

Innehåll

Försäkringsförmedlares rådgivning och marknadsföring av finansiella produkter – fråga om krav på tillstånd enligt lagen (2007:582) om värdepappersmarknaden.....	2
1. Inledning.....	2
2 Frågeställningar	3
2.1 Var går gränsen mellan rådgivning och marknadsföring av finansiella produkter och tjänster?	3
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?.....	15
2.3 Vilka lagar är tillämpliga när försäkringsförmedlare förmedlar försäkringar med annat innehåll än fonder, t.ex. strukturerade produkter i depå- och kapitalförsäkringar? 21	

Försäkringsförmedlares rådgivning och marknadsföring av finansiella produkter – fråga om krav på tillstånd enligt lagen (2007:582) om värdepappersmarknaden

Jur.dr. Fredric Korling¹

”FI anser ... att situationen med marknadsföring och rådgivning hos försäkringsförmedlare är problematisk. Genom att försäkringsförmedlarna ofta verkar under paraplyet ’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.”²

1. Inledning

Möjligheterna att tillhandahålla rådgivning om finansiella produkter begränsades betänkligt den 1 november 2007 genom att investeringsrådgivning därefter endast får tillhandahållas av företag med särskilt tillstånd från Finansinspektionen.³ Tidigare fanns det i och för sig särskilda regler för finansiell rådgivning i lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter (cit. LFRK, rådgivningslagen), men något särskilt krav på tillstånd för rådgivning fanns inte.⁴

¹ Forskare vid Stockholm Centre for Commercial Law, Juridiska fakulteten, Stockholms universitet. Författaren vill framföra sitt stora tack till Torsten och Ragnar Söderbergs Stiftelse för generöst forskningsbidrag.

² Se Finansinspektionen, Tillsynsrapport 2010 : Erfarenheter av tillsyn och regelutveckling (18 maj 2010), s. 30.

³ Lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden tillkom genom att MiFID-direktivet implementerades, se Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument och om ändring av rådets direktiv 85/611/EEG och 93/6/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/12/EG samt upphävande av rådets direktiv 93/22/EEG [cit. MiFID] och Kommissionens direktiv 2006/73/EG av den 10 augusti 2006 om genomförandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG vad gäller organisatoriska krav och villkor för verksamheten i värdepappersföretag, och definitioner för tillämpning av det direktivet.

⁴ Frågan om att införa ett särskilt tillstånd diskuterades i utredningen SOU 2002:41 Konsumentskydd vid finansiell rådgivning. Utredaren var tveksam till att införa särskilt tillstånd med hänsyn till att tillsynsansvaret skulle vara delat mellan Finansinspektionen och Konsumentverket. Det skulle därvid uppkomma tolkningsproblem av lagen och särskild risk ansågs föreligga att myndigheterna skulle kunna komma till ”olika resultat i sina bedömningar av vad som skall omfattas av lagens tillämpningsområde”, SOU 2002:41, s. 103 f. Den främsta anledningen till att krav på särskilt tillstånd inte föreslogs av utredaren var emellertid att tillsynsmyndigheterna skulle ha rätt att i ett enskilt fall bedöma om tillståndspliktig verksamhet förelegat, något som skapade brister i förutsebarhet som inte ansågs godtagbara. Vidare anförde utredaren att en näringsidkare först i efterhand, i samband med t.ex.

Investeringsrådgivning är således en tillståndspliktig tjänst enligt 2 kap. 1 § 5 p. lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden. Tyvärr saknas det emellertid en tydlig definition av vad rådgivning är. Den definition som återfinns i MiFID:s genomförandedirektiv beskriver nämligen endast vad investeringsrådgivning är för typ av rådgivning.⁵

I januari 2011 presenterade jag en rapport som skrivits på uppdrag av Finansinspektionen. Bakgrunden till uppdraget var att Finansinspektionen de senaste åren utvärderat försäkringsförmedlars 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 kundanpassad investeringsrådgivning och vilken betydelse detta har för kundens rättigheter och investerarskydd. Finansinspektionen planerade därför att se över föreskrifterna för försäkringsförmedlare ”i syfte att tydliggöra för förmedlarna vad som krävs för att uppfylla lagens krav”. Denna artikel är en omarbetning av delar av rapporten för att beskriva vilka tolkningsproblem det idag föreligger vid bedömandet av försäkringsförmedlars information, rådgivning och eventuellt även förmedling av finansiella produkter och tjänster.

