

# Robotrådgivning – finns det?\*

JAN KLEINEMAN\*\*

## 1. Inledning

Professionell rådgivningsverksamhet är i sig ingen ny verksamhet utan revisorer, advokater och konsulter av olika slag har mycket länge tillhandahållit information till »klienter« och medan vissa av dem gjort detta mot mer än hyggliga arvoden, har vissa ansetts tvungna att infoga kostnaderna för rådet vid tillhandahållandet av finansiella tjänster där förmedlingsarvodet förväntas inkludera rådgivningskostnaden. Av rent konsumentpolitiska skäl fann en svensk regering att avseende just finansiella rådgivare det framstod som nödvändigt att kodifiera deras plikter och deras ansvar. I vissa hänseenden har detta inneburit en lagreglering av generella principer om professionellt rådgivaransvar och i andra delar tämligen speciella föreskrifter.<sup>1</sup>

Oavsett om fråga är om robotrådgivning eller annan form av informationsförmedling utgör den aktuella lagstiftningen grunden för hur ett finansiellt institut har att agera i sin relation med såväl faktiska kunder som presumtiva kunder. Den tar sikte på rådgivning gentemot konsumenter och är då tvingande och »omfattar placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i livförsäkringar med sparmoment.« Detta kan naturligtvis i sig innefatta ett brett spektrum av tillhandahållande av beslutsunderlag varav visst sådant underlag är mer generellt och teoretiskt medan annat är individuellt, konkret och synnerligen knutet till den enskildes personliga situation.

\* Har tidigare publicerats i Iversen, Torsten m.fl. (red.), Festskrift til Bent Iversen, Djøf Forlag, Köpenhamn, 2019, s. 151 ff.

\*\* Professor i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law. Tillika ordförande för det vetenskapliga rådet vid Stockholm Centre for Commercial Law.

<sup>1</sup> Jag hörde till dem som i princip ansåg att den tilltänkta lagstiftningen var onödig från ett rent skadeståndsrättsligt perspektiv men samtidigt såg jag påtagliga problem när det gällde den nya lagens tillämpningsområde. I samband med en hearing som utredaren höll med mig framkom att det fanns påtagliga politiska önskemål att kodifiera culpaprincipen på detta område samt införa särskilda kvalitetskrav på rådgivning mot konsumenter.

I propositionen som låg till grund för lagen berörs det faktum att själva lagtexten inte tillhandahåller någon egentlig definition av vad som avses i detta sammanhang med rådgivning och det anförs där följande:

*»Med rådgivning torde allmänt förstås verksamhet som syftar till att lämna förslag om lämpliga tillvägagångssätt i ett visst sammanhang. Rådgivaren förutsätts – åtminstone i professionell verksamhet – besitta en speciell kompetens och förväntas att med stöd av denna kompetens vägleda konsumenten om hur han eller hon bör handla i ett visst fall. Rådgivning är således något annat än marknadsföring och försäljning. Rådgivning har vidare en individuell prägel och syftar till att lämna rekommendationer och handlingsalternativ som är utformade efter kundens särskilda behov och förutsättningar.«<sup>2</sup>*

Självklart måste en professionell rådgivare ha rätt att använda olika former av hjälpverktyg vid kontakten med kunden men det finns alltid en rad viktiga etiska och rättsliga principer vars åsidosättande kan leda till ansvar för rådgivaren. Vad gäller ansvaret innefattar lagen en ren kodifiering av allmänna principer eftersom det anges i lagens § 6 att *»näringsidkare som genom finansiell rådgivning uppsåtligen eller av oaktsamhet orsakar konsumenten ren förmögenhetsskada skall ersätta skadan.«*

Vad gäller *culpaansvarets närmare innebörd* beskrivs detta bl.a. som en omsorgsplikt och det anges därvid bl.a. följande:

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

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

<sup>2</sup> Se prop. 2002/2003:133 avsnitt 5.1., a.a. s. 12 ff.

Man har således att ställa »*all sin kunskap till konsumentens förfogande*« när man skall vägleda konsumenten inför dennes beslutsfattande. Detta torde kräva betydande kunskaper vid »*finansiell rådgivning [och rådgivaren] måste därför utgå från den aktuella konsumentens behov och förutsättningar, såsom dessa framstår vid rådgivningstillfället.*« Härvid skall »*rådgivningssituationen anpassas till den enskilde konsumentens kunskapsnivå och möjlighet att tillgodogöra sig rådgivarens resonemang.*« Vidare skall »*de råd som lämnas vara anpassade till den enskilde konsumentens behov, önskemål och förutsättningar.*«<sup>3</sup>

