

Erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter

Februar 2014



Rapport afgivet af Udvalget om erstatningsansvar
ved rådgivning om finansielle produkter

Erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter

Februar 2014

Rapport afgivet af Udvalget om erstatningsansvar
ved rådgivning om finansielle produkter

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1 – Indledning	7
1. Beslutningen om at nedsætte udvalget	7
2. Udvalgets kommissorium	7
3. Udvalgets medlemmer	8
Kapitel 2 – Sammenfatning	9
1. Indledning	9
2. Kaution og tredjemandspant	9
2.1. Præcisering af oplysninger forud for indgåelse af en kautionsaftale	9
2.2. Overførsel af god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 1, til § 48 i lov om finansiell virksomhed	10
2.3. Anvendelse af kautionsregler på tredjemandspant	11
2.4. Anvendelse af § 48 i lov om finansiell virksomhed på realkreditinstitutter	11
2.5. Bør manglende årlig underretning om størrelsen på den kautionssikrede fordring sanktioneres med straf?	12
2.6. Indførelse af en betænkningstid før påtagelse af kaution og tredjemandspant ..	12
3. anbefalinger vedrørende god skik bekendtgørelsen	12
3.1. Bør erhvervsdrivende have krav på en saglig begrundelse, hvis en aftale opsiges?	12
3.2. Rådgivning om skat, offentlige ydelser mv.	13
3.3. Rådgivning i forhold til svage kundegrupper, herunder unge	14
4. anbefalinger om erstatning for tab i forbindelse med rådgivning	15
4.1. Forslag til en ny bestemmelse om samspil mellem regler om rådgivning og erstatningsansvar	15
4.2. Overvejelser om bevisbyrde ved erstatning for tab i forbindelse med mangelfuld rådgivning	17
Kapitel 3 – Gældende ret vedrørende rådgivning om finansielle produkter	21
1. Retskildemæssige overvejelser	21
2. Gennemgang af de væsentligste regler i den eksisterende lovgivning med betydning for rådgivning om finansielle produkter	23
2.1. Bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder	23
2.1.1. Anvendelsesområde	23
2.1.2. De generelle regler om god skik	24
2.1.3. Rådgivning	24
2.1.3.1. Særlige regler om rådgivning om lån med sikkerhed i fast ejendom ..	24
2.1.4. Særlig interesse	25
2.1.5. Progressive fordelsprogrammer	25
2.1.6. Tilsyn og straffebestemmelse	26
2.2. Kaution	26
2.2.1. Forbrugerrådet og Finansrådets aftale om kaution	26
2.2.2. § 48 i lov om finansiell virksomhed	26
2.2.3. Bekendtgørelsen om god skik	27

2.3.	Bekendtgørelsen om investorbekyttelse ved værdipapirhandel	28
2.3.1.	Anvendelsesområde	28
2.3.2.	Kundekategorier	28
2.3.3.	Generelle regler om investorbekyttelse	29
2.3.4.	Information til detailkunder	29
2.3.5.	"Kend din kunde"-princippet	30
2.3.6.	Egnethedsstesten	30
2.3.7.	Hensigtsmæssighedstesten	30
2.3.8.	Udelukkende ordreudførelse	31
2.3.9.	Underretning om tab	31
2.3.10.	Tilsyns- og straffebestemmelse	31
2.4.	Risikomærkning af investeringsprodukter	31
2.5.	Kompetencekravs bekendtgørelsen	32
2.6.	Bekendtgørelse om oplysning om risikoklassificering af visse udlånsprodukter	33
2.7.	Branchehenstillinger	34
2.8.	Markedsføringsloven	34
2.9.	Forbrugerombudsmandens kompetence i henhold til lov om finansiel virksomhed	35
2.10.	Lov om finansielle rådgivere	36
3.	Gældende erstatningsretlige regler og praksis i forbindelse med tab som følge mangelfuld eller fejlagtig rådgivning i Danmark	38
3.1.	Ansvarsgrundlaget – culpabedømmelsen	38
3.1.1.	Særlige rådgivningssituationer	39
3.1.2.	Betydning af god skik regler	41
3.1.3.	Betydning af Finanstilsynets påtaler	42
3.1.4.	Betydning af skriftligt materiale	43
3.1.5.	Kundens forhold – risikoprofil og krav til kunden	44
3.2.	Bevisbyrde	45
3.2.1.	Særlige rådgivningssituationer	46
3.2.2.	Betydningen af offentligretlige forskrifter	46
3.2.3.	Betydningen af Finanstilsynets påtaler	47
3.2.4.	Betydningen af skriftligt materiale	49
3.2.5.	Betydning af risikofyldt produkt og risikoprofilen	49
3.3.	Aftaleretlige aspekter	50
3.4.	Retspraksis	50

Kapitel 4 – Statistik over klager over rådgivning ved udvalgte ankenævn	53
1. Indledning	53
2. Rådgivningssager ved Pengeinstitutankenævnet	53
2.1. Antal sager om rådgivning om investeringer i investeringsprodukter	53
2.2. Sager med omvendt bevisbyrde	54
2.3. Sager med ligefrem bevisbyrde	55
2.4. Sager, hvor der ikke har været bevisbyrdespørgsmål	55
2.5. Afviste sager om rådgivning om investeringer i værdipapirer	56
2.6. Ikke-fulgte rådgivningssager	56
3. Rådgivningssager ved Realkreditankenævnet	56

Kapitel 5 – Erstatningsregler i Norge og Sverige	59
1. Norge	59
1.1. Erstatning på grund af mangelfuld rådgivning	59
1.2. Ugyldighed på grund af mangelfuld rådgivning	60
1.3. Sammenfatning	60
2. Sverige	61
2.1. Bevisbyrde i sager om mangelfuld rådgivning	61
2.2. Aftaleretlige aspekter i sager om mangelfuld rådgivning	62
Kapitel 6 – Udvalgets overvejelser og anbefalinger	63
1. Overvejelser og anbefalinger vedrørende eksisterende lovgivning	63
1.1. Betydningen af de skærpelser og ændringer, der er sket i den finansielle lovgivning i løbet af de seneste år	63
1.2. Kautions og tredjemandspant	64
1.2.1. Emnet for udvalgets drøftelser	64
1.2.2. Gældende ret	65
1.2.2.1. God skik bekendtgørelsens § 22	65
1.2.2.2. Lov om finansiell virksomhed § 48	66
1.2.3. Udvalgets overvejelser	67
1.2.3.1. Udvalgets overvejelser vedrørende behovet for at præcisere god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 2, og eventuelt flytte bestemmelsen til § 48 i lov om finansiell virksomhed	67
1.2.3.2. Udvalgets overvejelser om at overføre god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 1, til lov om finansiell virksomhed § 48	69
1.2.3.3. Udvalgets overvejelser om at lade tredjemandspant være omfattet af § 48 i lov om finansiell virksomhed og god skik bekendtgørelsens § 22 samt at lade § 48 finde anvendelse på realkreditinstitutter	72
1.2.3.4. Udvalgets overvejelser om sanktionering af overtrædelser af § 48, stk. 7, i lov om finansiell virksomhed og god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 3	75
1.2.3.5. Udvalgets overvejelser om indførelse af en betænkningstid før påtagelse af kautions og tredjemandspant	75
1.2.4. Udvalgets indstilling	76
1.3. God skik bekendtgørelsen	77
1.3.1. God skik bekendtgørelsens anvendelsesområde i forhold til erhvervsdrivende	77
1.3.1.1. Emnet for udvalgets drøftelser	77
1.3.1.2. Gældende ret	77
1.3.1.3. Udvalgets overvejelser	79
1.3.1.4. Udvalgets indstilling	80
1.3.2. Rådgivning om skat, offentlige ydelser mv.	80
1.3.2.1. Emnet for udvalgets drøftelser	80
1.3.2.2. Gældende ret	80
1.3.2.3. Udvalgets overvejelser	81
1.3.2.4. Udvalgets indstilling	83
1.3.3. Rådgivning i forhold til svage kundegrupper, herunder unge	83
1.3.3.1. Emner for udvalgets drøftelser	83
1.3.3.2. Gældende ret	84

1.3.3.3. Udvalgets overvejelser	86
1.3.3.4. Udvalgets indstilling	88
2. Vurdering af regler og praksis for erstatning for tab i forbindelse med rådgivning	88
2.1. Forholdet mellem offentlig ret og civilret.	88
2.1.1. Emnet for udvalgets drøftelser.	88
2.1.2. Gældende ret	89
2.1.3. Udvalgets overvejelser.	92
2.1.4. Udvalgets indstilling	96
2.2. Overvejelser om bevisbyrde ved erstatning for tab i forbindelse med mangelfuld rådgivning	96
2.2.1. Emnet for udvalgets drøftelser.	96
2.2.2. Gældende ret	96
2.2.3. Generelle overvejelser om fordele og ulemper ved omvendt bevisbyrde	97
2.2.4. Udvalgets overvejelser.	98
2.2.5. Udvalgets indstilling	101
3. Øvrige spørgsmål, som udvalget har overvejet.	101
3.1. Produktudvikling og product governance	102
3.2. Indberetning af klager til Finanstilsynet	103
3.3. Rådgivningens karakter	104
3.4. De finansielle ankenævn – sammenlægning, bindende afgørelser og klageadgang for erhvervsdrivende	105
3.5. Konkurrencer blandt ansatte i finansielle virksomheder.	105
3.6. Dokumentation for rådgivning af erhvervsdrivende	106
Bilag	107
1. "Udredning om gældende danske regler og praksis for erstatning ved et realiseret tab" udarbejdet af professor, lic.jur. Nis Jul Clausen, LL.M., Syddansk Universitet	109
2. "Notat om rådgivning og orientering i forbindelse med kaution" udarbejdet af professor, lic. jur. Hans Viggo Godsk Pedersen, Syddansk Universitet	153
3. "Notat om erstatningsansvar for mangelfull rådgivning om finansielle produkter" udarbejdet af professor Jan-Ove Færstad, Bergens Universitet.	171
4. "Rapport om praksis aveende finansiell rådgivning i Sverige" af Fredric Korling, Docent i civilrätt ved Stockholms Universitet.	177
5. De forbrugerbeskyttende regler i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter	197
6. Information om kaution. Pjece udarbejdet af Finansrådet og Forbrugerrådet.	227

Kapitel 1 – Indledning

1. Beslutningen om at nedsætte udvalget

Regeringen besluttede i sit regeringsgrundlag og har efterfølgende gentaget i "Forbrugerpolitisk eftersyn", at der skal ses nærmere på mulighederne for at søge erstatning i de tilfælde, hvor mangelfuld rådgivning om finansielle produkter medfører tab for kunden. I den forbindelse skal det undersøges, om de almindelige bevisbyrde regler giver kunden et tilstrækkeligt værn i de situationer, hvor de finansielle virksomheder ikke har efterlevet de gældende regler om finansiell rådgivning.

Regeringen anfører som grundlag for sin beslutning, at den finansielle krise har affødt en øget mængde sager, hvor kunderne har haft oplevelsen af, at de har fået dårlig eller mangelfuld rådgivning om finansielle produkter.

Regeringen anfører endvidere, at forbrugerne til hver en tid skal kunne stole på den rådgivning, de får, når de indgår aftaler om finansielle produkter. Dette gælder, uanset om aftalen indgås med et penge- eller realkreditinstitut, et forsikringsselskab eller en arbejdsmarkeds-pensionskasse. Der er de senere år derfor gennemført en række skærper og ændringer i lovgivningen af kravene til den rådgivning, de finansielle virksomheder skal yde forbrugerne i forbindelse med indgåelse af aftale om et finansielt produkt, for derigennem bl.a. at tydeliggøre rådgivernes forpligtelser.

For at sikre kunderne det bedste værn mod dårlig rådgivning nedsatte erhvervs- og vækstministeren derfor et udvalg om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter.

2. Udvalgets kommissorium

Udvalget har til opgave, at:

1) Belyse de forbrugerbeskyttende regler i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter.

Udvalget skal identificere og beskrive de væsentligste forbrugerbeskyttende regler i forbindelse med rådgivning om køb af finansielle produkter afhængig af, hvem der er rådgivere, herunder inddrage de nye regler for finansielle rådgivere, som yder rådgivning om lån, investeringer og forsikringer af forbrugere, som Erhvervs- og Vækstministeriet vil fremsætte i folketingssamlingen 2012/2013. Udvalget skal endvidere vurdere betydningen af de skærper og ændringer, der er blevet gennemført i den senere årrække i lovgivningen i forhold til kravene til den finansielle rådgivning, herunder for at tydeliggøre rådgivernes forpligtelser.

I den forbindelse skal udvalget også kortlægge regler og praksis for rådgivning, der ydes i forbindelse med, at der stilles kaution for lån ydet af et kreditinstitut.

Udvalget kan på baggrund af ovenstående komme med forslag til mulige initiativer til yderligere at styrke de forbrugerbeskyttende regler, som udvalget vurderer, bør gennemføres for at sikre en mere effektiv forbrugerbeskyttelse gennem kvalificeret rådgivning og medvirke til at gøre ansvarsforholdene klarere. Det ud fra en hensyntagen til de administrative og økonomiske konsekvenser herved.

2) Vurdering af bevisbyrdeforholdene ved et realiseret økonomisk tab som følge af mangelfuld rådgivning

Udvalget skal gennemføre en kortlægning af gældende danske regler og praksis for erstatning ved et realiseret økonomisk tab som følge af mangelfuld eller fejlagtig rådgivning om finansielle produkter, herunder investeringer og lån. Endvidere skal der ske en kortlægning af reglerne om erstatning i forbindelse med mangelfuld rådgivning og bevisbyrdeforholdene i udvalgte lande, herunder Norge og Sverige.

På baggrund af denne kortlægning skal udvalget

- 1) vurdere om de eksisterende bevisbyrde-regler 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 bevisbyrde-regler 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 bevisbyrde-regler 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.

3. Udvalgets medlemmer

Ved afgivelse af denne rapport har udvalget følgende sammensætning:

- 1) Institutleder, professor, ph.d. Nina Dietz Legind, Juridisk Institut ved Syddansk Universitet (Formand)
- 2) Professor, dr.jur. Vibe Garf Ulfbeck, Københavns Universitet (Universitetsrepræsentant)
- 3) Uvildig økonomisk rådgiver Anna Marie Schou Ringive (Indstillet af Dansk Aktionærforening)
- 4) Advokat Henrik Høpner (Indstillet af Advokatrådet - Advokatsamfundet)
- 5) Underdirektør Malene Stadil, Danske Bank (Indstillet af Finansrådet)
- 6) Specialkonsulent og procedør Sigurd Slot Jacobsen, Forbrugerombudsmanden
- 7) Seniorøkonom Troels Hauer Holmberg, Forbrugerrådet Tænk (udtrådt den 1. november 2013)
- 8) Seniorøkonom Morten Bruun Pedersen, Forbrugerrådet Tænk (indtrådt den 1. november 2013)
- 9) Underdirektør Torben Weiss Garne, Forsikring & Pension
- 10) Chefjurist Steen Jul Petersen, BRFkredit A/S (Indstillet af Realkreditrådet)
- 11) Kontorchef Trineke Borch Jacobsen, Realkreditforeningen
- 12) Fuldmægtig Moya-Louise Lindsay-Poulsen, Justitsministeriet
- 13) Kontorchef Hans Høj, Erhvervs- og Vækstministeriet

Sekretariatet bestod af:

- 1) Kontorchef Annette Bjaaland Andersen
- 2) Chefkonsulent Henrik Bruun Johannessen
- 3) Fuldmægtig Katja Lefevre Sønderaas

Kapitel 2 – Sammenfatning

1. Indledning

For at sikre kunderne i den finansielle sektor en rådgivning af høj kvalitet er der i de seneste år sket en række skærpedelser i lovgivningen på det finansielle område. Der er indført:

- Regler om skærpedede rådgivningskrav
- Risikomærkning
- Kompetencekrav
- Regler vedrørende finansielle virksomheders egeninteresse

Hertil kommer lov om finansielle rådgivere, der sikrer, at rådgivere uden for den finansielle sektor, der yder helhedsrådgivning, er undergivet tilsyn.

Det er udvalgets opfattelse, at indholdet i den eksisterende lovgivning, der har betydning for kvaliteten af rådgivningen om finansielle produkter, som udgangspunkt er tilfredsstillende.

Udvalget finder dog, at der er behov for at se nærmere på en række områder. Disse områder gennemgås neden for.

2. Kaution og tredjemands pant

2.1. Præcisering af oplysninger forud for indgåelse af en kautionaftale

Udvalget har drøftet, om der bør foretages en præcisering af de gældende oplysningsforpligtelser på kautionområdet, så det udtrykkeligt fremgår af god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 2, eller lov om finansiell virksomhed § 48, hvilke oplysninger en forbruger skal have forud for, at denne påtager sig at kautionere.

Det er udvalgets opfattelse, at det vil være hensigtsmæssigt, at det fremgår direkte af lovgivningen, hvilke oplysninger en kautionist skal have, for at den pågældende er informeret om indholdet og konsekvenserne af at påtage sig en kautionsforpligtelse. Dette står i modsætning til den gældende retstilstand, hvor det fremgår af god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 2, at et penge- eller realkreditinstitut inden der indgås aftale om en kautionsforpligtelse, skal sikre sig, at kautionisten er informeret om indholdet og konsekvenserne af kautionsforpligtelsen, uden at indholdet af denne forpligtelse er præciseret nærmere. Denne forpligtelse er i pengeinstitutankenævnspraksis fortolket således, at informationsforpligtelsen er opfyldt, når der er sket udlevering af en pjece til kunden, som er udarbejdet af Forbrugerrådet og Finansrådet, og når kautionisten har modtaget låntagers seneste årsopgørelse, de eneste tre lønsedler eller det seneste årsregnskab, hvis der kautioneres for en erhvervsdrivendes gæld.

Udvalget finder derfor, at § 22, stk. 2, i god skik bekendtgørelsen bør præciseres og flyttes til lov om finansiell virksomhed § 48, som et nyt stk. 1, så den får følgende ordlyd:

”§ 48. Inden der indgås en aftale om en kautionsforpligtelse uden for et erhvervsforhold for lån eller kreditter ydet af et penge- eller realkreditinstitut, skal instituttet sikre sig, at kautionisten er informeret om konsekvenserne af at påtage sig en kautionsforpligtelse. Denne information skal indeholde oplysning om, hvad en kautionsforpligtelse indebærer, og indeholde en afbalanceret beskrivelse af de risici, der er forbundet hermed. Institutet skal endvidere udlevere følgende oplysninger om den debitor, hvis gæld kautionsforpligtelsen skal sikre:

- 1) den seneste årsopgørelse fra SKAT og
- 2) de seneste tre lønsedler eller
- 3) det seneste årsregnskab, hvis der kautioneres for en erhvervsdrivendes gæld.”

Udvalget finder, at såfremt den foreslåede bestemmelse ikke efterleves, skal kautionsaftalen ikke kunne gøres gældende. Dette svarer til, at de finansielle ankenævn i dag sanktionerer en tilsidesættelse af den gældende oplysningsforpligtelse ved, at kautionsaftalen bliver tilsidesat med hjemmel i aftalelovens §§ 36 og 38 c.

Udvalget finder, at en regel om tilsidesættelse bør indeholde mulighed for, at en kautionsaftale kan opretholdes på trods af, at der ikke fuldt ud er givet korrekte oplysninger. Hvis et penge- eller realkreditinstitut fx kun udleverer den 4., 3. og næstsidste lønseddel og dermed ikke får udleveret den seneste lønseddel, vil der ikke være behov for at tilsidesætte kautionsaftalen, såfremt de manglende oplysninger ikke har frataget kautionisten et forsvarligt grundlag for at bedømme de risici, der er forbundet med at indgå kautionsforpligtelsen.

Udvalget foreslår derfor, at der efter den foreslåede nye § 48, stk. 1, indsættes et stykke 2 med følgende ordlyd:

”Stk. 2. Et penge- eller realkreditinstitut kan kun gøre en kautionsforpligtelse gældende, hvor der ikke er udleveret oplysninger i medfør af stk. 1, hvis kautionisten på trods af de manglende oplysninger har haft et forsvarligt grundlag for at bedømme de risici, der er forbundet med at indgå kautionsforpligtelsen.”

2.2. Overførsel af god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 1, til § 48 i lov om finansiel virksomhed

Det er udvalgets opfattelse, at det vil kunne bidrage til klarhed over reguleringen af kautioner, hvis god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 1, der fastsætter, at en kautionsforpligtelse ikke må stå i misforhold til kautionistens økonomi, flyttes til lov om finansiel virksomhed § 48.

Udvalget har endvidere overvejet, om det samtidig bør fastsættes udtrykkeligt, at overtrædelser af bestemmelsen har civilretlige konsekvenser.

Det er udvalgets opfattelse, at sanktioneringen af den eksisterende § 22, stk. 1, i god skik bekendtgørelsen vil blive styrket ved, at det fastslås, at kautioner, i det omfang de står i misforhold til kautionistens økonomi, ikke kan gøres gældende. En sådan bestemmelse vil udgøre en stramning i forhold til Højesterets dom i U 2010.1628 H, som nedsatte kautionsforpligtelsen i medfør af aftalelovens § 36 efter en samlet vurdering af forskellige momenter i sagen. Bestemmelsen vil således udtrykkeligt fastslå, at der ved en vurdering af, om en kaution skal tilsidesættes, alene skal lægges vægt på misforholdet mellem kautionens størrelse og kautionistens økonomi. Denne vurdering skal som udgangspunkt foretages på tidspunktet for kautionens påtagelse.

Udvalget bemærker i den forbindelse, at en civilretlig sanktionering af det hidtil gældende forbud mod, at penge- og realkreditinstitutter medvirker til ydelse af lån mod kaution, hvor kautionsforpligtelsen står i misforhold til kautionisten økonomi, vil kodificere Pengeinstituttankenævnets praksis i forlængelse af Højesterets dom i U 2010.1628 H.

Udvalget foreslår derfor, at god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 1, flyttes til § 48 i lov om finansiel virksomhed og affattes således som et nyt stykke 3:

”Stk. 3. En aftale om en kautionsforpligtelse kan tilsidesættes helt eller delvist, hvis den står i misforhold til kautionistens økonomi.”

2.3. Anvendelse af kautionsregler på tredjemandspant

Udvalget bemærker, at privat tredjemandspant, dvs. uden for erhverv, i vidt omfang minder om privat kaution. Ved både kaution og tredjemandspant er der tale om, at en fordringshaver opnår sikkerhed for en fordring ved, at en tredjemand afgiver et løfte om, at skylderens forpligtelse opfyldes. Kaution indeholder en personlig hæftelse for den sikrede fordrings opfyldelse, hvorimod tredjemandspantsætteren som udgangspunkt kun hæfter med det stillede pant for fordringens opfyldelse. Herudover hæfter tredjemandspantsætteren ikke personligt, medmindre andet er aftalt.

For at sikre, at tredjemandspantsætter opnår samme beskyttelse, som en kautionist er sikret efter § 48 i lov om finansiel virksomhed, foreslår udvalget derfor, at det anføres i § 48, at bestemmelsen finder tilsvarende anvendelse på tredjemandspant uden for erhvervsforhold. Det er således udvalgets opfattelse, at det fra en forbrugers synsvinkel kan forekomme tilfældigt, om man stiller sikkerhed i form af kaution eller tredjemandspant. I begge tilfælde vil forbrugeren risikere, at skulle medvirke til indfrielsen af en hovedskyldners gæld ved misligholdelse.

2.4. Anvendelse af § 48 i lov om finansiel virksomhed på realkreditinstitutter

Udvalget har overvejet, om § 48 bør udvides til også at finde anvendelse på realkreditinstitutter og finder, at der som udgangspunkt ikke ses at være grunde til, at § 48 ikke også burde finde anvendelse på realkreditinstitutter.

Udvalget bemærker således, at en kautionist som udgangspunkt har behov for samme beskyttelse, uanset om der kautioneres for et lån i et penge- eller realkreditinstitut.

Udvalget finder dog, at der gør sig særlige forhold gældende i forhold til realkreditlån og reglen i stk. 4 om begrænsning af kautionens hæftelse til lånets hovedstol eller kredittens maksimum. Derfor bør stk. 4 affattes således:

”Stk. 4. En kautionist kan ikke hæfte for et beløb større end lånets hovedstol eller kredittens maksimum ved kautionsaftalens indgåelse. Dette gælder dog ikke for realkreditlån, når den pantsatte ejendom anvendes til beboelse for kautionisten og låntageren, og kautionisten er udtrykkeligt oplyst om, at hæftelsen kan overstige lånets hovedstol ved kautionsaftalens indgåelse.”

Udvalget finder endvidere, at reglen i den nugældende § 48, stk. 6, om en tidsmæssig begrænsning til 5 år eller 10 år ikke bør gælde for realkreditlån eller pengeinstitutters lån,

der efter sine vilkår kan finansieres ved udstedelse af særligt dækkede obligationer både i forhold til løbetid og funding. Prisen på fundingen af disse lån er afhængig af de sikkerheder, der stilles for lånene. Hertil kommer, at der sædvanligvis er tale om lange lån med en løbetid på op til 30 år. Udvalget finder dog, at det er en betingelse for kautionistens hæftelse, at kautionisten skal være udtrykkeligt oplyst herom samt virkningen heraf. Det vil sige, at kautionisten skal oplyses om, at lånet er finansieret på den nævnte måde, og at dette betyder, at den tidsmæssige begrænsning af kautionsforpligtelsen ikke finder anvendelse.

2.5. Bør manglende årlig underretning om størrelsen på den kautionssikrede fordring sanktioneres med straf?

Udvalget har overvejet, om de nugældende bestemmelser i § 48, stk. 7, i lov om finansiel virksomhed og god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 3, bør sanktioneres med straf. Bestemmelserne foreskriver, at kunden skal modtage en årlig underretning om størrelsen på den kautionssikrede fordring. Overtrædelse af denne regel er ikke strafsanktioneret i dag.

Det er udvalgets opfattelse, at det ikke er hensigtsmæssigt, at manglende efterlevelse af disse regler strafsanktioneres. Såfremt et penge- eller realkreditinstitut systematisk undlader at udsende den årlige underretning, bør dette sanktioneres med påtaler og påbud.

Udvalget finder endvidere, at bekendtgørelsens § 22, stk. 3, bør ophæves, da udvalget foreslår § 48, stk. 7, udvidet til også at omfatte realkreditinstitutter jf. ovenfor.

2.6 Indførelse af en betænkningstid før påtagelse af kaution og tredjemandspant

Udvalget har overvejet, om der bør indføres en betænkningstid for forbrugere, der overvejer at afgive et kautionssløfte eller stille tredjemandspant. En sådan betænkningstid kunne fx være 5 dage.

Udvalget finder, at den eksisterende retstilstand uden en obligatorisk betænkningstid sikrer fleksibilitet i forbindelse med indgåelse af aftaler om finansielle produkter, så forbrugere fx i forbindelse med huskøb har mulighed for hurtigt at få finansieringen på plads.

Det er endvidere udvalgets opfattelse, at forbrugerne selv har et ansvar for kun at indgå aftaler, som er fornuftige ud fra den enkelte forbrugers egen situation. Forbrugerne har i den forbindelse selv et ansvar for at vurdere den information, som forbrugeren får stillet til rådighed. Udvalget finder derfor, at forbrugeren selv har et ansvar for ikke at indgå en kautionsaftale eller en aftale om at stille tredjemandspant, hvis den pågældende ikke har haft tilstrækkelig tid til at sætte sig ind i de informationer, som er modtaget.

Det er på den baggrund udvalgets opfattelse, at der ikke ved lov bør indføres en betænkningstid for forbrugere, der overvejer at afgive et kautionssløfte eller stille tredjemandspant.

3. Anbefalinger vedrørende god skik bekendtgørelsen

3.1. Bør erhvervsdrivende have krav på en saglig begrundelse, hvis en aftale opsiges?

Udvalget har drøftet om god skik bekendtgørelsens § 6, stk. 5, om forpligtelsen til at give saglige begrundelser af opsigelser af aftaler med finansielle virksomheder, også bør gælde for erhvervsdrivende.

Udvalget bemærker, at der allerede i dag på forsikringsområdet, jf. forsikringsaftalelovens § 3 b, findes en forpligtelse til at give en begrundelse, hvis et selskab afslår at tegne en forsikring eller opsiger en forsikringsaftale. Forsikringsaftalelovens § 3 b stiller dog ikke et udtrykkeligt krav om, at denne begrundelse skal være saglig. Udvalget bemærker i den forbindelse, at forsikringer typisk er etårige med en klausul om, at disse forlænges, medmindre forsikringen opsiges af selskabet eller forsikringstageren med et i aftalen nærmere bestemt varsel.

En begrundelsespligt giver en kunde 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. En begrundelsespligt vil endvidere give kunden et kvalificeret grundlag for at vurdere mulighederne for at indgå en tilsvarende aftale i en anden finansiell virksomhed. Endelig giver en begrundelsespligt kunden mulighed for at rette eventuelle misforståelser hos den finansielle virksomhed.

Det er udvalgets opfattelse, at der ikke synes at være vægtige argumenter for, at andre finansielle virksomheder end forsikringsselskaber ikke skulle være forpligtede til at give en begrundelse til en erhvervsdrivende, når den finansielle virksomhed opsiger en aftale med den pågældende.

Udvalget finder, at god skik bekendtgørelsens § 6, stk. 5, også bør finde anvendelse på finansielle virksomheders opsigelser af erhvervsdrivende kunder. God skik bekendtgørelsens § 1, stk. 3, 1. pkt. bør derfor affattes således:

"Stk. 3. § 3, § 4, stk. 1-3, § 6, stk. 5 og §§ 7-9 finder dog anvendelse på alle erhvervs-mæssige kundeforhold."

3.2. Rådgivning om skat, offentlige ydelser mv.

Udvalget har overvejet, om finansielle virksomheders forpligtelse til at rådgive om skattemæssige konsekvenser og konsekvenser i forhold til muligheden for at modtage offentlige ydelser i forbindelse med valg af finansielle produkter bør skærpes.

Udvalget bemærker, at finansielle dispositioner kan have store skatteretlige konsekvenser for den enkelte forbruger. Det er derfor nødvendigt, at forbrugeren er opmærksom på de skattemæssige konsekvenser, for at forbrugeren kan træffe en fuldt oplyst afgørelse om, hvilket finansielt produkt, det er mest hensigtsmæssigt at købe.

Udvalget er endvidere opmærksomt på, at finansielle dispositioner kan have betydning for en forbrugers mulighed for at modtage offentlige ydelser, fx efterløn og tillæg til folkepension.

Det er udvalgets opfattelse, at den gældende mulighed for at oplyse kunden efter god skik bekendtgørelsens § 12, om at en given disposition kan have konsekvenser af skatteretlig karakter og blot henvise kunden til anden rådgivning, ikke er hensigtsmæssig. En række kunder med lav indkomst har typisk ikke mulighed for at købe sig til rådgivning om disse forhold. Den nuværende regulering kan derfor i praksis medføre, at lavindkomstgrupper ikke får oplysninger om skattemæssige konsekvenser, selvom det kan have væsentlig betydning for deres beslutning om, hvilke finansielle produkter, de bør indgå aftale om.

Det er derfor udvalgets opfattelse, at det bør være en del af god skik forpligtelsen, at en finansiel virksomhed oplyser om skatteregler som led i rådgivningen af sine kunder.

Udvalget foreslår derfor, 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.

Der er endvidere udvalgets opfattelse, at finansielle virksomheder i dag i vidt omfang oplyser deres kunder om de konsekvenser, som en finansiel disposition kan have for kundens muligheder for at modtage offentlige tilskud eller andre økonomiske fordele. Det vil sige ydelser, der indgår i den enkelte forbrugers forsørgelse, som fx folkepension. Det er imidlertid udvalgets opfattelse, at det er tiltrækkeligt, at finansielle virksomheder er forpligtede til enten at rådgive om disse forhold eller henvise forbrugeren til anden rådgivning, fordi en finansiel virksomhed ikke bør være forpligtet til at sikre, at forbruger opnår adgang til flest mulige offentlige ydelser. Det er derfor udvalgets opfattelse, at den nuværende affattelse af god skik bekendtgørelsens § 12, stk. 2, som udgangspunkt er tilstrækkelig, fordi denne bestemmelse fastslår, at en finansiel virksomhed enten skal rådgive om disse forhold eller henvise til anden rådgivning. Udvalget foreslår dog en mindre skærpelse af denne 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.

Udvalget foreslår på den baggrund, at § 12 i god skik bekendtgørelsen affattes således:

”§ 12. En finansiel virksomhed skal som led i sin rådgivning oplyse om konsekvenser af de skatteregler, som er relevante for kunden i forhold til de produkter og ydelser, som rådgivningen omfatter. Hvis den finansielle virksomhed er eller bliver opmærksom på andre skatteretlige spørgsmål, skal den finansielle virksomhed henvise kunden til anden rådgivning herom, såfremt den ikke rådgiver om disse spørgsmål.

Stk. 2. Hvis en finansiel virksomhed rådgiver om forhold, som kan være af væsentlig økonomisk betydning for kundens muligheder for at modtage offentlige tilskud eller andre økonomiske fordele, og den finansielle virksomhed er eller burde være opmærksom herpå, skal dette medtages i rådgivningen, eller kunden skal henvises til anden rådgivning.”

3.3. Rådgivning i forhold til svage kundegrupper, herunder unge

Udvalget har drøftet, om der er behov for at stille særlige krav til rådgivningen af svage kundegrupper om køb af finansielle produkter. Begrebet svage kundegrupper omfatter i denne forbindelse børn og unge, men er ikke begrænset hertil. Også andre kundegrupper som fx alderdomssvækkede og meget bogligt svage kan betegnes som en svag kundegruppe, fordi disse grupper kan have vanskeligt ved at tilegne sig og forstå det informationsmateriale, som ofte indgår i rådgivning.

Udvalget er enig i, at der bør tages særligt hensyn til svage kundegrupper, herunder unge, både i forbindelse med finansielle virksomheders markedsføring og i forbindelse med deres rådgivning. Dette betyder, at udformningen af markedsføring bør være udformet efter den

konkrete modtagergruppe. Rådgivningen bør ligeledes tilpasses individuelt efter den enkelte forbrugers forhold. Dette er nødvendigt for at sikre, at rådgivningen kan tilgodese den enkelte forbrugers interesser og give kunden et godt grundlag for at træffe sin beslutning, jf. god skik bekendtgørelsens § 7, stk. 3.

Udvalget har overvejet, om der bør indføres en særlig bestemmelse svarende til markedsføringslovens § 8, stk. 1,¹ som dog omfatter alle svage kundegrupper, eller om der bør indføres en bestemmelse, som kun omfatter børn og unge, ligesom markedsføringslovens tilsvarende bestemmelse.

Det er udvalgets opfattelse, at det er vanskeligt at udforme en retsregel, som angiver hvilke særlige forhold, der skal tages ved rådgivning af fx en ordblind eller en alderdomssvækket person, ligesom det vil kunne være vanskeligt at afgrænse denne gruppe af personer. Det er udvalgets opfattelse, at mere præcis normering af rådgivningen af svage kundegrupper, bortset fra unge, vil kunne gennemføres mest hensigtsmæssigt ved, at det i vejledningen til god skik bekendtgørelsen og investorbeskyttelsesbekendtgørelsen udtrykkeligt anføres, at rådgivning af svage kundegrupper skal tage hensyn til disse kundegrupperes særlige forhold.

Derfor finder udvalget, at der bør indsættes en ny bestemmelse i god skik bekendtgørelsen, som er udformet med udgangspunkt i markedsføringslovens § 8, for så vidt angår børn og unge, dvs. personer under 18 år. En sådan bestemmelse vil endvidere afspejle ankenævnspraksis, som fastslår, at der er en særlig rådgivningsforpligtelse i forhold til børn og unge. Udvalget bemærker i den forbindelse, at rådgivning om garantbeviser er omfattet af god skik bekendtgørelsen.

