

Regeringskansliet
(Finansdepartementet)
103 33 Stockholm

Remiss: En ny lag om försäkringsdistribution (Ds 2017:17)

Inledning

I departementspromemorian Ds 2017:17 föreslås en helt ny lag för försäkringsdistribution. Förslaget är en implementering av Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/97 om försäkringsdistribution som antogs den 20 januari 2016. Den föreslagna lagen ersätter den nuvarande försäkringsförmedlingslagen (2005:405). Den nya försäkringsdistributionslagen omfattar all försäkringsdistribution, alltså även försäkringsföretagens försäkringsdistribution. Det betyder att den nya lagen även omfattar alla anställda på försäkringsföretagen som sysslar med distribution av försäkring. Eftersom försäkringsföretagens distribution tidigare har varit oreglerat innebär förslaget en stor förändring för försäkringsföretagen. Försäkringsdistributionsdirektivets syftar till att harmonisera försäkringsdistribution samt stärka konsumentskyddet. Juridiska fakultetsnämnden tillstyrker i stort lagförslaget.

Tillämpningsområde

Kapitel 1 i försäkringsdistributionslagen reglerar lagens tillämpningsområde. Betydelsefulla regler finns i 1 kap. 2 §. Av 2 stycket följer att ”Som försäkringsdistribution ska inte heller anses verksamhet som avses i 2 kap. 1 § lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden som gäller försäkringsbaserade investeringsprodukter eller pensionsförsäkringar som omfattas av 7 kap. 1 § i denna lag”. Regeln innebär att en försäkringsförmedlare inte får bistå en kund med t.ex. rekommendationer som avser finansiella instrument om förmedlaren inte har tillstånd för värdepappersrörelse som omfattar investeringsrådgivning. Ytterligare en konsekvens är att de investeringstjänster som ett värdepappersinstitut tillhandahåller inte omfattas av försäkringsdistributionslagen.

I Sverige har det blivit ganska vanligt att försäkringsförmedlare med endast försäkringsförmedlingstillstånd ger råd om finansiella instrument inom ramen för en livförsäkring. Försäkringen är alltså endast ett ”skal” till de finansiella instrumenten, som är det huvudsakliga objektet som förmedlas. Det är investeringsrådgivningen som är lukrativ för förmedlaren, och inte förmedlingen av själva försäkringen.

Juridiska fakultetsnämnden

Finansinspektionen har velat fram och tillbaka i frågan. Av en tillsynsrapport från 2010 framgick att Finansinspektionen betraktade verksamheten som försäkringsförmedling. Genom att betrakta rådgivningen av de finansiella instrumenten som förvaltning av försäkringsavtal har Finansinspektionen inte heller ingripit mot sådan verksamhet. Senare har inspektionen ändrat sig, och anser att investeringsrådgivningen inom ramen för försäkring bör förutsätta tillstånd enligt lagen om värdepappersmarknaden (2007:528) (LVM).

Att betrakta finansiell rådgivning inom ramen för försäkring som försäkringsförmedling är inte särskilt lyckat. Det finns konsumentskyddsargument som talar för att olika verksamheter ska träffas av olika tillstånd. Det bakomliggande syftet för att kräva tillstånd för att bedriva värdepappersrörelse är att stärka konsumentens skydd. Den kund som vänder sig till en rådgivare ska kunna förvänta sig att denna besitter viss kompetens och har viss utbildning för att utöva sin verksamhet. Även för försäkringsförmedlare är det bakomliggande syftet med regleringen att stärka konsumentens skydd, men tröskeln för att förmedla försäkring är lägre än för att bedriva värdepappersrörelse. De krav som i LVM ställs på den som vill få tillstånd att bedriva värdepappersrörelse är andra (och strängare) än LFF:s krav på försäkringsförmedlare. Ordningen innebär alltså att de skärpta kraven i LVM kan kringgås genom att placera den finansiella produkten i en kapitalförsäkring.

