

Rådgivning eller marknadsföring? Analys av försäkringsförmedlares verksamhet i förhållande till lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter och lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden

FREDRIC KORLING

”FI anser ... att situationen med marknadsföring och rådgivning hos försäkringsförmedlare är problematisk. Genom att försäkringsförmedlarna ofta verkar under parapytet 'marknadsföring' finns risk att de mer omfattande regelverken kringgås. Som regelverket i dag är utformat är gränsdragningen mellan icke-tillståndspliktig verksamhet (marknadsföring) och tillståndspliktig sådan (investeringsrådgivning respektive mottagande vidarebefordran av order) oklar. Regeringen bör därför överväga tydligare lagregler som definierar vad som är tillåten marknadsföring, till gagn för aktörerna på värdepappersmarknaden, men i synnerhet till förmån för konsumenten.”¹

1. Inledning

I januari 2011 presenterade jag en rapport som skrivits på uppdrag av Finansinspektionen. Bakgrunden till uppdraget var att Finansinspektionen de senaste åren utvärderat försäkringsförmedlares verksamhet och därvid kommenterat de problem som en kund ställs inför vid rådgivning, försäljning och marknadsföring av finansiella instrument. Kunderna har i enlighet härmed svårigheter att själv uppfatta om t.ex. marknadsföring har övergått i kundpassad investeringsrådgivning och vilken betydelse detta har för kundens

¹ Se Finansinspektionens tillsynsrapport, Erfarenheter av tillsyn och regelutveckling, 18 maj 2010, s. 30.

rättigheter och investerarskydd.² Finansinspektionen planerade därför att se över föreskrifterna för försäkringsförmedlare ”i syfte att tydliggöra för förmedlarna vad som krävs för att uppfylla lagens krav”.³

Finansinspektionen framförde särskilda önskemål om uppdragets utförande. Det betonades att frågorna skulle utredas med fokus på Finansinspektionens praktiska arbete, dvs. uppdraget syftade till att klargöra vilka regelverk som är tillämpliga i vissa situationer. Rapporten skulle därmed inte vara av sedvanligt akademiskt slag utan närmast syfta till att underlätta Finansinspektionens tillsynsarbete.

Uppdraget var vidare begränsat till att inte beakta övrig relevant nordisk lagstiftning och därmed inte heller de nordiska tillsynsmyndigheternas tolkning av tillämplig lagstiftning och praxis. Uppdraget innebar närmare att ge synpunkter på tolkningen av regelverket samt Finansinspektionens tillsynsarbete över försäkringsförmedlares verksamhet, särskilt vid marknadsföring och rådgivning av finansiella produkter och tjänster.

Rapporten baseras på en studie av det regelverk som var tillämpligt på försäkringsförmedlares och finansiella rådgivares verksamhet per den 31 november 2010. Därutöver genomfördes djupintervjuer med ett antal marknadsaktörer.

Nedanstående är ett urval av några av de frågor som analyserades i rapporten, med särskild inriktning på gränsdragningen mellan rådgivning och marknadsföring samt därvid frågan om vilket/vilka regelverk som blir tillämpligt på försäkringsförmedlares förmedling/rådgivning om finansiella produkter.⁴

2. Frågeställningar

2.1 Var går gränsen mellan rådgivning och marknadsföring? Ska möjligheten att marknadsföra produkter och tjänster begränsas alternativt ska kraven avseende utformningen av marknadsföringen skärpas (jämför kraven enligt lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden). Är marknadsföring investeringsrådgivning och om svaret är nej, kan marknadsföring ibland

² Se Finansinspektionen, Erfarenheter av tillsyn och regelutveckling, s. 29.

³ Se Finansinspektionen, Erfarenheter av tillsyn och regelutveckling, s. 27.

⁴ Rapporten återfinns i sin helhet på Finansinspektionens hemsida: <http://www.fi.se/Utredningar/Skrivelser/Listan/FI-ser-over-regler-for-forsakringsformedling/>

utgöra rådgivning? Föreligger det skillnader mellan lagen (2003:862) om finansiell rådgivning och lagen om värdepappersmarknaden i detta avseende? Bör sådana skillnader fortsatt föreligga?

2.1.1 Introduktion

Särskild problemställning Idag får många försäkringsförmedlare stora delar av sina intäkter i form av marknadsföringsbidrag, en ersättning som betalas av producenterna av de finansiella produkterna.⁵ Marknadsföringen sker genom att en försäkringsförmedlare anordnar informationsmöten där denne informerar om och marknadsför finansiella produkter som t.ex. aktieindexobligationer. Om kunderna efter erhållen information väljer att investera i de aktuella produkterna får försäkringsförmedlaren ersättning i förhållande till de kunder som förmedlaren lämnat marknadsföring till. Försäkringsförmedlaren har således ett stort eget intresse i utfallet av ”marknadsföringskampanjen”.

I vilken mån detta förfarande riskerar att skapa brister i investerarskyddet kommer att diskuteras nedan. Klart är emellertid är att Finansinspektionen i denna fråga har bestämt sig för att betrakta sådan marknadsföring som försäljning eftersom kopplingen mellan marknadsföring och köp av de marknadsförda produkterna är tämligen stark.⁶ Också detta ställningstagande kommer att diskuteras nedan i detta avsnitt.

2.1.2 Reglering av marknadsföring

Marknadsföring regleras i marknadsföringslagen (2008:486) (cit. MFL). Lagen ersatte den tidigare marknadsföringslagen (1995:450) till följd av att EU:s marknadsföringsdirektiv 2005/29/EG implementerades.⁷

Vad som är att betrakta som marknadsföring definieras i 3 § MFL som ”*reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter inbegripet en näringsidkares hand-*

⁵ Se Finansinspektionen, Livbolagens provisioner till försäkringsmäklare, s. 8.

⁶ Se Finansinspektionens rapport 2009:4, Försäkringsförmedlare – I gränslandet mellan marknadsföring och försäkring.

⁷ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder).

lande, underlåtenhet eller någon annan åtgärd eller beteende i övrigt före, under eller efter försäljning eller leverans av produkter till konsumenter eller näringsidkare". Begreppet marknadsföring har i jämförelse med den tidigare marknadsföringslagen utvidgats till att även inbegripa affärsmetoder och har därför numera ett vidare tillämpningsområde.⁸

Jag har i min avhandling noga analyserat gränsdragningen mellan rådgivning och marknadsföring i rådgivnings-, försäkringsförmedlings- och värdepappersmarknadslagen.⁹ Slutsatserna som kan dras av analysen därvid är att marknadsföring i många situationer blir att betrakta som rådgivning. Att marknadsföring betraktas som rådgivning innebär emellertid inte att informationen inte längre skulle ha karaktären av marknadsföring. Information kan nämligen samtidigt vara att bedöma som marknadsföring och rådgivning. Det är däremot svårt att ställa upp några tydliga kriterier för när marknadsföring även är att betraktas som rådgivning. En förklaring till detta är att en kund kan tro att denne erhållit rådgivning när rådgivaren/den bankanställda endast anser sig ha tillhandahållit information om produkten och därmed marknadsfört produkten. Bedömningen av om information och marknadsföring även är att betrakta som rådgivning sker alltid i efterhand, oftast först när en tvist uppstått mellan en kund och dennes rådgivare.

Situationen är givetvis otillfredsställande för såväl investerare som för producenterna av och mellanhänderna till produkterna. Inte minst kravet på rättssäkerhet innebär att regleringen i möjligaste mån ska vara så pass tydlig att en aktör på förhand kan bedöma hur informationen kommer att kategoriseras, dvs. om det i realiteten är rådgivning och/eller marknadsföring som aktören tillhandahåller sina motparter. Det måste så att säga finnas ett tydligt utrymme för att marknadsföra produkter och tjänster utan att ett avtalsförhållande uppkommer mellan parterna genom att informationen blir att betrakta som rådgivning. På samma sätt är det viktigt att gränsdragningen även är tydlig åt andra hållet, dvs. att aktörer inte undkommer kraven på omsorg om kundens intressen genom att utforma produktinformation på så sätt att

⁸ Jfr det engelska begreppet marketing som inbegriper mer än endast marknadsföringsmaterial, se t.ex. ICC, Advertising and Marketing Communication Practice (Consolidated ICC Code), s. 11: "the term 'marketing communication' includes advertising as well as other techniques, such as promotions, sponsorships, and direct marketing, and should be interpreted broadly to mean any form of communication produced directly by or on behalf of marketers intended primarily to promote products or to influence consumer behaviour." Se även Svensson, Carl Anders, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, 15 uppl., Studentlitteratur, Lund 2010, s. 47 f.

⁹ Se t.ex. Korling, Rådgivningsansvar, s. 221 f., s. 276 ff. och s. 303 f.

kunden uppfattar informationen som personliga rekommendationer, när informationen i realiteten endast är marknadsföring. Det är nämligen inte tillåtet att utnyttja kundens informationsunderläge för att åtnjuta fördelar på marknaden genom att undanhålla väsentlig information eller överdriva fördelar med en produkt.¹⁰

2.1.3 Reglering av marknadsföring i försäkringsförmedlingslagen

Försäkringsförmedlare har skyldighet att tillhandahålla kunden viss information enligt 6 kap. 1–4 §§ lagen (2005:405) om försäkringsförmedling (cit. FfL, försäkringsförmedlingslagen). Informationsbestämmelserna syftar till att säkerställa att en kund framför allt får information om försäkringsförmedlaren ställning i förhållande till kunden för att kunden lättare ska kunna bedöma effekten av eventuella intressekonflikter. Försäkringsförmedlaren ska därvid t.ex. lämna information om priset för försäkringsförmedlingen och om ersättning erhålles från annan än kunden (6 kap. 1 § 1 st. 5 p. FfL). Om försäkringsförmedlaren inte tillhandahåller tillräcklig information kan Finansinspektionen ingripa med stöd av 8 kap. FfL.

Även om 6 kap. FfL reglerar en försäkringsförmedlares informationskrav, saknas det en distinktion mellan tillhandahållande av information och marknadsföring. För det fall att informationen är att betrakta som marknadsföring, blir marknadsföringslagen tillämplig enligt 6 kap. 8 § FfL. Därigenom gäller två parallella regelverk för bedömningen av försäkringsförmedlaren information i detta avseende: försäkringsförmedlingslagen och marknadsföringslagen (2008:486).

Om informationen anses undermålig enligt marknadsföringslagen kan näringsidkaren förbjudas att fortsätta med marknadsföringskampanjen (23 § MFL) eller åläggas att lämna viss information (24 § MFL). Förbud respektive åläggande kan förenas med vite (25 § MFL). Slutligen kan näringsidkaren även åläggas att betala en särskild marknadsstörringsavgift enligt 29–36 §§ MFL.

En konsument eller näringsidkare som lidit skada, till följd av att en näringsidkare brutit mot ett förbud eller åläggande och marknadsföringen samtidigt är i strid med 9, 10, 12–17 §§ eller mot någon av bestämmelserna i 18–22 §§, eller mot någon av punkterna i bilaga I till direktiv 2005/29/EG, har rätt att få skadan ersatt enligt 37 § MFL.

¹⁰ Se angående kraven på utformning av marknadsföring t.ex. Svensson, Den svenska marknadsföringslagstiftningen, s. 55 f.

Det är Konsumentverket och särskilt konsumentombudsmannen som har tillsyn över marknadsföringslagen.¹¹ Samtidigt har Finansinspektionen ett direkt mandat enligt försäkringsförmedlingslagen att tillämpa marknadsföringslagens bestämmelser på försäkringsförmedlarens informationsgivning med undantag från reglerna om marknadsstörrningsavgift i 29–36 §§ MFL.¹² Finansinspektionen kan således ingripa mot en försäkringsförmedlars informationsgivning även om den skulle ha formen av marknadsföring.¹³ Detta innebär emellertid inte att Finansinspektionen har tillsynsansvar över marknadsföringslagen utan endast att inspektionen vid bedömningen av hur en försäkringsförmedlare bedriver sin verksamhet också har möjlighet att bedöma utformningen av marknadsföringsmaterial som upprättats av förmedlaren.

Fråga är emellertid hur denna tillsyn sker i praktiken. Frågan är om det är Konsumentverket som aktivt ska bevaka marknadsföringen av aktörerna på finansmarknaden eller om det i stället är Finansinspektionen som i sin tillsynsverksamhet även ska beakta aktörernas marknadsföring och underrätta Konsumentverket vid misstänkta regelbrott? Denna fråga diskuteras vidare under avsnitt 2.1.9.

Förutom konkreta krav på viss information till kunden saknas särskilda bestämmelser i försäkringsförmedlingslagen avseende försäkringsförmedlars marknadsföring. Marknadsföringslagen ger här viss ledning men är i stora delar uppbyggd kring tämligen generella rekvisit och fråga uppkommer därför om brister i försäkringsförmedlars informationsgivning skulle vara att bedöma som t.ex. otillbörlig eller vilseledande marknadsföring. Mot bakgrund av detta tolkningsproblem anges det i 6 kap. 8 § FfL att informationsförpliktelserna i 6 kap. 1–4 FfL ska anses vara väsentliga enligt 10 § 3 st. MFL. Detta får till konsekvens att det bl.a. ställs krav på att den information som försäkringsförmedlaren tillhandahåller kunden inte får vara felaktig eller på annat sätt vara vilseledande. Information om försäkringsförmedlars egen eller annans näringsverksamhet får inte utelämnas för kunden väsentliga uppgifter, 10 § MFL. Sammantaget innebär detta att en försäkringsförmedlars informationsförpliktelser dels innebär ett *kvantitativt* krav (dvs. måste innehålla viss specifik information), dels innebär ett *kvalitativt* krav (dvs. in-

¹¹ Se t.ex. 2 § 3 p. MFL.

¹² Se 6 kap. 8 § FfL.

¹³ Se prop. 2004/05:133 Försäkringsförmedling, s. 88 och s. 136.

formationen måste presenteras på ett visst sätt för att inte vara vilseledande alternativt undanhålla väsentlig information).

Försäkringsförmedlingslagen kompletteras genom Finansinspektionens föreskrift (FFFS 2005:11) om försäkringsförmedling.¹⁴ Föreskrifterna innehåller inte några särskilda regler om hur marknadsföringsmaterialet ska/kan utformas. I närliggande bestämmelser i lagen (2004:46) om investeringsfonder och Finansinspektionens tillhörande föreskrifter (FFFS 2008:11) om investeringsfonder finns emellertid särskilda krav på utformandet av fondinformation. Fondbolagens Förening har också i samarbete med Konsumentverket tagit fram riktlinjer för hur marknadsföring och informationsmaterial om fonder ska utformas.¹⁵

Avseende vissa specifika finansiella produkter och tjänster finns det emellertid särskilt reglering om hur marknadsföring får utformas, t.ex. i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden (cit. Vpml, värdepappersmarknadslagen) och Finansinspektionens föreskrifter (FFFS 2007:16, konsoliderad version) om värdepappersrörelse.