2 Frågeställningar

2.1 Var går gränsen mellan rådgivning och marknadsföring av finansiella produkter och tjänster?

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.⁶ Marknadsföringen sker ofta i form av att en försäkringsförmedlare anordnar informationsmöten där denne informerar om och marknadsför finansiella produkter 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.⁷ 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.⁸

ingripande från tillsynsmyndigheten, skulle få klart för sig om rådgivningsverksamheten omfattades av lagen eller inte. Lagen skulle därmed kunna från näringsidkarens sida ”upplevas som retroaktiv såvitt gäller de näringsrättsliga bestämmelserna”, SOU 2002:41, s. 103 f. Se även SOU 2002:41, s. 159 f.

⁵ Se art. 52 2006/73/EG.

⁶ Se Finansinspektionen, *Rapport 2005:2, Livbolagens provision till försäkringsmäklare*, 2005, s. 8.

⁷ Se Finansinspektionen, *Rapport 2009:4, Kartläggning av försäkringsförmedlarnas verksamhet*, 2009.

⁸ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG

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 handlande, 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.⁹

Jag har i min avhandling noga analyserat gränsdragningen mellan rådgivning och marknadsföring i rådgivnings-, försäkringsförmedlings- och värdepappersmarknadslagen.¹⁰ 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 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.¹¹

2.1.3 Reglering av marknadsföring i försäkringsförmedlingslagen

Försäkringsförmedlare har skyldighet att tillhandahålla kunden viss information enligt 6 kap. 1-4 §§ FfL. 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). Vidare bör en försäkringsförmedlare enligt Finansinspektionens allmänna råd också

och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder).

⁹ 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 Carl Anders Svensson, *Den svenska marknadsföringslagen* 15 uppl., Studentlitteratur, 2010, s. 47 f.

¹⁰ Se t.ex. Fredric Korling, *Rådgivningsansvar : särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning*, Jure, 2010, s. 221 f., s. 276 ff. och s. 303 f.

¹¹ Se angående kraven på utformning av marknadsföring t.ex. Svensson, *Den svenska marknadsföringslagen*, s. 55 f.

upplysa kunden om förmedlaren tillhandahåller en tjänst som inte omfattas av den obligatoriska ansvarsförsäkringen (allmänna råd i anslutning till 6 kap. 12 § FFFS 2005:11 konsoliderad version). 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.

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.

Det är Konsumentverket och särskilt konsumentombudsmannen som har tillsyn över marknadsföringslagen.¹² Samtidigt har Finansinspektionen ett direkt mandat enligt försäkringsförmedlingslagen att tillämpa marknadsföringslagens bestämmelser på försäkringsförmedlaren informationsgivning med undantag från reglerna om marknadsstörringsavgift i 29-36 §§ MFL.¹³ Finansinspektionen kan således ingripa mot en försäkringsförmedlaren informationsgivning även om den skulle ha formen av marknadsföring.¹⁴ 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 och 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 försäkringsförmedlaren marknadsföring. Marknadsföringslagen ger här viss ledning men är i stora delar uppbyggd kring tämligen generella rekvisit och fråga uppkommer därför om brister i försäkringsförmedlaren 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 informationsförpliktelse 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 försäkringsförmedlaren egen eller annans näringsverksamhet får inte utelämnas för kunden väsentliga uppgifter, 10 § MFL. Sammantaget innebär detta att en försäkringsförmedlaren informationsförpliktelser dels innebär ett *kvantitativt* krav (dvs. måste innehålla viss specifik information), dels innebär ett *kvalitativt* krav (dvs.