Också tillståndsprocessen för försäkringsförmedling är enklare och billigare än den för värdepappersrörelse. När det gäller personer i förmedlingsföretagets ledning finns inte som för andra finansiella företag ett mer allmänt krav på lämplighet, utan det räcker med att personerna uppfyller vissa formella krav i lagen och Finansinspektionens föreskrifter. Denna konstruktion ansågs nödvändig när lagen infördes eftersom lämplighetsprövningen inte enbart görs av Finansinspektionen som myndighet, utan när det handlar om anknutna förmedlare, av försäkringsbolaget självt. Att låta försäkringsförmedlingstillståndet konsumera finansiell rådgivning inom försäkring skapar också incitament för förmedlaren att ge råd om att teckna en försäkring bara för att få tillhandahålla finansiella instrument, och därmed erhålla sådan provision.

Ett kanske mera indirekt problem har aktualiserats gällande förmedlarnas obligatoriska ansvarsförsäkring. När skada uppstår på grund av vårdslös investeringsrådgivning med försäkring som skal har ansvarsförsäkringsgivarna inte velat kompensera skadorna, eftersom dessa inte ansetts utgöra en följd av försäkringsförmedlingen. Osäkerheten om vad som egentligen gäller har lett till att de flesta ansvarsförsäkringsgivare inte försäkrar livförsäkringsförmedlare, eftersom de inte kan beräkna risken.

Förslaget innebär att en del av livförsäkringsförmedlarna kommer att behöva lägga om sin verksamhet. Det betyder också att de finansiella företagens distributionskanaler måste ses över. Det kan betyda att en konsument måste vända sig till flera aktörer för att få en komplett rådgivning, dels om ”skalet”, dels om de finansiella instrumenten. Olika regler gällande t.ex. information kommer att gälla. Ur kundsynpunkt kan det alltså bli rörigare att få rådgivning om sin försäkringsbaserade investeringsprodukt. Behovet av att dela upp verksamheten i en försäkringsdel och en värdepappersdel måste därför analyseras noga.

I så gott som varenda tillsynsrapport och konsumentskyddsrapport som Finansinspektionen publicerat de senaste 10 åren lyfts diverse problem med förmedlarnas

hantering av komplicerade finansiella instrument i förhållande till konsumenter fram. Det har gällt gränsdragningen mellan förmedling (som är tillståndspliktigt) och marknadsföring/”information” (som inte är tillståndspliktigt), gränsdragningen mellan försäkringsförmedling och investeringsrådgivning, och förmedlarnas oförmåga att förklara komplicerade finansiella instrument för konsumenter på ett begripligt sätt. I bakgrunden till allt skvalpar osunda incitamentsstrukturer i form av provisioner. Det finns en stor risk för att förmedlarna rekommenderar de produkter som ger bäst provision (vilket inte sällan råkar vara de komplicerade finansiella produkterna) i stället för de produkter som konsumenterna behöver och begriper sig på.

För finansinspektionen, livförsäkringsbranschen och ansvarsförsäkringsbranschen har dessa problem varit kända sedan länge. Försäkringsbranschen har trots det visat en oförmåga att hantera problemen. Det är något förvånande, sett mot branschens historik. Försäkringsbranschen har en lång och stark tradition av starka och effektiva självregleringsmekanismer. Försäkringsförmedlare, (eller försäkringsförsäljare, ackvisitörer, ombud eller försäkringsmäklare), har i över 100 år varit en kontroversiell yrkesgrupp. I början på 1900-talet hade man stora problem med den svenska kåren. De uppfattades som oseriösa, okunniga, ibland aggressiva, och de fanns överallt. Lagstiftaren hotade med att reglera försäkringsdistributionen (eller ”anskaffningen”, som det hette på den tiden), men då gick branschen samman och skapade ett mycket effektivt kontrollsystem för anskaffningen. Varje person som sålde försäkring registrerades och man följde noga upp exakt vad varje individ sysslade med, hur mycket som sålts, för vilket bolag, hur mycket denne tjänade och vad denne jobbade med vid sidan om. Effekten blev ordning och reda och att anskaffningen förblev oreglerat i lag. Systemet levde mer eller mindre kvar tills ”anskaffningsverksamheten” fick ge vika för försäkringsmäklarna, som gjorde entré på den svenska försäkringsmarknaden på 1980-talet.¹ Dagens problem med försäkringsförmedlingsverksamhet har försäkringsbranschen dock inte klarat av att hantera branschinternt. De åtgärder som vidtagits i form av ett införande av licenssystemet InsureSec har säkert hjälpt en hel del, men så länge det har ansetts tillåtet för en förmedlare att bedriva investeringsrådgivning inom ramen för försäkring, har det, på grund av incitamentsstrukturerna, inte funnits någon branchvilja att stoppa det.