Mot bakgrund av att kraven på marknadsföringen i stort endast regleras av marknadsföringslagen uppkommer frågan om vilka problem som föreligger ur ett investerarskyddsperspektiv, dvs. vilka faror det finns med ett regelverk som inte ställer mer specifika krav på hur marknadsföringen ska utformas. Från mitt perspektiv föreligger det primärt två problem – dels i förhållande till kundens förmåga att kritiskt bedöma marknadsföringsmaterial, dels i förhållande till frågan om marknadsföring i vissa situationer kan bedömas vara rådgivning.

2.1.4 Reglering av marknadsföring i värdepappersmarknadslagen

Vad gäller den första frågan om kunderna har förmåga att kritiskt bedöma marknadsföringsmaterial, är det i detta avseende av primär vikt att se vilka krav som ställs på marknadsföringsmaterial. Ledning kan hämtas i 8 kap. 22 § 3 st. Vpml där det framgår att all information till kunderna ska vara rättvisande och tydlig och får inte vara vilseledande (jfr motsvarande krav en-

¹⁴ Ändrad genom Finansinspektionens föreskrifter (FFFS 2007:23) om ändring i Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd (FFFS 2005:11) om försäkringsförmedling och Finansinspektionens föreskrifter (FFFS 2009:2) om ändring i Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd (FFFS 2005:11) om försäkringsförmedling.

¹⁵ Se Riktlinjer för fondbolagens informationgivning och marknadsföring m.m. antagna av Fondbolagens förening vid styrelsemöte 2004-12-06 samt uppdaterade den 4 juni 2008 och den 5 oktober 2009.

ligt marknadsföringslagen). Vidare ställs det i lagen krav på att marknadsföringsmaterial lätt ska kunna identifieras som sådant. Bakgrunden till bestämmelsen är att tidigare regler som återfanns i bl.a. lagen (1991:981) om värdepappersrörelse och Finansinspektionens föreskrifter (FFFS 2002:7) om uppföranderegler på värdepappersmarknaden inte ansågs tillräckliga. Reglerna innehöll visserligen krav på information om risker och priser/avgifter men MiFID:s informationskrav är mer omfattande och syftar till att investeraren även ska kunna *förstå* arten av erbjudna informationstjänster och skapa möjlighet för investeraren att vara väl informerad inför sitt eventuella beslut att investera.¹⁶

Detaljerade krav på hur marknadsföringsmaterial ska vara utformat återfinns i 14 kap. FFFS 2007:16. I föreskrifterna ställs krav på information *och* marknadsföringsmaterial, dvs. det görs ingen specifik uppdelning mellan information och marknadsföring. Detta innebär att informationskraven kan sägas utgå från en genomsnittlig investerares behov och om sådan information tillställs investeraren i form av marknadsföringsmaterial ska marknadsföringen uppfylla regelverkets krav på hur informationen presenteras och vilka uppgifter denna ska innehålla. Det finns emellertid en specifik regel som är tillämplig på marknadsföring, nämligen att det ska vara tydligt att det är marknadsföringsmaterial som kunden har erhållit och att marknadsföringsmaterialet är förenligt med all information som företaget i övrigt lämnar till kunden.¹⁷

Slutsatsen i detta avseende är att den information som ett värdepappersinstitut lämnar till sina kunder måste vara rättvisande, tydlig och inte vilseledande (samt utformad enligt de särskilda krav på kvantitativ information som föreligger enligt 14 kap. FFFS 2007:16). Fråga är emellertid vilka konsekvenser dessa regler får för bedömningen av försäkringsförmedlares marknadsföringskampanjer.

2.1.5 Särskilt avseende försäkringsförmedlares marknadsföringskampanjer

Genom att försäkringsförmedlingslagens krav på marknadsföring överensstämmer med värdepappersmarknadslagens regler om marknadsföring, innebär detta att en försäkringsförmedlare måste tillse att den information som

¹⁶ Se prop. 2006/07:115, s. 435 ff.

¹⁷ Se 14 kap. 16 § Finansinspektionens föreskrift (FFFS 2007:16) om värdepappersrörelse. Se även 8 kap. 22 § 4 st. VpmL där en direkt hänvisning görs till reglerna i marknadsföringslagen och distans – och hemförsäljningslagen (2005:59).

lämnas till en kund i form av marknadsföringsmaterial enkelt kan identifieras som marknadsföring. Det är inte heller tillåtet att försöka ”skönmåla” produkterna som erbjuds eller att undanhålla information (t.ex. historisk utveckling eller grunden för beräkningen av avgifter) som är relevant för investeraren inför sitt beslut att investera, 5 kap. 4 § och 6 kap. 1–2 §§ FFL.

Ett problem, som Finansinspektionen har uppmärksammat, är att många försäkringsförmedlare anordnar möten med flertalet investerare och därvid tillhandahåller information om vissa typer av finansiella produkter som förmedlaren saknar tillstånd att lämna rådgivning om och förmedla. Frågan är om denna typ av information egentligen är att bedöma som rådgivning och att förmedlaren därför skulle vara tvungen att anpassa rådgivningen efter varje enskild kunds individuella situation. Innan denna analys är möjlig att göra, måste emellertid frågan om när marknadsföring blir att bedöma som rådgivning först utredas.

2.1.6 Gränsdragning mellan marknadsföring och rådgivning

Marknadsföring kan i vissa avseenden tolkas vara rådgivning och därför bör kraven på marknadsföring vara likstämmiga med informationskraven för att därigenom skapa bättre förutsättningar för kunderna att bedöma informationen oavsett i vilken form denna tillhandahålls. Är det däremot så att marknadsföringsåtgärder är att bedöma som rådgivning knyts frågan i stället till dels om det krävs särskilda tillstånd för försäkringsförmedlaren att tillhandahålla investeringsrådgivning (se nedan under avsnitt 2.2), dels om särskilda krav ska ställas på sådan ”marknadsföring” (se nedan under avsnitt 2.1.8).

2.1.6.1 Synen på gränsdragningen mellan marknadsföring och finansiell rådgivning enligt lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter

Frågan har utretts i detalj i Korling, Rådgivningsansvar s. 276 ff. Här kommer därför endast en kortare redogörelse att presenteras.

Utgångspunkten i lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter (cit. LFR, rådgivningslagen) är att rådgivning skiljer sig från marknadsföring och annan typ av information. Ett allmänt lovprisande genom t.ex. marknadsföringsmaterial är därför inte att bedöma som rådgivning. På vilket sätt ett lovprisande av en produkt eller tjänst skiljer sig från en direkt rekommendation att investera framgår emellertid inte av lagstiftningen eller motiven (även om lagstiftaren framhåller att rådgivning ofta tillhandahålls

som ett led i marknadsföring eller försäljning av finansiella tjänster).¹⁸ Skillnaden är att rådgivning syftar till att resultera i konkreta rekommendationer och handlingsalternativ som är lämpliga för kunden. Marknadsföring å andra sidan syftar inte till att rekommendera en kund ett lämpligt handlingsalternativ utifrån dennes individuella förutsättningar, däremot att påverka kunden att handla på ett för marknadsföraren önskvärt sätt, dvs. investeringar i den marknadsförda produkten.¹⁹

Informationen, i detta hänseende marknadsföringsmaterial, är i stället att bedömas med utgångspunkt från hur en aktör valt att använda sig av och presentera informationen (jfr Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd (FFFS 2004:4) om finansiell rådgivning till konsumenter²⁰ där det framgår att näringsidkaren har en skyldighet i förhållande till konsumenten att tydligt skilja på vad som är placeringsråd respektive marknadsföring och annan information). Slutsatsen är att marknadsföring och rådgivning inte står i ett motsatsförhållande till varandra utan i stället ska utgångspunkten för bedömningen vara om marknadsföringsmaterialet har använts på ett sådant sätt att detta givit kunden befogad anledning att tro att informationen är anpassad efter den enskilde investerarens individuella förutsättningar och därför innefattar en rekommendation om att handla på ett visst sätt, t.ex. att investera i en särskild produkt. Om marknadsföringsmaterialet (även muntlig information) har karaktären av rådgivning blir ”rekommendationerna” i marknadsföringsmaterialet en del av den rådgivning som investeraren anses ha tillhandahållits. Svårigheten är således inte primärt att identifiera marknadsföring respektive rådgivning utan i stället om information innehåller så pass konkreta handlingsrekommendationer att dessa är att bedöma som rådgivning.²¹

2.1.6.2 Synen på gränsdragningen mellan marknadsföring och investeringsrådgivning enligt värdepappersmarknadslagen

Frågan har utretts i detalj i Korling, Rådgivningsansvar s. 301 ff. Här kommer därför endast en kortare redogörelse att presenteras.

¹⁸ Se Korling, Rådgivningsansvar s. 276 f. och prop. 2002/03:133 Lag om finansiell rådgivning till konsumenter, s. 46.

¹⁹ Se Korling, Rådgivningsansvar s. 277. Marknadsföring är i detta hänseende inte det samma som att en försäkringsförmedlare direkt påverkar en kunds försäkringsskydd eftersom detta är att betrakta som försäkringsförmedling, se prop. 2004/05:133, s. 47 f.

²⁰ Ändrad genom Finansinspektionens föreskrifter om ändring i Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd (FFFS 2004:4) om finansiell rådgivning till konsumenter.

²¹ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 261 f. och 278 f.

Det saknas en definition av vad en rekommendation är i såväl MiFID-som genomförandedirektivet. Däremot har frågan om gränsdragningen mellan information, marknadsföring och rådgivning analyserats noggrant i de utkast från CESR som låg till grund för kommissionens genomförandedirektiv.²² I likhet med rådgivningslagen måste det föreligga en personlig rekommendation för att ett rådgivningsförhållande ska uppstå.²³

Det finns olika bedömningsgrunder för vad som ska konkretisera personlighetskravet. För det första är inte information en rekommendation om den ”*would not be understood to be suited to, or based on a consideration of, the recipient’s personal circumstances*”.²⁴ CESR:s ståndpunkt är i stället att en rekommendation är att anse som personlig om den lämnas till *en* person och *framstår* som baserad på den enskilde personens individuella situation.²⁵ Det innebär att även annat än en uttrycklig rekommendation kan bedömas vara rådgivning, som t.ex. information eller marknadsföring. För att en sådan implicit rekommendation ska vara att anse som rådgivning krävs det emellertid att mottagaren av informationen hade fog för att tro att denne erhållit en rekommendation om att investera. Kundens tillit till informationen kan således göra att informationen tolkas vara personligt utformad.²⁶

Bedömningen sker objektivt, dvs. ”*from the position of a reasonable observer of the type of the client*”.²⁷ Syftet hos avsändaren av informationen påverkar inte bedömningen eftersom denna i stället utgår från en ”*case-by-case consideration of all relevant factual circumstances from a client’s perspective*”.²⁸ Inte heller vid investeringsrådgivning finns det något motsatsförhållande mellan rådgivning och marknadsföring utan en specifik information kan bedömas vara såväl information som rådgivning och marknadsföring på samma gång.²⁹

²² Finansinspektionen ska ta hänsyn till rekommendationer från bl.a. CESR enligt 5 § 2 p. förordning (2009:93) med instruktion för Finansinspektionen.

²³ För en analys av MiFID-direktivets rekommendationskrav, se Korling, Rådgivningsansvar, s. 301 ff.

²⁴ Se CESR/05-290b, s. 9 ff. Se även CESR/04-562, s. 13 ff.

²⁵ Se CESR/04-562, s. 10.

²⁶ Se CESR/05-290b, s. 8 f.

²⁷ Se CESR/04-562, s. 10 och CESR/05-290b, s. 9.

²⁸ Se CESR/04-562, s. 10. Jfr CESR/05-290b, s. 9 och CESR/05-291b, s. 6.

²⁹ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 312 f.

2.1.7 Försäkringsförmedlares informations-/marknadsföringsmöten

Finansinspektionen har i två rapporter – Ordning och reda? och Ordning och reda? II – granskat försäkringsförmedlares verksamhet.³⁰ I den första rapporten undersöktes om förmedlarna hade utbildningsbevis, dokumentation över kontrollen av anställda, interna regler syftande till att förhindra penningtvätt och terroristfinansiering samt etiska riktlinjer för den egna verksamheten. Någon närmare undersökning av förmedlarnas verksamhet gjordes inte.

I den andra rapporten begärdes motsvarande dokumenttyper in för granskning.³¹ Inte heller i denna rapport undersöktes förmedlarnas verksamhet närmare utan undersökningen var endast en uppföljning av den tidigare rapportens resultat.

Finansinspektionen har även i en senare rapport granskat försäkringsförmedlarnas verksamhet.³² Undersökningen genomfördes genom att en enkät om förmedlarnas verksamhet skickades ut till 850 försäkringsförmedlare. I rapporten konstateras det att försäkringsförmedlare i stor utsträckning marknadsför strukturerade produkter och andra finansiella produkter utan att ha tillstånd för förmedling av sådana produkter.³³ Många förmedlare, som inte är anknutna ombud till värdepappersföretag, anser att de inte behöver särskilt tillstånd för förmedling av strukturerade produkter eftersom förmedlaren endast *marknadsför* och inte *förmedlar* själva produkten. Finansinspektionen har granskat hur dessa marknadsföringsmöten vanligtvis går till och därvid konstaterat att:

”En förmedlare som enbart marknadsför försäkringar eller finansiella instrument kan ta emot marknadsföringsbidrag för detta. Att enbart marknadsföra ett finansiellt instrument har enligt FI:s hittillsvarande praxis inte varit tillståndspliktigt. I dagsläget kan konstateras att det står vem som helst fritt att marknadsföra finansiella instrument. Konsumentverket är ansvarig myndighet för tillsyn av marknadsföring i Sverige. Att förmedla finansiella instrument är däremot en verksamhet som kräver tillstånd från FI enligt 2 kap. 1 § i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

³⁰ Se Finansinspektionens rapport 2006:8 Ordning och reda? – en granskning av 150 försäkringsförmedlare och Finansinspektionens rapport 2007:3 Ordning och reda? II – en granskning av 678 försäkringsförmedlare.

³¹ Se Finansinspektionens rapport 2007:3, s. 3.

³² Se Finansinspektionens rapport 2009:4.

³³ Se Finansinspektionens rapport 2009:4, s. 2. Se även Finansinspektionens rapport 2009:10 Konsumentskyddet på finansmarknaden, s. 19.

Idag tycks det råda en felaktig föreställning om var gränsen går mellan marknadsföring och förmedling. FI har tidigare konstaterat att försäkringsförmedlare förmedlar produkter, som varken omfattats av deras försäkringsförmedlingstillstånd eller sidotillstånd, under förvärdningen att de endast ”marknadsför” produkterna. Det är inte möjligt att i detta sammanhang uttömmande beskriva var gränsen går. I exemplet nedan visar FI:s samlade bedömning att det sannolikt handlar om förmedling och inte marknadsföring:

Under ett rådgivningstillfälle med en kund ger en försäkringsförmedlare kunden information och svarar på frågor om en strukturerad produkt i syfte att kunden ska köpa denna. Vidare ges kunden skriftlig produktinformation samt en anmälningsedel. Ersättning utgår till försäkringsförmedlaren baserat på om kunden köper produkten, dvs. s.k. provisionsbaserad ersättning. Försäkringsförmedlaren identifieras genom uppgifter på anmälningssedeln.