Udvalget finder, at en bestemmelse om børn og unge kan udformes 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.”

4. Anbefalinger om erstatning for tab i forbindelse med rådgivning

4.1. Forslag til en ny bestemmelse om samspil mellem regler om rådgivning og erstatningsansvar

Udvalget har drøftet, om der er behov for en lovgivningsmæssig regulering af betydningen af de offentligretlige regler om rådgivning i forbindelse med vurderingen af, om en finansiel virksomhed ifalder erstatningsansvar, eller om overtrædelsen har aftaleretlige konsekvenser.

Det er udvalgets opfattelse, at bemærkningerne i vejledningen til god skik bekendtgørelsen om forholdet mellem god skik bekendtgørelsen på den ene side og civilretten på den anden side ikke er udtryk for en dækkende beskrivelse af retstilstanden. Udvalget har i den forbindelse lagt vægt på, at det fremgår af ankenævns- og domspraksis, at overtrædelser af offentligretlige regler tillægges stigende betydning ved vurderingen af, om en finansiel virksomhed ifalder erstatningsansvar.

¹ Markedsføringslovens § 8, stk. 1, har følgende ordlyd: ”Markedsføring rettet mod børn og unge skal være udformet med særlig hensyntagen til børns og unges naturlige godtroenhed og manglende erfaring og kritiske sans, som bevirker, at de er lette at påvirke og nemme at præge.”

Det er derfor udvalgets opfattelse, at den nævnte passus i vejledningen til god skik bekendtgørelsen bør udgå, fordi den vil kunne give anledning til misforståelser i forhold til samspillet mellem offentligret og civilret.

Udvalget har endvidere overvejet, om der bør indsættes en udtrykkelig bestemmelse i lovgivningen, der fastslår, at overtrædelser af god skik bekendtgørelsen og investorbeskyttelsesbekendtgørelsen som udgangspunkt har betydning for vurderingen af, om der er grundlag for et eventuelt erstatningsansvar.

Det er udvalgets opfattelse, at der bør 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.

Udvalget har overvejet, om det forhold, at det allerede følger af gældende ret, herunder rets- og ankenævnspraksis, at overtrædelser af offentligretlige regler kan tillægges betydning ved vurderingen af, om en finansiel virksomhed ifalder erstatningsansvar, medfører, at en bestemmelse svarende til markedsføringslovens § 20, stk. 2, er overflødig.

Udvalget bemærker i den forbindelse, at det synes at have været udgangspunktet på dette område, at offentligretlige regler ikke har haft betydning for den erstatningsretlige ansvars-vurdering. Ankenævnet har også først inden for de seneste år inddraget overtrædelser af offentligretlige regler ved culpavurderingen. Endvidere har Højesteret i 2013 haft lejlighed til at udtale sig om spørgsmålet om manglende overholdelse af offentligretlige forskrifter i forhold til bedømmelse af et muligt erstatningsansvar. En lovregel svarende til markedsføringslovens § 20, stk. 2, vil være en videreførelse af denne, nyere praksis. En sådan lovregel vil desuden skabe en klar retstilstand og indebære en processuel lettelse for sagsøgere, når de mødes med en påstand om, at offentligretlige regler ikke kan påberåbes i forbindelse med erstatningsretlige sager. Reglen vil hermed øge den reelle forbrugerbeskyttelse.

Udvalget foreslår, at der indsættes en bestemmelse svarende til markedsføringslovens § 20, stk. 2, i selve loven, og at bestemmelsen affattes 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.

Det vil sige, at de almindelige erstatningsretlige betingelser skal være opfyldt. Den finansielle virksomhed skal således 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. Den tilsidesatte regel må endvidere have private interesser som beskyttelsesformål.

Den foreslåede bestemmelse vil derfor alene have betydning for vurderingen af, om det

fornødne ansvarsgrundlag er til stede. Bestemmelsen berører derimod ikke de øvrige erstatningsretlige betingelser, herunder kravet om årsagssammenhæng, adækvans og betingelsen om, at der skal være lidt et tab, som skal være opfyldt, før virksomheden ifalder erstatningsansvar.

Det vil bero på en konkret vurdering hos domstolene eller ved de finansielle ankenævn, om en overtrædelse af reglerne i god skik bekendtgørelsen eller investorbekendtgørelsen medfører erstatningsansvar. Det vil fx næppe i sig selv kunne medføre erstatningsansvar, hvis der ikke er givet oplysninger om en værdipapirhandlers navn jf. investorbekendtgørelsens § 11, stk. 1, nr. 1, blandt andet fordi denne regel må betragtes som en ren ordensforskrift, ligesom kravet om årsagssammenhæng ikke vil være opfyldt. Derimod vil en manglende egnethedstest jf. den samme bekendtgørelses § 16 kunne tillægges betydelig vægt ved vurderingen af om, en finansiell virksomhed ifalder erstatningsansvar.

Udvalget har overvejet, om bestemmelsen burde udvides til også at omfatte mulige aftaleretlige konsekvenser af tilsidesættelse af offentligretlige regler.

Udvalget finder imidlertid ikke behov for en særregulering af dette spørgsmål. Hertil kommer, at udvalget ikke er bekendt med eksempler på, at sådanne overtrædelser i dansk ret har haft direkte konsekvenser for den aftaleretlige vurdering fx spørgsmålet om ugyldighed. Som nævnt i kapitel 5, afsnit 1.2. er der derimod i norsk ret eksempler på, at mangelfuld rådgivning kan medføre ugyldighed.

Det er udvalgets opfattelse, at ankenævnene og domstolene ligesom i dag bør have mulighed for at anvende aftaleretlige sanktioner ved overtrædelse af god skik bekendtgørelsen og investorbekendtgørelsen, såfremt betingelserne herfor er opfyldt. Det er imidlertid udvalgets opfattelse, at dette mest hensigtsmæssigt reguleres af de eksisterende regler i aftaleloven, og at det ikke som i relation til erstatningsansvaret bør etableres som et generelt, lovbasert udgangspunkt, at de offentligretlige regler er relevante. Hvorvidt en handling i strid med de nævnte bekendtgørelser medfører aftaleretlige konsekvenser bør således afhænge af dansk rets almindelige aftaleretlige regler, herunder aftalelovens § 36 og § 38 c. En lovbestemmelse herom er ufornøden.

Finanstilsynet fører tilsyn med, at reglerne i de to bekendtgørelser bliver fulgt. Hvor dette ikke er tilfældet, har tilsynet mulighed for at udstede påbud eller udforme påtaler i forbindelse med overtrædelserne. I disse tilfælde vil der foreligge en afgørelse fra en offentlig tilsynsmyndighed, der fastslår, at der foreligger en overtrædelse. En sådan afgørelse vil naturligt kunne støtte vurderingen af, om der ifaldes erstatningsansvar eller statueres aftaleretlig ugyldighed. Udvalget finder, at det er væsentligt at understrege, at ankenævnene og domstolene ikke er forpligtede til at afvente en tilsynsafgørelse for at kunne træffe afgørelse i en sag, hvor der fx er nedlagt påstand om erstatning for rådgivning i strid med de nævnte bekendtgørelser. Udvalget bemærker endvidere, at den foreslåede bestemmelse ikke medfører yderligere beføjelser for Finanstilsynet.

4.2. Overvejelser om bevisbyrde ved erstatning for tab i forbindelse med mangelfuld rådgivning

Udvalget har drøftet, om der er behov for at indføre skærpede bevisbyrderegler ved vurderingen af, om en finansiell virksomhed ifalder erstatningsansvar som følge af mangelfuld eller fejlagtig rådgivning i forbindelse med køb af finansielle produkter. Som grundlag herfor

har udvalget vurderet, om de eksisterende bevisbyrderegler ved erstatning for tab på finansielle produkter giver et tilstrækkeligt værn særligt i situationer, hvor rådgivningsreglerne ikke er fulgt.

Det er udvalgets opfattelse, at spørgsmålet om, hvem der bærer bevisbyrden har vist sig at have stor betydning i de sager, som er undersøgt.² Et betydeligt antal sager om rådgivning ved ankenævnene er afgjort til den finansielle virksomheds fordel med den begrundelse, at klageren ikke har godtgjort, at virksomheden har begået fejl eller forsømmelser, der har kunnet medføre et erstatningsansvar. I de sager, hvor ankenævnene - primært i de senere år - har anvendt omvendt bevisbyrde, er resultatet derimod næsten altid faldet ud til kundens fordel, idet den finansielle virksomhed ikke har været i stand til at løfte bevisbyrden, det vil sige, bevise at der i den konkrete sag er ydet tilstrækkelig rådgivning. Det er derfor udvalgets opfattelse, at spørgsmålet om, hvem der har bevisbyrden, har stor betydning for brugernes retsstilling og dermed forbrugerbeskyttelsen.

Udvalget finder, at de finansielle virksomheder er underlagt en omfattende og detaljeret rådgivningsforpligtelse, både når der ydes rådgivning omfattet af reglerne om god skik for finansielle virksomheder og investorbekendtgørelsen.

Det er udvalgets opfattelse, at de finansielle virksomheder i overensstemmelse med gældende ret er nærmest til at dokumentere den rådgivning, som de har ydet.

Udvalget noterer sig, at den finansielle sektor er underlagt et professionsansvar, og at reglerne om god skik og investorbekendtgørelsen ifølge praksis indgår ved fastlæggelse af dette professionsansvars indhold. Udvalget bemærker endvidere, at udvalget med sit forslag i afsnit 4.1. tydeliggør denne sammenhæng mellem reglerne om god skik og investorbekendtgørelsen og fastlæggelsen af professionsansvarets indhold. Overtrædelse af reglerne i disse regelsæt vil i overensstemmelse med praksis kunne have betydning for, hvem der i praksis skal have bevisbyrden.

Udvalget noterer sig, at der i praksis som et udgangspunkt anvendes ligefrem bevisbyrde ved afgørelsen af sager om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter, hvilket er i overensstemmelse med udgangspunktet i dansk ret.

Udvalget noterer sig endvidere, at bevisbyrden i både domstolspraksis og praksis hos de finansielle ankenævn, særligt Pengeinstitutankenævnet, er blevet vendt i en række tilfælde. Ankenævnene og domstolene har eksempelvis vendt eller lempet bevisbyrden i situationer, hvor pengeinstitutter ikke har overholdt de offentligretlige regler om forbrugerbeskyttelse, hvor Finanstilsynet har afgivet påtaler til pengeinstitutterne, samt hvor det skriftlige materiale til forbrugeren viser sig ikke at være tilstrækkeligt dækkende. Det er udvalgets opfattelse, at denne praksis af hensyn til forbrugerbeskyttelsen, er afgørende, fordi den sikrer, at forbrugere får et tilstrækkeligt erstatningsretligt værn i de situationer, hvor rådgivningsreglerne ikke er fulgt. Som eksempel kan udvalget nævne, at bevisbyrden er blevet vendt i sager om investeringer i komplekse produkter, uanset at forbrugeren ikke har relevant investeringserfaring, eller sager, hvor investeringerne er sket i modstrid med kundens risikoprofil.

² Se nærmere i kapitel 3.

Det er endvidere udvalgets opfattelse, at en praksisudvikling af omvendt bevisbyrde udgør en fleksibel og dynamisk måde at sikre forbrugerne adgang til erstatning, fordi dette giver ankenævn og domstole mulighed for efter en konkret vurdering af forholdene i de forelagte sager at træffe afgørelse om, hvem der bør bære bevisbyrden.

Under henvisning til at behovet for anvendelse af omvendt bevisbyrde bør være et fleksibelt og dynamisk instrument, finder udvalget ikke, at anvendelsen af omvendt bevisbyrde bør begrænses til de tilfælde, der aktuelt fremgår af anke- og domstolspraksis.

Det er udvalgets opfattelse, at den nuværende praksis med en fri bevisbyrdevurdering, der medfører anvendelse af omvendt bevisbyrde i særlige tilfælde, er hensigtsmæssig og afgørende. Udvalget har stor tiltro til, at ankenævnene og domstolene også i deres fremtidige retsudøvelse vil være indstillede på at vende bevisbyrden i sager, hvor der i fremtiden måtte opstå et behov herfor. Herved sikres det, at bevisbyrden bliver vendt om i de tilfælde, hvor der er behov for at vende bevisbyrden.

Ved ankenævnene sker der en skriftlig behandling af sagerne, og det er derfor ikke altid muligt at foretage en fuldstændig oplysning af de faktiske hændelsesforløb. Udvalget finder, at en klar og generel lovregel om anvendelse af omvendt bevisbyrde vil kunne medføre, at et større antal sager vil blive indbragt for domstolene, hvor der er mulighed for en mere omfangsrig bevisførelse, herunder i form af parts- og vidneforklaringer. Som eksempel kan nævnes, at der ved brug af vidner vil kunne føres bevis for, at en der er gennemført tilstrækkelig rådgivning uanset, at der i det konkrete tilfælde ikke foreligger skriftlig dokumentation herfor. Dette vil kunne medføre, at flere af nævnets afgørelser vil blive ændret ved domstolene på grund af bevisførelsen. En generel lovregel om omvendt bevisbyrde vil derfor kunne være procesforlængende og medføre, at domstolene i højere grad når til et andet resultat end ankenævnene.

Det kan efter udvalgets vurdering ikke afvises, at den nugældende praksis, hvor der i visse tilfælde anvendes omvendt bevisbyrde, også vil kunne være procesforlængende. Såfremt dette skulle være tilfældet, vil det dog være acceptabelt i lyset af disse sagers særlige karakter.

Udvalget har desuden overvejet, om der bør indføres en lovregulering af omvendt bevisbyrde i nogle klart afgrænsede særlige tilfælde. Det er udvalgets opfattelse, at en sådan regel vil kunne opfattes som udtømmende, så der udenfor denne regels anvendelsesområde altid anvendes ligefrem bevisbyrde. Da udvalget som nævnt ovenfor finder, at en praksisudvikling af omvendt bevisbyrde udgør en fleksibel og dynamisk måde at sikre forbrugerne adgang til erstatning, er det udvalgets opfattelse, at der ikke bør indføres en lovregulering af omvendt bevisbyrde i særlige tilfælde.

Det er på den baggrund 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, ligesom udvalget ikke finder, at der bør indføres en lovregulering af omvendt bevisbyrde i særlige tilfælde. Udvalget lægger i den forbindelse afgørende vægt på, at den nuværende praksis fastholdes og vil kunne skærpes, hvis sagerne fremover måtte vise et behov for at øge anvendelsen af omvendt bevisbyrde.

Kapitel 3 – Gældende ret vedrørende rådgivning om finansielle produkter

I dette kapitel gennemgås gældende ret vedrørende rådgivning om finansielle produkter. I afsnit 1. gøres der enkelte retskildemæssige overvejelser vedrørende fastlæggelsen af gældende ret og identifikationen af områder med mangelfuld beskyttelse af forbrugerne. I afsnit 2. foretages en gennemgang af de væsentligste regler i den eksisterende lovgivning med betydning for rådgivning om finansielle produkter. I afsnit 3. foretages en gennemgang af de gældende erstatningsretlige regler og praksis i forbindelse med tab som følge af mangelfuld eller fejlagtig rådgivning i Danmark. Denne gennemgang sker primært på baggrund af et betydeligt antal sager for de finansielle ankenævne, særligt Pengeinstitutankenævnet.

1. Retskildemæssige overvejelser

Gældende ret vedrørende rådgivning om finansielle produkter består først og fremmest af de traditionelle retskilder: lovgivning, bekendtgørelser, vejledninger, retspraksis og den juridiske teori. Hertil kommer en stigende EU-retlig regulering i form af direktiver og forordninger.

Ved fastlæggelsen af gældende ret på det finansielle område er der kun en sparsom retspraksis, hvorimod særligt Pengeinstitutankenævnet har en righoldig praksis, som vil indgå i beskrivelsen af gældende ret nedenfor, særligt i forbindelse med afdækningen af hvilke erstatningsretlige regler, der gælder på dette område.

Der vil derfor i dette afsnit blive foretaget retskildemæssige overvejelser over, i hvilket omfang Pengeinstitutankenævnets og de øvrige finansielle ankenævns kendelser har en retskildemæssig værdi.

Pengeinstitutankenævnets kendelser er ikke bindende. Det betyder, at hvis en finansiell virksomhed ikke ønsker at være bundet af afgørelsen, der går den pågældende imod, skal den pågældende skriftligt meddele dette til nævnet inden en frist på 30 dage fra forkyndelsen af afgørelsen. Forholder den finansielle virksomhed sig passivt, vil afgørelsen efter udløbet af fristen kunne tvangsfuldbyrdes. Forbrugeren har herefter mulighed for at gå til fogedretten og få inddrevet det beløb, som den erhvervsdrivende skal betale ifølge afgørelsen. Den erhvervsdrivende skal efter loven oplyses om sin retsstilling i forbindelse med forkyndelsen jf. § 4 i lov om forbrugerklager.

Selvom Pengeinstitutankenævnets kendelser ikke er bindende, kan disse dog anses for at være et kvalificeret råd til parterne om, hvordan en konflikt skal løses. Dette skyldes, at ankenævnet er sammensat med ligelig repræsentation fra pengeinstitutsiden og forbrugersiden samt en uvildig formand eller næstformand, der opfylder betingelserne for udnævnelse til landsdommer. Det må endvidere lægges til grund, at Pengeinstitutankenævnet må antages at ville følge sin egen praksis, hvilket medfører ensartethed og forudsigelighed i retsanvendelsen.

Ankenævnets afgørelser offentliggøres og kommer derfor til hele branchens kendskab. Hertil

kommer, at i hvert fald enstemmige afgørelser fra ankenævnet normalt følges af hele branchen. Dette er af særlig betydning, fordi der på det forbrugerretlige område kun forekommer en sparsom retspraksis. Det betyder, at Pengeinstitutankenævnet kommer til at spille en særlig rolle ved udfyldelsen af de retlige standarder, som i vidt omfang finder anvendelse på forbrugerområdet. Som eksempel kan nævnes reglerne i aftalelovens § 36 om urimelige aftalevilkår. Men også ved fortolkningen af mere præcist formulerede regler kan Pengeinstitutankenævnet yde væsentlige bidrag, som eksempel kan nævnes sager vedrørende den tidligere betalingskortlov.

Vurderingen af i hvilket omfang en afgørelse fra Pengeinstitutankenævnet har retskildemæssig værdi vil afhænge af det retlige spørgsmål, som ankenævnet tager stilling til. Hvis der er tale om et spørgsmål, som allerede er afgjort i lovgivning, retspraksis eller den juridiske teori, vil ankenævnets afgørelse her blot have karakter af retsanvendelse og ikke være retsskabende. Anderledes forholder det sig, hvor der er tale om et spørgsmål, som ikke har fundet en løsning i de sædvanlige retskilder. Her vil ankenævnets afgørelse kunne bidrage til at afklare tvivlsspørgsmål.

Som anført følger branchen som udgangspunkt normalt ankenævnets enstemmige afgørelser. Hvor der er tale om, at ankenævnet underkender et pengeinstituts generelle forretningsbetingelser eller et instituts praksis, vil pengeinstituttet derfor typisk ændre sine forretningsbetingelser eller sin praksis. Dette medfører, at en afgørelse vil kunne få konsekvenser ikke blot i forhold til den kunde, der har indbragt sagen for ankenævnet men for samtlige kunder i det indklagede pengeinstitut. Hvor der er tale om et vilkår, som anvendes generelt i branchen vil afgørelsen kunne få konsekvenser for samtlige pengeinstitutters kunder.

Det må antages, at det har indflydelse på den retskildemæssige værdi af Pengeinstitutankenævnets afgørelse i hvilket omfang branchen følger nævnets afgørelser.

I det omfang et pengeinstitut ikke følger en afgørelse, er det op til forbrugeren at indbringe sagen for domstolene. For at sikre, at en forbruger i dette tilfælde ikke af økonomiske årsager afholder sig fra at føre en retssag mod den erhvervsdrivende, er der indført hjemmel til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan dække forbrugerens udgifter i forbindelse med retssagen jf. § 4e i lov om forbrugerklager. Der er derfor fastsat et regelsæt som sikrer, at der vil kunne ske en prøvelse af ankenævnets afgørelser, som ikke følges af branchen.

Siden 1988 er der indbragt 47 sager for domstolene, hvor Pengeinstitutankenævnet havde givet kunden medhold, I de 29 af disse sager fik kunden medhold ved domstolene, mens det modsatte var tilfældet i 16 sager. De resterende 2 sager blev forligt, inden der blev afsagt dom. Endelig er 10 sager fra Pengeinstitutankenævnet, hvor kunden ikke fik medhold ved Ankenævnet, efterfølgende indbragt for domstolene af kunden. I 8 af disse opretholdtes Ankenævnets afgørelse, således af kunden ej heller fik medhold ved domstolene. I to sager fik kunden derimod medhold ved domstolene.

Hertil kommer, at den nuværende formand for Pengeinstitutankenævnet – højesteretsdommer Vibeke Rønne - har tilkendegivet overfor udvalget, at det er en grundlæggende præmis for arbejdet i nævnet, at kendelserne skal kunne "holde til" prøvelse ved domstolene, dvs. at det er målet, at domstolene vil nå til samme resultat som ankenævnet, hvis grundlaget er det samme.

Dette domstolsperspektiv bidrager også til at tillægge pengeinstitutankenævnets kendelser retskildemæssig værdi.³

2. Gennemgang af de væsentligste regler i den eksisterende lovgivning med betydning for rådgivning om finansielle produkter

I dette afsnit gives et kortfattet gennemgang af de væsentligste regler i den eksisterende lovgivning, som har betydning for fastsættelsen af de forpligtelser en finansiell virksomhed har ved rådgivningen om finansielle produkter. På dette sted foretages udelukkende en gennemgang af de offentligretlige regler i den finansielle lovgivning. For en mere detaljeret gennemgang af de gennemgåede offentligretlige regler henvises til bilag 5. I dette bilag gives endvidere en gennemgang af bl.a. civilretlige love på det finansielle område samt regler om klageadgang. For en nærmere gennemgang af reglerne om kaution henvises til bilag 2, som er udarbejdet af professor, lic., jur. Hans Viggo Godsk Pedersen.

2.1. Bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder⁴

2.1.1. Anvendelsesområde

God skik bekendtgørelsen finder jf. § 1, stk. 1, anvendelse på alle finansielle virksomheder,⁵ som driver virksomhed i Danmark, herunder gennem filialetablering eller grænseoverskridende tjenesteydelsesvirksomhed.

God skik bekendtgørelsen er som udgangspunkt kun gældende for private kundeforhold og erhvervsmæssige kundeforhold, hvis disse ikke adskiller sig væsentlig fra et privatkundeforhold jf. § 1, stk. 2. Dette anvendelsesområde svarer til det, som kendes fra de finansielle ankenævn.

Det fremgår af vejledningen til god skik bekendtgørelsen, at manglende overholdelse af bekendtgørelsens regler ikke i sig selv har civilretlige konsekvenser. Det fremgår dog af vejledningen, at manglende overholdelse af bekendtgørelsen vil kunne have afsmittende virkning på visse civilretlige spørgsmål og vil efter omstændighederne kunne indgå i vurderingen af, om en finansiell virksomhed efter dansk rets almindelige erstatningsretlige regler har handlet ansvarspådragende, eller om en aftale helt eller delvist skal ændres eller tilsidesættes efter aftalelovens regler.

Det vil være de finansielle ankenævn og domstolene, der i forbindelse med behandlingen af konkrete sager skal tage stilling til, om en overtrædelse af bekendtgørelsen kan udløse et civilretligt krav. Der henvises til afsnit 2.9. for en nærmere gennemgang af Forbrugerombudsmandens adgang til at anlægge retssager.

3 Fra forsikringsområdet kan der henvises til U 2012.3048 H, hvor Højesteret henviser til Forsikringsankenævnets praksis ved vurderingen af, om et olieudslip over få timer fra en tæret olietank kunne anses for at være et "pludseligt uheld" og dermed dækningsberettiget efter en erhvervsansvarsforsikring. Fra litteraturen kan der henvises til Nina Dietz Legind og Nis Jul Clausen, Betydningen af Pengeinstitutankenævnets praksis i forhold til nogle traditionelle obligationsretlige principper, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2013, s. 569 med henvisninger til dansk litteratur på området.

4 Bekendtgørelse nr. 928 af 28. juni 2013 om god skik for finansielle virksomheder. Bekendtgørelsen suppleres af vejledning nr. 9055 af 13. februar 2013 til bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder, investeringsforeninger mv.

5 Pengeinstitutter, realkreditinstitutter, fondsmæglerselskaber, investeringsforvaltningsselskaber og forsikrings-selskaber.

2.1.2. De generelle regler om god skik

Kapitel 2 i god skik bekendtgørelsen indeholder nogle generelle regler om god skik.

God skik bekendtgørelsens § 3 indeholder en generalklausul, hvorefter en finansiell virksomhed skal handle redeligt og loyalt over for sine kunder. Bestemmelsen er et supplement til § 43, stk. 1 i lov om finansiell virksomhed, som fastslår, at finansielle virksomheder skal drives i overensstemmelse med redelig forretningssskik og god praksis inden for virksomhedsområdet.

2.1.3. Rådgivning

Kapitel 3 i god skik bekendtgørelsen regulerer kravene til rådgivningen, som de finansielle virksomheder skal opfylde. §§ 7-9 i god skik bekendtgørelsen er en udmøntning af "kend din kunde"-princippet. Bestemmelserne⁶ skal samlet set sikre, at den finansielle virksomhed foretager en undersøgelse af kundens forhold forud for, at der ydes rådgivning. Derved sikres det, at rådgivningen kan tage udgangspunkt i kundens individuelle forhold.

God skik bekendtgørelsens § 7 stiller en række krav til finansielle virksomheders rådgivning. Den ydede rådgivning skal tilgodese kundens interesse og samtidig give kunden et godt beslutningsgrundlag, hvorfor rådgivningen skal være relevant, retvisende og fyldestgørelsen samt informere om risici. Rådgivningen skal til hver en tid opfylde den professionelle standard, som er gældende på det pågældende rådgivningsområde.

Rådgivning skal medfør af § 7, stk. 2, i god skik bekendtgørelsen gives efter anmodning, men i visse tilfælde skal den finansielle virksomhed af egen drift yde rådgivning. Der skal rådgives, hvis "omstændighederne tilsiger, at der er behov herfor." Det kan f.eks. være, når kunden har behov for rådgivning under en ekspedition eller i andre tilfælde, hvor rådgivningsbehovet viser sig ved anden kontakt med den finansielle virksomhed.

Det følger endvidere af § 7 i god skik bekendtgørelsen, at en finansiell virksomhed altid skal yde rådgivning før et pengeinstitut eller realkreditinstitut indgår aftale om et lån med sikkerhed i fast ejendom.

§ 8 i god skik bekendtgørelsen stiller krav om, at den finansielle virksomhed skal sætte sig ind i kundens forhold og økonomi forud for rådgivningen. Dette vil blandt andet omfatte kundens økonomiske situation, erfaring med de relevante finansielle ydelser, formålet med at få ydelsen leveret samt risikovillighed.

Informationsindsamlingen efter god skik bekendtgørelsens § 8 danner grundlaget for rådgivningen efter bekendtgørelsens § 9. Rådgivningen skal tage udgangspunkt i de indsamlede oplysninger og den finansielle virksomhed skal desuden anmode kunden om at opdatere de tidligere efter § 8 indhentede oplysninger.

2.1.3.1. Særlige regler om rådgivning om lån med sikkerhed i fast ejendom

§§ 14 og 15 i god skik bekendtgørelsen stiller nogle yderligere krav til pengeinstitutter og realkreditinstitutter i forbindelse med aftale om et lån med sikkerhed i fast ejendom.

⁶ Reglerne suppleres af kreditaftalelovens § 7a, stk. 8, som indeholder en forklaringspligt for en kreditgiver eller kreditformidler, der skal sikre, at forbrugeren er i stand til at vurdere, om den foreslåede kreditaftale passer til vedkommendes behov og finansielle situation.

Ifølge § 14 i god skik bekendtgørelsen skal kunden informeres om relevante produkttyper på markedet og om fordele og ulemper ved disse, jf. bekendtgørelsens § 10.

For lån, der udbydes af instituttet eller formidles for andre institutter, og som kan dække kundens behov, skal der jf. § 14, stk. 2, ved rådgivningen gives en række forudbestemte oplysninger f.eks. de årlige omkostninger i procent på rådgivningstidspunktet ved de relevante lån, opsigelses- og indfrielsesvilkår samt instituttets normale prismæssige vilkår for dets kunder for de relevante lån.

Det følger af § 15 i god skik bekendtgørelsen, at kunden skal bekræfte modtagelsen af de forudbestemte oplysninger, som er beskrevet oven for. Instituttet skal på tilsvarende måde bekræfte oplysningerne. Bekræftelsen skal ske senest ved indgåelse af aftalen om lån med sikkerhed i fast ejendom og ske ved anvendelse af standardskemaet i bilag 2 eller 3 til god skik bekendtgørelsen.

2.1.4. Særlig interesse

God skik bekendtgørelsens § 11, stk. 1, pålægger finansielle virksomheder en oplysningspligt i situationer, hvor der kan foreligge særlige interesse ved pengeinstitutternes varetagelse af såvel rådgivningsmæssige som salgsmæssige funktioner. Bestemmelsens sigte er derfor de situationer, hvor der kan være en modsætning mellem kundens interesse i rådgivningssituationen og den finansielle virksomheds interesse i at sælge sine produkter.

Der er eksempelvis tale om særlig interesse, hvis den ekspederende medarbejder/rådgiver modtager salgafhængige bonusordninger eller andre former for præstationsaflynninger. I disse situationer er den ekspederende medarbejder/rådgiver forpligtet til at informere om dennes interesse i afsætningen af et produkt.

For pengeinstitutter vil der være tale om en særlig interesse, hvis et pengeinstitut udbyder ansvarlig kapital udstedt af pengeinstituttet selv. Den finansielle virksomheds interesse i den almindelige indtjening er dog ikke omfattet af oplysningsforpligtelsen.

§ 11, stk. 2, indebærer en forpligtelse for finansielle virksomheder til at gøre kunderne opmærksomme på modtagelse af eventuel provision eller andet vederlag som følge af formidlingen af produkter eller ydelser. Finansielle virksomheder skal sikre sig, at kunder, der uden forudgående rådgivning, indgår aftale om køb af finansielle ydelser informeres om, at virksomheden modtager provision for formidling af andres produkter. Dette gælder uanset, om der i den konkrete situation er ydet rådgivning eller ej. Information om provision kan gives i produktinformationsmateriale, ved specifik henvisning til relevante afsnit i almindelige forretningsbetingelser, i årlige oversigter som fx udsendes i forbindelse med årsopgørelsen, ved mundtlig oplysning eller lignende. Bestemmelsen forpligter ikke den finansielle virksomhed til at oplyse størrelsen af en eventuel provision.

2.1.5. Progressive fordelsprogrammer

God skik bekendtgørelsens § 21 indeholder et forbud mod at knytte et progressivt fordelsprogram til besiddelse af aktier i et pengeinstitut eller indskud af garantikapital. Det er dog tilladt, at der for opnåelse af kundefordele stilles krav om besiddelse af aktier eller indskud af garantikapital, hvis værdien af en aktiebesiddelse eller et indskud af garantikapital ikke overstiger 30.000 kr. på tidspunktet for kundens indtræden i fordelsprogrammet.

2.1.6. Tilsyn og straffebestemmelse

Finanstilsynet har mulighed for at give påbud om berigtigelse af forhold, der er i strid med bestemmelserne i god skik bekendtgørelsen, jf. bekendtgørelsens § 35.

Det følger dernæst af god skik bekendtgørelsens § 36 at den, der undlader at efterkomme påbud efter bekendtgørelsens § 35, straffes med bøde. Overtrædelse af bestemmelserne i § 4, § 5, stk. 1 og 2 samt § 21 og § 34, straffes med bøde, medmindre højere straf er forskyldt efter anden lovgivning. Afslutningsvist fremgår det, at der kan pålægges selskaber m.v. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel.

2.2. Kautio⁷

2.2.1. Forbrugerrådet og Finansrådets aftale om kautio

Forbrugerrådet og Finansrådet indgik i 2001 en fælles holdning om kautio uden for erhvervsforhold. Det fremgår af denne aftale, at der ikke bør stilles kautio for gammel gæld.

Herudover skal pengeinstituttet til belysning af låntagers økonomi give kautionisten kopi af 1) seneste årsopgørelse fra skattevæsnet, 2) seneste tre lønsedler, samt 3) eventuelt det seneste årsregnskab, hvis der er tale om en virksomhed.

Er det ikke muligt for pengeinstituttet at skaffe det nævnte materiale, skal pengeinstituttet give kautionisten andet relevant materiale om låntagers økonomi. Endvidere rådes kautionisten til at spørge låntager om dennes økonomi, fx om der er gæld til andre pengeinstitutter, om der er store gældsposter i øvrigt, og hvor meget låntager har at leve for om måneden, når alle faste udgifter er betalt.

Aftalen mellem Finansrådet og Forbrugerrådet indeholder ingen angivelse om virkningen af manglende efterlevelse af bestemmelserne. Ved Pengeinstitutankenævnet synes der imidlertid at være en tilbøjelighed til at tilsidesætte kautionsforpligtelsen, når oplysningskravene ikke er opfyldt, med hjemmel i aftalelovens §§ 36 og 38 c.

For så vidt angår henstillingen om ikke at tage kautio for gammel gæld ligger det tilsyneladende fast i praksis, at en sådan er gyldig, når kautionisten klart er blevet gjort opmærksom på, at der er tale om kautio for gammel gæld.

2.2.2. § 48 i lov om finansiel virksomhed

§ 48 i lov om finansiel virksomhed indeholder en regulering af forskellige forhold i forbindelse med kautio. Bestemmelsen stiller i stk. 1-3 krav om, at kautionisten underrettes i tilfælde af restancer og henstand til en låntager uden kautionistens samtykke og fastlægger, at manglende iagttagelse af denne forpligtelse har civile retlige konsekvenser.

Såfremt underretningspligten ikke overholdes, kan kautionsforpligtelsen kun gøres gældende over for kautionisten for det beløb, som låntagerens gæld efter den sikrede fordring ville have udgjort, hvis låntageren havde betalt alle ydelser rettidigt indtil det tidspunkt, som ligger 3 måneder forud for det tidspunkt, hvor meddelelse gives. Det er ikke en forudsætning for en nedsættelse af en kautionsforpligtelse efter stk. 2, at kautionisten har lidt et tab på grund af den manglende meddelelse.

7 Som nævnt indledningsvist henvises der til bilag 2 for en nærmere gennemgang af reglerne om kautio.

Lov om finansiel virksomhed § 48 indeholder i stk. 4 en bestemmelse, hvorefter en kautiønist ikke kan hæfte for et beløb større end lånets hovedstol eller kredittens maksimum ved kautionsaftalens indgåelse. Herved begrænses omfanget af kautionsforpligtelsen. Reglen udelukker således, at hæftelsen forøges med renter og omkostninger ud over hovedstolen eller kredittens maksimum. Reglen udelukker ikke hæftelse for renter og omkostninger, men indtil lånet eller kreditten er blevet nedbragt, er der ikke plads til disse ydelser inden for rammen.

§ 48, stk. 5, stiller krav om, at kautionsaftaler ved privat kaution skal være skriftlige for at kunne gøres gældende. Dette stykke stiller således særlige krav til stiftelse af kautionen, da skriftlighedskravet ikke gælder for aftaler i almindelighed.

