

Rådgiveransvar

Den danske regering fastslog i sit regeringsgrundlag fra 2011, at der skulle ses nærmere på:

- mulighederne for at søge erstatning i de tilfælde, hvor mangelfuld rådgivning om finansielle produkter medfører tab for kunden.
- om de almindelige bevisbyrderegler giver kunden et tilstrækkeligt værn i de situationer, hvor rådgiverne ikke har efterlevet de gældende regler om finansiell rådgivning i forbindelse med rådgivning om investeringer og kreditgivning.

Baggrunden var, at den finansielle krise havde affødt en øget mængde sager, hvor kunderne havde haft oplevelsen af, at de har fået dårlig eller mangelfuld rådgivning om finansielle produkter. Mediemæssigt var der især fokus på de komplicerede bankprodukter – ofte hedgefondsprodukter -, der var blevet solgt uden tilstrækkelig rådgivning om produkternes risici. Erhvervs- og vækstministeren nedsatte derfor i 2013 et bredt sammensat udvalg om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter.

Udvalget fik til opgave, at:

- belyse de forbrugerbeskyttende regler i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter
- vurdere bevisbyrdeforholdene ved et realiseret økonomisk tab som følge af mangelfuld rådgivning, herunder
 1. vurdere om de eksisterende bevisbyrderegler ved tab på finansielle produkter giver et tilstrækkeligt værn særligt i situationer, hvor rådgivningsreglerne ikke er fulgt,
 2. opstille fordele og ulemper ved at indføre skærpede bevisbyrderegler i forbindelse med erstatningssager, hvor der er lidt et tab som følge af mangelfuld eller fejlagtig rådgivning om finansielle produkter, og
 3. vurdere om der er behov for at indføre skærpede bevisbyrderegler ved vurdering af, om en finansiell virksomhed ifalder erstatningsansvar som følge af mangelfuld eller fejlagtig rådgivning i forbindelse med køb af finansielle produkter, og i givet faldt udarbejde et udkast til et lovforslag herom.

Rådgiveransvar har tidligere været behandlet i et ministeriest udvalg. Et udvalg afgav således i december 1999 betænkning nr. 1362 om "Rådgiveransvar". Et flertal i udvalget fandt dengang ikke, at der var behov for at gøre ansvarsgrundlaget klarere eller indføre en adgang til økonomisk kompensation for fejlagtig rådgivning, der ikke umiddelbart havde medført et økonomisk tab (godtgørelse for skuffet forventning).

Den daværende erhvervsminister Pia Gjellerup udtalte dog: "Specielt synes jeg, at overvejelserne om indførelse af en mulighed for godtgørelse for skuffede forventninger er interessante".

Der kom dog aldrig nogen lovændring vedrørende erstatning for skuffede forventninger, og emnet indgik ikke i det nye udvalgs kommissorium. Formanden for det nye udvalg - professor Nina Dietz Legind - gjorde det allerede på det første møde klart, at erstatningsbegrebet ikke var til diskussion.

Hovedkonklusionerne fra udvalget:

Rådgivning om skat, offentlige ydelser m.v.

Udvalget finder, at en finansiel virksomhed som led i sin rådgivning skal oplyse om konsekvenser af de skatteregler, som er relevante for kunden i forhold til de produkter og ydelser, som rådgivningen omfatter. For øvrige skatteretlige spørgsmål skal den finansielle virksomhed henvise kunden til anden rådgivning herom, såfremt den ikke rådgiver om disse spørgsmål.

Udvalget foreslår kun en mindre skærpelse af denne eksisterende forpligtelse, så forpligtelsen til at rådgive eller henvise til anden rådgivning også indtræder, hvis virksomheden burde være opmærksom på, at de forhold, der rådgives om, kan være af væsentlig økonomisk betydning for kundens muligheder for at modtage offentlige tilskud eller andre økonomiske fordele.