¹² Se t.ex. 2 § 3 p. MFL.

¹³ Se 6 kap. 8 § FfL.

¹⁴ Se prop. 2004/05:133 Försäkringsförmedling, s. 88 och s. 136.

informationen 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.¹⁵ 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.¹⁶

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 enligt 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 om värdepappersrörelse och Finansinspektionens föreskrifter 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.¹⁷

Detaljerade krav på hur marknadsföringsmaterial ska vara utformat återfinns i 14 kap. FFS 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

¹⁵ Ändrad genom Finansinspektionens föreskrifter (FFFS 2007:23) om ändring i Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd (FFFS 2005:11) om försäkringsförmedling, Finansinspektionens föreskrifter (FFFS 2009:2) om ändring i Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd (FFFS 2005:11) om försäkringsförmedling och Finansinspektionens föreskrifter (FFFS 2011:44) om ändring i Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd (FFFS 2005:11) om försäkringsförmedling.

¹⁶ Se Fondbolagens förening, Riktlinjer för fondbolagens informationsgivning och marknadsföring m.m. av fonder antagna av Fondbolagens förening vid styrelsemöte 2004-12-06 samt uppdaterade den 4 juni 2008 och den 5 oktober 2009.

¹⁷ Se prop. 2006/07:115, s. 435 ff.

som kunden har erhållit och att marknadsföringsmaterialet är förenligt med all information som företaget i övrigt lämnar till kunden.¹⁸

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 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 först frågan om när marknadsföring blir att bedöma som rådgivning utredas.

2.1.6 Gränsdragning mellan marknadsföring och rådgivning

Marknadsföring kan i vissa avseenden tolkas vara rådgivning och därför bör kraven på marknadsföring vara likstämiga 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 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).¹⁹ 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

¹⁸ Se 14 kap. 16 § Finansinspektionens föreskrifter (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) [cit. DAvtL].

¹⁹ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 276 f. och prop. 2002/03:133 Lag om finansiell rådgivning till konsumenter, s. 46.

individuella förutsättningar, däremot att påverka kunden att handla på ett för marknadsföraren önskvärt sätt, dvs. investeringar i den marknadsförda produkten.²⁰

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 konsumenter²¹ 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 blir att bedöma som rådgivning.²²

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.

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.²³ I likhet med rådgivningslagen måste det föreligga en personlig rekommendation för att ett rådgivningsförhållande ska uppstå.²⁴

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*".²⁵ 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.²⁶ 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.²⁷

²⁰ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 277. Marknadsföring är i detta hänseende inte detsamma som att en försäkringsförmedlare direkt påverkar en kunds försäkringskydd eftersom detta är att betrakta som försäkringsförmedling, se prop. 2004/05:133, s. 47 f.

²¹ Ändrad genom Finansinspektionens föreskrifter (FFFS 2007:20) om ändring i Finansinspektionens föreskrifter (FFFS 2004:4) om finansiell rådgivning till konsumenter.

²² Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 261 f. och 278 f.

²³ Finansinspektionen ska ta hänsyn till rekommendationer från bl.a. CESR enligt 5 § 2 p. förordning (2009:93) med instruktion för Finansinspektionen.

²⁴ För en analys av MiFID-direktivets rekommendationskrav, se Korling, Rådgivningsansvar, s. 301 ff.

²⁵ Se CESR/05-290b, s. 9 ff. Se även CESR/04-562, s. 13 ff.

²⁶ Se CESR/04-562, s. 10.

²⁷ Se CESR/05-290b, s. 8 f.

