att

¹⁹³ SOU 2015:2, s. 418 ff.

¹⁹⁴ SOU 2015:2, s. 429.

¹⁹⁵ SOU 2015:2, s.429.

¹⁹⁶ SOU 2015:2, s. 426.

¹⁹⁷ SOU 2015:2, s. 426 f.

banken ska tjäna på att lämna råd om dotterbolagets fonder.¹⁹⁸ I enlighet med ovanstående kan konstateras att MiFID II i vart fall kommer att stärka konsumentskyddet.

12 Sammanfattning och avslutande kommentarer

För att säkerställa ett högt konsumentskydd krävs bland annat regler som säkerställer hur de finansiella företagen agerar mot kunderna. I denna process har arbetstagaren en nyckelroll i och med sin kontakt med såväl arbetsgivare som kund. I uppsatsen har flertalet problem uppmärksammas gällande dagens reglering. Främst utifrån ett konsumentperspektiv men även det faktum att arbetstagaren exempelvis känner osäkerhet kring sin roll bör anses problematiskt eftersom det är avgörande för de skyldigheter som arbetstagaren måste beakta enligt rådgivningslagen.¹⁹⁹ Att regelefterlevnaden är svag genom att exempelvis arbetstagare visat sig medvetet eller omedvetet undanhålla intressekonflikter bör också ses som problematiskt.²⁰⁰

Lojalitetsplikten regleras inte i lag men dess innebörd är möjlig att urskönja genom att studera andra rättskällor som exempelvis praxis och doktrin. Den grundläggande innebörden i lojalitetsplikten är att arbetstagaren inte får skada arbetsgivaren. En gemensam synpunkt är också att arbetstagaren är skyldig att sätta arbetsgivarens intressen framför sitt eget samt att undvika lägen där arbetstagaren kan komma i plikt-kollision.²⁰¹ Utifrån praxis kan utläsas att vissa omständigheter är av särskild relevans för att avgöra när en arbetstagare handlat illojalt. Arbetstagarens *ställning i företaget*, *skadans omfattning* och *arbetstagarens insikt* har bland annat visat sig vara av vikt för att avgöra när ett handlande är illojalt. En helhetsbedömning görs för att besvara om en arbetstagare brustit i sin lojalitetsplikt eller inte. Jag har argumenterat för att det skulle vara ett stort avsteg från själva kärnan i anställningsrelationen om en arbetstagare förmedlar en konkurrents produkt till förmån för kunden förutsatt att det egna företagets produkt fortfarande är ett lämpligt alternativ. Detta agerande skulle skada arbetsgivaren och äventyra kundrelationerna eftersom arbetsgivaren förlorar potentiella

¹⁹⁸ SOU 2015:2, s. 439.

¹⁹⁹ Finansinspektionen, *Rådgivningen kunden och lagen – en undersökning av finansiell rådgivning 2007*, s. 10 ff., Korling, *Rådgivningsransvar*, s. 124 not 22.

²⁰⁰ SOU 2014:4, s. 129.

²⁰¹ Se exempelvis, AD 2003 nr 84, AD 2003 nr 21, AD 1993 nr 118, Schmidt, Sigeman, *Löntagar rätt*, s. 257.

intäkter och kunden kan komma att ifrågasättas företagets trovärdighet. Jag anser därför att lojalitetsplikten uppställer ett skydd för arbetsgivaren om rådgivaren rekommenderar en konkurrents produkter eftersom arbetstagaren till följd av detta kan bli uppsagd eller avskedad.

