

Trajectories – rättens rörelseriktning som relevant bedömningsinstrument

JESSIKA VAN DER SLUIJS*

”Only the driest and most formalistic of jurisprudential theories takes a mere snapshot of law, dealing with it as if it came from nowhere and is going nowhere”.

Prof. Herbert Hovencamp (1985)

1. Inledning

Försäkringsrätten regleras, liksom många andra rättsområden, inte bara genom traditionella normativa instrument, utan även genom soft law-reglering i form av icke formellt bindande allmänna råd, rekommendationer, hjälptabeller, branschöverenskommelser, nämndbeslut m.m. utfärdade av privata och offentliga aktörer. I en tidigare publicerad artikel *Soft law-reglering av försäkringsrätten*¹ har jag gjort antagandet att soft law är en del av den rättsbildande processen, i bemärkelsen att den påverkar utvecklingen i de traditionella rättskällorna (hard law). Syftet med denna undersökning är att försöka besvara frågan *vilken* betydelse soft law har för den rättsbildande processen. Frågan har indelats i två led; 1. Vilken betydelse har soft law historiskt

* Professor i civilrätt, Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska fakulteten, Stockholms universitet. Artikeln har författats inom ramen för projektet ”Soft law-reglering av försäkringsrätten”, finansierat av Svenska Försäkringsbolags Riksförbunds stiftelse för professor i försäkringsrätt vid Stockholms universitet. Stort tack till professor Mauro Zamboni och professor Jori Munukka för värdefulla kommentarer på tidigare utkast till denna artikel. Stort tack även till Charlotta Carlberg för upplysningar om Svenska försäkringsförmedlars förening och InsureSecs verksamhet, samt till personalen på Centrum för näringslivshistoria, på Riksarkivet och på Riksdagsbiblioteket för imponerande service.

¹ van der Sluijs, *Soft Law-reglering av försäkringsrätten*, JT nr 2 2010–11 s. 296 ff.

sett haft för utvecklingen av hard law på ett visst område?; samt 2. Beroende på resultatet i den första delen – vad kan man utifrån en för tillfället pågående rättsutveckling på ett soft law-plan säga om en förväntad rättsutveckling på ett hard law-plan?

För att besvara den första frågan har en rättsevolutionär approach antagits. Rättsevolutionär teori bygger, precis som det låter, på Darwins evolutionstanke. Man kan säga att medan man med en traditionell rättsanalytisk metod får en "snapshot" av vad som är gällande rätt vid en viss given tidpunkt, ger en rättsevolutionär studie "filmen".

Undersökningsobjektet är den rättsbildande processen som avser normer som fastställer kunskapskrav för *försäkringsförsäljare*. Försäkringsförsäljarnas verksamhet har sedan 1913 reglerats växelvis genom normer i författning och genom normer i branschöverenskommelser och allmänna råd givna av tillsynsorganen. Branschöverenskommelserna, vilka betecknades anskaffningsöverenskommelser (AÖ) eller marknadsföringsöverenskommelser (MÖ), reglerade anskaffningsverksamheten fram till slutet på 1800-talet. Överenskommelserna var privata överenskommelser, som ombesörjdes av privata organ.²

Frågan vilken betydelse soft law har för den rättsbildande processen approcherades i undersökningen utifrån två grundmodeller. Enligt den ena modellen sker förändringarna genom normering i lagar, förordningar, föreskrifter och prejudikat (dvs. hard law), vilka därefter kompletteras med normer i olika soft law-instrument. Enligt den andra modellen är det på ett soft law-plan som rättsutvecklingen drivs framåt, och de lagar, förordningar, föreskrifter och den rättspraxis som bildas därefter tenderar att anpassas efter de soft law-normer som för tillfället finns på området. Undersökningen visar att den rättsbildande processen när det gäller kompetenskrav för försäkringsförsäljare bäst beskrivs enligt den andra modellen. *Svaret på fråga 1 är sålunda att rättsutvecklingen på området initieras genom normering i branschöverenskommelser och allmänna råd. Det är alltså på ett soft law-plan som innovationerna äger rum och tendensen är att utvecklingen av hard law-normerna i lag,*

² Alla överenskommelser har inte återfunnits. 1917 års anskaffningsöverenskommelse har inte återfunnits. Däremot har det genom litteratur som behandlar denna AÖ gått att hitta information om innehållet i denna. Inte heller 1934 års överenskommelse mellan livbolagen har återfunnits. 1935 ingick emellertid sakförsäkringsbolagen en anskaffningsöverenskommelse med 1934 års AÖ som förlaga, vilket gör det möjligt att dra vissa slutsatser om innehållet i 1934 års AÖ. Inte heller 1986 eller 1988 års MÖ har återfunnits i arkiven. Däremot finns det för dessa överenskommelser litteratur som beskriver innehållet.

förordning och föreskrifter har anpassats efter rådande soft law-normer på området.

Resultaten i undersökningens första del säger oss också något om de deduktioner som kan göras genom att urskilja en *för tillfället* pågående rättsutveckling på ett soft law-plan, dvs. fråga 2. Om man kan acceptera att ett rättsligt koncept kan bestå av både hard law-normer och soft law-normer, och om man genom en rättsevolutionär studie kan fastställa att innovationerna inom ett visst rättsligt koncept sker på ett soft law-plan, blir konsekvensen att det är möjligt att bilda sig en uppfattning om i vilken rörelseriktning det rättsliga konceptet *för tillfället* har genom att studera den soft law-utveckling som *för tillfället* sker på ett område. *I denna artikel argumenterar jag att det genom att observera soft law-instrumenten och deras pågående utveckling är möjligt att bilda sig en uppfattning om rättsens för tillfället förefintliga rörelseriktning, dvs. en uppfattning om rättsens "trajectory" (rörelsebana) på ett visst område.*

Avsnitt 2 innehåller en närmare beskrivning av den rättsevolutionära approachen och hur jag har använt den. I avsnitt 3 redogörs för den historiska utvecklingen av de rättsliga koncepten kompetenskrav för ombud respektive kompetenskrav för försäkringsmäklare/förmedlare. I avsnitt 4 argumenterar jag för att för tillfället normerande soft law kan visa rättsens trajectory på ett visst område och varför det perspektivet kan vara till nytta för juristen. I avsnitt 5 finns avslutande kommentarer.

2. Metoden – den rättsevolutionära approachen

2.1 Teorin – en kort bakgrund

Rättsevolutionär teori är inte någon enhetlig teoribildning, utan det finns flera olika inriktningar, och inriktningarna varierar bl.a. beroende på den disciplinära bakgrunden. Teorin bygger på evolutionstanken som den har utvecklats inom den biologiska, geologiska eller sociologiska kontexten men kan tillämpas såsom en metafor i en rättslig kontext.³ Idén är hämtad från Darwins evolutionsteori,⁴ och synsättet kan kasta ljus över utvecklingen på

³ Elliott, *The Evolutionary Tradition in Jurisprudence*, 85 *Columbia Law Review* 38 (1985) s. 38. Sinclair, *The Use of Evolution Theory in Law*, *University of Detroit Law Review*, vol. 64 (1986–1987) s. 451.

⁴ Clark, *The Interdisciplinary Study of Legal Evolution*, *Yale Law Journal*, vol. 90 (1980–1981) s. 1241, Elliott, (1985) s. 38, Hovencamp, *Evolutionary Models in Jurisprudence*, *Texas Law Review*, vol. 64 (1985) s. 651 ff.

ett rättsområde: Hur rätten på området har utvecklats, varför rätten har utvecklats på det sättet samt hur rätten kan komma att utvecklas i framtiden. Den rättsevolutionära teorin skiljer sig därför från den rätthistoriska disciplinen som kartlägger hur rätten har utvecklats (från den romerska rätten och framåt), och som sitt främsta föremål har normernas historiska förändring och innehåll.

Rättsevolutionsteorin brukar tillskrivas tre grundläggande komponenter; en om variation (*variation*), en om urval (*selection*) och en om etablering (*stabilization, transmission* eller *retention*).⁵ Variationsteorin förklarar enligt vilka mekanismer nya potentiella rättsliga koncept genereras.⁶ Det sker genom att t.ex. ombud, lagstiftare, akademiker eller andra kontinuerligt ”uppfinner” nya rättsliga lösningar på problem.⁷ Urvalsteorin beskriver hur urvalet bland nya rättsliga koncept sker, dvs. hur de framgångsrika alternativen segrar och hur de misslyckade alternativen väljs bort.⁸ Inom juridiken handlar det om att beskriva hur urvalet sker när en gällande norm ersätts med en ny. Etableringsteorin förklarar hur den nya normen ”överlever”.⁹ Inom juridiken kan det gälla frågan hur det kan komma sig att en norm eller ett normkomplex kan fortleva oförändrat trots att de förutsättningar som rådde i urvalsprocessen har förändrats i grunden.¹⁰

Inom rättsevolutionär teori bejakas tanken att rätten, likt biologiska var-
elser, när den utvecklas ”ärver” komponenter och karaktärsdrag av tidigare
”generationer”.¹¹ Den rättskapande processen handlar sålunda inte om att
varje ändring i normeringen innebär att man börjar på ”ruta ett”, utan för-
ändringen är en kumulativ process där den tidiga utvecklingen påverkar rikt-
ningen av senare utveckling. ”Evolution” kan betyda olika saker, men karak-
täristiskt för rättsevolutionära modeller är att de tillåter att utvecklingsmöns-

⁵ Sinclair (1986–1987) s. 454.

⁶ Sinclair (1986–1987) s. 454.

⁷ Sinclair (1986–1987) s. 454 om amerikanska förhållanden: ”There are no shortage of candidate laws and advocates of them. Lawyers, in representing clients, commonly have an incentive to formulate and argue for new variations on old law. Further, with the gaping maws of two hundred student edited law reviews ever hungry, especially for something new, and the demands of tenure and promotion committees ever increasing, the system of legal academia generates ample variety and rhetorical support to boot.”

⁸ Sinclair (1986–1987) s. 454.

⁹ Sinclair (1986–1987) s. 455.

¹⁰ Sinclair (1986–1987) s. 455. Ett exempel hämtat från svensk rätt är 1915 års avtalslag.

¹¹ Sinclair (1986–1987) s. 452, Lenski, Nolan, Trajectories of Development: A Test of Ecological-Evolutionary Theory, *Social Forces* Volume 63:1 (1984) s. 2.

ter beskrivs på ett generellt plan, utan att gå in på detaljerna, t.ex. varför en viss tjänsteman fattade ett visst beslut vid ett visst tillfälle.¹²

Flera författare har pekat på att man inte utan vidare kan tillämpa evolutionstanken på samma sätt inom juridiken som inom biologin eller geologin.¹³ En biologisk varelse kommer från en annan biologisk varelse. Så är det naturligtvis inte med normer. Inom rättsordningen ”designas” kontinuerligt helt nya, tidigare okända, rättsliga koncept. Som exempel introducerades den nya säljarkategorin ”anknuten förmedlare” i svensk rätt av EU genom direktiv 2002/92/EG om försäkringsförmedling. Normerna är produkter av den mänskliga kreativiteten. Rättsevolutionär teori är därför ingen evolutions-teori i egentlig bemärkelse, utan teorin bygger på evolutionstanken såsom en metafor.

Icke desto mindre har teorin flera attraktiva komponenter som kastar ett nytt ljus över frågan vilken roll soft law har i den rättsbildande processen. Rättsevolutionsteorin är inte en enhetlig teoribildning och i denna artikel görs inte något anspråk på att tillämpa någon *viss* inriktning av rättsevolutionär teori. Jag har i stället låtit mig inspireras av rättsevolutionära tankar och idéer.