Bedömningen sker objektivt, dvs. *"from the position of a reasonable observer of the type of the client"*.²⁸ 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"*.²⁹ Inte heller vid investeringsrådgivning finns det något motsatsförhållande mellan rådgivning och marknadsföring utan specifik information kan bedömas vara såväl information som rådgivning och marknadsföring på en och samma gång.³⁰

2.1.7 Försäkringsförmedlares informations-/marknadsföringsmöten

Finansinspektionen har i två rapporter – Ordning och reda? och Ordning och reda? II – granskat försäkringsförmedlares verksamhet.³¹ 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.³² 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.³³ 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.³⁴ 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.

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 förevändningen 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

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

²⁹ Se CESR/04-562, s. 10. Jfr CESR/05-290b, s. 9 och CESR/05-291b, s. 6.

³⁰ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 312 f.

³¹ Se Finansinspektionen, *Rapport 2006:8, Ordning och reda? – en granskning av 150 försäkringsförmedlare*, 2006 och Finansinspektionen, *Rapport 2007:3, Ordning och reda? II – en granskning av 678 försäkringsförmedlare*, 2007.

³² Se Finansinspektionens rapport 2007:3, s. 3.

³³ Se Finansinspektionens rapport 2009:4.

³⁴ Se Finansinspektionens rapport 2009:4, s. 2. Se även Finansinspektionen, *Rapport 2009:10, Konsumentskyddet på finansmarknaden*, 2009, s. 19.

skriftlig produktinformation samt en anmälningssedel. 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.”³⁵

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”*.³⁶ 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”*.³⁷

I såväl rådgivningslagen som värdepappersmarknadslagen anges specifika rekvisit för när finansiell rådgivning respektive investeringsrådgivning föreligger.³⁸ 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 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.³⁹

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.⁴⁰ 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 vårdslös 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 muntlig produktinformation till denne. Kunden har i sådana situationer 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.⁴¹

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

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

³⁷ Se Finansinspektionens rapport 2009:4, s. 5.

³⁸ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 238 ff. och s. 293 ff.

³⁹ Se t.ex. Korling, Rådgivningsansvar, s. 316.

⁴⁰ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 294. Se även t.ex. Stockholms tingsrätts dom 2008-06-11, mål nr. T 751-04, s. 13.

⁴¹ Se t.ex. Korling, Rådgivningsansvar, s. 366 ff.

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 rådgivning). 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. produktens 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).⁴²

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 erhölet 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.

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 överensstämma med motsvarande krav i FFFS 2007:16. Det är en fördel om olika aktörer som tillhandahåller samma typ av information ställs

⁴² Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 312 ff.

under likstämiga krav såväl ur ett rättssäkerhets- som investerarskyddsperspektiv, något som även Finansinspektionen själv tidigare framhållit.⁴³

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.⁴⁴ 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 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.⁴⁵ Samtidigt har Finansinspektionen ett direkt mandat enligt

⁴³ 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."

⁴⁴ Jfr 8 kap. 1 § VpmL.

⁴⁵ Se t.ex. 2 § 3 p. MFL.

försäkringsförmedlingslagen att tillämpa marknadsföringslagens bestämmelser på försäkringsförmedlares informationsgivning med undantag från reglerna om marknadsstörningsavgift i 29-36 §§ MFL.⁴⁶ Finansinspektionen kan således ingripa mot en försäkringsförmedlares informationsgivning även om den skulle ha formen av marknadsföring.⁴⁷ 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.⁴⁸ 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 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 föreskrifter 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 skall iaktta 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 skall lämna till sina kunder enligt 8 kap. 22 § (6 kap. 1 § 18 p.) och vad ett värdepappersinstitut skall iaktta 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.

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 föreskrifter om rådgivares kompetens, dokumentation av rådgivning, utlämnande av sådan dokumentation och om undantag från skyldigheten att lämna ut dokumentationen.

⁴⁶ Se 6 kap. 8 § FfL.

⁴⁷ Se prop. 2004/05:133, s. 88 och s. 136.

⁴⁸ 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.