De nævnte bestemmelser i § 48 angiver selv, at manglende efterlevelse har civilretlig virkning. Stk. 4 indeholder direkte den virkning, at kravet ikke kan overstige hovedstolen eller maksimum for kreditten. Tilsvarende indeholder stk. 5 direkte den virkning, at kravet skal være skriftligt for at kunne gøres gældende.

§ 48, stk. 6, fastsætter, at en kautionsforpligtelse som udgangspunkt bortfalder efter 10 år. Kautioner for kreditter med variabelt beløb eller lån uden fast forfaldstidspunkt bortfalder dog efter 5 år. Det er i begge tilfælde en betingelse for bortfald, at kautionen ikke er gjort gældende inden for de nævnte tidsfrister. Når kautionen er gjort gældende, er det de almindelige forældelsesregler, der afgør, hvornår et krav bortfalder.

§ 48, stk. 7, foreskriver en årlig underretning om størrelsen på den kautionssikrede fordring. Overtrædelse af denne regel er ikke sanktioneret.

2.2.3. Bekendtgørelsen om god skik

Det følger af § 22, stk. 1, i bekendtgørelsen om god skik, at et penge- eller realkreditinstitut ikke må medvirke til ydelse af lån mod kaution, hvor kautionsforpligtelsen står i misforhold til kautionistens økonomi.

Hvor der er indgået en kautionsforpligtelse, som står i misforhold til kautionistens økonomi, vil denne i praksis blive reduceret efter aftalelovens § 36. Indtil videre synes det at ligge fast, at kaution fra personer med beskedne indkomster, vil kunne tilsidesættes, hvis den overstiger kautionistens formue ved påtagelsen af kautionsforpligtelsen. Det er dog muligt, at vurderingen vil være anderledes ved kautionister med større indkomster.

I § 22, stk. 2, er der en pligt for pengeinstituttet til at sikre sig, at kautionisten er informeret om indholdet og konsekvenserne af kautionsforpligtelsen, inden der indgås aftale om en kaution. Bestemmelsen kan opfattes som indeholdende såvel en generel informationspligt om kaution som en konkret informationspligt med hensyn til den konkrete låntagers forhold. Den generelle informationspligt opfyldes normalt ved udlevering af en pjece til kunden udarbejdet af Forbrugerrådet og Finansrådet. Denne pjece forklarer med almindelige ord, hvad kaution går ud på, og at det i sidste ende er kautionisten, der skal vurdere, om risikoen ved kaution er for stor. Den konkrete oplysningspligt kræver naturligvis nogle konkrete oplysninger om den aktuelle låntager, men det er ikke nærmere fastsat i bekendtgørelsen, hvilke oplysninger, der må kræves.

Som ved tilsidesættelse af oplysningsforpligtelser, som fremgår af Forbrugerrådets og Finansrådets aftale, synes der ved Pengeinstitutankenævnet at være en tilbøjelighed til at tilsidesætte kautionsforpligtelsen, når oplysningskravene i § 22, stk. 2, ikke er opfyldt under påberåbelse af aftalelovens §§ 36 og 38 c.

Der findes ikke i god skik bekendtgørelsen eller i anden lovgivning et udtrykkeligt krav om, at kautionisten skal oplyses om andre sikkerheder, der vil kunne begrænse kautionistens risiko. Er der tale om en sikkerhed, der er stillet af låntageren, vil sikkerheden nedsætte kautionistens tab. Det gælder, selv om kautionisten eventuelt måtte komme til at indfri hele gælden, idet kautionisten i så fald indtræder i retten til at søge fyldestgørelse i sikkerheden for sit regreskrav. Er der tale om et pant stillet af en tredjemand, vil kautionistens tab typisk også blive mindre, idet tabet i så fald normalt skal deles mellem de pågældende garantier. Når der er en sådan sikkerhed, og pengeinstituttet har flere forskellige fordringer mod låntageren, vil der kunne blive en konflikt mellem kautionisten og kreditor i forhold til denne sikkerhed, idet kreditor normalt har en interesse i at anvende sikkerheden for andre fordringer end den, kautionisten hæfter for, og kautionisten selvsagt har den modsatte interesse.

Der synes at være praksis hos domstolene og Pengeinstitutankenævnet for, at kautionisten kan få nedsat sin forpligtelse, hvis et pant, som denne kunne påregne regresretten til, anvendes til andet formål eller frigives. For at undgå det, må pengeinstituttet sikre sig et bevis for, at kautionisten er blevet gjort opmærksom på, at det har forbeholdt ret til at benytte et stillet pant til sikkerhed for andre fordringer.

2.3. Bekendtgørelsen om investorbekyttelse ved værdipapirhandel⁸

2.3.1. Anvendelsesområde

Investorbekyttelsesbekendtgørelsen finder anvendelse på værdipapirhandleres aktiviteter i Danmark, herunder gennem filialetablering eller grænseoverskridende virksomhed/aktiviteter jf. § 1. Værdipapirhandel og -handlere er derfor undtaget god skik bekendtgørelsen, jf. denne bekendtgørelses § 1, stk. 5. Investorbekyttelsesbekendtgørelsen gennemfører MiFID-direktivets regler om investorbekyttelse,⁹ og der kan som udgangspunkt ikke fastsættes nationale regler på de områder, som direktivet regulerer.

Ifølge investorbekyttelsesbekendtgørelsen forstås der ved investeringsrådgivning personlige anbefalinger til en kunde om transaktioner i tilknytning til finansielle instrumenter. Ved personlig anbefaling skal der forstås en anbefaling, der gives til en person i dennes egenkab af investor, som tager udgangspunkt i personens egne omstændigheder, og som udgør en anbefaling til at f.eks. købe eller sælge et bestemt finansielt instrument.

2.3.2. Kundekategorier

Investorbekyttelsesbekendtgørelsens § 4 bestemmer, at værdipapirhandlere skal inddele deres kunder i forskellige kundekategorier. Den enkelte kundekategori afgør, hvilken grad af beskyttelse investoren skal have. De objektive betingelser for inddelingen fremgår af bekendtgørelsens bilag 1 og 2.

⁸ Bekendtgørelse nr. 1583 af 18. december 2013 om investorbekyttelse ved værdipapirhandel. Bekendtgørelsen suppleres af vejledning nr. 55 af 18. juli 2011 til bekendtgørelse om investorbekyttelse ved værdipapirhandel.

⁹ Direktiv 2004/39/EF.

De tre kundekategorier er godkendte modparter, professionelle kunder og detailkunder. Detailkunderne nyder den største grad af beskyttelse, mens godkendte modparter nyder den mindste grad af beskyttelse.

Forbrugere vil blive placeret i kategorien detailkunder. Kategorien detailkunde er dog meget bredere end forbrugerbegrebet og omfatter i praksis næsten alle erhvervsvirksomheder.

Investorbeskyttelsesbekendtgørelsen fastsætter i § 4, stk. 4, at en detailkunde efter anmodning, og hvis vedkommende opfylder en nærmere opregnet række betingelser, vil blive behandlet som en professionel kunde.

2.3.3. Generelle regler om investorbeskyttelse

Som det er tilfældet for god skik bekendtgørelsen, indeholder investorbeskyttelsesbekendtgørelsen en generalklausul. Generalklausulen fremgår af investorbeskyttelsesbekendtgørelsen § 5 og bestemmer, at en værdipapirhandler skal handle redeligt og professionelt. Bestemmelsen er et supplement til § 43 i lov om finansiel virksomhed.

§ 7 i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen regulerer, hvornår værdipapirhandlere må modtage eller give præmiering i forbindelse med ydelse af investeringsservice eller accessoriske tjenesteydelser til en kunde. Ved præmiering forstås alle typer af gebyrer, kommissioner og andre ikke pengereleterede ydelser, som en værdipapirhandler modtager eller betaler i forbindelse med, at vedkommende yder investeringsservice eller yder accessoriske tjenesteydelser. Overordnet set sikrer bestemmelsen indsigt i og regulering af værdipapirhandlernes interesse i deres kunders værdipapirhandel.

Efter stk. 1, nr. 1 er præmieringen lovlig, hvis den ydes eller modtages af kunden eller kundens fuldmægtig.

Efter stk. 1, nr. 2 skal præmieringen, der ydes eller modtages af tredjemand, være udformet med henblik på at øge kvaliteten af den tjeneste, værdipapirhandleren yder kunden samtidig med, at denne ikke forhindrer værdipapirhandleren i at opfylde sin pligt til at handle i overensstemmelse med kundens interesse, og kunden er blevet oplyst om præmieringens eksistens, størrelse og karakteren forud for opfyldelsen af aftalen. Hvis det ikke er muligt at oplyse størrelsen på præmieringen, skal beregningsmetoden oplyses.

Efter stk. 1, nr. 3 er præmiering lovlig, såfremt den udgør et gebyr, som gør det muligt eller nødvendigt for at gennemføre værdipapirhandlen og ikke kan give anledning til konflikter med værdipapirhandlerens pligt til at handle redeligt og professionel.

2.3.4. Information til detailkunder

Investorbekendtgørelses § 8 stiller krav til det informationsmateriale, der må antages at blive modtaget af detailkunder. Information, som er rettet mod detailkunder, skal være klar og ikke-vildledende og skal i det hele fortolkes i overensstemmelse med § 4 om vildledning i god skik bekendtgørelsen.

Bestemmelsen sikrer, at kunderne får en række vigtige og relevante oplysninger i det informationsmateriale, som de modtager fra værdipapirhandleren. Informationen må desuden ikke kun fokusere på fordele, men skal tillige beskrive eventuelle risici og tillige tilpasses det

vidensniveau, det må forventes, at "den almindelige dansker på gaden" har, jf. vejledningen til investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 8.

2.3.5. "Kend din kunde"-princippet

Kapitel 6 i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen er udtryk for "kend din kunde"-princippet og bygger på et informations- og rådgivningsregime. Investorbeskyttelsesbekendtgørelsens regler om kend-din-kunde stammer fra MiFID-direktivet. Princippet kendes fra god skik bekendtgørelsen, hvor princippet blev introduceret før MiFID-direktivet.

2.3.6. Egnethedstesten

Egnethedstesten fremgår af investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 16. Det er alene i forbindelse med investeringsrådgivning og porteføljepleje, at værdipapirhandleren skal foretage en egnethedstest, og den finder altid anvendelse, uanset om tjenesteydelsen ydes på kundens eller værdipapirhandlerens initiativ.

Grundlæggende set skal bestemmelsen sikre, at en værdipapirhandler ikke giver en personlig anbefaling uden at foretage en egnethedstest, så værdipapirhandleren kan anbefale kunden den handel og de finansielle instrumenter, der egner sig for vedkommende. En personlig anbefaling kan være en anbefaling om køb/salg af specifikke finansielle instrumenter, men det kan også være en anbefaling om at afstå fra en specifik transaktion i et finansielt instrument.

Til brug for egnethedstesten skal der indhentes en række oplysninger jf. § 18, herunder bl.a. oplysninger om risikovillighed, økonomi og risikoprofil.¹⁰

Såfremt værdipapirhandleren ikke har tilstrækkelig information om kunden til at foretage en egnethedstest og til at anbefale en specifik transaktion, men kunden ønsker at udføre denne transaktion, vil dette kunne ske under iagttagelse af §§ 17 og 19 afhængig af det finansielle instruments kompleksitet, og en eventuel aftale om udelukkende ordredførelse. Se nærmere herom nedenfor.

Investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 16 er ikke udtryk for et handelsforbud, hvorfor en kunde har mulighed for at få en ordre udført, uanset om værdipapirhandleren har frarådet et produkt, transaktion eller tjenesteydelse, men i øvrigt havde tilstrækkelige oplysninger om kunden.

2.3.7. Hensigtsmæssighedstesten

Investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 17 indeholder kravene til hensigtsmæssighedstesten og omfatter de tilfælde, hvor værdipapirhandleren udfører eller formidler ordrer for en detailkunde uden at yde investeringsrådgivning eller porteføljepleje. I forhold til god skik bekendtgørelsen er hensigtsmæssighedstesten en nyskabelse og er en mellemting mellem egnethedstesten i bekendtgørelsens § 16 og de rene ordredførelser efter § 19.

¹⁰ Finanstilsynet har gennemført en undersøgelse af pengeinstitutternes investeringsrådgivningssystemer, der anvendes til afdækning af kundernes risikoprofil. Se nærmere om denne undersøgelse i rapporten: "Pengeinstitutternes Investeringsrådgivningssystemer", der kan findes på: <http://www.finanstilsynet.dk/da/Nyhedscenarier/Pressemeddelelser/2013/Undersoegelse-af-IT-baseret-investeringsraadgivning.aspx>

Formålet med hensigtsmæssighedstesten er at vurdere, om det påtænkte produkt eller tjenesteydelse er hensigtsmæssig for kunden i lyset af kundens erfaring og kendskab til det investeringsråde, som er relevant for den type produkt, som efterspørges. Hvis dette ikke er tilfældet, skal kunden gøres udtrykkeligt opmærksom herpå.

§ 17 i investorbekendtgørelsen giver adgang til at foretage ekspeditioner med både komplekse som ikke-komplekse produkter. En forudsætning er dog, at detailkunden har den fornødne erfaring og kendskab på det relevante investeringsområde.

Som det er tilfældet med investorbekendtgørelsens § 16, er bekendtgørelsens § 17 ikke udtryk for et handelsforbud, hvorfor værdipapirhandleren kan gennemføre kundens ordrer, uanset at vedkommende har gjort kunden opmærksom på, at denne ikke er hensigtsmæssig på baggrund af den erfaring og kendskab, som kunden har.

2.3.8. Udelukkende ordreførelse

Investorbekendtgørelsens § 19 fastslår, at en værdipapirhandler, som alene modtager, formidler eller udfører en kundes ordrer, ikke skal iagttage forpligtelserne i medfør af bekendtgørelsens §§ 16-18. Det vil sige at gennemføre en egnetheds- eller hensigtsmæssighedstest.

Bestemmelsen finder alene anvendelse, hvis en række betingelser er opfyldt. For det første skal der være tale om et ikke komplekst finansielt instrument, f.eks. aktier, der er optaget til handel på et reguleret marked, investeringsforeningsbeviser eller obligationer. For det andet skal handlen ske på kundens initiativ. For det tredje skal kunden være informeret om, at værdipapirhandleren ikke har pligt til f.eks. at vurdere det tilbudte finansielle instruments hensigtsmæssighed, og at kunden ikke nyder godt af beskyttelsen efter reglerne i investorbekendtgørelsens §§ 16 og 17. Som en sidste betingelse skal nogle nærmere fastlagte forpligtelser i lov om finansiell virksomhed § 72, stk. 2, nr. 2, være opfyldt. Forpligtelserne angår påvisning og begrænsning af interessekonflikter, som kan skade kundernes interesser.

2.3.9. Underretning om tab

Investorbekendtgørelsens § 23 indeholder en underretningsforpligtelse for værdipapirhandlere. Bestemmelsen finder anvendelse ved porteføljeplejeaftaler samt i tilfælde, hvor værdipapirhandleren bestyrer en udækket åben position i en eventualforpligtelse, og forpligter værdipapirhandleren til at underrette detailkunden om overskridelse af på forhånd aftalte tærskler

2.3.10. Tilsyns- og straffebestemmelse

Som det er tilfældet med god skik bekendtgørelsen, fører Finanstilsynet tilsyn med investorbekendtgørelsen, jf. bekendtgørelsens § 31. Finanstilsynet kan give påbud om berigtigelse af forhold i strid med bekendtgørelsens bestemmelser, jf. bekendtgørelsens § 31, stk. 2 samt straffe undladelser om at efterkomme påbud med bøder, jf. bekendtgørelsens § 32, stk. 1.

2.4. Risikomærkning af investeringsprodukter

I bekendtgørelse nr. 345 af 15. april 2011 findes reglerne om risikomærkning af investeringsprodukter, herefter kaldet risikomærkningsbekendtgørelsen.

Det følger af risikomærkningsbekendtgørelsens § 3, at finansielle virksomheder skal mærke alle typer af investeringsprodukter, der sælges til detailkunder. Mærkningen sikrer, at detailkunderne uden besvær kan danne sig et overblik over, hvorvidt de kan tabe hele investeringen, dele af investeringen eller mere end det investerede beløb.

Selve risikomærkningen fremgår af risikomærkningsbekendtgørelsens § 4 og kategoriseringen er opdelt i en grøn, gul og rød kategori. Bilag 1 i bekendtgørelsen indeholder et skema over typer af investeringsprodukter og fordelingen af disse i de tre mærkningskategorier grøn, gul og rød. Fordelingen afhænger både af risikoen for tab samt af, hvor vanskeligt det er at gennemskue produkttypen.

En type af investeringsprodukter placeres i kategorien grøn, hvis risikoen for at tabe hele det investerede beløb må betragtes som meget lille og produkttypen ikke er vanskeligt at gennemskue.

Kategorien gul anvendes, hvis der er risiko for, at det investerede beløb kan tabes helt eller delvist, og produkttypen ikke er vanskelig at gennemskue.

Den røde kategorisering anvendes for typer af investeringsprodukter, hvor der er risiko for at tabe mere end det investerede beløb, eller hvis produkttypen er vanskelig at gennemskue.

Finanstilsynet kan efter risikomærkningsbekendtgørelsens § 5 give påbud om berigtigelse af forhold, der strider mod bestemmelser i bekendtgørelsen. Manglende efterlevelse af påbud kan straffes med bøde.

2.5. Kompetencekravsbekendtgørelsen¹¹

Kompetencekravsbekendtgørelsen finder anvendelse på pengeinstitutter, fondsmæglerselskaber og investeringsrådgivere, som yder investeringsrådgivning om investeringsprodukter eller rådgivning om puljer eller porteføljer af investeringsprodukter til detailkunder,¹² i Danmark, herunder gennem filialetablering.

Kompetencekravsbekendtgørelsens § 3 bestemmer, at virksomheder omfattet af bekendtgørelsen skal sikre, at virksomhedens ansatte er i stand til at yde en forsvarlig rådgivning ved f.eks. investeringsrådgivning. Det fremgår, at de ansatte skal have tilstrækkelige kompetencer inden for en række områder.

I §§ 3-7 stiller kompetencekravsbekendtgørelsen en række krav til virksomhederne, så det sikres, at de ansatte har modtaget den nødvendige uddannelse inden de yder rådgivning.

For investeringsrådgivning om investeringsprodukter, der er mærket med grønt eller gult, fx danske statsobligationer, realkreditobligationer, aktier, der er optaget til handel på regulerede markeder, og investeringsforeningsbeviser eller rådgivning om puljer af investeringsprodukter, skal virksomhederne jf. § 4 udarbejde en forretningsgang for systematiske uddannelsesforløb, der sikrer, at alle ansatte, der yder investeringsrådgivning har de fornødne kompetencer vedrørende de produkter, som de ansatte rådgiver om.

¹¹ Bekendtgørelse nr. 346 af 15. april 2011 om kompetencekrav til personer, der yder rådgivning om visse investeringsprodukter.

¹² Begrebet er identisk med *detailkunder*, som er defineret i investorbekendtgørelsen

For investeringsprodukter, som er mærket med rødt, skal virksomhederne sikre, at de ansatte har gennemført en prøve, jf. § 5 på baggrund af kompetencekrav godkendt af Finanstilsynet, der sikrer, at den ansatte har de fornødne kompetencer om de produkter, som den ansatte rådgiver om. Prøven skal gentages med 3 års mellemrum.

Efter § 8 i kompetencekravsbekendtgørelsen kan Finanstilsynet give påbud om berigtigelse af forhold, der strider mod § 3, § 4, stk. 1 og § 5 i bekendtgørelsen. Manglende efterlevelse af påbud kan straffes med bøde.

I forbindelse med lov om finansielle rådgivere, er der fastsat tilsvarende kompetencekrav til ansatte hos finansielle rådgivere,¹³ der yder rådgivning om finansielle produkter.

2.6. Bekendtgørelse om oplysning om risikoklassificering af visse udlånsprodukter¹⁴

Bekendtgørelsen finder anvendelse på erhvervsdrivende, der udbyder egne eller andre erhvervsdrivendes låne- eller kredittilbud med sikkerhed i fast ejendom eller pant i en andel i en andelsboligforening med en hovedstol på over 100.000 kr. til forbrugere samt andelsboligforeninger.

Både penge- og realkreditinstitutter samt andre långivere er derfor omfattet af bekendtgørelsen, hvis de udbyder lån over 100.000 kr. med sikkerhed i fast ejendom eller pant i en andel i en andelsboligforening.

Bekendtgørelsen stiller krav om, at den erhvervsdrivende ved skiltning eller på anden tydelig vis skal give oplysning om risikoklassificeringen for låne- eller kredittilbud. Oplysningerne skal være frit tilgængelige for låntagerne på det sted, hvor lånet udbydes. Dette betyder, at oplysninger om risikoklassificeringen skal være tilgængelige i det forretningslokale, hvor den erhvervsdrivende udbyder et lån.

De erhvervsdrivende skal kun give oplysninger om risiko via internettet, hvis de har en hjemmeside, der stilles til rådighed for offentligheden.

Penge- og realkreditinstitutter er endvidere forpligtede til at lade oplysningerne om risikoklassificeringen indgå i den rådgivning, som de er forpligtet til at yde efter § 7 i bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder.

Alle låne- og kredittilbud omfattet af bekendtgørelsen skal inddeles i tre risikokategorier: rød, gul og grøn.

Kategorien grøn omfatter fastforrentede lån, herunder variabelt forrentede lån med renteloft i hele lånets løbetid på betingelse af, at de afdrages løbende i hele løbetiden.

¹³ Se nærmere herom i bekendtgørelse nr. 1251 af 1. november 2013 om kompetencekrav til finansielle rådgivere.

¹⁴ Bekendtgørelse nr. 1457 af 18. december 2012 om oplysning om risikoklassificering af visse udlånsprodukter. Bekendtgørelsen suppleres af vejledning nr. 9614 af 19. december 2012 til bekendtgørelse om oplysning om risikoklassificering af visse udlånsprodukter.

Låne- og kredittilbud, der er variabelt forrentede og/eller afdragsfrie i hele eller dele af lånets løbetid, kategoriseres i kategorien gul.

Låne- og kredittilbud er i kategorien rød, når de udbydes som en pakke bestående af et lån og et selvstændigt finansielt instrument bortset fra fastkursaftaler og kurskontrakter, når lånet optages i en anden valuta end DKK og EUR eller når lånet ikke kan indfris til kurs 105 eller derunder efter 9 år eller senere.

Lånepakker, der består af fastforrentede lån eller variabelt forrentede lån med renteloft i hele løbetiden, hvor mindst et af lånene til stadighed afdrages, og hvor afdragsprofilen for lånepakken svarer til et fastforrentet lån med afdrag med samme løbetid som lånepakken, er i kategorien grøn. Øvrige lånepakker kategoriseres jf. stk. 2-4 efter det mest risikable lån. Ved lånepakker forstås en flerhed af låne- eller kredittilbud, der udbydes samlet, og hvor ydelsen af lånene er betingede af hinanden.

Både Forbrugerombudsmanden og Finanstilsynet fører tilsyn med, at bekendtgørelsen overholdes. Finanstilsynet fører derfor tilsyn med, at penge- og realkreditinstitutter overholder bekendtgørelsen. Forbrugerombudsmanden fører tilsyn med, at øvrige erhvervsdrivende omfattet af bekendtgørelsen overholder denne.

2.7. Branchehenstillinger

De nugældende regler i forbindelse med rådgivning om køb af finansielle produkter, som er beskrevet ovenfor suppleres af en række henstillinger fra de finansielle organisationer.

På Finansrådets område findes anbefalinger om

- Hvilke informationer, der bør indgå i markedsføringsmateriale om strukturerede indlån og strukturerede obligationer
- Beregning af og oplysning om ÅOP og ÅOK for bankernes puljepensionsordninger. Disse oplysninger skal oplyses til kunderne årligt efter kalenderårets udløb.
- Anvendelse af ÅOP og oplysning om formidlingsprovision for investeringsforeninger mv. i forbindelse med bl.a. rådgivning om køb af investeringsbeviser.
- Oplysninger om formidlingsprovision og ÅOP for investeringsforeningsbeviser på den årlige gebyr- eller depotoversigt.

2.8. Markedsføringsloven

Markedsføringsloven fastsætter minimumstandarderne for virksomheders markedsadfærd. Lovens overordnede formål er at sikre, at erhvervsvirksomheder drives tilbørligt og rimeligt under hensyn til såvel konkurrenter og andre erhvervsdrivende som forbrugere og almene samfundsinteresser.

Markedsføringsloven indeholder ikke udtrykkelige regler om rådgivning om finansielle produkter.

Markedsføringsloven gælder som udgangspunkt for alle virksomheder. En række af lovens bestemmelser gælder imidlertid ikke for finansielle virksomheder. Dette er således tilfældet for lovens generalklausul i § 1, hvorefter erhvervsdrivende skal udvise god markedsførings-skik. Imidlertid indeholder god skik bekendtgørelsen i § 3 en tilsvarende generalklausul, som finder anvendelse på finansielle virksomheder.

Markedsføringsloven indeholder i § 3 regler om vildledning. Ifølge bestemmelsen må erhvervsdrivende ikke vildlede eller udelade oplysninger i markedsføringen, som er væsentlige for forbrugers vurdering af tilbuddet.

I markedsføringsloven § 12 a findes regler om købsopfordringer. Bestemmelsen fastlægger, hvilke oplysninger, der skal gives i forbindelse med en købsopfordring.

Bestemmelserne om vildledende markedsføring og købsopfordringer finder også anvendelse på finansielle virksomheder. Disse regler findes ligeledes i god skik bekendtgørelsens §§ 4 og 5.

Markedsføringslovens regler om prisoplysninger for tjenesteydelser finder ikke anvendelse på finansielle virksomheder.

Forbrugerombudsmanden fører ifølge markedsføringslovens § 22, stk. 1, tilsyn med, at loven og de i medfør af lovens udstedte bekendtgørelser overholdes.

Forbrugerombudsmanden skal ifølge markedsføringsloven § 23, stk. 1, ved forhandling søge at påvirke de erhvervsdrivende til at handle i overensstemmelse med principperne for god markedsføringskik og til at overholde loven i øvrigt.

Ved overtrædelser af markedsføringsloven kan Forbrugerombudsmanden kan anlægge sag ved domstolene med påstand om forbud eller påbud, der er nødvendige til at sikre forbudets opretholdelse.

Hvis en flerhed af forbrugere i forbindelse med overtrædelse af bestemmelserne i markedsføringsloven har ensartede krav på erstatning, kan Forbrugerombudsmanden på begæring indtale kravene under ét.

Forbrugerombudsmanden kan endvidere udpeges som grupperepræsentant i et gruppesøgsmål, jf. retsplejelovens kapitel 23 a.

2.9. Forbrugerombudsmandens kompetence i henhold til lov om finansiell virksomhed

Efter lov om finansiell virksomhed § 348, stk. 1, har Forbrugerombudsmanden under en domstolsprocedure eller ved indgåelse af udenretligt eller indenretligt forlig, mulighed for at behandle de samme spørgsmål vedrørende god skik, som Finanstilsynet kan behandle administrativt ved påbud efter lovens § 43, stk. 2.

Efter lov om finansiell virksomhed § 348, stk. 1, kan Forbrugerombudsmanden anlægge sag vedrørende handlinger, der strider mod redelig forretningsskik og god praksis, jf. lovens § 348, stk. 1 og 2, herunder sag om forbud, påbud, erstatning og tilbagesøgning af uretmæssigt opkrævede beløb.

Derudover kan Forbrugerombudsmanden udpeges som grupperepræsentant i et gruppesøgsmål, jf. lov om finansiell virksomhed § 348, stk. 1, 3. pkt., jf. herved retsplejelovens kapitel 23 a.

Forbrugerombudsmanden kan også anlægge anerkendelsessøgsmål under dennes virk-

somhed, og Forbrugerombudsmanden kan i øvrigt foretage hoved- og biintervention i verserende civile retssager efter de almindelige regler herom i retsplejelovens §§ 251 og 252.

Forbrugerombudsmanden kan med henvisning til markedsføringslovens § 22 kræve at få oplysninger fra de pågældende virksomheder med henblik på at kunne vurdere sagen på et fuldt oplyst grundlag.

Forbrugerombudsmanden overvåger endvidere praksis ved de private finansielle ankenævne¹⁵ med henblik på eventuelt at tage sager op af egen drift, hvis ankenævnet f.eks. afviser sagen, fordi den kræver nærmere bevisførelse, hvis den finansielle virksomhed ikke følger nævnets afgørelse, eller hvis Forbrugerombudsmanden ikke er enig i afgørelsen.

Uden for det finansielle område kan Forbrugerombudsmanden efter markedsføringsloven anvende yderligere retsmidler. Forbrugerombudsmanden kan f.eks. forhandle retningslinjer med brancheforeninger, opnå tilsagn, give forhåndsbeskeder om påtænkte markedsførings tiltag og gennem forhandling med den enkelte erhvervsdrivende påvirke denne til at følge markedsføringsloven.

Forbrugerombudsmanden kan også nedlægge foreløbigt forbud, meddele administrativt påbud, samt indgive politianmeldelse, når markedsføringslovens strafbelagte bestemmelser er overtrådt.

På det strafferetlige område har Forbrugerombudsmanden i samarbejde med anklagemyndigheden mulighed for at føre straffesager. Det følger af markedsføringslovens § 27, stk. 6, retsplejelovens § 104, stk. 2, og § 105, stk. 3. Endvidere er politiet efter Rigsadvokatens meddelelse 7-2008 forpligtet til at høre Forbrugerombudsmanden i sager om strafbare overtrædelser af markedsføringsloven.

Med den seneste ændring af markedsføringsloven kan Forbrugerombudsmanden også håndhæve markedsføringslovens §§ 3, 12 a og 14 a over for finansielle virksomheder. Det vil sige markedsføringslovens strafbelagte bestemmelser om vildledning og utilbørlig markedsføring, købsopfordringer samt markedsføring af kreditter.

Endvidere kan Forbrugerombudsmanden efter § 348, stk. 1, i lov om finansiell virksomhed behandle sager om overtrædelser af strafbelagte bestemmelser i regler udstedt i medfør af denne lovs § 43, stk. 3. Det vil sige bekendtgørelse nr. 345 af 15. april 2011 om risikomærkning af investeringsprodukter, bekendtgørelse nr. 1457 af 18. december 2012 om oplysning om risikoklassificering af visse udlånsprodukter og bekendtgørelse nr. 1210 af 24. oktober 2010 om information til forbrugere om priser m.v. i pengeinstitutter.

2.10. Lov om finansielle rådgivere

Lov nr. 599 af 12. juni 2013 om finansielle rådgivere har til formål at opstille rammer for virksomheder, der yder rådgivning til forbrugere om deres finansielle forhold bortset fra rådgivning, der ydes af finansielle virksomheder, som for eksempel banker og realkreditinstitutter.

Ifølge § 3 i loven skal virksomheder, som yder rådgivning om finansielle produkter til forbrugere, have Finanstilsynets tilladelse som finansiell rådgiver.

¹⁵ Se L 101, 2012/2013, afsnit 2.1.1.2.

Loven stiller i § 6 krav om, at finansielle rådgivere skal sikre, at deres ansatte, som yder rådgivning om finansielle produkter, har tilstrækkelige kompetencer til at yde en forsvarlig rådgivning.

De nærmere kompetencekrav til ansatte i virksomheder omfattet af denne lov vil blive fastsat af Finanstilsynet.

En finansiell rådgiver skal jf. § 7 drive virksomhed i overensstemmelse med redelig forretningskik og god praksis inden for virksomhedsområdet. Bestemmelsen svarer til de bestemmelser om god skik, der findes i lovgivningen på det finansielle område.

Erhvervs- og vækstministeren får med loven bemyndigelse til at fastsætte nærmere regler om redelig forretningskik og god praksis for finansielle rådgivere svarende til, hvad der gælder på det øvrige finansielle område.

Det følger endvidere af lovens § 8, stk. 1, at en finansiell rådgiver skal have en forretningsgang for håndtering af interessekonflikter i forholdet mellem kunderne og virksomheden. Virksomheden skal mindst én gang årligt vurdere, om denne forretningsgang fungerer efter hensigten og afhjælpe eventuelle mangler ved forretningsgangen. Herved sikres, at forretningsgangene løbende er opdateret, og at virksomheden har taget stilling til, hvordan interessekonflikter skal imødegås. Forretningsgangen skal offentliggøres og være tilgængelig på virksomhedens hjemmeside.

Der opstilles endvidere med lovens § 9 tre betingelser for at en finansiell rådgiver må anvende betegnelsen »uafhængig« eller tilsvarende betegnelser, der giver indtryk af, at virksomheden yder uafhængig rådgivning.

En finansiell rådgiver, der betegner sig som uafhængig, må ikke direkte eller indirekte modtage provision eller andet vederlag fra virksomheder, der sælger eller formidler finansielle produkter, ligesom virksomheden ikke må have snævre forbindelser til en finansiell virksomhed eller anden virksomhed, som sælger eller formidler finansielle produkter.

Endelig må en finansiell rådgiver, der betegner sig som uafhængig, ikke på egne eller andres vegne udbyde finansielle produkter til en forbruger.

Der er jf. § 10 en forpligtelse for afhængige finansielle rådgivere til på deres hjemmeside at oplyse om afhængigheden, herunder en eventuel provision og andet vederlag, samt størrelsen heraf eller beregningsmåden for denne.

Finanstilsynet fører tilsyn med overholdelsen af loven. Tilsynet vil være risikobaseret og indeholde mulighed for, at Finanstilsynet via inspektioner kan kontrollere, at en finansiell rådgiver opfylder lovforslagets krav til opretholdelse af tilladelse.

Forbrugerombudsmanden har, svarende til hvad der gælder efter den øvrige finansielle lovgivning, adgang til at anlægge sag vedrørende handlinger, der strider mod redelig forretningskik og god praksis, herunder sag om forbud, påbud, erstatning og tilbagesøgning af uretmæssigt opkrævede beløb.

Loven trådte i kraft den 1. januar 2014.

3. Gældende erstatningsretlige regler og praksis i forbindelse med tab som følge mangelfuld eller fejlagtig rådgivning i Danmark

I dette afsnit redegøres der for gældende ret i forbindelse med tab som følge af mangelfuld eller fejlagtig rådgivning. Gennemgangen er et sammendrag af den "Udredning om gældende danske regler og praksis for erstatning ved et realiseret tab", som er foretaget af professor, lic. jur., Nis Jul Clausen, LL.M. Udredningen er vedlagt som bilag 1.

Nedenfor redegøres først for ansvarsgrundlaget, dernæst spørgsmålet om bevisbyrde og endelig redegøres der afslutningsvist for aftaleretlige aspekter i forbindelse med erstatningsansvaret. Derimod behandles problemstillinger i relation til tabsopgørelse, årsagssammenhæng, adækvans samt egen skyld/accept af risiko ikke, da det ikke indgår i udvalgets arbejde at undersøge dette.

Dette afsnit er primært baseret på nyere praksis fra de finansielle ankenævn. Specielt har Pengeinstitutankenævnet siden 2007 behandlet et betydeligt antal sager om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter i modsætning til de andre ankenævn.

I afsnit 3.4. gives en kort gennemgang af nyere retspraksis på området.

På baggrund af de foretagne undersøgelser og analyser af den foreliggende ankenævnspraksis og retspraksis kan det være vanskeligt at drage klare og entydige konklusioner om retstilstanden med hensyn til, hvilke elementer der indgår i culpabedømmelsen, og under hvilke omstændigheder der anvendes omvendt bevisbyrde i sager om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter. En række hovedtendenser kan dog udledes og vil fremgå af det følgende.