2.2 Rättsliga koncept

Inom rättsevolutionsteorin analyseras utvecklingen av rätten utifrån *rättsliga koncept*. Rättsevolutionär teori tar inte sikte på utvecklingen av en viss lag eller norm. I enlighet härmed är föremålet för denna undersökning inte evolutionen av en enskild regel eller norm eller av försäkringsförsäljaryrket i sin helhet. Enligt rättsevolutionär teori äger den rättsbildande processen inte rum inom ramen för en isolerad process som resulterar i en viss rättslig lösning eller regel. Ett rättsligt koncept utgör i stället *summan* av de normer så som de är givna i rättsskällematerialet, såsom författning, förarbeten, rättspraxis och sedvana och soft law. Man kan säga att ett rättsligt koncept utgörs av ett komplex av olika normer.¹⁴

Ett rättsligt koncept kan vara omfattande som t.ex. ”ren förmögenhets-skada”. Detta rättsliga koncept utgör summan av en mängd normer i lag,

¹² Elliott (1985) s. 91. Se även Sinclairs analys av konceptet ”Seduction in tort”, Sinclair (1986–1987) s. 459 ff.

¹³ Sinclair (1986–1987) s. 451 f., Elliot (1985) s. 39, Hovencamp (1985) s. 647.

¹⁴ Se t.ex. Clark (1980–1981) s. 1265, 1269, Zamboni, *The Policy of Law – A Legal Theoretical Framework*, Hart Publishing (2007) s. 125 f., Tuori, *Critical Legal Positivism*, Ashgate Publishing (2002) s. 218.

motivuttalanden och domar, vilka fastställer rättigheter och skyldigheter för flera aktörer som skadevällarna, de skadelidande, försäkringsbolag m.fl. Ett rättsligt koncept kan även vara mycket begränsat och bestå av färre normer.

Föremålet för denna studie är två mycket närbesläktade rättsliga koncept: kompetenskrav för försäkringsombud samt kompetenskrav för försäkringsmäklare/förmedlare. Gemensamt för de bägge koncepten är att dessa utgör summan av reglering i flera olika normativa instrument som försäkringsrörelselagarna, försäkringsmäklarlagen, försäkringsförmedlingslagen, myndighetspraxis, branschöverenskommelser, och allmänna råd lämnade av tillsynsorgan. Däremot är rättspraxis inte en del av just dessa rättsliga koncept. Jag har med andra ord inte funnit någon rättspraxis (eller nämndpraxis) som innehåller normer om vilka kompetenskrav som uppställs för försäkringsförsäljare.

Det finns en tredje kategori försäkringsförsäljare. I försäkringsförmedlingslagen finns en kategori av försäkringsförsäljare som inte reglerades i försäkringsmäklarlagen, nämligen anknutna förmedlare. Regler om anknutna förmedlare föreslogs för första gången i Ds 2004:10, på grund av att försäkringsförmedlingsdirektivet¹⁵ innehåller reglering därom. En anknuten förmedlare är, enkelt uttryckt, en fysisk eller juridisk person som träffat avtal med ett eller flera försäkringsföretag om att förmedla produkterna, om dessa produkter inte konkurrerar med varandra. Efter det att regleringen infördes i försäkringsförmedlingslagen och i Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd FFFS 2005:11 har några nya regler inte tillkommit. Inom det här rättsliga konceptet har sålunda ännu ingen evolution ägt rum och därför blev det inte intressant att analysera den kategorin utifrån ett rättsevolutionärt perspektiv. Denna kategori omfattas därför inte av denna studie.¹⁶

Det finns flera skäl till varför valet föll på just dessa rättsliga koncept. För det första är de för frågeställningen väl lämpade eftersom de sedan 1913 reglerats växelvis genom branschöverenskommelser och lagstiftning. Redan i början på 1900-talet fanns ett slags samarbete mellan staten och branschen för att reglera denna fråga. För det andra är försäkringsförmedling, och kraven på försäkringsförmedlarna, ett högaktuellt rättsområde. Sommaren 2014 kom en departementspromemoria med förslag om stärkt konsumentskydd vid försäkringsförmedling (Ds 2014:22) och under hösten presenteras ett

¹⁵ Europarlamentets och rådets direktiv 2002/92/EG om försäkringsförmedling.

¹⁶ Artikeln omfattar inte heller kompetenskrav som uppställs på vissa försäkringsförmedlare enligt lag (2007:528) om värdepappersmarknaden.

nytt försäkringsförmedlingsdirektiv, med nya krav på försäkringsförsäljarna (tidigare kallat IMD2, numera IDD).¹⁷ Sedan ett par år tillbaka har den svenska försäkringsförmedlingsbranschen sett över kompetensförsörjningen genom att skapa InsureSec, ett licensieringsföretag för försäkringsförmedlarna.

En relevant fråga är om de två koncepten som omfattas av studien i själva verket utgör *ett* rättsligt koncept – ”kompetenskrav för försäkringsförsäljare” – och inte två. Att det skulle kunna röra sig om *ett* rättsligt koncept skulle kunna motiveras med att det är fråga om samma företeelse i bägge fall; personer som verkar för att försäkringsavtal ingås mellan en försäkringstagare och en försäkringsgivare.

Det som motiverar att behandla försäkringsförsäljarna som *två* koncept är att det i praktiken är fråga om två helt olika yrken, som visserligen existerar parallellt på samma marknader men som i övrigt inte har någonting med varandra att göra. Från början såldes försäkring endast av bolagens personal. Denna kategori av säljare fortsatte att verka även när mäklarna gjorde entré.

Beskrivningen av evolutionen av två koncept blir mera överskådlig än vad beskrivningen av säljyrket som ett koncept hade blivit. Att basera analysen på två rättsliga koncept gör det också möjligt att betrakta dem som ”släktingar” och att därmed göra jämförelser. I studien behandlas därför dessa grupper som två, nära besläktade, rättsliga koncept.

Ett alternativt val av rättsligt koncept hade kunnat vara ”reglering av försäkringsförsäljning” (i sin helhet). Detta rättsliga koncept innefattar en mängd företeelser och normer avseende försäkringsförsäljarna och deras verksamhet; arbetssätt, ansvarsförsäkringsplikt, kvalifikationskrav (t.ex. att ett ombud inte får vara en omyndig person m.m.), god sed, provisioner och ersättningsmodeller, konflikthantering (skiljenämnder och disciplinnämnder), sanktioner (avregistrering och disciplinpåföljder) eller mellanmansrättsliga spörsmål, t.ex. hur säljarna binder försäkringsbolagen eller kunderna. En sådan studie skulle säkert vara givande men inom ramen för detta projekt alltför omfattande.

Fokus i denna studie är interaktionen mellan olika typer av normer inom olika rättsliga koncept. Ett grundläggande moment är därför att fastställa inte bara vilka normer som det rättsliga konceptet består av, utan även vilka

¹⁷ Se COM (2012) 360, Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om försäkringsförmedlare och försäljning av försäkringsprodukter samt om upphävandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om försäkringsförmedling (omarbetning).

slags normer. Vilket innehåll man ger ett rättsligt koncept beror på forskarens inställning till relevant rättskällematerial. Den ortodoxe (svenske) rättspositivisten skulle kanske vara av uppfattningen att ett rättsligt koncept består av endast normer givna i författning, förarbeten, etablerat handelsbruk, HD-praxis och EU-rättsakter jämte anslutande praxis, medan en forskare med en mer liberal syn på rättskälleläran skulle anse att ett rättsligt koncept kan uttolkas med hjälp av även annat relevant material som standardavtal, under-rättspraxis eller soft law i olika former. Jag sällar mig till den senare gruppen av rättsvetenskapare, och lägger i det rättsliga konceptet ”kompetenskrav för försäkringsförsäljare” inte bara traditionellt rättskällematerial utan även normer givna genom branschöverenskommelser, rekommendationer och allmänna råd.

2.3 Utvecklingsmönster

Genom att studera rättsutvecklingen för två närbesläktade rättsliga koncept är det möjligt att urskilja vissa gemensamma utvecklingsmönster. Studien visar att bägge rättsliga koncept har utvecklats enligt ett visst bestämt mönster. Det gör det möjligt att identifiera ett rättsligt koncept som ”moget” jämfört med dess närbesläktade rättsliga koncept som inte uppnått samma mognadsgrad i den evolutionära processen. Att urskilja historiska utvecklingsmönster och identifiera mognadsstadier (”mutationer”) hos ett rättsligt koncept är i sig information som möjliggör slutsatser om en förväntad utveckling. Urskiljandet av utvecklingsmönster är också ett förfinat verktyg för att spåra rättsutvecklingen bakåt och för att prognosticera rättsutvecklingen framåt.

3. Evolutionen – kompetenskraven på försäkringsförsäljarna

3.1 De olika säljarkategorierna och dess reglering

Försäkringsförsäljaryrket har sedan över 100 år tillbaka varit ett reglerat yrke i Sverige, i den bemärkelse att register fördes över försäkringsförsäljarna, att försäljarna på grund av olämpligt beteende så som en branschåtgärd kunde avskiljas från yrket samt att man i allmänhet ansåg att dessa måste ha viss kompetens för att utöva yrket.

Försäkringsförsäljaryrket har genom åren haft en rad olika benämningar; ackvisitörer, agenter, fältmän, fälttjänstemän, ombud, försäkringsmäklare,

försäkringsförmedlare eller rådgivare.¹⁸ Vad dessa har gemensamt är att de distribuerar (säljer) försäkring för försäkringsbolagens räkning till försäkringstagarna.

3.1.1 Bolagens egna ombud

I början på 1900-talet benämndes de personer som sålde försäkringar åt försäkringsbolagen *ackvisitörer* eller *ombud*. 1903 års försäkringsrörelselag innehöll ursprungligen inte några bestämmelser om försäkringsförsäljare. Anskaffningsverksamheten lagreglerades första gången 1914 genom en ändring i 1903 års lag om försäkringsrörelse. Enligt bestämmelserna var det otillåtet för livförsäkringsbolagen att ge uppdrag att anskaffa försäkring till någon annan än den som kunde antas ”äga betingelser för att på ett värdigt och lämpligt sätt utöva sådan verksamhet”. Enligt bestämmelsen var bolagen skyldiga att till den statliga Försäkringsinspektionen anmäla när uppdrag till ombud lämnades eller återkallades. Bolagen fick inte heller använda sig av andra ombud för sin anskaffningsverksamhet än sådana som anmälts till inspektionen. Bolag kunde dock befrias från anmälningskyldigheten om de hade vidtagit betryggande åtgärder för övervakande av sin verksamhet.¹⁹

Vid en omarbetning 1917 av försäkringsrörelselagen fördes motsvarande regel in.²⁰ Regleringen av anskaffningsverksamheten blev mindre detaljerad i 302 § i 1948 års försäkringsrörelselag. I bestämmelsen stadgades att styrelsen och VD hade att övervaka anskaffningsverksamheten, och att anskaffningsfrågorna kunde hanteras av en nämnd som regeringen (Konungen) skulle utse. Bestämmelsen blev än mer allmänt hållen i 1982 års försäkringsrörelselag. 7 kap. 16 § stadgade att styrelsen och VD skulle övervaka anskaffningsverksamheten och tillse att den överensstämde/bedrevs i överensstämmelse/stod i överensstämmelse med god försäkringssed. Motsvarande bestämmelse i 2004 års försäkringsrörelselag har ytterligare lättat på kraven när det gäller anskaffningsverksamheten. Av 4 kap. 3 § framgår endast att ett försäkringsföretags rörelse ska drivas enligt god försäkringsstandard, och av motiven framgår att bestämmelsens krav på god standard innefattar anskaffningsverksamheten.

Av de redovisade lagbestämmelserna, som är relativt intetsägande, är det svårt att se att försäkringsförsäljaryrket i själva verket i alla tider har varit ett

¹⁸ För en beskrivning av olika säljarkategorier se SOU 1986:55 s. 39 ff.

¹⁹ NJA II 1915 s. 64.