Efter att rådgivningslagen trädde i kraft har bland annat flera EU-direktiv genomförts i Sverige. Detta har inneburit att tillämpningsområdet för 4 och 5 §§ i rådgivningslagen minskat. AIF-förvaltare, fondbolag och försäkringsbolag anses omfattas av rådgivningslagen i dess helhet när dessa företag tillhandahåller rådgivning enbart om sina egna fonder respektive egna (liv-) försäkringar. Även i de fall dessa aktörer tillhandahåller allokeringsrådgivning torde de omfattas av rådgivningslagen samtliga bestämmelser. Många av de andra aktörer som tillhandahåller finansiell rådgivning till konsumenter omfattas i stället av exempelvis av VpmL och mot bakgrund av bland annat detta har det föreslagits att rådgivningslagen bör upphävas.²⁰² Även om lagens betydelse och räckvidd har minskat finns det fortfarande situationer då reglerna medför ett skydd för konsumenten. Att enbart upphäva bestämmelserna skulle därför leda till ett sämre konsumentskydd och därmed bör reglerna istället överföras till ett gemensamt regelverk i de fall ett upphävande blir aktuellt. En sådan harmonisering av lagstiftningen skulle kunna föra med sig positiva effekter som ökad förutsebarhet och överblickbarhet.

Reglerna i rådgivningslagen har visat sig få ett svagt genomslag i praktiken. Bland annat eftersom det har visat sig att arbetstagarna ofta medvetet eller omedvetet undanhåller information om intressekonflikter.²⁰³ Detta urholkar en behövlig transparens och är inte i linje med att agera aktivt lojalt mot kunden. Vidare behöver en rådgivare inte rekommendera det *mest* lämpliga alternativet till kunden.²⁰⁴ Av den anledningen lämnas utrymme för arbetstagaren att förhålla sig lojal gentemot arbetsgivaren inom de givna ramar som exempelvis omsorgsplikten ställer, rådgivningslagen § 5.

I ljuset av bland annat dansk rätt och den allmänna innebörden av begreppet rådgivning har jag argumenterat för att den rådgivning som ges idag i många fall inte bör klassas som rådgivning utan som försäljning. Detta eftersom finansiella rådgivare bland annat ofta är utsatta för ett säljtryck från arbetsgivaren och har ett egenintresse av utgången. Jag har därför

²⁰² SOU 2015:2, s. 404.

²⁰³ SOU 2014:4, s. 303 ff.

²⁰⁴ Svensson, *Råd till rådgivare*, s. 37.

föreslagit att det bör specificeras vad som är finansiell rådgivning för att klargöra skillnaden till försäljning i lagtext. En precisering skulle göra det enklare för arbetstagare och konsumenter att förstå när rådgivningslagen är tillämplig eftersom ett av rekvisiten för lagens tillämplighet är att det ska röra sig om finansiell rådgivning.

Rådgivning erbjuds normalt sett av producenter av finansiella produkter eller av förmedlare med ekonomisk koppling till producenten i form av exempelvis provisioner. Detta innebär att konsumenten inte betalar någon direkt avgift för rådgivningen utan att arbetstagaren får ersättning från producenten av den finansiella produkt som kunden köper. Detta uppmuntrar arbetstagaren till att förhålla sig lojal gentemot arbetsgivaren, gör att det blir otydligt vem som är arbetstagarens faktiske uppdragsgivare och skapar ett incitament för rådgivaren att utge råd utifrån provisionens storlek snarare än kundens intresse. Av den anledningen är min uppfattning att lagstiftaren bör förbjuda provisioner till arbetstagarna vid finansiell rådgivning. I linje med min ståndpunkt är det positivt att MiFID II kommer att införlivas i svensk rätt vilket kommer att förbättra skyddet för investerare genom exempelvis strängare krav på mottagandet av provisioner. En följd av detta är att finansiella rådgivare får mindre incitament till att förhålla sig lojal gentemot utbetalaren och istället beaktar konsumentens intresse i högre grad.

