



## **Skriftligt yttrande**

inlämnat av den svenska regeringen, företrädd av departementsrådet Anna Falk och rättssakkunniga Hanna Shev, Utrikesdepartementet, SE 103 39 Stockholm, i mål

**C-542/16**

**Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag (T 2761-15)**

mot

**Dödsboet efter Ingvar Mattsson**

och

**Jan-Erik Strobel m.fl. (T 25-16)**

mot

**Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag**

avseende begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF från Högsta domstolen, Sverige, angående tolkningen och tillämpligheten av Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/92/EG av den 9 december 2002 om försäkringsförmedling och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument i fråga om sådan rådgivning som lämnas i anslutning till förmedlingen av en försäkring.

## Bakgrund

1. Med anledning av två nationella mål (T 2761-15 och T 25-16) har Högsta domstolen ställt vissa frågor om bland annat tillämpligheten av Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/92/EG av den 9 december 2002 om försäkringsförmedling (IMD) och 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 (MiFID) i fråga om rådgivning som lämnas i anslutning till förmedlingen av en försäkring. Den svenska regeringen avser att begränsa sitt yttrande till Högsta domstolens frågor i det nationella målet T 2761-15.
2. Enligt omständigheterna som anges i begäran om förhandsavgörande investerade den enskilde 500 000 kr i ett investeringscertifikat inom ramen för en kapitalförsäkring.<sup>1</sup> Investeringen gjordes i januari 2010 efter rådgivning från en anställd vid ett försäkringsförmedlingsföretag, European Wealth Management Group AB (EWMG). Den enskilde förlorade hela det investerade beloppet.
3. EWMG hade hos Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag (Länsförsäkringar) en sådan ansvarsförsäkring som föreskrivs i lagen (2005:405) om försäkringsförmedling.<sup>2</sup> När EWMG sedermera försattes i konkurs, väckte den enskilde talan mot Länsförsäkringar och yrkade betalning med 500 000 kr jämte ränta. Han anförde bland annat att EWMG uppsåtligen eller av oaktsamhet hade åsidosatt sina skyldigheter enligt lagen om försäkringsförmedling, att EWMG därför var skadeståndsskyldigt enligt samma lag samt att det inträffade utgjorde ett försäkringsfall under ansvarsförsäkringen. I detta sammanhang framhölls särskilt att EWMG i samband med tecknandet av kapitalförsäkringen inte hade vare sig informerat om den höga risk som investeringscertifikatet innebar eller avrått honom från investeringen utan i stället lämnat vissa felaktiga uppgifter.

---

<sup>1</sup> Ett investeringscertifikat är en s.k. strukturerad produkt, vilket är ett finansiellt instrument, jfr artikel 4.1.17 jämte bilaga I, avsnitt C punkt 4 i MiFID.

<sup>2</sup> Krav på ansvarsförsäkring framgår av artikel 4.3 i IMD.

4. Länsförsäkringar vidgick att själva förmedlingen av kapitalförsäkringen omfattades av lagen om försäkringsförmedling och därmed av ansvarsförsäkringen. Länsförsäkringar anförde att EWMG:s rådgivning däremot inte avsett kapitalförsäkringen, utan investeringen i det finansiella instrument som placerades i kapitalförsäkringen. Det hade därför i den delen inte varit fråga om försäkringsförmedling, utan om rådgivning om en investering i finansiella instrument, vilket omfattades av lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden. Länsförsäkringar har framhållit att det inte var förmedlingen av kapitalförsäkringen, utan den finansiella rådgivningen, som orsakade kundens skada.
5. Tingsrätten fann att både lagen om försäkringsförmedling och lagen om värdepappersmarknaden, som till stora delar bygger på IMD respektive MiFID, till sin ordalydelse var tillämpliga på den aktuella rådgivningen. Tingsrätten konstaterade dock samtidigt att avsikten inte hade varit att regelverken skulle tillämpas korsvis. Med beaktande av bland annat kundskyddshänsyn bedömde tingsrätten att den enskilde borde kunna förlita sig på att ansvarsförsäkringen gällde den aktuella rådgivningen och biföll därför käromålet.
6. Länsförsäkringar överklagade avgörandet till hovrätten som kom till samma slut som tingsrätten, med hänsyn till bl.a. lagtextens ordalydelse och kundskyddsperspektivet.
7. Vid överklagande till Högsta domstolen har Länsförsäkringar vidhållit att EWMG:s rådgivning gällande investeringscertifikatet inte utgjorde försäkringsförmedling och att den rådgivningen därmed inte omfattas av ansvarsförsäkringen.
8. Mot den ovan angivna bakgrunden har Högsta domstolen vänt sig till domstolen med en begäran om förhandsavgörande. Högsta domstolen vill, såvitt gäller det nationella målet T 2761-15, få svar på följande frågor.
  1. *Reglerar IMD-direktivet sådan rådgivning, ekonomisk eller annan, som lämnas i anslutning till förmedlingen av en försäkring men som inte i sig tar sikte på själva tecknandet eller upprätthållandet av ett försäkringsavtal? Vad gäller i det hänseendet särskilt beträffande rådgivning rörande placering av ett kapital inom ramen för en kapitalförsäkring?*