2.1.10 Avslutande synpunkter

Av vad som framgår av myndigheternas regleringsbrev 2010 och 2011 har varken Finansinspektionen eller Konsumentverket fått i särskilt uppdrag att 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 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 bl.a. 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.⁴⁹ Viss självreglering har emellertid tillkommit på detta område i form av t.ex. en branschkod för strukturerade placeringsprodukter⁵⁰ samt riktlinjer för fondbolagens informationsgivning.⁵¹ 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.⁵²

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-/marknadsföringssituationen 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.

⁴⁹ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 86 ff.

⁵⁰ Se Svenska Fondhandlareföreningen, *Branschkod : Vägledande riktlinjer för informationsgivning gällande strukturerade placeringsprodukter, version 2 (2010-02-22)*, 2010.

⁵¹ Se Fondbolagens förening, *Riktlinjer för fondbolagens informationsgivning och marknadsföring m.m. av fonder*, 2009.

⁵² Se Finansinspektionen & Konsumentverket/KO, *Överenskommelse om samarbete mellan Finansinspektionen och Konsumentverket/KO (Fi Dnr 09-10159)*. Se även Hans Bäckström, *Det finansiella konsumentskyddet – mål möjligheter och problem*, Penning- och valutapolitik nr. 3/2010, s. 48, s. 62 ff. med förslag på att antingen Finansinspektionen övertar ansvar för konsumentskyddet på den finansiella marknaden i dess helhet, alternativt att inspektionen endast ska ha tillsyn över relationen mellan instituten sinsemellan och att en särskild myndighet med ansvar för konsumentskyddsfrågor på finansmarknaden inrättas. Se också Howell E. Jackson, *A Report on the Mandate, Structure and Resources of the Swedish Financial Supervisory Authority*, s. 39.

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 2005.⁵³ 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
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 i försäkringsavtalslagen.⁵⁴ 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 (läs i stort vad som framgår av försäkringsrörelselagen 2010:2043, cit. FRL) avgör därmed också vilka typer av produkter och tjänster som en försäkringsförmedlare får förmedla.⁵⁵

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.⁵⁶

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 reglerna i direktivet som har karaktär av kundskydd är att

⁵³ Se art. 16 2002/92/EG.

⁵⁴ Se t.ex. prop. 2003/04:150 Ny försäkringsavtalslag, s. 123 ff.

⁵⁵ Se t.ex. Bertil Bengtsson, *Försäkringsavtalsrätt 2.*, rev. uppl., Norstedts juridik, 2010, s. 15 ff. och Torbjörn Ingvarsson, *Borgensåtagande för kommersiell kredit jämkat med stöd av 36 § AvtL*, JT 1999-00 s. 415, s. 143 f. Se vidare avseende begreppet försäkring och försäkringsrörelse, Henric Falkman, *Försäkringsrörelse : Tillståndsplikt och skyddade intressen*, Jure Förlag, 2010, s. 207 ff.

⁵⁶ Se skäl 2-8 2002/92/EG.

försäkringsförmedlaren är skyldig att lämna viss specifik information till kunden inför ingåendet av ett försäkringsavtal.⁵⁷

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 eller lägga till ytterligare krav för de försäkrings- eller återförsäkringsförmedlare som är registrerade inom deras jurisdiktionsområde”*.⁵⁸

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”*.⁵⁹

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 2.2.4).

2.2.2 Vad är investeringsrådgivning?

Vilka kriterier som måste vara uppfyllda för att investeringsrådgivning ska föreligga har analyserats noggrant i min avhandling.⁶⁰ I detta sammanhang ska därför fokus fästas vid vilket tillämpningsområde som MiFID-direktivet 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”*.⁶¹

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”*.⁶²

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”*.⁶³

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.”*

⁵⁷ Se art. 12 2002/92/EG.

⁵⁸ Se art. 4.6 2002/92/EG.