En avslutande synpunkt som jag hoppas att lagstiftaren beaktar i sitt framtida arbete är att rådgivning i sig fyller en god funktion men att ett tillräckligt starkt konsumentskydd är en förutsättning för att gemene man ska känna tilltro vid finansiell rådgivning. En utgångspunkt bör vidare vara att regleringarna inte får ha så pass långtgående krav på aktörernas rådgivning att verksamheten framstår som tveksam från affärssynpunkt. För att se till att de regler som uppställs följs är det av yttersta vikt att löpande utvärdera verksamheten för att se till att de regler som uppställs verkligen får genomslag i praktiken. Lagstiftaren bör också ha i åtanke att finanssektorn utgör en central del av den svenska ekonomins fortsatta framfart. Av detta följer också att det finns starka skäl att kvalitetssäkra en så pass betydelsefull verksamhet som finansiell rådgivning. Behovet av finansiell rådgivning har dessvärre materialiserats i betydligt mindre omfattning än som borde vara bra för individer och samhälle.²⁰⁵ Min förhoppning är därför att min uppsats ska utgöra ett värdefullt tillskott både utifrån ett finansrättsligt och arbetsrättsligt perspektiv.

²⁰⁵ SOU 2014:4, s. 72.

Käll- och litteraturförteckning

Propositioner

Prop. 1973:129. *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om anställningsskydd*

Prop. 1981/82:71. *Om ny anställningsskyddslag m.m.*

Prop. 1984/85:110. *Om konsumenttjänstlag*

Prop. 2002/03:133. *Lag om finansiell rådgivning till konsumenter*

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

Statens offentliga utredningar

SOU 2002:41. *Konsumentskydd vid finansiell rådgivning*

SOU 2014:4. *Det måste gå att lita på konsumentskyddet*

SOU 2015:2. *Värdepappersmarknaden MiFID II och MiFIR*

Departementsserien

Ds. 2002:56. *Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv*

Rättsfall från Arbetsdomstolen

AD 1977 nr 118

AD 1979 nr 25

AD 1980 nr 10

AD 1980 nr 82

AD 1980 nr 122

AD 1982 nr 42

AD 1986 nr 146

AD 1993 nr 118

AD 1993 nr 18

AD 1993 nr 142

AD 1996 nr 15

AD 1997 nr 57

AD 1998 nr 80
AD 1999 nr 61
AD 1999 nr 144
AD 2003 nr 21
AD 2003 nr 84
AD 2009 nr 63
AD 2010 nr 42
AD 2012 nr 25
AD 2013 nr 32
AD 2015 nr 35

Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1995 s. 693
NJA 2006 s. 638
NJA 2008 s. 243

Rättsfall från Hovrätten

RH 1995:136

Finansinspektionens beslut

FI Dnr 11-5811 2013-11-12
FI Dnr 12-5043 2013-04-15
FI Dnr 12-2525, 2012-12-102015
FI Dnr 15-2488, 2015-05-11

Litteratur

Adlercreutz, Axel, Johann Mulder, Bernard, *Svensk arbetsrätt*, Fjortonde upplagan, Norstedts Juridik AB, 2013
Blåvarg, Martin, Jansson, Gent, *När bör staten reglera intressekonflikter?*, I Nord, Gunnar, Thorell, Per *Intressekonflikter och finansiella marknader*, Iustus Förlag, 2004

Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, Andra upplagan, Norstedts juridik, 2008

Elfström, Jan, *Rådgivarens professionsansvar*, Svensk Byggtjänst, 2003

Deinoff, Jessica, Bergström, Gunnar, *Lagen om anställningsskydd – en kommentar*, Första upplagan, JP Infonet Förlag AB, 2012

Frick, George, *Uppsägning, en handbok som beskriver hur en anställning kan avslutas*, Första upplagan, Talentum HR, 2010

Glavå, Mats, Hansson, Mikael, *Arbetsrätt*, Tredje upplagan, Studentlitteratur AB, 2015

Göransson, Garpe, *Arbetsrätten en introduktion*, Sjunde upplagan, Wolters Kluwer, 2016

Holm, Anders, *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten - en allmän rättsprincip*, Linköpings universitet, 2004

Iseskog, Tommy, *LAS 30 år: dags att modernisera anställningsskyddet*, Thomson fakta, 2004