2. *Omfattas sådan rådgivning som avses i 1), när den definitionsmässigt utgör investeringsrådgivning enligt MiFID-direktivet, också eller i stället av bestämmelserna i det direktivet? Om sådan rådgivning också omfattas av MiFID-direktivet, ska något regelverk tillämpas framför det andra?*

### **Bedömning**

9. Målet gäller huvudsakligen frågan om en personlig rekommendation som lämnas till en kund om att förvärva ett finansiellt instrument inom ramen för en kapitalförsäkring ska anses utgöra sådan *försäkringsförmedling* som omfattas av IMD:s tillämpningsområde eller sådan *investeringsrådgivning* som omfattas av MiFID:s tillämpningsområde, alternativt om den aktuella rådgivningen omfattas av båda direktivens tillämpningsområden.
10. Såväl verksamhet som utgör försäkringsförmedling enligt IMD och investeringstjänsten investeringsrådgivning enligt MiFID utgör tillståndspliktig verksamhet. Regelverken innehåller dock olika nivåer av såväl direkt som indirekt kundskydd. Mot bakgrund av syftena med respektive regelverk och med hänsyn till hur tillämpningsområdena avgränsats, följer det av själva systematiken i direktiven att de inte är avsedda att tillämpas korsvis. Som utgångspunkt är det av vikt att rådgivaren har tillstånd för den verksamhet som bedrivs. Avgörande för vilket regelverk som blir tillämpligt bör vara vad verksamheten består i, det vill säga vad rådgivningen faktiskt avser.
11. Den breda definitionen av försäkringsförmedling i IMD torde visserligen omfatta rådgivning av skiftande karaktär, ekonomisk eller annan, som sker i samband med tecknande eller upprätthållandet av ett försäkringsavtal. När kriterierna för investeringsrådgivning, i den mening som avses i MiFID, är uppfyllda utgör dock rådgivningen en sådan verksamhet som omfattas av MiFID. Verksamheten är då underkastad tillståndsplikt enligt MiFID och kunden/investeraren är berättigad till den högre nivå av skydd som det direktivet erbjuder. Det följer av MiFID:s ordalydelse, systematik och syften att direktivet är att betrakta som en specialreglering i förhållande till IMD avseende verksamheter som utgör investeringstjänster. MiFID ska under sådana förhållanden tillämpas framför IMD. De närmare skälen för sin inställning får regeringen utveckla enligt följande.

## Inledande utgångspunkter

12. Unionsrättsligt regleras försäkringsförmedling genom IMD, åtskilt från försäkringsföretagens försäkringsverksamhet.<sup>3</sup> Investerings tjänster, bland annat rekommendationer avseende finansiella instrument som uppfyller kriterierna för investeringsrådgivning, regleras däremot genom MiFID. Både IMD och MiFID innehåller såväl direkta som indirekta kundskyddsregler i olika omfattning (se nedan, särskilt punkterna 37-42).
13. Förutom att rådgivning inom viss verksamhet, exempelvis försäkringsföretagens försäkringsverksamhet, uttryckligen undantagits från MiFID:s tillämpningsområde, är föremålet för rådgivningen avgörande för vilket regelverk som ska tillämpas (och därmed vilken nivå av skydd som ska gälla i förhållande till kunden). De aktuella direktiven saknar dock närmare vägledning kring hur rådgivning som skulle kunna omfattas av båda direktivens tillämpningsområden ska regleras.
14. Det finns vidare inte någon definition av begreppet försäkringsavtal, vare sig inom unionsrätten eller i svensk rätt. Det finns således bland annat inga enhetliga krav för så grundläggande rekvirit som att till exempel ett sådant avtal ska avse en allokering av en viss risk. I unionsrättsliga sammanhang delas emellertid försäkringsverksamhet in efter produkter i olika försäkringsklasser, bland annat avtal som avser livförsäkring vilken omfattar kapitalförsäkring för livsfall och/eller dödsfall, livförsäkring med återbetalning av erlagda premier, försäkring som utfaller vid äktenskaps ingående och försäkring som utfaller vid födseln.<sup>4</sup> Såväl en mindre komplicerad livförsäkring, där storleken på ersättning vid försäkringsfall är bestämd på förhand, som sådana mer komplexa där försäkringsersättningen är exponerad mot marknadsvolatilitet, tillhör dock i huvudsak samma försäkringsklass.
15. I svensk lagstiftning förekommer begreppet kapitalförsäkring endast i skatterättsliga sammanhang och definieras där som en livförsäkring som inte uppfyller villkoren för att beskattas som en pensionsförsäkring.