Lagstiftaren ger därefter vissa anvisningar som framstår som extremt detaljerade vad avser de krav konsumenten kan kräva på informationens kvalitet. Det anges därvid att rådgivaren inledningsvis har »*att göra sig en bild av den konsument som söker råd.*« Härvid är det »*av största betydelse att rådgivaren förvissar sig om att konsumenten förstår de resonemang som förs och därvid korrigerar missuppfattningar och felaktiga föreställningar från konsumentens sida.*« För att kunna göra detta anförs det att det är nödvändigt att »*rådgivaren genom frågor gör sig en bild av konsumentens förkunskaper och vana vid placeringar i finansiella instrument*« så att rådgivaren kan »*anpassa sin rådgivning efter den kunskapsnivå som den enskilde konsumenten har.*« Jag hade i mina tidiga studier beskrivit detta som rådgivarens *pedagogiska plikt*, vilket var ett synsätt som den utredning som föregick lagstiftningen valde till sitt och som därmed kom att sätta sin prägel på lagstiftningen.<sup>4</sup>

Sedan följer en rad tilläggskrav såsom en »*kartläggning*« av konsumentens syfte »*med den aktuella placeringen.*« Vidare måste rådgivaren »*fastställa konsumentens inställning till de olika grader av risk som är förknippade med placering av tillgångar i finansiella instrument.*« Härvid har rådgivaren vidare att »*förvissa sig om att konsumenten har kunskap om risken med en viss typ av placering och [rådgivaren måste därvid även] göra sig en bild av vilken grad av risk konsumenten är beredd att acceptera*« . Till detta kommer förevaron av en *avrädningsplikt* i vissa fall.

Oavsett vilka hjälpmedel som en finansiell rådgivare således använder sig av så måste denne kunna göra ingående analyser av kunden och även om dessa bestämmelser endast är tvingande vad gäller relationen till konsumenten så får det antas att eftersom principerna får antas ligga inom ramen för god rådgivningssed dessa återverkar även vid culpa-bedömningen även i andra fall än när fråga är om konsumenter. Jag blev visserligen själv förvå-

<sup>3</sup> Se prop. 2002/2003:133 avsnitt 6.2 s. 26 ff.

<sup>4</sup> Se SOU 2002:41 s. 56 ff. Jfr härtill Kleineman, Rådgivares informationsansvar – en probleminventering, SvJT 1998 s. 185 ff.

nad när HD i en dom om besiktningsmäns skadeståndsansvar inte ansåg att den tvingande regleringen i konsumenttjänstlagen skulle tillämpas analogt i en motsvarande situation när fråga var om en konsumentrelation som inte omfattades av den tvingande regleringen.<sup>5</sup> I sådana fall kan visserligen bättre kunskaper oftast föreligga hos kunden vilket gör att omsorgsplikten i det enskilda fallet måhända inte blir lika långtgående. HD ansåg således att det gick utmärkt för en besiktningsman att begränsa sitt ansvar genom ansvarsbegränsningar när den tvingande lagregleringen inte var direkt tillämplig således även gentemot konsumenter.<sup>6</sup> Min egen uppfattning är att i konsumentrelationer ansvarssituationer som liknade de som medförde ansvar enligt den tvingade regleringen i vart fall skulle medföra att ansvarsbegränsningar skulle vara att betrakta som oskäligen om det föreligger grov oaktsamhet hos näringsidkaren. Den föreställningen synes emellertid ha avisats av HD om än omfattningen av bedömningen framstår som oklar.<sup>7</sup>

Det finns idag en uppsjö av regler allt från EU-nivå om finansiell rådgivning ner till vidlyftiga föreskrifter från Konsumentverket och Finansinspektionen som ställer utomordentligt stora krav på kunskaper hos rådgivaren, dokumentation av råden samt pedagogisk förmåga att interagera med konsumenten. Det kan på goda grunder antas att hela det paket med information som i praktiken skall överföras till kunden påskyndat digitaliseringen av informationsöverförandet, inte minst med hänsyn till de stora kostnader som

<sup>5</sup> I NJA 2017 s. 113 uttalade svenska HD följande: *»Att konsumenttjänstlagens tvingande regler inte är tillämpliga på besiktningsuppdrag medför att det inte finns något principiellt hinder mot att en besiktningsman som är näringsidkare gentemot en uppdragsgivare som är konsument avtalsvis begränsar sitt ansvar. Frågan huruvida en överenskommen ansvarsbegränsning kan göras gällande i ett enskilt fall får i stället avgöras av allmänna principer.»* Jfr här till min uppsats i Festskrift til Mads Bryde Andersen, 2018, Professionsutövares ansvarsbegränsningar, a.a. s. 525 ff.

<sup>6</sup> Jag har kritiserat HD:s dom och anslutit mig till den i dansk rätt dominerande uppfattningen i min uppsats »Professionsutövares ansvarsbegränsningar« i Festskrift til Mads Bryde Andersen 2018, a.a. s 525 ff. Detta har i sin tur kanske tydligast kommit till uttryck i Torsten Iversens i not sju berörda arbete.