3.1. Ansvarsgrundlaget – culpabedømmelsen

For at en finansiel virksomhed kan ifalde erstatningsansvar i forbindelse med rådgivning af kunder, skal de almindelige erstatningsbetingelser være opfyldt. Det vil sige, at pengeinstituttet 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 en adækvat følge af den culpøse handling. Hertil kommer spørgsmålet om hel eller delvis ansvarsfrihed på grund af, at kunden har udvist egen skyld eller har accepteret risiko.

Finansielle virksomheder er i forbindelse med udøvelse af virksomhed i erstatningsretlig henseende underlagt et professionsansvar, hvor det karakteristiske er, at der for ansvarsvurderingen gælder en særlig professionsmålestok. Den grundlæggende ansvarsnorm er "den professionelles pligt til at præstere en god faglig indsats, dvs. en indsats, der honorerer de krav, som man med rette kan stille til en sagkyndig på området."¹⁶ Der er således tale om et bestræbelsesansvar.

Dette gælder også for de finansielle virksomheders rådgivning. Et karakteristisk træk ved de finansielle virksomheders forpligtelse ved rådgivning om finansielle produkter er, at den som udgangspunkt omfatter tre elementer. 1. Rådgivningen skal være baseret på det såkaldte kend din kunde princip, hvorefter virksomheden skal sikre sig fornødne oplysninger

¹⁶ Jf. Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 7. udgave 2011, s. 115, samt Lennart Lyngge Andersen og Peter Møgelvang-Hansen, Finansiell rådgivning, 1997, s. 26.

om kundens økonomiske situation, erfaring med relevante finansielle ydelser og risikovillighed. Disse informationer skal danne grundlag for fastlæggelse af kundens risikovillighed og risikoprofil. 2. Virksomheden skal kende og have indsigt i karakteren af og den risiko, som er forbundet med de forskellige finansielle produkter, som tilbydes kunderne, idet dette er nødvendigt for at kunne informere kunden om produkterne og hermed give relevant rådgivning. 3. Med udgangspunkt heri rådgiver den finansielle virksomhed kunden om de finansielle produkter, som under hensyn til kundens forhold, herunder risikoprofil, må anses for relevante.

Disse tre elementer, som ved de finansielle virksomheders rådgivning er en helt central del af god faglig indsats, genfindes i varierende grad og i forskellig udformning i tidligere og nugældende offentligretlige regler om god skik.¹⁷

Professions- og rådgivningsansvaret er generelt et culpaansvar, og der er heller ikke tvivl om, at der er tale om et culpabaseret ansvar i forhold til finansielle virksomheder. Culpaansvaret betegnes her ofte som et særligt strengt ansvar, derved at culpaansvaret ikke er baseret på den almindelige bonus pater standard. Culpastandarden fastlægges derimod i forhold til, hvad der normalt må forventes af en god udøver af den pågældende profession, her den finansielle virksomhed. Der er således tale om en differentieret culpamålestok afhængig af den enkelte profession. Culpavurderingen er objektiviseret derved, at det normalt er tilstrækkeligt til at statuere, at den udførte handling eller undladelse objektivt er uforsvarlig, således at subjektive eller særlige forhold hos den enkelte virksomhed ikke tillægges betydning ved culpabedømmelsen. Påtager et mindre pengeinstitut, som hidtil udelukkende har drevet virksomhed med ind- og udlån, sig at sælge og rådgive om sofistikerede finansielle produkter, underlægges det samme culpastandard, som det pengeinstitut, der har dette som en central aktivitet.

3.1.1. Særlige rådgivningssituationer

Finansielle virksomheder er, som det er gennemgået ovenfor, i lovgivningen og bekendtgørelser pålagt en række forpligtelser i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter. Uafhængigt af de elementer, som efter disse regler er en del af de finansielle virksomheders rådgivningsforpligtelse, fremgår det af den foreliggende ankenævnspraksis, at finansielle virksomheder ved finansiell rådgivning er pålagt en række generelle pligter, altså pligter der uanset de gældende lovbaserede forskrifter følger af den generelle ansvarsnorm for professions- og rådgiveransvar, hvorefter den professionelle skal præstere en god faglig indsats. Tilsidesættelse af disse kerneforpligtelser, som generelt er karakteristisk for finansiell rådgivning, og derfor i forhold til reglerne om investorbeskyttelse ikke nødvendigvis er afhængig af om investeringen er foretaget før eller efter ikrafttræden af de såkaldt MiFID regler den 1. november 2007, vil som udgangspunkt være culpøst og dermed kunne danne grundlag for et erstatningsansvar for virksomheden.

I forbindelse med investering i værdipapirer skal der normalt sikres en passende risikospredning i kundens investeringer. Investering af alle kundens til rådighed stillede midler i ét produkt vil således kunne være et forhold, som taler for, at der er handlet culpøst og ansvarspådragende, og fremhæves ofte i sager ved Pengeinstitutankenævnet, hvor kunden får medhold, jf. således eksempelvis PAN nr. 1141/2009, hvor ankenævnet (flertallet) blandt

¹⁷ Se nærmere herom ovenfor i afsnit 2.

andet med henvisning til synspunktet om risikospredning fandt, at banken havde pådraget sig erstatningsansvar i forbindelse rådgivning om investering i BankInvest Højrentelande.

Som nævnt ovenfor har finansielle virksomheder i forbindelse med finansiell rådgivning en forpligtelse til at kende karakteren af og den risiko, som er forbundet med de finansielle produkter, de afsætter. Pengeinstitutankenævnet har i flere tilfælde ved statuering af erstatningsansvar fremhævet, at der påhviler pengeinstitutter en generel forpligtelse til i forbindelse med rådgivning og salg af finansielle produkter at foretage en selvstændig vurdering af de risici, som er knyttet til de pågældende produkter, jf. eksempelvis PAN nr. 451/2010 og PAN nr. 985/2010 (mindretallet), hvor det tillige blev fremhævet, at der var tale om et højrisiko produkt, og at investeringen heri var i strid med kundens risikoprofil. Pligten til at foretage en selvstændig vurdering af de risici, som er forbundet med et finansielt produkt gælder, uanset om der er tale om pengeinstitutrets egne produkter eller andres produkter.

Det må tillige antages, at der uanset bestemmelserne i god skik bekendtgørelsen i hvert fald i visse tilfælde påhviler en finansiell virksomhed af egen drift at rådgive kunder, jf. eksempelvis,

PAN nr. 260/2007, hvor der ikke blev henvist til den dagældende god skik bekendtgørelsen § 7, stk. 2 om pligt til at rådgive af egen drift. Pengeinstitutankenævnet (flertallet) fandt med hensyn til det investerede beløbs størrelse (2,5 mio. kr.) og til, at der var tale om obligationer af en særlig karakter, at bankens medarbejder burde have sørget for, at klageren modtog en egentlig rådgivning. Herudover fandt nævnet, at det under en sådan rådgivning ud fra et synspunkt om risikospredning udtrykkeligt burde have været frarådet klageren at foretage den omhandlede investering.¹⁸

Endelig må der i forbindelse med rådgivning af mindreårige, herunder dennes værge eller andre som ønsker at stille midler til rådighed for investering på den mindreåriges vegne, antages at påhvile pengeinstitutttet en mere vidtgående rådgivningsforpligtelse vedrørende risici mv., end tilfældet er over for andre kunder. Også her gælder rådgivningsforpligtelsen uafhængigt af offentligretlige regler.

Dette er eksempelvis kommet til udtryk i følgende afgørelse fra Pengeinstitutankenævnet:

PAN nr. 162/2011 om midler som den mindreårige frit kunne råde over, og som derfor ikke var omfattet af værgebekendtgørelsens regler om anbringelse af umyndiges midler. Pengeinstitutankenævnet fandt, at sparekassen i en sådan situation på tydelig måde burde have informeret om, at den relativt høje forrentning på en garantikapitalkonto blev modsvaret af en risiko for at miste pengene, hvis sparekassen fik økonomiske problemer. Ankenævnet fandt ikke, at sparekassen havde godtgjort, at klageren fik tilstrækkelig rådgivning om betydningen af at indskyde midler som garantikapital.

Det forhold, at den mindreårige ved henvendelsen til pengeinstitutttet er ledsaget af værgen, ændrer ikke på den særlige rådgivningsforpligtelse, når der er tale om frie midler, som ikke er omfattet af værgemålslovens regler.

¹⁸ Reguleringen af rådgivning ved værdipapirhandel blev ændret ved MiFID's ikrafttræden den 1. november 2007. For en gennemgang af reglerne herom henvises til afsnit 2.3. ovenfor.

3.1.2. Betydning af god skik regler

Tilsidesættelse af regler om god skik indgår i vurderingen af om en finansiel virksomhed ifalder et erstatningsansvar. Det kan dog ikke generelt antages, at tilsidesættelse af en offentligretlig forskrift hverken er en tilstrækkelig eller en nødvendig betingelse for at pålægge ansvar

Specielt med hensyn til betydningen af offentligretlige god skik regler på det finansielle område, kan retsstillingen dog være påvirket af, at Finanstilsynet i vejledningen til god skik bekendtgørelsen synes at anlægge en mere forsigtig vurdering af betydningen af overtrædelse af offentligretlige forskrifter, her god skik bekendtgørelsen i forhold til finansielle virksomheders professionsansvar. I vejledningen side 1 anføres:

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. Det vil være de finansielle ankenævnet og domstolene, der i forbindelse med behandlingen af konkrete sager skal tage stilling til, om en overtrædelse af bekendtgørelsen kan udløse et civilretligt krav.

Pengeinstitutankenævnet har tidligere været tilbageholdende med at tillægge tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter betydning – og/eller i hvert fald tilbageholdende med at henvise til disse – i forbindelse med dets afgørelse af privatretlige tvister.

I den foreliggende ankenævnspraksis synes der dog ikke at være et klart og entydigt mønster i, under hvilke omstændigheder og i hvilke sagstyper offentligretlige forskrifter tillægges betydning, samt hvilken betydning de tillægges. Dog synes der at kunne spores en tendens til, at tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter tillægges stigende betydning, at især specifikke forskrifter, som pålægger den finansielle virksomhed bestemte pligter, tillægges vægt ved culpabedømmelsen, samt om end noget mere usikkert, at gennemførelsen af investorbeskyttelsesreglerne med MiFID pr. 1. november 2007 har ført til en øget henvisning til offentligretlige regler, hvilket dog også kan skyldes, at disse regler er mere specifikke end de tidligere regler på området.

Selvom der kunne argumenteres for, at enhver tilsidesættelse af en offentligretlig forskrift i sig selv er udtryk for en culpøs handling, er der ikke tvivl om, at enhver tilsidesættelse af en offentligretlig forskrift ikke i sig selv er tilstrækkelig til at pålægge en finansiel virksomhed et erstatningsansvar i forbindelse med finansiel rådgivning.

At ikke enhver offentligretlig forskrift er af betydning i erstatningsretlig henseende kan skyldes flere forhold.

Forskrifterne på det finansielle område er indholdsmæssigt og i relation til formål og beskyttelsesinteresse meget forskelligartede. Nogle forskrifter er af ren formel karakter, eksempelvis når den finansielle virksomheds navn og andre identifikationsoplysninger skal angives, nogle opstiller formkrav, som at informationer og aftaler skal foreligge i papirformat eller andet varigt medium, mens andre afhængig af de konkrete omstændigheder pålægger

den finansielle virksomhed at rådgive på en bestemt måde over for kunden, eksempel yde rådgivning af egen drift eller rådgive om skattemæssige forhold.

Herudover kan selve udformningen af og præciseringen i kravene i en regel have betydning. Mens det, med mindre der eksempelvis foreligger en fast branchekutyme, kan være vanskeligt at tillægge en generel god skik regel, som eksempelvis i § 43 i lov om finansiell virksomhed, betydning ved afgørelsen af en konkret sag om erstatningsansvar, kan det være anderledes ved tilsidesættelse af specifikke regler og krav. Betydningen af tilsidesættelse af specifikke krav kan forekomme mere 'målbare' i relation til en culpabedømmelse.

Endelig vil den erstatningsretlige betydning af tilsidesættelse af en offentligretlig forskrift kunne påvirkes af, om forskriften er direkte eller indirekte kunderelateret. Nogle forskrifter pålægger den finansielle virksomhed en direkte pligt i forhold til den enkelte kunde/kunde-forhold og har herved i ikke ubetydelig grad karakter af privatretlig regulering. Det gælder eksempelvis kravene til de finansielle virksomheders oplysningspligt over for kunder ved aftaler mv. om bestemte finansielle ydelser, og kravet om at der skal foretages en egnethedstest eller hensigtsmæssighedstest. I andre tilfælde er der derimod tale om forskrifter, som skal sikre den finansielle stabilitet og en ordentlig og velorganiseret virksomhedsudøvelse. Sådanne forskrifter har mere indirekte til formål at beskytte kunderne. Denne sidste form for forskrifter pålægger eksempelvis de finansielle virksomheder at have særlige procedurer og forskrifter i forbindelse med bestemte produkter og ydelser, som tilbydes eller sælges til kunder.

Endelig vil der ved culpabedømmelse indgå en væsentlig/relevans vurdering, jf. FAN nr. 21204055, hvor lidt misvisende oplysninger i forbindelse med rådgivning ikke tillagdes betydning.

Offentligretlige forskrifter kan ved culpabedømmelsen i forhold til en finansiell virksomhed tillægges såvel en 'positiv' som en 'negativ' virkning. Positiv virkning i den forstand at overholdelse af en forskrift fremhæves som argument for, at der ikke er handlet culpøst i forbindelse med rådgivning, og derfor ikke er grundlag for at pålægge erstatningsansvar. Negativ virkning i den forstand at manglende overholdelse af en offentligretlig forskrift omtales eller fremhæves som et element i forbindelse med vurderingen af, om der er tale om culpøst adfærd.

3.1.3. Betydning af Finanstilsynets påtaler

I andre tilfælde er det ved culpabedømmelsen tillagt betydning, at Finanstilsynet har påtalt eller på anden måde, eksempelvis i forbindelse med undersøgelser af den pågældende virksomhed har kritiseret, at en finansiell virksomhed ikke har overholdt offentligretlige forskrifter. Der kan eksempelvis være tale om, at markedsføringsmateriale ikke har været i overensstemmelse med god skik kravene, eller at virksomheden ikke har haft fornødne forretningsgange mv., der mere indirekte har til formål at beskytte kunderne og investorerne. Sådanne forhold er dog i Pengeinstitutankenævnets praksis især tillagt betydning i forhold til bevisbyrdespørgsmålet. I en række tilfælde har Finanstilsynets påtaler mv. ført til, at pengeinstitutttet er blevet pålagt bevisbyrden, således at der pålægges ansvar, medmindre pengeinstitutttet i det konkrete tilfælde har kunnet bevise, at det i forhold til den pågældende kunde har ydet tilstrækkelig rådgivning.

3.1.4. Betydning af skriftligt materiale

Det fremgår af § 6, stk. 1, i god skik bekendtgørelsen, at en finansiel virksomhed skal indgå eller bekræfte alle væsentlige aftaler med sine kunder i papirformat eller på andet varigt medium. En aftale skal indeholde en beskrivelse af parternes væsentlige rettigheder og pligter samt af de finansielle ydelser, der er omfattet af aftalen. Er der i forbindelse med aftalens indgåelse ydet individuel rådgivning, skal væsentlige forudsætninger for rådgivningen nedfældes i aftalen eller fremgå af bilag til aftalen i enten papirformat eller på andet varigt medium.

Det forhold, at disse krav med hensyn til skriftlighed i forbindelse med den konkrete sag om rådgivningen er tilsidesat, medfører ikke nødvendigvis, at der statueres culpa med erstatningsansvar til følge, jf. således

PAN nr. 14/2012, hvor ankenævnet konstaterede, at en finansiel virksomhed efter god skik bekendtgørelsen skal indgå eller bekræfte alle væsentlige aftaler med sine kunder i papirformat eller på andet varigt medium. Ankenævnet fandt i den konkrete sag, at der burde være udfærdiget en skriftlig aftale om omprioritering af en ejendom. Det forhold, at banken havde tilsidesat denne forpligtelse kunne imidlertid ikke i sig selv medføre, at banken er erstatningsansvarlig. Kunden fik ikke medhold, hvilket blandt andet skete med henvisning til, at nævnet fandt, at kunden på anden vis var blevet informeret om de relevante forhold af pengeinstituttet.

Det fremgår dog af andre ankenævnsager, at manglende eller utilstrækkeligt/vildledende skriftligt materiale er blevet tillagt betydning ved den erstatningsretlige vurdering. Det er sket dels i forhold til culpabedømmelsen og dels ved fastlæggelse af bevisbyrdefordelingen.

I flere sager har den finansielle virksomhed som begrundelse for, at der er ydet tilstrækkelig rådgivning, henvist til, at kunden har fået udleveret faktaark eller andet skriftligt materiale, som i fornødent omfang beskrev de risici, som var forbundet med de foretagne investeringer. I sådanne tilfælde har Pengeinstitutankenævnet vurderet indholdet af det foretagne materiale. Såfremt materialet ikke har været tilstrækkeligt afbalanceret med hensyn til fordele og risici ved investeringen eller på anden måde ufyldestgørende, kan dette danne grundlag for at statuere culpøs adfærd. Se eksempelvis,

PAN nr. 1141/2009 (flertallet), hvor banken i forbindelse med en sag om utilstrækkelig rådgivning ved placering af et ejendomsprovener i BankInvest Højrentelande henviste til, at kunden under et møde blev meget grundigt informeret om investeringsbeviset med baggrund i et udleverede faktaark. Ankenævnets flertal var af den opfattelse, at faktaarket ikke indeholdt en dækkende beskrivelse af de risici, der var forbundet med investeringen. Der blev lagt vægt på, at risikoen ved investeringen ifølge faktaarket var lav, hvilket efterfølgende af BankInvest blev ændret til høj risiko, og at faktaarket ikke indeholdt en redegørelse for den særlige risiko, der var forbundet med, at de sikkerheder, der lå bag investeringsbeviset, var konjunkturfølsomme, hvilket sammen med bestemmelsen om udbyttebetaling medførte betydelig kursusikkerhed. Da der i øvrigt ikke var grundlag for at antage, at kunden havde modtaget rådgivning om disse forhold, fandtes banken også ud fra synspunktet om manglende risikospredning at have pådraget sig ansvar i forbindelse med rådgivningen om investeringen i BankInvest Højrentelande.

I andre tilfælde er det foreliggende skriftlige materiale i forhold til den finansielle virksomhed tillagt positiv betydning ved culpabedømmelsen, således at det med henvisning til det

foreliggende (fyldestgørende) skriftlige materiale er blevet statueret, at der ikke er handlet culpøst. Se eksempelvis,

PAN nr. 188/2011, hvor en sparekasses rådgivning vedrørende rente- og valutaswaps skete på baggrund af et præsentationsmateriale. Materialet angav fordele ved produktet, herunder den aktuelle rentebesparelse, samt de generelle risici forbundet med rente- og valutaswaps, herunder at valutaswappens markedsværdien blev påvirket af renteændringer og kursændringer på CHF. Det var desuden udtrykkeligt angivet, at en stigende kurs på CHF i forhold til DKK vil medføre tab. Ankenævnet fandt herefter ikke, at sparekassen havde pådraget sig et erstatningsansvar for klagerens tab på den indgåede valutaswapaftale.

3.1.5. Kundens forhold – risikoprofil og krav til kunden

Som nævnt ovenfor er fastlæggelse af kundens risikoprofil og risikovillighed en hel central forpligtelse i forbindelse med finansielle virksomheders rådgivning om finansielle produkter. Manglende fastlæggelse af kundens risikoprofil eller manglende sammenhæng mellem kundens risikoprofil og den risiko, som er forbundet med de foretagne investeringer, er i ankenævnspraksis tillagt betydning ved culpabedømmelsen. Om et tilfælde, hvor den manglende sammenhæng mellem den fastlagte risikoprofil og de foretagne investeringer blev tillagt betydning, se

PAN nr. 443/2010, hvor klageren valgte en risikovillighed svarende til 2 på en skala fra 1-10. Vedrørende investeringsstrategien var det anført, at kunden "Ønsker så risikofrie investeringer som muligt, også selv om afkastet af den grund bliver minimalt. Ønsker minimalt værdiudsving i formuen". Af den fremlagte beholdningsoversigt pr. 30. juni 2008 fremgik, at banken havde investeret ca. 50 pct. af kundens midler i ScandiNotes II Senior obligationer, ca. 13 pct. i ScandiNotes III Mezzanine obligationer og ca. 21 pct. i ScandiNotes IV Mezzanine obligationer. Ankenævnet fandt, at de foretagne investeringer var i strid med kundens valg af lav risikovillighed i formueplejeaftalen, og på den baggrund kunne en aftalt ansvarsbegrænsning ikke finde anvendelse.

Et yderligere aspekt i forbindelse med culpabedømmelsen ved rådgivning om finansielle produkter, som især er relevant i forbindelse med investering i værdipapirer, er, i hvilket omfang kunden kendte eller burde kende til de generelle eller specifikke risici, som er forbundet med de foretagne investeringer. Det må antages, at kunder, der investerer i værdipapirer, må forventes at have kendskab til den risiko, som er forbundet med investering i traditionelle produkter som stats- og realkreditobligationer og aktier optaget til handel på et reguleret marked. På tilsvarende vis må det antages, at kunderne i almindelighed er eller bør være bekendt med andre basale forhold, som karakteriserer bestemte produkter. Se således,

PAN nr. 1074/2009, hvor klageren fandtes ikke at kunne være uvidende om den risiko, der er forbundet med investering i aktier herunder, at kursen kunne vise sig at falde, hvilket klageren derfor selv måtte bære risikoen ved.

Derimod viser de senere års sager om rådgivning om og salg af komplicerede finansielle produkter, at almindelige kunder, (detail-)kunder, ikke i almindelighed forventes at have kendskab til de risici, som er knyttet til komplicerede produkter. Se eksempelvis.

PAN nr. 1072/2010, hvor et enigt ankenævn indledningsvist fandt, at i betragtning af klagerens økonomiske forhold og den omstændighed, at hun efter det oplyste ikke havde relevant inve-

steringserfaring, herunder erfaring med gearede investeringer, burde banken have rådgivet hende om risikoen ved den foretagne investering samt undersøgt, om den passede til hendes risikoprofil.

Anderledes forholder det sig, såfremt kunden som følge af sin uddannelse eller (tidligere) ansættelse må antages at have kendskab til de risici, som er forbundet med komplicerede produkter.

I en række tilfælde er pengeinstituttet ikke blevet pålagt ansvar ud fra et risikosynspunkt, idet det skriftlige materiale, som kunden er blevet præsenteret for i forbindelse med rådgivning om og investering i mere risikofyldte produkter, på tilstrækkelig klar måde har redegjort for de foreliggende risici. Eller med andre ord, kunden må på baggrund af det foreliggende skriftlige materiale antages at have accepteret den med investeringen forbundne risiko.

3.2. Bevisbyrde

Det erstatningsretlige udgangspunkt er, at det er skadelidte, dvs. kunden, der har bevisbyrden for, at skadevolder, her den finansielle virksomhed, har handlet culpøst, at der er lidt et tab, samt at der er årsagssammenhæng mellem den culpøse adfærd og det af kunden lidt tab.

Ligefrem bevisbyrde er da også det helt klare udgangspunkt for ankenævnene i sager om erstatningsansvar i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter.

På trods af det klare udgangspunkt med ligefrem bevisbyrde synes der dog at være en tendens til, at især Pengeinstitutankenævnet i de senere år i stigende grad har anvendt omvendt bevisbyrde. Om end billedet ikke er ganske entydigt, har dette specielt været tilfældet i visse sagstyper. Desuden er det således, at der er en tendens til, at mindretallet i højere grad end flertallet anvender omvendt bevisbyrde. Mindretallet i en række sager har anvendt omvendt bevisbyrde, mens flertallet har afvist sagen med henvisning til behovet for bevisførelse.

Det skal i øvrigt bemærkes, at spørgsmålet, om hvem der bærer bevisbyrden i de sager, som er undersøgt, har vist sig at have stor betydning for den enkelte sags udfald. Et betydeligt antal sager om rådgivning ved ankenævnene er afgjort til den finansielle virksomheds fordel med den begrundelse, at klageren ikke har godtgjort, at virksomheden har begået fejl eller forsømmelser, der har kunnet medføre et erstatningsansvar. I de sager, hvor ankenævnene - primært i de senere år - har anvendt omvendt bevisbyrde, er resultatet derimod næsten altid faldet ud til kundens fordel, idet den finansielle virksomhed ikke har været i stand til at løfte bevisbyrden, det vil sige, bevise at der i den konkrete sag er ydet tilstrækkelig rådgivning.

Det kan således konstateres, at anvendelse af omvendt bevisbyrde i de undersøgte sager har været en relativt effektiv måde at skærpe culpaansvaret på – og dermed den reelle forbrugerbeskyttelse.

I det følgende skal det søges afklaret, under hvilke særlige omstændigheder/i hvilke særlige tilfælde ankenævnene har anvendt omvendt bevisbyrde i relation til culpabedømmelsen.

3.2.1. Særlige rådgivningssituationer

Som nævnt er der en nær sammenhæng mellem kend din kunde princippet og den finansielle virksomheds forpligtelse til at kende de risici, som er forbundet med investering i de forskellige typer af værdipapirer. Kravet om kend din kunde og kendskab til de værdipapirer, der rådgives om er en nødvendig forudsætning for, at den enkelte kunde kan rådgives om de værdipapirer, som er relevant for den pågældende kunde. Denne sammenhæng eller rettere mangel herpå har i nogle sager været fremhævet som begrundelse for at anvende omvendt bevisbyrde. Se eksempelvis,

PAN nr. 1072/2010, hvor et enigt ankenævn i betragtning af klagerens økonomiske forhold og den omstændighed, at hun efter det oplyste ikke havde relevant investeringserfaring, herunder erfaring med gearede investeringer, fandt, at banken burde have rådgivet hende om risikoen ved den foretagne investering samt undersøgt, om den passede til hendes risikoprofil. Da det ikke af banken var godtgjort, at den havde opfyldt denne forpligtelse, fandt nævnet, at banken havde pådraget sig et ansvar over for klageren i forbindelse med hendes investering i risikofyldte aktier.

Det forhold, at der er tale om rådgivning og investering af mindreåriges frie midler, er i et antal sager, primært om køb af garantbeviser, blevet fremhævet som begrundelse for at pålægge det involverede pengeinstitut bevisbyrden for, at der i det konkrete tilfælde er rådgivet om det særlige ved garantbeviser, nemlig at der er risiko for, at garantbeviserne mister værdi, såfremt det garantudstedende pengeinstitut kommer i økonomiske vanskeligheder.

3.2.2. Betydningen af offentligretlige forskrifter

Som nævnt ovenfor kan tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter få betydning ikke alene for culpabedømmelsen, men også for bevisbyrdefordelingen i sager om utilstrækkelig rådgivning om finansielle produkter. Den foreliggende ankenævnspraksis viser eksempler på, at manglende overholdelse af sådanne forskrifter har ført til, at den finansielle virksomhed er blevet pålagt at bevise, at der trods den manglende overholdelse af en offentligretlig forskrift er ydet tilstrækkelig rådgivning. Der synes dog ikke at være et klart mønster i disse sager.

Om tilfælde, hvor tilsidesættelse af regler i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen havde direkte betydning for bevisbyrdespørgsmålet, se,

PAN nr. 571/2008, hvor ankenævnet fandt, at nogle handler med ScandiNotes og Kalvebod obligationer ikke opfyldte betingelserne i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen § 19, hvorfor handlerne ikke kunne gennemføres efter reglerne om execution only. I forbindelse med kundens køb af obligationerne i juni 2008 burde banken derfor have udført en hensigtsmæssighedstest, jf. bekendtgørelsen § 17, med henblik på at fastslå, om kunden havde den nødvendige erfaring og viden til at forstå den særlige risiko, som var forbundet med disse obligationer, og i benægtende fald have gjort kunden udtrykkeligt opmærksom herpå. Under disse omstændigheder fandt ankenævnet, at det måtte påhvile banken at godtgøre, at den manglende rådgivning havde været uden betydning for kundens dispositioner.

Om et tilfælde, hvor en mulig tilsidesættelse af krav i god skik bekendtgørelsen derimod ikke under de givne omstændigheder medførte omvendt bevisbyrde, se

PAN nr. 240/2012. Ankenævnets flertal fandt, at det som udgangspunkt måtte påhvile klageren at bevise, at rådgivningen var ansvarspådragende. Det forhold, at der tilsyneladende ikke i

forbindelse med hjemtagelsen af det omhandlede lån blev udarbejdet en erklæring vedrørende rådgivning om lån med sikkerhed i fast ejendom, jf. god skik bekendtgørelsens krav herom, kunne, henset til navnlig indholdet af lånedokumenterne, hvor de særlige indfrielsesvilkår var angivet, og til at klageren efter flertallets opfattelse havde en ikke ubetydelig erfaring med realkreditbelåning, ikke medføre, at bevisbyrden påhvilede banken.

3.2.3. Betydningen af Finanstilsynets påtaler

Finanstilsynets påtaler mv. har ført til, at pengeinstituttet er blevet pålagt bevisbyrden, således at der pålægges ansvar, medmindre pengeinstituttet i det konkrete tilfælde har kunnet bevise, at det i forhold til den pågældende kunde har ydet tilstrækkelig rådgivning. Den bevismæssige betydning af Finanstilsynets påtaler i en given rådgivningssituation kan illustreres med udgangspunkt i Pengeinstitutankenævnets praksis vedrørende Jyske Banks rådgivning og salg af produktet Jyske Invest Hedge Markedsneutral – Obligationer (Jyske Hedge).

Baggrunden for Jyske Hedge sagerne var, at Jyske Bank i 2007 markedsførte Jyske Invests produkt Jyske Invest Hedge Markedsneutral - Obligationer (Jyske Hedge). I forbindelse hermed blev der til ca. 35.000 kunder udsendt markedsføringsmateriale bestående af en salgsbrochure med indbygget tegningsprospekt og vedtægter for foreningen. Brochuren indeholdt en række oplysninger om foreningen og tegnede i den første del af materialet et meget positivt billede af produktet. Derimod var risiciene ved investeringen ikke særligt fremhævet. I efteråret 2007 købte en række kunder gennem Jyske Bank andele i Jyske Hedge - typisk til tegningskursen 102. I efteråret 2008 faldt kursen til ca. 20. Dette medførte en lang række klager til Pengeinstitutankenævnet med krav om kompensation for mangelfuld rådgivning i forbindelse med investeringen i Jyske Hedge. Det skal bemærkes, at selvom salgene af Jyske Hedge skete såvel før som efter 1. november 2007, er det i sagerne ikke særskilt tillagt betydning, om salgene er sket før eller efter ikrafttræden af reglerne i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen, som med virkning fra 1. november 2007 implementerede MiFID reglerne.

Ved afgørelse af 8. juli 2009 påtalte Finanstilsynet over for Jyske Invest, at der var handlet i strid med redelig forretningsskik og god praksis, jf. § 18 i den dagældende lov om investeringsforeninger, specialforeninger m.v. Finanstilsynet fandt, at den af foreningen udarbejdede salgsbrochure om Jyske Hedge ikke udgjorde en afbalanceret beskrivelse af produktets egenskaber og de risici, der var forbundet med investeringen.

I forhold til Jyske Bank fandt Finanstilsynet i sin afgørelse af 24. november 2009 ikke, at banken havde levet op til kravene i den dagældende god skik bekendtgørelses § 7, stk. 3, 3. pkt., hvorefter banken skulle orientere om de risici, der var relevante for kunderne. Finanstilsynet påtalte derfor over for Jyske Bank, at den ikke generelt havde taget skridt til at rette op på, at salgsbrochuren ikke udgjorde en afbalanceret beskrivelse af produktets egenskaber og de risici, der var forbundet med investeringen. Banken havde i den forbindelse heller ikke sikret, at kunder, der blev anbefalet at geninvestere midler fra udløbne strukturerede obligationer og stats- og realkreditobligationer, på tydelig måde blev informeret om relevante risici ved en investering i hedgeforeningen.

I de første sager vedrørende Jyske Hedge anvendte Pengeinstitutankenævnet ligefrem bevisbyrde, således at kunden for at kunne gøre krav gældende over for Jyske Bank, måtte bevise, at banken havde begået ansvarspådragende fejl i forbindelse med rådgivningen og købet af Jyske Hedge.

Efter offentliggørelsen af Finanstilsynets påtaler har Pengeinstitutankenævnet i et betydeligt antal sager anvendt omvendt bevisbyrde med udtrykkelig henvisning til påtalerne. I sagerne er der nærmest tale om standardbegrundelser, og afgørelserne er således i vidt omfang enslydende uanset forskelle i kundernes risikoprofil og formueforhold. Se eksempelvis, PAN nr. 1081/2010, hvor ankenævnet udtalte:

"Af Finanstilsynets afgørelse af 24. november 2009 til Jyske Bank fremgår:

"Finanstilsynet påtaler, at Jyske Bank A/S i forbindelse med salg af andele i Jyske Invest Hedge Markedsneutral – Obligationer ikke generelt har taget skridt til at rette op på, at salgsbrochuren fra Investeringsforeningen Jyske Invest Hedge Markedsneutral – Obligationer ikke udgør en afbalanceret beskrivelse af produktets egenskaber og de risici, der er forbundet med investeringen. Banken har i den forbindelse heller ikke sikret, at kunder, der blev anbefalet at geninvestere midler fra udløbne strukturerede obligationer og stats- og realkreditobligationer, på tydelig måde blev informeret om relevante risici ved en investering i hedgeforeningen. Jyske Bank A/S har derved ikke levet op til forpligtelsen i den dagældende bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder, § 7, stk. 3, 3. pkt."

Det er understreget i afgørelsen, at Finanstilsynet ikke hermed har taget stilling til, hvorvidt rådgivningen af den enkelte kunde lever op til bekendtgørelsens krav. Herefter finder Ankenævnet, at det i den konkrete sag må påhvile Jyske Bank at godtgøre, at klageren forud for købet af Jyske Invest Hedge Markedsneutral – Obligationer har modtaget fyldestgørende rådgivning om, hvorledes disse obligationer risikomæssigt adskiller sig fra såvel almindelige stats- og realkreditobligationer som obligationsbaserede investeringsbeviser, herunder om den særlige risiko, som var en følge af gearingen af produktet. Ankenævnet finder, at Jyske Bank ikke alene på baggrund af udsendelsen af brochuren, der har givet Finanstilsynet anledning til en påtale over for Hedgeforeningen Jyske Invest, har kunnet forudsætte, at klageren var fortrolig med produktets særlige karakter. Da Jyske Bank ikke har godtgjort, at klageren modtog fyldestgørende rådgivning forud for købet af Jyske Invest Hedge Markedsneutral – Obligationer, er banken erstatningsansvarlig for det tab som klageren har lidt som følge af investeringen."

Pengeinstitutankenævnet pålagde herefter i denne som i andre tilsvarende sager Jyske Bank kurtagefrit at tilbagekøbe de af kunden erhvervede Jyske Hedge til den oprindelige anskaffelsessum kurs 102.

Som Pengeinstitutankenævnets afgørelser er formuleret, synes det at være det forhold, at Finanstilsynet har afsagt en afgørelse mod banken, hvori det blev fastslået, at banken ikke tog skridt til at rette op på, at salgsbrochuren ikke udgjorde en afbalanceret beskrivelse af egenskaberne ved Jyske Hedge og de risici, der var forbundet med investeringen, at banken ikke sikrede, at kunder på en tydelig måde blev informeret om relevante risici ved en investering i hedgeforeningen, og at banken herved ikke levede op til forpligtelsen i dagældende god skik bekendtgørelse § 7, stk. 3, 3. pkt., der begrunder omlægningen af bevisbyrden.