Som beskrivs i promemorian går den föreslagna lagen längre i sitt konsumentskydd än vad som följer av direktivet. Direktivet är ett minimiharmoniseringsdirektiv. Visserligen krävs en grundlig analys och sakliga skäl till varför nationell lag ska gå längre än direktivet. Finansinspektionens rapporter, samt förefintlig rättspraxis och nämndpraxis, visar dock att det finns sådana sakliga skäl för svensk del. Det hävdas ibland att svenska konsumenter placerar tillgångar i komplexa finansiella instrument i högre grad än konsumenter i andra länder. Om så är fallet innebär förslaget att den svenske lagstiftaren löser ett svenskt problem, och därför är ett mer långtgående konsumentskydd motiverat.

Regelarbitering behöver inte vara av ondo. Fakultetsnämnden anser däremot inte att det är rimligt att behålla ett system som möjliggör regelarbitering bland regler med olika nivåer av *konsumentskydd*. Konsumenterna har inte någon reell möjlighet att värja sig mot sådant regelarbitering (annat än genom att avstå från att investera). För de fall sådant

¹ Se van der Sluijs, Trajectories – Rättens rörelseriktning som relevant bedömningsinstrument, JT 2015/16 nr 1 s. 88 ff.

konsumentskyddshämmande regelarbitrage identifieras, måste lagstiftaren ingripa. Fakultetsnämnden tillstyrker därför förslaget.

God försäkringsstandard

Av 4 kap. 1 § framgår att en försäkringsdistributör ska driva sin verksamhet enligt god försäkringsdistributionsstandard och med tillbörlig omsorg ta till vara kundens intressen. Detta skiljer sig terminologiskt från försäkringsförmedlingslagen, enligt vilken förmedlaren ska iaktta god försäkringsförmedlings*sed*. I de allmänna motiven förklaras skillnaden med att en god *sed* speglar utvecklingen i en bransch och synen hos branschorgan och berörda myndigheter, medan god standard speglar en kvalitativt tillfredsställande standard som överensstämmer med faktiskt förekommande praxis hos en representativ krets av distributörer. Här kan tilläggas att det finns en viss nyansskillnad i metoden för att fastställa god *sed* respektive god standard. Medan god *sed* har en normativ konnotation har god standard en empirisk konnotation. En analys av huruvida ett handlande är förenligt med god *sed* innefattar sålunda, typiskt sett, ett resonemang om hur något *bör* vara, medan en analys av huruvida ett handlande är förenligt med god standard innefattar en utredning om hur något *är*.

Att använda sig av god *sed* är mycket vanligt inom en stor variation av verksamheter. Inom alla reglerade professioner (advokater, revisorer, fastighetsmäklare och för tillfället försäkringsförmedlare) gäller att utövaren ska iaktta god *sed*. God standard återfinns i försäkringsrörelselagen. I hela försäkringsföretagets verksamhet skall iakttas god försäkringsstandard och enligt förarbetena gäller det förutom den riskspecifika regleringen även marknadsföring och skadereglering. God standard har sålunda i försäkringsrörelselagen en teknisk kontext som begreppet god *sed* inte har på samma sätt.

En risk med att välja begreppet god standard är att det utvecklas en fast praxis i en bransch som inte är den bästa ur kundperspektiv, men som ändå anses vara ”god” eftersom ”alla” gör på samma sätt. Försäkringsdistribution är mycket dynamiskt. Det visar inte minst den utveckling som Finansinspektionen har bevakat det senaste decenniet, men även svensk försäkringsdistributionshistoria. Fakultetsnämnden anser därför att *god sed* är att föredra framför *god standard*. God *sed* ger större utrymme för branschorganisationer och myndigheter att justera branschetablerad praxis.

Rådgivning på grundval av en opartisk och personlig analys

Av 4 kap. 2 § framgår vad som gäller i de fall en förmedlare har informerat kunden om att rådgivningen grundas på en opartisk och personlig analys. Av 3 stycket framgår att om rådgivning lämnas på grundval av en opartisk och personlig analys, får den inte föregås eller efterföljas av en icke oberoende *investeringsrådgivning* som är hänförlig till samma försäkringsavtal. Begreppet investeringsrådgivning bör bytas ut mot *rådgivning*. Samma regel bör gälla vid distribution av försäkring där det inte blir aktuellt med just investeringsrådgivning.