²⁰ Se 242 §, NJA II 1918 s. 70.

hårt reglerat yrke. Den detaljerade regleringen har dock ägt rum på ett annat plan. Anskaffningsverksamheten vid livförsäkringsbolagen har sedan 1913 reglerats genom privata anskaffningsöverenskommelser mellan bolagen.²¹ 1935 fick skadeförsäkringsbolagen sin första anskaffningsöverenskommelse, som hade livbolagens överenskommelse som förebild. År 1943 förnyades livbolagens anskaffningsöverenskommelse.²² År 1949 ersattes både sak- och livöverenskommelserna av en gemensam anskaffningsöverenskommelse. Den förnyades 1964.²³ År 1975 publicerade en ny utgåva av överenskommelsen, med ändringar och tillägg som gjorts sedan 1964 års överenskommelse. 1983 träffades en ny överenskommelse som ersatte den från 1964. 1983 års överenskommelse hade delvis ett nytt innehåll och en annan inriktning, och benämndes marknadsföringsöverenskommelse (MÖ). Under 1985 sades överenskommelsen upp av ett flertal bolag.²⁴ En ny marknadsföringsöverenskommelse träffades 1986 som reviderades 1988. Det finns lite olika uppgifter om när branschöverenskommelsen försvann, men i slutet på 1980-talet fanns den inte längre kvar.²⁵ Vid upphörandet kom anskaffningsverksamheten att regleras endast i lag, förordning, myndighetsföreskrifter och allmänna råd.

Regleringen av ackvisitörerna (eller fr.o.m. 1949 års AÖ ”ombuden”) är i grunden likartad i samtliga överenskommelser. Försäkring fick endast säljas

²¹ 1913 års överenskommelse var den första. Den reviderades 1917 och 1934. Revisionen 1917 innebar att inte bara bolaget hade rätt att hänskjuta en fråga till en skiljenämnd, utan även ackvisitören. En annan ändring var att även bolag som inte var anslutna till Direktörsföreningen skulle kunna ansluta sig till överenskommelsen, se notisen ”Ny överenskommelse mellan de Svenska Livförsäkringsbolags Direktörsförening anslutna bolag” i Assurans 1917 nr 14. Redan 1907 ingick bolagen en överenskommelse i syfte att komma åt ”returprovisionsofoget” men överenskommelsen var oprecis och saknade sanktioner och blev därför inte någon framgång, se Lindström och Strömbäck, Den nya marknadsföringsöverenskommelsen, NFT 1983 s. 231.

²² Hammarskiöld, De svenska ackvisitörsskiljenämndernas verksamhet, NFT 1945 s. 43 ff. Det var här inte fråga om en förnyelse i sak, utan förnyelsen berodde på att registret bytte namn från Svenska Livförsäkringsbolags registreringsbyrå till Svenska Försäkringsbolags Riksförbunds ackvisitörsregister.

²³ Från 1964 års AÖ undantogs anskaffningsverksamhet inom sjöförsäkring. En överenskommelse för sjöförsäkringsbolagen ingicks 1966, se Försäkringsinspektionens kartellregister den 15 december 1969.

²⁴ SOU 1986:55 s. 36.

²⁵ Symreng, Försäkringsrörelselagstiftningens och den statliga tillsynens utveckling – från nationell till internationell angelägenhet, Svensk Försäkrings Framtid (2000) s. 146. Larsson, Lönnborg och Svärd menar att det skedde när försäkringsmäklarlagstiftningen trädde i kraft, se Den svenska försäkringsmodellens uppgång och fall (2005) s. 236.

genom bolagens egna ombud och ett ombud fick företräda endast ett försäkringsbolag. Av 2 § i 1913 års AÖ framgick att provision inte fick lämnas till annan än den som var registrerad ackvisitör för det bolaget. Denna princip ändrades först genom 1988 års MÖ, när det blev tillåtet att ge provision till mäklare.²⁶ Eftersom de allra flesta försäkringsbolag som var verksamma på den svenska försäkringsmarknaden var anslutna till överenskommelserna rådde i praktiken ett förbud mot att distribuera försäkring genom försäkringsmäklare fram till 1988. Innehållet i överenskommelserna kommunicerades till ombuden.²⁷

Från och med 1913 års AÖ fördes *register* över ombuden samt för vilket bolag de fick anskaffa försäkring.²⁸ Bolagen fick inte sälja försäkring genom en person utan att denne var registrerad som ombud för det bolaget hos en särskilt för ändamålet av branschen inrättad registreringsbyrå.²⁹ Bolagen var enligt överenskommelserna skyldiga att till registren anmäla om ett ombud avgått, eller blivit avstängt eller varnat på grund av misskötsamhet.³⁰

Med ”ombud” avsågs i anskaffningsöverenskommelserna envar som mot ersättning medverkade vid anskaffning eller vidmakthållande av försäkring. Försäkringsbolagens ombud kunde vara antingen anställda på försäkringsbolagen eller anlidade som ombud. De anlidade ombuden kunde vara antingen heltidsombud eller fritidsombud. Regleringen i överenskommelserna gjorde ingen åtskillnad mellan ”interna” och ”externa” ombud. Huvudregeln i överenskommelserna var att endast fysiska personer kunde vara ombud. Endast i undantagsfall fick en juridisk person anlitas som ombud. Från och med 1967 blev det tillåtet att anlita kreditinstitut som ombud.³¹

Överenskommelserna *förvaltades* av privata organ. Överenskommelsen från 1913 ingicks av de försäkringsbolag som var anslutna till Svenska Livförsäkringsbolags Direktörsförening,³² och det var också direktörsföreningen

²⁶ Prop. 1988/89:136 s. 10.

²⁷ Framgår t.ex. av Cirkulär från juni 1938 till ombuden för skadeförsäkring samt olycks- och sjukförsäkring.

²⁸ Se 1 § i 1913 års överenskommelse.

²⁹ 1913 benämndes byrån ”Svenska lifförsäkringsbolags registeringsbyrå” (och till chef utsågs en major), se en notis i Assurans 1913 s. 59. Byrån bytte senare namn till Svenska Försäkringsbolags Ombudsregister, se 4 § i 1949 års AÖ. Från och med i vart fall år 1964 kallades enheten för Svenska Försäkringsbolags Ombudsregister, se 9 § 1964 år AÖ, vilket var namnet också i 1982 års MÖ, se 3 § i överenskommelsen.

³⁰ Regler härom finns i 5 § 1935 års AÖ, 4–6 §§ 1949 års AÖ, 9–11 §§ 1964 års (och den t.o.m. 1975 års reviderade) AÖ, samt i 26–31 §§ 1982 års MÖ.

³¹ Försäkringsinspektionens kartellregister den 15 december 1969.

³² Assurans 1917 s. 210.

som år 1913 inrättade registreringsbyrån.³³ Sedan 1913 har till överenskommelserna knutits en skiljenämnd där olika frågor kring överenskommelserna behandlades. På slutet av 1930-talet skapades Förvaltningsnämnden som övertog förvaltningen av överenskommelserna. 1983 bytte Förvaltningsnämnden namn till Marknadsföringsnämnden, vilken upphörde samtidigt som marknadsföringsöverenskommelserna upphörde att gälla.³⁴

3.1.2 Försäkringsmäklarnalförmedlarna

Försäkringsmäklarnas verksamhet lagreglerades för första gången genom försäkringsmäklarlagen (1989:508) (FmL) och försäkringsmäklarförordningen (1989:854)(FmF). En försäkringsmäklare kunde enligt lagen vara en fysisk eller en juridisk person. Försäkringsmäklarna skulle registreras hos försäkringsinspektionen (senare Finansinspektionen). Lagen uppställde också olika krav på den som önskade bli registrerad, däribland kompetenskrav. För att en fysisk person skulle bli registrerad krävdes att denne hade tillfredsställande utbildning samt i övrigt var lämplig som försäkringsmäklare.³⁵ För att registrera en juridisk person krävdes bl.a. att de fysiska personer som för den juridiska personens räkning förmedlade försäkring var registrerade som försäkringsmäklare.³⁶ Av försäkringsmäklarförordningen framgick att mäklaren inför registreringen hade att styrka utbildningskravet med ett intyg, och att, om inte försäkringsinspektionen (senare Finansinspektionen) bestämde annat, skulle den utbildning som krävdes enligt försäkringsmäklarlagen uppfylla de krav som allmänt ställdes på utbildning för fälttjänstemän i försäkringsbolag. 1995 fick mäklarna genom en ändring i försäkringsmäklarlagen rätt att få tillstånd att förmedla också fondandelar. Utbildningskravet ändrades samtidigt och i 5 § FmL stadgades att mäklaren måste ha en utbildning som var *tillfredsställande* i förhållande till den verksamhet som skulle bedrivas.³⁷ Lagen (2005:405) om försäkringsförmedling (FfL) och förordningen (2005:411) om försäkringsförmedling (FfF) trädde i kraft 2005. Förmedlare ska enligt 2 kap. FfL ha tillstånd av Finansinspektionen. Juridiska personer ska därutöver registreras hos Bolagsverket. När det gäller kompetenskraven stadgas i 5 § 1 stycket 3 punkten FfL att fysiska personer ska ha lämplig kun-

³³ Assurans 1913 s. 59.

³⁴ Se ovan vid not 26.

³⁵ 5 § 1 st 4 och 5 punkterna i 1989 års försäkringsmäklarlag.

³⁶ 4 § 1 st 3 punkten i 1989 års försäkringsmäklarlag.

³⁷ Specialmotiveringen i Ds 1994:78 s. 339.

skap och kompetens för den verksamhet som ska utövas. För juridiska personer gäller enligt 6 § FFL att de anställda ska uppfylla kompetenskraven i 5 §. Försäkringsförmedlingsförordningen preciserar inte kompetenskraven, utan innehåller endast en regel i 2 kap. 1 § om att en ansökan om tillstånd till försäkringsförmedling ska innehålla uppgift om att sökanden har den kunskap och kompetens som krävs. En precisering av kompetenskravet finns emellertid i Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd (FFFS 2005:11) om försäkringsförmedling. I 2 kap. FFFS 2005:11 finns detaljerade regler om vad en försäkringsförmedlare ska ha kunskaper om. 14 § stadgar att förmedlaren vid kontroll enligt 10 och 11 kap. i föreskrifterna ska kunna förete bevis om kunskapstestens innehåll, omfattning och resultat. Föreskrifterna har ändrats ett antal gånger och kunskapskraven har preciserats ytterligare. Bl.a. har kunskapskrav för dem som förmedlar fondandelar tillkommit,³⁸ kunskap om penningtvätt kommit att omfattas,³⁹ och kunskapskrav om viss EU-reglering⁴⁰ m.m. införts.

Inte heller när det gäller regleringen av kompetenskraven för försäkringsmäklarna är det tillräckligt att se till lagstiftning. Även försäkringsmäklarna, senare de oberoende kategorierna av försäkringsförmedlare, reglerades till att börja med i överenskommelser och senare genom tillsynsmyndighetens allmänna råd. Den allra första regleringen av försäkringsmäklarna tillkom 1988, ett år före försäkringsmäklarlagens ikraftträdande, genom en ändring i marknadsföringsöverenskommelsen. Enligt 1988 års MÖ blev det möjligt att i vissa fall lämna ersättning till försäkringsmäklare vid försäljning av försäkring.⁴¹ Av 11 § framgick att ersättning för försäljning fick lämnas även till mäklare, om sådan mäklare anmälts till försäkringsinspektionen, förutsatt bl.a. att denne uppfyllde de kunskapskrav som kunde anses motsvara mot vad som gällde för fälttjänstemän. I samband med den ändringen utfärdade försäkringsinspektionen cirkulär 1988:1 med allmänna råd angående försäkringsmäklare.⁴² Cirkuläret meddelade att innan ett försäkringsföretag sålde försäkring via en försäkringsmäklare skulle företaget förvissa sig bl.a. om att mäklaren uppfyllde de kunskapskrav som kunde anses svara mot vad som gällde för fälttjänstemän. Av cirkuläret framgick vidare att bolagen till inspektionen skulle anmäla vilka mäklare som förmedlat försäkring från före-

³⁸ Genom FFFS 2007:23.

³⁹ Genom FFFS 2009:2.

⁴⁰ Genom FFFS 2011:44.

⁴¹ Prop. 1988/89:136 s. 10.

⁴² Dnr 369/88.

taget med uppgift om namn etc. samt uppgift om eventuellt medlemskap i Svenska försäkringsmäklares förening.