Selv efter Finanstilsynets påtaler har Pengeinstitutankenævnet dog i enkelte tilfælde anvendt omvendt bevisbyrde uden at henvise til påtalerne. Se eksempelvis,

PAN nr. 96/2009, hvor ankenævnet uden henvisning til påtalerne ikke fandt, at pengeinstitutet havde godtgjort at have informeret kunden på en tydelig måde om risici forbundet med køb

af blandt andet Jyske Hedge, herunder om den særlige risiko, som var en følge af gearingen af produktet. Det fandtes ej heller godtgjort, at kunden måtte forventes at have det fornødne kendskab hertil.

3.2.4. Betydningen af skriftligt materiale

Som nævnt har anvendelsen af omvendt bevisbyrde i et betydeligt antal af Jyske Hedge sagerne været begrundet i, at det foreliggende markedsføringsmateriale, som kunderne var blevet præsenteret for, ikke i tilstrækkelig grad var afbalanceret og reflekterede de risici, som var forbundet med investering i Jyske Hedge. Også i andre tilfælde, hvor Finanstilsynet dog ikke har påtalt forholdet, har Pengeinstitutankenævnet anvendt omvendt bevisbyrde, idet nævnet selv har fundet, at det materiale, som kunderne fik stillet til rådighed, ikke var tilstrækkeligt til at sikre den fornødne rådgivning. Se eksempelvis,

PAN nr. 990/2010, hvor ankenævnet bemærkede, at man i tidligere afgørelser havde fundet, at Roskilde Banks støtteark ikke gav investorerne en retvisende og fyldestgørende beskrivelse af de risici, der var knyttet til produktet Aktiv Boliginvest. Det måtte derfor påhvile banken at godtgøre, at den pågældende kunde forud for indgåelsen af aftalen om Aktiv Boliginvest havde modtaget fyldestgørende rådgivning om risikoen ved produktet. Banken var ikke i stand til at løfte denne bevisbyrde, hvorfor kunden fik medhold i sin klage.

Det forhold, at der ikke som foreskrevet i god skik bekendtgørelsen eller i øvrigt ikke er udarbejdet en skriftlig aftale (eller andet varigt medium) har i nogle sager ført til, at ankenævnene, ved Pengeinstitutankenævnet især mindretallet, har anvendt omvendt bevisbyrde. Se således eksempelvis,

RAN nr. 21101018, hvor ankenævnet ved vurderingen af rådgivningen fandt, at det bevismæssigt måtte komme instituttet til skade, at der ikke forelå et god skik rådgivningsskema. I mangel heraf lagde nævnet til grund, at instituttet ikke mundtligt havde rådgivet klagerne om vilkårene for kortrentelånet.

3.2.5. Betydning af risikofyldt produkt og risikoprofilen

En række forhold kan begrunde, at der er tale om et særligt risikofyldt produkt eller arrangement. Er dette tilfældet, kan det medføre, at den finansielle virksomhed pålægges bevisbyrden. Dette er dog typisk et forhold, som tillægges betydning ved culpabedømmelsen. Om tilfælde hvor der er anvendt omvendt bevisbyrde, se eksempelvis,

I PAN nr. 451/2010 fremhævede Pengeinstitutankenævnet således i denne sammenhæng, at investeringen var lånefinansieret, og at hele investeringen blev foretaget i ét værdipapir - BankInvest Højrentelände, som ikke kunne anses for et produkt med lav risiko. Nævnet fandt det ikke godtgjort, at banken forinden kunden foretog investeringen, havde rådgivet denne fyldestgørende om den hermed forbundne høje risiko samt om mulige alternative investeringer med en større risikospredning. Desuden fandtes det ikke godtgjort af banken, at kunden foretrak den pågældende investering samt havde accepteret den hermed forbundne risiko.

I en række sager kædes det forhold, at der er tale om et risikofyldt produkt sammen med kundens risikoprofil. Såfremt de foretagne investeringer i risikofyldte produkter ikke svarer til den for kunden fastlagte eller gældende risikoprofil, kan dette begrunde, at bevisbyrden vendes, således at det påhviler pengeinstituttet at bevise, at man i den enkelte sag har

rådgivet kunden om de særlige risici og eventuelt fået kundens udtrykkelige accept af de foretagne investeringer. Se eksempelvis,

PAN nr. 194/2009, hvor klageren havde fået frigjort nogle midler i forbindelse med salg af en andelsbolig og flytning til en lejlighed. Pengeinstitutankenævnet lagde til grund, at klager på mødet med banken havde oplyst, at hun ønskede at investere med lav risiko. Herefter påhvilede det banken på tydeligt måde i forbindelse med rådgivningen at informere klager om, hvordan de aktuelle papirer adskilte sig risikomæssigt fra almindelige stats- og realkreditobligationer samt obligationsbaserede investeringsbeviser, herunder om den særlige risiko som følge af gearingen af produktet. Da banken ikke kunne godtgøre, at en sådan rådgivning havde fundet sted, fandtes banken at have begået en ansvarspådragende fejl ved rådgivningen af klager.

3.3. Aftaleretlige aspekter

I forbindelse med rådgivning om køb og salg af værdipapirer kan der være indgået en skriftlig (porteføljepleje-)aftale mellem pengeinstituttet og kunden, hvorefter pengeinstituttet inden for fastlagte rammer har fuldmagt til at udføre transaktioner på vegne af kunden. I denne aftale kan kundens risikoprofil (risikokvalificering) eksempelvis være fastlagt, ligesom det vil fremgå, hvorledes kundens værdipapirportefølje skal sammensættes. Om pengeinstituttet rent faktisk har overholdt det således aftalte, kan i sådanne tilfælde have betydning for ansvarsvurderingen.

Er de af pengeinstituttet foretagne værdipapirtransaktioner i overensstemmelse med den indgåede aftale, vil pengeinstituttet som udgangspunkt ikke kunne pålægges ansvar. Se eksempelvis,

PAN nr. 1014/2010, hvor det af formueplejeaftalen fremgik inden for hvilke rammer, banken skulle investere kundens midler, herunder at investeringerne skulle være i overensstemmelse med kundens investeringsprofil. Ankenævnet fandt det ikke godtgjort, at banken i forbindelse med fastlæggelsen af kundens investeringsprofil, indgåelsen af aftalen eller ved forvaltningen af aftalen havde handlet erstatningspådragende.

Er de investeringer, som pengeinstituttet har foretaget på kundens vegne, derimod ikke i overensstemmelse med den indgåede aftale, eller afspejler den aftalte risikoprofil ikke kundens reelle situation, vil pengeinstituttet som udgangspunkt blive pålagt at erstatte det af kunden lidt tab, som ikke ligger inden for det aftalte. Se eksempelvis,

PAN nr. 358/2010. Kundens risikovillighed var efter aftalen fastsat til "4" på den samlede portefølje og den vejledende investerings sammensætning var i aftalen fastsat, således at 40-60 pct. skulle investeres i "Obligationer enkelt defensiv". Bankens investering af ca. 50 pct. af kundens midler i 2 % Kalvebod III 2014 obligationer fandtes at stride imod såvel den aftalte risikoprofil som den aftalte investerings sammensætning.

3.4. Retspraksis

Undersøgelsen af nyere retspraksis om erstatning som følge af mangelfuld rådgivning om finansielle produkter omfatter Højesterets dom refereret i U 2013.182 H, Vestre Landsrets dom refereret i U 2012.2749 V, Østre Landsrets dom af 12. oktober 2011 samt en dom af 2. juli 2013 afsagt af Retten i Nykøbing Falster.

U 2013.182 H og U 2012.2749 V vedrører begge spørgsmålet om investeringer inden for rammerne af formueplejeaftaler om investering i værdipapirer indgået mellem et pengeinstitut og en kunde. Spørgsmålet var, at banken som formueforvalter havde handlet ansvarspådragende ved på kundens vegne at have investeret i visse virksomhedsobligationer.

I U 2013.182 fandt Højesteret, at pengeinstituttet havde handlet ansvarspådragende. Selvom investering i "obligationer", som aftalen var begrænset til, måtte antages også at omfatte virksomhedsobligationer, fandtes de foretagne investeringer på 68 pct. af kundens midler i risikofyldte virksomhedsobligationer - ScandiNotes obligationer og Kalvebod obligationer - i ikke uvæsentligt omfang at stride mod den med kunden aftalte risikoprofil. Kundens risikoprofil var i aftalen fastlagt til "lav".

I U 2012.2749 frifandt pengeinstituttet derimod i forbindelse med kundens investering i ScandiNotes obligationer. Dette skete med henvisning til, at de foretagne investeringer, trods de risici som måtte være forbundet hermed, lå inden for de rammer, som fremgik af den indgåede aftale. Desuden indikerede forholdene, at ejeren af det anpartsselskab, på vis vegne investeringerne var foretaget, kendte til eller i hvert fald burde være bekendt med risikoen ved de foretagne investeringer. Bevisbyrden var ligefrem.

Østre Landsrets dom af 12. oktober 2011 vedrører Jyske Invest Hedge Markedsneutral - Obligationer. Jyske Bank fandtes at have handlet ansvarspådragende i forhold til kunden - et anpartsselskab. På baggrund af bevisførelsen lagde landsretten til grund, at kunden ikke havde fået den individuelle rådgivning om karakteristika og risici, som efter landsrettens opfattelse måtte kræves ved et produkt som Jyske Hedge, herunder rådgivning om den betydelige gearing og risikoen for, at tab måtte realiseres i tilfælde af en uventet kursudvikling af tilstrækkeligt omfang. Om end det ikke udtrykkeligt fremgår, må dommen forstås således, at Jyske Bank ikke var i stand til at bevise, at den nødvendige individuelle rådgivning havde fundet sted.

Dommen fra Retten i Nykøbing Falster afsagt den 2. juli 2013 drejede sig om, hvorvidt en bank havde pådraget sig ansvar ved rådgivning af en kunde om lånefinansierede investeringer i aktier, valutaterminsforretninger og BankInvest Højrentelande. Retten fandt ikke, at banken i relation til investeringerne i aktier og valutaterminsforretningerne havde handlet ansvarspådragende. Der henvises her primært til, at kunde havde et ikke uvæsentligt kendskab til de risici, som var forbundet med de foretagne investeringer. Derimod fandt retten under anvendelse af omvendt bevisbyrde, at banken havde handlet ansvarspådragende i forhold til investeringerne i BankInvest Højrentelande. Omvendt bevisbyrde var begrundet i, at det var tale om et højrisiko arrangement med særlig rådgivningspligt for banken til følge. Dommen er efter det oplyste anket vedrørende aktieinvesteringerne og valutaterminsforretningerne, men ikke vedrørende investeringerne i BankInvest Højrentelande, hvor kunden fik medhold.

Kapitel 4 – Statistik over klager over rådgivning ved udvalgte ankenævn

1. Indledning

I dette afsnit gennemgås statistik over klager ved udvalgte ankenævn for at belyse en række af de problemstillinger, der berøres i denne rapport.

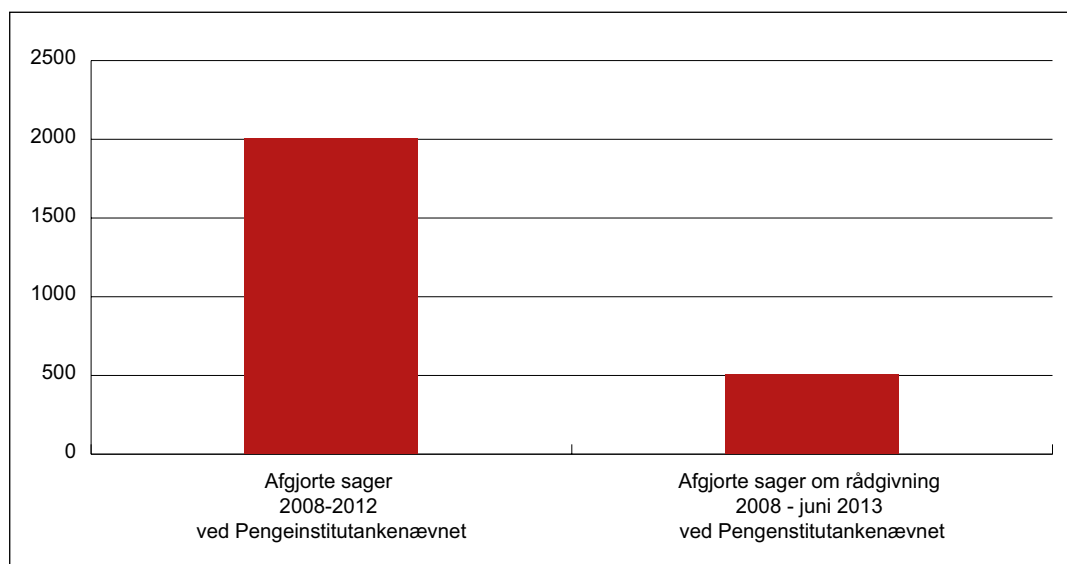
Ifølge udvalgets kommissorium er udvalget nedsat på baggrund af, at den finansielle krise har affødt en øget mængde af sager, hvor kunderne har haft oplevelsen af at have fået dårlig eller mangelfuld rådgivning om finansielle produkter. Da det i særlig grad har været rådgivning om investeringsprodukter, solgt af pengeinstitutter, der har givet anledning til disse sager, indeholder dette afsnit primært statistiske oplysninger om sager fra Pengeinstitutankenævnet. Der har endvidere efter den finansielle krise været fokus på omfanget af belåning af fast ejendom i lyset af de prisfald, der har været boligmarkedet, hvorfor der er medtaget oplysninger om sager ved Realkreditankenævnet.

2. Rådgivningssager ved Pengeinstitutankenævnet

I dette afsnit gives en oversigt over antallet af sager ved Pengeinstitutankenævnet, der vedrører rådgivning om investeringer i værdipapirer. Når der kun er medtaget sager om rådgivning om investeringer i investeringsprodukter skyldes dette, at denne sagstype udgør skønsmæssigt 90 % af samtlige rådgivningssager hos Pengeinstitutankenævnet.

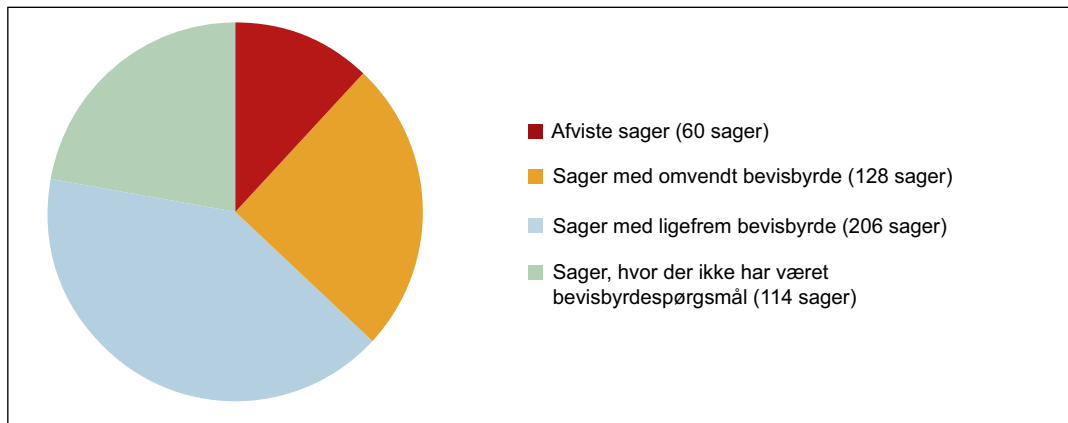
2.1. Antal sager om rådgivning om investeringer i investeringsprodukter

Pengeinstitutankenævnet har i perioden 1. januar 2008 frem til den 31. december 2012 truffet afgørelse i 2007 sager i alt. Pengeinstitutankenævnet har oplyst, at det i perioden fra januar 2008 til juni 2013 har truffet afgørelse i 508 sager om rådgivning vedrørende investe-



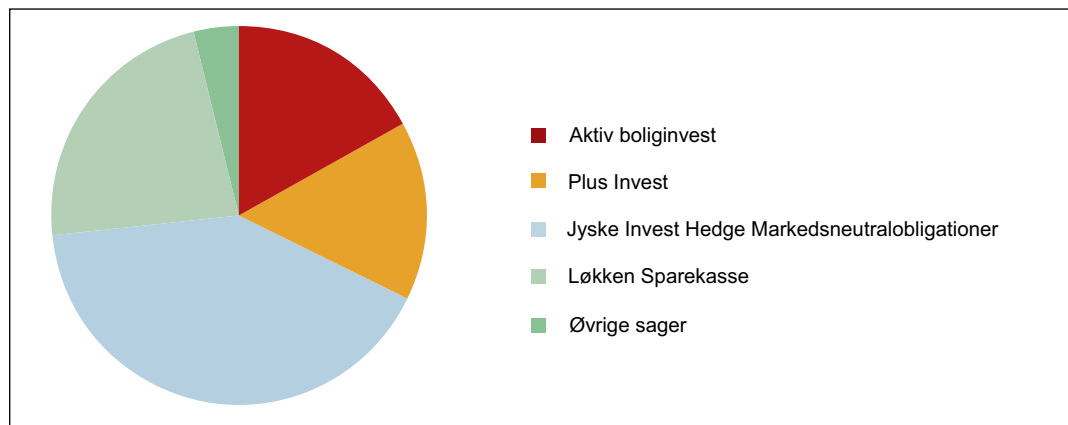
ringer i værdipapirer. Sager vedrørende rådgivning om investeringer udgør derfor i alt ca. 25 % af alle ankenævnets afgørelser, men som nævnt 90 % af samtlige rådgivningssager.¹⁹

De 508 sager om rådgivning om investeringer fordeler sig således, når de opdeles på kategorierne: afviste sager, sager med ligefrem bevisbyrde og sager med omvendt bevisbyrde og endelig sager, hvor bevisbyrdespørgsmålet ikke har haft betydning.



2.2. Sager med omvendt bevisbyrde

Det fremgår, at 128 af rådgivningssagerne været afgjort med omvendt bevisbyrde. En nærmere gennemgang af sagerne om omvendt bevisbyrde viser, at disse særligt fordeler sig på fire sagskategorier.



Aktiv BoligInvest var et investeringskoncept, som blev udbudt af Roskilde Bank. Konceptet var baseret på, at investor skulle optage lån i sin faste ejendom og herefter investere provenuet i investeringsforeningen BankInvest Højrentelande. Pengeinstitutankenævnet har truffet afgørelse i 24 sager om Aktiv BoligInvest, og i alle sager er der anvendt omvendt bevisbyrde.

¹⁹ Der tages forbehold for, at rådgivningssagerne vedrører perioden 2008-juni 2013, mens det samlede antal sager vedrører perioden 2008-2012.

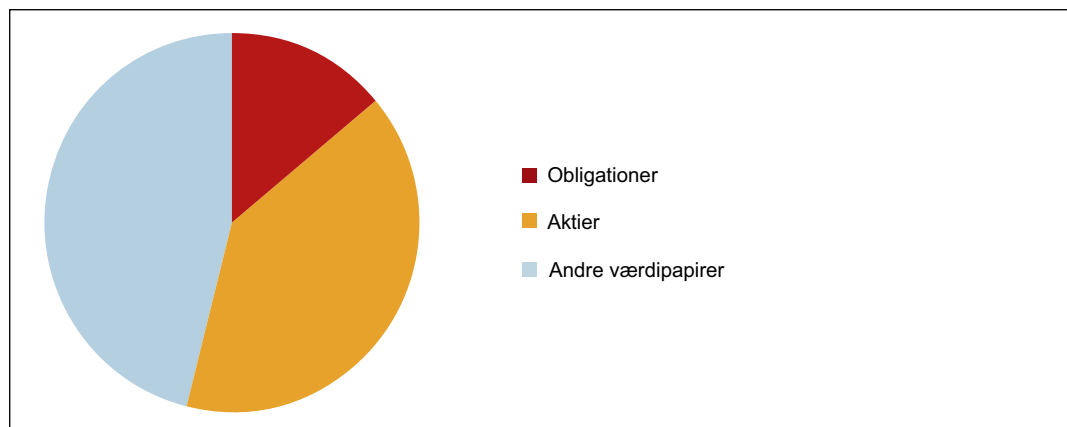
Strukturerede obligationer fra *Plus Invest* blev solgt af en lang række pengeinstitutter. Plus Invest er et varemærke anvendt af BankInvest gruppen ved udstedelse af strukturerede obligationer. De obligationer, som solgtes til investorerne, var udstedt af danske selskaber. Hver enkel obligationsserie udstedtes uden hæftelse for udsteder, men med sikkerhed i en nul kupon obligation, der skulle sikre indløsning til kurs 100 samt en option eller et derivat, der gav mulighed for et afkast, når obligationen udløb. Af faktaarkene vedrørende en række Plus Invest produkter fremgik det blandt andet, at investeringen ville blive indfriet til minimum kurs 100 ved udløb, hvilket i en note med mindre skrift var angivet ”ved investering i AAA-rated sikkerhedsobligation, som er den højest opnåelige rating”. Pengeinstitutankenævnet har i ca. 20 sager truffet afgørelse vedrørende Plus Invest under anvendelse af omvendt bevisbyrde.

Der er anvendt omvendt bevisbyrde i 55 sager vedrørende Jyske Banks salg af *Jyske Hedge Markedsneutral obligationer*. Produktets investeringsformål var at kombinere investeringer i rentebærende instrumenter og til dels valutapositioner på en måde, så der skabtes et positivt afkast. Investeringsstrategien var, at købe obligationer, som vurderedes at være billige og sælge obligationer, som vurderedes at være dyre.

Endelig har Pengeinstitutankenævnet i 24 af de 93 sager om garantkapital i *Løkken Sparekasse* anvendt omvendt bevisbyrde. I disse sager har der været tale om mindreårige kunder, som har placeret frie midler i garantkapital.

2.3. Sager med ligefrem bevisbyrde

Der har i alt været 206 sager med ligefrem bevisbyrde. Disse sager fordeler sig således på følgende kategorier:



Der har været 29 sager vedrørende obligationer, 82 sager vedrørende aktier og endelig 95 sager, der har vedrørt andre værdipapirer.

2.4. Sager, hvor der ikke har været bevisbyrdespørgsmål

Endelig har der været 114 sager, hvor bevisbyrdespørgsmål ikke har været et afgørende tema. Som eksempel på en sag i denne kategori kan nævnes sager med aftaleretlige problemstillinger, hvor ankenævnet skulle tage stilling til om en investering lå inden for det, som

kunden havde aftalt med banken. Spørgsmålet om bevisbyrde har derfor i disse sager ikke været afgørende for sagernes udfald.

2.5. Afviste sager om rådgivning om investeringer i værdipapirer

Inden for kategorien rådgivningsager har der været 60 sager, som er blevet afvist efter vedtægternes § 7 om bevisførelse. Af disse afvisninger har de 36 afgørelser været enstemmige, mens der i de resterende 24 sager har været dissens fra forbrugersiden i ankenævnet. Disse sager har primært vedrørt investeringer i garantbeviser, hvor mindretallet har lagt vægt på Finanstilsynets kritik af Løkken Sparekasse af 25. marts 2009, og på den baggrund har givet klagerne medhold.

2.6. Ikke-fulgte rådgivningssager

I perioden fra januar 2008 til juni 2013 har der været 108 sager, hvor det involverede pengeinstitut har valgt ikke at følge Ankenævnets afgørelse. Heraf var halvdelen rådgivningssager svarende 54 sager.

Af de i alt 108 ikke fulgte sager har de 82 sager vedrørt to bestemte sagstyper. 37 sager vedrører DiBa Banks salg af ScandiNotes i forbindelse med formueplejeaftaler, dvs. afgørelser af aftaleretlig karakter, og 45 sager (af de i alt 54 rådgivningssager) vedrører Jyske Banks salg af Jyske Hedge.

Når der bortses fra, at 45 af de 54 rådgivningssager vedrører Jyske Banks salg af Jyske Hedge, svarer dette til at 9 sager ud af i alt 508 rådgivningssager – det vil sige under 2 % af rådgivningssagerne - ikke er blevet fulgt af pengeinstituttet.

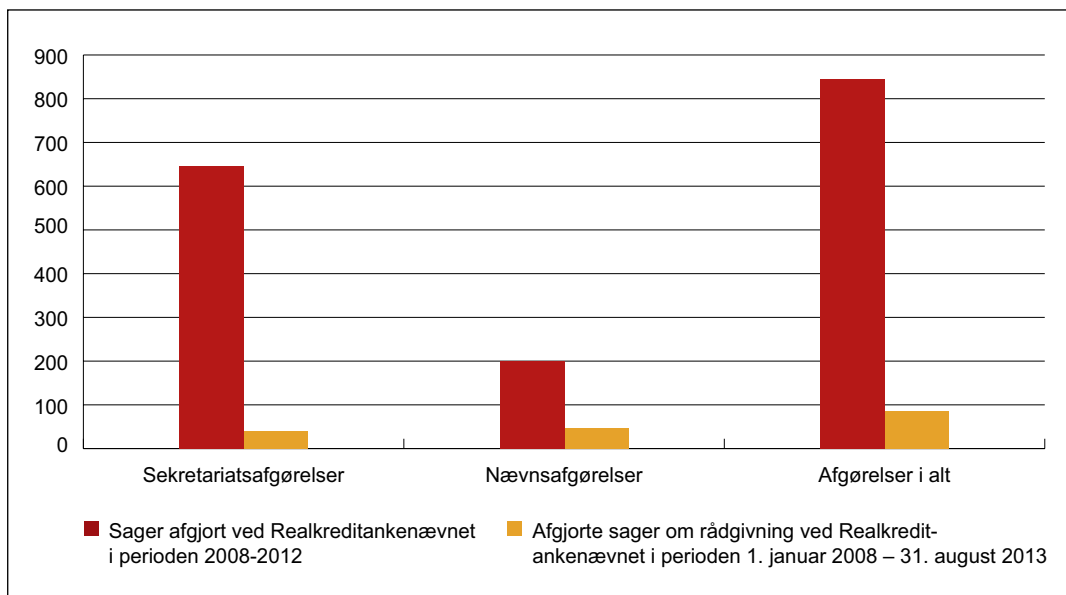
3. Rådgivningssager ved Realkreditankenævnet

Antallet af sager om rådgivning, som er afgjort af Realkreditankenævnet i perioden fra 1. januar 2008 til 31. august 2013 udgør i alt 86 sager. Heraf er 47 sager afgjort af nævnet, mens 39 rådgivningssager er afsluttet med et sekretariatsforlig eller anden tilsvarende ordning.

De i alt 86 rådgivningssager i perioden fra 1. januar 2008 til 31. august 2013 udgør ca. 10 % af det samlede antal afgjorte sager ved nævnet i perioden 2008-2012.²⁰ Ser man på antallet af rådgivningssager afsluttet i sekretariatet udgør disse sager ca. 6 % af de samlede antal sager afgjort af sekretariatet, mens andelen af nævnsafgjorte sager om rådgivning udgør ca. 24 % af det samlede antal afgjorte nævnsager.

Ud af de 47 afgjorte sager ved nævnet har der været anvendt omvendt bevisbyrde i 2 sager. Den ene sag er begrundet i manglende dokumentation for individuel rådgivning, mens den anden er begrundet i manglende udfyldelse af et rådgivningsskema.

²⁰ Der tages forhold for, at rådgivningssagerne vedrører perioden 2008-juni 2013, mens det samlede antal sager vedrører perioden 2008-2012.



Kapitel 5 – Erstatningsregler i Norge og Sverige

I dette kapitel gennemgås kort reglerne om erstatningsansvar i forbindelse med mangelfuld rådgivning om finansielle produkter i Norge (afsnit 1) og Sverige (afsnit 2). Disse lande er valgt på grund af det retlige samarbejde, der har eksisteret på det civile retlige område mellem de nordiske lande, samt det retskulturelle fællesskab der eksisterer mellem landene.

1. Norge

Udvalget har modtaget et "Notat om erstatningsansvar for mangelfull rådgivning om finansielle produkter" udarbejdet af professor Jan-Ove Færstad, Bergens Universitet. Notatet vedlægges som bilag 3.

Det fremgår af dette notat, at de foreliggende sager i norsk ret vedrørende mangelfuld rådgivning kan opdeles i to grupper. Mangelfuld rådgivning kan medføre, at virksomheden ifalder et erstatningsansvar. Der foreligger imidlertid også en række domme, hvor konsekvensen af manglende rådgivning medfører den aftaleretlige sanktion ugyldighed.

1.1. Erstatning på grund af mangelfuld rådgivning

I det følgende gives to eksempler på sager om erstatningsansvar for mangelfuld rådgivning:

Sunnfjordtunnelen, (Rt. 2003 s 400):

Sagen vedrørte et erstatningskrav mod en fondsmægler for tab, som en kunde led ved handler på obligationsmarkedet. Højesteret fandt, at fondsmægleren kunne blive erstatningsansvarlig, hvis de aktuelle transaktioner var gennemført uden, at mægleren havde forsikret sig om, at kunden havde en klar forståelse for hvilke risici, der var forbundet med transaktionerne, og desuagtet ville have dem gennemført. Højesteret fandt, at fondsmægleren måtte bære risikoen for uklarheder knyttet til den information, som var givet til mægleren og kundens reaktion herpå. Den førstevoterende dommer formulerede sig således: "*Jeg kan heller ikke se at Fearnley[mægleren] senere har gitt noen overbevisende forklaring på at transaksjonene høsten 1993 og våren 1994 stod i nødvendig sammenheng med refinansieringen av tunnelselskapets obligasjonslån, eller at transaksjonene av andre grunner var naturlige for en kunde som tunnelselskapet, som ikke var en langsiktig investor. I en slik situasjon mener jeg det hadde vært meget nærliggende for Fearnley å sikre seg at det forelå skriftlig dokumentasjon som viste at tunnelselskapet var klart innforstått med transaksjonene og den risikoen de innebar. I mangel av slik dokumentasjon er jeg som lagmannsretten kommet til at Fearnley må betegnes som uaktsom i sin informasjon og rådgivning overfor tunnelselskapet*" Den førstevoterende går med dette langt i å pålægge mægleren bevisbyrden i denne sag. Kunden blev herefter tilkendt erstatning.

Sunnfjordtunnelsagen er udtryk for, at Højesteret anvender omvendt bevisbyrde ved vurderingen af, om der forelå en culpøs handling. Tilsvarende gjorde sig i øvrigt gældende ved udmåling af erstatningen.

I den følgende sag Myhre Heis & Elektro (Rt. 2001 s 1702) anvendte højesteret imidlertid ligefrem bevisbyrde, som er udgangspunktet efter norsk ret:

Sagen vedrørte et spørgsmål om en advokats erstatningsansvar for mangelfuld investeringsrådgivning i forbindelse med en skattemæssigt betinget transaktion. Sagsøger påstod, at det var erstatningspådragende, at advokaten ikke informerede om, at han modtog provision for salg af de selskabsandele, som han anbefalede sagsøger at købe. Højesteret lagde til grund, at det var sagsøger, som havde bevisbyrden for sin påstand om, at han ikke ville have foretaget investeringen, hvis han var blevet informeret om at advokaten modtog provision. Da sagsøger ikke kunne løfte bevisbyrden, blev advokaten frikendt.

1.2 Ugyldighed på grund af mangelfuld rådgivning

I det følgende gives to eksempler på sager om ugyldighed ved mangelfuld rådgivning.

Røeggen-sagen (HR 2013 s. 388):

Sagen vedrørte gyldigheden af aftaler mellem en bank og en kunde om en lånefinansieret investering i to aktieindeksobligationer. Efter en helhedsvurdering kom en enstemmig højesteret til, at aftalerne var ugyldige med hjemmel i aftalelovens § 36. Aftalerne blev tilsidesat i sin helhed. Afgørelserne er i høj grad konkret begrundet i fejl og mangler ved den information om produktet, som kunden modtog fra banken, samt at banken ikke havde opfyldt sin pædagogiske forpligtelse over for kunden. Højesteret formulerede kravene til banken således: *“Røeggen var en ikke-profesjonell investor. Det var banken som tok kontakt med ham og foreslo investering i produktene. Bankens informasjonsplikt må da – også i 2000 – bedømmes strengt. Det innebærer ikke et krav om at alle tenkelige situasjoner skal beskrives. Men ved salg av risikopregede og komplekse produkter til ikke-profesjonelle investorer, må banken forsikre seg om at kunden forstår innholdet i den handelen han begir seg inn på, og ikke gi misvisende eller feilaktige opplysninger om viktige forhold av betydning for investeringsbeslutningen”* Vurderingen skete på baggrund af det skriftlige informationsmateriale, som Røeggen modtog, og bevisbyrdespørgsmålet fik derfor ikke betydning for sagens afgørelse.

Lognvik-saken (Rt. 2012 s. 355):

Sagen vedrørte gyldigheden af aftaler, som to privatkunder havde indgået med en bank om et lånefinansieret køb af et sammensat investeringsprodukt. Kunderne krævede købs- og låne-aftalerne kendt ugyldige med hjemmel i aftalelovens § 36. Højesterets flertal lagde til grund, at aftalen kun kunne kendes ugyldig, hvis der forelå *“kvalifiserte mangler ved den informasjon tilbyder har gitt investor, og investor har basert sin investeringsbeslutning på denne”*. Flertallet fandt, at vilkåret ikke var opfyldt, og aftalerne blev ikke kendt ugyldige. Højesterets flertal lagde vægt på det skriftlige informationsmateriale og tog ikke stilling til bevisbyrdespørgsmålet. Mindretallet fandt, at aftalerne skulle kendes ugyldige med hjemmel i aftaleloven § 36. Mindretallet problematiserede heller ikke bevisbyrdespørgsmålet.

1.3. Sammenfatning

Det fremgår af professor Jan-Ove Færstads notat, at bevisbyrdespørgsmålet nærmest har været fraværende i de fleste sager vedrørende erstatningsansvar eller ugyldighed i forbindelse med mangelfuld rådgivning om finansielle produkter. Det er et gennemgående træk, at både ”Finansklagenemda” og domstolene lægger afgørende vægt på hvilken skriftlig information kunden har modtaget. Rådgivning og information som er givet mundtligt tillægges derimod sjældent vægt. Som eksempel herpå kan nævnes en højesteretsdom refereret i Rt. 2012 s. 1926 hvor Højesteret udtrykkeligt påpegede, at forhandlingerne i Højesteret har været koncentreret om *“bankens skriftlige informationsmateriale”*. Den ikke eksisterende

drøftelse af bevisbyrdespørgsmål kan være en konsekvens af den måde, som sagerne er skåret til på.

2. Sverige

Fredric Korling, Docent i civilrätt ved Stockholms Universitet har udarbejdet en rapport til udvalget om "praxis aveende finansiell rådgivning i Sverige" Rapporten vedlægges som bilag 4.

I notatet gennemgås spørgsmålet om bevisbyrde ved mangelfuld rådgivning, ligesom der foretages en gennemgang af sager, der omhandler aftaleretlige aspekter af sådanne tvister.

2.1. Bevisbyrde i sager om mangelfuld rådgivning

I Sverige gælder der ligefrem bevisbyrde i sager om finansiell rådgivning. Det vil sige, at det er kunden, som skal bevise, at denne har lidt tab som følge af mangelfuld rådgivning. Der gælder imidlertid ifølge Lag om finansiell rådgivning till konsumenter en forpligtelse for rådgiveren til at dokumentere sin rådgivning.²¹ Det følger af loven, at rådgiveren skal dokumentere, hvad der skete i forbindelse med rådgivningen. Finansinspektionen har konkretiseret dokumentationspligtens indhold i sine forskrifter. Det følger heraf, at dokumentationen skal indeholde oplysninger om virksomheden, den person, der yder rådgivningen og forudsætningerne for rådgivningen. Der skal foreligge dokumentation om kundens erfaringer med finansielle produkter, økonomiske forhold, formål og risikovillighed og andre forhold af betydning for rådgivningen. Derimod er der intet krav om, at det skal dokumenteres, hvilke finansielle produkter, som virksomheden rådgiver om.