I denna situation ser inte FI att det skulle vara av någon avgörande betydelse vem som postar anmälningssedeln. Oavsett om det görs av kunden eller av försäkringsförmedlaren så utgör en sådan situation, enligt FI:s samlade bedömning, förmedling och är därmed tillståndspliktig verksamhet. En viktig faktor är om förmedlaren får ersättning då kunden tecknar sig för produkten. I de fall ersättning ges per kund kan det vara förmedling och inte marknadsföring.³⁴

Analysen i rapporten avslutas med ett konstaterande om att det är svårt för en konsument att bedöma var gränsen mellan marknadsföring och rådgivning går och att en del ”*kunder vet sannolikt inte ens att det föreligger någon skillnad*”.³⁵ Finansinspektionen påpekar även att sammanblandningen mellan rådgivning och marknadsföring kan innebära problem, eftersom kravet på dokumentation och ansvarsförsäkring inte gäller då det är fråga om marknadsföring. Detta problem innebar att Finansinspektionen tidigare gjort ställningstagandet att om en kund ”*anser sig få individuellt anpassad rådgivning ska företaget bedöma tjänsten som rådgivning och följa de regelkrav som ställs*”.³⁶

I såväl rådgivningslagen som värdepappersmarknadslagen anges specifika rekvisit för när finansiell rådgivning respektive investeringsrådgivning föreligger.³⁷ Att rådgivaren inte inser att informationen som denne lämnar är att bedöma som rådgivning, hindrar inte att rådgivning har tillhandahållits. Rådgivarens syfte med informationen är således inte avgörande utan frågan

³⁴ Se Finansinspektionens rapport 2009:4, s. 4.

³⁵ Se Finansinspektionens rapport 2009:4, s. 5.

³⁶ Se Finansinspektionens rapport 2009:4, s. 5.

³⁷ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 238 ff. och s. 293 ff.

om det tillhandahållits rådgivning avgörs utifrån de specifika rekvisit som respektive rådgivningsbegrepp är förenat med. Detta innebär att det inte heller är möjligt att friskriva sig från att rådgivning förelegat, vare sig i ett skriftligt avtal eller genom en muntlig upplysning till kunden.³⁸

En av de faktorer som är avgörande för om rådgivning tillhandahållits är huruvida kunden uppfattat att denne erhållit rådgivning. Om kunden bedöms ha *fog för att tro* att denne erhöll rådgivning, kan ett rådgivningsförhållande anses ha uppkommit mellan parterna. Däremot är det inte kundens uppfattning som är ensamt avgörande. Att kunden, i Finansinspektionens ovan refererade exempel, sitter i ett rådgivningsmöte med en försäkringsförmedlare och därvid erhåller information om specifika produkter leder givetvis till att även denna produktinformation kommer att bedömas som rådgivning. Eftersom rådgivning ingår som ett moment i förmedling enligt försäkringsförmedlingslagen blir den avgörande frågan om förmedlaren har tillstånd att förmedla den specifika produkten. Att förmedlaren skulle sakna tillstånd gör inte att situationen inte skulle vara att bedöma som rådgivning.³⁹ Däremot är det allvarligt ur kundskyddssynpunkt att förmedlaren tillhandahåller tjänster som inte omfattas av ansvarsförsäkringen, eftersom denna typ av försäkring utgör en garant mot kunden att kunna få sina eventuella skador till följd av vårdlös rådgivning/förmedling ersatt.

Ett rådgivningsförhållande uppkommer som framgått tämligen enkelt. Det räcker i princip med att en näringsidkare, som bedriver rådgivningsverksamhet, träffar en kund och lämnar information till denne. Kunden har i denna situation oftast fog för att tro att det är rådgivning som tillhandahålls denne. Utrymmet för en finansrådgivare att lämna marknadsföring och produktinformation utan att informationen blir att bedöma som rådgivning är tämligen begränsat.⁴⁰

Frågan är emellertid om bedömningen blir annorlunda när en försäkringsförmedlare tillhandahåller information till ett flertal personer på samma gång vid ett marknadsföringsmöte. Som utgångspunkt föreligger det inte ett rådgivningsförhållande när en rådgivare samtidigt tillhandahåller information till ett flertal personer, eftersom informationen därigenom (oftast) inte är anpassad efter de enskildas individuella situationer (s.k. generell rådgiv-

³⁸ Se t.ex. Korling, Rådgivningsansvar, s. 316.

³⁹ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 294. Se även t.ex. Stockholm tingsrätts dom 2008-06-11, mål nr T 751-04, s. 13.

⁴⁰ Se t.ex. Korling, Rådgivningsansvar, s. 366 ff.

ning). Som framgått ovan kan emellertid en kund bedömas ha befogad tillit till att denne erhöll rådgivning, t.ex. om förmedlaren vid detta möte hänvisar till information som är gemensam för varje enskild persons individuella förhållanden som är närvarande vid mötet (t.ex. att samtliga mötesdeltagarna har en viss summa pengar på sitt sparkonto, är lika riskbenägna, har samma placeringshorisont, har samma kunskap om risker etc.). I en sådan situation kan informationen vara att bedöma som rådgivning.

Det är lätt att få intrycket att det skulle vara stora skillnader mellan marknadsföring och rådgivning. Som påvisats ovan är emellertid marknadsföringsmaterial idag föremål för tämligen stränga regler, särskilt avseende information om t.ex. produkters historiska utveckling. Den stora skillnaden är att marknadsföring är information som lämnas till en person utan beaktande av den enskildes individuella situation. Däremot ska det vara tydligt att informationen har karaktären av marknadsföring. Så snart som den som lämnar information av marknadsföringskaraktär börjar diskutera den enskilda produktens fördelar och lämplighet i förhållande till de som är närvarande vid mötet föreligger snarare en försäljningssituation (och därmed också oftast en rådgivningssituation). Enligt min mening är möjligheten att marknadsföra genom muntlig kommunikation utan att ett rådgivningsförhållande uppkommer enligt dagens reglering tämligen begränsad. Detta leder till att förmedlares möjlighet att marknadsföra produkter som inte omfattas av förmedlingstillståndet är begränsad, särskilt med beaktande av att förmedlarna i sin professionella roll i huvudsak är rådgivare i förhållande till de som marknadsföringen riktas till.

2.1.8 Ska kraven på marknadsföring vid försäkringsförmedling skärpas?

Ovan har framkommit att information kan vara att bedöma som marknadsföring och rådgivning på samma gång. Avsändaren kan ha haft till avsikt att *marknadsföra och informera* om produkter samtidigt som mottagaren av informationen tolkar informationen och marknadsföringen som *rådgivning*.

I vilken mån det är marknadsföring och/eller rådgivning avgörs i det enskilda fallet med utgångspunkt från frågan om den individuella investeraren haft fog att tro att informationen utgjorde rådgivning (om det enligt andra faktorer är konstaterat att det objektivt sett inte lämnats ett råd). Marknadsföringsmaterialet måste emellertid synas vara individuellt utformat eller på annat sätt ge investeraren fog för att tro att en rekommendation föreligger

och inte endast utgör ett allmänt råd att investera (dvs. utan koppling till den enskilde investeraren).⁴¹

Ovanstående gränsdragningsproblematik kan därmed utnyttjas av aktörer genom att utföra marknadsföringsåtgärder som ligger på gränsen till rådgivning, vilket kan leda till att mottagaren av informationen uppfattat det som att denne erhållit rådgivning. ”Rådgivaren” kan i detta avseende ta en kalkylerad risk genom att informationsmottagarens tillit till informationen kommer att prövas mot ett antal variabler och säkerligen i många situationer leder till slutsatsen att kunden själv ska stå risken för att denne inte förstått att informationen utgjorde marknadsföring/information och inte rådgivning. I vilken utsträckning det är möjligt att begränsa möjligheten till att utnyttja gränsdragningsproblematiken för egen vinning diskuteras vidare under avsnitt 2.4.

Mot bakgrund av de krav som föreligger på utformningen av marknadsföring och annan information enligt marknadsföringslagen och försäkringsförmedlingslagen anser jag att föreskrifterna till försäkringsförmedlingslagen måste förtydligas för att bättre överensstämja med motsvarande krav i FFFS 2007:16. Det är en fördel om olika aktörer som tillhandahåller samma typ av information ställs under likstämmda krav såväl ur ett rättssäkerhets- som investerarskyddsperspektiv, något som även Finansinspektionen tidigare framhållit.⁴²

Egentligen föreligger dessa krav redan idag genom informationsreglerna i försäkringsförmedlingslagen men också indirekt genom kravet på god försäkringsförmedlingssed och därmed krav på hederligt, rättvist och professionellt uppträdande.⁴³ Det är nämligen knappast förenligt med god sed och med beaktande av omsorg om kundens intressen att tillhandahålla kunden vilseledande eller undermålig information. Det finns däremot stora fördelar med att skapa ett så detaljerat regelverk som möjligt för att undvika frågetecken och olikheter mellan aktörernas sätt att informera om och marknadsföra sina tjänster och produkter. Finansinspektionen borde därför eftersträva att så långt som möjligt utjämna de olikheter som föreligger i detta avseende och

⁴¹ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 312 ff.

⁴² Se Finansinspektionens rapport 2009:4, s. 6: ”FI vill betona vikten av att en kund alltid ska ha tillgång till lika tydlig produktinformation oavsett om han/hon vänder sig till ett värdepappersföretag, fondbolag eller en försäkringsförmedlare.”

⁴³ Jfr 8 kap. 1 § VpML.

därigenom också skapa förutsättningar för ett väl fungerande investerarskydd.

Det är viktigt att det inte skapas möjlighet, av såväl kundskydds- som konkurrensskäl, för värdepappers- och försäkringsföretagen att undkomma investerarskyddsreglerna genom att låta en tredje part (en försäkringsförmedlare) agera utanför sin tillståndspliktiga verksamhet och därmed tillhandahålla information som skulle kategoriseras som rådgivning om producenten själv tillhandahållit informationen. Muntlig information om finansiella instrument och produkter kan nämligen bli betraktad som rådgivning.

För att komma till rätta med dagens otydliga reglering skulle ett förslag till åtgärd vara att det även i marknadsföringssammanhang ställs krav på upplysning om eventuella provisioner som betalas av producenten till den som marknadsför produkten. Denna information kan anges på t.ex. de teckningsblanketter som förmedlaren tillhandahåller kunderna.

Finansinspektionen borde även i sina tillsynsundersökningar analysera hur företagen som helhet agerar i förhållande till sina kunder, t.ex. om företagen marknadsför sig som rådgivare gentemot kunderna men i realiteten i huvudsak endast lämnar information och marknadsför sina produkter i förhållande till kunderna (och eventuellt friskriver sig från rådgivning i de avtal som upprättas med kunderna i form av en klausul om att någon rådgivning inte har tillhandahållits inför beslutet att köpa en viss produkt). Hur ett företag agerar påverkar bl.a. bedömningen av om kunden kan anses ha befogad tillit till att denne erhållit rådgivning. Framför allt med hänvisning till de krav som föreligger på den finansiella marknaden dels i form av krav på sundhet och upprätthållande av förtroendet för den finansiella marknaden, dels i form av krav på verksamhetsutförande i enlighet med god sed och med krav på omsorg om kundens intressen, är det idag inte acceptabelt att ett företag kan utnyttja juridiska gränsdragningsproblem i förhållande till kundernas informationsunderläge för att erhålla eventuella fördelar på kundens bekostnad.

Ett övergripande tillsynsperspektiv om hur företagen agerar på marknaden, alltifrån utformandet av information och marknadsföring till kontakter med kunderna och uppträdande vid rådgivningsmöten är därför att rekommendera.

2.1.9 Vem har egentligen tillsynsansvar över de finansiella företagens marknadsföringsåtgärder?

I detta samband är det relevant att också diskutera vilken/vilka myndigheter som har möjlighet att instifta regler i föreskriftsform alternativt allmänna råd om marknadsföring.

Som angivits ovan är det Konsumentverket och särskilt konsumentombudsmannen som har tillsyn över marknadsföringslagen.⁴⁴ Samtidigt har Finansinspektionen ett direkt mandat enligt försäkringsförmedlingslagen att tillämpa marknadsföringslagens bestämmelser på försäkringsförmedlares informationsgivning med undantag från reglerna om marknadsstörningsavgift i 29–36 §§ MFL.⁴⁵ Finansinspektionen kan således ingripa mot en försäkringsförmedlares informationsgivning även om den skulle ha formen av marknadsföring.⁴⁶ Detta innebär emellertid inte att Finansinspektionen har tillsynsansvar över marknadsföringslagen utan endast att inspektionen vid bedömningen av hur en försäkringsförmedlare bedriver sin verksamhet också har möjlighet att bedöma utformningen av marknadsföringsmaterial som upprättats av förmedlaren.

Att Finansinspektionen kan ingripa mot en förmedlare och därigenom bedöma marknadsföringsmaterial innebär emellertid inte att det samtidigt föreligger ett mandat att utforma nya regler om marknadsföring. För att detta ska vara möjligt måste möjligheten att skapa nya normer ligga inom ramen för myndighetens bemyndigande att skapa föreskrifter och allmänna råd.⁴⁷ Myndigheternas verksamheter styrs även av regeringens regleringsbrev och årliga instruktioner.

2.1.9.1 Finansinspektionen

Enligt 2 § 1 st. förordningen (2009:93) med instruktion för Finansinspektionen ska Finansinspektionen verka för ett gott konsumentskydd inom det finansiella systemet. Finansinspektionen ska även enligt 7 § 2 p. samråda i

⁴⁴ Se t.ex. 2 § 3 p. MFL.

⁴⁵ Se 6 kap. 8 § FfL.

⁴⁶ Se prop. 2004/05:133, s. 88 och s. 136.

⁴⁷ Se författningssamlingsförordning (1976:725), förordning (2004:17) om finansiell rådgivning till konsumenter, förordning (2005:411) om försäkringsförmedling, förordning (2007:572) om värdepappersmarknaden samt förordning (2009:93) med instruktion för Finansinspektionen.

frågor där myndigheterna har ett gemensamt tillsynsansvar. Ett sådant ansvar föreligger t.ex. enligt 8 § 1 st. rådgivningslagen.

Enligt 1 § förordningen (2004:17) om finansiell rådgivning till konsumenter för rådgivningslagen har Finansinspektionen möjlighet att meddela forskrifter om rådgivares kompetens, dokumentation av rådgivning, utlämnande av sådan dokumentation och om undantag från skyldigheten att lämna ut dokumentationen.