---

<sup>3</sup> Vid tidpunkten för MiFID:s ikraftträdande reglerades försäkringsföretagens försäkringsverksamhet enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/83/EG av den 5 november 2002 om livförsäkring, numera ersatt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/138/EG av den 25 november 2009 om upptagande och utövande av försäkrings- och återförsäkringsverksamhet (Solvens II-direktivet).

<sup>4</sup> Se artikel 2.3 a jämte bilaga II i Solvens II-direktivet.

Också en försäkring som uppfyller villkoren för en pensionsförsäkring anses som en kapitalförsäkring, om så bestämts när avtalet ingicks.<sup>5</sup> Värdet på både en kapitalförsäkring och en pensionsförsäkring kan vara exponerat mot marknadsvolatilitet.

16. På den svenska försäkringsmarknaden förekommer i huvudsak tre kategorier av livförsäkringar som kunder kan använda för sparandeändamål. De är traditionellt förvaltd livförsäkring, fondförsäkring och depåförsäkring. Kännetecknande för en *traditionellt förvaltd försäkring* är att försäkringsgivaren garanterar försäkringstagaren en viss lägsta avkastning på inbetalda premier (s.k. återbäring), från en viss ålder eller tidpunkt, och under en viss ålder eller livsvarigt. Egenskaperna hos en sådan försäkring kan alltså liknas vid dem hos en obligation. I en traditionellt förvaltd försäkring har försäkringstagaren i princip inte någon möjlighet att påverka placeringsinriktningen för de inbetalda premierna. Det är med andra ord inte möjligt för försäkringstagaren att exponera försäkringen mot enskilda finansiella instrument. Det är vidare försäkringsgivaren som bär placeringsrisken (det vill säga risken för att de underliggande tillgångarna minskar i värde).
17. Vid de produkter som på den svenska marknaden benämns depåförsäkring, som nu är i fråga, är det däremot försäkringstagaren som själv bär placeringsrisken. Utbetalningarnas storlek bestäms i huvudsak av försäkringens värde, vilket motsvarar värdeutvecklingen hos de finansiella instrument som försäkringstagaren valt ut. Kännetecknande för en depåförsäkring är att inbetalda premier får placeras i likvida medel och andra värdepapper (till skillnad från fondförsäkringar, som endast får exponeras mot fondandelar, men som i allt väsentligt annars liknar depåförsäkring). Det är som redan nämnts försäkringstagaren själv som bestämmer vilka finansiella instrument som de inbetalda premierna eller försäkringskapitalet ska exponeras mot. De finansiella instrumenten förvaras i sin tur i en värdepappersdepå som formellt ägs av försäkringsgivaren, men som försäkringstagaren i regel erhåller fullmakt till.
18. Det är alltså, såsom i aktuellt fall där försäkringsförmedlaren lämnat en personlig rekommendation till kunden om att investera kapital i ett *specifikt finansiellt instrument* inom ramen för en kapitalförsäkring, möjligt

---

<sup>5</sup> Jfr 58 kap. 2 § första stycket inkomstskattelagen (1999:1229).

att använda en depåförsäkringsprodukt för att efterlikna ett ägande i en värdepappersdepå (det vill säga som "ett skal" för ett eller flera finansiella instrument, till exempel ett investeringscertifikat). Vid sådana förhållanden bör enligt regeringens mening det faktiska föremålet för rådgivningen vara vägledande för valet av tillämpligt regelverk, inte att rådgivningen i och för sig lämnas mot bakgrund av en försäkringslösning.