Produktgodkännande

I 4 kap. 7-11 §§ finns regler om produktgodkännande. Reglerna syftar till att säkra att försäkringsdistributörer som utvecklar försäkringsprodukter kan redovisa dessa processer. Förslaget ligger väl i linje med Finansinspektionens strävan att säkra att även producenterna av produkterna tar ett konsumentskyddsansvar. Fakultetsnämnden anser därför att det tydligare bör framgå av lagtexten att processen ska syfta till att ta fram

produkter som är väl lämpade alternativt ändamålsenliga för kunden. Som lagtexten är utformad i dag är bolaget s.a.s. i mål så snart de kan redovisa en bra process – även om det producerar dåliga produkter.

För tydlighetens skull bör också 4 kap. 9 § innehålla en hänvisning till 7 §, liksom övriga bestämmelser i avsnittet.

Informationskrav

Av 5 kap. 13 § framgår att vid distribution av skadeförsäkringsprodukter ska försäkringsdistributören ge kunden information om försäkringsprodukten i form av ett standardiserat produktfaktablad på papper eller annat varaktigt medium. Regeln är en direkt implementering av artikel 20.5 i försäkringsdistributionsdirektivet. Problemet med bestämmelsen är ett standardiserat produktfaktablad endast kan tas fram för en standardiserad produkt, dvs. en ”hyllprodukt”. Bestämmelsen träffar emellertid all slags skadeförsäkring, inbegripet kommersiell skadeförsäkring, som inte sällan är helt ”skräddarsydd” och där det inte är möjligt att ta fram något standardiserat faktablad, i vart fall inte om det ska spegla det faktiska innehållet i försäkringen. Trots att bestämmelsen följer av direktiv bör man överväga om inte bestämmelsen ska justeras så att den träffar endast konsumentförsäkring, alternativt standardiserade skadeförsäkringsprodukter.

Ytterligare krav vid distribution av försäkringsbaserade investeringsprodukter och vissa pensionsförsäkringar

Det är inte helt enkelt att förstå när 6 kapitlet är tillämpligt, samt relationen mellan 6 kapitlet och 1 kap. 2 § 2 stycket. Tillämpas kapitlet endast på distribution av själva ”försäkringsskalet” eller även på distribution av försäkringsbaserade investeringsprodukter när kunden inte kan göra några personliga val (dvs. traditionell försäkring samt fondförsäkring med default-placering)? Eller gäller kapitlet för försäkringsföretag som bedriver investeringsrådgivning enligt VPL? Fakultetsnämnden skulle gärna se någon form av förtydligande i detta avseende. Möjligen är det en pedagogisk fråga som kan åtgärdas i propositionen.

Administrativa sanktionsavgifter

Av 9 kap. 2-3 §§ följer vilka sanktioner som kan tillgripas mot personer som ingår i en försäkringsförmedlares eller ett försäkringsföretags styrelse eller dess verkställande direktör. Ingripande sker genom att personen inte får upprätthålla en viss funktion, eller genom en sanktionsavgift. Enligt 9 kap. 15 § kan avgiften uppgå till 700 000 euro. Bestämmelserna följer av försäkringsdistributionsdirektivet. Det finns redan motsvarande regler för de finansiella företagen. Sanktionsavgiften kan då uppgå till 5 miljoner euro.

Bestämmelserna aktualiserar indirekt en mycket viktig fråga, som har varit omdiskuterad i Sverige under flera år; nämligen huruvida det är möjligt att ansvarsförsäkra en sådan sanktionsavgift. Det finns två kärnfrågor i problematiken. Den ena är det den civilrättsliga frågan. Är en administrativ sanktionsavgift ett sådant ”lagligt intresse” som kan försäkras enligt försäkringsavtalslagen (FAL)? Eller skulle en sådan försäkringsprodukt vara i strid med 6:1 FAL, enligt vilken endast lagliga intressen kan vara föremål för försäkringsavtal? Och om en försäkringsgivare skulle ingå ett sådant avtal – finns det en risk att denne åberopar principen om *pactum turpe* för att undkomma ersättningsskyldighet vid försäkringsfall? Den andra kärnfrågan är den näringsrättsliga. Finns det lagstöd för

Finansinspektionen för att ingripa mot försäkringsbolag som meddelar ansvarsförsäkring som täcker administrativa sanktionsavgifter?