<sup>7</sup> Jag avser att behandla detta i en kommande artikel som blir en fortsättning på min uppsats i festskriften till Mads Bryde Andersen, se ovan not 5 och berör de frågor som Bryde Andersen behandlade i sin Viggo Hagström föreläsning i Oslo 2019; *Aftaleloven § 36: En lille lovreform med vidtrækkende konsekvenser for nordisk aftaleret – Hagstrøms minneforelesning, 11. januar 2019.* I likhet med Bryde Andersen ansluter jag mig till Torsten Iversens synsätt; Torsten Iversen i *Obligationsret Del 1 (5. udg., 2016)*. Denne anger att *»Forudberregnelighed, konsekvens og harmoni i retssystemet forudsætter, at retsvidenskaben ikke giver op over for problemerne, men forsøger at opstille grundsætninger og regler, således at ikke alt er overladt til et konkret rimelighedsskøn.»*

är förenade med att överföra och dokumentera all den information som kunden är berättigad till. En viktig fråga som detta omfattande informationsansvar inte heller kan förbigå är frågan hur s.k. robotrådgivning fungerar i relation till denna lagstiftning särskilt som den är tvingande gentemot konsumenter och får antas ha stor betydelse för analogier i andra fall även om HD således inte verkar helt övertygad av analogier ens i konsumentförhållanden att döma av det synsätt som domstolen anlade i NJA 2017 s. 113.<sup>8</sup>

Det förefaller som om robotrådgivning är en tämligen ny företeelse då flera större aktörer har skapat s.k. plattformar för vad som brukar betecknas som »*automatiserad rådgivning*«. Lika lite som den svenska lagen om finansiell rådgivning har någon explicit definition av finansiell rådgivning så saknas det självfallet även en legal definition av lokutionen robotrådgivning, men något oväntat, så har den svenska Finansinspektion (FI) utfärdat en slags definition av vad man anser vara i vart fall »*automatiserad rådgivning*«.

Det rör sig inte om någon på en författning grundad definition, utan blott en genom myndigheten upprättad promemoria<sup>9</sup> där det anges att FI därmed avser »*personliga råd om finansiella instrument som ges utan mänsklig inblandning eller med begränsad mänsklig inblandning, ofta online*«. Det anges också att vissa »*automatiserade* rådgivningsverktyg är helt automatiserade medan andra innefattar viss mänsklig kontakt i något skede av processen« men att båda »*dessas varianter omfattas av det som FI benämner automatiserad rådgivning*«.

Promemorian hänvisar också till § 4 c i lagen om värdepappersmarknaden<sup>10</sup> där det ju också anges att med investeringsrådgivning avses »*tillhandahållande av personliga rekommendationer till en kund i fråga om en eller flera transaktioner som avser finansiella instrument*«. Enligt promemorian avses med »*en personlig rekommendation... en rekommendation som presenteras som lämplig för personen i fråga eller som är baserad på en bedömning av den berörda personens omständigheter*«.

Det anges också i promemorian att investeringsrådgivning »*innehåller tre kritiska moment*« nämligen »1) att samla in tillräckligt med information

<sup>8</sup> Se ovan not 6.

<sup>9</sup> Se FI Dnr 16-19268 upprättad av Charlotta Olivendahl och Marie Thorsbrink.

<sup>10</sup> Notera även vad som stadgas i 1 § 2 st samma lag: Ytterligare bestämmelser om värdepappersmarknaden finns i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 600/2014 av den 15 maj 2014 om marknader för finansiella instrument och om ändring av förordning (EU) nr 648/2012 (förordningen om marknader för finansiella instrument).« Vi har här således den vidlyftiga EU-lagstiftningen som sköljer över oss föreskrifter avseende den finansiella marknaden.

om kunden och att göra en tillräcklig analys av informationen, 2) att hantera motstridiga uppgifter och 3) att matcha kundens investeringsprofil med lämpliga finansiella instrument eller investeringsstrategier».

Det är tydligt att såväl svensk lagstiftning som tillsynsmyndigheten uppfattar investeringsrådgivning som en mycket kvalificerad verksamhet som kräver betydande insikter i kundens personliga förhållanden, ekonomi och kunskaper om den finansiella marknaden. Det framstår då som uppenbart att varje form av automatiserad rådgivning måste också leva upp till dessa krav och några »software bugs« i systemet kan inte accepteras. Det tycks också vara så, att det finns olika varianter av mer eller mindre automatiserade kontakter med kunder, där vissa former innefattar helt automatiserad vägledning medan andra innehåller såväl personlig kontakt som automatiserad vägledning.