19. Från ett kundperspektiv kan en depåförsäkring medföra skattemässiga fördelar, jämfört med ägande i en värdepappersdepå, genom exempelvis schablonbeskattning. Från försäkringsförmedlarens perspektiv är det i allmänhet rådgivningen om finansiella instrument, och inte själva försäkringsavtalet, som är mest lukrativt. Detta eftersom ersättningen till försäkringsförmedlaren vanligtvis erhålls i form av provision från den som producerat det finansiella instrumentet (till exempel den som emitterat den strukturerade produkten). Endast en mindre del av ersättningen avser förmedlingen av själva försäkringsavtalet. Depåförsäkringar har därmed på senare tid kommit att bli allt mer vanligt förekommande i Sverige.
20. Sammanfattningsvis är det personliga rekommendationer om finansiella instrument som utgör den tongivande delen av rådgivningen i samband med förmedling av depåförsäkringar. Den egentliga investeringen som kunden gör grundar sig på valet av finansiellt instrument. Rådgivning gällande valet av försäkringsavtal, mot vilken det finansiella instrumentets värde kopplas, om sådan över huvud taget ges, är av underordnad betydelse i detta sammanhang.

### **Definitioner i förhållande till tillämpningsområdet för respektive regelverk**

21. *Försäkringsförmedling* definieras i artikel 2.3 i IMD, såvitt nu är av intresse, som;

*försäkringsförmedling: verksamhet som består i att lägga fram, föreslå eller utföra annat förberedande arbete inför ingåendet av försäkringsavtal, eller att ingå sådana avtal, eller att bistå vid förvaltningen och fullgörande av sådana avtal, särskilt vid skada.*

22. Definitionen gör således inte någon skillnad mellan olika typer av försäkringar utan gäller samtliga försäkringar (jfr punkterna 14–18 ovan).

23. I artikel 4.1.2 i MiFID, däremot, hänvisas till avsnitt A i bilaga I i samma direktiv där åtta stycken olika investeringstjänster specificeras var för sig. I artikel 4.1.4 definieras tjänsten investeringsrådgivning på följande sätt;

*investeringsrådgivning: 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.*

24. Vidare anges i artikel 52 i kommissionens genomförandedirektiv 2006/73/EG följande ifråga om definitioner för tillämpning av MiFID.<sup>6</sup>

*Vid tillämpning av "investeringsrådgivning" i artikel 4.1.4 i direktiv 2004/39/EG avses med en personlig rekommendation en rekommendation*

*till en person i dennes egenskap av investerare eller presumtiv investerare, eller i dennes egenskap av ombud för en investerare eller presumtiv investerare.*

*Rekommendationen skall presenteras som lämplig för personen i fråga eller vara baserad på en bedömning av den berörda personens omständigheter, och måste utgöra en rekommendation att vidta en av följande åtgärder:*

*a) Att köpa, sälja, teckna sig för, byta, lösa in, behålla eller garantera ett speciellt finansiellt instrument.*

*b) Att utnyttja eller inte utnyttja en rätt som ges genom ett visst finansiellt instrument att köpa, sälja, teckna sig för, byta eller lösa in ett finansiellt instrument.*

*En rekommendation är inte en personlig rekommendation om den enbart sänds ut via distributionskanaler eller till allmänheten.*

25. Redan av definitionernas ordalydelse följer således att personliga rekommendationer till en kund om att investera i ett *specifikt finansiellt instrument* inom ramen för en kapitalförsäkring utgör investeringsrådgivning. Den breda definitionen av försäkringsförmedling

---

<sup>6</sup> 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.



medför i och för sig att viss ekonomisk rådgivning i samband med tecknandet och upprätthållandet av ett försäkringsavtal kan anses ingå. En förmedlare kan till exempel ägna sig åt olika typer av verksamhet som i sig kan utgöra försäkringsförmedling men även vara delvis oreglerad, såsom bland annat juridisk rådgivning och marknadsföring. Vidare torde en försäkringsförmedlare kunna ge vissa råd om lämplig allokering mellan tillgångslag och annan allmän placeringsinriktning.

26. Enligt regeringens mening går dock en tydlig gräns vid verksamhet som uttryckligen, och med en högre grad av detaljrikedom, utgör tillståndspliktig verksamhet enligt ett annat regelverk än IMD. Detta gäller särskilt i förhållande till regelverk med ett högre kundskydd. Med hänsyn till att MiFID innehåller en omfattande och detaljerad reglering av investeringstjänster – vilka omfattar investeringsrådgivning – utgör det direktivet i fråga om sådana tjänster en specialreglering i förhållande till IMD, vilken bör tillämpas framför IMD:s regler.