Enligt 7 kap. 1 § förordningen (2005:411) om försäkringsförmedling har Finansinspektionen möjlighet att bl.a. meddela föreskrifter om krav på försäkringsförmedlares kunskap och kompetens, hur dokumentation ska ske och vilken information som förmedlaren är skyldig att tillhandahålla enligt 6 kap. 1 § FfL.

Enligt förordningen (2007:572) om värdepappersmarknaden har Finansinspektionen möjlighet att meddela föreskrifter om bl.a. vad ett värdepappersinstitut ska iakttas för att uppfylla skyldigheterna i 8 kap. 1 § (6 kap. 1 § 8 p.), hur dokumentation ska ske (6 kap. 1 § 13 p.), hur intressekonflikter ska hanteras, (6 kap. 1 § 17 p.), vilken information ett värdepappersinstitut ska lämna till sina kunder enligt 8 kap. 22 § (6 kap. 1 § 18 p.) och vad ett värdepappersinstitut skall iakttas vid inhämtande av uppgifter från sina kunder enligt 8 kap. 23 och 24 §§ (6 kap. 1 § 19 p.).

Förutom instruktioner i förordningsform får Finansinspektionen såväl som Konsumentverket i uppdrag att särskilt bevaka vissa frågor i form av årliga regleringsbrev från regeringen.

Finansinspektionen har 2010 fått i uppdrag av regeringen att, förutom att som ett övergripande mål bidra till konsumentskyddet inom det finansiella systemet, analysera om det finns behov av förstärkt tillsyn över de företag som nu registreras hos Finansinspektionen samt därvid beakta om informationsinsatser kan användas i stället för införande av ytterligare tillståndsplikt för vissa verksamheter. Uppdraget är formulerat på följande sätt:

”Inom ramen för befintligt uppdrag och ansvar redogöra för och bedöma behovet av ett alternativ till den nuvarande ordningen med registrering och begränsad reglering av vissa typer av finansiella företag utan samtidig möjlighet för Finansinspektionen att utöva en full tillsyn av dessa företags verksamhet. Finansinspektionen ska bedöma om motivet för ett bättre konsumentskydd är tillräckligt starkt för att motivera de kostnader som tillståndsprövning och ökad tillsyn medför. Om konsumentskyddet i stället kan förbättras genom särskilda informationsinsatser ska planer för dessa insatser redovisas. Om Finansinspektionen be-

dömer att det behövs förstärkt tillsyn m.m. av de finansiella företag eller för några av företagsgrupperna som nu registreras hos inspektionen, ska Finansinspektionen lämna förslag till hur en sådan ordning och reglering, inklusive författningsförslag, lämpligen bör utformas.

Förslaget ska ange konsekvenserna såväl för Finansinspektionen, de berörda företagen som för konsumentskyddet. Till uppdraget hör vidare att redogöra för de ekonomiska konsekvenserna av förslaget. Finansinspektionen ska även inhämta synpunkter från berörda branschorganisationer eller berörda företag, samt redovisa eventuella synpunkter som framförts. Uppdraget ska redovisas senast den 31 mars 2011. Bakgrunden till uppdraget redovisas i bilaga.”⁴⁸

2.1.9.2 Konsumentverket

Konsumentverket har enligt 1 § förordningen (2009:607) med instruktion för Konsumentverket ansvar för att bevaka de konsumentskyddande regler som ligger inom myndighetens tillsynsansvar. Vidare ska Konsumentverket enligt 6 § 2 p. löpande samråda med Finansinspektionen på de områden där de har ett gemensamt *tillsynsansvar*.

Enligt 1 § förordningen (2004:17) om finansiell rådgivning till konsumenter har Konsumentverket möjlighet att meddela forskrifter om rådgivares kompetens, dokumentation av rådgivning, utlämnande av sådan dokumentation och om undantag från skyldigheten att lämna ut dokumentationen.

Konsumentverket har för år 2010 fått i uppdrag av regeringen att utveckla en specifik metod för att följa konsumenternas ställning på marknaderna. Förutom den specifika metodutvecklingen ska Konsumentverket även analysera konsumenternas ställning på elmarknaden.⁴⁹

⁴⁸ Se Regeringsbeslut 2010-06-17, Fi2010/3412(delvis), Regleringsbrev för budgetåret 2010 avseende Finansinspektionen, s. 1 och s. 4. Enligt bilagan till regleringsbrevet (Regeringen, Bilaga till beslut om att analysera och ta fram ett underlag avseende tillsynssamverkan, reglering och informationsutbyte vad gäller finansiella företag, 2009-01-29) framgår det att det är samarbetet med andra tillsynsmyndigheter inom EU och på en global nivå som avses, inte det nationella samarbetet med Konsumentverket. Se även avseende 2011, Se Regeringsbeslut 2010-12-22, Fi2010/4920 m.fl., Regleringsbrev för budgetåret 2011 avseende Finansinspektionen.

⁴⁹ Se Regeringsbeslut 2009-12-21, IJ2009/2356/KO(delvis) och IJ2009/2367/KO, Regleringsbrev för budgetåret 2010 avseende Konsumentverket

2.1.10 Avslutande synpunkter

Sammantaget har varken Finansinspektionen eller Konsumentverket fått i uppdrag att under 2010 särskilt fokusera på investerarskyddsfrågor på individuell nivå utan snarare arbeta med antingen specifika tjänster eller med fokus på den finansiella marknaden ur ett stabilitetsperspektiv.

Att ansvaret för vissa frågor delas av två myndigheter kan innebära problem. För att påvisa de problem som kan uppstå med en uppdelad tillsynsmodell kan 1 § instruktion för Konsumentverket anföras som exempel. Konsumentverket har enligt instruktionen bl.a. ansvar för att de konsumentskyddande regler som ligger inom myndighetens tillsynsansvar följs och att enligt 3 § 1 p. följa och analysera konsumenternas ställning på marknaderna samt vid behov vidta eller föreslå åtgärder. På den finansiella marknaden är många investerare inte längre konsumenter utan i stället kategoriseras som icke-professionella kunder. Nu ska argumentationen i denna rapport inte hemfalla åt en fördjupad begreppsanalys men i princip innebär regleringen att Konsumentverket inte har tillsyn över information som lämnas till investerare eftersom detta regleras enligt värdepappersmarknadslagen, en lagstiftning som Finansinspektionen har tillsyn över.

Det finns enligt min mening ett behov av att analysera hur samarbetet fungerar mellan Finansinspektionen och Konsumentverket vad gäller de finansiella företagens marknadsföring. Det finns två huvudsakliga skäl för mitt ställningstagande i denna fråga.

För det första har kraven på utformning av information till investerare under den senaste tioårsperioden varit föremål för en detaljerad lagreglering. Branschens egenåtgärder har i detta avseende ansetts vara otillräckliga och därför nödvändiga att komplettera med specifik lagstiftning.⁵⁰ Fokus för regleringen är således information i bred mening inkluderande faktainformation, marknadsföring, försäljning och rådgivning. Att viss information till investerare faller under Konsumentverkets tillsynsansvar och annan typ av information under Finansinspektionens tillsyn torde försvåra en effektiv marknadsövervakning. T.ex. kan man ställa sig frågan om Konsumentverket i realiteten utövar tillsyn över försäkringsförmedlares marknadsföringsåtgärder avseende strukturerade produkter.⁵¹

⁵⁰ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 86 ff.

⁵¹ Se vidare Överenskommelse om samarbete mellan Finansinspektionen och Konsumentverket/KO, FI Dnr 09-10159.

För det andra är det i vissa situationer svårt att vid tiden för informationslämnandet bedöma om investeraren endast erhållit marknadsföring eller också rådgivning. Oftast tillhandahålls dessa verksamheter samtidigt och marknadsföringsmaterialet påverkar också bedömningen av rådgivningens innehåll och särskilt investerarens tillit till de rekommendationer som lämnas. Att två myndigheter har tillsynsansvar över den individuella rådgivnings-/marknadsföringsituationen innebär risk för att kraven på utformningen av marknadsföringen av finansiella produkter och tjänster hamnar i skymundan och inte fullt ut uppmärksammas alternativt att tillsynen över samma typ av information sker med olika utgångspunkter och därmed kan komma att bedömas på olika sätt.

2.2 Hur förhåller sig lagen om värdepappersmarknaden (dvs. MiFID-direktivet) till försäkringsförmedlingsdirektivet 2002/92/EG. Frågan är begränsad till i vilka delar dessa regelverk kan anses tillämpliga samtidigt och i så fall, vilket regelverk har företräde framför det andra?

2.2.1 Introduktion

Förmedlingsdirektivet antogs den 9 december 2002 och skulle senast vara implementerat i medlemsländerna den 15 januari 2005.⁵² MiFID-direktivet antogs ett par år senare den 21 april 2004 och skulle tillsammans med genomförandedirektivet (2006/72/EG) vara implementerat i medlemsländerna den 1 november 2007. Tjänsterna försäkringsförmedling respektive investeringsrådgivning blev därmed tillståndspliktiga.

Mot bakgrund av att försäkringsförmedlare lämnar rådgivning om t.ex. finansiella instrument inom ramen för en depå- eller kapitalförsäkring, uppkommer frågan om denna typ av rådgivning (som definitionsmässigt överensstämmer med de kriterier som gäller för investeringsrådgivning) som tillhandahålls i samband med försäkringsförmedling

1. är att bedöma som investeringsrådgivning och försäkringsförmedling och därmed kräver särskilt tillstånd enligt värdepappersmarknadslagen och försäkringsförmedlingslagen,
2. är att bedöma som investeringsrådgivning men anses ingå i tillståndet för försäkringsförmedling eller

⁵² Se art. 16 2002/92/EG.

3. inte bedöms vara investeringsrådgivning utan enbart är att beteckna som försäkringsförmedling.

2.2.2 Vad är försäkringsförmedling?

Det finns ingen definition av vad som avses med försäkring i försäkringsförmedlingsdirektivet och inte heller i den svenska lagstiftningen, vare sig i försäkringsförmedlingslagen eller försäkringsavtalslagen.⁵³ Det är således upp till varje medlemsstat att avgöra vilka kriterier som bestämmer vad som är en försäkring i förhållande till t.ex. borgen och garanti. Den nationella definitionen av försäkring avgör därmed också vilka typer av produkter och tjänster som en försäkringsförmedlare får förmedla.⁵⁴

Syftet med försäkringsförmedlingsdirektivet är att utjämna de nationella skillnader som förelegat inom EU trots att försäkringsförmedlares verksamhet tidigare varit föremål för reglering. Framför allt skapade olika nationella yrkeskrav och krav på registrering hinder mot att skapa en fungerande inre marknad för försäkringar.⁵⁵

Det finns inga anvisningar i försäkringsförmedlingsdirektivet om att detta tillkommit för att stärka ställningen för försäkringstagare på den inre marknaden, t.ex. genom att dessa skulle anses ha svårigheter att p.g.a. informationsasymmetrier ha svårt att ta tillvara sina rättigheter på den inre marknaden. De enda regler i direktivet som har karaktär av kundskydd är att försäkringsförmedlaren är skyldig att lämna viss specifik information till kunden inför ingåendet av ett försäkringsavtal.⁵⁶

I direktivet anges det att medlemsstaterna ska införa krav på vad som ska krävas för att försäkringsförmedlare ska kunna erhålla tillstånd – dels yrkeskrav, dels specifik kompetens och erfarenhet. Medlemsstaterna har emellertid rätt att införa strängare yrkeskrav än de som framgår av direktivets bestämmelser, så länge som dessa bestämmelser är förenliga med gemenskapsrätten: ”Medlemsstaterna får fastställa strängare krav än de som anges i denna artikel

⁵³ Se t.ex. prop. 2003/04:150 Ny försäkringsavtalslag, s. 123 ff.

⁵⁴ Se t.ex. Bengtsson, Bertil, Försäkringsavtalsrätt, 2 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2010, s. 15 ff. och Ingvarsson, Torbjörn, Borgensliknande säkerhetsrätter, Norstedts juridik, Stockholm 2000, s. 143 f. Se vidare avseende begreppet försäkring och försäkringsrörelse, Falkman, Henric, Försäkringsrörelse – tillståndsplikt och skyddade intressen, Jure Förlag, Stockholm 2010, s. 207 ff.

⁵⁵ Se skäl 2-8 2002/92/EG.

⁵⁶ Se art. 12 2002/92/EG.

*eller lägga till ytterligare krav för de försäkrings- eller återförsäkringsförmedlare som är registrerade inom deras jurisdiktionsområde”.*⁵⁷

Medlemsstaterna har även möjlighet att ställa strängare informationskrav på försäkringsförmedlaren i förhållande till sin kund än vad som framgår av direktivet: ”*medlemsstaterna får behålla eller anta strängare bestämmelser avseende de villkor om information som föreskrivs i punkt 1, förutsatt att dessa bestämmelser överensstämmer med gemenskapsrätten*”.⁵⁸

I övrigt anges det inte några ytterligare möjligheter för medlemsstaterna att ställa strängare krav än vad som framgår av direktivet (se vidare nedan under avsnitt 3.2.4).

2.2.2 Vad är investeringsrådgivning?

Vilka kriterier som måste vara uppfyllda för att investeringsrådgivning ska föreligga har analyserats noggrant i min avhandling.⁵⁹ I detta sammanhang ska därför fokus fästas vid vilket tillämpningsområde som MiFID-direktiv har.

I motsats till försäkringsförmedlingsdirektivet betonas det i MiFID-direktivet att antalet aktiva investerare ökat på de finansiella marknaderna och att det därför fanns behov av ett harmoniserat regelverk inom EU för att ”sörja för en hög nivå på skyddet av investerarna”.⁶⁰

Investeringsrådgivning definieras som ”*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*”.⁶¹

Det är även vad avser MiFID-direktivets tillämpningsområde möjligt för medlemsstaterna i undantagsfall att ställa strängare krav på värdepappersföretagen än de som föreskrivs i genomförandebestämmelserna men endast om ”*det finns särskilda risker för investerarskyddet eller marknadsintegriteten, däribland risker som avser det finansiella systemets stabilitet, som inte har beaktats fullt ut i gemenskapslagstiftningen, och den skall vara strikt proportionerlig*”.⁶²

⁵⁷ Se art. 4.6 2002/92/EG.

⁵⁸ Se art. 12.5 1 st. 2002/92/EG.

⁵⁹ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 293 ff.

⁶⁰ Se skäl 2 2004/39/EG.

⁶¹ Se art. 4.1.4 2004/39/EG.

⁶² Se skäl 8 2006/73/EG.

Möjligheten till undantag regleras i art. 4 i genomförandedirektivet där det framgår att medlemsstaterna

”får behålla eller ålägga strängare krav än vad som följer av detta direktiv men endast i sådana undantagsfall då dessa strängare krav är objektivt motiverade och står i proportion till särskilda risker som inte beaktas tillfredsställande i detta direktiv avseende investerarskyddet eller marknadsintegriteten. Dessutom skall ett av följande villkor vara uppfyllt:

- a) De särskilda riskerna som kraven avser är av särskild betydelse med hänsyn till marknadsstrukturen i den berörda medlemsstaten.
- b) Kravet avser risker eller frågor som kan uppstå eller bli uppenbara efter det att detta direktiv har börjat tillämpas och som inte regleras på något annat sätt genom eller enligt gemenskapsåtgärder.”