⁵⁹ Se art. 12.5 1 st. 2002/92/EG.

⁶⁰ Se Korling, Rådgivningsansvar, s. 293 ff.

⁶¹ Se skäl 2 2004/39/EG.

⁶² Se art. 4.1.4 2004/39/EG.

⁶³ Se skäl 8 2006/73/EG.

2.2.3 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 försäkringstagaren 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 värdeutvecklingen 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 depåförsäkringen ägs dock alltid av försäkringsbolaget och inte av försäkringstagaren. Emellertid ska livförsäkringsbolaget enligt 6 kap. 25 § 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 lagstiftning).⁶⁴ 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”*.⁶⁵

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 kvalifikation. MiFID- och genomförandedirektivet innehåller samtidigt inte uttryckligen något undantag från tillståndsplikten för investeringsrådgivning för sådan rådgivning som tillhandahålls 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 inte 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 tillfällighetsrequisitet 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.⁶⁶

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

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Jfr art. 1.2 2002/92/EG.

⁶⁶ Se även Q & A on MiFID, art. 2.1.j, <http://ec.europa.eu/yqol/index.cfm?fuseaction=question.show&questionId=202>.

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).⁶⁷
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 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 harmoniera 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

⁶⁷ Se t.ex. skäl 1-4 2004/39/EG.

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 rekommenderade jag 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.⁶⁸

Finansinspektionen har under våren i sin tillsynsrapport slagit fast att inspektionen numera anser att "rådgivning om finansiella instrument i en försäkring ska bedömas uteslutande som tillståndspliktig försäkringsförmedling".⁶⁹ Det problem som därmed kan uppstå 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).

Avslutningsvis bör också det faktum att många försäkringsförmedlare tillhandahåller rådgivnings- och diskretionära förvaltningstjänster avseende placeringar i premiepensionsfonder diskuteras. Dessa typer av tjänster rör, till skillnad från t.ex. en kapitalförsäkring, placering i fonder – något som faller under de tillståndspliktiga tjänsterna investeringsrådgivning och diskretionär portföljförvaltning enligt värdepappersmarknadslagen och kräver därför särskilt tillstånd. Det är således inte samma gränsdragningsproblematik som aktualiseras vid dessa typer av tjänster som vid placeringar inom ramen för en kapitalförsäkring.⁷⁰

⁶⁸ 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>.

⁶⁹ Se Finansinspektionen, Tillsynsrapport 2011 : Erfarenheter av tillsyn och regelutveckling (24 maj 2011), s. 20. Möjligen är det också så det nya försäkringsförmedlingsdirektivet kommer att tolkas, se CEIOPS, CEIOPS Advice to the European Commission on the revision of the Insurance Mediation Directive (2002/92/EC), CEIOPS CCP-59/10, s. 23 "Members are generally in favour of IMD2 having as broad a scope as possible in order to ensure adequate market coverage in terms of intermediation activities carried on throughout the European Community."

⁷⁰ Se vidare Korling, Fredric, Fredric Korling, *Tillståndspliktiga premiepensionstjänster? Analys av tillämpligt regelverk avseende visa-, rådgivnings- och diskretionära förvaltningstjänster inom premiepensionssystemet*, Rapport till Pensionsmyndigheten 2011-03-13, 2011, Finansinspektionen, Premiepensionsförvaltning - en granskning av aktörerna (juni 2011), s. 5 och Finansinspektionen, Finansinspektionen, Brev till premiepensionsförvaltarna avseende förändrad verksamhet, FI Dnr 11-8719 (2011-10-17).

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.

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, också 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.⁷¹ En försäkringsförmedlare kan således erhålla sidotillstånd för förmedling av och rådgivning om fondandelar och undantas därmed från tillståndsplikten enligt värdepappersmarknadslagen.⁷² Att en sådan möjlighet föreligger framgår av försäkringsförmedlingsdirektivet eftersom det inte finns några bestämmelser som begränsar försäkringsförmedlare från att bedriva andra typer av verksamheter.⁷³

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.”⁷⁴

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.