Dokumentationsforpligtelsen påhviler rådgiveren og dokumentationen skal i forbindelse med det første rådgivningsmøde udleveres til kunden. Udover at rådgiveren her er forpligtet til at sikre, at der er overensstemmelse mellem dokumentationen og det som faktisk er sket under rådgivningen, er rådgiveren også forpligtet til at sikre, at kunden forstår rådgivningens indhold. Derimod findes der ikke krav om, at dokumentationen skal godkendes af kunden. Kunden er imidlertid forpligtet til at læse dokumentationen og meddele rådgiveren, hvis kunden ikke er enig i dokumentationens indhold.

For rådgivning omfattet af värdepappermarknadslagen²² gælder der et dokumentationskrav, som ifølge Finansinspektionens forskrifter har samme indhold som rådgivning i henhold til Lag om finansiell rådgivning.

På trods af at dokumentationsforpligtelsen har stor betydning, findes der i lovgivningen ingen udtrykkelig sanktion ved overtrædelse af denne forpligtelse. I forarbejderne til rådgivningsloven fremgår det imidlertid, at lovgiver finder, at forbrugerens udsagn i dette tilfælde skal tages som udgangspunkt ved vurderingen af rådgiverens erstatningsansvar. I forbindelse med fremsættelsen af lovforslaget blev det anført:

21 Lag om finansiell rådgivning finder jf. lovens 1 § anvendelse på "finansiell rådgivning som en näringsidkare tillhandahåller en konsument och som omfattar placering av konsumentens tillgångar i finansiella instrument eller i livförsäkringar med sparmoment". Lovens bestämmelser om dokumentation finder dock inte anvendelse på bl.a. "värdepappersinstitut och utländska värdepappers företag" jf. lovens § 3a.

22 Det følger af 2 kap. 1 § i värdepappersmarknadslagen, at investeringsrådgivning om finansielle instrument kräver tillåtelse efter värdepappersmarknadslagen.

”För det fall näringsidkaren försummar sin skyldighet att dokumentera, bör konsumentens påståenden om vad som förekommit vid rådgivningstillfället tas som utgångspunkt vid en bedömning av rådgivarens eventuella vårdslöshet, om näringsidkaren inte på annat sätt förmår visa att konsumentens påståenden är felaktiga. Det kan för tydlighetens skull påpekas att det alljämt är konsumenten som skall bevisa att ett uppdragsförhållande avseende finansiell rådgivning har förelegat mellan parterna”

Det forhold, at manglende dokumentation medfører omvendt bevisbyrde, udgør en skærpelse i forhold til tidligere regler i Sverige. Tidligere regler stillede krav om indspilning af rådgivningssamtaler og overtrædelse heraf medførte blot en lempelse af kravene til kundens bevisførelse.

Selvom spørgsmålet om bevisbyrde ikke er omhandlet i bemærkningerne til værdepappermarknadslagen antages det, at konsekvensen af manglende iagttagelse af dokumentationsforpligtelsen efter denne lov også vil medføre omvendt bevisbyrde som efter Lag om finansiell rådgivning.

Det fremgår af svensk underretspraksis, at kunderne i en række tilfælde har skrevet under på, at de har læst dokumentationen om risici ved en transaktion, selvom det senere fremgår, at de de facto ikke har læst materialet. Underretterne har i disse tilfælde som oftest konstateret, at rådgiveren er forpligtet til at sikre, at kunden har forstået informationen, og at det ikke er tilstrækkeligt kun at give skriftlig information til kunden. Rådgiveren må derudover påvise, hvordan denne har forsøgt at tilsi- kure, at kunden har forstået informationen.

Allmänna reklamationsnämnden har i en afgørelse fra 2012 fundet, at også uklarheder i forbindelse med dokumentationen af rådgivningens indhold må medføre, at forbrugerens version af hvad der skete, skal lægges til grund ved afgørelsens af tvisten, hvis ikke banken kan bevise, at forbrugerens udlægning er forkert. Frederik Korling kritiserer i sin rapport denne afgørelse og anfører blandt andet, at der ikke i forarbejderne til rådgivningsloven er taget stilling til, hvad uklarheder i dokumentationen skal medføre. Ifølge forarbejderne følger det udelukkende, at manglende dokumentation skal medføre omvendt bevisbyrde.

2.2. Aftaleretlige aspekter i sager om mangelfuld rådgivning

Frederik Korling anfører, at han ikke er bekendt med nogen domstolsafgørelser, hvor domstolene har anvendt ugyldighed eller hæveadgang i forbindelse med en rådgivningsaftale.

Derimod findes der en række eksempler fra allmänna reklamationsnämnden, som i flere tilfælde inden for de seneste år har anbefalet de finansielle virksomheder, at de bør tage et finansielt produkt tilbage mod tilbagebetaling af det oprindeligt investerede beløb – det vil sige en sanktion, der minder om ophævelse. Der har i disse tilfælde været tale om sager, hvor kunden har købt et produkt, som har været svært at sælge, og det har derfor været vanskeligt at vurdere, hvilket tab kunden har lidt ved investeringen. Disse sager synes påvirket af, at det i forarbejderne til rådgivningsloven er anført, at kunder ved erstatning for mangelfuld rådgivning skal have erstatning i form af negativ kontraktsinteresse, dvs. kunden skal stilles i samme økonomiske situation som før rådgivningen. Denne erstatningsudmåling afviger fra det traditionelle udgangspunkt inden for kontraktsretten, hvor det er den positive kontraktsinteresse, der skal erstattes.

Kapitel 6 – Udvalgets overvejelser og anbefalinger

1. Overvejelser og anbefalinger vedrørende eksisterende lovgivning

1.1. Betydningen af de skærpede og ændringer, der er sket i den finansielle lovgivning i løbet af de seneste år

For at sikre kunderne i den finansielle sektor en rådgivning af høj kvalitet er der i de seneste år sket en række skærpede og ændringer i lovgivningen på det finansielle område. Der er indført:

- Regler om skærpede rådgivningskrav
- Risikomærkning
- Kompetencekrav
- Regler vedrørende finansielle virksomheders egeninteresse

Hertil kommer den kommende lov om finansielle rådgivere, der sikrer, at rådgivere uden for den finansielle sektor, der yder helhedsrådgivning, er undergivet tilsyn.

Skærpedelserne i kravene til den rådgivning, som forbrugerne kan forvente at modtage i den finansielle sektor, har særligt vedrørt rådgivning om finansielle dispositioner, som kan have store økonomiske konsekvenser. Der tænkes her på investeringer i værdipapirer, og lån der ydes mod pant i fast ejendom med henblik på køb af en bolig. Køb af en bolig og finansieringen af denne er typisk den største økonomiske disposition, som en forbruger foretager.

Der er her særligt grund til at fremhæve to ændringer, nemlig udstedelsen af investorbeskyttelsesbekendtgørelsen fra 2007, som gennemførte MiFID direktivets krav til den rådgivning, som en detailkunde kan forvente i forbindelse med værdipapirhandel. Herudover blev der også i 2007 gennemført stramninger i forhold til den rådgivning, som skal ydes i forbindelse med lån med pant i fast ejendom. Der blev i den forbindelse i god skik bekendtgørelsen indsat et særskilt afsnit om rådgivning i forbindelse med lån mod pant i fast ejendom, og om at rådgivningen skulle dokumenteres i et særligt skema, som skal udleveres til forbrugeren senest ved låneaftalens indgåelse.

Som supplement til reglerne om rådgivning om finansielle produkter er der i de seneste år indført to sæt regler om oplysning om risici i forbindelse med investeringsprodukter og boliglån. Denne fremgangsmåde, hvor et boliglån eller et investeringsprodukt klassificeres i tre kategorier: rød, gul og grøn, har ikke tidligere været anvendt på det finansielle område.

Disse regler har til formål at gøre forbrugerne opmærksomme på risici, som er forbundet med at indgå aftaler om investeringsprodukter og boliglån. Reglerne skal supplere de eksisterende regler om rådgivning, og det er derfor ikke hensigten, at forbrugerne udelukkende på baggrund af disse oplysninger om risici skal kunne træffe beslutning om at indgå aftale om et lån eller et investeringsprodukt.

Der er endvidere som noget nyt indført regler om kompetencekrav, som rådgivere i finansielle virksomheder, herunder selvstændige investeringsrådgivere, skal være i besiddelse af for at kunne rådgive om investeringsprodukter. Reglerne er indført i erkendelse af, at det ikke er tilstrækkeligt, at rådgiverne er i stand til alene at følge de forretningsgange, som fx pengeinstituttet har fastlagt for, at rådgivningen kan leve op til lovgivningens krav. Det er

også nødvendigt at sikre, at rådgiverne har den fornødne faglige ballast til at yde en forsvarlig rådgivning om investeringer.

Med loven om finansielle rådgivere er det blevet sikret, at rådgivning om finansielle produkter kun kan ske efter tilladelse fra Finanstilsynet, og at der bliver stillet krav til den rådgivning, som skal ydes af rådgivere uden for den finansielle sektor

Endelig er der sket skærpselser af den finansielle lovgivning på en række områder, som har til formål at afbøde, at egeninteresser hos aktørerne på det finansielle område medfører, at forbrugerne bliver anbefalet at indgå aftaler om finansielle produkter, som ikke er i forbrugernes interesse.

Som eksempler herpå kan nævnes forbuddet mod, at et pengeinstitut lånefinansierer køb af aktier, andele eller garantbeviser i det pågældende institut og reglerne i god skik bekendtgørelsen om regulering af fordelsprogrammer, som blandt andet medfører et forbud mod et progressivt fordelsprogram knyttet op mod besiddelse af aktier eller indskud af garantkapital.

Det er udvalgets opfattelse, at indholdet i den eksisterende lovgivning, der har betydning for kvaliteten af rådgivningen om finansielle produkter, som udgangspunkt er tilfredsstillende.

Udvalget bemærker i den forbindelse, at Udvalget om finanskrisens årsager har anbefalet, at de to risikomærkningsordninger gennemgår en grundig og omfattende revision for derigennem at sikre en øget stringens i klassificeringen af produkterne, samt at klassificeringen løbende ajourføres eller afskaffes.

Udvalget om finanskrisens årsager har endvidere anbefalet, at der indføres et forbud mod variabel aflønning, der afhænger af salgsmængden af værdipapirer, for personer, der er involveret i rådgivning/salg af værdipapirer til privatkunder.

De anbefalinger, der er indeholdt i rapporten fra Udvalget om finanskrisens årsager, behandles ikke yderligere af dette udvalg.

Selvom udvalget finder, at den eksisterende lovgivning som udgangspunkt er tilfredsstillende, finder udvalget dog, at der er behov for at se nærmere på en række områder. Disse områder gennemgås i afsnittene nedenfor begyndende med afsnit 1.2.

1.2. Kaution og tredjemandspant

1.2.1. Emnet for udvalgets drøftelser

Udvalget har drøftet, om der bør foretages en præcisering af de gældende oplysningsforpligtelser på kautionsområdet, så det udtrykkeligt fremgår af god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 2, eller § 48, hvilke oplysninger en forbruger skal have forud for, at denne påtager sig at kautionere.

Herudover har udvalget drøftet om de gældende regler om kaution i god skik bekendtgørelsens § 22 samt § 48 i lov om finansiell virksomhed tillige bør finde anvendelse på tredjemandspant. Udvalget har endvidere overvejet, om § 48 bør finde anvendelse på realkreditinstitutter.

Udvalget har overvejet, om bestemmelserne i § 48, stk. 7, i lov om finansiel virksomhed og god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 3, bør sanktioneres med straf.

Udvalget har endelig drøftet, om løfter om kaution og tredjemandspant kun bør kunne afgives efter en betænkningstid på fx 5 dage.

1.2.2. Gældende ret

1.2.2.1. God skik bekendtgørelsens § 22

God skik bekendtgørelsens § 22, har følgende ordlyd:

”§ 22. Et penge- eller realkreditinstitut må ikke medvirke til ydelse af lån mod kaution, hvor kautionsforpligtelsen står i misforhold til kautionistens økonomi.

Stk. 2. Inden der indgås aftale om en kautionsforpligtelse, skal instituttet sikre sig, at kautionisten er informeret om indholdet og konsekvenserne af kautionsforpligtelsen.

Stk. 3. Kautionisten skal én gang om året modtage oplysninger fra instituttet om størrelsen af det låneengagement, for hvilket kautionsforpligtelsen består.”

Det følger af § 22, stk. 1, i bekendtgørelsen om god skik, at et penge- eller realkreditinstitut ikke må medvirke til ydelse af lån mod kaution, hvor kautionsforpligtelsen står i misforhold til kautionistens økonomi.

Hvor der er indgået en kautionsforpligtelse, som står i misforhold til kautionistens økonomi, vil denne i praksis kunne blive reduceret efter aftalelovens § 36. Indtil videre synes det at ligge fast i praksis, at kaution fra personer med beskedne indkomster, vil kunne tilsidesættes, hvis kautionsforpligtelsen overstiger kautionistens formue ved påtagelsen af kautionsforpligtelsen. Det må forventes, at resultatet vil kunne være anderledes, hvis der er tale om kautionister med betydelige indtægter eller udsigt til en væsentlig stigning i indtægterne.

Ifølge § 22, stk. 2, er der en pligt for penge- eller realkreditinstituttet til at sikre sig, at kautionisten er informeret om indholdet og konsekvenserne af kautionsforpligtelsen, inden der indgås aftale om en kaution. Bestemmelsen kan opfattes som indeholdende såvel en generel informationspligt om kaution som en konkret informationspligt med hensyn til den konkrete låntagers forhold. Den *generelle informationspligt* opfyldes normalt ved udlevering af en pjece til kunden udarbejdet af Forbrugerrådet og Finansrådet.²³ Denne pjece forklarer med almindelige ord, hvad kaution går ud på, og at det i sidste ende er kautionisten, der skal vurdere, om risikoen ved kaution er for stor. Den *konkrete informationspligt* opfyldes ifølge aftalen mellem Forbrugerrådet og Finansrådet ved at udlevere en kopi af følgende oplysninger:

- 1) seneste årsopgørelse fra skattevæsnet,
- 2) seneste tre lønsedler, samt
- 3) eventuelt det seneste årsregnskab, hvis der er tale om en virksomhed.

Der er ved Pengeinstitutankenævnet en tilbøjelighed til at tilsidesætte kautionsforpligtelsen, når oplysningskravene i § 22, stk. 2, ikke er opfyldt. Dette sker under påberåbelse af aftalelovens §§ 36 og 38 c. Ved udfyldningen af informationsforpligtelsen i § 22, stk. 2, lægger ankenævnet aftalen mellem Finansrådet og Forbrugerrådet til grund.

²³ Pjecen er gengivet i bilag 6.

Det fremgår af § 22, stk. 3, at kautionisten en gang om året skal modtage oplysninger fra instituttet om størrelsen af det låneengagement, for hvilket kautionsforpligtelsen består. For pengeinstitutter gælder den tilsvarende bestemmelse i lov om finansiel virksomhed § 48, stk. 7. Bestemmelsen skal sikre, at kautionisten har mulighed for at følge med i udviklingen af den fordring, der er kautioneret for. Der er alene tale om en underretning om låneengagementets størrelse, og bestemmelsen forudsætter ikke, at opgørelsen udregnes præcist pr. datoen for orienteringens fremsendelse.

1.2.2.2. Lov om finansiel virksomhed § 48

Lov om finansiel virksomhed § 48 har følgende ordlyd:

”§ 48. Har en kautionist uden for erhvervsforhold stillet kaution for lån ydet af et pengeinstitut, og udebliver låntageren med betaling af hovedstol, afdrag eller renter, skal der senest 3 måneder efter de pågældende ydelsers forfaldsdag gives skriftlig meddelelse herom til kautionisten. Bestemmelsen i 1. pkt. finder tilsvarende anvendelse, hvis pengeinstituttet giver låntageren henstand, uden at kautionisten har givet samtykke hertil i det konkrete tilfælde.

Stk. 2. Overskrides fristen i stk. 1, kan kautionsforpligtelsen kun gøres gældende over for kautionisten for det beløb, som låntagerens gæld efter den sikrede fordring ville have udgjort, hvis låntageren havde betalt alle ydelser rettidigt indtil det tidspunkt, som ligger 3 måneder forud for det tidspunkt, hvor meddelelse gives.

Stk. 3. Overskridelse af fristen i stk. 1 medfører, at pengeinstituttet taber sit krav over for kautionisterne, i det omfang disses regreskrav mod låntagerne er blevet forringet, selv om nedsættelsen af kautionsforpligtelsen efter stk. 2 tages i betragtning.

Stk. 4. En kautionist kan ikke hæfte for et beløb større end lånets hovedstol eller kredittens maksimum ved kautionsaftalens indgåelse.

Stk. 5. Kautionsaftaler efter stk. 1 skal være skriftlige for at kunne gøres gældende.

Stk. 6. En kautionsforpligtelse efter stk. 1 bortfalder efter 10 år eller, hvis kautionsaftalen er indgået til sikkerhed for en kredit med variabelt beløb eller for et lån uden fast forfaldstidspunkt, efter 5 år, medmindre forpligtelsen forinden er gjort gældende af pengeinstituttet.

Stk. 7. Ved kautionsaftaler efter stk. 1 skal pengeinstituttet årligt og skriftligt meddele kautionisten størrelsen af den gældspost, som kautionen er stillet til sikkerhed for.”

Bestemmelsen i § 48 gælder kun for kaution uden for erhvervsforhold, og kun når kautionen er stillet over for et pengeinstitut. Kaution for lån ydet af realkreditinstitutter er derimod ikke omfattet af bestemmelsen.

Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen,²⁴ hvornår der er tale om en kaution uden for et erhvervsforhold:

”Ved kautionsstillelse uden for erhvervsforhold forstås kaution, der ikke indgår i en erhvervsmæssig relation mellem låntager og kautionist. Er kautionen eksempelvis stillet for en virksomheds gæld af ejeren af virksomheden, vil forholdet som udgangspunkt ikke være omfattet af bestemmelsen. Kaution fra ejerens forældre vil derimod som udgangspunkt være omfattet.”

²⁴ Se L 176 fra folketingsåret 2002/2003.

Bestemmelsen stiller i stk. 1-3 krav om, at kautionisten underrettes i tilfælde af restancer og henstand til en låntager uden kautionistens samtykke og fastlægger, at manglende iagttagelse af denne forpligtelse har civilretlige konsekvenser.

Såfremt underretningspligten ikke overholdes, kan kautionsforpligtelsen kun gøres gældende over for kautionisten for det beløb, som låntagerens gæld efter den sikrede fordring ville have udgjort, hvis låntageren havde betalt alle ydelser rettidigt indtil det tidspunkt, som ligger 3 måneder forud for det tidspunkt, hvor meddelelse gives. Det er ikke en forudsætning for en nedsættelse af en kautionsforpligtelse ifølge stk. 2, at kautionisten har lidt et tab på grund af den manglende meddelelse.

§ 48, stk. 4, fastlægger en øvre grænse for kautionistens hæftelse, så kautionisten ikke kan hæfte for et beløb, der er større end lånets hovedstol eller kredittens maksimum ved kautionsaftalens indgåelse. Reglen udelukker således, at hæftelsen forøges med renter og omkostninger ud over hovedstolen eller kredittens maksimum.

Det er efter bestemmelsen i § 48, stk. 5, en betingelse for kautionens gyldighed, at den er skriftlig.

§ 48, stk. 6, fastsætter, at en kautionsforpligtelse som udgangspunkt bortfalder efter 10 år. Kautioner for kreditter med variabelt beløb eller lån uden fast forfaldstidspunkt bortfalder dog efter 5 år. Det er i begge tilfælde en betingelse for bortfald, at kautionen ikke er gjort gældende inden for de nævnte tidsfrister. Når kautionen er gjort gældende, er det de almindelige forældelsesregler, der afgør, hvornår et krav bortfalder.

§ 48, stk. 7, indeholder en tilsvarende bestemmelse som god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 3, og foreskriver en årlig underretning om størrelsen på den kautionssikrede fordring. Overtrædelse af denne regel er ikke sanktioneret.

1.2.3. Udvalgets overvejelser

1.2.3.1. *Udvalgets overvejelser vedrørende behovet for at præcisere god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 2, og eventuelt flytte bestemmelsen til § 48 i lov om finansiel virksomhed*

Det er udvalget opfattelse, at det vil være hensigtsmæssigt, at det fremgår direkte af lovgivningen, hvilke oplysninger en kautionist skal have, for at den pågældende er informeret om indholdet og konsekvenserne af at påtage sig en kautionsforpligtelse. Dette står i modsætning til den gældende retstilstand, hvor det fremgår af god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 2, at et penge- eller realkreditinstitut inden der indgås aftale om en kautionsforpligtelse, skal sikre sig, at kautionisten er informeret om indholdet og konsekvenserne af kautionsforpligtelsen, uden at indholdet af denne forpligtelse er præciseret nærmere.

Udvalget bemærker i den forbindelse, at det allerede fremgår af pengeinstitutankenævnens praksis, at informationskravet i § 22, stk. 2, anses for opfyldt ved udlevering af en pjece til kunden udarbejdet af Forbrugerrådet og Finansrådet, og når kautionisten har modtaget låntagers seneste årsopgørelse, de eneste tre lønsedler eller det seneste årsregnskab, hvis der kautioneres for en erhvervsdrivendes gæld.

Det er udvalgets opfattelse, at når en tilsidesættelse af forpligtelserne ifølge aftalen mellem Finansrådet og Forbrugerrådet kan medføre, at et penge- eller realkreditinstitut kan tabe sine rettigheder efter et kautionssløfte, bør dette forhold fremgå af lovgivningen. Det er endvidere udvalgets opfattelse, at en præcisering af oplysningsforpligtelsens indhold i overensstemmelse med ankenævnspraksis vil give kautionisterne et mere klart grundlag for at vurdere, om de har fået de tilstrækkelige oplysninger til at vurdere de risici, der er forbundet med at afgive et kautionssløfte. Hermed opnås et mere kvalificeret grundlag for at vurdere, om der er grundlag for at indbringe en uoverensstemmelse med det pågældende penge- eller realkreditinstitut for et ankenævn eller en domstol. Herved reduceres formentligt særligt antallet af kautionssager ved ankenævnene.

Udvalget finder derfor, at § 22, stk. 2, i god skik bekendtgørelsen bør præciseres og flyttes til lov om finansiel virksomhed § 48, som et nyt stk. 1, så den får følgende ordlyd:

”§ 48. Inden der indgås en aftale om en kautionsforpligtelse uden for et erhvervsforhold for lån eller kreditter ydet af et penge- eller realkreditinstitut, skal instituttet sikre sig, at kautionisten er informeret om konsekvenserne af at påtage sig en kautionsforpligtelse. Denne information skal indeholde oplysning om, hvad en kautionsforpligtelse indebærer, og indeholde en afbalanceret beskrivelse af de risici, der er forbundet hermed. Institutet skal endvidere udlevere følgende oplysninger om den debitor, hvis gæld kautionsforpligtelsen skal sikre:

- 1) den seneste årsopgørelse fra SKAT og
- 2) de seneste tre lønsedler eller
- 3) det seneste årsregnskab, hvis der kautioneres for en erhvervsdrivendes gæld.”

Udvalget bemærker i den forbindelse, at information om, hvad det vil sige at påtage sig en kaution (den generelle informationsforpligtelse), vil som i dag kunne opfyldes ved udlevering af den pjece, der er udarbejdet i fællesskab mellem Finansrådet og Forbrugerrådet²⁵ for så vidt angår lån ydet af Pengeinstitutter. Den foreslåede bestemmelse medfører imidlertid ikke, at kun den nævnte pjece vil kunne anvendes. Det står således længiver frit for at udarbejde andet informationsmateriale, så længe dette forklarer, hvad en kautionsforpligtelse indebærer, og indeholder en afbalanceret beskrivelse af de risici, der er forbundet med at kautionere. Udvalget bemærker, at der i dag ikke findes en pjece om kaution for realkreditlån.

Udvalget finder, at såfremt den foreslåede bestemmelse ikke efterleves, skal kautionsaftalen ikke kunne gøres gældende. Dette svarer til, at de finansielle ankenævne i dag sanktionerer en tilsidesættelse af den gældende oplysningsforpligtelse ved, at kautionsaftalen bliver tilsidesat med hjemmel i aftalelovens §§ 36 og 38 c.

Udvalget finder, at en regel om tilsidesættelse bør indeholde mulighed for, at en kautionsaftale kan opretholdes på trods af, at der ikke fuldt ud er givet korrekte oplysninger. Hvis et penge- eller realkreditinstitut fx kun udleverer den 4., 3. og næstsidste lønseddel og dermed ikke får udleveret den seneste lønseddel, vil der ikke være behov for at tilsidesætte kautionsaftalen, såfremt de manglende oplysninger ikke har frataget kautionisten et forsvarligt grundlag for at bedømme de risici, der er forbundet med at indgå kautionsforpligtelsen.

²⁵ Se nærmere i bilag 6.

Udvalget foreslår derfor, at der efter den foreslåede nye § 48, stk. 1, indsættes et stykke 2 med følgende ordlyd:

”Stk. 2. Et penge- eller realkreditinstitut kan kun gøre en kautionsforpligtelse gældende, hvor der ikke er udleveret oplysninger i medfør af stk. 1, hvis kautionisten på trods af de manglende oplysninger har haft et forsvarligt grundlag for at bedømme de risici, der er forbundet med at indgå kautionsforpligtelsen.”

Det beror på en konkret vurdering, om kautionisten har haft et forsvarligt grundlag for at bedømme de risici, der er forbundet med at indgå kautionsforpligtelsen. Dette bør medføre, at såfremt der er tvivl om, hvorvidt denne betingelse er opfyldt, vil kautionsaftalen blive tilsidesat.

Hvis der derimod slet ikke er udleveret nogen af de i den foreslåede § 48, stk. 1, anførte oplysninger, vil der som udgangspunkt ikke foreligge tilfælde, hvor kautionisten har haft et forsvarligt grundlag for at bedømme de risici, der er forbundet med kautionsforpligtelsen. I disse tilfælde vil kautionsforpligtelsen derfor skulle tilsidesættes.

1.2.3.2. Udvalgets overvejelser om at overføre god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 1, til lov om finansiel virksomhed § 48

Det er udvalgets opfattelse, at det vil kunne bidrage til klarhed over reguleringen af kautioner, hvis god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 1, flyttes til § 48 i lov om finansiel virksomhed. Herved samles den særlige lovregulering af kaution over for penge- og realkreditinstitutter i en bestemmelse.

Udvalget har overvejet, om det samtidig bør fastsættes udtrykkeligt, at overtrædelser af bestemmelsen har civilretlige konsekvenser.

Udvalget bemærker, at hvis et penge- eller realkreditinstitut har indgået en kautionsforpligtelse, som står i misforhold til kautionistens økonomi, jf. god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 1, så vil denne i praksis kunne blive reduceret efter aftalelovens § 36.

Den ledende dom på området er Højesterets dom i U 2010.1628 H, hvor to forældre havde kautioneret for halvdelen af et lån samt en kassekredit, som en sparekasse havde bevilliget til deres søn. Til sikkerhed for kautionsforpligtelsen fik sparekassen et ejerpantebrev i kautionisternes parcelhus. Forældrene havde ganske beskedne indtægter og havde ikke udsigt til en positiv ændring i indtægtsniveauet. Herudover havde forældrene kun en beskeden formue, der i alt væsentlighed bestod i friværdien af deres hus. Sparekassen foretog i den forbindelse ikke en nærmere undersøgelse af kautionisternes økonomi, men var derimod omhyggelig med at orientere og vejlede kautionisterne om betingelserne for og konsekvenserne af kautionsforpligtelsen.

Dommen vedrører en kautionsaftale fra før indførelsen af § 22, stk. 1, i god skik bekendtgørelsen, der fastsætter, at kaution ikke må stå i misforhold til kautionistens økonomi.

Højesteret bemærker i sine præmisser for dommen, (1) at der forelå privat kaution overfor et pengeinstitut for et familiemedlems erhvervsmæssige gæld, (2) at kautionen var udformet, så den inden for kautionen på 750.000 kr. dækkede et lån på 1,5 mio. kr. og en kassekredit på op til 250.000 kr. og derudover al fremtidig gæld til pengeinstituttet, og (3) at kassekredit-

ten løbende blev udvidet med dermed følgende øget risiko for, at værdien af hovedskyldners gård ikke ville kunne dække gælden, en risiko, der blev realiseret med træk på kassekredit-ten på ca. 1,4 mio. kr.

I det fjerde og sidste led i Højesterets præmisser anføres det,

”Hertil kommer misforholdet mellem kautionsforpligtelsens omfang og kautionisternes beskedne økonomi. A og B [kautionisternes forældre] var i februar 2001 henholdsvis 60 og 57 år gamle. A var på efterløn, mens B arbejdede som ufaglært med en timeløn på 95 kr. Deres formue indskrænkede sig i det væsentlige til A’s parcelhus, som de boede i. Ifølge det foretagne syn og skøn ville huset i februar 2001 have kunnet indbringe et salgsprovenu på ca. 350.000 kr. Deres aktuelle og fremtidige økonomiske formåen indebar, at der ikke var nogen realistisk udsigt til, at de ville kunne komme i nærheden af at kunne opfylde en kautionsforpligtelse på 750.000 kr.”

Efter en samlet vurdering fandt Højesteret, at det ville være urimeligt fuld ud at gøre kautionsforpligtelsen gældende, jf. aftalelovens § 36. Højesteret nedsatte herefter kautionsforpligtelsen til 350.000 kr. Dette beløb svarede til friværdien i huset på tidspunktet for påtagelse af kautionsforpligtelsen.

Den første afgørelse fra Pengeinstitutankenævnet efter Højesterets dom findes i 1250/2009. I denne afgørelse havde nævnet bedt pengeinstituttet om at fremsende dokumentation for, at kautionisten var økonomisk i stand til at påtage sig kautionsforpligtelsen. Pengeinstituttet var derefter fremkommet med oplysninger vedrørende bl.a. pengeinstituttets vurdering af værdien af kautionistens ejendom. Nævnet udtalte derefter

”Ankenævnet finder ikke, at banken har gjort tilstrækkeligt for at sikre sig, at der ikke var misforhold mellem kautionsforpligtelsen og klagerens økonomi, jf. nu § 21, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 793 af 20. august 2009 om god skik for finansielle virksomheder.

Under disse omstændigheder finder Ankenævnet, at det vil være urimeligt at gøre kautionsforpligtelsen gældende, jf. aftalelovens § 36, i det omfang kautionsforpligtelsen, som klageren påtog sig i juni 2008, på det tidspunkt oversteg friværdien af hendes faste ejendom, jf. herved principperne i Højesterets dom UfR 2010.1628H. Fastlæggelse af dette beløb skal ske på grund af en sagkyndig vurdering af ejendommen.”

Ved Pengeinstitutankenævnets afgørelse nr. 224/2010 tilsidesattes en kautionsforpligtelse også under hensyn til kautionisternes beskedne indkomst. Ankenævnet anfører i sin afgørelse:

”For så vidt angår spørgsmålet om kautionsforpligtelsens forhold til klagernes økonomi bemærker Ankenævnet, at det fremgår af klagernes årsopgørelser, at klagerne havde en beskedne indkomst samt en betragtelig gæld deres aktiver taget i betragtning.

Ankenævnet finder dog, at den oprindelige kaution af 30. juli 2007 var af så beskedne størrelse [75.000 kr.], at det, selv klagernes økonomi taget i betragtning, ikke kan anses for urimeligt at fastholde denne.

Derimod finder Ankenævnet, at kautionsforpligtelsen, der blev påtaget den 16. oktober

2008 stod i misforhold til klagernes økonomi, og det vil således være urimeligt at gøre den gældende, jf. aftalelovens § 36.”

Som det fremgår af Pengeinstitutankenævnets praksis, så synes det bærende argument i sager i Ankenævnet om tilsidesættelse af kautionssløfter afgivet af personer med beskedne indkomster at være, om kautionen står i misforhold til klagerens økonomi ved påtagelsen af kautionsforpligtelsen.

Det er udvalgets opfattelse, at sanktioneringen af den eksisterende § 22, stk. 1, vil blive styrket ved, at det fastslås, at kautioner, i det omfang de står i misforhold til kautionistens økonomi, ikke kan gøres gældende. En sådan bestemmelse vil udgøre en stramning i forhold til Højesterets dom, som nedsatte kautionsforpligtelsen i medfør af aftalelovens § 36 efter en samlet vurdering af forskellige momenter i sagen. Bestemmelsen vil således udtrykkeligt fastslå, at der ved en vurdering af, om en kaution skal tilsidesættes, *alene* skal lægges vægt på misforholdet mellem kautionens størrelse og kautionistens økonomi.

Udvalget bemærker i den forbindelse, at en civilretlig sanktionering af det hidtil gældende forbud mod, at penge- og realkreditinstitutter medvirker til ydelse af lån mod kaution, hvor kautionsforpligtelsen står i misforhold til kautionistens økonomi, imidlertid vil kodificere Pengeinstitutankenævnets praksis i forlængelse af Højesterets dom i U 2010.1628 H.

Udvalget foreslår derfor, at § 22, stk. 1, flyttes til § 48 i lov om finansiel virksomhed og affattes således som et nyt stykke 3:

”Stk. 3. En aftale om en kautionsforpligtelse kan tilsidesættes helt eller delvist, hvis den står i misforhold til kautionistens økonomi.”

Udvalget bemærker, at der ved vurderingen af, om en kaution står i misforhold til kautionistens økonomi, bør foretages en vurdering af både kautionistens formue og betalingsevne. Denne vurdering skal foretages på baggrund af forholdene på tidspunktet for kautionens påtagelse. Hvis kautionisten kun har beskedne indtægter, bør der kun lægges vægt på formueforholdene. Ved kautionister med større indtægter eller ved forventninger om større indtægtsstigninger, bør de fremtidige indtægter og indtægtsforventninger indgå i vurderingen af, om kautionen står i misforhold til kautionistens økonomi. I sådanne tilfælde vil der kunne lægges mindre vægt på kautionistens formue.

Vurderingen af, om kautionsforpligtelsen står i misforhold til kautionistens økonomi, skal som udgangspunkt foretages på tidspunktet for kautionens påtagelse. Der skal kun i særlige tilfælde tages hensyn til efterfølgende ændringer i kautionistens økonomi. Som nævnt oven for er det dog udvalgets opfattelse, at fremtidige, kendte indtægtsstigninger kan indgå i vurderingen. Ligeledes mener udvalget, at kendte mærkbare formueforøgelser inden for rimelig tid kan indgå i bedømmelsen.

Ved vurderingen af, om der er et ”misforhold”, skal der ses på kautionistens reelle risiko ved kautionen, dvs. hvad kautionsforpligtelsen reelt dækker over. Ved denne vurdering kan indgå værdien af eventuelle pantessikkerheder eller øvrige sikkerheder, der er stillet af hovedskyldneren til sikkerhed for den kautionssikrede fordring. Der kan endvidere efter omstændighederne lægges vægt på sikkerheder, herunder kautioner, stillet af tredjemand. Også her ses der som udgangspunkt på forholdene på tidspunktet for kautionistens påta-

gelse af forpligtelsen. Der skal kun i særlige tilfælde tages hensyn til efterfølgende ændringer i værdien af pantsikkerheder.

Vurderingen efter den foreslåede bestemmelse sker som udgangspunkt alene på baggrund af forholdene mellem kreditor, debitor og kautionisten. Der tages således kun hensyn til, at kautionisten har påtaget sig kautions-, pantsætnings- eller debitorforpligtelser overfor andre kreditorer, hvis kreditor kender til sådanne forpligtelser.