2.2.4 Är rådgivning om finansiella instrument inom ramen för försäkringsförmedling endast att bedöma som försäkringsförmedling eller också investeringsrådgivning?

Analysen utgår från följande exempel:

En försäkringsförmedlare diskuterar med en kund under ett rådgivningstillfälle om dennes behov av att investera sitt kapital i form av en kapitalförsäkring. Inom ramen för kapitalförsäkringen rekommenderar försäkringsförmedlaren kunden att investera i specifika aktier och andra finansiella instrument.

En kapitalförsäkring kan beskrivas på följande sätt:

Förmedling av depåförsäkringar, dvs. livförsäkring för vilken försäkringsstagaren eller den försäkrade själv bestämmer inriktningen på sparandet genom att välja ett eller flera tillgångsslag som försäkringsföretaget erbjuder, och som då placeras i en depå, är idag en vanlig företeelse. Förmedling av denna typ av försäkringar omfattas av lagen om försäkringsförmedling. Däremot så finns oklarheter om hur mottagande och vidarebefordrande av order i fråga om ett eller flera finansiella instrument samt den investeringsrådgivning som äger rum i samband med eller efter tecknandet av försäkringsavtalet ska betraktas. Dessa situationer kan eventuellt omfattas av lagen om värdepappersmarknaden eller lagen om försäkringsförmedling.

Genom en granskning av hur en depåförsäkring är uppbyggd kan man erhålla ledning till vilken eller vilka regleringar som är tillämpliga i ovan nämnda situationer. En depåförsäkring är en försäkringsprodukt i vilken försäkringstagaren kan söka avkastning genom att exponera sig mot värdeut-

vecklingen på vissa tillgångar. Det sker genom att kund, den blivande försäkringstagaren, tecknar ett avtal med ett livförsäkringsbolag om att värdet på försäkringen ska beräknas utifrån inbetalde premier med avdrag för de kostnader som följer med försäkringsavtalet samt utvecklingen på vissa av kunden angivna tillgångar. Med andra ord förvärvar försäkringstagaren genom försäkringsavtalet och de inbetalade premierna en rätt till utbetalning enligt försäkringsavtalet. Tillgångarna i depåförsäkring ägs dock alltid av försäkringsbolaget och inte av försäkringstagaren. Emellertid ska livförsäkringsbolaget enligt 7 kap. 13 § försäkringsrörelselagen (1982:713) (cit. FRL) placera tillgångar som svarar mot avsättningar för villkorad återbäring, däribland depåförsäkringar, på ett sätt som är lämpligt med hänsyn till åtagandets karaktär.

En depåförsäkring kan därför förenklat liknas vid ett finansiellt instrument vars värde är kopplat till en eller flera underliggande tillgångars värde, att jämföra exempelvis med någon form av certifikat eller skuldebrev. Rådgivning om vad utbetalningen från försäkringsavtalet ska baseras på (investeringsrådgivning) kan därför liknas vid rådgivning om vilken del av försäkringsavtalet som helst, exempelvis försäkringsavtalets utbetalningslängd eller förmånstagare. Därtill avser investeringsrådgivning enligt värdepappersmarknaden endast rådgivning om finansiella instrument enligt definitionen i 1 kap. 4 § VpmL. Försäkring återfinns inte i den uppräknade listan av instrument som omfattas av definitionen. Rådgivning om betalning av premier till ett försäkringsavtal är därför inte enligt definitionen av finansiella instrument att anse som investeringsrådgivning (jämför undantagen från tillståndsplikt i 2 kap. 1 § 5 VpmL). Däremot är försäkringsförmedlingslagen tillämplig.

Det är tydligt att det i denna situation föreligger ett försäkringsförmedlingsuppdrag som kräver tillstånd enligt 1 kap. 1 § FfL. Diskussionerna vid mötet behandlar förslag om investeringar inom ramen för en kapitalförsäkring och därmed är försäkringsförmedlingslagen tillämplig. Försäkringsförmedlaren lämnar även rekommendationer till kunden om vilka specifika aktier kunden ska investera i, vilket enligt värdepappersmarknadslagen per definition är en tillståndspliktig verksamhet (investeringsrådgivning), 2 kap. 1 § 5 p. VpmL. Frågan är emellertid om försäkringsförmedlaren förutom tillståndet för försäkringsförmedlingen, även måste ha tillstånd för investeringsrådgivning för att kunna tillhandahålla rådgivning inom ramen för en kapitalförsäkring om t.ex. aktier.

Försäkringsförmedlingsdirektivet antogs 2002 och är att bedöma som speciallagstiftning (speciallagstiftning anses ha företräde framför generell lag-

stiftning).⁶³ Vid tiden för antagandet av MiFID-direktivet 2004 kan man förutsätta att lagstiftaren tog hänsyn till den lagstiftning som fanns rörande försäkringsförmedlare. Även MiFID-direktivet är att betrakta som speciallagstiftning och båda direktiven syftar till att skapa bättre förutsättningar för en gemensam inre marknad för försäkringar och handel med finansiella instrument och produkter. För att säkerställa kvaliteten på dessa tjänster ställdes krav på särskilt tillstånd.

I MiFID- såväl som försäkringsförmedlingsdirektivet finns det ett antal undantag från tillståndsplikten avseende vissa aktörer som ibland tillhandahåller tillståndspliktiga tjänster. Som exempel på sådan verksamhet som undantas från tillståndsplikten enligt MiFID-direktivet kan anföras:

art. 2.1.c, ”personer som tillhandahåller investeringstjänster i de fall då tjänsten tillhandahålls tillfälligt i samband med annan yrkesmässig verksamhet som regleras av bestämmelser i lag eller annan författning eller etiska regler som avser yrkesverksamheten i fråga, vilka inte utesluter att tjänsten tillhandahålls” och

art. 2.1.j ”personer som tillhandahåller investeringsrådgivning inom ramen för annan professionell verksamhet som inte omfattas av MiFID-direktivet, om ingen specifik ersättning lämnas för denna rådgivning”.⁶⁴

Om ett medlemsland ska ställa krav på att försäkringsförmedlares rådgivning om enskilda finansiella instrument inom ramen för en försäkring kräver tillstånd enligt värdepappersmarknadslagen är däremot beroende av hur försäkringsförmedlingsdirektivets tillämpningsområde tolkas. Som framgått ovan saknas det möjlighet för en medlemsstat att uppställa strängare regler för försäkringsförmedlare förutom vad gäller kvalifikations- och kompetenskrav. Frågan är därmed om krav på tillstånd för investeringsrådgivning skulle anses utgöra ett strängare krav än vad som framgår av direktivet (dvs. särskilja viss rådgivning om försäkringar) eller om rådgivning om finansiella instrument, oavsett om denna tillhandahålls inom ramen för en försäkring eller ej, alltid är att bedöma som investeringsrådgivning och därmed kräver särskilt tillstånd.

Direktiven ger i denna fråga ingen ledning. Försäkringsförmedlingsdirektivet definierar och särskiljer inte särskilda typer av försäkringar utan är tillämpligt på rådgivning och förmedling av *försäkringar* utan någon särskild

⁶³ Se t.ex. Strömholm, Stig, Rätt, rättskällor och rättstillämpning – en lärobok i allmän rättslära, 5 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 1996, s. 420 f. och 463 f.

⁶⁴ Jfr art. 1.2 2002/92/EG.

kvalifikation. MiFID- och genomförandedirektivet innehåller samtidigt inte uttryckligen något undantag från tillståndsplikten för investeringsrådgivning för sådan rådgivning som tillhandhålls inom ramen för en försäkring.

Det framgår inte tydligt av MiFID-direktivet vilka typer av rådgivning som är avsedda att omfattas av undantagen, särskilt art. 2.1.c är svårtolkad eftersom bestämmelsen ställer krav på att investeringsrådgivningen endast får tillhandahållas *tillfälligt* för att omfattas av direktivet. Hur bedömningen ska ske för när tillfälligt övergår till mer varaktigt framgår inte av bestämmelsen. Många försäkringsförmedlare tillhandahåller med stor säkerhet rådgivning om kapitalförsäkringar med någon form av regelbundenhet och därmed kan inte tillfällighetsrekvisitet i art. 2.1.c. anses tillämpligt. Försäkringsförmedlare erhåller också ersättning för rådgivningen, vilket innebär att inte heller undantaget i art. 2.1.j blir tillämpligt.⁶⁵

I detta fall, särskilt mot bakgrund av att båda regelverken är inskränkande på så sätt att de uppställer särskilda krav för utförande av vissa typer av tjänster, måste försiktighet till förmån för den enskilde (försäkringsförmedlaren) beaktas. Varken försäkringsförmedlings- eller MiFID-direktivet ger något klart stöd för tolkningen att försäkringsförmedlares rådgivning avseende finansiella instrument inom ramen för en kapitalförsäkring med säkerhet är att bedöma som investeringsrådgivning. Rekvisiten för investeringsrådgivning är visserligen uppfyllda men samtidigt fanns det specialreglering av försäkringsrådgivning i form av försäkringsförmedlingsdirektivet som förelåg vid tiden för antagandet av MiFID-direktivet.

2.2.5 Argument för att rådgivning inom ramen för en depå- eller kapitalförsäkring ska bedömas som tillståndspliktig försäkringsförmedling

1. Att MiFID-direktivet är avsett att inskränka omfattningen av försäkringsförmedlingsdirektivet framgår inte klart av MiFID-direktivet (även om MiFID-direktivet uttryckligen har tillkommit för att skapa ett bättre och överensstämmande skydd för investerare).⁶⁶
2. Försäkringsförmedlingsdirektivet är att anse som en specialreglering som fanns vid tiden för antagandet av MiFID-direktivet. Hade parlamentet och rådet haft för avsikt att inskränka försäkringsförmedlingsdirektivets omfattning, hade detta med stor sannolikhet skett genom att vissa delar

⁶⁵ Se även Q&A on MiFID, art. 2.1.j, <http://ec.europa.eu/yqol/index.cfm?fuseaction=question.show&questionId=202>.

⁶⁶ Se t.ex. skäl 1-4 2004/39/EG.

av försäkringsförmedlingsdirektivet ändrades alternativt att det tydligt framgick av MiFID-direktivet att en viss typ av rådgivning, även om den tillhandahålls inom ramen för en försäkringslösning, skulle omfattas av direktivets tillämpningsområde.

3. Undantagen i art. 2 MiFID är inte en uttömmande katalog utan endast exemplifierande. Därmed skulle det vara möjligt att tolka direktivet som att försäkringsförmedling i likhet med övriga typer av tjänster som undantagits (t.ex. rådgivning inom en koncern eller inom ramen för en riskkapitalfond) inte ska omfattas av MiFID-direktivets tillämpningsområde.
4. Att rådgivning inom ramen för en depå- eller kapitalförsäkring är att betrakta som rådgivning om transaktioner inom ramen för en försäkring, dvs. inte rådgivning om specifika finansiella instrument och produkter.
5. Tillståndsplikten är i huvudsak till för att få kontroll över de aktörer som tillhandahåller vissa typer av tjänster. Vad avser försäkringsförmedlare står dessa redan under tillsyn genom att ha tillstånd för försäkringsförmedling och därigenom kontrolleras bl.a. försäkringsförmedlarnasandel och kompetens. Således har Finansinspektionen tämligen god kontroll på de aktörer som idag lämnar rådgivning inom ramen för depå- och kapitalförsäkringar. Det föreligger därmed inte ett problem att förmedlare utan särskilt tillstånd tillhandahåller tillståndspliktig verksamhet enligt värdepappersmarknadslagen.

2.2.6 Argument för att rådgivning inom ramen för en depå- eller kapitalförsäkring ska bedömas som tillståndspliktig investeringsrådgivning

1. Syftet med att MiFID-direktivet infördes var för att harmonisera investerarskyddet genom att bl.a. göra investeringsrådgivning tillståndspliktig och därigenom harmonisera de krav som ställs på investeringsrådgivare oavsett vilken typ av profession som tillhandahåller rådgivningen.
2. MiFID-direktivet innehåller ett antal undantag från tillståndsplikten. Försäkringsförmedling är emellertid inte upptaget som ett specifikt undantag och de generellt utformade undantagen är inte tillämpliga på varaktig verksamhet som bl.a. innefattar rådgivning om finansiella instrument inom ramen för försäkringsförmedling.
3. MiFID-direktivet är att betrakta som specialreglering där viss verksamhet oavsett vem som tillhandahåller den har gjorts tillståndspliktig.
4. MiFID-direktivet innefattar mer långtgående kundskyddsregler än försäkringsförmedlingsdirektivet.

5. Rådgivning inom ramen för en depå- eller kapitalförsäkring är att betrakta som investeringsrådgivning och försäkringsrådgivning eftersom rekommendationerna som lämnas till kunden avser såväl finansiella instrument och produkter som försäkringsprodukter.

2.2.7 Avslutande synpunkter

När en försäkringsförmedlare lämnar rådgivning inom ramen för en depå- eller kapitalförsäkring är detta i realiteten investeringsrådgivning kombinerat med försäkringsrådgivning, två verksamheter som var för sig kräver särskilt tillstånd. Däremot är det otydligt i vad mån försäkringsförmedlars rådgivning om finansiella instrument och produkter omfattas av undantagsbestämmelserna i art. 2 MiFID. Mot bakgrund av att regleringen är av näringsrättsligt slag och därför inskränker den enskildes möjligheter att bedriva verksamhet, bör försiktighetsprincipen tillämpas. Därför ser jag idag inte att det är möjligt att kräva särskilt tillstånd för investeringsrådgivning i dessa situationer.

Som framgår ovan är det ytterst osäkert om MiFID-direktivet är tillämpligt på försäkringsförmedling. Därför vill jag rekommendera Finansinspektionen att ställa en konkretiserad och detaljerad fråga till kommissionen med inriktning på om dessa regelverk är tänkta att verka ”överlappande” eller reglera specifika verksamheter oberoende av varandra. Det är viktigt att Finansinspektionen i detalj beskriver hur depå- och kapitalförsäkringar fungerar och är reglerade i svensk rätt, för att säkerställa att kommissionen ger ett svar som är direkt tillämpligt på den svenska situationen.⁶⁷

Det som kan vara ett problem är om kraven på en försäkringsförmedlare vid denna typ av rådgivning skulle vara mindre omfattande än de motsvarande kraven som följer av att en aktör tillhandahåller investeringsrådgivning, vilket skulle kunna innebära en risk för att kunden erhåller ett sämre skydd. Innan det är möjligt att göra en sådan bedömning, behövs det först en analys av vilka krav som följer vid denna typ av rådgivning (se vidare under avsnitt 2.3 och 2.4).

