

Fråga om lämpliga metoder vid tillsynsverksamhet

Anmälan

I en anmälan som kom in till JO den 16 april 2007 klagade AA på Finansinspektionens sätt att genomföra en tillsynsutredning. Han anförde i huvudsak följande.

Av Finansinspektionens rapport 2007:5, Rådgivningen, kunden och lagen – en undersökning av finansiell rådgivning, framgår att tjänstemän från Finansinspektionen inom ramen för sin tillsynsverksamhet under falska förespeglningar har uppsökt banker och lämnat falska uppgifter till sina tillsynsobjekt.

AA ifrågasatte om arbetssättet var förenligt med gällande bestämmelser.

Utredning

Rapporten hämtades in från Finansinspektionens hemsida. Därefter remitterades anmälan till Finansinspektionen för utredning och yttrande. I remissvaret, daterat den 16 juli 2007, uppgav biträdande generaldirektören och chefsjuristen BB i huvudsak följande.

— — —

Hur den faktiska tillsynen får bedrivas är endast kortfattat berört i lagens förarbeten (se prop. 2002/03:130 s. 369–388). I förarbetena (a.a. s. 370) anges uttryckligen att avsikten är att föreslå ett regelsystem för tillsynen som överlämnar till Finansinspektionen att utforma hur det praktiska tillsynsarbetet ska bedrivas.

I propositionen med förslag till ny lagstiftning för bl.a. värdepappersrörelse (prop. 2006/07:115) finns en genomgång av Finansinspektionens kontroll- och ingripandemöjligheter utifrån de krav som ställs i EG-direktivet om marknader för finansiella instrument (2004/39/EG). Den nya lagen om värdepappersmarknaden träder i kraft den 1 november 2007 och ersätter bl.a. lagen om värdepappersrörelse. Vad som anförs i propositionen överensstämmer i allt väsentligt med vad som ovan redovisats enligt lagen om bank- och finansieringsrörelse (se prop. 2006/07:115 s. 488–497). Såvitt Finansinspektionen känner till har inte frågan om att agera kund som tillsynsmetod berörts i några lagförarbeten.

Tillsyn innebär bl.a. att kontrollera hur företagen efterlever de bestämmelser som reglerar den tillståndspliktiga verksamheten (se t.ex. 15 kap. 1 § lagen om bank- och finansieringsrörelse). Något förenklat kan man dela in regelkraven i två grupper. Dels sådana regler som syftar till att säkerställa de finansiella företagens förmåga att långsiktigt fullgöra sina åtaganden. Detta handlar huvudsakligen om att företaget ska

ha en tillräcklig finansiell styrka i förhållande till de risker som verksamheten är förknippad med. Men också att företaget har ändamålsenliga rutiner för styrning och kontroll av verksamheten.

Den andra gruppen består av olika uppföranderegler. Dessa regler har oftast till syfte att värna konsumentskyddet. De kan också ha som mål att främja effektiviteten på de finansiella marknaderna. Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter är ett typexempel på sådana konsumentskyddsregler.

Finansinspektionens uppdrag är formulerat i förordningen (SFS 2006:1022) med instruktion för Finansinspektionen. Enligt 2 § är de övergripande målen för Finansinspektionens verksamhet att bidra till det finansiella systemets stabilitet och till ett gott konsumentskydd på det finansiella området. Vidare kan nämnas att Finansinspektionen enligt 5 § punkt 2 årligen ska redovisa en samlad bedömning av konsumentskyddet inom det finansiella området.

Utöver nämnda förordning ger regeringen årligen i regleringsbrev närmare anvisningar om de särskilda uppdrag myndigheten erhåller för resp. verksamhetsår.

Rådgivningsundersökningen

Lagen om finansiell rådgivning till konsumenter trädde i kraft den 1 juli 2004. Motivet till lagstiftningen var huvudsakligen att den långvariga börsnedgången under de första åren på 2000-talet hade visat på behovet av att stärka konsumentskyddet vid finansiella placeringar.

Under 2005 genomförde Finansinspektionen en undersökning av hur de finansiella företagen hade implementerat rådgivningslagens krav. Den nu aktuella undersökningen syftade till att fördjupa granskningen av rådgivningen med särskilt fokus på hur kunden bemöts vid rådgivningstillfället. Av särskilt intresse var hur väl rådgivarna hämtar in information om kundernas ekonomi och övriga förhållanden samt hur dokumentationen av kunduppgifter och investeringsråd fullgörs. Vidare avsåg undersökningen att belysa hur tydlig åtskillnad de finansiella företagen gör mellan försäljning och rådgivning. Syftet med undersökningen var således att få en allsidig belysning av hur väl rådgivningslagen fungerar i praktiken.