I den internationella ekonomiska diskussionen har man talat om s.k. *portföljvalsteorier* av olika slag och det förefaller som om programvaror har utvecklats för investering i fonder med den utgångspunkten. Besläktad med robotrådgivning är tydligen vad som enligt MiFID II betecknas som algoritmisk handel men jag avser inte att försöka tillhandahålla lösningar som huvudsakligen bygger på sofistikerade definitioner på kontakten mellan kunden och finansiellt institut. Utgångspunkten måste vara att ansvaret bedöms likvärdigt oberoende av var på den professionella rådgivningsmarknaden robotrådgivning dyker upp och utgångspunkten måste då vara vad kunden har anledning förvänta sig.<sup>11</sup>

Rådgivning är ju en form av informationsförmedling men det finns även andra former av informationsförmedling som inte kan beskrivas som rådgivning, nämligen ren förmedling – närmast överföring – av sakinformation. Dessvärre valde den svenska offentliga utredning som låg till grund för den

<sup>11</sup> Här kan kraven antas vara olika beroende på om det rör sig om en kommersiell kund med stor erfarenhet av den finansiella marknaden eller om fråga är om en oerfaren kund som ju ofta är konsument men i vissa fall kan vara små kommersiella aktörer. Här kan erinras om det svenska avgörandet NJA 1995 s. 693. Här uttalade Högsta domstolen först följande: *[R]eglerna i de allmänna råden angående optionshandel särskilt den tillmätas betydelse som anger att en fondkommissionär måste förvissa sig om att en kund har fått fullt klart för sig vilka risker som är förenade med att ställa ut optioner. Detta bör ses som ett krav vid handel med sådana derivata instrument för att fondkommissionären skall anses fullgöra sitt uppdrag med tillräcklig omsorg.*« Sedan tillade domstolen som underlag för bedömningen i det enskilda fallet att det fick » anses att B:s inför den fortsatta handeln med indexoptioner hade fog för uppfattningen att C.H. var tillräckligt medveten om de särskilda riskerna med handel med indexoptioner. B:s kan då inte anses ha brustit i omsorg genom att inte informera honom om riskerna.«

svenska lagen om finansiell rådgivning aldrig den lösning som jag föreslog på detta problem – men som jag fick tillfälle att presentera för utredningen – nämligen att en professionell finansiell institution som har kundkontakter inför eventuell förmedling av investeringsförslag skall om man bort förstå att kunden är i behov av rådgivning upplysa kunden om detta, samt om och i så fall i vilken omfattning man är redo att ge sådan rådgivning.<sup>12</sup>

Möjligen skulle en sådan princip likväl gälla som ett utflöde av en professionell rådgivares förpliktelser såsom uttryck för en lojalitetsplikt mot kunden. Det kan likväl inte komma ifråga att konstruera eller rekonstruera en kundrelation om förhållandena i det enskilda fallet inte är sådana att kunden haft fog att förvänta sig att få professionell rådgivning vid sitt investeringsbeslut. Nu tycks emellertid det finansiella institutet kunna bortse från kundens behov även om det är uppenbart att kunden efterfrågar denna upplysning och tror sig erhålla objektiva råd men istället erhåller blott konkret information om de finansiella instrument som bolaget tillhandahåller. Möjligen skulle man i mer graverande fall kunna tolka in en viss upplysningsplikt om behovet av fördjupade kunskaper avseende finansiella investeringar, kanske som ett utflöde av den *avrådningssplikt* som föreligger enligt rådgivaransvarslagen.<sup>13</sup>

Om robotrådgivning är en ny företeelse i Sverige så förefaller man i den finansiella världens Mecka inte längre lika imponerad, så har t.ex. USB lagt ner sin robotrådgivning och sålt den teknologi som man utvecklade för denna verksamhet för att därigenom nå andra och nya kundkretsar med möjlighet att biträda vid rådgivning avseende lägre belopp. Det har ofta påpekats i den svenska debatten att robotrådgivningen visserligen är en billigare form av rådgivning än den traditionella men att den inte bygger på någon sofistike-

<sup>12</sup> En sådan regel skulle på ett effektivt sätt klargöra och samtidigt begränsa vad man kan kräva. Kunden blir då informerad om sina behov och kan sedan ta ställning till om denne vill investera i den information som klargör mer precist vilka risker som kan tänkas föreligga.

<sup>13</sup> Se lag (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter § 5 2 st där det stadgas följande: »Näringsidkaren skall avråda konsumenten från att vidta åtgärder som inte kan anses lämpliga med hänsyn till konsumentens behov, ekonomiska förhållanden eller andra omständigheter.« Det är dock helt kongruent med vad som stadgas i § 1: »Denna lag gäller finansiell rådgivning som en näringsidkare tillhandahåller en konsument och som omfattar placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i livförsäkringar med sparmoment. Lagen är dock inte tillämplig när den som utför rådgivningen enbart förordrar en annan placering än som nu sagts.« Väljer det finansiella institutet att inte tillhandahålla någon rådgivning kan ju inte följa en avrådningsplikt om man inte tolkar in densamma från ett generellt kontraktsrättsligt perspektiv.



rad form av tillämpning av s.k. artificiell intelligens utan betydligt enklare system.