⁷¹ Se prop. 2004/05:133, s. 32 f.

⁷² 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.

⁷³ Jfr art. 4.1 2 st. 2002/92/EG.

⁷⁴ Se prop. 2004/05:133, s. 92.

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.⁷⁵ 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 iakttä de krav som gällde för denna typ av verksamhet i stället för att förmedlingen skulle bedömas enligt försäkringsförmedlingslagens regler om förmedling av försäkringar.⁷⁶

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.”⁷⁷

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.⁷⁸

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.⁷⁹

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.⁸⁰ I de fall en försäkringsförmedlare tillhandahållit tjänster som inte omfattas av ansvarsförsäkringen, är det endast soliditeten i försäkringsförmedlarens 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).⁸¹ Att försäkringsförmedlingslagen blir tillämplig på rådgivning om depå- och kapitalförsäkringar innebär också att kundernas eventuella skadeståndskrav ska omfattas av försäkringsförmedlarens ansvarsförsäkring.

⁷⁵ Se prop. 2004/05:133, s. 94.

⁷⁶ Se prop. 2004/05:133, s. 79 ff. och s. 91 ff.

⁷⁷ Se prop. 2004/05:133, s. 93.

⁷⁸ Se vidare Korling, Rådgivningsansvar, s. 656 ff.

⁷⁹ Se vidare angående direktkravs rätten inom ramen för en obligatorisk ansvarsförsäkring, van der Sluijs, Jessica, Direktkravs rätt vid ansvarsförsäkring, Jure Förlag, Stockholm 2006, s. 26 ff. och s. 124 ff.

⁸⁰ 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.

⁸¹ Se prop. 2004/05:133, s. 78.

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 artikel 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 precis 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 försäkringsrådgivning. 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 2.3.7).

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.⁸²

*”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.”*⁸³

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).

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 tjänsteorienterad lagstiftning, dvs. alla som bedriver de typer av verksamheter som definierats i lagen måste ha tillstånd.⁸⁴

⁸² Se prop. 2004/05:133, s. 98 ff.

⁸³ Se prop. 2004/05:133, s. 100.

⁸⁴ Se 2 kap. VpML.

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 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 lagen (1991:981) om värdepappersrörelsens tillämpningsområde med tillhörande föreskrifter (numera värdepappersmarknadslagen).⁸⁵ 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 propositionen 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*".⁸⁶ 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.

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 finansiella rådgivning som sker idag faller också under värdepappersmarknadslagens tillämpningsområde, eftersom investeringsrådgivning numera är en tillståndspliktig verksamhet.

⁸⁵ Se prop. 2004/05:133, s. 78, s. 79 ff. och s. 91 ff.

⁸⁶ Se prop. 2004/05:133, s. 109.

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 försäkringsförmedlings sed.⁸⁷ 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 för hur förmedlaren ska agera i en rådgivnings- och förmedlingssituation avseende finansiella instrument och produkter.⁸⁸ Motsvarande slutsats drar Finansinspektionen som anför i sin tillsynsrapport 2011 att det *”bör kunna anses vara god försäkringsförmedlings sed att tillämpa regelverket i lagen om värdepappersmarknaden vid motsvarande rådgivning om finansiella instrument i en försäkring”*.⁸⁹