Undersökningen bestod av tre delar. För det första gjordes ett antal platsundersökningar vid banker och värdepappersbolag. Vid platsbesöken granskades bl.a. vilken dokumentation som fanns avseende kunder som erhållit investeringsråd. För det andra genomfördes ett antal intervjuer med konsumenter som fått finansiell rådgivning. Intervjuerna genomfördes på telefon och kunderna upplystes om att det var helt frivilligt från deras sida att medverka i undersökningen och svara på våra frågor. För det tredje genomfördes besök vid 40 olika bankkontor där medarbetare vid Finansinspektionen agerade kunder.

I undersökningen besökte vi kontor vid de fyra storbankerna och Sparbanken Enköping. Totalt deltog ca 15 medarbetare vid myndigheten vid besöken. Vid varje tillfälle kontaktade medarbetaren först berört kontor och bokade tid för en finansiell rådgivning. Samtliga medarbetare som deltog fick en muntlig genomgång av förutsättningarna för undersökningen och hur de skulle agera vid rådgivningsbesöken. Vidare gjordes en genomgång av rådgivningslagens och föreskrifternas krav på finansiella rådgivare. Samtliga medarbetare fick även skriftliga instruktioner samt ett frågeformulär som skulle fyllas i efter genomfört besök. Genomgången genomfördes av enhetschefen CC och undertecknad. Alla medarbetare som deltog fick samma instruktioner.

Som framgått av redogörelsen ovan under avsnittet lagen om finansiell rådgivning är det rådgivarens skyldighet att ta reda på alla relevanta omständigheter om kunden. Medarbetarna instruerades att lämna fullständiga och korrekta uppgifter om deras egen ekonomi och försörjningsbörda m.m. men även att de var anställda vid Finansinspektionen. Den enda uppgift som inte var autentisk var att skälet till rådgivningen var att medarbetaren förväntade sig ett arv på ca 800 000 kr och önskade placeringsförslag. Vidare instruerades medarbetarna att de på direkt

förfrågan skulle uppge att besöket var en del i en undersökning och inte ett privat besök.

Beslutet att genomföra en del av undersökningen i form av att personal agerade kund fattades av avdelningschefen DD efter samråd med undertecknad.

När undersökningen var avslutad skrev Finansinspektionen brev till alla berörda kontor där de upplystes om att de specifika besöken utgjort ett led i en undersökning.

Finansinspektionens bedömning

Innan rådgivningsundersökningen genomfördes gjorde Finansinspektionen en utredning av om det kunde anses strida mot författning eller i övrigt vara olämpligt att myndighetens personal som en tillsynsметod agerade kunder.

I utredningen beaktades bl.a. vad JO i olika fall anfört om brottsprovokation i polisutredningar (bl.a. JO:s remissvar på SOU 2003:74 samt dnr 3240-1998). Vår bedömning var att den undersökning vi ämnade göra i allt väsentligt skiljer sig från det som kan beskrivas som brottsprovokation. Finansinspektionens syfte var att kartlägga hur väl finansiella rådgivare lever upp till de näringsrättsliga krav som ställs på hur en finansiell rådgivning ska genomföras.

En avgörande fråga var också hur Finansinspektionen på något alternativt sätt skulle kunna kontrollera efterlevnaden av kraven på kartläggning av kunden, dokumentation och hur väl underbyggt ett visst finansiellt råd är. Vid ett normalt platsbesök kan myndigheten t.ex. ta del av företagets interna instruktioner till rådgivare och göra stickprovskontroller av dokumentation avseende genomförda rådgivningstillfällen. Det finns dock ytterst begränsade möjligheter att på ett skriftligt underlag bedöma t.ex. om samtliga relevanta uppgifter tagits in från kunden. Inte heller kan bedömas hur rådgivaren presenterat de finansiella råden till kunden. Det är Finansinspektionens uppfattning att möjligheten att kunna agera kund är en nödvändig förutsättning för att myndigheten ska kunna uppfylla sin tillsynsuppgift över vissa konsumentskyddsregler. Detta gäller särskilt när lagstiftning eller föreskrifter ställer krav på den information som ska lämnas till en kund. Hur företagen lever upp till sådana krav kan knappast kontrolleras på annat sätt än utifrån kundperspektivet.