Roboten har i detta hänseende beskrivits närmast som »*matematiska logaritmer som i grunden bygger på principen om modern portföljvalsteori*«. <sup>14</sup> Theander <sup>15</sup> beskriver saken så, att dessa »*formler sammanställs sedan i en programmerad algoritm som skräddarsys av aktören i fråga för att följa ett särskilt mönster givet vissa förutsättningar*«. Beroende på »*vad som avtalats parterna emellan, ska den förprogrammerade algoritmen som utifrån vissa givna parametrar, presentera en finansiell lösning till sin uppdragsgivare*«.

Theander påpekar att kunden i förväg normalt får fylla i »*en enkät som visar ålder, kön, placeringshorisont, hushållsekonomi, risknivå etc. Dessa faktorer har sedan roboten att ta hänsyn till i kundprofileringen och sedermera i arbetet att skräddarsy kundens portfölj*«.

Produkterna som utväljs skall anpassas efter i »*enkäten*« angivna faktorer och avses skola spegla uppdragsgivarens individuella risknivå. På kundens begäran skall portföljen sedan fortlöpande ses över. Theander menar – med hänvisning till en rapport från Ernst and Young <sup>16</sup> – att detta rådgivningsalternativ »*blir särskilt praktisk för den som önskar snabba råd och/eller ha diskretionär kapitalförvaltning*«. Det sagda leder emellertid till slutsatsen att det måste finnas betydande risker att kunden kan tappas bort i systemet eller att viktiga förhållanden som säkerligen hade uppmärksamats under en mer klassisk fysisk rådgivningssituation kan leda till missförstånd.

## 2. Robotar ger inga råd

Vi har i de nordiska länderna sett en påtaglig utveckling av det s.k. professionella rådgivaransvaret och därvid har inte minst den EU-rättsliga regleringen på finansmarknaden kommit att stå som ledstjärna för ett alltmer strängt ansvar. För svensk rätts del har rättsutvecklingen varit stark i rättspraxis från cirka år 1990 och kom i samband med den komplicerade skattereform som

<sup>14</sup> Se här till ett intresseväckande examensarbete som innefattar kunskaper bortom den klassiska rättsdogmatikens domäner; Rebecca Theander, Robotrådgivning – vem bär ansvaret för vårdslös automatiserad investeringsrådgivning (2018). Arbetet innefattar en intresseväckande introduktion i den kommersiella kontexten där ansvarsfrågorna aktualiseras. Theander hänvisar till ett så pass tidigt arbete som Markowitz, Harry: Portfolio Selection, The Journal of Finance. 7:1, (1952) s. 77–91.

<sup>15</sup> Se a.a. s. 14 ff.

<sup>16</sup> Se Ernst & Young: Robo Advisory – An analysis of the competitor landscape in the Nordics, (2018), s. 19 ff.



då genomfördes att medföra ett omfattande behov av skatterådgivning med ty åtföljande rättstvist mot skatterådgivare, något som tidigare varit praktiskt taget obefintligt i Sverige.<sup>17</sup>

Även den intensifierade marknadsföringen av investeringsprodukter till nya grupper av konsumenter medförde på samma sätt ett behov av personlig rådgivning<sup>18</sup> men problemen i form av felaktig eller i vart fall vilseledande information medförde en reaktion från lagstiftaren varigenom vi i Sverige således fick en påtagligt sträng och resurskrävande lagstiftning om ansvar för finansiella rådgivare.<sup>19</sup> Kostnaderna för det »informations kitt« som de som omfattas av lagstiftningen skulle få del av har ofta anförts vara så omfattande att en övergång till ett annat informationssystem byggd på interaktiva data-program påskyndades.

Ur ett bredare och mer principiellt perspektiv är ansvar vid professionell rådgivning ett ansvar för oaktsamt vilseledande information. Det spelar därför enligt mitt förmenande ingen roll att den informationsförmedling som sker över internet med hjälp av interaktiva program inte kan betraktas som rådgivning i ordets mer inskränkta bemärkelse, eftersom det rör sig om *professionell informationsförmedling*. Inte heller försvagas ansvaret av att det saknas den personliga kontakt som utmärker individuell rådgivning. Det måhända svagare ansvar för skada genom felaktig marknadsföring som återfinns i marknadsföringslagstiftning kan enligt mitt förmenande inte heller läggas till grund för ansvarsanalysen. Tvärtom måste utgångspunkten vara att om kunden, d.v.s. besökaren på det finansiella institutets hemsida, genom att lämna personliga uppgifter som förts in i systemet haft anledning att uppfatta informationen som personlig rådgivning och inte som marknadsföring, ansvar bör inträda motsvarande vad som gäller vid personlig rådgivning.