#### **Undantag från MiFID:s tillämpningsområde**

27. En förutsättning för att en försäkringsförmedlares investeringsrådgivning ska omfattas av MiFID:s tillämpningsområde är att den inte träffas av något av de undantag som anges i artikel 2 i MiFID. Vidare får medlemsstaterna föreskriva ytterligare nationella undantag under vissa förutsättningar enligt artikel 3 i samma direktiv. Av artikel 2.1 a, c och j följer, såvitt är av intresse i detta sammanhang, att direktivet inte ska tillämpas på;
- a) *försäkringsföretag enligt definitionen i artikel 1 i direktiv 73/239/EEG eller försäkringsföretag enligt definitionen i artikel 1 i direktiv 2002/83/EG eller företag som bedriver sådan verksamhet avseende återförsäkring och retrocession som anges i direktiv 64/225/EEG.*
  - 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.*

*j) personer som tillhandahåller investeringsrådgivning inom ramen för annan professionell verksamhet som inte omfattas av detta direktiv, om ingen specifik ersättning lämnas för denna rådgivning.*

28. Det kan inledningsvis konstateras att det således finns ett uttryckligt undantag avseende försäkringsföretags försäkringsverksamhet från MiFID:s tillämpningsområde. Eftersom försäkringsföretag bedömts stå under erforderlig kontroll inom ramen för andra regelverk (se nedan, särskilt punkt 34) och därmed särreglerats på annat sätt, kan motsvarande skäl inte anses göra sig gällande på försäkringsförmedlars försäkringsförmedling i enlighet med IMD. Om IMD hade ansetts utgöra en tillräcklig reglering i detta avseende skulle försäkringsförmedlare, liksom försäkringsföretag, uttryckligen ha undantagits i det senare antagna MiFID.<sup>7</sup>
29. Regeringen anser inte heller att försäkringsförmedlingsverksamhet kan anses träffas av de mer allmänt hållna undantagen i artikel 2.1 c och j i MiFID. I allmänhet tillhandahåller nämligen försäkringsförmedlare rådgivning med viss regelbundenhet och erhåller också ersättning för rådgivningen, varför vare sig kravet på tillfälligt tillhandahållande eller avsaknad av särskild ersättning kan anses uppfyllt.
30. Vad gäller möjlighet för medlemsstaterna att på frivillig basis föreskriva undantag enligt artikel 3 i MiFID, kan nämnas att Sverige valt att undanta försäkringsförmedlare som har tillstånd att som sidoverksamhet förmedla fondandelar från tillämpningsområdet för lagen om värdepappersmarknaden (jfr 2 kap. 5 § första stycket 15 samma lag). Ett motsvarande undantag finns dock inte föreskrivet såvitt avser investeringsrådgivning om andra finansiella instrument. Motivet till MiFID:s och den svenska lagens möjligheter till undantag i denna del är bland annat att personliga rekommendationer om fondandelar i allmänhet får anses mindre riskfyllda än sådana som till exempel strukturerade produkter.
31. Mot denna bakgrund bedömer regeringen att försäkringsförmedlare som bedriver verksamhet i form av investeringsrådgivning inte är undantagna från MiFID:s tillämpningsområde.

---

<sup>7</sup> Jfr skäl 10 i MiFID.

## Bakgrund och syfte med IMD respektive MiFID

32. Frågorna i målet bör, förutom med utgångspunkt i aktuella bestämmelsers ordalydelse, besvaras med beaktande av det sammanhang och mål som eftersträvas med aktuella direktiv.<sup>8</sup>
33. Av skäl 8 i IMD, som antogs år 2002, framgår att målsättningen med en samordning av de nationella reglerna om yrkeskrav och registrering av personer som inleder och bedriver verksamhet som försäkringsförmedlare var att det kunde bidra till att förverkliga den inre marknaden för finansiella tjänster och till att förbättra kundskyddet på området. Dessa två övergripande syften har även fastställts i EU-domstolens praxis.<sup>9</sup>
34. MiFID, som antogs ett par år senare, tillkom just mot bakgrund av att antalet aktiva investerare ökade på de finansiella marknaderna, och att dessa erbjöds ett alltmer mångfacetterat och vittomfattande utbud av tjänster och instrument. Med hänsyn till den utvecklingen bedömdes att gemenskapens rättsliga ramar skulle omfatta hela skalan av verksamheter som riktade sig till investerarna. Det krävdes föreskrifter som skapade den grad av harmonisering som var erforderlig för att sörja för en hög nivå på skyddet av investerarna och för att på grundval av hemlandstillsyn ge värdepappersföretagen möjlighet att erbjuda tjänster inom hela gemenskapen, som utgjorde en inre marknad (skäl 2). Det framhölls att personer som tillhandahåller investeringstjänster borde vara auktoriserade i sina hemmedlemsstater så att investerarna och stabiliteten i det finansiella systemet skyddas (skäl 17). Eftersom investerarnas beroende av personliga rekommendationer ökade, ansågs det lämpligt att tillhandahållandet av investeringsrådgivning innefattades bland de investeringstjänster som kräver auktorisation (skäl 3). Det bedömdes dock att viss verksamhet kunde undantas från direktivets räckvidd, nämligen sådana försäkringsföretag som står under lämplig kontroll från de behöriga tillsynsmyndigheternas sida och som omfattas av vissa angivna direktiv, bland annat direktiv 2002/83/EG om livförsäkring, numera ersatt av Solvens II-direktivet (skäl 10).