Frågan har diskuterats ingående vid olika konferenser och seminarier samt i doktrinen och det råder olika uppfattningar, både gällande den näringsrättsliga delen och gällande den civilrättsliga delen. Det finns alltså de som anser att ett sådant avtal är giltigt, samt att lagstöd saknas för att ingripa mot bolag som meddelar sådan försäkring. Andra anser att avtalet kan vara ogiltigt samt att det följer av lag att sanktioner kan utfärdas mot dessa bolag. Finansinspektionen har inte uttryckligen tagit ställning.

På marknaden råder stor osäkerhet i frågan. Försäkringsgivarna verkar inte våga ta steget ut att försäkra dessa administrativa sanktionsavgifter. Det är vanligt att ansvarsförsäkring visserligen täcker administrativa sanktionsavgifter, men dessa avtal innehåller också ett villkor enligt vilket endast ”lagliga intressen” är föremål för försäkring. Frågan om en försäkrad kan bli kompenserad för det fall denne måste utge en administrativ sanktionsavgift står obesvarad.

För tillfället är rättsläget låst. Det är svårt att se hur ett klagande skulle gå till med nuvarande lagstiftning. Man kan knappast räkna med att något försäkringsbolag kommer att driva fram någon tillsynspraxis i frågan (det ligger i sakens natur att bolagen undviker tillsynsmyndighetens uppmärksamhet). Hittills har ingen individ ålagts att betala något jättebelopp, varför frågan inte heller har aktualiserats civilrättsligt. Icke desto mindre är den rådande osäkerheten mycket bekymmersam för branschen. De finansiella företagen har uppgivit att det har blivit svårare att rekrytera kompetenta personer, efter som de flesta inte kan tänka sig att ta risken att belasta sin privata ekonomi med sanktionsavgifter miljonbeloppsklassen. Personer som är exponerade för risken skaffar ansvarsförsäkring som täcker administrativa sanktionsavgifter - förutsatt att de är *lagliga* – vilket innebär att de inte kan vara säkra på att de i framtiden kommer kompenseras vid eventuellt försäkringsfall. Fakultetsnämnden föreslår därför en översyn av försäkringsavtalslagen eller försäkringsrörelselagen i syfte att åstadkomma ett klart rättsläge.

Övriga anmärkningar

Begreppet ”tjänstepensionsförsäkringsplan” i 5 kap. 17 § bör ändras till ”tjänstepensionsplan”.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis tillstyrker fakultetsnämnden i stort förslaget till lag om försäkringsdistribution. Fakultetsnämnden ser positivt på att råd om finansiella instrument regleras i lagen om värdepappersmarknaden, och inte av försäkringsdistributionslagen. I de fall det förekommer regelarbitrage mellan regelverk med olika nivåer av konsumentskydd måste lagstiftaren ingripa. Konsumenterna kan knappast värja sig mot sådant regelarbitrage.

Fakultetsnämnden skulle föredra begreppet god försäkringsdistributionssed framför god försäkringsdistributionsstandard. Begreppet god standard har en empirisk konnotation medan god sed har en normativ konnotation. Gällande föremålet för regleringen – försäkringsdistribution – kan det finnas en fördel att ge tillsynsmyndigheter och branschorganisationer ett större normativt handlingsutrymme.

Fakultetsnämnden föreslår ändrade formuleringar av 4 kap. 2 §, 4 kap. 9 §, 4 kap. 7-11 §§, 5 kap. 13 § samt 5 kap. 17§. Vidare efterfrågas ett förtydligande gällande förhållandet mellan 1 kap. 2 § 2 stycket och 6 kapitlet.

Av förslaget följer att ett stort antal företag behöver bemanna styrelser med individer som kan åläggas administrativa sanktionsavgifter som belastar deras privatekonomi. Liknande regler infördes för ett tag sedan inom andra delar av finanssektorn, och frågan huruvida detta ansvar kan ansvarsförsäkras har visat sig mycket oklar, vilket är bekymmersamt för alla aktörer som är inblandade. Fakultetsnämnden ser därför att lagförslaget åtföljs av en översyn av försäkringsrörelselagen samt försäkringsavtalslagen i syfte att klargöra rättsläget.