Ansvaret är här liksom annars *ett s.k. culpaansvar*, men frågan vad som kan konstituera oaktsamhet kan här vara annorlunda än vid personlig rådgivning. Jag menar att culpa-bedömningen måste ske ur kunden/hemsidebesökarens utgångspunkt. Det betyder att om det föreligger ett fel i det tekniska systemet så kan inte det finansiella institutet åberopa att man inte känt till felet eller att någon form av »*bugg*« som drabbat kunden inte kan befria informationsförmedlaren. Det betyder inte att denne har något strikt ansvar

<sup>17</sup> Se t.ex. rättsfallen NJA 1991 s. 625, NJA 1992 s. 58, NJA 1992 s. 243, NJA 1992 s. 502 och NJA 1994 s. 598.

<sup>18</sup> Se t.ex. Kleineman Rådgivares informationsansvar — en probleminventering, SvJT 1998 s. 185 ff.

<sup>19</sup> Se ovan not 13.

för vad kunden uppfattat, men att det finansiella institutet bär ansvaret för att informationen fått ett vilseledande innehåll på grund av tekniska brister.

Eftersom kunden *inte* i ett sådant fall bör bära risken för felaktigheter i informationsverktyget och informationsförmedlaren här valt att fullgöra sina på lag och/eller kontraktuell lojalitetsplikt grundade förpliktelser, så får det finansiella institutets beslut att i det enskilda fallet avstå från att granska vad tekniken ger kunden för intryck till effekt att kunden kan bli vilseledd. Motsatsen skulle ju innebära att det vore möjligt att övervältra culpaansvaret för felaktig information på kunden genom att avstå från personlig rådgivning även när sådan påbjudes eller påstås föreligga. Även informationsförmedling som sker enbart som ett uttryck för marknadsföring kan ju mycket väl av mottagaren uppfattas som verklig rådgivning, d.v.s. ett slags objektiv orientering om premisserna för t.ex. förvärvsbeslut på den finansiella marknaden.

Som jag således ser saken, måste det fel som måhända det finansiella institutet inte känner till därför att det beror på någon slags »*bugg*« i tekniken, analyseras ur en specifik ansvarssynvinkel, nämligen som om det vore fråga om en »*verklig*« rådgivare som var placerad där kunden mottar informationen, varigenom felet läggs institutet till last som culpa. Det kan dock inte uteslutas att felet är så grovt att kunden skäligen borde ha förstått detta, eller att felet gav ett kryptiskt intryck att kunden i vart fall kunde anses ha varit medvållande genom att inte påfordra en personlig förklaring.

Jag avser därför att här framställa *en culpateori som omfattar ansvaret för finansiella informationsverktyg*. Någon kanske invänder att det ansvar som jag anser föreligga vid s.k. robotrådgivning trots allt måste vara någon form av strikt ansvar eller i vart fall ett s.k. kontrollansvar som vi känner från den internationella köplagen (CISG) eller den svenska köplagen från år 1990. Det skulle då kanske kunna anföras, att ett så strängt ansvar endast kunde införas med stöd av särskild lagstiftning och att i avsaknad av detta, ansvar endast skulle kunna inträda när det påvisas att det finansiella institutet varit konkret oaktsamt i förhållande till det fel som yppats i den elektroniska utrustningen. När det gäller »*buggar*« i sådana system har ju det finansiella institutet sällan någon insikt i den tekniska och elektroniska konstruktionen av systemet och är därmed oftast »*oskyldigt*« i förhållande till detsamma.

Den angivna slutsatsen skulle i så fall leda till att ansvar inte kunde inträda även när kunden saknar egen möjlighet eller förmåga att få insikt om att »*rådgivningen*« i ett sådant fall varit felaktig och därför fattar ett olämpligt beslut på grundval av vad som framkommit genom »*rådgivningen*«.

Jag menar att man inte på detta sätt kan låta de finansiella instituteten befrias från ansvaret för den rent faktiskt vilseledande informationen genom att dessa väljer att överlåta eller i vart fall överföra kontrollen över informationsförmedlingen till interaktiva elektroniska system d.v.s. till förbilligande hjälpmedel. Utgångspunkten bör enligt mitt förmenande vara att *om* kunden eller andra som tar del av informationen och som densamma är direkt riktad till,<sup>20</sup> har befogad anledning att uppfatta densamma som rådgivning eller rådgivningsliknande information och inte kan på egen hand inse att något blivit fel så skall informationen anses ha givits oaktsamt, oaktat felet ligger utanför det finansiella institutets egen kontrollsfär.

Någon kanske hävdar att jag därmed skulle förespråka införandet i praxis och utan stöd i lag av ett kontrollansvar för professionella rådgivare. Visserligen finns ju sådant ansvar inte bara i 1990 års köplag och i annan konsumentinriktad köplagstiftning utan även i viss lagstiftning på det finansiella området. Den svenska marknadsdomstolen uttalade t.ex. i rättsfallet MD 2006:4 följande:

*»Kontrollansvaret som ansvarsgrund är numera så etablerad att det i konsumentförhållanden måste betraktas som en tvingande allmän rättsprincip.«*

Samtidigt har man varit negativ mot att införa kontrollansvar på t.ex. kommissions- och handelsagentslagstiftningens område. Det är således inte självklart att se kontrollansvaret som en allmän skadeståndsrättslig princip som genom införandet av 1990 års köplag skulle träda istället för andra äldre kontraktuella skadeståndsprinciper som t.ex. presumtionsansvar och strikt ansvar som ju återfinns i den nordiska köplagen från år 1905 och som fortfarande torde vara gällande rätt i Danmark.