I samband med att försäkringsmäklarlagen trädde i kraft utfärdades försäkringsinspektionens allmänna råd (BFFS 1989:24) angående försäkringsmäklare,⁴³ med preciserade kompetenskrav. I samband med att mäklarna tilläts förmedla fondandelar preciserades kompetenskravet ytterligare av Finansinspektionen genom allmänna råd i FFFS 1996:19. Här fanns mycket detaljerade regler om vilken utbildning försäkringsmäklarna skulle ha genomgått för att få tillstånd att verka som försäkringsmäklare.

I och med att försäkringsförmedlingslagen trädde i kraft utfärdades också nya föreskrifter och allmänna råd från Finansinspektionen. I FFFS 2005:11 finns inte bara föreskrifter om försäkringsförmedling utan även allmänna råd angående kompetenskraven. Här stadgas att en försäkringsförmedlare som är en juridisk person bör upprätta riktlinjer för vilken kunskap och kompetens som anställda förmedlare ska ha, liksom personer som har arbetsuppgifter som har samband med förmedling (t.ex. assistenter).⁴⁴

Utöver den reglering som nämnts har försäkringsförmedlingsbranschen vidtagit åtgärder i syfte att höja kvaliteten på tjänsterna. Man kan nog anta att åtgärderna är en reaktion på den kritik mot försäkringsförmedlarna som framförts av bl.a. Finansinspektionen.⁴⁵ Under våren 2012 startades InsureSec, som är ett licensieringsföretag ägt av bl.a. försäkringsförmedlingarnas branschorganisation, Sfm. InsureSec licensierar försäkringsförmedlare som är sökbara i ett offentligt register. Av registret framgår vilka licenser respektive förmedlare har.⁴⁶

3.1.3 Försäkringsbolagens anställda och specialombuden

Vad hände då med kompetenskraven på försäkringsbolagens egna anställda säljare samt specialombuden (resebyråer som säljer reseförsäkring, urmakare som säljer klockförsäkring m.m.) när branschöverenskommelserna upphörde att gälla?

⁴³ Försäkringsinspektionens allmänna råd angående försäkringsmäklare enligt lagen (1989:508) om försäkringsmäklare, BFFS 1989:24.

⁴⁴ Allmänna rådet i FFFS 2005:11, 2 kap. 1 §.

⁴⁵ Se t.ex. Finansinspektionens rapport den 4 september 2006 (2006:8) "Ordning och reda? I – en granskning av 150 försäkringsförmedlare", samt rapporten den 15 mars 2007 (2007:3) "Ordning och reda? II – en granskning av 678 försäkringsförmedlare".

⁴⁶ Se t.ex. <http://www.insuresec.se/sok/2105>. Se även Carl-Henrik Knutsson, InsureSec – med rätt att licensiera förmedlare, NFT nr 4 2012.

När 1988 års MÖ upphörde att gälla reglerades anskaffningsverksamheten endast genom bestämmelsen i 1982 års försäkringsrörelselag, 7 kap. 16 § 1 st stadgade att styrelsen och VD skulle övervaka att anskaffning av ansökningar om försäkring hos bolaget skedde på ett sätt som överensstämde med god försäkringssed. Den bestämmelsen upphörde att gälla 2005 samtidigt som försäkringsförmedlingslagen trädde i kraft.⁴⁷

Motsvarande kompetenskrav uppställs emellertid genom annan författning. 2004 trädde lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter (rådgivningslagen) i kraft. Lagen är tillämplig på när försäkringsbolagens egna anställda, dvs. innesäljare, ger rådgivning till konsumenter om livförsäkringar med sparmoment. Försäkringsbolaget ska tillse att innesäljarna har ”tillräcklig kompetens”. I FFFS 2004:4 finns i 2 kap. föreskrifter om kompetenskrav för de som lämnar finansiell rådgivning till konsumenter. Bolaget ska vidare se till att rådgivaren har genomgått utbildning och godkänts i ett lämpligt kunskapstest av en för bolaget utomstående person. Rådgivaren ska uppdatera sina kunskaper kontinuerligt och rådgivaren ska ha praktisk erfarenhet på området. I bilaga 1 till föreskriften finns allmänna råd som preciserar kompetenskraven.

3.2 Utvecklingsmönstret: anpassning av rättsliga koncept

En närmare studie av evolutionen av kompetenskraven för ombud respektive kompetenskraven för mäklare/förmedlare visar att dessa rättsliga koncept har utvecklats, eller anpassats, enligt ett likartat mönster. Studien visar att det finns fem faser, eller ”mutationer”,⁴⁸ som både kompetenskraven för ombud och kompetenskraven för mäklare/förmedlare över tiden har gått igenom.

Den första anpassningsfasen inträffar när *tillsynen* och kontrollen av att försäkringsförsäljaren har en viss kompetens flyttas från försäkringsbolaget till en extern aktör. Den andra fasen är när ett krav på *utbildning* skärps till ett krav på *kunskaper*. Den tredje fasen är när ett *kvalitativt* formulerat krav övergår till ett *kvantitativt* formulerat krav, dvs. att ett krav på att en säljare ska ha ”tillräcklig” eller ”adekvat” utbildning övergår till ett krav på en viss specifik utbildning, eller specifika kunskaper. Den fjärde fasen inträffar när det inte är tillräckligt att säljaren hade en viss kompetens *vid anställningstidpunkten* etc. utan det uppställs ett krav även på *fortbildning*. Den femte fasen

⁴⁷ Prop. 2004/05:133 s. 171.

⁴⁸ Hovencamp (1985) s. 648.

är när kompetenskravet övergår från att gälla alla försäkringsförsäljare till att *diversifieras* beroende på vilken typ av försäkring som säljaren distribuerar.

3.2.1 Från intern till extern kontroll

Ombuden. Från början var det primärt det försäkringsbolag som ombudet var registrerat hos som skulle tillse att ombuden uppfyllde kompetenskraven. Enligt överenskommelserna var det "bolaget" som skulle övervaka kompetensen hos ombuden och i 1948 års FRL stadgades i 302 § att det var försäkringsbolagets styrelse och verkställande direktör som var skyldiga att övervaka att anskaffning av försäkring skedde på ett sätt som överensstämde med god försäkrings sed. På 1950-talet ägde en förskjutning rum i praktiken, eftersom Förvaltningsnämnden utövade tillsynen över ombuden.⁴⁹ I tillsynen ingick att Förvaltningsnämnden engagerade sig i ombudens utbildning.⁵⁰ I 1964 års överenskommelse kan man säga att det även normativt skedde en förskjutning av kontrollen av kompetenskraven. Det var inte längre försäkringsbolagen som ägde frågan om vilken utbildning ombuden skulle få. Formellt var det fortfarande bolagen som bestämde vilken utbildning som ombuden skulle få, men utbildningen skulle nu motsvara de krav som uppställdes av Förvaltningsnämnden i samråd med försäkringsbolagens centrala utbildningsinstitution (det som senare blev IFU).⁵¹ Förvaltningsnämnden var dock fortfarande inblandad i examinationen.⁵² Syftet med den förskjutningen av kontrollen var att uppnå en enhetligare utbildningsstandard på alla bolag.⁵³ Motsvarande bestämmelse fanns i 1983 års marknadsföringsöverenskommelse, med skillnaden att det var marknadsföringsnämnden som fastställde utbildningsnormen.⁵⁴

I och med att MÖ upphörde att gälla i slutet på 1980-talet var det endast 7 kap. 16 § i 1983 års FRL som reglerade bolagens egna ombud. Effekten var att kontrollen återgick till försäkringsbolaget, även om Försäkringsinspektio-

⁴⁹ Lindström, Den nya anskaffningsöverenskommelsen, Försäkringstidningen 1964 s. 19.

⁵⁰ Det finns t.ex. ett brev från Försäkringsföreningen, som bedrev utbildningsverksamhet, till Förvaltningsnämnden, där föreningen bad nämnden att utse examinationsvittnen till föreningens kurser för ombud, se brev från Svenska försäkringsföreningen till Förvaltningsnämnden den 28 april 1950, den 10 januari 1952 samt den 19 januari 1953.

⁵¹ 4 § i 1964 års AÖ.

⁵² Framgår av brev från Institutet för Försäkringsutbildning till Förvaltningsnämnden den 15 april 1953.

⁵³ Lindström, Den nya anskaffningsöverenskommelsen, Försäkringstidningen 1964 s. 20.

⁵⁴ 13 § i 1983 års MÖ.

nen övervakade att VD och styrelse övervakade anskaffningsverksamheten. I praktiken var det bolaget som skulle tillse att anskaffningen skedde enligt god försäkringssed. Ett drygt decennium senare trädde rådgivningslagen i kraft. Här sker en komplettering av kontrollen. Det är fortfarande försäkringsbolaget (ytterst Finansinspektionen) som ska tillse att rådgivaren har tillräcklig kompetens, men rådgivningsverksamheten står enligt 8 § under tillsyn även av Konsumentverket.

Mäklare/förmedlare. De första reglerna om kompetenskrav för försäkringsmäklare fanns i MÖ 1988. Bolagen fick endast använda sig av mäklare som uppfyllde de kunskapskrav som av bolagen *kunde anses* motsvara mot vad som gällde för en fälttjänsteman.⁵⁵ Motsvarande regel intogs i cirkulär 1988:1. Kontrollfunktionen låg sålunda inledningsvis internt; det var försäkringsbolaget som använde en mäklare som skulle tillse att mäklaren uppfyllde kompetenskraven motsvarande en fälttjänsteman. I 1989 års försäkringsmäklarlag flyttades kontrollen av kompetensen till försäkringsinspektionen. Av försäkringsmäklarförordningen framgick i 5 § att mäklaren inför registreringen hade att styrka utbildningskravet med ett intyg.

3.2.2 Från krav på genomgången utbildning till krav på kunskaper

Ombuden. Att någon har genomgått en utbildning är inte nödvändigtvis samma sak som att denne har kunskaper i ämnet. Av Förvaltningsnämndens dokumentation framgår att skillnaden mellan utbildning och kunskaper diskuterades i vart fall på 1950-talet.⁵⁶ Förvaltningsnämnden avvisade 1953 ett förslag om auktorisering med motiveringen att en auktorisation inte stämde överens med anställningsbegreppet. I stället föreslogs en ny form av diplomering med krav inte bara på utbildning utan även på visad väl meriterad tjänstgöring.⁵⁷

Däremot syns inte i överenskommelserna någon övergång från krav på utbildning till ett krav på kunskap. Fram till 1949 formulerades inte ens ett krav på utbildning i överenskommelserna, utan endast ett lämplighetskrav. I 1949 års AÖ uppställdes ett krav på att inspektörer och distriktschefer skulle ha praktisk och teoretisk utbildning. För övriga ombud fanns i AÖ inget formellt krav på utbildning. Formellt fanns det i stället ett krav på att *bolaget*

⁵⁵ 11 § i 1988 års MÖ.

⁵⁶ Förvaltningsnämndens PM angående möjligheterna att anordna något slags auktorisation av försäkringsbolagens yrkesfältmän den 25 november 1953.

⁵⁷ Se a. P.M. s. 4.

skulle tillhandahålla utbildning. I praktiken verkar det emellertid som om det uppställda kravet samtidigt utgjorde en kvalifikationströskel för ombudet. Av en promemoria författad av Förvaltningsnämnden 1950 framgår att bolagen inte hade rätt att låta ombud kvarstå som registrerade om dessa inte genomgått viss utbildning.

I rådgivningslagen finns ett krav på ”tillräcklig kompetens”, vilket preciseras i föreskriften FFFS 2004:4. Enligt föreskriften är det inte tillräckligt att rådgivaren har utbildning utan bolaget ska se till att rådgivaren ”förstår” och ”kan uppfylla” de krav som rådgivningen ställer samt att personalen kan ”tillämpa” kunskaperna. Detta ska dessutom manifesteras i ett kunskapstest.