Försäkringsförmedlarnas verksamhet har verkligen kommit att bli ett fokus för Finansinspektionens tillsynsverksamhet de senaste åren och inspektionen har fler än en gång riktad kritik mot hur vissa av förmedlarna agerar gentemot dess kunder, främst konsumenter. Finansinspektionen har t.o.m. ansett att incitamentsstrukturerna vid förmedling av finansiella produkter och tjänster skapar alltför stora och ohanterliga intressekonflikter, vilket *”troligen påverkar vilka råd som lämnas och vilka produkter som förmedlas”*.⁹⁰ Rådgivningen riskerar därför att övergå till en ren försäljningssituation där förmedlaren tar större hänsyn till provisionens storlek än till konsumentens situation och behov. Finansinspektionen konstaterar därför tämligen krasst att *”existerande regelverk, såväl lag som föreskrifter, förmår inte hantera dessa intressekonflikter på ett effektivt sätt”*.⁹¹ Slutsatsen som inspektionen därvid drar är att regeringen bör överväga ett provisionsförbud för sådan typ av förmedling. Än så länge har det emellertid inte tillsatts någon utredning enligt Finansinspektionens önskemål men tiden får utvisa hur det blir i denna fråga.⁹²

Avslutningsvis kan man ställa sig frågan hur det har kunnat gå så här långt, dvs. att branschen inte lyckats att skapa ett tillräckligt förtroende i förhållande till tillsynsmyndigheten vad avser försäkringsförmedlarnas affärsmodell. Personligen är jag inte övertygad om att ett provisionsförbud är rätt väg att gå för att råda bot på de intressekonfliktsproblem som en provisionsbaserad rådgivning aktualiserar. Samtidigt måste branschen se över sitt sätt att genomföra affärer gentemot sina kunder. Det finns flera saker som inte bara försäkringsförmedlarna utan även finansrådgivningsbranschen rent generellt kan göra för att å ena sidan öka förtroendet från Finansinspektionen och å andra sidan förbättra den *”bristfälliga”* konsumentskydds lagstiftning som finns på detta område – nämligen att skapa etiska riktlinjer för hur kontakten med kunderna ska ske. Sådana typer av riktlinjer skulle t.ex. kunna inbegripa regler om hur marknadsföringsmaterial utformas, hur s.k. informationsmöten ska genomföras, hur rådgivaren ska uppträda gentemot kunden, hur en uttömmande dokumentation enligt branschen ska utformas etc. Annars kommer sådan reglering att införas genom lagstiftning, i vart fall om Finansinspektionen får gehör hos regeringen.⁹³ Därutöver ger även Finansinspektionen en tydlig signal till branschen: *”Förmedlarbranschen uppmanas också att överväga att själv verka för att höja kunskapsnivån via ett licensieringsförfarande”*.⁹⁴ Detta är med all säkerhet inte det sista kapitlet i regleringen av

⁸⁷ 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.

⁸⁸ Se vidare Korling, Rådgivningsansvar, s. 405 ff.

⁸⁹ Se Finansinspektionen, Tillsynsrapport 2011, s. 22.

⁹⁰ Se Finansinspektionen, Tillsynsrapport 2011, s. 20.

⁹¹ Se Finansinspektionen, Tillsynsrapport 2011, s. 20 f.

⁹² Se även Finansinspektionen, Risker i det finansiella systemet 2011 (15 november 2011), s. 5 och s. 32. Se även CEIOPS CCP-59/10, s. 56 ff.

⁹³ Se Finansinspektionen, Tillsynsrapport 2011, s. 20 f.

⁹⁴ Se Finansinspektionen, Tillsynsrapport 2011, s. 21.

Nordisk försäkringstidskrift 4/2011

finansrådgivare, frågan är bara vem som ska ta nästa initiativ – branschen eller lagstiftaren? Personligen hoppas jag att branschen tar över stafettpippen och skapar en välfungerande självreglering med kundernas intressen i fokus (med hänsyn till de förändringar som föreslås i den kommande revisionen av försäkringsförmedlingsdirektivet).⁹⁵

⁹⁵ Se t.ex. European Commission, Consultation document on the Review of the Insurance Mediation Directive (IMD), Commission Staff Working Paper, European Commission, Letter to CEIOPS Requesting for advice regarding the revision of the Insurance Mediation Directive (2010-12-03) och CEIOPS CCP-59/10, s. 39 ff.