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i Korling, Fredric, Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, 2013

Korling, Fredric, *Rådgivningsansvar: särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning*, Jure förlag, 2010

Kågerman, Pontus, Lohmander, Cecilia, De Ridder, Adri, *Etik, regler och värdering på kapitalmarknaden*, Första upplagan, Norstedts juridik, 2008

Källström, Kent, Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet*, Fjärde upplagan, Iustus, 2016

Royce, Josiah, *The philosophy of Loyalty*, Vanderbilt University Press, 1995

Sigeman, Tore, Schmidt, Folke, *Löntagar rätt*, Norstedts juridik AB, 1994

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, Tredje upplagan, Norstedts juridik, 2015

Sigeman, Tore, Sjödin, Erik, *Arbetsrätten en översikt*, Sjätte upplagan, Norstedts juridik, 2013

Svensson, Alf-Peter, *Råd till rådgivare*, Svenska fondhandlarföreningen, 2004

Wästfelt, Martin, Bäckström, Magnus, Wulkan, Malin, Åström, Lars, *Anställningsskyddslagen: med kommentar*, Tofte upplagan, Studentlitteratur 2014

Öman, Sören, *AD om uppsägning och avskedande*, Åhnberg, 2013

Artiklar

- Andersson, *Reglering av försäkring, pensioner och provisioner*, 2015
- Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, Svensk juristtidning, 2004
- Munukka, Jori, *Lojalitetsplikten som rättsprincip*, Svensk juristtidning, 2010
- Nicander, Hans, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, Svensk juristtidning 1995/96
- Lehrberg, Bert, *Finansiell rådgivning till konsumenter – några synpunkter i anledning av ett lagförslag*, Svensk juristtidning, 2003
- Sandgren, Claes, *Är rättsdogmatiken rättsdogmatisk?*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2005

Rapporter

- Finansinspektionen, *Konsumentskyddet på finansmarknaden*, 2016
- Finansinspektionen, *Ett nödvändigt steg för en bättre sparmarknad*, 2016
- Finansinspektionen, *Rådgivningen kunden och lagen – en undersökning av finansiell rådgivning*, 2007
- Finansinspektionens, *Erfarenheter av tillsyn och regelutveckling*, 2010

Elektroniska källor

- Bankernas betydelse för Sverige*, 2014, <http://www.swedishbankers.se/media/1317/1402/bankernas-betydelse.pdf>, [2017-02-23]
- Bertoft, Jan, König, Jan, *Yttrande angående promemorian "Några finansmarknadsfrågor"*, 2016-10-27, <http://www.sverigeskonsumenter.se/nyheter-press/remissvar/yttrande-om-promemorian-nagra-finansmarknadsfragor/>, [2017-02-23]
- Creutzer, Annika, *Rådgivningslagen ger falsk trygghet*, 2010
<https://www.svd.se/radgivningslagen-ger-falsk-trygghet>, [2017-02-23]
- Förslag till stärkt kundskydd på marknaderna för finansiella instrument*, 2017-01-20,
<http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2017/01/forslag-till-starkt-kundskydd-pa-marknaderna-for-finansiella-instrument/>, [2017-02-23]
- Statistik*, <http://www.arn.se/om-arn/statistik/>, [2017-02-23]
- Statistik*, <http://www.swedsec.se/disciplinarenden/statistik>, [2017-02-21]

Wigström, Ebba, 2014-02-05, *Rådgivningslagen bör upphävas – ett nytt lagförslag om finansiell rådgivning till konsumenter*, [http://www.dagensjuridik.se/2014/02/radgivnings - lagen-bor-upphavas-nytt-lagforslag-om-finansiell-radgivning-till-konsumenter](http://www.dagensjuridik.se/2014/02/radgivnings-lagen-bor-upphavas-nytt-lagforslag-om-finansiell-radgivning-till-konsumenter), [2017-02-23]