Jag menar att det istället rör sig om något annat än besläktat med kontrollansvar men som *ligger inom ramen för klassiska allmänna skadeståndsprinciper* nämligen *tillitsbaserat ansvar*. När det finansiella institutet är förpliktigt att tillhandahålla information eller om institutet väljer att presentera informationen så att mottagaren har anledning uppfatta det hela som rådgivning i ordets vidare bemärkelse, får »*rådgivaren*« stå risken för att det föreligger fel i den överförda informationen om felet är sådant att, om det hade framträtt vid en fysisk interaktion mellan kunden och institutet och

<sup>20</sup> Jag hänför mig här till vad som i den internationella rådgivningsansvarsdiskussionen brukar betecknas som »*the end and aim rules*«. Se Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987 s. 375 ff. och s. 452 ff.

detta då borde ha upptäckt felet, underlåtenheten att upptäcka detsamma innan det påverkar kundens beslut, skall räknas som oaktsamhet. Beslutet att inte kontrollera hur informationen uppfattas i kundledet skall närmast ses som *ett medvetet risktagande* som innebär att man svarar för den vilseledande informationen. Man skall inte s.a.s. kunna vårda sin goda tro genom att underlåta att ha en kontroll av arbetsverktygen under det informationsöverförande stadiet och därefter kunna åberopa att man inte varit oaktsam i förhållande till det tekniska fel som timat.

Går man således till värdepappersmarknadslagen är nyckelordet för att tillgodogöra sig vad som åvilar det finansiella institutet lokutionen »*investeringsrådgivning*« d.v.s. vad som innefattar den intellektuella interaktionen mellan »*värdepappersbolag*« och kunden, d.v.s. en investerare. Det finns i själva lagtexten en s.k. legaldefinitionen i 1 kap. 4 c § värdepappersmarknadslagen nämligen

*»Tillhandahållande av personliga rekommendationer till en kund i fråga om en eller flera transaktioner som avser finansiella instrument.«*

Definitionen är hämtad från ett EU-direktiv – MiFID I – och har på sedvanligt sätt förts över till värdepappersmarknadslagen för att därigenom på detta specifika område uppnå en viss grad av harmonisering av den europeiska värdepappersmarknaden. I det följande EU-direktivet – MiFID II – har tagits fram ytterligare en definition i artikel 4 p. 4:

*»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.«*

Detta »nya« krav, d.v.s. att rekommendationen ska ske på begäran *eller* på värdepappersföretagets initiativ har i sin tur införts i 8 kap. 25 § p. 2 värdepappersmarknadslagen. Innebörden av lokutionen »*personlig rekommendation*« ska enligt förarbetena till värdepappersmarknadslagen förstås som en »*rekommendation som presenteras som lämplig för personen i fråga eller som är baserad på en bedömning av den berörda personens omständigheter*«. <sup>21</sup> I lagmotiven finns en intressant men måhända svårtolkad kommentar till vad Finansinspektionen anförde i samband med den nya regleringens beredning:

<sup>21</sup> Se prop. 2006/07:115 s. 313 ff.

*Finansinspektionen har ställt sig frågande till gränsdragningen mellan investerings-tjänsten investeringsrådgivning och sådan ekonomisk rådgivning som kreditinstitut får lämna enligt 7 kap. 1 § andra stycket lagen om bank- och finansieringsrörelse. Gränsdragningen mellan värdepappersrörelse och verksamhet som ett kreditinstitut får driva med stöd av sitt tillstånd enligt lagen om bank- och finansieringsrörelse är en fråga som har berörts i andra sammanhang. I förarbetena till sistnämnda lag uttalas exempelvis att en förutsättning för att ett kreditinstitut skall få ägna sig åt den verksamhet som räknas upp i 7 kap. 1 § är att det är tillåtet enligt de särskilda regler som gäller för verksamheten i fråga, t.ex. lagen om värdepappersrörelse (jfr prop. 2002/03:139 s. 297 och 532). I enlighet härmed bör gälla att ett kreditinstitut kommer att behöva tillstånd enligt den nya lagen om värdepappersmarknaden för att få tillhandahålla investeringstjänsten investeringsrådgivning som den är definierad i MiFID.*

Det finns emellertid ingen anledning att från ett rent skadeståndsrättsligt perspektiv fördjupa sig i dessa subtila finansmarknadsrättsliga distinktioner. Från ett skadeståndsrättsligt perspektiv måste det vara avgörande vilken effekt informationen gav hos mottagaren och vilken handling eller underlåtenhet som detta i sin tur gav upphov till hos denne. Detta är det generella kausalitetskravet som förtydligas genom kravet på att detta handlingsmönster framstår som befogat vilket således motsvarar det klassiska adekvanskravet. Bedömningen av allt detta måste enligt mitt förmenande ske utifrån informationsmottagarens synvinkel.