Med forslaget til en ny § 48, stk. 3, indsættes en særlig urimelighedsregel i forhold til kautioner, der står i misforhold til kautionistens økonomi. Udvalget bemærker i den forbindelse, at generalklausulen i aftalelovens § 36 forsat vil kunne bringes i anvendelse iøvrigt i forhold til kautionsforpligtelser.

Det er udvalgets opfattelse, at den eksisterende praksis for tilsidesættelse af kautioner i strid med god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 1, med den foreslåede affattelse af § 48, stk. 3, kan videreføres.

1.2.3.3. Udvalgets overvejelser om at lade tredjemandspant være omfattet af § 48 i lov om finansiel virksomhed og god skik bekendtgørelsens § 22 samt at lade § 48 finde anvendelse på realkreditinstitutter

Tredjemandspant

Udvalget bemærker, at privat tredjemandspant, dvs. uden for erhverv, i vidt omfang minder om privat kaution. Ved både kaution og tredjemandspant er der tale om, at en fordringshaver opnår sikkerhed for en fordring ved, at en tredjemand afgiver et løfte om, at skylderens forpligtelse opfyldes. Kaution indeholder en personlig hæftelse for den sikrede fordrings opfyldelse, hvorimod tredjemandspantsætteren som udgangspunkt kun hæfter med det stillede pant for fordringens opfyldelse. Herudover hæfter tredjemandspantsætteren ikke personligt, medmindre andet er aftalt.

På den baggrund har udvalget drøftet, om tredjemandspant bør være omfattet af § 48 i lov om finansiel virksomhed og god skik bekendtgørelsens § 22.

Det er udvalgets opfattelse, at tredjemandspant bør være omfattet af god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 1, som udvalget foreslår overføres til § 48, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, der fastsætter, at et penge- eller realkreditinstitut ikke må medvirke til ydelse af lån mod kaution, hvor kautionsforpligtelsen står i misforhold til kautionistens økonomi. Det er udvalgets opfattelse, at en tredjemandspantsætter har samme behov for beskyttelse mod at påtage sig en forpligtelse, der står i misforhold til pantsætters økonomi, som en kautionist har. Det er udvalgets opfattelse, at det fra en forbrugers synsvinkel kan forekomme tilfældigt, om man stiller sikkerhed i form af kaution eller tredjemandspant. I begge tilfælde vil forbrugeren risikere at skulle medvirke til indfrielsen af hovedskyldners gæld ved misligholdelse. Det er udvalgets opfattelse, at der også ved tredjemandspant er et behov for at begrænse pantsætningens omfang til formuen på pantsætningstidspunktet. Udvalget finder derfor, at også tredjemandspant bør være omfattet af den foreslåede § 48, stk. 3. Det betyder, at såfremt en person stiller et tredjemandspant, der udgøres af et ejerpantebrev med en større nominel værdi end friværdien i den pågældendes ejendom, vil tredjemandspantet kun kunne gøres gældende i forhold til værdien på pantsætningstidspunktet, da vurderingen af, om der foreligger et misforhold mellem tredjemandspantsætters økonomi

og pantsætningens omfang, skal foretages på dette tidspunkt. Værdistigninger vil derfor som udgangspunkt ikke kunne gøres gældende ved personer med en beskedent indkomst. Efter udvalgets opfattelse, vil der normalt ikke være tale om et misforhold, hvis forpligtelsen ikke overstiger friværdien af det stillede pant ved pantsætningen. Dette gælder uanset, at pantsætters nettoformue er mindre end friværdien eller pantsætter slet ikke har en formue.

Endvidere finder udvalget, at god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 2, der foreslås flyttet til § 48 i lov om finansiel virksomhed, om et penge- og realkreditinstituts forpligtelse til at informere en kautionist i forbindelse med påtagelse af en kautionsforpligtelse også bør finde anvendelse på tredjemands pant.

§ 22, stk. 2, sikrer, at kautionisten får tilstrækkelig information om, hvad det vil sige at påtage sig en kaution og mulighed for at vurdere skylderens økonomiske situation. Det er udvalgets opfattelse, at en tredjemands pantsætter har det samme behov for at modtage oplysninger, om hvad det vil sige at stille tredjemands pant, og at vurdere skylderens økonomiske situation, som en kautionist har. Udvalget finder derfor, at god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 2, bør omfatte tredjemands pant.

Det er endvidere udvalgets opfattelse, at tredjemands pant bør være omfattet af de nuværende regler i lov om finansiel virksomhed § 48.

Det er således udvalgets opfattelse, at en tredjemands pantsætter har samme behov som en kautionist for at få oplysninger om restancer og henstand efter § 48, stk. 1, ligesom der ikke ses at være nogen saglig begrundelse for, hvorfor manglende iagttagelse af denne forpligtelse ikke også skal have de civilretlige konsekvenser, som følger af § 48, stk. 2 og 3.

Udvalget finder endvidere, at tredjemands pantsætter ikke bør hæfte for et større beløb end lånets hovedstol eller kredittens maksimum ved pantsætningsaftalens indgåelse, og at en sådan aftale bør være skriftlig svarende til, hvad der gælder for kaution jf. § 48, stk. 4 og 5.

Tredjemands pant bør efter udvalgets opfattelse begrænses tidsmæssigt, svarende til hvad der gælder efter § 48, stk. 6.

Endelig finder udvalget, at en tredjemands pantsætter bør have årlige meddelelser om den gældspost, som tredjemands pantet er stillet som sikkerhed for svarende til, hvad der gælder for kaution jf. § 48, stk. 7.

For at sikre, at tredjemands pantsætter opnår samme beskyttelse, som en kautionist er sikret efter § 48 i lov om finansielle virksomheder, foreslår udvalget derfor følgende tilføjelse til § 48:

”Stk. 8. Stk. 1-7 finder tilsvarende anvendelse på tredjemands pant uden for erhvervsforhold.”

Realkreditinstitutter

Udvalget bemærker, at den gældende § 48 i lov om finansiel virksomhed oprindeligt fandtes i bank- og sparekasseloven.

Udvalget har overvejet, om § 48 bør udvides til også at finde anvendelse på realkreditinstitutter og finder, at der som udgangspunkt ikke ses at være grunde til, at § 48 ikke også burde finde anvendelse på realkreditinstitutter.

Udvalget bemærker således, at en kautionist som udgangspunkt har behov for samme beskyttelse, uanset om der kautioneres for et lån i et penge- eller i et realkreditinstitut.

Udvalget har overvejet, om § 48, stk. 4, der begrænser kautionistens hæftelse til lånets hovedstol eller kredittens maksimum også bør gælde for realkreditlån. Visse realkreditlån skal ved førtidig indfrielse, indfris med et beløb, der overstiger lånets restgæld, såfremt kursværdien på de bagvedliggende obligationer ligger over kurs 100. Det er ikke muligt på tidspunktet for optagelse af lånet eller indgåelse af en kautionaftale at kvantificere en mulig overkurs eller sandsynligheden for, at en overkurs vil forekomme. Det er imidlertid uomtvistet, at denne risiko forekommer, og i praksis er der eksempler på, at lån indfris til overkurs. Udvalget er endvidere bekendt med, at kaution for realkreditlån typisk stilles af en person med samme bopæl som hovedskylderen som alternativ til at være meddebitor på realkreditlånet. Udvalget finder derfor, at det bør være muligt at indgå aftale om, at kautionisten hæfter for et større beløb end hovedstolen ved realkreditlån, når pantet for realkreditlånet anvendes til beboelse for kautionisten og låntageren, og når kautionisten er informeret om, at hæftelsen kan udgøre et større beløb end hovedstolen.

Stk. 4 bør derfor affattes således:

”Stk. 4. En kautionist kan ikke hæfte for et beløb større end lånets hovedstol eller kredittens maksimum ved kautionsaftalens indgåelse. Dette gælder dog ikke for realkreditlån, når den pantsatte ejendom anvendes til beboelse for kautionisten og låntageren, og kautionisten er udtrykkeligt oplyst om, at hæftelsen kan overstige lånets hovedstol ved kautionsaftalens indgåelse.”

Udvalget bemærker, at lån ydet af realkreditinstitutter sædvanligvis er lange lån med en løbetid på op til 30 år. Disse lån er fra realkreditinstitutts side uopsigelige i hele lånets løbetid. Dette står i modsætning til lån ydet af pengeinstitutter, hvor det vil være muligt at betinge låneforholdets beståen af, at der stilles ny kaution inden udløbet af en 10 årig periode. Hertil kommer, at prisen på fundingen af disse lån er afhængig af de sikkerheder, der stilles for lånene. Udvalget finder derfor, at § 48, stk. 6, der fastsætter, at en kautionsforpligtelse bortfalder efter som udgangspunkt 10 år, ikke bør gælde for kaution for lån ydet af realkreditinstitutter. Da tilsvarende forhold gør sig gældende for pengeinstitutters lån, der efter deres vilkår kan finansieres ved udstedelse af særligt dækkede obligationer både i forhold til løbetid og funding, bør også disse lån, der i dag er omfattet af bestemmelsen, undtages på linje med realkreditlån. Udvalget finder dog, at det er en betingelse for kautionistens hæftelse, at kautionisten skal være udtrykkeligt oplyst herom samt virkningen heraf. Det vil sige, at kautionisten skal oplyses om, at lånet er finansieret på den nævnte måde, og at dette betyder, at den tidsmæssige begrænsning af kautionsforpligtelsen ikke finder anvendelse.

For de kautioner, der ikke er omfattet af stk. 6, finder de almindelige forældelsesregler anvendelse.

1.2.3.4. Udvalgets overvejelser om sanktionering af overtrædelser af § 48, stk. 7, i lov om finansiel virksomhed og god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 3

Udvalget har overvejet, om bestemmelserne i § 48, stk. 7, i lov om finansiel virksomhed og god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 3, bør sanktioneres med straf. Bestemmelserne foreskriver, at kunden skal modtage en årlig underretning om størrelsen på den kautionssikrede fordring. Overtrædelse af denne regel er ikke strafsanktioneret i dag.

Det er udvalgets opfattelse, at det ikke er hensigtsmæssigt, at manglende efterlevelse af disse regler strafsanktioneres. Såfremt et penge- eller realkreditinstitut systematisk undlader at udsende den årlige underretning, bør dette sanktioneres med påtaler og påbud.

Udvalget finder endvidere, at bekendtgørelsens § 22, stk. 3, bør ophæves, da § 48, stk. 7, foreslås udvidet til også at omfatte realkreditinstitutter.

1.2.3.5. Udvalgets overvejelser om indførelse af en betænkningstid før påtagelse af kaution og tredjemandspant

Udvalget har overvejet, om der bør indføres en betænkningstid for forbrugere, der overvejer at afgive et kautionssløfte eller stille tredjemandspant. En sådan betænkningstid kunne fx være 5 dage.

Udvalget har noteret sig, at det fremgår af boligkreditdirektivet, at medlemsstaterne skal angive en frist på mindst syv dage, indenfor hvilken en forbruger har tilstrækkelig tid til at sammenligne tilbud på boliglån for at kunne træffe en informeret beslutning. Lånetilbuddet skal være bindende i denne periode. Det fremgår samtidig af forslaget, at forbrugeren skal kunne acceptere tilbuddet på et hvilket som helst tidspunkt under betænkningstiden. Medlemsstaterne kan dog fastsætte, at forbrugere ikke kan acceptere tilbuddet i en periode, der ikke overstiger de første ti dage af betænkningstiden. Der fastsættes derfor ikke en obligatorisk periode, som skal være forløbet, inden en forbruger kan skrive under på lånet.

Udvalget har noteret sig, at en sådan betænkningstid vil sikre privatkautionisten eller tredjemandspantsætteren et fast tidsrum til at overveje konsekvenserne af at påtage sig en kautionforpligtelse eller stille tredjemandspant. Udvalget har endvidere noteret sig, at der på det finansielle område ikke findes eksempler på, at en aftale først kan indgås efter udløbet af en betænkningstid. Udvalget bemærker dog, at boligkreditdirektivet åbner mulighed for at fastsætte en sådan betænkningstid.

Udvalget finder, at den eksisterende retstilstand uden en obligatorisk betænkningstid sikrer fleksibilitet i forbindelse med indgåelse af aftaler om finansielle produkter, så forbrugere fx i forbindelse med huskøb har mulighed for hurtigt at få finansieringen på plads.

Det er endvidere udvalgets opfattelse, at forbrugerne også selv har et ansvar for kun at indgå aftaler, som er fornuftige ud fra den enkelte forbrugers egen situation. Forbrugerne har derfor en opgave i forhold til selv at vurdere, om de vil indgå en kautionsaftale på baggrund af den information, som de får stillet til rådighed. Udvalget finder derfor, at forbrugeren selv har et ansvar for ikke at indgå en kautionsaftale eller en aftale om at stille tredjemandspant, hvis den pågældende ikke har haft tilstrækkelig tid til at sætte sig ind i de informationer, som er modtaget.

Det er på den baggrund udvalgets opfattelse, at der ikke ved lov bør indføres en betænkningstid for forbrugere, der overvejer at afgive et kautionssløfte eller stille tredjemandspant.

1.2.4. Udvalgets indstilling

På baggrund af drøftelserne ovenfor indstiller indvalget,

- at § 48 i lov om finansiel virksomhed affattes således:

”§ 48. Inden der indgås en aftale om en kautionsforpligtelse uden for erhvervsforhold for lån eller kreditter ydet af et penge- eller realkreditinstitut, skal instituttet sikre sig, at kautionisten er informeret om konsekvenserne af at påtage sig en kautionsforpligtelse. Denne information skal indeholde oplysning om, hvad en kautionsforpligtelse indebærer, og indeholde en afbalanceret beskrivelse af de risici, der er forbundet hermed. Institutet skal endvidere udlevere følgende oplysninger om den debitor, hvis gæld kautionsforpligtelsen skal sikre:

- 1) den seneste årsopgørelse fra SKAT og
- 2) de seneste tre lønsedler eller
- 3) det seneste årsregnskab, hvis der kautioneres for en erhvervsdrivendes gæld.

Stk. 2. Et penge- eller realkreditinstitut kan kun gøre en kautionsforpligtelse gældende, hvor der ikke er udleveret oplysninger i medfør af stk. 1, hvis kautionisten på trods af de manglende oplysninger har haft et forsvarligt grundlag for at bedømme de risici, der er forbundet med at indgå kautionsforpligtelsen.

Stk. 3. En aftale om en kautionsforpligtelse efter stk. 1, kan tilsidesættes helt eller delvist, hvis den står i misforhold til kautionistens økonomi.

Stk. 4. Hvis låntageren udebliver med betaling af hovedstol, afdrag eller renter, skal der senest 3 måneder efter de pågældende ydelsers forfaldsdag gives skriftlig meddelelse herom til kautionisten. Bestemmelsen i 1. pkt. finder tilsvarende anvendelse, hvis penge- eller realkreditinstitutet giver låntageren henstand, uden at kautionisten har givet samtykke hertil i det konkrete tilfælde.

Stk. 5. Overskrides fristen i stk. 4, kan kautionsforpligtelsen kun gøres gældende over for kautionisten for det beløb, som låntagerens gæld efter den sikrede fordring ville have udgjort, hvis låntageren havde betalt alle ydelser rettidigt indtil det tidspunkt, som ligger 3 måneder forud for det tidspunkt, hvor meddelelse gives.

Stk. 6. Overskridelse af fristen i stk. 4 medfører, at penge- eller realkreditinstitutet taber sit krav over for kautionisterne, i det omfang disses regreskrav mod låntagerne er blevet forringet, selv om nedsættelsen af kautionsforpligtelsen efter stk. 5 tages i betragtning.

Stk. 7. En kautionist kan ikke hæfte for et beløb større end lånets hovedstol eller kredittens maksimum ved kautionsaftalens indgåelse. Dette gælder dog ikke for realkreditlån, når den pantsatte ejendom anvendes til beboelse for kautionisten og låntageren, og kautionisten er udtrykkeligt oplyst om, at hæftelsen kan overstige lånets hovedstol ved kautionsaftalens indgåelse.

Stk. 8. Kautionsaftaler efter stk. 1 skal være skriftlige for at kunne gøres gældende.

Stk. 9. En kautionsforpligtelse efter stk. 1 bortfalder efter 10 år eller, hvis kautionsaftalen er indgået til sikkerhed for en kredit med variabelt beløb eller for et lån uden fast forfaldstidspunkt, efter 5 år, medmindre forpligtelsen forinden er gjort gældende af pengeinstitutet. Denne bestemmelse finder ikke anvendelse på lån ydet af realkreditinstitutter samt pengeinstitutters lån, der efter deres vilkår kan finansieres ved

udstedelse af særligt dækkede obligationer, såfremt kautionisten udtrykkeligt er oplyst herom samt virkningen heraf.

Stk. 10. Ved kautionsaftaler efter stk. 1 skal penge- eller realkreditinstituttet årligt og skriftligt meddele kautionisten størrelsen af den gældspost, som kautionen er stillet til sikkerhed for.

Stk. 11. Stk. 1-10 finder tilsvarende anvendelse på tredjemands pant uden for erhvervsforhold.”

- at god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 1 og 2, ophæves, da disse bestemmelser foreslås overført til lov om finansiel virksomhed § 48,
- at god skik bekendtgørelsens § 22, stk. 3, ophæves, da lov om finansiel virksomhed § 48, stk. 7, der bliver stk. 10, finder anvendelse på både penge- og realkreditinstitutter, og
- at der ikke indføres en betænkningstid i forbindelse med afgivelse af løfte om kaution eller indgåelse af aftale om tredjemands pant.

1.3. God skik bekendtgørelsen

1.3.1. God skik bekendtgørelsens anvendelsesområde i forhold til erhvervsdrivende

1.3.1.1. Emnet for udvalgets drøftelser

Udvalget har drøftet om god skik bekendtgørelsens § 6, stk. 5, om forpligtelsen til at give saglige begrundelser af opsigelser af aftaler med finansielle virksomheder, også bør gælde for erhvervsdrivende.

1.3.1.2. Gældende ret

God skik bekendtgørelsens § 6, stk. 5, har følgende ordlyd:

”Opsiger en finansiel virksomhed en aftale indgået med en kunde, skal opsigelsen være sagligt begrundet og ske i papirformat eller på andet varigt medium.”

God skik bekendtgørelsen finder som udgangspunkt anvendelse for private kundeforhold og erhvervsmæssige kundeforhold, hvis disse ikke adskiller sig væsentligt fra et privat kundeforhold, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 2, 1. pkt. Visse bestemmelser i bekendtgørelsen finder dog fuldt ud anvendelse på erhvervsforhold. Der er tale om bestemmelserne om god skik i § 3 og reglerne om vildledning mv. i § 4 samt de grundlæggende regler om rådgivning i §§ 7-9.

Den ovenfor citerede bestemmelse i § 6, stk. 5, finder derimod kun anvendelse på private kundeforhold og erhvervsmæssige kundeforhold, hvis disse ikke adskiller sig væsentligt fra et privat kundeforhold, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 2, 1. pkt.

Det fremgår af vejledningen til god skik bekendtgørelsen, at der kan lægges vægt på ankenævnenes praksis ved fastlæggelsen af denne skillelinje.

Ankenævnenes praksis

Ankenævnene behandler klager vedrørende *private kundeforhold*, og klager fra erhvervsdrivende kan behandles, såfremt klagen ikke adskiller sig væsentligt fra en klage vedrørende et privat kundeforhold. Klager fra erhvervsdrivende i øvrigt falder derimod uden for anke-

nævnenes kompetence.²⁶ Ved afgørelsen af dette spørgsmål tillægges det blandt andet betydning, om midlerne hidrører fra erhvervsmæssig virksomhed, herunder fra et selskab, omfanget af den erhvervsmæssige aktivitet, produktets karakter, størrelsen af et eventuelt lån, samt øvrige omstændigheder hvorunder rådgivningen har fundet sted. Se til illustration:

FoAN nr. 2/2009 afvist som erhvervsmæssig, da der var tale om investeringsrådgivning og formuepleje vedrørende et anpartsselskabs midler.

PAN nr. 460/2011, hvor Pengeinstitutankenævnet med henvisning til dets faste praksis vedrørende engagementer med selskaber afviste klagen. Nævnet fandt, at klagen vedrørende omlægning af en investeringskredit tilhørende et anpartsselskab angik et erhvervsmæssigt forhold, der ikke kunne sidestilles med et privat kundeforhold.

PAN nr. 308/2012 vedrørende mangelfuld rådgivning i forbindelse med valutaswapaftaler med en betydelig hovedstol (20 mio. kr.) afvist med henvisning til, at klageren var landmand, og at aftalen havde en sådan tilknytning til den af klageren drevne landbrugsvirksomhed, at der var tale om et erhvervsmæssigt forhold.

Se på den anden side

PAN nr. 592/2009, hvor sagen ikke blev afvist som erhvervsmæssig. Ankenævnet bemærkede, at køb af fast ejendom ikke i sig selv kan danne grundlag for at statuere, at der er tale om erhvervsforhold. Der blev lagt vægt på ejendoms købenes størrelse (ca. 5 mio. kr.), at der var tale om boliger til nære familiemedlemmer (forældrekøb) samt erhvervens manglende tilknytning til klagernes hovederhverv. Den skattemæssige behandling af swapaftalen kunne ikke føre til et andet resultat.

PAN nr. 261/2011, hvor ankenævnet fandt, at en lånefinansierede investering på 17,5 mio. kr. i et svensk ejendomsselskab på baggrund af sin størrelse og karakter som udgangspunkt måtte anses for erhvervsmæssig. Ankenævnet fandt imidlertid ikke, at sagen burde afvises. Ankenævnet lagde i den forbindelse vægt på, at kreditaftalen med banken var indgået af klageren personligt, at investeringen ikke havde sammenhæng med klagerens hovederhverv, og at de spørgsmål, som klagen angik, ikke adskilte sig væsentligt fra et privat kundeforhold.

Ved afgørelsen af, om der er tale om et privat kundeforhold eller et erhvervsforhold, er det i andre tilfælde blandt andet tillagt betydning, om kunden klart havde tilkendegivet, at det pågældende produkt skulle benyttes privat, jf. PAN nr. 175/2010, hvor en kunde, som tillige var erhvervsdrivende, ikke i tilstrækkeligt grad havde gjort det klart, at der i forbindelse med oprettelse af en konto var tale om, at kontoen skulle benyttes privat, jf. god skik bekendtgørelsen § 19.

Forsikringsselskaber

God skik bekendtgørelsens § 6, stk. 5, finder ikke anvendelse på forsikringsselskaber. På forsikringsområdet finder forsikringsaftalelovens § 3 b derimod anvendelse.

²⁶ Jf. vedtægterne PAN § 2, stk. 2 og 3, RAN § 2, stk. 2 og 3, IAN § 2, stk. 2 og 3, FoAN § 2, stk. 2, stk. 2 og 3 (med yderligere beløbsmæssige i relation til transaktionens og porteføljens størrelse i § 2, stk. 4) samt med en lidt anden formulering FAN § 3, stk. 1-3.

Forsikringsaftalelovens 3 b har følgende ordlyd:

”§ 3 b. Selskabets afslag på at tegne en forsikring som begæret og selskabets opsigelse af en forsikringsaftale skal efter anmodning begrundes.

Stk. 2. Begrundelsen skal indeholde en henvisning til de relevante retsregler samt en kort redegørelse for, hvorfor forsikringen ikke kan tegnes, eller hvorfor forsikringsaftalen opsiges. Begrundelsen skal efter anmodning være skriftlig.”

Bestemmelsen gælder både erhvervsdrivende og forbrugere og sikrer derfor også erhvervsdrivende en begrundelse, hvis et kundeforhold opsiges.

1.3.1.3. Udvalgets overvejelser

Udvalget bemærker indledningsvist, at der allerede i dag på forsikringsområdet, jf. forsikringsaftalelovens § 3 b, findes en forpligtelse til at give en begrundelse, hvis et selskab afslår at tegne en forsikring eller opsiges en forsikringsaftale. Forsikringsaftalelovens § 3 b stiller dog ikke et udtrykkeligt krav om, at denne begrundelse skal være saglig. Udvalget bemærker i den forbindelse, at forsikringer typisk er etårige med en klausul om, at disse forlænges medmindre forsikringen opsiges af selskabet eller forsikringstageren med et i aftalen nærmere bestemt varsel.

En begrundelsespligt giver en kunde 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. En begrundelsespligt vil endvidere give kunden et kvalificeret grundlag for at vurdere mulighederne for at indgå en tilsvarende aftale i en anden finansiel virksomhed. Endelig giver en begrundelsespligt kunden mulighed for at rette eventuelle misforståelser hos den finansielle virksomhed.

Det er udvalgets opfattelse, at der ikke synes at være vægtige argumenter for, at andre finansielle virksomheder end forsikringsselskaber ikke skulle være forpligtede til at give en begrundelse til en erhvervsdrivende, når den finansielle virksomhed opsiges en aftale med den pågældende.

Udvalget finder endvidere, at også opsigelser i forhold til erhvervsdrivende bør være sagligt begrundede. Ligesom en forbruger bør en erhvervsdrivende være beskyttet mod usaglige begrundelser. Som eksempel på usaglige begrundelser kan nævnes opsigelser af ren chikanøs karakter. Derimod mener udvalget, at det vil være udtryk for en saglig begrundelse, hvis en finansiel virksomhed opsiges en gruppe af erhvervsdrivende, fordi virksomheden ikke ønsker at tilbyde produkter, der retter sig mod denne gruppe mere. Tilsvarende vil opsigelser begrundet i, at virksomheden ønsker at nedbringe risici forbundet med visse brancher eller kundegrupper af hensyn til sit kapitalgrundlag, være berettigede. Opsigelser, der er begrundet i en forretningsmæssig og økonomisk interesse vil normalt være udtryk for en saglig begrundelse.

Udvalget har i den forbindelse også lagt vægt på, at det følger af retspraksis, at en opsigelse af et erhvervsengagement forudsætter en saglig begrundelse. I U 1987.963 V fandt landsretten, at en forvekslingsrisiko mellem to virksomheder på grund af disses virksomheders navn ikke kunne begrunde en opsigelse af den ene virksomhed.

Udvalget finder på den baggrund, at god skik bekendtgørelsens § 6, stk. 5, også bør finde anvendelse på finansielle virksomheders opsigelser af erhvervsdrivende kunder. God skik bekendtgørelsens § 1, stk. 3, 1. pkt. bør derfor affattes således:

"Stk. 3. § 3, § 4, stk. 1-3, § 6, stk. 5 og §§ 7-9 finder dog anvendelse på alle erhvervs-mæssige kundeforhold."

1.3.1.4. *Udvalgets indstilling*

Udvalget finder, at god skik bekendtgørelsens § 1, stk. 3, bør affattes således:

"Stk. 3. § 3, § 4, stk. 1-3, § 6, stk. 5 og §§ 7-9 finder dog anvendelse på alle erhvervs-mæssige kundeforhold."

1.3.2. Rådgivning om skat, offentlige ydelser mv.

1.3.2.1. *Emnet for udvalgets drøftelser*

Udvalget har overvejet, om finansielle virksomheders forpligtelse til at rådgive om skattemæssige konsekvenser og konsekvenser i forhold til muligheden for at modtage offentlige ydelser i forbindelse med valg af finansielle produkter bør skærpes.

1.3.2.2. *Gældende ret*

Spørgsmålet om en finansiell virksomheds forpligtelse til at inddrage skatteretlige regler og regler for modtagelse af offentlige tilskud eller andre økonomiske fordele i rådgivningen er reguleret i god skik bekendtgørelsens § 12, der har følgende ordlyd:

"§ 12. En finansiell virksomhed skal som led i sin rådgivning inddrage konsekvenser af de skatteregler, som er relevante for kunden i forhold til de produkter og ydelser, som rådgivningen omfatter, eller henvise kunden til anden rådgivning herom.

Stk. 2. Hvis en finansiell virksomhed rådgiver om forhold, som kan være af væsentlig økonomisk betydning for kundens muligheder for at modtage offentlige tilskud eller andre økonomiske fordele, og den finansielle virksomhed bliver opmærksom herpå, skal dette medtages i rådgivningen, eller kunden skal henvises til anden rådgivning."

Bestemmelsen skal sikre, at der i rådgivningen tages højde for relevante skatteregler og om mulighed for offentlige tilskud.

§ 12, stk. 1, vedrører de skatteretlige konsekvenser. Det fremgår af bestemmelsen, at der skal ske en inddragelse af de skatteretlige konsekvenser, som er relevante for kunden i forhold til de produkter og ydelser, som rådgivningen omfatter. Alternativt kan den finansielle virksomhed henvise kunden til anden rådgivning. Der består derfor i dag ikke en obligatorisk forpligtelse for finansielle virksomheder til at inddrage skatteretlige konsekvenser i rådgivningen. Det følger dog af bestemmelsen, at såfremt den finansielle virksomhed ikke rådgiver om skatteretlige konsekvenser, så skal den henvise kunden til anden rådgivning om disse spørgsmål.

Rådgives der om lån, skal kunden have oplyst om regler om skattefradrag for renteudgifter. Det vil endvidere være relevant at inddrage de skatteregler, der omhandler fradragsmuligheder ved indbetaling og beskatning ved udbetaling af pensionsordninger.

Bekendtgørelsens stk. 2 vedrører rådgivning om forhold, som kan være af væsentlig økonomisk betydning for at modtage offentlige tilskud, og som den finansielle virksomhed bliver opmærksom på. Eksempelvis vil det være relevant at oplyse om, at udbetalinger fra pensionsordninger påvirker udbetalingen af efterløn. I stedet for at yde rådgivning om offentlige tilskudsmuligheder kan kunden henvises til anden relevant rådgivning herom.

Det fremgår af vejledningen til investorbekendtgørelsen, at det indgår i forpligtelsen til at handle redeligt og professionelt efter investorbekendtgørelsens § 5, at værdipapirhandleren som led i sin rådgivning inddrager konsekvenser af de skatteregler, som er relevante for kunden i forhold til de produkter og ydelser, som rådgivningen omfatter, eller henviser kunden til anden rådgivning herom.

Hvis en kunde eksempelvis vil investere i en investeringsforening, vil det således fx. være relevant at oplyse kunden om de skatteretlige konsekvenser, det får for kunden, om kunden investerer i en akkumulerende eller en udloddende afdeling.

1.3.2.3. Udvalgets overvejelser

Udvalget bemærker, at finansielle dispositioner kan have store skatteretlige konsekvenser for den enkelte forbruger. Det er derfor nødvendigt, at forbrugeren er opmærksom på de skattemæssige konsekvenser, for at forbrugeren kan træffe en fuldt oplyst afgørelse om, hvilket finansielt produkt, der er mest hensigtsmæssigt at købe.

Fx er det væsentligt, at forbrugeren ved, at vedkommende får et skattefradrag for indbetalinger på en ratepension, men ikke ved indbetalinger på en aldersopsparing.

Udvalget er endvidere opmærksomt på, at finansielle dispositioner kan have betydning for en forbrugers mulighed for at modtage offentlige ydelser, fx efterløn og tillæg til folkepension.

Lovgivningen om skatte- og tilskudsretlige konsekvenser af en skatteborgers dispositioner udgør et omfattende og selvstændigt retsområde, der i vidt omfang beherskes af revisorer og advokater. Selvom der er tale om et område, der kan have stor indflydelse på den enkelte forbrugers valg af finansielt produkt, er det dog samtidig udvalgets opfattelse, at det ikke er hensigtsmæssigt at forpligte finansielle virksomheder til at inddrage samtlige skatte- og tilskudsretlige konsekvenser i deres rådgivning.

Udvalget bemærker, at finansielle virksomheder allerede i dag i vidt omfang inddrager konsekvenser af skatteretlig karakter i deres rådgivning.

Det er samtidig udvalgets opfattelse, at den gældende mulighed for at oplyse kunden efter god skik bekendtgørelsens § 12, om at en given disposition kan have konsekvenser af skatteretlig karakter og blot henviser kunden til anden rådgivning, ikke er hensigtsmæssig. En række kunder med lav indkomst har typisk ikke mulighed for at købe sig til rådgivning om disse forhold. Den nuværende regulering kan derfor i praksis medføre, at lavindkomstgrupper ikke får oplysninger om skattemæssige konsekvenser, selvom det kan have væsentlig betydning for deres beslutning om, hvilke finansielle produkter, de bør indgå aftale om.

Det er derfor udvalgets opfattelse, at det bør være en del af god skik forpligtelsen, at en finansiell virksomhed oplyser om skatteregler i forhold til det konkrete produkt/ydelse som led i rådgivningen af sine kunder.

Der er endvidere udvalgets opfattelse, at finansielle virksomheder i dag i vidt omfang oplyser deres kunder om de konsekvenser, som en finansiell disposition kan have for kundens muligheder for at modtage offentlige tilskud eller andre økonomiske fordele. Det vil sige ydelser, der indgår i den enkelte forbrugers forsørgelse, som fx folkepension. Dette er naturligt i lyset af det samspil, der er mellem reguleringen af offentlige tilskud og andre økonomiske fordele på den ene side og på den anden side de finansielle dispositioner, en forbruger foretager. Det er imidlertid udvalgets opfattelse, at det er tiltrækkeligt, at finansielle virksomheder er forpligtede til enten at rådgive om disse forhold eller henvise forbrugeren til anden rådgivning, fordi en finansiell virksomhed ikke bør være forpligtet til at kende samtlige regler om offentlige ydelser, med henblik på at sikre, at en forbruger opnår adgang til flest mulige offentlige ydelser. Det er derfor udvalgets opfattelse, at den nuværende affattelse af § 12, stk. 2, som udgangspunkt er tilstrækkelig, fordi denne bestemmelse fastslår, at en finansiell virksomhed enten skal rådgive om disse forhold eller henvise til anden rådgivning.

Udvalget finder dog, at formuleringen "og den finansielle virksomhed bliver opmærksom herpå" bør ændres til "og den finansielle virksomhed er eller burde være opmærksom herpå". Herved sikres det, at 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. Det er udvalgets opfattelse, at en finansiell 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, fx når en kunde går på pension.

Udvalget foreslår på den baggrund, at § 12 i god skik bekendtgørelsen affattes således:

"§ 12. En finansiell virksomhed skal som led i sin rådgivning oplyse om konsekvenser af de skatteregler, som er relevante for kunden i forhold til de produkter og ydelser, som rådgivningen omfatter. Hvis den finansielle virksomhed er eller bliver opmærksom på andre skatteretlige spørgsmål, skal den finansielle virksomhed henvise kunden til anden rådgivning herom, såfremt den ikke rådgiver om disse spørgsmål.

Stk. 2. Hvis en finansiell virksomhed rådgiver om forhold, som kan være af væsentlig økonomisk betydning for kundens muligheder for at modtage offentlige tilskud eller andre økonomiske fordele, og den finansielle virksomhed er eller burde være opmærksom herpå, skal dette medtages i rådgivningen, eller kunden skal henvises til anden rådgivning."

Udvalget bemærker, at den foreslåede bestemmelse indeholder en skærpelse i forhold til den gældende bestemmelse, da det foreslås, at en finansiell virksomhed i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter, der kan have skatteretlige konsekvenser for kunden, skal oplyse om principper for beskattningen i forbindelse med det pågældende produkt. Herved menes ikke personlige anbefalinger om skattemæssige forhold, men generelle principper om beskattning i forhold til de produkter, som tilbydes til kunden.