Mäklarnalförmedlarna. När det gäller mäklarna är steget från krav på utbildning till krav på kunskaper desto tydligare. I 1989 års försäkringsmäklarlag uppställdes ett krav på att mäklaren hade tillfredsställande utbildning och det skulle enligt förordningen styrkas med ett intyg. Även i de allmänna råden från försäkringsinspektionen uppställdes ett krav på utbildning. En skärpning av kompetenskravet för försäkringsmäklare infördes i Finansinspektionens allmänna råd i FFFS 1996:19. I 2 kap. uppställdes ett krav på praktisk utbildning för försäkringsmäklaren. Försäkringsmäklaren skulle ha tjänstgjort i minst tre år under kvalificerad handledning. I praktiken innebar kravet att det inte längre var tillräckligt att ha genomgått viss utbildning, utan det krävdes av mäklaren att denne hade också praktiska erfarenheter.

I försäkringsförmedlingslagen som trädde i kraft 2005 anges i 5 § att förmedlaren ska ha lämplig *kunskap* för den verksamhet som utövas, vilket enligt försäkringsförmedlingsförordningen ska styrkas vid ansökan. Av 2 kap. 11 § i FFFS 2005:11 framgår att förmedlaren ska ha praktisk erfarenhet av verksamheten och av de allmänna råd som följer föreskriften framgår att den praktiska verksamheten bör ha förvärvats under en period om minst 2 år, samt inhämtats under kvalificerad handledning.

Ytterligare ett steg i denna utveckling är när regleringen innehåller krav på att kunskaperna är testade, samt uppställer krav på examinatorns kompetens. Av det allmänna rådet i 2 kap. 13 § FFFS 2005:11 framgår hur kunskapstestet närmare ska vara utformat.

3.2.3 *Från kvalitativt uppställda krav till kvantitativt uppställda krav*

Ombuden. Den tidiga regleringen av ombuden innehöll kvalitativt formulerade kompetenskrav. 1914 års tillägg till 1903 års lag om försäkringsrörelse stadgade att livförsäkringsbolag inte fick ge uppdrag att anskaffa försäkring

till någon annan än den som kunde antas ”äga betingelser för att på ett *värdigt* och *lämpligt* sätt utöva sådan verksamhet”. Enligt 1935 års AÖ skulle den ackvisitör som gjort sig skyldig till handlingar som var oförenliga med ett värdigt och lämpligt utövande av ackvisitionsverksamheten avskiljas från uppdraget.⁵⁸ Enligt 1964 års AÖ var försäkringsbolagen skyldiga att tillse att ombuden hade *adekvat* utbildning.

I mitten på 1900-talet stannade inte diskussionen vid att ombuden skulle ha en ”tillräcklig” utbildning. Man började också diskutera vilken utbildning som ombuden borde ha, rent konkret. Man gick alltså ifrån ett synsätt som innebar att ombuden skulle ha en ”tillräcklig” utbildning till att uppställa ett preciserat kvantitativt formulerat krav på kompetensen.⁵⁹ Detta kom till uttryck i tilläggsföreskriften till 1975 års AÖ, som uppställde ett konkret kompetenskrav; ombudet skulle ha genomgått IFU:s diplomkurs.⁶⁰ Även i 1983 års AÖ pekades IFU-kurserna ut.

Kravet i rådgivningslagen är kvalitativt utformat: rådgivaren ska ha tillräcklig kompetens. I vägledande råd i FFFS 2004:4 finns anvisningar som detaljerat specificerar kompetenskravet. Rådgivaren ska ha kunskap om vissa regelverk, etiska regler, sparformer m.m.

Mäklarnalförmedlarna. Av 1989 års försäkringsmäklarlag framgick att mäklaren skulle ha en *tillfredsställande* utbildning.⁶¹ I försäkringsinspektionens allmänna råd BFFS 1989:24, uppställdes ett kvantitativt formulerat krav: ”Den som söker registrering som mäklare bör gå en s.k. diplomkurs”. I de allmänna råden i FFFS 1996:19 preciserades kompetenskravet ytterligare. Av 1 kap. framgick detaljerat vad den teoretiska utbildningen skulle omfatta (de viktigaste författningarna, mäklarens roll och ansvar, försäkringsekonomi, försäkringsväsendets betydelse m.m.). 2005 års försäkringsmäklarlag och förordning uppställer alltså ett kvalitativt kompetenskrav: förmedlaren ska ha *lämplig* kunskap och kompetens för den verksamhet som ska utövas. I Finansinspektionens föreskrift FFFS 2005:11 uppställs emellertid ett kvantitativt krav på kompetens. Här stadgas (mycket) detaljerade regler om

⁵⁸ 1935 års AÖ § 5.

⁵⁹ Se t.ex. Baaner-Larsen, Akkvisitöruddannelse – i eget selskab eller på en fælles skole? NFT 1959 s. 220 ff., som gav förslag på en detaljerad kursplan för ombuden, vilka som lämpligen skulle undervisa och vilka praktiska inslag som skulle förekomma.

⁶⁰ Tilläggsföreskrifterna i 1975 års AÖ s. 27.

⁶¹ I förslaget till lag om försäkringsmäklarverksamhet i SOU 1997:79 formulerades i 14 § ett krav på ”tillfredsställande utbildning för och praktisk erfarenhet av” den verksamhet som skulle bedrivas.

vad förmedlaren ska ha kunskap om, som förmedlarens roll, avtalsrätt och försäkringsrörelserätt. I det allmänna rådet till 2 kap. 2 § i FFFS 2005:11 preciseras kraven ytterligare genom uppställandet av kognitiva nivåer (känna till, förstå, tillämpa etc.) för olika kunskapskrav. En förmedlare måste t.ex. känna till bestämmelserna om ingripande i 8 kap. FFL men kunna tillämpa bestämmelserna om god försäkringsförmedlarsed i 5 kap. 4 § FFL.

För att licensieras genom InsureSec uppställs mycket detaljerade kunskapsmål kompletterat med kognitiva nivåer. Av InsureSecs hemsida framgår att kraven för licensiering inte kommer att ställas högre än vad som gäller enligt lagstiftning, myndighetsregler och god sed, men eftersom hela idén med InsureSec är att säkra kvaliteten på redan registrerade förmedlare får det i praktiken den effekten. Dokumentet som beskriver utbildningsmålen är 84 sidor långt. Här uppställs mycket detaljerat vad förmedlaren ska ha kunskap om samt på vilken kognitiv nivå (kunskap, förståelse, tillämpning samt analys/syntes). Det är helt frivilligt för en förmedlare att licensiera sig, men det kan ha betydelse för möjligheten att utöva verksamheten. I ansökningsformuläret för medlemskap i Svenska försäkringsförmedlares förening, Sfm, ska en fysisk person i sin ansökan beskriva sin plan för InsureSec-licensiering. En juridisk person ska specificera hur många av de anställda som är InsureSec-licensierade.⁶² Föregångare till InsureSec är SwedSec, som licensierar anställda på den svenska värdepappersmarknaden. Bolaget startade 2001 och syftet är att skapa och upprätthålla allmänhetens förtroende för branschen.

3.2.4 Från kompetens vid uppdragets början till fortbildning

Ombuden. Enligt 1949 års AÖ gällde att varje ombud skulle erhålla utbildning som svarade mot den uppgift som anförtrots honom. Det var alltså försäkringsbolagen som var skyldiga att tillhandahålla utbildning till ombuden. Som viktiga moment i 1964 års AÖ kan nämnas att tidsbegränsningar infördes, inom vilka ombuden skulle ha undergått teoretisk och praktisk utbildning. I Förvaltningsnämndens tilläggsföreskrift till 1975 års AÖ fanns dessutom ett krav på försäkringsbolaget att också tillhandahålla fortsatt utbildning i syfte att ombudet skulle kunna upprätthålla kunskapsmålet.⁶³ Också i 1982 års MÖ fanns regler om grund- respektive fortsättningsutbildning.⁶⁴ Rådgivningslagen, som trädde i kraft 2004, uppställer inga krav på fortbild-

⁶² <http://www.sfm.se/soek-medlemskap/medlemsfoermaner-2>.

⁶³ 1964 års AÖ med tillägg tom 1975 s. 27.

⁶⁴ 13 § i 1982 års MÖ.

ning. Det gör däremot föreskriften i 2 kap. 6 § FFFS 2004:4. Bolagen ska med erforderlig regelbundenhet säkerställa att den personal som lämnar råd har tillräckliga kunskaper.

Mäklarnal/förmedlarna. I 1989 års försäkringsmäklarlag fanns endast ett krav på kompetens vid registrering. Inför översynen av försäkringsmäklarlagen föreslog Sfm i en PM att det skulle införas en kunskapskontroll på försäkringsmäklarna vart femte år.⁶⁵ I de allmänna råden i FFFS 1996:19 uppställdes inte några krav på fortbildning. 2005 års försäkringsförmedlingslag uppställer ett krav på kompetens endast vid registreringen. Kravet på fortbildning framgår av i stället föreskriften FFFS 2005:11. I 2 kap. 10 § finns en regel enligt vilken förmedlaren är skyldig att fortbilda sig.

3.2.5 Från homogent krav till diversifiering

Ombuden: Ursprungligen uppställdes i överenskommelserna samma kompetenskrav för alla försäkringsombud. Första gången man gjorde skillnad på olika ombudskategorier var i 1949 års AÖ, enligt vilken inspektörer och distriktschefer skulle ha särskild praktisk och teoretisk utbildning för att få anställas som ombud. 1964 års AÖ skiljde inte på ombudskategorierna, men det gjorde däremot tilläggsföreskrifterna i 1975 års AÖ. I Förvaltningsnämndens tilläggsföreskrift till § 4 uppställdes olika kvalifikationskrav för ombud som självständigt skulle avsluta försäkring och ombud som icke självständigt skulle avsluta försäkring, för specialombud och för gruppförståndare.

Förmedlarna. I det första allmänna rådet om försäkringsmäklare i Försäkringsinspektionens cirkulär 1988:1 fanns inte skilda regler för olika mäklartyper. Någon differentiering fanns inte heller i 1989 års försäkringsmäklarlag eller försäkringsmäklarförordning. Det fanns det däremot i Finansinspektionens allmänna råd FFFS 1996:19. I 1 kap. fanns regler om vilka kompetenskrav som gällde för samtliga försäkringsmäklare, för skadeförsäkringsmäklare samt för personförsäkringsmäklare. Försäkringsförmedlingslagen uppställer en homogent avfattad regel för kompetenskravet för samtliga försäkringsförmedlare. Däremot finns i FFFS 2005:11 olika föreskrifter för livförsäkringsförmedlare (2 kap. 4 §) och för skadeförsäkringsförmedlare (2 kap. 5 §).

⁶⁵ Finansdepartementet, PM angående utbildningskraven för försäkringsmäklare enligt Lagen om försäkringsmäklare SFS 1989:508, Dnr Fi 95/70.

3.3 Evolutionsmekanismen

3.3.1 *Soft law som relevant faktor*

Undersökningen ovan har visat att utvecklingen av det rättsliga konceptet kompetenskrav för försäkringsförsäljare sedan 1913 har utvecklats växelvis genom bindande reglering (lagar, förordningar och föreskrifter) samt olika former av soft law-instrument. Begreppet soft law används här för att fånga in olika icke formellt bindande ”regler” som trots det har en normativ funktion för adressaterna. Det finns ingen allmängiltig definition av begreppet soft law. I stället finns ett antal karaktärsdrag. Utfärdaren av instrumentet har sålunda en viss, om än informell, kompetens att bilda normer för adressaterna. Normerna är inte formellt bindande men efterlevs trots detta av adressaterna som om de vore bindande. Normerna är publicerade eller på annat sätt offentliggjorda. Normerna hämtar ofta symboliken från hard law-instrument, och formuleras ofta som lagtext eller som domstolsavgöranden. Även om inga rättsliga sanktioner följer med ett agerande i strid med en soft law-norm kan adressaten inte utgå ifrån att inga sanktioner följer av ett sådant handlande. Det kan i stället vara fråga om ekonomiska eller politiska sanktioner.