⁶⁷ Kommissionen publicerar löpande svar på frågor om MiFID-direktivets tillämplighet och innebörd men ännu har inte något svar lämnats som kunnat ge vägledning i denna fråga, se <http://ec.europa.eu/yqol/index.cfm?fuseaction=domain.show&did=6>.

2.3 Vilka lagar är tillämpliga när försäkringsförmedlare förmedlar försäkringar med annat innehåll än fonder, t.ex. strukturerade produkter i depå- och kapitalförsäkringar?

2.3.1 Introduktion

Under detta avsnitt kommer de civilrättsliga aspekterna av frågeställningen under avsnitt 2.2 att bedömas, dvs. vilka regelverk som blir tillämpliga på förmedling av annat än fonder i depå- och kapitalförsäkringar. Analysen i detta avsnitt kommer att upprätthålla sig vid bedömningen av vilka *lagar* som blir tillämpliga på förmedlingen, inte vilka krav som ställs på denna typ av rådgivning vilket analyseras nedan i avsnitt 2.4 om god försäkringsförmedlingssed.

2.3.2 Försäkringsförmedlings- och MiFID-direktivets tillämpningsområde

Som framgått ovan i avsnitt 2.2 är det idag tveksamt om det skulle vara möjligt att kräva att försäkringsförmedlare som har tillstånd för försäkringsförmedling, och i vissa fall också sidotillstånd för fondförmedling enligt försäkringsförmedlingslagen, dessutom måste ha tillstånd för investeringsrådgivning enligt värdepappersmarknadslagen.

Även om försäkringsförmedlare inte behöver ha ett särskilt tillstånd för investeringsrådgivning, uppkommer frågan om vilka förpliktelser en försäkringsförmedlare har att iaktta vid denna typ av rådgivning (dvs. förpliktelser ur såväl närings- som civilrättsliga perspektiv).

2.3.3 Försäkringsförmedlingslagen

Förutom förmedling av försäkringar kan försäkringsförmedlare i Sverige efter särskilt tillstånd även förmedla fondandelar. Anledningen till denna speciallösning var att försäkringsmäklare vid tiden för implementeringen av försäkringsförmedlingsdirektivet sedan 1 januari 1995 haft rätt att förmedla fondandelar och lagstiftaren ansåg att en sådan möjlighet skulle kvarstå även enligt den nya försäkringsförmedlingslagen.⁶⁸ En försäkringsförmedlare kan således erhålla sidotillstånd för *förmedling av* och *rådgivning om* fondandelar och undantas därmed från tillståndsplikten enligt värdepappersmarknadslagen.⁶⁹ Att en sådan möjlighet föreligger framgår av försäkringsförmedlings-

⁶⁸ Se prop. 2004/05:133, s. 32 f.

⁶⁹ Se 1 kap. 5 § FfL och 2 kap. 1 § 1 och 5 § 1 st. 15 p. Vpml. Se även prop. 2006/07:115 Ny lag om värdepappersmarknaden, s. 345 f.

direktivet eftersom det inte finns några bestämmelser som begränsar försäkringsförmedlare från att bedriva andra typer av verksamheter.⁷⁰

Lagstiftaren noterade emellertid de problem som kan uppkomma i och med att försäkringsförmedlare tillåts bedriva andra verksamheter tillsammans med försäkringsförmedling:

”Utgångspunkten för bedömningen av om en försäkringsförmedlare skall få utöva annan verksamhet tillsammans med förmedlingsrörelsen bör vara att inte begränsa den fria näringsutövningen genom att ställa upp regler som innebär förbud för försäkringsförmedlare att använda sin kompetens även på områden som ligger försäkringsförmedling nära, såvida det inte finns tungt vägande skäl. De argument som kan anföras mot en sammanblandning av försäkringsförmedling och annan verksamhet är i huvudsak att förmedlarens oberoende ställning äventyras, att kompetensen blir lägre än annars, att oklarheter kan uppstå när det gäller ansvarsförsäkringens omfattning och att tillsynen försvåras.”⁷¹

Som synes är det två intressen som kommer i konflikt – rätten att bedriva verksamhet ska så långt som möjligt vara fri från inskränkningar från samhället samtidigt som en kombination av verksamheter kan leda till sämre kvalitet och därmed också skador för köparkollektivet. De risker som lagstiftaren identifierat är allvarliga, nämligen att en utpekad oberoendeställning äventyras, att kompetensen riskerar att försämrans bland förmedlarna, att det uppstår frågetecken om vilka typer av verksamheter som omfattas av den obligatoriska ansvarsförsäkringen samt inte minst att tillsynen kan försvåras.

Lagstiftaren ansåg emellertid att det var viktigt att försäkringsförmedlare fortsatt skulle tillåtas förmedla fondandelar, särskilt med hänvisning till MiFID-direktivets undantagsbestämmelser där medlemsstaterna har valfrihet om de vill utnyttja möjligheten till undantag.⁷² För att kunderna emellertid inte skulle drabbas negativt av att andra än värdepappersbolag tillhandahöll förmedling av fondandelar, betonade lagstiftaren att försäkringsförmedlaren skulle vara tvungen att iaktta de krav som gällde för denna typ av verksamhet i stället för att förmedlingen skulle bedömas enligt försäkringsförmedlingslagens regler om förmedling av försäkringar.⁷³

⁷⁰ Jfr art. 4.1 2 st. 2002/92/EG.

⁷¹ Se prop. 2004/05:133, s. 92.

⁷² Se prop. 2004/05:133, s. 94.

⁷³ Se prop. 2004/05:133, s. 79 ff. och s. 91 ff.

Särskilt om krav på ansvarsförsäkring Som exempel på hur lagstiftaren resonerade om ovanstående risker kan frågan om ansvarsförsäkring anföras. Lagstiftaren menade att:

”När det sedan gäller argumentet att oklarheter kan uppstå vad gäller ansvarsförsäkringens omfattning och att kunden lätt kan få intrycket att allt som förmedlaren åtar sig täcks av ansvarsförsäkringen, bör det framhållas att det bör ligga inom ramen för god försäkringsförmedlingssed att en förmedlare inte uppträder på ett sådant sätt att han eller hon ger kunden intrycket av att den ansvarsförsäkring som gäller för förmedlingsverksamheten även omfattar annan verksamhet som förmedlaren ägnar sig åt.”⁷⁴

Det ställs således krav på försäkringsförmedlaren att inte tillhandahålla tjänster som inte omfattas av ansvarsförsäkringen, utan att detta tydligt framgår för kunden, eftersom kunderna har svårt att i dessa situationer bedöma om de erhåller en tjänst inom ramen för försäkringsförmedlingslagen. Det som de flesta kunder förmodligen vet är att det är en försäkringsförmedlare som tillhandahåller tjänsten men inte vilka krav som följer av lagstiftningen.⁷⁵

Försäkringsförmedlaren har därför en skyldighet att lämna information om ansvarsförsäkringen, 6 kap. 1 § 1 st. 6 p. FfL. Informationsplikten förtydligas i FFFS 2005:11 där det framgår av 6 kap. 12 § att en försäkringsförmedlare bl.a. ska upplysa kunden om vilket försäkringsföretag som har meddelat ansvarsförsäkringen och om att kunden har en direktkravs rätt gentemot bolaget i det fall som kunden inte erhållit ersättning från försäkringstagaren, dvs. försäkringsförmedlaren.⁷⁶

Ansvarsförsäkring införs för vissa typer av tjänster där köparen av tjänsten har svårt att på förhand bedöma kvaliteten på tjänsten och därför har en ökad risk för att drabbas av tjänster av undermålig kvalitet och därmed också skador.⁷⁷ I de fall en försäkringsförmedlare tillhandahållit tjänster som inte omfattas av ansvarsförsäkringen, är det endast soliditeten i försäkringsförmedla-

⁷⁴ Se prop. 2004/05:133, s. 93.

⁷⁵ Se vidare Korling, Rådgivningsansvar, s. 656 ff.

⁷⁶ Se vidare angående direktkravs rätten inom ramen för en obligatorisk ansvarsförsäkring, van der Sluijs, Jessika, Direktkravs rätt vid ansvarsförsäkring, Jure Förlag, Stockholm 2006, s. 26 ff. och s. 124 ff.

⁷⁷ Se t.ex. 6 § 1 st. 2 p. fastighetsmäklarlagen (1995:400) och prop. 1994/95:14 Ny fastighetsmäklarlag, s. 36. Se även 27 § revisorslagen (2001:883) och prop. 2000/01:146 Oberoende ägande och tillsyn i revisionsverksamhet, s. 78 f.

rens bolag som utgör en garant för att de eventuella skador som en kund lider kan ersättas. Ett tämligen osäkert kundskydd.

Försäkringsförmedlare är skyldiga att ha en ansvarsförsäkring enligt 2 kap. 5 § 4 p. FfL. I motiven till försäkringsförmedlingslagen betonade lagstiftaren att om förmedlaren hade sidotillstånd för förmedling av och rådgivning om fondandelar, måste ansvarsförsäkringen omfatta samma krav som följde enligt lagen om värdepappersrörelse (jfr 3 kap. 6 § 2 st. 1 p. VpML).⁷⁸ Att försäkringsförmedlingslagen blir tillämplig på rådgivning om depå- och kapitalförsäkringar innebär också att kundernas eventuella skadeståndskrav ska omfattas av försäkringsförmedlarens ansvarsförsäkring.

Om försäkringsförmedlaren däremot marknadsför produkter som varken är att betrakta som försäkringar eller fondandelar, uppkommer frågan om förmedlarens ansvarsförsäkring även täcker in de eventuella skador som orsakas av brister i marknadsföringen alternativt den rådgivning som lämnats om t.ex. strukturerade produkter utan koppling till försäkring.

2.3.4 Regelverkets tillämplighet på rådgivning om depå- och kapitalförsäkringar

Fokus för analysen i denna rapport är vilka regelverk och därmed också vilka krav som ställs på rådgivning och marknadsföring av annat än försäkringar och fondandelar. Rådgivning om depå- och kapitalförsäkringar skulle kunna betraktas som rådgivning om såväl finansiella instrument som försäkringar inom ramen för en och samma tjänst. Samtidigt är det möjligt att betrakta denna typ av rådgivning som två separata typer av rådgivning. För att det ska vara möjligt att separera rådgivningstyperna åt krävs det i så fall att rådgivningen om vilka finansiella instrument och produkter som ska köpas och säljas inom ramen för en försäkring anses vara artfrämmande från försäkringsrådgivning. I svensk rätt, i likhet med stora delar av EU:s medlemsstater, saknas det en exakt definition av vad som utgör en försäkring i förhållande till t.ex. en garanti eller ett borgensåtagande. Det innebär att bedömningen är inkluderande snarare än exkluderande, dvs. om produkten/tjänsten har karaktärsdrag som påminner om en försäkring betraktas denna som försäkring. Detta leder till att även om försäkringsinslaget i en depå- eller kapitalförsäkring är litet i förhållande till investeringsrådgivning och handel med finansiella instrument och produkter, betraktas denna typ av rådgivning som för-

⁷⁸ Se prop. 2004/05:133, s. 78.

säkringsrådgivning. Därmed omfattas denna typ av rådgivning av försäkringsförmedlingslagens tillämpningsområde (något som inte utesluter att det kan ställas likvärdiga krav på denna typ av rådgivning som följer av kraven enligt rådgivningslagen och värdepappersmarknadslagen, se vidare nedan under avsnitt 2.4.4).

Vad avser reglerna om god försäkringsförmedlingssed tog lagstiftaren stort intryck av reglerna i rådgivningslagen, till vilka det hänvisas till i propositionen till försäkringsförmedlingslagen. Lagstiftaren poängterade att det var viktigt att samma regler gällde för liknande typer av rådgivning och därför skulle de krav som ställdes på försäkringsförmedlares rådgivning harmoniera med rådgivningslagens krav:⁷⁹

”Bestämmelserna om försäkringsförmedlares skyldigheter vid förmedling av försäkringar bör utformas på ett sådant sätt att intentionerna bakom såväl lagen om finansiell rådgivning till konsumenter som direktivet uppfylls. Därför bör det införas en bestämmelse enligt vilken försäkringsförmedlaren skall anpassa sin rådgivning efter kundens önskemål och behov samt rekommendera lösningar som är lämpliga för kunden. Bestämmelsen bör vara tillämplig på alla slags försäkringsförmedlare.”⁸⁰

Försäkringsförmedlingslagens regler kompletteras av Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd om försäkringsförmedling (FFFS 2005:11). De regler i föreskrifterna som tar sikte på förmedling av fondandelar återfinns i 2 kap., dvs. regler om vilken kompetens en försäkringsförmedlare ska ha för att erhålla tillstånd att bedriva försäkringsförmedling. I övrigt innehåller föreskrifterna inte några direkta riktlinjer för hur rådgivningen ska utföras (föreskrifterna innehåller dock vissa regler om utformning av dokumentation och informationskrav). Den närmare innebörden av föreskrifternas krav på försäkringsförmedlare kommer att utvärderas nedan i avsnitt 2.4 och kommer därför inte att närmare kommenteras här.

2.3.5 Värdepappersmarknadslagen

Investeringsrådgivning om finansiella instrument och produkter är enligt värdepappersmarknadslagen tillståndspliktig verksamhet. Lagen tar inte sikte på specifika typer av aktörer utan är i stället en produkt- och tjänsteoriente-

⁷⁹ Se prop. 2004/05:133, s. 98 ff.

⁸⁰ Se prop. 2004/05:133, s. 100.

rad lagstiftning, dvs. alla som bedriver de typer av verksamheter som definieras i lagen måste ha tillstånd.⁸¹

I 2 kap. 5 § 15 p. VpmL finns det ett undantag från tillståndsplikten för försäkringsförmedlare som förmedlar och lämnar investeringsrådgivning om fondandelar. Förmedling och investeringsrådgivning har således inte separerats utan undantaget gäller såväl förmedling som investeringsrådgivning.

När en försäkringsförmedlare lämnar rådgivning om finansiella instrument inom ramen för en depå- eller kapitalförsäkring betraktas denna rådgivning vara försäkringsrådgivning och omfattas således inte av värdepappersmarknadslagens tillståndsplikt för investeringsrådgivning. Att rådgivningen inte faller under värdepappersmarknadslagens tillämpningsområde utgör däremot inget hinder för att de krav som ställs på försäkringsförmedlaren rådgivning baseras på hur kraven för investeringsrådgivning är utformade. Kraven utgår primärt från begreppet god försäkringsförmedlingssed, vilket får sitt innehåll bl.a. från branschpraxis och riktlinjer från myndigheter. Dessutom utgör rådgivningslagen en förlaga till försäkringsförmedlingslagens kundskyddsregler.