Der er i rapporten givet det eksempel, at hvis et pengeinstitut rådgiver en kunde om optagelse af lån til renovering af kundens faste ejendom, skal pengeinstituttet oplyse kunden om, at kunden f.eks. vil få et rentefradrag. Instituttet skal derimod ikke oplyse kunden om muligheden for at få et håndværkerfradrag, når låneprovenuet anvendes til køb af håndværkerydelser. Dette skyldes, at håndværkerfradraget ikke får en skattemæssig konsekvens, der udløses af lånoptagelsen. Her vil pengeinstituttet kunne henvise til anden rådgivning.

Det fremgår endvidere af rapporten, at *"Det er udvalgets opfattelse, at en finansiel virksomhed vil opfylde den undersøgelsespligt, der ligger i begrebet "burde", når de følger den arbejdsproces, som rådgivningsreglerne på området fastlægger, herunder princippet om kend din kunde, og har den nødvendige viden om deres produkter, som er nødvendig for at kunne informere om disse produkter. Rådgivning om sammenhængen mellem finansielle dispositioner og offentlige tilskud eller andre økonomiske fordele er særligt relevant i forbindelse med livsfaseskift, f.eks. når en kunde går på pension."*

Forsikringsbranchen var ikke begejstret for skærpelsen af god skik bekendtgørelsen, selv om rådgivningen i selskaberne må forventes at kunne leve op til bestemmelsen allerede i dag. Baggrunden var, at der indføres endnu en dynamisk retsstandard i

Finanstilsynets god skik regler. Reglen kan dermed fortolkes af de til enhver tid siddende embedsmænd, der kunne blive inspireret af de på ethvert tidspunkt værende "politiske vinde" i folketinget eller mediernes enkeltsager.

Rådgivning i forhold til svage kundegrupper, herunder unge

Udvalget finder, at der bør indsættes en ny bestemmelse i god skik bekendtgørelsen om, at der er en særlig rådgivningsforpligtelse i forhold til børn og unge (under 18 år).

Den nye bestemmelse i god skik bekendtgørelsen foreslås udformet således:

"Markedsføring og rådgivning rettet mod børn og unge skal være udformet med særlig hensyntagen til børns og unges manglende erfaring og kritiske sans, som bevirker, at de er lette at påvirke og nemme at præge."

Da bestemmelsen alene retter sig mod personer under 18 år vil bestemmelsen næppe få større betydning for forsikringsbranchen. Bestemmelsen er udformet med udgangspunkt i markedsføringslovens § 8 og forekommer i sit ordvalg ikke helt tidssvarende. Spørgsmålet er, om de fleste unge ikke nu om dage har en veludviklet kritisk sans allerede i teenageårene. På den anden side ville en ændret ordlyd kunne give anledning til ikke ønskede modsætningslutninger.

For andre svage kundegrupper, f.eks. ordblinde eller alderdomssvækkede, foreslår udvalget, at det i vejledningen til god skik bekendtgørelsen og investorbekendtgørelsen udtrykkeligt anføres, at rådgivning af svage kundegrupper skal tage hensyn til disse kundegrupperes særlige forhold.

Forholdet mellem offentlig ret og civilret

Af vejledningen til god skik bekendtgørelsen fremgår det, at bekendtgørelsens regler er udtryk for:

"...en offentligretlig regulering af de finansielle virksomheder og indeholder dermed en udmøntning af samfundets krav til, hvordan finansielle virksomheder skal opføre sig for at opfylde kravet om overholdelse af god skik."

Det fremgår endvidere af vejledningen:

"Derimod vil manglende overholdelse af bekendtgørelsens regler ikke i sig selv have civilretlige konsekvenser. En kunde vil således ikke umiddelbart have et civilretligt krav mod en finansiel virksomhed, der ikke overholder bekendtgørelsens regler. Manglende overholdelse vil dog kunne have afsmittende virkning på visse civilretlige spørgsmål og vil efter omstændighederne kunne indgå i vurderingen af, om en finansiel virksomhed efter dansk rets almindelige erstatningsretlige regler har handlet ansvarspådragende, eller om en aftale helt eller delvist skal ændres eller tilsidesættes efter aftalelovens regler."