Ett av de viktigaste instrumentet för att reglera kompetenskravet har varit branschöverenskommelserna. Branschöverenskommelserna var avtal mellan försäkringsbolagen, som inledningsvis administrerades av Direktörsföreningen, och senare av Förvaltningsnämnden/Marknadsföringsnämnden. Avtalen var bindande, och utgjorde sålunda hard law för de bolag som anslutit sig till överenskommelsen.

En fråga är dock om dessa även hade en funktion som soft law för bolag utanför överenskommelserna, dvs. om dessa avtal hade någon normativ verkan även för dessa bolag.

Överenskommelserna var inte vilka avtal som helst. Samarbetet mellan branschen och lagstiftaren var tätt. I det tillägg som 1914 gjordes till 1903 års FRL stadgades i 3 § att bolagen skulle anmäla till försäkringsinspektionen när uppdrag till ombud lämnades eller återkallades, samt att bolagen inte fick använda sig av andra ombud för sin anskaffningsverksamhet än sådana som anmälts till inspektionen. Av tredje stycket framgick att bolag kunde befrias från anmälningsskyldigheten om de har vidtagit betryggande åtgärder för övervakande av bolagens verksamhet.⁶⁶ En sådan åtgärd var att ingå i anskaff-

⁶⁶ SOU 1946:33, SOU 1986:55 s. 25. Motsvarande bestämmelse fördes 1917 in i försäkringsrörelselagen.

ningsöverenskommelsen. Bakgrunden till 1914 års ändring av 1903 års FRL var att det fanns en risk att de ackvisitörer som inte blev registrerade enligt 1913 års AÖ flydde till bolag som inte vara anslutna till överenskommelsen.⁶⁷ Genom lagändringen fångade man in även dessa ackvisitörer. 1935 års AÖ tillkom under medverkan av regeringen.⁶⁸ Samarbetet syns i överenskommelsen; av 12 § framgår att ledamöterna av skiljenämnden utsågs av Konungen. Årsredogörelser av den registreringsbyrå som förde register över försäkringsbolagens ombud vittnar om nära samarbete med regeringen,⁶⁹ och skiljenämndens ordförande och ledamöter förordnades av regeringen.⁷⁰ 1935 års AÖ hade samma effekt som dess föregångare – de bolag som var anslutna till överenskommelsen befriades från att till försäkringsinspektionen anmäla sina ombud.⁷¹ Även 1949 års AÖ utgjorde ett samarbete mellan branschen och regeringen. Bakgrunden till 1949 års AÖ var att det av den nya 302 § FRL framgick att regeringen ägde utfärda bestämmelser om anskaffningsverksamheten och förordna att anskaffningsfrågorna skulle handläggas av en av regeringen utsedd nämnd. Det skapades aldrig någon ny nämnd av regeringen,⁷² vilket berodde på den redan existerande ordningen med anskaffningsöverenskommelser förvaltade av Förvaltningsnämnden.⁷³ Även i 1964 och 1975 års överenskommelser finns en koppling till regeringen. Enligt överenskommelserna skulle ett bolag, som inte vidtagit rättelser på anmodan av skiljenämnden (som hanterade tvister med anledning av överenskommen), anmälas till Konungen.⁷⁴ 1964 års AÖ kallades till och med för "kungäöverenskommelsen".⁷⁵ Kopplingen till lagstiftaren samt de sanktioner som följde för de bolag som inte anslöt sig till överenskommelserna gör att avtalen hade en normativ effekt även för de försäkringsbolag

⁶⁷ "Lifförsäkringsbolagens skyldighet att låta inregistrera sina agenter", Assurans 1915 s. 187.

⁶⁸ SOU 1946:34 s. 340, SOU 1986:55 s. 25.

⁶⁹ T.ex. framgår av Årsredogörelse för Svenska Livförsäkringsbolags Registreringsbyrås verksamhet under år 1938 att Kungl. Maj:t utsett en ny ordförande för byrån.

⁷⁰ Hammarskiöld, De svenska ackvisitörsskiljenämndernas verksamhet, NFT 1945 s. 48.

⁷¹ SOU 1946:34 s. 340.

⁷² Appeltofft, Den nya lagen om försäkringsrörelse av den 17 juni 1948 jämte dithörande författningar med förklaringar (1950) s. 429.

⁷³ Prop. 1981/82:180 s. 200, Ds E 1980:6 Ny lag om försäkringsrörelse, delbetänkande avgivet av försäkringsrörelseutredningen s. 236, Lindström, Den nya anskaffningsöverenskommelsen, Försäkringstidningen 1964 s. 19.

⁷⁴ 15 § i 1964 års AÖ, 15 § i 1975 års AÖ. Enligt 56 § i 1982 års MÖ ska överträdelse anmälas till regeringen.

⁷⁵ Lindström (1964) s. 19.

som stod utanför. Man kan alltså säga att avtalen utgjorde hard law för de anslutna bolagen och soft law för de bolag som stod utanför.

I övrigt skedde regleringen genom tämligen traditionella typer av soft law-instrument. Försäkringsinspektionen utfärdade 1988 (cirkulär 1988:1) allmänna råd angående försäkringsmäklare. Av cirkuläret framgår att bolagen var skyldiga att till inspektionen anmäla vilka mäklare som förmedlat försäkring för företaget. 1989 års försäkringsmäklarlag och förordning åtföljdes av allmänna råd från försäkringsinspektionen och senare finansinspektionen. 2005 års försäkringsförmedlingslag och förordning har åtföljts av allmänna råd från Finansinspektionen.

Sammanfattningsvis kan konstateras att regleringen av försäkringsförsäljare har utgjorts av dels traditionell lagstiftning, dels olika typer av soft law-instrument. Här kan också konstateras att det rättsliga konceptet kompetenskrav för försäkringsförsäljare har utvecklats genom en växelvis reglering genom hard law och soft law. Här kan också konstateras, att även om anskaffningsöverenskommelserna ombesörjdes av privata aktörer, dvs. försäkringsbranschens egna aktörer, har dessa, på grund av det intima samarbetet med regeringen, haft en hög normativ status. Ända fram till det att försäkringsmäklarna gjorde entré på den svenska marknaden, och försäkringsmäklarlagen trädde i kraft, har överenskommelserna effektivt konkurrerat ut andra modeller, som t.ex. 1948 års FRL:s ”förslag” att regeringen skulle upprätta en (ny) nämnd som skulle hantera administrationen av ombuden.

3.3.2 *Innovationerna sker på soft law-planet*

Även i dag regleras kompetenskravet för försäkringsförsäljare delvis i hard law, delvis i soft law. I avsnittet ovan har redogjorts för hur det rättsliga konceptet kompetenskrav för försäkringsförsäljare mognar i fem olika faser. Om vi ser till dagens reglering av kompetenskrav på försäkringsförsäljare kan det konstateras att bägge rättsliga koncept är ”mogna” över nästan hela linjen⁷⁶ såtillvida att kontrollfunktionen är extern, det uppställs krav på kunskaper, kraven är kvantitativt formulerade, det finns krav på fortbildning samt att kraven är diversifierade. I några fall är kraven idag uppställda i soft law, men i de flesta fall är kraven befästa genom hard law.

Frågan är hur soft law och hard law *har samverkat* i den rättsbildande processen. Vilken av de bägge grundmodellerna som finns beskrivna i inled-

⁷⁶ Undantaget är rådgivningslagen som inte uppställer ett kvalitativt eller diversifierat formulerat kompetenskrav på ombuden.

ningen ovan förklarar bäst rättsutvecklingen? Är det att det rättsliga konceptet utvecklas genom hard law som sedan kompletteras genom olika soft law-normer? Eller fungerar det i stället så att innovationerna äger rum på ett soft law-plan och att hard law, när den ändras, tenderar att ”rätta in sig” efter den rättsbildning som redan befästs på ett soft law-plan? När det gäller de identifierade mutationerna som ingår i utvecklingsmönstret har *i så gott som samtliga fall där kraven är uppställda i hard law, dessa föregåtts av motsvarande reglering i soft law*. Det enda undantaget är rådgivningslagens krav på kunskaper som inte har någon tidigare direkt motsvarighet i soft law.

Kontrollfunktionen. När det gäller *ombuden* är det enligt FRL och rådgivningslagen försäkringsbolagen som ska tillse att personalen har tillräckligt kompetens, men eftersom Finansinspektionen och Konsumentverket utövar tillsyn enligt lagarna ligger kontrollen av ombudens kompetens ytterst på en extern aktör. Enligt 1989 års försäkringsmäklarlag är det försäkringsinspektionen som utövar kontrollen av kompetensen. Modellen med en extern aktör som kontrollorgan utvecklades redan i överenskommelserna. Från och med 1964 års AÖ var det Förvaltningsnämnden som i praktiken kontrollerade ombudens kompetens.

Krav på kunskaper. Enligt rådgivningslagen är det otillräckligt att en rådgivare har genomgått en viss utbildning, utan det uppställs ytterligare krav på bl.a. praktik och att rådgivaren kan tillämpa sina kunskaper. För ombuden framträder inte övergången från ett krav på utbildning till ett krav på kunskaper direkt av överenskommelserna, även om det av andra dokument verkar som om man tänkte i de banorna. För *mäklarna* uppges i 2005 års FfL anges att förmedlaren ska ha lämplig *kunskap* för den verksamhet som utövas, vilket enligt försäkringsförmedlingsförordningen ska styrkas vid ansökan. Redan i de allmänna råden i FFFS 1996:19 uppställdes emellertid ett krav på praktiskt utbildning för försäkringsmäklaren. Försäkringsmäklaren skulle ha tjänstgjort i minst tre år under kvalificerad handledning. I praktiken innebar kravet att det inte längre var tillräckligt att ha genomgått viss utbildning, utan det krävdes av mäklaren att denne hade också praktiska erfarenheter.

Kvantitativt formulerade krav. Kompetenskravet i rådgivningslagen är kvalitativt formulerat, lika så kravet enligt föreskriften. Inte heller föreskrifterna eller de allmänna råden om finansiell rådgivning i FFFS 2004:4 uppställer kvantitativt formulerade krav. Även försäkringsförmedlingslagen och försäkringsförmedlingsförordningen uppställer kvalitativt formulerade krav, men föreskriften FFFS 2005:11 om försäkringsmäklare, däremot, uppställer i föreskriften kvantitativt formulerade krav. Modellen känns igen från de all-

männa råden om försäkringsmäklare, FFFS 1996:19, som detaljerat specificerar vad mäklarens utbildning ska omfatta (de viktigaste författningarna, mäklarens roll och ansvar, försäkringsekonomi, försäkringsväsendets betydelse mm.). Redan i tilläggsföreskriften till 1975 års AÖ fanns ett konkret kompetenskrav; ombudet skulle ha genomgått IFU:s diplomkurs.⁷⁷ Även i 1983 års AÖ pekas IFU-kurserna ut.

Fortbildning. Rådgivningslagen uppställer inga krav på fortbildning. Det gör däremot föreskriften i 2 kap. 6 § FFFS 2004:4. Bolagen ska med erforderlig regelbundenhet säkerställa att den personal som lämnar råd har tillräckliga kunskaper. När det gäller mäklarna (förmedlarna) finns kravet på fortbildning i föreskriften FFFS 2005:11. Kravet på fortbildning fanns redan tidigare i överenskommelserna. Krav på fortbildning uppställdes sålunda i förvaltningsnämndens tilläggsföreskrift till 1975 års AÖ,⁷⁸ samt i 1982 års MÖ.⁷⁹

Diversifiering. Rådgivningslagen uppställer inte olika krav på olika rådgivare och det gör inte heller Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd FFFS 2004:4. När det gäller *förmedlarna*, däremot, finns i FFFS 2005:11 olika föreskrifter för livförsäkringsförmedlare (2 kap. 4 §) och för skadeförsäkringsförmedlare (2 kap. 5 §). Detta känns igen från det allmänna rådet i FFFS 1996:19, som uppställde olika regler för skadeförsäkringsmäklare samt för personförsäkringsmäklare.

Den genomförda studien visar sålunda att rätten utvecklas enligt den andra modellen. Det är med andra ord inom ramen för ett soft law-instrument som nya normer skapats, och i de flesta fall har normerna så småningom befästs i författning.