---

<sup>8</sup> Jfr dom *Lanigan*, C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, punkt 35 samt dom *Ognyanov*, C-554/14, EU:C:2016:835, punkt 31.

<sup>9</sup> Jfr dom *EEAE m.fl.*, C-555/11, EU:C:2013:668, punkt 27.

35. Redan av skälen till respektive direktiv följer att MiFID tillkommit för att ge investerare ett mer långtgående skydd mot bakgrund av att denna grupp erbjuds mer komplexa finansiella instrument. Från MiFID:s tillämpningsområde undantas också till exempel försäkringsföretag som redan bedöms stå under lämplig kontroll i förhållande till den verksamhet som dessa företag bedriver.
36. Det sagda stöds även av omfattningen av det materiella innehållet i respektive regelverk. Försäkringsförmedling regleras i IMD av 18 artiklar medan värdepappersföretag och reglerade marknader ifråga om investeringstjänster enligt MiFID har 73 artiklar att beakta.
37. Båda direktiven innehåller vidare *direkta och indirekta kundskyddsbestämmelser* i olika omfattning. Med direkta kundskyddsregler avses här den reglering som i första hand gäller verksamhetsutövarens förhållningssätt till kunder. Med indirekta kundskyddsregler avses bestämmelser som främst rör förhållanden mellan behörig myndighet och verksamhetsutövare/kunden och som syftar till att skydda kunden från felaktig verksamhetsutövning/missbruk.
38. Sådana *indirekta kundskyddsbestämmelser* återfinns i till exempel artikel 3 i IMD, som anger att försäkringsförmedlare måste vara registrerade i sin hemmedlemsstat. För detta krävs att förmedlaren uppfyller de yrkeskrav som följer av artikel 4 i direktivet. Yrkeskraven omfattar lämplig kunskap och kompetens enligt förmedlarens hemmedlemsstat (artikel 4.1), förmedlarens vandel ska vara god (artikel 4.2) och ha en ansvarsförsäkring (artikel 4.3). Kraven måste vara uppfyllda under hela den tid som verksamheten bedrivs (artikel 4.5) och medlemsstaterna får fastställa strängare krav liksom lägga till ytterligare krav för de förmedlare som är registrerade inom deras jurisdiktion (artikel 4.6). Vidare är medlemsstaterna skyldiga att besluta om lämpliga påföljder för dem som utövar verksamhet som försäkringsförmedlare utan att vara registrerade i en medlemsstat (artikel 8) liksom se till att det finns förfaranden för kunder och andra berörda parter att anmäla klagomål mot sådana förmedlare (artikel 10).
39. *Direkta kundskyddsbestämmelser* finns i princip endast i artikel 12 i IMD. I bestämmelsen föreskrivs den informationsskyldighet som åligger en försäkringsförmedlare gentemot kunden innan ett försäkringsavtal ingås

och vid behov när det ändras eller förnyas. Det anges bland annat att försäkringsförmedlaren ska lämna information till kunden om sin identitet och adress, det register där han är upptagen och hur man kontrollerar att han är registrerad, ägande i visst försäkringsföretag/visst försäkringsföretags ägande hos försäkringsförmedlaren och de förfaranden enligt vilka kunder kan anmäla klagomål mot försäkringsförmedlaren. I fråga om det avtal som erbjuds ska försäkringsförmedlaren informera kunden om grundvalen för försäkringsförmedlingen. Innan ett försäkringsavtal ingås ska vidare försäkringsförmedlaren, särskilt mot bakgrund av de uppgifter som kunden lämnat, åtminstone specificera kundens krav och behov samt ange skälen till varje råd som ges kunden beträffande en viss försäkringsprodukt. Denna redovisning ska anpassas till det erbjudna försäkringsavtalets komplexitet. Nämnt information behöver dock inte ges när försäkringsförmedlaren förmedlar försäkringar mot stora risker eller när det rör sig om förmedling av återförsäkringsförmedlare. Medlemsstaterna får behålla eller anta strängare bestämmelser avseende vissa villkor om information förutsatt att dessa bestämmelser överensstämmer med gemenskapsrätten.