Udvalget foreslår, at den nævnte passus i vejledningen til god skik bekendtgørelsen udgår. Udvalget foreslår derudover, at der indføres en bestemmelse svarende til markedsføringslovens § 20, stk. 2, der fastslår, at overtrædelser af regler om god skik får betydning ved vurderingen af, om en finansiel virksomhed ifalder erstatningsansvar. Udvalget lægger i den forbindelse vægt på, at det allerede fremgår af nyere ankenævns- og domspraksis, at overtrædelser af offentligretlige regler i et vist omfang tillægges betydning ved vurderingen af, om en finansiel virksomhed ifalder erstatningsansvar.

Bestemmelsen foreslås affattet således:

”§ 43 a. Handlinger i strid med regler udstedt i medfør af § 43, stk. 2, pådrager erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler”

Bestemmelsen fastsætter, ligesom markedsføringslovens § 20, stk. 2, ikke de nærmere betingelser for, at handlinger i strid med regler udstedt i medfør af § 43, stk. 2, kan medføre erstatningsansvar, men henviser til dansk rets almindelige regler herom.

Bestemmelsen vil alene kunne have betydning for vurderingen af, om det fornødne ansvarsgrundlag er til stede. Bestemmelsen berører ikke de øvrige erstatningsretlige betingelser, herunder kravet om årsagssammenhæng, adækvans og betingelsen om, at der skal være lidt et tab, før virksomheden kan ifalde et erstatningsansvar. Det vil sige, at de almindelige erstatningsretlige betingelser skal være opfyldt. Den finansielle virksomhed skal have optrådt uagtsomt (culpøst), kunden skal have lidt et tab, der skal være årsagssammenhæng mellem den culpøse adfærd og det lidt tab, ligesom tabet skal være adækvat, og der skal være fravær af egen skyld.

Det vil fortsat bero på en konkret vurdering hos domstolene og ved de finansielle ankenævn, om en overtrædelse af reglerne i god skik bekendtgørelsen eller investorbeskyttelsesbekendtgørelsen medfører erstatningsansvar.

Sammenfattende er det temmelig uklart, hvad der opnås med bestemmelsen. Både formanden for udvalget og forbrugerombudsmanden har dog betonet, at bestemmelsen meget let kan få en psykologisk betydning. Hermed nok forstået, at den eksisterende retstilstand nu er kodificeret.

Omvendt bevisbyrde ved erstatning for tab i forbindelse med mangelfuld rådgivning

Udvalget drøftede, om der er behov for at indføre skærpede bevisbyrderegler ved vurderingen af, om en finansiel virksomhed skal ifalde erstatningsansvar som følge af mangelfuld eller fejlagtig rådgivning. Udgangspunktet er ligefrem bevisbyrde ved afgørelsen af sager om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter.

Men bevisbyrden i både domstolspraksis og praksis hos de finansielle ankenævne, særligt Pengeinstitutankenævnet, er blevet vendt i en række tilfælde.

Det er udvalgets opfattelse, at der ikke er behov for at indføre en generel lovregulering af bevisbyrdebedømmelsen på det finansielle område i erstatningssager i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter. Udvalget finder heller ikke, at der bør indføres en lovfastsat omvendt bevisbyrde i særlige tilfælde i ankenævnene.

Et væsentligt element i denne beslutning var, at Pengeinstitutankenævnet ikke så noget behov herfor. Synspunktet har formentlig været, at omvendt bevisbyrde reelt ville kunne svække kundernes retsstilling, idet ankenævnene vil forsøge at tilpasse afgørelserne efter de forventede mulige efterfølgende afgørelser ved domstolene. Når ankenævnene allerede bruger omvendt bevisbyrde, når de finder det passende, så vil en tvungen øget brug formentlig bevirke flere omgørelser ved domstolene. For at undgå dette ville ankenævnene formentlig vælge at afvise flere sager eller på anden vis undgå efterfølgende at blive underkendt af domstolene. Det der var tiltænkt som forbrugerbeskyttelse kunne dermed få den modsatte virkning. Lidt det samme hensyn til forbrugerne lå bag ændringen i sin tid af Ankenævnet for Forsikrings afgørelser fra at være bindende for selskaberne til ikke at være bindende. Ændringen blev logisk nok foreslået af Forbrugerrådet. Det kan i den forbindelse nævnes, at af de 9 ankenævnsager, der sidste år blev endeligt afgjort ved domstolene, fik selskaberne medhold i 4.