Sammantaget kan således regleringen om informationsplikter och därmed krav på lämplighetsbedömning och eventuellt avrådande enligt värdepappersmarknadslagen tillämpas på sådan rådgivning som per definition utgör investeringsrådgivning men i realiteten bedöms vara försäkringsrådgivning. Detta inte minst eftersom det i propositionen till försäkringsförmedlingslagen poängteras att rådgivning av försäkringsförmedlare skulle bedömas i enlighet med det regelverk som gäller för värdepappersrörelse, när förmedlaren utförde verksamhet som föll inom ramen för värdepappersrörelselagens tillämpningsområde med tillhörande föreskrifter (numera värdepappersmarknadslagen).⁸² Lagstiftaren ansåg därmed att om en försäkringsförmedlare tillhandahåller tjänster som är tillståndspliktiga under annan lagstiftning, måste förmedlaren uppfylla de krav som följer av denna lagstiftning. Det ställs således inte, i förhållande till en finansiell rådgivare, lägre krav på en förmedlare när denne tillhandahåller sådana rådgivningstjänster.

2.3.6 Rådgivningslagen

Rådgivningslagen har som ovan framgått utgjort förlaga till många av reglerna i försäkringsförmedlingslagen. Lagstiftaren betonade t.o.m. i proposi-

⁸¹ Se 2 kap. VpmL.

⁸² Se prop. 2004/05:133, s. 78, s. 79 ff. och s. 91 ff.

tionen att ”[m]an bör, som nämnts, sträva efter att så långt som möjligt nå en överensstämmelse mellan lagen om försäkringsförmedling och lagen om finansiell rådgivning till konsumenter”.⁸³ Detta innebär att de regler i försäkringsförmedlingslagen som överensstämmer med rådgivningslagens regler kommer att påverkas av hur rådgivningslagens regler tillämpas och tolkas. Särskilt som lagstiftaren betonat att det skulle föreligga stor överensstämmelse i innebörden och tillämpningen av dessa regler.

I praktiken innebär detta att rådgivningslagens förarbeten kan utgöra tolkningsunderlag för att bedöma hur reglerna i försäkringsförmedlingslagen ska tolkas i vissa situationer, eftersom lagstiftaren i försäkringsförmedlingslagens motiv varit tämligen kortfattad om innebörden av respektive regel och i stället hänvisat till rådgivningslagens regler och förarbeten (se vidare under avsnitt 2.4 om tolkningen av god försäkringsförmedlingssed).

Värdepappersmarknadslagen innehåller i jämförelse med rådgivningslagen fler detaljerade regler om t.ex. rådgivarens informationsförpliktelser. Samtidigt innebär inte kraven enligt värdepappersmarknaden några ytterligare förpliktelser, utan reglerna är snarare att betrakta som detaljerade konkretiseringar av de krav som följer av rådgivningslagen. Större delen av den finansrådgivning som sker idag faller också under värdepappersmarknadslagens tillämpningsområde, eftersom investeringsrådgivning numera är en tillståndspliktig verksamhet.

2.3.7 Avslutande kommentarer

Den praxis som föreligger i förhållande till såväl rådgivnings- som värdepappersmarknadslagen utgör därmed tolkningsunderlag för bedömningen av vad som följer av god försäkringsförmedlingssed.⁸⁴ Särskilt mot bakgrund av lagstiftarens intentioner med ett sammanhållet regelsystem för finans- och försäkringsrådgivning kan således försäkrings-, rådgivnings- och värdepappersmarknadslagarna och dess föreskrifter komma att tillämpas samtidigt för att avgöra vilka förpliktelser som en försäkringsförmedlare har att beakta vid rådgivning om fondandelar och finansiella instrument. Detta i synnerhet som försäkringsförmedlingslagen och dess föreskrifter saknar specifika regler

⁸³ Se prop. 2004/05:133, s. 109.

⁸⁴ Se t.ex. NJA 1995 s. 693. Se vidare Svea Hovrätts dom 2005-02-22, mål nr T 4472-04, Halmstads tingsrätts dom 2009-10-29, mål nr T 642-05 och Örebro tingsrätts dom 2009-09-25, mål nr T-2274-08 m.fl.

för hur förmedlaren ska agera i en rådgivnings- och förmedlingssituation avseende finansiella instrument och produkter.⁸⁵

2.4 Vad ingår i kravet på god försäkringsförmedlingssed respektive i kravet på att förmedlare har att visa omsorg om sin uppdragsgivares intressen?

2.4.1 Introduktion

I detta avsnitt utreds vilka krav som följer av god försäkringsförmedlingssed enligt 5 kap. 4 § FfL.

2.4.2 Den legala konstruktionen av god sed-begreppet

Begreppet god sed har sedan lång tid använts i lagstiftningen för att definiera den kvalitetsnorm som en tjänsteleverantör har att förhålla sig till vid utförandet av sina respektive tjänster. Exempel på god sed-begrepp som under lång tid har nyttjats är god advokatsed, god revisorssed, god fastighetsmäklarsed och god kreditgivningssed. Begreppet motsvarar konsumenttjänstlagens (1985:716) krav på fackmässighet och omsorg, även om just omsorgskravet brukar brytas ut från god sed-begreppet och anges särskilt i lagtexten.⁸⁶

Tanken bakom att nyttja ett god sed-krav är av regleringseffektiva skäl. Eftersom många branscher, trots detaljreglering, har möjlighet att skapa egna kvalitetskrav, nyttjas god sed-begreppet som ett flexibelt krav vars innehåll får konkretiseras i varje enskilt fall med hänvisning till bl.a. praxis, branschöverenskommelser, allmänna råd, rekommendationer från branschorganisationer etc.⁸⁷

2.4.3 Vad inbegrips i begreppet god försäkringsförmedlingssed?

Enligt propositionen till försäkringsförmedlingslagen framgår att kravet på god försäkringsförmedlingssed infördes för att definiera den kvalitetsnorm som förmedlingsverksamheten ska utövas enligt.⁸⁸ Samtidigt påpekades det

⁸⁵ Se vidare Korling, Rådgivningsansvar, s. 405 ff.

⁸⁶ Se t.ex. 5 § rådgivningslagen.

⁸⁷ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 524 ff., Munukka, Jori, Kontraktuell lojalitetsplikt, Jure Förlag, Stockholm 2007, s. 128 ff. Se även t.ex. prop. 2002/03:133, s. 24 f.

⁸⁸ Se prop. 2004/05:133, s. 98 f.

att lagen skulle komma att tillämpas på en stor mängd förmedlare vars verksamheter skiljer sig tämligen mycket åt. Lagstiftaren anförde därför att:

”Det är mot den bakgrunden inte möjligt och knappast heller önskvärt att försöka fastställa detaljerade normer för hur verksamheten skall utövas. De övergripande normer som bör gälla måste också kunna ändras över tiden och anpassas till olika typer av försäkringsförmedlare och olika typer av verksamheter. Ett väl beprövat sätt att fastställa normer för arbetsmetoder är, som har framgått av redogörelsen ovan, att hänvisa till god sed. Någon anledning att frångå vad som gäller redan i dag för försäkringsmäklare och för andra jämförbara yrkesutövare finns inte. Det bör därför införas ett krav på att förmedlaren i sin verksamhet skall iaktta god försäkringsförmedlingssed. God sed är ett dynamiskt begrepp som ändras över tiden. Dess innebörd får bero av utvecklingen i branschen, branschorganens riktlinjer och rekommendationer till sina medlemmar, överenskommelser mellan branschorgan och berörda myndigheter, allmänna råd från berörda myndigheter samt avgöranden hos Finansinspektionen, domstolar samt organ för utomrättslig tvistlösning.”⁸⁹

Försäkringsförmedlarenes omsorgsplikt behandlades särskilt i propositionen där lagstiftaren anförde att omsorgsplikten skulle utformas i enlighet med motsvarande krav i rådgivningslagen.⁹⁰

Det är en självklar uppgift för försäkringsförmedlaren att denne lämnar rekommendationer som utgår från den enskilde kundens behov. Försäkringsförmedlaren är anlitad av kunden och det är kunden som är förmedlaren uppdragsgivare. Detta innebär att förmedlaren har en lojalitetsplikt i förhållande till uppdragsgivaren.⁹¹ En skyldighet som följer av denna plikt är att förmedlaren ska följa uppdragsgivarens instruktioner, något som blir problematiskt i konsumentssammanhang eftersom en konsument som utgångspunkt är i ett informationsunderläge i förhållande till försäkringsförmedlaren. Således kan konsumenten ofta inte själv bedöma sitt försäkringsbehov utan det måste förmedlaren bistå konsumenten med att kartlägga.⁹²

Motsvarande förpliktelse följer även av 5 kap. 4 § försäkringsförmedlingslagen. Försäkringsförmedlaren ska rekommendera de försäkringslösningar som är lämpliga för kunden (hänvisning sker i propositionen till såväl

⁸⁹ Se prop. 2004/05:133, s. 98.

⁹⁰ Se prop. 2004/05:133, s. 99.

⁹¹ Se Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, s. 301 f.

⁹² Ett krav som även gällde enligt den gamla försäkringsmäklarlagen (1989:508), se t.ex. prop. 1988/89:136 om försäkringsmäklare, s. 39. Se även Korling, Rådgivningsansvar, s. 406 ff.

13 § försäkringsmäklarlagen (1989:508) och 5 § LFR, jfr även motsvarande krav i 8 kap. 23 § Vpml). Om försäkringsförmedlaren endast förmedlar försäkringar för ett begränsat antal försäkringsföretag framgår det av propositionen att förmedlarens lämplighetsrekommendation ska utgå från de försäkringar som försäkringsförmedlaren förmedlar. Däremot, vilket måste understrykas, räcker det inte att förmedlaren endast upplyser kunden om vilka försäkringsföretags produkter som förmedlaren förmedlar utan måste också upplysa om vilka konsekvenser detta får för urvalet. Kunden måste få full insikt i det faktum att rekommendationerna endast lämnas mot bakgrund av en del av marknadsutbudet.⁹³

En försäkringsförmedlare kan även lämna rådgivning mot bakgrund av en s.k. opartisk analys (dvs. rekommendationen lämnas mot bakgrund av marknads produkter utan särskild begränsning vad avser producenterna av dessa produkter). Att förmedlarens analys/rekommendation är opartisk är detsamma som att betrakta förmedlaren som oberoende. Detta innebär emellertid inte att det skulle saknas möjlighet att ställa krav på en förmedlare som endast förmedlar en begränsad del av marknads produkter. I förhållande till producenterna ska även en sådan förmedlare sätta sin kunds intressen främst, dvs. kravet på omsorg och lojalitetsplikt ska upprätthållas oberoende av vilken typ av förmedlare det är som lämnar rekommendationerna. Försäkringsförmedlaren är en minst lika oberoende uppdragstagare i detta avseende som en opartisk förmedlare.⁹⁴

En försäkringsförmedlare har, i likhet med en finansiell rådgivare, en skyldighet att avråda en uppdragsgivare från ett handlingsalternativ som förmedlaren bedömer vara olämpligt med beaktande av uppdragsgivarens förutsättningar och individuella behov. Avrådningsplikten föreligger uttalat i lagtexten i förhållande till konsumenter men i motiven till lagen framgår det att en sådan plikt även kan föreligga i förhållande till en näringsidkare. Detta är en naturlig följd av att försäkringsförmedlaren har att iaktta en omsorgsplikt i förhållande till sin uppdragsgivare och därvid endast rekommendera de produkter som kan bedömas vara lämpliga för denne. Att inte avråda från ett olämpligt handlingsalternativ är en underlåtenhet som kan bli sanktionerad med skadeståndsansvar. Det är uppdragsgivaren som har ansvaret för de alternativ som denne önskar att genomföra men det är förmedlarens ansvar att tillse att uppdragsgivaren är fullt införstådd med de konsekvenser som hand-

⁹³ Se prop. 2004/05:133, s. 99 f. och Korling, Rådgivningsansvar, s. 465 f.

⁹⁴ Se prop. 2004/05:133, s. 100 f.

landet kan leda till, därav de i lagtext uttryckta omsorgs- och avrådgivningsplikterna.⁹⁵

Finansinspektionen har förutom de detaljerade krav som framgår av FFFS 2005:11 publicerat en del uttalanden i flertalet rapporter som behandlar försäkringsförmedlares verksamhet. De rättsliga effekterna av att Finansinspektionen framställer krav på aktörerna genom rapporter diskuteras nedan (se avsnitt 2.4.5) men skulle av en domstol kunna tolkas som utgörande en del av de krav som en förmedlare har att beakta i form av god försäkringsförmedlingssed.⁹⁶

Det är tydligt att lagstiftaren har baserat försäkringsförmedlingslagens god sed- och omsorgskrav på rådgivningslagens modell, vilket framgår uttalat av motiven. Därigenom kommer innehållet i försäkringsförmedlarens skyldigheter att konkretiseras till stora delar av de skyldigheter som framgår av rådgivningslagen. Detta framgår också av att det i propositionen betonas att en finansiell rådgivare, i likhet med en försäkringsförmedlare, kan lämna rådgivning om placeringar i fondförsäkringar och vissa livförsäkringar och att rådgivningen därför skulle bedömas enligt samma ansvarskrav oavsett vilket yrke rådgivaren har.⁹⁷ Ställningstagandet var även förenligt med de krav som följde av försäkringsförmedlingsdirektivet.⁹⁸

2.4.4 God försäkringsförmedlingssed i förhållande till god rådgivningssed

Innebörden av god försäkringsförmedlingssed konkretiseras inte i propositionen. I stället sker en direkt hänvisning till rådgivningslagen. Det innebär att tolkningen av god försäkringsförmedlingssed är direkt beroende av de krav som följer av rådgivningslagens motsvarande ansvarsrekvisit, nämligen god rådgivningssed.

Jag kommer inte att i detalj ange vilka krav som följer av rådgivningslagen eftersom detta nyligen gjorts i min avhandling.⁹⁹ Däremot kommer jag att analysera om kraven i rådgivningslagen påverkas av de mer detaljerade krav som följer av värdepappersmarknadslagen och dess föreskrifter.

⁹⁵ Se prop. 2004/05:133, s. 101. Se även Korling, Rådgivningsansvar, s. 406 ff. och s. 647 f.

⁹⁶ För vidare diskussion avseende Finansinspektionens rapporters normerande verkan, se Korling, Rådgivningsansvar, s. 36 f.

⁹⁷ Se prop. 2004/05:133, s. 99 f.

⁹⁸ Se prop. 2004/05:133, s. 100. Undantag sker vid förmedling av återförsäkring och försäkring mot stora risker, se 6 kap. 7 § FfL.

⁹⁹ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 405 ff.

I såväl rådgivningslagen som försäkringsförmedlingslagen definieras rådgivarens skyldigheter på i stort sätt likalydande sätt:

5 § LFR: ”Näringsidkaren skall i sin rådgivningsverksamhet iaktta god rådgivnings-sed 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.”

5 kap. 4 § FfL: ”Försäkringsförmedlaren skall i sin verksamhet iaktta god försäkringsförmedlings-sed och med tillbörlig omsorg ta till vara kundens intressen. Försäkringsförmedlaren skall anpassa sin rådgivning efter kundens önskemål och behov samt rekommendera lösningar som är lämpliga för kunden.”