40. I MiFID kommer de *indirekta kundskyddsreglerna* till uttryck genom att det inrättas en långtgående ordning med krav på auktorisation och registrering (särskilt artiklarna 5–10) och auktorisation får inte beviljas om inte kraven enligt direktivet är uppfyllda. Dessa krav omfattar verksamhetsplan och krav på organisationsstruktur. Personerna som leder ett värdepappersföretag måste ha tillräckligt god vandel och tillräcklig erfarenhet för att säkerställa en sund och ansvarsfull ledning av företaget. Sådana krav gäller även för ägare med kvalificerade aktieinnehav i företaget. Vidare ställer MiFID krav på visst startkapital och krav på organisationen av verksamheten (artiklarna 12 och 13). Det åligger också medlemsstaterna att regelbundet granska att värdepappersföretagen uppfyller direktivets krav. Direktivet innehåller även utförliga bestämmelser om samarbete mellan myndigheter inom en medlemsstat, de behöriga myndigheterna befogenheter, administrativa sanktioner och rätt till domstolsprövning.
41. I artiklarna 19–24 under Avsnitt 2 Bestämmelser om investerarskydd, finns bland annat särskilda uppföranderegler vid tillhandahållande av investeringstjänster till kunder. Även de *direkta kundskyddsreglerna* som

förekommer i detta avsnitt är vid en jämförelse med artikel 12 i IMD betydligt mer detaljerade och långtgående. I artikel 19 föreskrivs till exempel att varje värdepappersföretag när det tillhandahåller investeringstjänster till kunder ska handla hederligt, rättvist och professionellt i enlighet med sina kunders bästa intresse och särskilt i enlighet med de övriga punkter i bestämmelsen. Förutom att kunden ska förse med lämplig och begriplig information om bland annat värdepappersföretaget, det finansiella instrumentet, föreslagna placeringsstrategier och kostnader, på så sätt att kunden har rimlig möjlighet att förstå arten av den risk som är förknippad med den investeringstjänst och den specifika typ av finansiellt instrument som erbjuds ska värdepappersföretaget, när det tillhandahåller till exempel investeringsrådgivning, även inhämta kundens eller den presumtiva kundens kunskaper och erfarenheter för den specifika produkten så att företaget kan rekommendera finansiella instrument som är lämpliga för denne. I det fall värdepappersföretaget, mot bakgrund av sådana erhållna upplysningar, anser att en viss produkt inte är passande för kunden måste företaget *göra kunden uppmärksam på detta*. I de fall kunden väljer att inte lämna upplysningar eller inte lämnar tillräckliga upplysningar ska värdepappersföretaget *varna kunden* för att ett sådant beslut innebär att företaget inte kan avgöra om den tänkta produkten är passande.

42. Medan IMD således innehåller färre bestämmelser och villkor av minimikaraktär innebär MiFID en mer långtgående och detaljerad reglering, både vad gäller direkta och indirekta kundskyddsregler, som även innefattar kommissionens genomförandedirektiv. Båda direktiven ger dock utrymme för nationella lösningar om än såvitt gäller MiFID endast i begränsad utsträckning. Kommissionens genomförandedirektiv ger också medlemsstaterna möjlighet att i undantagsfall ställa strängare krav på värdepappersföretagen än de som föreskrivs i genomförandebestämmelserna.
43. Avslutningsvis bör det beaktas att IMD:s regler tar sikte på verksamhet som avser ingående och förvaltning av försäkringsavtal, medan MiFID reglerar transaktioner i finansiella instrument. Sett ur det perspektivet framstår det som främmande att i fall som det aktuella tillämpa IMD:s bestämmelser, eftersom rådgivningen avsett en personlig rekommendation om en transaktion i ett finansiellt instrument.

## Korsvis tillämpning av regelverken

44. Förutom den omständigheten att direktiven tar sikte på olika verksamheter – försäkringsförmedling respektive investeringstjänster – och att regelverken är avgränsade och anpassade för den ena eller andra typen av verksamhet, kan det även noteras att sedermera framställda förslag om revidering av aktuella direktiv tar sin utgångspunkt i att den sektorsvisa regleringen inte är korsvis tillämplig.<sup>10</sup> Förslagen i sig och dess konsekvenser kommer inte att beröras vidare eftersom senare lagstiftningsåtgärder inte påverkar prövningen i målet.
45. Den svenska regeringen anser mot denna bakgrund att direktiven inte bör vara tillämpliga samtidigt på samma tjänst. Även om IMD och MiFID tar sikte på olika slags verksamheter, på sätt som angetts ovan, visar aktuellt mål att det inte utesluter att en och samma aktör kan önska bedriva verksamhet som omfattas av båda direktivens tillämpningsområden. Enligt regeringens mening måste verksamhetsutövaren i en sådan situation ha ett tillstånd för respektive verksamhet som bedrivs. Kommissionen har också lämnat svar på fråga om MiFID:s tillämpningsområde, som indikerar att den var av motsvarande uppfattning vid tidpunkten för genomförandet av direktivet.<sup>11</sup>
46. En motsatt ordning, som innebär att aktuella regelverk bedöms vara korsvis tillämpliga (det vill säga att båda direktiven är tillämpliga), skulle öppna för ett kringgående av de strängare kraven i MiFID. En person som önskar tillhandahålla kunder personliga rekommendationer om finansiella instrument skulle med andra ord kunna välja om den vill underkasta sig det strängare regelverket enligt MiFID, alternativt skaffa sig ett tillstånd för försäkringsförmedling och ge samma rådgivning under det mindre rigorösa regelverket.
47. För Sveriges vidkommande kan såväl juridiska som fysiska personer söka tillstånd för försäkringsförmedling utifrån en relativt enkel och billig