### 3. Slutsatser – en närmare precisering av culpabedömningen

Utgår man från de premisser som jag ovan redogjort för så är de finansiella institutens rådgivaransvar vid s.k. robotrådgivning visserligen ett strängt culpaansvar, men likväl inte ett strikt ansvar. Eftersom jag gjort gällande att ansvaret för hjälpmedel vid rådgivning är strikt så liknar ansvaret vad som inom köprätten är ett s.k. kontrollansvar. Rådgivaren kan med det valda synsättet inte *exculpera* sig genom att hänvisa till att kunden blivit vilseledd genom ett fel på den tekniska utrustningen om kunden inte borde ha insett att informationen inte kunde vara korrekt, eller att rimliga slutsatser inte kunde dras av den information som tillhandahölls.

Grunden till detta culpaansvar är att rådgivning i en professionell kontext är *en interaktiv samverkan* mellan rådgivaren och mottagaren av informationen. Den förre har eller i vart fall borde ha insett syftet med förfrågan och

har dessutom i de allra flesta fall själv initierat kundens intresse eftersom det på den finansiella marknaden ofta är så, att objektiva råd ligger rent faktiskt nära marknadsföring. För att ett interaktivt informationsutbyte skall kunna fungera måste informationsförmedlaren kunna följa kundens reaktion på överförd information vilket i sin tur betyder att den förre även måste ha en omedelbar kontroll över vad som överförs. Avhänder sig förmedlaren detta genom att låta kunden få del av en på ren teknik överförd uppgift så saknas denna direktkontroll.

Frågan är då vem som skall stå risken för detta fel. Det måste antingen vara informationsförmedlaren eller informationsmottagaren. Enligt mitt förmenande ligger det närmare till hands att låta den förre göra det. Rådgivning är till sin natur ett hantverk. Beslutet att överföra informationen till ett elektroniskt redskap, ett hjälpmedel, sker emellertid primärt i rådgivarens intresse. Det finns så vitt jag förstår saken inget som dessa robotar kan göra som överträffar vad kunden genom traditionell informationsmedling kan erhålla, utan robotrådgivningen motiveras primärt av kostnadsskäl. Det har visserligen sagts mig att kostnaderna för mer traditionell rådgivning på den finansiella marknaden är dyr och att de krav som uppställts i såväl lagen om finansiell rådgivning som i annan följdlagstiftning och genom föreskrifter av de svenska myndigheterna (framförallt Finansinspektionen och Konsumentverket) är så omfattande att kundernas affärer måste uppnå en sådan storlek att de flesta konsumentkontakter kan bli direkt olönsamma för det finansiella institutet.

Det har därför hävdats i den svenska diskussionen, att robotrådgivningen möjliggör en tillgänglighet för »vanliga människor« av sådant som annars är förbehållet en exklusiv och mycket välbeställd elit, något som i sin tur skulle motivera en viss mildring av ansvaret. Tanken att »billiga råd« skulle kunna reducera ansvaret för det professionella rådet är enligt mitt förmenande emellertid inte en skälig tankegång. Vill rådgivaren reducera användbarheten av rådet för att minimera risken för skadeståndsansvar, bör det ske genom tydliga klargöranden vad det kan och bör användas till och vill man inte träda i personlig förbindelse med kunder som har investeringsmöjligheter som inte möjliggör lönsamhet för institutet får man avstå från dessa kunder.

Om lagstiftaren i det läget önskar införa någon form av kontraheringstvång för finansiella institut får i så fall frågan om kostnaderna för att kunna uppfylla de krav på kvaliteten på den information som fordras, tillgodoses genom högre avgifter för mindre kunder eller om lagstiftaren inte kan acceptera någon form av sådan »diskriminering« genom att lagstiftaren vid sidan

av kontraheringstvång inför ett krav på likabehandling i kostnadshänseende, d.v.s. att de större kunderna då tvingas bära en större del av de »gemensamma« kostnaderna än de mindre kunderna. Man kan enligt mitt förmenande emellertid varken efterge kravet på korrekt rådgivnings- och informationsförmedling gentemot hela kundkollektivet eller medge lägre kvalitet på dess innehåll gentemot mindre kunder.

Om det leder till en övergång till en robotrådgivning som i mindre utsträckning uppfyller de kvalitetskrav som objektivt bör ställas och att ansvaret därvid kan komma att utsträckas så att det omfattar fel i den elektroniska utrusningen, får dessa skador ses som en kostnad i rörelsen för de berörda aktörerna. Bedömningen kan och bör ske inom ramen för en culpaanalys.