Finansinspektionen har även tidigare använt metoden att agera kund vid vissa undersökningar. I ett fall genomförde Finansinspektionen, med anledning av ett regeringsuppdrag, en undersökning av efterlevnaden av lagstiftningen om gränsöverskridande betalningar. Myndighetens personal genomförde ett antal betalningsöverföringar där syfte dels var att kontrollera att företagen inte tog ut avgifter i strid med lag, dels att betalaren erhöll den särskilda information som lagen anger. I ett annat fall har tjänstemän vid Finansinspektionen som kunder kontaktat fondbolag för att kontrollera att fondbolagen lämnat den information – muntlig och skriftlig – som lagen föreskriver.

Såvitt Finansinspektionen känner till är detta också en etablerad tillsynsметod bland vissa andra tillsynsmyndigheter i Europa. Financial Services Authority (tillsynsmyndigheten i England) har under relativt lång tid i sin konsumenttillsyn använt agera kund som en tillsynsметod. England har i många sammanhang framhållits som ett föregångsland när det gäller arbetet med konsumentskydd på de finansiella marknaderna. Det bör också beaktas att det inom ramen för det europeiska samarbetet på det finansiella tjänsteområdet f.n. pågår ett arbete med att harmonisera tillsyn och tillsynsметodik inom EU.

AA gavs tillfälle att kommentera remissvaret men hördes inte av.

I ett beslut den 21 december 2007 anförde *JO Berggren* följande.

Bedömning

Enligt 13 kap. 4 § lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse får Finansinspektionen när den anser att det är nödvändigt genomföra en undersökning hos ett kreditinstitut. Några närmare bestämmelser om hur en sådan undersökning skall gå till finns inte utan det praktiska tillsynsarbetet utformas av tillsynsmyndigheten. Av förarbetena till lagen (prop. 2002/03:139 s. 370) framgår bl.a. följande.

Det lagstiftaren kan göra är att anvisa mål för tillsynen och de medel, inklusive sanktioner, som skall stå till tillsynsmyndighetens förfogande om instituten bryter mot reglerna. Därtill kan riksdagen via lagstiftningen och regeringen via beslut i bl.a. instruktioner och regleringsbrev precisera de krav som de ställer på tillsynen.

Avsikten är alltså att föreslå ett regelsystem för tillsynen som överlämnar till Finansinspektionen att utforma hur det praktiska tillsynsarbetet skall drivas.

Finansinspektionen har i sitt yttrande anfört att för att myndigheten ska kunna uppfylla sin tillsynsuppgift över vissa konsumentskyddsregler är det en nödvändig förutsättning att myndighetens tjänstemän kan agera kunder. Jag betvivlar inte att Finansinspektionens syfte med sitt sätt att arbeta är annat än vällovligt och jag noterar också att myndigheten innan den aktuella rådgivningsundersökningen gjordes övervägde lagligheten och lämpligheten av en sådan undersökning.

Det finns som framkommit inga av lagstiftaren uppställda hinder mot Finansinspektionens arbetssätt och jag kan därför inte göra gällande att Finansinspektionen agerat felaktigt eller emot gällande föreskrifter.

I anslutning till vad som kommit fram i detta ärende kan det dock finnas skäl att nämna att jag tidigare i samband med lagförslag som syftar till att motverka diskriminering inom arbetslivet uttalat att dessa kunde komma i konflikt med principen att all offentlig verksamhet skall präglas av öppenhet och offentlighet. Enligt det ena förslaget skulle vissa myndigheter få använda sig av metoden ”situation testing” för att kontrollera förekomsten av diskriminering hos den egna myndigheten. Jag påpekade att en myndighets arbete skall präglas av tydlighet och öppenhet; att vidta åtgärder där motivet är ett annat än det som det synes vara strider mot god förvaltningstradition. I ett remissvar rörande förslag till avidentifierade ansökningshandlingar uttalade jag att förslaget i viss mån innebar en faktisk – om än inte formell – inskränkning av öppenheten i den offentliga verksamheten. Se JO 2006/07 s. 25.

Jag har inte ändrat uppfattning i sak. I allt fall bör enligt min mening ett förfarande där myndigheterna arbetar med inte helt öppna metoder regleras. Lagstiftaren bör ge anvisningar bl.a. om i vilken omfattning och på vilket sätt myndigheterna har möjlighet att vidta åtgärder där motivet är ett annat än det som det synes vara.

Jag överlämnar en kopia av mitt beslut till Regeringskansliet, Finansdepartementet, för kännedom.