---

<sup>10</sup> Se Commission Staff Working Document, Impact assessment, accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Insurance Mediation, s. 11 f.

<sup>11</sup> Kommissionen svarade "If the company which offers advice on assurance products also recommends particular financial instruments to its clients, it should obtain an authorisation under MiFID," på frågan "On the basis that collective investments and assurance contracts are not covered under the Directive 2004/39/EC, would a company that offers advice on assurance contracts, and the selection of collective investments linked to such contracts, be obliged to become registered under a local law issuing from the Directive?" <http://ec.europa.eu/finance/koel/index.cfm?fuseaction=legislation.show&lexId=1&qid=8.9&mode=desc&browse=true&questionId=216>

tillståndsprocess. Möjligheten för tillsynsmyndigheten att vid tillståndsgivningen ställa krav på förmedlarföretag är mer begränsad än vad som gäller för andra finansiella företag, till exempel värdepappersföretag. Därtill innehåller MiFID strängare lämplighetskrav.

48. Om försäkringsförmedlingsföretag med stöd av ett sådant enklare och billigare tillstånd kan tillhandahålla investeringsrådgivning avseende finansiella instrument medför det att kunden inte tillförsäkras det direkta och indirekta kundskydd som MiFID erbjuder. Den svenska regeringen anser således att MiFID i egenskap av specialreglering ska tillämpas framför IMD.
49. En annan tolkning som innebär att endast IMD är tillämplig på all rådgivning som lämnas mot bakgrund av en kapitalförsäkring, skulle leda till resultatet att värdepappersföretag inte får lämna investeringsrådgivning i förhållande till finansiella instrument när instrumentens värdeutveckling kopplas till en kapitalförsäkring. Något undantag för värdepappersföretag finns nämligen inte i IMD. En sådan tolkning framstår dessutom som omotiverad mot bakgrund av att värdepappersföretag är föremål för ett strängare och för investeringsrådgivning väl anpassat regelverk.
50. Om IMD skulle vara tillämplig i situationer som den förevarande, när personliga rekommendationer om ett finansiellt instrument innebär en skada för kunden, medför det vidare att den föreskrivna ansvarsförsäkringen i det regelverket kan aktualiseras. Ansvarsförsäkringen får i sådant fall täcka en betydligt högre risk i samband med rådgivning av komplexa finansiella instrument, i förhållande till de enklare försäkringsprodukter som IMD avsett att omfatta. Detta är bland annat en oundviklig följd av den indelning i försäkringsklasser som nämnts ovan, genom vilka både enklare och mer komplexa livförsäkringar tillhör samma klass. Det skulle i sin tur medföra att ansvarsförsäkringarna blir dyrare för samtliga försäkringsförmedlare och en sådan kostnad kan i förlängningen antas övervältras på kunderna.



## Slutsats

51. Mot bakgrund av ovan anförda föreslår den svenska regeringen att Högsta domstolens frågor besvaras på följande sätt:

- 1. IMD reglerar även sådan rådgivning, ekonomisk eller annan, som lämnas i anslutning till förmedlingen av en försäkring men som inte i sig tar sikte på själva tecknandet eller upprätthållandet av ett försäkringsavtal, under förutsättning att rådgivningen inte definitionsmässigt utgör investeringsrådgivning. Samma sak gäller också beträffande rådgivning rörande placering av ett kapital inom ramen för en kapitalförsäkring.*
- 2. När rådgivning som avses i 1) definitionsmässigt utgör investeringsrådgivning enligt MiFID, ska den istället omfattas av bestämmelserna i det direktivet som utgör en specialreglering i förhållande till IMD och således ska tillämpas framför sistnämnda direktiv.*



Anna Falk

Hanna Shev