En invändning mot det sagda skulle kunna formuleras enligt följande: Enligt den typiska modellen för de rättsliga koncepten uppställs ett allmänt formulerat uppställt krav i författning för att sedan *preciseras* i branschöverenskommelser och allmänna råd. Det är sålunda inte en ”utveckling” som sker i soft law-instrumenten, utan endast en precisering av rättsregler.

Som undersökningen ovan visar är det emellertid inte det mönstret vi ser. Det mönster som framträder är att preciseringarna som uppstår i lag, förordning eller föreskrift (dvs. hard law) liknar de modeller som tidigare har existerat endast i överenskommelserna och de allmänna råden (dvs. soft law).

⁷⁷ Tilläggsföreskrifterna i 1975 års AÖ s. 27.

⁷⁸ 1964 års AÖ med tillägg tom 1975 s. 27.

⁷⁹ 13 § i 1982 års MÖ.

Som jag ser det sammanfaller här därför ”utveckling” och ”precisering”. En företeelse som man tidigare betraktade som *ett* problem, eller *en* företeelse, blir när det utvecklas mer mångfacetterat och nyanserat. Undersökningen har visat att förädlingsprocessen, där de inledningsvis ”råa” normerna över tiden sofistikerats, har skett genom innovationer på ett soft law-plan. När sedan konceptet utvecklas genom förändringar i hard law, finns en tendens att normen i hard-law anpassas efter tidigare etablerade soft law-normer. En allmän tendens är att kraven på försäkringsförsäljarna konsekvent har skärpts.

4. Trajectories

4.1 Från rättsevolutionära iakttagelser till trajectories

Till skillnad från en traditionell rättsanalytisk metod, som ger juristen svaret på frågan vad som för tillfället är ”gällande rätt” i en viss fråga, ger en rättsevolutionär metod svaret på frågan hur rätten har utvecklats, enligt vilket mönster rätten utvecklats och i vilken riktning rätten har rört sig. Man kan säga att medan den traditionella rättsanalytiska metoden ger en ”snapshot” av gällande rätt, så ger den rättsevolutionära metoden ”filmen”.

Men vad har lagstiftaren, domaren, advokaten eller akademikern för nytta av resultaten av en rättsevolutionär undersökning? Sinclair pekar på att teorin bidrar till förståelse för hur rätten har kommit att bli vad den är. Utan att förstå hur ett rättsligt koncept har utvecklats historiskt går det inte att fullt förstå varför ett rättsligt koncept ser ut som det gör idag.⁸⁰ Den ger juristen bakgrunden till det aktuella rättsliga konceptet. Den ger också juristen insikt i vilka externa faktorer som tycks påverka ett visst rättsligt koncept, vilka faktorer det rättsliga konceptet är känsligt för och vilka externa faktorer som det rättsliga konceptet tycks vara okänsligt för.⁸¹

Enligt Zamboni kan en rättsevolutionär teori även tillskrivas en normativ komponent. Även om innovationerna (dvs. *the variation phase*) i ett rättsligt koncept kan initieras av pågående förändringar i den omgivande ekonomiska, politiska och sociala miljön är det i praktiken rättsliga aktörer, dvs. jurister, som ”uppfinner” nya alternativa normer.⁸² I praktiken kommer juristen att argumentera för att man *bör* välja mellan vissa alternativa normer

⁸⁰ Sinclair (1986–1987) s. 476.

⁸¹ Sinclair (1986–1987) s. 476.

⁸² Zamboni (2008) s. 538, Zamboni, Making evolutionary theory useful for legal actors, Law, Economics and evolutionary theory (2011) s. 282 f.

eftersom dessa kommer att passa in i den redan existerande ordningen.⁸³ För lagstiftaren kan det av den anledningen ligga nära till hands att på försäkringsförmedlingsområdet föreslå regler som liknar redan existerande normer givna i soft law-instrument, eftersom normerna redan är etablerade och accepterade. Även i fasan där valet mellan potentiella normer äger rum, dvs. när beslutet om vilken ny norm som ska implementeras i det rättsliga konceptet (*the selection phase*), kan det finnas en normativ komponent. Tanken är då att de rättsliga aktörerna tenderar att som en ”vinnande norm” välja den som bäst passar in i det redan existerande systemet.⁸⁴ Teubner skriver att ”[t]he main criteria for selection are whether the innovation fits in with the existing normative structures”.⁸⁵ Det redan existerande systemet och dess historiska utveckling är legitimerande i sig och utgör ett relevant argument för vilken rättslig lösning som bör väljas.⁸⁶ Omvänt – om aktören föreslår en norm som inte passar in i det existerande systemet – finns en tyngre argumentationsbörda. Som exempel kan nämnas att hela utredningen SOU 1986:55 om försäkringsmäklare egentligen handlade om en enda grundfrågeställning: huruvida försäkringsmäklare över huvud taget skulle tillåtas verka på den svenska försäkringsmarknaden. Idag kan frågeställningen tyckas främmande, men på den tiden utgjorde den rättsevolutionära bakgrunden, som innebar att försäkringsmäklare sedan början av decenniet varit ett förbjudet fenomen (och att allt hade fungerat bra utan dem), ett relevant argument för att det även i framtiden *borde* vara förbjudet. Utredarna fick lägga mycket energi på att argumentera för att försäkringsmäklare alls skulle tillåtas verka i det svenska försäkringsväsendet.⁸⁷

Om man kan acceptera att ett rättsligt koncept kan bestå av både hard law-normer och soft law-normer, och om man genom en rättsevolutionär studie kan fastställa att innovationerna inom ett visst rättsligt koncept sker på ett soft law-plan, blir konsekvensen att det är möjligt att bilda sig en uppfattning om vilken rörelseriktning det rättsliga konceptet *för tillfället har* genom att studera den soft law-utveckling som *för tillfället* pågår på ett område. Det innebär m.a.o. att det är möjligt att bilda sig en uppfattning av en *förväntad utvecklingslinje*.⁸⁸ En engelsk term som beskriver en sådan

⁸³ Zamboni (2008) s. 538.

⁸⁴ Zamboni (2011) s. 283.

⁸⁵ Teubner, *Law as an Autopoietic System* (1993) s. 59.

⁸⁶ Zamboni (2008) s. 540.

⁸⁷ SOU 1986:55.

⁸⁸ Clark (1980–1981) s. 1238, 1259.

rörelse är begreppet *trajectory*,⁸⁹ som i fysiken brukar översättas med ”projektilbana” eller ”parabel”. En närliggande term för vårt vidkommande är ”utvecklingslinje” eller ”rörelseriktning”. I begreppet ”trajectory” ligger dock en dynamik, en kraft, ett framåtblickande och även ett visst mått av stabilitet, eller trögrörlighet, som jag anser att begreppet ”utvecklingslinje” inte har på samma sätt. Jag föredrar därför att använda termen ”rörelseriktning” eller det engelska begreppet ”trajectory”.

En trajectory är inte samma sak som en *prognos*. Bara för att ett rättsligt koncept rör sig i en viss riktning (och kanske har rört sig i en viss riktning under en mycket lång tid) är det ingenting som säger att det inte plötsligt *kan* byta riktning. En trajectory är inte heller ett argument *de lege ferenda*. Bara för att ett rättsligt koncept rör sig i en viss bestämd riktning och har rört sig i en viss bestämd riktning under en lång period betyder det inte att det är en lämplig och önskvärd rörelseriktning. En trajectory är i stället ett *självständigt relevant bedömningsinstrument* som visar oss vartåt det för tillfället barkar, så att säga.

När det gäller rörelseriktningen visar studien att det finns en tendens att hard law, när den ändras och utvecklas, anpassas efter de soft law-normer som redan utvecklats på området. Av det kan vi dra slutsatsen att den förväntade utvecklingen på ett hard law-plan är att kompetenskraven för försäkringsförsäljare kommer att nyanseras ännu mera i framtiden i författningar, eftersom utvecklingen på soft law-planen för tillfället ligger i framkant i detta avseende. InsureSecs licensieringssystem är jämfört med de lagfästa kraven på försäkringsförmedlare ett sofistikerat system med flera kognitiva nivåer på detaljerade lärandemål, en tydlig diversifiering mellan olika förmedlingskategorier samt tydligare krav på fortbildning. Om inga stora förändringar äger rum antingen externt i den omgivande miljön eller internt inom det rättsliga konceptet, är den förväntade utvecklingen att även lagkraven kommer att skärpas i dessa avseenden, när det är dags för lagändringar. En parallell kan dras till ett närliggande rättsligt koncept: kompetenskrav för investeringsrådgivare. Enligt rådgivningslagen ska näringsidkaren som tillhandahåller finansiell rådgivning se till att rådgivaren har tillräcklig kompetens. I praktiken är det

⁸⁹ Begreppet Trajectories tillämpas i den angloamerikanska rättsliga doktrinen för att beskriva en rörelseriktning eller utvecklingslinje, se t.ex. W. Wesley Pue, ”Trajectories of Professionalism?”, *Legal Professionalism After Abel*, *Manitoba Law Journal* vol. 19 (1990) s. 384 ff., Lenski, Nolan, *Trajectories of Development: A Test of Ecological-Evolutionary Theory*, *Social Forces* Volume 63:1 (1984) s. 1 ff., Sarat, *Traditions and Trajectories in Law and Humanities Scholarship*, *Yale Law Review & Humanities* (1998) s. 401 ff.

ett privat organ, SwedSec, som närmare bestämmer vad en rådgivare ska ha kunskap om, genom sitt licensieringssystem. I motiven till rådgivningslagen anförs att ”regeringen välkomnar de initiativ som vidtagits inom branschen för att öka kunskapsnivån hos personalen”.⁹⁰ Det finns anledning att anta att regeringen välkomnar InsureSecs initiativ på samma sätt.

4.2 Allmängiltighet?

En invändning mot resultaten i denna undersökning är att den endast visar vad som gäller i en mycket avgränsad fråga – kompetenskrav för försäkringsförsäljare – och att man inte kan dra några allmängiltiga slutsatser av detta. Man kan med fog invända att det krävs en mycket omfattande rättsevolutionsstudie av ett stort antal rättsliga koncept för att göra ett säkert påstående som innebär att utvecklingen kan beläggas ske efter vissa mönster mot bakgrund av utvecklingen på ett soft law-plan inom ett visst område och att den förevarande studien är otillräcklig för att dra slutsatser med anspråk på allmängiltighet.

Utän att ha genomfört så detaljerade studier som frågan i och för sig förtjänar kan jag dock peka på några historiska exempel där normer i hard law har föregåtts av motsvarande normer i soft law. Det ena exemplet har hämtats från Tyskland. I samband med finanskrisen utfärdade den tyska tillsynsmyndigheten över finansmarknaden, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), ett cirkulär gällande ersättningsfrågor, som ett första steg för att efterleva det G20-anknutna Financial Stability Board's Principles for Sound Compensation Practices. Ett halvår senare infördes i den tyska lagen om tillsyn över försäkringsbolagen (Versicherungsaufsichtsgesetz) motsvarande regler angående ersättningar till försäkringsbolagsanställda i ledande positioner.⁹¹ Ett svenskt exempel är 1927 års FALs regler om upplysningsplikt. 6 § i 1927 års FAL skiljer på olika fall av oriktigt lämnande av uppgifter. Motsvarande reglering fanns redan i de branschgemensamma försäkringsvillkoren som togs fram av tarifföreningarna.⁹²

Ett exempel på en för tillfället genom soft law pågående rättsbildning är normeringen av det rättsliga konceptet ”försäkringsförmedling”. Vad inne-

⁹⁰ Prop. 2002/03:133 s. 21.

⁹¹ Behrendt Jonsson, EIOPA's guidelines and recommendations: mere proposals or some kind of binding law? ERT nr 2 (2014) s. 275.