Även om försäkringsförmedlingslagens förarbeten i stora delar hänvisar till regler om rådgivning som gäller enligt rådgivningslagen kompletteras respektive lag av föreskrifter, dvs. det hänvisas inte i föreskrifterna för försäkringsförmedlare till de krav som följer av vare sig rådgivningslagens föreskrifter FFFS 2004:4 eller värdepappersmarknadslagens föreskrifter (FFFS 2007:16 konsoliderad version). I 1 kap. 2 § FFFS 2004:4 framgår dessutom att föreskrifterna inte är tillämpliga på sådan finansiell rådgivning som tillhandahålls av försäkringsförmedlare enligt 5 kap. 1 § FfL eller av värdepappersinstitut enligt värdepappersmarknadslagen.

Att respektive lag är konkretiserad genom föreskrifter hindrar emellertid inte att likvärdiga krav ställs på samma typ av rådgivning, här rådgivning om finansiella instrument (oavsett koppling till ett försäkringsskal). Det innebär att när en försäkringsförmedlare lämnar rådgivning om finansiella instrument, även om detta sker inom ramen för en depå- eller kapitalförsäkring, så måste förmedlaren iaktta motsvarande krav som följer av värdepappersmarknadslagen och dess föreskrifter (även om värdepappersmarknadslagens regler inte blir direkt tillämpliga).

Därför är det givetvis att rekommendera att försäkringsförmedlingslagens föreskrifter har hänvisningar till värdepappersmarknadens och rådgivningslagens föreskrifter, vilka får betydelse för innebörden av god sed-kravet alternativt att föreskrifterna sinsemellan innehåller överensstämmande krav.

2.4.5 Finansinspektionens roll i förhållande till de konkretiserade krav som följer av god sed

Som framgått ovan är Finansinspektionens föreskrifter, allmänna råd och praxis av stor betydelse för tolkningen av god sed på den finansiella markna-

den. Jag vill därför kort diskutera hur Finansinspektionens praxis tillkommer och framför allt kommuniceras med marknaden.¹⁰⁰ Det samlade intrycket är nämligen att det är ibland svårt att skaffa sig en överblick över Finansinspektionens syn på olika rättsliga frågeställningar och därför också svårt att i vissa avseenden säkerställa att branschens aktörer och deras verksamheter bedrivs i linje med lagstiftningens krav.

Jag har noterat att Finansinspektionen för närvarande genomför en enkät med ca 400 företag som står under inspektionens tillsyn för att erhålla synpunkter på inspektionens verksamhet, vilket är lovvärt.¹⁰¹ Jag har inte tagit del av enkäten och möjligen innehåller rapporten i denna del vissa aspekter som även efterfrågas i enkäten.

Via Finansinspektionens hemsida får man tillgång till bl.a. föreskrifter, allmänna råd, rapporter, vägledningar, tillstånds- och tillsynsbeslut samt presentationer som företrädare för Finansinspektionen har genomfört vid seminarier och presskonferenser.

Finansinspektionen publicerar en gång per år en översyn av de risker som inspektionen anser föreligger i det finansiella systemet.¹⁰² Rapporterna är av sammanfattande karaktär och inbegriper bl.a. såväl redogörelser från tillsynsaktioner som andra typer av undersökningar som inspektionen själv eller i samverkan med andra aktörer har genomfört. I rapporten framgår vilka risker som Finansinspektionen har identifierat och hur inspektionen kommer att arbeta framöver för att antingen kontrollera omfattningen av sådana risker eller genom andra åtgärder söka att minska dessa. Rapporten inbegriper i denna del såväl redogörelse för de åtgärder som inspektionen utfört under året men även mer generella bedömningar om marknadsläget.

En annan typ av årsrapport som Finansinspektionen publicerar är en sammanställning av inspektionens tillsynsåtgärder det senaste året (tidigare publicerades det rapporter med en årlig översyn av konsumentskyddet på den finansiella marknaden).¹⁰³

¹⁰⁰ Jag kommer inte att i detta avsnitt gå in på frågan om Finansinspektionens normgivningskompetens, ett i och för sig oerhört viktigt och aktuellt ämne som från tid till annan såväl debatteras i den juridiska doktrinen som i kommunikationen mellan branscherna och myndigheten.

¹⁰¹ Se Finansinspektionen, Pressmeddelande 2010-11-03 FI genomför en enkät bland företag med tillstånd.

¹⁰² Se Finansinspektionen, Risker i det finansiella systemet, oktober 2010.

¹⁰³ Se Finansinspektionens Tillsynsrapport 2010: Erfarenheter av tillsyn och regelutveckling (18 maj 2010) och Finansinspektionens rapport 2009:10, Konsumentskyddet på finansmarknaden.

Dessa två årsrapportstyper kan anses ge en samlad bild av Finansinspektionens syn på finansmarknaden mot bakgrund av de två huvudsakliga uppgifter som Finansinspektionen har i sin tillsynsverksamhet – nämligen att arbeta för ett stabilt och väl fungerande finansiellt system och verka för ett gott konsumentskydd inom det finansiella systemet.¹⁰⁴ Rapporterna syftar i detta avseende till att ersätta de tillsynsrapporter som löpande publicerats av Finansinspektionen och därmed ge en sammanhängande bild av de slutsatser som inspektionen dragit av genomförda tillsynsinsatser under respektive år.

Finansinspektionen publicerar även, förutom årsrapporterna, ett antal andra rapporter varje år. Rapporterna kan ha olika karaktär – dels av mer informativ karaktär, dels i form av rapportering av genomförda undersökningar och resultatet av dessa. Rapporterna som är redogörelser av genomförda tillsynsåtgärder är tämligen generella i sin utformning. Det framgår förvisso vilka företag som har undersökts, vilka företag som fått en eller flera anmärkningar samt en redogörelse för Finansinspektionens syn på regelefterlevnaden inom ett visst marknadssegment. Däremot saknas det ofta exakta uppgifter om vilka konkreta brister som har förelegat hos aktörerna och den rättsliga motiveringen som ligger till grund för denna bedömning i anslutning till att bristerna diskuteras i rapporten. Detta skapar en osäkerhet om vilka typer av åtgärder som Finansinspektionen har ansett att vissa aktörer måste genomföra för att deras verksamhet ska anses vara i linje med de krav som framgår av lagstiftning och till viss mån även Finansinspektionens allmänna råd. Syftet med rapporterna måste rimligtvis vara att inte endast kommunicera till samhället hur aktörerna inom en viss bransch agerar utan också innefatta konkreta riktlinjer och framför allt exempel på förfaranden som anses otillräckliga, t.ex. vilka komponenter som måste finnas med för att dokumentation över ett rådgivningsmöte ska anses tillräcklig. Att en marknadsaktör endast kan läsa sig till vilka typer av brister som förelegat ger säkerligen inte tillräcklig vägledning.

Förutom tillsynsåtgärder mot vissa marknadssegment genomför Finansinspektionen också tillsyn över individuella företag. I den mån som inspektionen beslutat sig för att meddela sanktioner i form av rättelse, vite eller återkallelse av tillstånd publiceras dessa beslut i sin helhet på inspektionens hemsida. Jämför man rapporternas utformning med de individuella tillsynsbesluten är det tydligt att det är stora skillnader dem emellan både vad gäller

¹⁰⁴ Se 2 § förordningen (2009:93) med instruktion för Finansinspektionen. Se vidare <http://www.fi.se/Om-FI/Verksamhet/Det-gor-FI/Tillsyn/>.

utformning och funktion. Tillsynsbesluten inleds vanligtvis med en redogörelse för varför tillsynsåtgärden genomfördes följt av en tämligen detaljerad analys av det i sammanhanget tillämpliga regelverket i förhållande till de omständigheter som inspektionen haft att bedöma i det aktuella tillsynsärendet. Rapporterna å andra sidan är generellt utformade och mer av informativ än juridisk karaktär.

Oavsett vilket syfte som rapporterna främst har är det inte otänkbart att en domstol skulle ta intryck av uttalandet. Det är därför viktigt att Finansinspektionen är tydlig i sin kommunikation, särskilt mot bakgrund av att Högsta domstolen ansett att inspektionens allmänna råd erhåller normerande verkan genom att betraktas som kodifierad branschpraxis.¹⁰⁵ Domstolar skulle nämligen på motsvarande sätt kunna komma fram till att ett uttalande i en rapport ska betraktas på motsvarande sätt, dvs. att inspektionen genom att kommunicera till branschen att ett visst agerande är att betrakta som t.ex. förmedling och inte marknadsföring skapar en ny norm för branschen att förhålla sig till genom att vara branschpraxis. Idag råder det säkerligen olika uppfattningar om vilken vikt som Finansinspektionens rapporter kan/ska ges men framför allt av rättssäkerhetsskäl är det viktigt att ”nya” normer fastställs i föreskriftsform och genom allmänna råd (med viss konkretisering genom tillsynsbeslut).

Att Finansinspektionen tolkar det regelverk som myndigheten har ansvar att utöva tillsyn över är naturligt och dessutom en skyldighet för en myndighet. Tolkningen kan givetvis komma att underkännas av en domstol, vilket inte är detsamma som att säga att myndigheten har tolkat lagen ”fel”. Det viktiga är emellertid att myndighetens ställningstagande underbyggs av en utvecklad redogörelse för tolkningen av det aktuella regelverket så att tolkningen kan utvärderas. Jämförelse kan göras med om en aktör avviker från en regel i ett allmänt råd. En sådan avvikelse leder till en förklaringsplikt för aktören om varför denne ansett att avvikelsen var i linje med gällande rätt. Detta innebär emellertid inte att en avvikelse i sig innebär att en aktör agerat i strid med lagstiftningen. Ett visst tolkningsutrymme måste alltid finnas och tolereras.

¹⁰⁵ Se NJA 1995 s. 693 (huruvida alla allmänna råd åtnjuter samma rättskällevärde kan givetvis diskuteras, se t.ex Korling, Rådgivningsansvar, s. 36 f. och s. 532 ff.).

3. Avslutande synpunkter

Det sker för närvarande en översyn av såväl försäkringsförmedlings- som MiFID-direktivet inom EU. Lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter, lagen (2005:405) om försäkringsförmedling och lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden kan därför komma att förändras inom ett par år. Dessutom pågår det inom EU ett arbete med att ta fram ett särskilt direktiv avseende krav på hur information om strukturerade produkter ska utformas det s.k. PRIIPs-direktivet.¹⁰⁶

Det är idag fortsatt oklart när marknadsföring kan övergå till att betraktas som rådgivning, bl.a. eftersom en kunds uppfattning om att denne erhållit rådgivning ibland kan skapa ett rådgivningsförhållande. Därför rekommenderar jag att föreskrifterna kompletteras med detaljerade regler för hur marknadsföringsmaterial utformas. Dessutom föreslås Finansinspektionen verka för en branschöverenskommelse med försäkringsförmedlingsbranschen syftande till att ta fram etiska regler för hur försäkringsförmedlares marknadsföringsåtgärder får ske.

När en försäkringsförmedlare tillhandahåller rådgivning om finansiella instrument inom ramen för en kapitalförsäkring, lämnar förmedlaren rekommendationer som är att betrakta som investeringsrådgivning, vilket kräver särskilt tillstånd enligt värdepappersmarknadslagen. Försäkringsförmedling är emellertid också en tillståndspliktig verksamhet och fråga uppstår därmed om det krävs ytterligare tillstånd för försäkringsförmedlare för att de ska få tillhandahålla investeringsrådgivning. Vid analys av försäkringsförmedlings- och MiFID-direktiven är det tydligt att denna speciella situation inte har beaktats vid tillskapandet av respektive direktiv. Det är därför inte möjligt idag att enligt mig kräva ett ytterligare tillstånd av försäkringsförmedlarna utan att vara säker på vilket tillämpningsområde respektive direktiv har. Rekommendationen är därför att Finansinspektionen ställer en fråga till EU-kommissionen om vilket direktiv som är avsett att reglera denna situation.

En försäkringsförmedlare ska när denne tillhandahåller förmedling av försäkringar och fondandelar iakta god försäkringsförmedlingssed och iakta omsorg om kundens intressen. I förarbetena till lagen är det tydligt att lagstiftaren tog stort intryck av lagen om finansiell rådgivning till konsumenter (rådgivningslagen). För att fastställa vilka krav som ställs på en försäkringsförmedlare som lämnar råd om finansiella instrument krävs det en analys av

¹⁰⁶ Se European Commission, Packaged Retail Investment Products, COM(2009) 204 final.

rådgivningslagens krav (lagen blir så att säga indirekt tillämplig på sådan typ av rådgivning). Sen den 1 november 2007 gäller värdepappersmarknadslagen och i princip all finansiell rådgivning regleras därför enligt denna lag eftersom investeringsrådgivning numera är en tillståndspliktig verksamhet. De krav som ställs på en investeringsrådgivare är mer detaljerade än vad som följer av rådgivningslagen men innebär samtidigt i princip inga ytterligare förpliktelser för rådgivaren. Även de krav som ställs på investeringsrådgivare blir därmed av intresse när man ska fastställa vad en försäkringsförmedlare ska beakta, enligt kraven på god försäkringsförmedlingssed, när förmedlaren tillhandahåller rådgivning om finansiella instrument och produkter.

Till rådgivnings-, försäkringsförmedlings- och värdepappersmarknadslagarna finns det föreskrifter som innefattar detaljerade krav på dessa typer av rådgivare. Jag har noterat ett antal punkter där jag anser att föreskrifterna bör förtydligas:

- Förtydliga föreskrifterna avseende kraven på marknadsföring genom att bl.a. ställa krav på att försäkringsförmedlaren ska informera kunden om att viss information utgör marknadsföring och vilka följder detta får för kundens rättigheter
- Se över föreskrifterna för rådgivnings-, försäkringsförmedlings- och värdepappersmarknadslagarna och tillse att dessa innefattar överensstämmande krav vad avser t.ex.:
 - o Dokumentation
 - o Kunskaps- och kompetenskrav
 - o Marknadsföring
- Förtydliga föreskrifterna till rådgivnings-, försäkringsförmedlings- och värdepappersmarknadslagarna avser kraven på kunskap- och kompetens.
- Förtydliga föreskrifterna för försäkringsförmedlare avseende kravet på redovisning av provisioner.
- Förtydliga föreskrifterna för finansiella rådgivare, investeringsrådgivare och försäkringsförmedlare avseende vilka uppgifter om rådgivningen/förmedlingen som ska dokumenteras samt hur detta ska ske (dvs. vilken information som ska dokumenteras samt på vilket sätt).
- Komplettera föreskrifterna med krav på att en försäkringsförmedlare ska upplysa en kund om förmedlaren tillhandahåller tjänster som inte omfattas av ansvarsförsäkringen och konsekvenserna därav.

Om föreskrifterna förtydligas i enlighet med ovanstående förslag, skulle förutsebarheten och därmed även rättssäkerheten förbättras betydligt.