Erhvervsdrivendes krav på saglig begrundelse

Udvalget anbefaler, at der indføres en forpligtelse til at give saglige begrundelser ved opsigelser af aftaler med erhvervsdrivende. Begrundelsen er bl.a., at en sådan begrundelsespligt giver kunden mulighed for at vurdere, om en opsigelse skyldes forhold, der kan ændres af den pågældende, således at det eventuelt vil være muligt at afværge opsigelsen.

Anbefalingen er kun rettet mod banker og realkreditinstitutter, idet det fremgår af rapporten: "Det er udvalgets opfattelse, at der ikke synes at være vægtige argumenter for, at andre finansielle virksomheder end forsikrings-selskaber ikke skulle være forpligtede til at give en begrundelse til en erhvervsdrivende, når den finansielle virksomhed opsiger en aftale med den pågældende." Baggrunden var, at Forsikringsaftaleloven regulerer forsikrings-selskabernes aftaler. Forsikringsaftaleloven indeholder ikke en sådan begrundelsespligt.

Øvrige spørgsmål som udvalget overvejede

Udvalget kom endvidere med forslag til ændringer i kautionsreglerne, der dog ikke har betydning for forsikringsbranchen. Nedenfor er beskrevet de forsikringsrelevante emner, som udvalget overvejede at tage med i rapporten, men som blev forkastet.

Produktudvikling og product governance

Udvalget noterede sig, at der allerede er iværksat et arbejde af Finanstilsynet med henblik på at etablere et forebyggende produkttilsyn. Dette emne forfølges derfor ikke yderligere af udvalget.

Indberetning af klager til Finanstilsynet

I juni 2012 offentliggjorde EIOPA guidelines for forsikringssekskabers klagebehandling. I november 2013 indledte ESMA og EBA en høring over tilsvarende guidelines for værdipapirhandlere hhv. kreditinstitutter klagebehandling. Det forventes, at disse guidelines bliver vedtaget i første halvdel af 2014. Begge sæt guidelines er identiske og vil formentlig blive gennemført samtidigt. Derfor valgte udvalget ikke at gå ind i denne sag.

Rådgivningens karakter

Erhvervs- og vækstministeren har tilkendegivet, at der i god skik bekendtgørelsen skal indsættes en regel om, at en kunde skal oplyses om, at den rådgivning, der modtages i en finansiel virksomhed, kun omfatter produkter som pengeinstituttet har valgt at tilbyde sine kunder, og at der derved ikke er tale om uafhængig rådgivning. Udvalget fandt ikke anledning til at forfølge dette emne.'

De finansielle ankenævn – sammenlægning, bindende afgørelser og klageadgang for erhvervsdrivende

Udvalget fandt, at disse spørgsmål i givet fald bør behandles i andet regi.

Konkurrencer blandt ansatte i finansielle virksomheder

Da Rangvid udvalgets rapport ("Den finansielle krise i Danmark – årsager, konsekvenser og læring") havde anbefalet et forbud mod variabel aflønning for kundevendte medarbejdere, valgte udvalget ikke at forfølge dette emne yderligere.

Dokumentation for rådgivning af erhvervsdrivende

Udvalget finder, at det - såfremt der er ønske herom - i et andet regi skal overvejes, om forpligtelsen til at nedfælde væsentlige forudsætninger for rådgivningen i aftalen eller i bilag til aftalen også skal gælde generelt for erhvervsdrivende.

Konklusion

Rapporten peger ikke på direkte svagheder i den rådgivning, som forsikringssekskaberne yder. Det er naturligtvis ikke det samme som, at al forsikringsrådgivning fungerer perfekt. Ankenævnet for forsikring har således for nylig påpeget, at der er områder, hvor sekskaberne bør være opmærksomme på at give en meget tydelig rådgivning til kunderne både mundtligt og skriftligt. Hertil kommer yderlig regulering af rådgivning fra EU. Der er derfor ikke tvivl om, at rådgivning også i de kommende år vil være et fokusområde både for sekskaber og myndigheder.

Torben Weiss Garne