⁹² Se t.ex. Tesdorpf, Försäkringsvillkor inom lifförsäkring – två föreläsningar vid Försäkringsföreningens utbildningskurser för försäkringstjänstemän i mars 1917, Svensk Försäkrings Årsbok 1917 s. 23 ff.

håller konceptet ”försäkringsförmedling”? Vad kan en förmedlare ägna sig åt som räknas som försäkringsförmedling, och vad faller utanför begreppet, och därmed också försäkringsförmedlingslagens tillämpningsområde? Frågan har ställts på sin spets i en civilrättslig kontext. Det finns ett antal fall där försäkringsförmedlare har orsakat skada på sina kunder dels genom att förmedla strukturerade värdepapper inom ramen för kapitalförsäkring, eller genom att åta sig diskretionära förvaltningsuppdrag för kunders räkning. Normerna för vad som är försäkringsförmedling finns i lag, förordning, motivuttalanden samt direktiv. Det finns vidare soft law på området dels i form av nämndbeslut från Allmänna reklamationsnämnden, dels i form av icke bindande uttalanden från Finansinspektionen. När det gäller investeringsrådgivning inom ramen för kapitalförsäkring finns flera nämndbeslut som fastställer att det är försäkringsförmedling.⁹³ Det finns även ett uttalande i en tillsynsrapport av Finansinspektionen som talar i den riktningen.⁹⁴ Av beslut från Allmänna reklamationsnämnden framgår att även diskretionär förvaltning är att anse som försäkringsförmedling.⁹⁵ Den förväntade utvecklingen på ett hard law-plan (genom rättspraxis, antagligen) kan därför sägas vara att investering inom ramen för kapitalförsäkring samt diskretionär förvaltning kommer att falla inom ramen för förmedlingsbegreppet. En indikation på att det stämmer är vad utredaren kommer fram till i 2014 års betänkande om konsumentskydd vid finansiell rådgivning.⁹⁶ Där anges att samtliga aktörer ”är överens om” att en förmedlare som har tillstånd att förmedla livförsäkringar inom ramen för det tillståndet även kan tillhandahålla rådgivning om de finansiella instrument som sparandet placeras i.⁹⁷ En annan indikation på en sådan tendens är avgörandet i mål T 4408-14 från Svea Hovrätt som fastslår att investeringsrådgivning inom ramen för kapitalförsäkring är att betrakta som försäkringsförmedling. Vi får se om Högsta domstolen kommer att ta ställning i frågan.

⁹³ Se t.ex. ARN:s beslut 2012-03-06 med Änr 2011-6029, beslut 2012-12-14 med Änr 2011-4411 och Änr 2011-2766.

⁹⁴ Finansinspektionens tillsynsrapport 2011, Erfarenheter och tillsyn och regelutveckling, 24 maj 2011 s. 20.

⁹⁵ Se ARN:s beslut med Änr 2011-09297, Änr 2011-5307 samt Änr 2011-7005.

⁹⁶ SOU 2014:4.

⁹⁷ Se SOU 2014:4 s. 341.

4.3 Nyttan

Det finns goda skäl till varför juristen ska fästa uppmärksamhet vid rättens trajectories, så som de beskrivits i denna artikel. Informationen kan vara till nytta för rättsvetenskaparen, men även för den praktiserande juristen. Det juridiska arbetet består i hög grad av att utarbeta strategier. Vilka argument kommer att hålla i domstol? Vilka är de legala riskerna med ett visst beslut? Vilka lagförslag kommer att accepteras och vilka kommer inte att accepteras? Juristen måste kunna utvärdera hur argumenten kommer att tas emot, vilka invändningar en viss juridisk lösning kommer att möta, och hur dessa invändningar i sin tur ska hanteras.

Den del av juristens arbete som består i att bryta ny mark kan vara av olika karaktär. Bolagsjuristen måste finna juridiska lösningar på tidigare okända fenomen, lagstiftaren ska fylla ett nytt lagstiftningsbehov, domaren i överinstans måste meddela beslut som ska verka vägledande i underrätt eller myndighet eller akademikern ska analysera nya rättsliga fenomen. I den banbrytande delen av juristarbetet har man stor nytta av att identifiera rättens trajectories. Sinclair beskriver att det är lättare att följa en gammal regel än att skapa en ny,⁹⁸ och i de fall en bransch sedan länge genom ett soft law-instrument har anpassat sig till en viss rättslig lösning är det, typiskt sett, enklare att införa en motsvarande lösning i hard law, än att införa en helt annan lösning.

Om det i stället visar sig nödvändigt att byta kurs, och välja en annan riktning än den som följer av rättens trajectory på ett område, måste t.ex. lagstiftaren eller domaren vara beredd på att möta ett visst motstånd, och vara beredd på att behöva argumentera tydligare för sin nya linje (ett exempel som nämnts ovan är när försäkringsförmedlingsyrket skulle introduceras i Sverige). Det torde t.ex. för tillfället vara lättare för lagstiftaren att få igenom ett skärpt krav på försäkringsförsäljare än att lätta på kraven. Resultaten i denna studie visar att det för närvarande torde vara lättare att genomdriva regler som diversifierar kraven på försäkringsförsäljarna än regler som uppställer homogena krav.

Även jurister vars roll kanske inte direkt består i att bryta ny mark har nytta av att identifiera rättens trajectories. Det kan exempelvis vara ett viktigt underlag i ett företags strategiska arbete. Vilka segment ska en verksamhet satsa på? Vilka delar av verksamheten kommer att framdeles vara förenade med ökade legala risker? Vilken kompetens kommer företaget att behöva och

⁹⁸ Sinclair (1986–1987) s. 457.

vilka intressen kommer man att behöva tillvarata i högre grad? Den utvecklingen som har förevarit på ett soft law-plan när det gäller försäkringsförmedlingsbegreppet har t.ex. lett till att försäkringsbolagen har behövt överväga om det är affärsmässigt att teckna ansvarsförsäkring för försäkringsförmedlare över huvud taget. När det gäller försäkringsföräljarnas kompetenskrav kan det vara en god idé för försäkringsbolagen att börja ställa in sig på att kostnaden för kompetensutvecklingen kommer att bli högre den närmaste framtiden. Ett annat exempel där regleringen på ett soft law-plan för närvarande ligger i framkant är EIOPA:s guidelines för det förberedande arbetet för implementeringen av Solvens II-direktivet.⁹⁹ Även om dessa guidelines inte är formellt bindande pågår ett omfattande arbete hos försäkringsbolagen med att anpassa sina verksamheter enligt dessa, i beredskap inför den dagen direktivet ska vara implementerat i svensk rätt.

En trajectory säger oss också något om vart rätten för tillfället *inte* är på väg, vilket kan vara mycket värdefull information. En trajectory kan därför tjäna som en slags ”väckarklocka”, som kan tvinga t.ex. lagstiftaren att ifrågasätta en utveckling och kanske bryta den. Man kan ju tänka sig att en trajectory pekar åt ”fel” håll och att det *de lege ferenda* är önskvärt med en helt annan utveckling. Ska t.ex. alla de rättsliga koncepten ”kompetenskrav för försäkringsförsäljare” uppnå samma mognad eller är det en bättre idé att vissa koncept tillåts att förbli mera omogna? Ju mer avancerat och förfinat ett rättsligt koncept blir desto mindre flexibelt blir det, vilket kanske kan verka hämmande för branschen.

5. Avslutande kommentarer

Karaktäristiskt för soft law-normer är att dessa befinner sig på en skala mellan ”hard law” och ”no law”. Var på skalan ett norminstrument befinner sig beror på en rad sammanvägande faktorer: offentlig inblandning, vilka sanktioner som följer med agerande i strid med soft law, hur normerna publiceras, vem som publicerar normerna mm. Var ett soft law-instrument ligger på denna skala har betydelse för hur hard law-normerna, när de ändras, kommer att harmonisera med de redan existerande soft law-normerna. Ju längre på skalan mot hard law en soft law-norm befinner sig, desto större är sannolikheten att hard law endast transporterar normen, utan materiell förändring.

⁹⁹ EIOPAs guidelines on Solvency II Preparatory Phase på <https://eiopa.europa.eu/regulation-supervision/guidelines>.

Det rättsevolutionära synsättet är *ett* sätt att analysera rättsutvecklingen. Det finns andra. En självklar metod för en jurist är att studera pågående lagstiftningsprocesser. Material i den lagstiftande processen, t.ex. utredningsbetänkanden, kan inte sägas utgöra element i de rättsliga koncepten före det att den nya lagen träder i kraft. Materialet visar dock riktningen i efterhand. Ett exempel på sådant material som för tillfället är högaktuellt är förslaget till det nya försäkringsförmedlingsdirektivet, IDD. Enligt förslaget ska även anställda vid försäkringsföretag uppfylla kraven på erforderlig kompetens.¹⁰⁰ Vidare preciseras att kompetenskravet är relaterat till graden av komplexitet i de produkter som personen i fråga förmedlar eller säljer.¹⁰¹ Ett nytt krav på fortbildning införs också.¹⁰² Här skärps kraven på försäkringsförsäljarna. Bolagens egna ombud ska ha samma kompetensnivå som förmedlarna. Exakt hur detta ska gå till är oklart. Det som ur mitt perspektiv är intressant är att förslagen ligger fullt i linje med de presenterade resultaten i denna studie: ökade kompetenskrav även på försäkringsbolagens egna säljare.

Det framförda påståendet, som innebär att man kan sja in i den framtida rättsutvecklingen genom att observera dagens utveckling på ett soft law-plan, kan verka svårsmält. Kan det verkligen vara så enkelt? Här finns anledning att påminna om att soft law-utvecklingen visar en förefintlig rörelseriktning, och att rörelseriktningen kan ändras när som helst. Men det fenomen som innebär att normeringen på ett soft law-plan ligger i framkant, och att hard law-reglering följer med, eller härmar den utvecklingen, är egentligen inte särskilt märkligt utan tvärt om ganska naturligt. Hard law får legitimitet på både formella och substantiella grunder. En (formellt gällande) lag som står i illa samklang med rådande värderingar får problem med legitimiteten (ett exempel är *ne bis in idem*-diskussionen som förevarit på skatterättens område där Haparanda tingsrätt och Hovrätten för Västra Sverige vägrade att följa HD:s praxis¹⁰³ när det gällde att ålägga skattebetalare både skattetillägg och straffrättsliga sanktioner). Soft laws legitimitet baseras endast på den substantiella grunden, eftersom auktoritetsdjupet, den formella legitimiteten, är mycket grundare hos soft law-normer. En ”regel” som inte harmonierar med det allmänna rättsmedvetandet, som adressaterna inte anser utgöra normer värda att följa, kommer aldrig att nå någon (informell) legitimitet eller upphöjas till en normativ status som soft law. En annan förklaring är att soft law

¹⁰⁰ Se artikel 2 i direktivförslaget.

¹⁰¹ Se artikel 8.1 första stycket i direktivförslaget.

¹⁰² Se artikel 8.1 andra stycket i direktivförslaget.

¹⁰³ NJA 2010 s. 168.

utvecklas snabbare än hard law. Normeringen sker vid behov, av dem som behöver normerna, obelastad av de traditionella rättskällornas tunga normeringsprocesser, på gott och ont.

Mitt budskap i denna artikel är alltså: *Det är möjligt att identifiera en trajectory på ett rättsområde genom att studera den pågående utvecklingen på ett soft law-plan.* Men då måste man erkänna att många juristers arbete inte begränsas till att fastställa gällande rätt i den inskränkta meningen att ge ”the snapshot” vid en viss given tidpunkt. Man måste i stället betrakta rätten som ett fenomen i rörelse, dvs. som en film. Man måste även erkänna soft law som rättsligt relevant material. Det går visserligen att analysera rätten som ett fenomen i rörelse utan att beakta soft law. Effekten av att beakta även relevant soft law är emellertid att ”filmen” blir skarpare, eller mer ”högupplöst”, jämfört med vad den blir om endast det traditionella rättskällematerialet beaktas. Den som önskar att få den högupplösta versionen av filmen bör alltså inte begränsa sig till att analysera det traditionella rättskällematerialet, utan bör även beakta övrigt *relevant* material, inbegripet soft law.