Forslaget om, at finansielle virksomheder skal være forpligtede til at inddrage skatteretlige regler, som er relevante for kunden i forhold til de produkter og ydelser, som rådgivningen

omfatter, medfører, at virksomheden skal oplyse om de skatteretlige regler, som bliver aktiveret af kundens finansielle dispositioner, som er genstand for rådgivningen. Hvis et pengeinstitut rådgiver en kunde om optagelse af lån til renovering af kundens faste ejendom, skal pengeinstituttet oplyse kunden om, at kunden fx vil få et rentefradrag. Instituttet skal derimod ikke oplyse kunden om muligheden for at få et håndværkerfradrag, når låneprovenuets anvendes til køb af håndværkerydelse. Dette skyldes, at håndværkerfradraget ikke er en skattemæssig konsekvens, der udløses af lånoptagelsen. Her vil pengeinstituttet kunne henvise til anden rådgivning jf. forslagetets stk. 1, 2. pkt. I eksemplet med optagelsen af lånet skal den finansielle virksomhed endvidere oplyse kunden, hvor stort rentefradraget vil være, når der optages et lån. De finansielle virksomheder er herudover ikke forpligtet til at fortage konkrete skattemæssige konsekvensberegninger for kunderne. Det betyder, at fx et pengeinstitut ikke er forpligtet til at regne kundens fremtidige skat ud, da denne kan være påvirket af andre forhold, fx hvad låneprovenuets anvendes til. For så vidt angår dette spørgsmål, skal pengeinstituttet kunne henvise kunden til at modtage rådgivning andetsteds.

Udvalget finder, at der ikke er behov for at indsætte en tilsvarende bestemmelse i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen. Det er således udvalgets opfattelse, at reglerne om kend-din-kunde og informationsregimet i denne bekendtgørelse er så detaljerede, at denne bestemmelse allerede i dag i tilstrækkelig grad sikrer, at der inddrages fx skattemæssige regler i rådgivningen. Hertil kommer, at det er tvivlsomt om MiFID-direktivet vil gøre det muligt at indføre en sådan bestemmelse, da dette direktiv som udgangspunkt er udtryk for totalharmonisering.

1.3.2.4. Udvalgets indstilling

Udvalget anbefaler, at indstiller, at § 12 i god skik bekendtgørelsen affattes således:

”§ 12. En finansiell virksomhed skal som led i sin rådgivning inddrage konsekvenser af de skatteregler, som er relevante for kunden i forhold til de produkter og ydelser, som rådgivningen omfatter. Hvis den finansielle virksomhed er eller bliver opmærksom på andre skatteretlige spørgsmål, skal den finansielle virksomhed henvise kunden til anden rådgivning herom, såfremt den ikke rådgiver om disse spørgsmål.

Stk. 2. Hvis en finansiell virksomhed rådgiver om forhold, som kan være af væsentlig økonomisk betydning for kundens muligheder for at modtage offentlige tilskud eller andre økonomiske fordele, og den finansielle virksomhed er eller burde være opmærksom herpå, skal dette medtages i rådgivningen, eller kunden skal henvises til anden rådgivning.”

1.3.3. Rådgivning i forhold til svage kundegrupper, herunder unge

1.3.3.1. Emner for udvalgets drøftelser

Udvalget har drøftet, om der er behov for at stille særlige krav til rådgivningen af svage kundegrupper om køb af finansielle produkter. Begrebet *svage kundegrupper* omfatter i denne forbindelse børn og unge, men er ikke begrænset hertil. Også andre kundegrupper som fx alderdomssvækkede og meget bogligt svage kan betegnes som en svag kundegruppe, fordi disse grupper kan have vanskeligt ved at tilegne sig og forstå det informationsmateriale, som ofte indgår i rådgivning.

1.3.3.2. Gældende ret

God skik bekendtgørelsen indeholder ikke særlige regler om rådgivning af svage kunde-grupper.

Det fremgår dog af god skik bekendtgørelsens § 8, stk. 1, at en finansiel virksomhed, før den påbegynder sin rådgivning, skal anmode kunden om at oplyse om sin erfaring med de relevante finansielle ydelser. Det fremgår endvidere af § 8, stk. 2, at omfanget af de oplysninger, en finansiel virksomhed skal indhente, inden den påbegynder sin rådgivning, kan afpasses efter den viden, som kunden besidder.²⁷

Det fremgår af investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 16, stk. 1, at der i forbindelse med investeringsrådgivning skal indhentes oplysninger om kundens kendskab til og erfaring på det investeringsområde, som er relevant. Det produkt, der anbefales kunden, skal den finansielle virksomhed sørge for, at kunden har den nødvendige erfaring og det nødvendige kendskab til at kunne forstå. Tilsvarende gælder det, at finansiel virksomhed skal vurdere om en investering i et bestemt produkt, som kunden ønsker at gennemføre, er hensigtsmæssig for kunden. I den forbindelse skal den finansielle virksomhed sikre, at kunden har den nødvendige erfaring og viden til at forstå de risici, der er forbundet med det specifikke produkt, jf. investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 17, stk. 1.

Det fremgår derfor allerede af de gældende rådgivningsregler i god skik bekendtgørelsen og i særlig grad af investorbeskyttelsesbekendtgørelsen, at rådgivningen skal tilpasses den enkelte kunde. Det fremgår dog ikke udtrykkeligt, at der i rådgivningen skal tages hensyn til den enkelte kundes evne til at tilegne sig viden. Det må dog anses for stridende mod god skik, såfremt en finansiel virksomhed rådgiver en kunde til køb af et finansielt produkt, selvom det er åbenlyst, at kunden ikke forstår selv helt basale forhold ved det pågældende produkt. En finansiel virksomhed er således allerede i dag forpligtet til at tage hensyn til svage kunde-grupper, herunder unge, i sin rådgivning.

Uden for den finansielle lovgivning fremgår det af markedsføringslovens § 8, at

”§ 8. Markedsføring rettet mod børn og unge skal være udformet med særlig hensyntagen til børns og unges naturlige godtroenhed og manglende erfaring og kritiske sans, som bevirker, at de er lette på påvirke og nemme at præge.

Stk. 2. Markedsføring rettet mod børn og unge under 18 år må ikke direkte eller indirekte opfordre til vold, eller anden farlig eller hensynsløs adfærd eller på utilbørlig måde benytte sig af vold, frygt eller overtro som virkemidler.”

Stk. 3. Markedsføring rettet mod børn og unge under 18 år må ikke indeholde omtale af, billeder af eller henvisninger til rusmidler, herunder alkohol.

Bestemmelsen gælder også for finansielle virksomheder, jf. markedsføringslovens § 2 mod-sætningsvist.

²⁷ På det generelle plan har Finanstilsynet i forbindelse med sin påtale af Hedgeforeningen Jyske Invest af 8. juli 2009 udtalt, at ”et produkt skal kunne forstås af den ”almindelige dansker på gaden”. Der kan derfor ikke i begrebet indlægges en særlig forudsætning om, at modtageren af markedsføringsmaterialet har et højere vidensniveau.”

Den nævnte bestemmelse blev indført i markedsføringsloven i 2005²⁸. I bemærkningerne fremhæves det, at bestemmelsen

"har til formål at beskytte børn og unge i forbindelse med markedsføring rettet specielt mod denne målgruppe.

Børn og unge har ikke den fornødne erfaring til at foretage objektive vurderinger i forhold til reklamer og lader sig påvirke af det umiddelbare uden overvejelser. De er nemme at lokke med fx tilbud, der er ledsaget af løfter om gaver, deltagelse i konkurrencer med gode gevinster og vinderchancer. Det forhold, at børn og unge er lette at påvirke, giver også de erhvervsdrivende særligt gode muligheder for at øge deres interesse for mærkevarer og præge deres forbrugsmønstre

.....

Begrebet "børn og unge" dækker generelt personer op til 18 år, men markedsføringen vil skulle bedømmes i forhold til den konkrete aldersgruppe, den henvender sig til. Det indebærer, at en reklame, der henvender sig til små børn, skal vurderes anderledes end en reklame, der henvender sig til unge på 15-16 år.

.....

Bestemmelsen kan ikke umiddelbart danne grundlag for egentlige forbud eller påbud og foreslås heller ikke strafbelagt. Den skal i stedet fungere som en referenceramme eller agtsomhedsnorm, som virksomhederne skal udforme deres markedsføring rettet mod børn og unge indenfor. Bestemmelsen vil derfor indebære en generel skærpelse af de øvrige bestemmelser i markedsføringsloven, når målgruppen er børn og unge."

Markedsføringslovens bestemmelse er således udformet med henblik på udformningen af reklamer og andet lignende markedsføringsmateriale.

Selvom der ikke findes en tilsvarende bestemmelse i god skik bekendtgørelsen, vil bestemmelsen dog kunne inddrages som en referenceramme ved fortolkningen af kravene til markedsføring, fx hvornår markedsføring på det finansielle område mod børn og unge vil udsætte disse for en utilbørlig påvirkning, jf. god skik bekendtgørelsens § 4, stk. 2. Denne bestemmelse fastsætter, at markedsføring, som i sit indhold, sin form eller den anvendte fremgangsmåde er vildledende, aggressiv eller udsætter kunderne for en utilbørlig påvirkning, og som er egnet til mærkbart at forvride deres økonomiske adfærd, ikke er tilladt.

Det følger af værgemålslovens § 1, stk. 1, at børn og unge under 18 år, der ikke har indgået ægteskab, er mindreårige og dermed umyndige. Af § 1, stk. 2, følger, at mindreårige ikke selv kan forpligte sig ved retshandler eller råde over deres formue, medmindre andet er bestemt.

Der gælder dog en undtagelse fra denne regel i værgemålslovens § 42. Det følger af denne bestemmelse, at en umyndig selv råder over det, de har erhvervet ved eget arbejde efter de er fyldt 15 år, og hvad de har fået til fri rådighed som gave eller frivarv ved testamente. Uanset at børn og unge uanset deres umyndighed har denne råderet, medfører dette dog ikke en adgang for dem til at påtage sig gældsforpligtelser.

28 Bestemmelsen er efterfølgende ændret ved lov nr. 378 af 17. april 2013.

I det omfang børn og unge efter værgemålslovens regler har adgang til at disponere over økonomiske midler, vil de derfor kunne indgå finansielle aftaler i form af indsættelse af penge på en indlånskonto, samt investere i fx aktier eller sætte pengene i garantbeviser. Derimod vil de ikke kunne optage lån.

Det fremgår endvidere af gennemgangen af gældende ret i kapitel 3, afsnit 1.3.1.1., at der i forbindelse med rådgivning af mindreårige, antages at påhvile pengeinstituttet en mere vidtgående rådgivningsforpligtelse vedrørende risici mv., end tilfældet er over for andre kunder.

1.3.3.3. Udvalgets overvejelser

Udvalget bemærker, at Ekspertudvalget om børn, unge og markedsføring behandler spørgsmålet om børns og unges finansielle forståelse. Ekspertudvalget har på nuværende tidspunkt ikke planer om at drøfte behovet for en bestemmelse om markedsføring og rådgivning rettet mod unge på det finansielle område.

Udvalget er enig i, at der bør tages særligt hensyn til svage kundegrupper, herunder unge, både i forbindelse med finansielle virksomheders markedsføring og i forbindelse med deres rådgivning. Dette betyder, at udformningen af markedsføring bør være udformet efter den konkrete modtagergruppe. Rådgivningen bør ligeledes tilpasses individuelt efter den enkelte forbrugers forhold. Dette er nødvendigt for at sikre, at rådgivningen kan tilgodese den enkelte forbrugers interesser og give kunden et godt grundlag for at træffe sin beslutning, jf. god skik bekendtgørelsens § 7, stk. 3.

Udvalget bemærker, at selvom unge ikke kan optage lån, medfører muligheden for, at unge kan disponere over fx selverhvervede midler efter det 15. år, arv eller gave, at de kan udsætte sig selv for en risiko for at tabe penge, fx ved investering i garantbeviser. Som eksempel kan henvises til sagerne om Løkken Sparekasses rådgivning om garantbeviser – se eksempelvis PAN nr. 1/2010, hvor en 11-årig købte garantbeviser. Det er derfor vigtigt, at også unge rådgives grundigt og dermed bliver klar over konsekvenserne af deres dispositioner.

Udvalget bemærker, at det allerede følger af god skik bekendtgørelsen og i særlig grad af investorbeskyttelsesbekendtgørelsen, at både rådgivning og markedsføring skal tilpasses modtageren, da disse bekendtgørelser bygger på kend-din-kundeprincippet. Det fremgår endvidere af investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 17, stk. 1, at den finansielle virksomhed skal sikre, at kunden har den nødvendige erfaring og viden til at forstå de risici, der er forbundet med det specifikke produkt.

Udvalget har overvejet, om der bør indføres en særlig bestemmelse svarende til markedsføringslovens § 8, som omfatter alle svage kundegrupper, eller om der bør indføres en bestemmelse, som kun omfatter børn og unge.

Det er udvalgets opfattelse, at det er vanskeligt at udforme en retsregel, som angiver hvilke særlige forhold, der skal tages ved rådgivning af fx en ordblind eller en alderdomssvækket person, ligesom det vil kunne være vanskeligt at afgrænse denne gruppe af personer. Det er udvalgets opfattelse, at en mere præcis normering af rådgivningen af svage kundegrupper, bortset fra unge, vil kunne gennemføres mest hensigtsmæssigt ved, at det i vejledningen til god skik bekendtgørelsen og investorbeskyttelsesbekendtgørelsen udtrykkeligt anføres, at rådgivning af svage kundegrupper skal tage hensyn til disse kundegrupperes særlige forhold.

For så vidt angår børn og unge, dvs. personer under 18 år, finder udvalget, at der bør ind-sættes en ny bestemmelse i god skik bekendtgørelsen, som er udformet med udgangspunkt i markedsføringslovens § 8. En sådan bestemmelse vil endvidere afspejle ankenævns-praksis, som fastslår, at der er en særlig rådgivningsforpligtelse i forhold til børn og unge. Udvalget bemærker i den forbindelse, at rådgivning om garantbeviser er omfattet af god skik bekendtgørelsen.

Udvalget bemærker dog, at der ikke synes at være et behov for at medtage en bestemmelse svarende til markedsføringslovens § 8, stk. 2, der indeholder et forbud mod opfordring til vold, anvendelse af rusmidler mv., fordi disse markedsføringsmæssige virkemidler ikke synes at forekomme i forbindelse med markedsføringen af finansielle produkter.

Det er imidlertid udvalget opfattelse, at den foreslåede bestemmelse udtrykkeligt bør an-føre, at den ud over markedsføring også finder anvendelse på rådgivning.

Udvalget finder, at en bestemmelse om børn og unge kan udformes 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.”

Udvalget finder, at der ikke er behov for at indsætte en tilsvarende bestemmelse i investor-beskyttelsesbekendtgørelsen. Det er således udvalgets opfattelse, at reglerne om kend-din-kunde i denne bekendtgørelse er så detaljerede, at denne bestemmelse allerede i dag i tilstrækkelig grad sikrer, at der ved rådgivning tages hensyn til børns og unges manglende erfaring og kritiske sans. Hertil kommer, at det er tvivlsomt om MiFID-direktivet vil gøre det muligt at indføre en sådan bestemmelse, da dette direktiv som udgangspunkt er udtryk for totalharmonisering.

Udvalget bemærker, at den foreslåede bestemmelse medfører, at rådgivningen skal tage udgangspunkt i de erfaringer og den viden, som den unge besidder. Det medfører, at der i rådgiv-ningen typisk skal gives flere informationer og forklaringer om det finansielle produkt, end når der ydes rådgivning til en voksen person. Tilsvarende gør sig gældende ved markedsføring.

Udvalget bemærker, at den foreslåede bestemmelse, svarende til hvad der gælder for mar-kedsføringslovens § 8 ikke umiddelbart kan danne grundlag for egentlige forbud eller påbud og foreslås heller ikke strafbelagt. Den skal i stedet fungere som en referenceramme eller agtsomhedsnorm, som virksomhederne skal udforme deres markedsføring og rådgivning rettet mod børn og unge indenfor. Bestemmelsen vil derfor have betydning for anvendelsen af de øvrige bestemmelser i god skik bekendtgørelsen, når målgruppen er børn og unge.

Udvalget har endvidere overvejet, om den foreslåede bestemmelse i god skik bekendt-gørelsen burde begrænses til rådgivning, fordi der allerede findes en bestemmelse om markedsføring af børn og unge i markedsføringslovens § 8, som også gælder for finansielle virksomheder.

Udvalget finder imidlertid, at da den foreslåede bestemmelse skal finde anvendelse som referencenorm for anvendelsen af god skik bekendtgørelsen, herunder markedsføring, bør den foreslåede bestemmelse også omfatte markedsføring.

1.3.3.4. Udvalgets indstilling

Udvalget indstiller, at der i god skik bekendtgørelsen indsættes en bestemmelse om markedsføring og rådgivning af børn og unge med følgende indhold:

"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."

2. Vurdering af regler og praksis for erstatning for tab i forbindelse med rådgivning

2.1. Forholdet mellem offentlig ret og civilret

2.1.1. Emnet for udvalgets drøftelser

Bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder og investorbeskyttelsesbekendtgørelsen fastlægger de retlige rammer for finansielle virksomheders rådgivning af deres kunder. I vejledningen til bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder 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 videre 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 finansiell 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 finansiell virksomhed efter dansk rets almindelige erstatningsretlige regler har handlet ansvarspådragende, eller om en aftale helt eller delvist skal ændres eller tilsidesættes efter aftalelovens regler."

Denne beskrivelse af forholdet mellem god skik bekendtgørelsen og civilretten giver ikke megen vejledning om, hvilke civilretlige konsekvenser en overtrædelse af reglerne om god skik bør have. Den giver nærmest anledning til den opfattelse, at det er udgangspunktet, at overtrædelse af reglerne om rådgivning ikke har betydning for den civilretlige vurdering, jf. at disse overtrædelser "dog [vil] kunne have en afsnittende virkning på visse civilretlige spørgsmål".

Ankenævns- og domspraksis viser imidlertid, at overtrædelser af offentligretlige regler kan have civilretlig betydning.

Udvalget har på den baggrund drøftet, om der er behov for en lovgivningsmæssig regulering af betydningen af de nævnte offentligretlige regler for vurderingen af, om en finansiell virksomhed ifalder erstatningsansvar, eller om overtrædelsen har aftaleretlige konsekvenser.

2.1.2. Gældende ret

Offentligretlige regler

På det offentligretlige område findes der i dag en omfattende regulering af finansielle virksomheders rådgivning i bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder og investorbeskyttelsesbekendtgørelsen.

Reguleringen af god skik daterer sig tilbage til Forbrugerombudsmandens etiske retningslinjer for pengeinstitutternes rådgivning fra den 1. oktober 1994. Disse retningslinjer var det første større forsøg på at styrke forbrugerbeskyttelsen i relation til evt. interessekonflikter i forbindelse med rådgivning. Retningslinjerne fandt alene anvendelse på pengeinstitutternes rådgivning. De såkaldte rene ekspeditioner, såsom ind- og udbetalinger, overførsler, valuta-veksling, var derfor ikke omfattet af retningslinjerne.

Retningslinjerne blev til ved forhandlinger mellem Forbrugerombudsmanden og en række erhvervs- og forbrugerorganisationer m.v. På realkreditområdet blev der tilsvarende udarbejdet retningslinjer om etik i realkreditinstitutter efter forhandlinger med Realkreditrådet og en række organisationer. Disse retningslinjer trådte i kraft i september 1995.

Forbrugerombudsmandens retningslinjer for etik i pengeinstitutternes rådgivning og retningslinjer om etik i realkreditinstitutter erstattedes den 1. oktober 2003 af god skik bekendtgørelsen. Reguleringen af rådgivning er senere blevet suppleret med reglerne i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen, der den 1. november 2007 gennemførte MiFID-direktivet.

Den offentligretlige regulering er i dag derfor delvist baseret på EU-retlige regulering.

For en nærmere gennemgang af den offentligretlige regulering henvises til kapitel 3 ovenfor.

Erstatningsret

Finansielle virksomheder er i forbindelse med udøvelse af deres virksomhed i erstatningsretlig henseende underlagt et professionsansvar, hvor det karakteristiske er, at der for ansvarsvurderingen gælder en særlig professionsmålestok. Den grundlæggende ansvarsnorm er "den professionelles pligt til at præstere en god faglig indsats, dvs. en indsats, der honorerer de krav, som man med rette kan stille til en sagkyndig på området."

Professions- og rådgivningsansvaret er generelt et culpaansvar, og der er heller ikke tvivl om, at der er tale om et culpabaseret ansvar i forhold til finansielle virksomheder. Culpaansvaret betegnes her ofte som et særligt strengt ansvar, derved at culpaansvaret ikke er baseret på den almindelige bonus pater standard. Culpastandarden fastlægges derimod i forhold til, hvad der normalt må forventes af en god udøver af den pågældende profession, her den finansielle virksomhed. Der er således tale om en differentieret culpamålestok afhængig af den enkelte profession. Culpavurderingen er objektiviseret derved, at det normalt er tilstrækkeligt til at statuere, at den udførte handling eller undladelse objektivt er uforsvarlig, således at subjektive eller særlige forhold hos den enkelte virksomhed ikke tillægges betydning ved culpabedømmelsen. Påtager et mindre pengeinstitut, som hidtil udelukkende har drevet virksomhed med ind- og udlån, sig at sælge og rådgive om sofistikerede finansielle produkter, underlægges det samme culpastandard, som det pengeinstitut, der har dette som en central aktivitet.

Tilsidesættelse af regler om god skik kan indgå i vurderingen af, om en finansiel virksomhed ifalder erstatningsansvar. God skik bekendtgørelsens generalklausul, jf. denne bekendtgørelses § 3, er ikke en statisk norm, men derimod en dynamisk norm, der udvikler sig over tid, for til enhver tid at kunne sikre en passende beskyttelse af forbrugerne. Det samme gør sig også gældende for culpabedømmelsen, der også udvikler sig over tid og dermed tilpasser sig, hvad der normalt må forventes af en udøver af den pågældende profession, her den finansielle virksomhed.

Pengeinstitutankenævnet har tidligere været tilbageholdende med at tillægge tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter betydning – og/eller i hvert fald tilbageholdende med at henvise til disse – i forbindelse med dets afgørelse af privatretlige tvister.

I den gældende ankenævnspraksis synes der heller ikke at være et klart og entydigt mønster i, under hvilke omstændigheder og i hvilke sagstyper offentligretlige forskrifter tillægges betydning, samt hvilken betydning de tillægges. Dog synes der at kunne spores en tendens til, at tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter tillægges stigende betydning, at især specifikke forskrifter, som pålægger den finansielle virksomhed bestemte pligter, tillægges vægt ved culpabedømmelsen. Endvidere synes gennemførelsen af investorbeskyttelsesreglerne med MiFID pr. 1. november 2007 at have ført til en øget henvisning til offentligretlige regler, hvilket dog også kan skyldes, at disse regler er mere specifikke end de tidligere regler på området.

Selvom der kan argumenteres for, at enhver tilsidesættelse af en offentligretlig forskrift i sig selv er udtryk for en culpøs handling, er der ikke tvivl om, at enhver tilsidesættelse af en offentligretlig forskrift ikke i sig selv er tilstrækkelig til at ifalde et erstatningsansvar i forbindelse med finansiell rådgivning.

Forskrifterne på det finansielle område er indholdsmæssigt og i relation til formål og beskyttelsesinteresse meget forskelligartede. Nogle forskrifter er af ren formel karakter, eksempelvis når den finansielle virksomheds navn og andre identifikationsoplysninger skal angives, nogle opstiller formkrav, som at informationer og aftaler skal foreligge i papirformat eller andet varigt medium, mens andre afhængig af de konkrete omstændigheder pålægger den finansielle virksomhed at basere sin rådgivning på en bestemt arbejdsproces i overensstemmelse med reglerne på området. Disse regler pålægger fx finansielle virksomheder at foretage en egnetheds- eller hensigtsmæssighedstest.

Herudover kan selve udformningen af og præciseringsgraden i en regel have betydning. Mens det, med mindre der eksempelvis foreligger en fast branchekutyme, kan være vanskeligt at fastlægge, hvilken betydning en generel god skik regel, som eksempelvis i § 43 i lov om finansiel virksomhed, skal have ved afgørelsen af en konkret sag om erstatningsansvar, kan det være anderledes ved tilsidesættelse af specifikke regler og krav. Det kan være lettere at vurdere betydningen af en tilsidesættelse af specifikke krav i relation til en culpabedømmelse.

Endelig vil den erstatningsretlige betydning af tilsidesættelse af en offentligretlig forskrift kunne påvirkes af, om forskriften er direkte eller indirekte kunderelateret. Nogle forskrifter pålægger den finansielle virksomhed en direkte pligt i forhold til den enkelte kunde/kunde-forhold og har herved i ikke ubetydelig grad karakter af privatretlig regulering. Det gælder eksempelvis kravene til de finansielle virksomheders oplysningspligt over for kunder ved af-

taler mv. om bestemte finansielle ydelser, og kravet om at der skal foretages en egnethedstest eller hensigtsmæssighedstest. I andre tilfælde er der derimod tale om forskrifter, som skal sikre den finansielle stabilitet og en ordentlig og velorganiseret virksomhedsudøvelse. Sådanne forskrifter har mere indirekte til formål at beskytte kunderne. Denne sidste form for forskrifter pålægger eksempelvis de finansielle virksomheder at have særlige procedurer og forskrifter i forbindelse med bestemte produkter og ydelser, som tilbydes eller sælges til kunder.

Endelig vil kravet om årsagssammenhæng mellem den culpøse handling og det forvoldte tab indebære, at misvisende oplysninger i forbindelse med rådgivning ikke nødvendigvis altid fører til erstatningsansvar.

Offentligretlige forskrifter kan ved culpabedømmelsen i forhold til en finansiell virksomhed endvidere tillægges såvel en 'positiv' som en 'negativ' virkning. Positiv virkning i den forstand, at overholdelse af en forskrift fremhæves som argument for, at der ikke er handlet culpøst i forbindelse med rådgivning, og derfor ikke er grundlag for at pålægge erstatningsansvar. Negativ virkning i den forstand at manglende overholdelse af en offentligretlig forskrift omtales eller fremhæves som et element i forbindelse med argumentationen for, om der er tale om culpøs adfærd.

Formanden for Pengeinstitutankenævnet, højesteretsdommer Vibeke Rønne, har over for udvalget oplyst, at de offentligretlige regler på området har større og større betydning i forbindelse med Pengeinstitutankenævnets afgørelser. På andre områder – f.eks. sager vedrørende erstatning for arbejdsskader – tillægges offentligretlige regler i praksis betydning ved fastlæggelse af ansvarsgrundlaget, og der er ikke grund til, at det ikke også skulle være tilfældet inden for det finansielle område. Baggrunden for den øgede anvendelse og dermed betydning af offentligretlige regler i forbindelse med Pengeinstitutankenævnets afgørelser er navnlig, at reglerne er blevet mere præcise og detaljerede. Det kan f.eks. være vanskeligere at tillægge generalklausulen i god skik bekendtgørelsen vægt ved afgørelsen af ansvarsspørgsmålet. Finanstilsynets afgørelser, på relevante områder, har i øvrigt også spillet en stor rolle for ankenævnets afgørelser.

Vibeke Rønne har endvidere oplyst, at det ikke altid fremgår af præmisserne, at en bestemmelse i god-skik-bekendtgørelsen har haft betydning for resultatet, idet Pengeinstitutankenævnet bestræber sig på at skrive afgørelserne, så de er så forståelige som muligt for forbrugerne. Der er således ikke altid fokus på udtrykkeligt at henvise til relevante offentligretlige regler i afgørelserne.

Højesteret udtalte i sin dom i U 2013.182 H vedrørende en formueplejeaftale, hvor der var investeret i bl.a. Scandinotes, at der påhvilede banken en pligt til at gøre kunden opmærksom på en mulig interessekonflikt i forhold til produkterne, som der blev investeret i. Hermed har Højesteret tilkendegivet, at manglende oplysning om en mulig interessekonflikt, kan tillægges betydning ved den erstatningsretlige bedømmelse. Med henvisningen til princippet i den dagældende god skik bekendtgørelse²⁹ § 19, stk. 2, jf. § 9, stk. 1, må det tillige antages, at Højesteret er af den opfattelse, afhængig af de nærmere omstændigheder, at tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter vil kunne tillægges betydning i erstatningsretlig sammenhæng.

29 Jf. bekendtgørelse nr. 1261 af 8. december 2006.

2.1.3. Udvalgets overvejelser

Det er udvalgets opfattelse, at passussen i vejledningen til god skik bekendtgørelsen om forholdet mellem god skik bekendtgørelsen på den ene side og civilretten på den anden side ikke er udtryk for en dækkende beskrivelse af retstilstanden. Udvalget har i den forbindelse lagt vægt på, at det fremgår af ankenævns- og domspraksis, at overtrædelser af offentlig-retlige regler tillægges stigende betydning ved vurderingen af, om en finansiel virksomhed ifalder erstatningsansvar.

Det er derfor udvalgets opfattelse, at den nævnte passus i vejledningen til god skik bekendtgørelsen bør udgå, fordi den vil kunne give anledning til misforståelser i forhold til samspillet mellem offentligret og civilret.

Udvalget har endvidere overvejet, om der bør indsættes en udtrykkelig bestemmelse i lovgivningen, der fastslår, at overtrædelser af god skik bekendtgørelsen og investorbeskyttelsesbekendtgørelsen som udgangspunkt har betydning for vurderingen af, om der er grundlag for et eventuelt erstatningsansvar.

Markedsføringslovens § 20, stk. 2

Udvalget bemærker i den forbindelse, at det fremgår af markedsføringslovens § 20, stk. 2, som blev indført i loven i 1994 som § 13, stk. 2, at

”Handlinger i strid med loven pådrager erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler.”

Det fremgår af forarbejderne til denne bestemmelse, at bestemmelsen både finder anvendelse, hvor en erhvervsdrivende har lidt tab som følge af en overtrædelse af markedsføringsloven, ligesom den beskytter forbrugere, der har lidt et tab. Markedsføringsloven har både til formål at beskytte forbrugere og erhvervsdrivende. For sidstnævntes vedkommende sikrer loven erhvervsdrivende mod illoyal adfærd fra konkurrenter.

Bestemmelsens bemærkninger, der er ganske kortfattede, nævner som eneste eksempel på en situation, hvor en forbruger vil kunne påberåbe sig bestemmelsen:

”erstatning af transportudgiften ved at rette forgæves henvendelse [til en erhvervsdrivende] i tillid til rigtigheden af en annonce, hvis indhold ved fremmøde viser sig at have været vildledende....”

Udvalget bemærker, at en række af markedsføringslovens bestemmelser ikke finder anvendelse på finansielle virksomheder. Dette gælder f.eks. markedsføringslovens § 1 om god markedsføringsskik. Derimod finder lovens § 3 om forbud mod vildledende og utilbørlig markedsføring anvendelse på finansielle virksomheder. Dette gælder også markedsføringslovens § 20, stk. 2.

Udvalget noterer sig derfor, at det allerede i dag fremgår af markedsføringsloven, der som nævnt i et vist omfang gælder for finansielle virksomheder, at overtrædelser af denne lov vil kunne have erstatningsretlige konsekvenser. Bestemmelsen angiver ikke udtrykkeligt, hvilke betingelser der skal være opfyldt, men henviser til dansk rets almindelige betingelser for erstatningsansvar.

Bør der indføres en regel svarende til markedsføringslovens § 20, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed?

Det er udvalgets opfattelse, at der bør 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.

Udvalget har overvejet, om det forhold, at det allerede følger af gældende ret, at overtrædelser af offentligretlige regler kan tillægges betydning ved vurderingen af, om en finansiel virksomhed ifalder erstatningsansvar, medfører, at en bestemmelse svarende til markedsføringslovens § 20, stk. 2, er overflødig.

Udvalget bemærker i den forbindelse, at det synes at have været udgangspunktet på dette område, at offentligretlige regler ikke har haft betydning for den erstatningsretlige ansvars-vurdering. Pengeinstitutankenævnet har også først inden for de seneste år inddraget overtrædelser af offentligretlige regler ved culpavurderingen. Endvidere har Højesteret i 2013 haft lejlighed til at udtale sig om spørgsmålet om manglende overholdelse af offentligretlige forskrifter i forhold til bedømmelse af et muligt erstatningsansvar. En lovregel svarende til markedsføringslovens § 20, stk. 2, vil være en videreførelse af denne, nyere praksis. En lovregel vil skabe en klar retstilstand og indebære en processuel lettelse for sagsøgere, når de mødes med en påstand om, at offentligretlige regler ikke kan påberåbes i forbindelse med erstatningsretlige sager. Reglen vil hermed øge den reelle forbrugerbeskyttelse.

Det er udvalgets opfattelse, at en bestemmelse svarende til markedsføringsloven ikke kan udstedes med hjemmel i lov om finansiel virksomhed § 43, stk. 2, da denne bestemmelse giver erhvervs- og vækstministeren adgang til at fastsætte nærmere regler om redelig forretningssskik og god praksis for finansielle virksomheder. Udvalget finder derfor, at en sådan bestemmelse bør indføres som en selvstændig bestemmelse i lov om finansiel virksomhed.

Udvalget foreslår på denne baggrund, at der indsættes en bestemmelse svarende til markedsføringslovens § 20, stk. 2, i selve loven, og at bestemmelsen affattes 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.

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.

Den foreslåede § 43 a vil have betydning for vurderingen af, om det fornødne ansvarsgrundlag er til stede. Dette vil kunne være tilfældet i de situationer, hvor reglerne, som er opregnet nedenfor, er overtrådt. Bestemmelsen berører derimod ikke de øvrige erstatningsretlige

betingelser, herunder kravet om årsagssammenhæng, adækvans og betingelsen om, at der skal være lidt et tab, som skal være opfyldt, før virksomheden ifalder erstatningsansvar.

Den tilsidesatte regel må endvidere have private interesser som beskyttelsesformål. Som et eksempel kan nævnes god skik bekendtgørelsens § 6, stk. 1, 1. pkt., hvorefter en finansiel virksomhed skal indgå eller bekræfte alle væsentlige aftaler med sine kunder i papirformat eller på andet varigt medium. En aftale skal indeholde en beskrivelse af parternes væsentlige rettigheder og pligter samt af de finansielle ydelser, der er omfattet af aftalen. Er der i forbindelse med aftalens indgåelse ydet individuel rådgivning, skal væsentlige forudsætninger for rådgivningen nedfældes i aftalen eller fremgå af bilag til aftalen i enten papirformat eller på andet varigt medium. Som et andet eksempel kan nævnes reglen i god skik bekendtgørelsens § 7, stk. 2 og stk. 3, om finansielle virksomheders rådgivningsforpligtelse samt bestemmelsen om kending-kunde i § 8. Endelig fremgår det af god skik bekendtgørelsens § 15, at der skal udleveres et standardskema, der dokumenterer indholdet af rådgivningen i forbindelse med indgåelse af en aftale om lån med sikkerhed i fast ejendom. Ovenstående er eksempler på regler med private interesser som beskyttelsesformål, og skal således ikke ses som en udtømmende liste.

Fra praksis kan nævnes eksempler på, at regler fra god skik bekendtgørelsen indgår i vurderingen af, om betingelserne for erstatningsansvar er opfyldt:

Fra Realkreditankenævnets praksis kan nævnes RAN 21101002 og RAN 21101018, hvor bestemmelserne i henholdsvis god skik bekendtgørelsens § 6, stk. 1 og § 15 havde betydning for ankenævnets afgørelser.

Se også PAN 48/2013 - hvor det indgik i afgørelsen af, om kravet om årsagsforbindelse var opfyldt, at der forelå en overtrædelse af § 46 i lov om finansiel virksomhed – vedrørende spørgsmålet om reglens beskyttelsesbehov.

Investorbeskyttelsesbekendtgørelsen indeholder tilsvarende en række regler, der har private interesser som beskyttelsesformål. Som eksempler kan nævnes reglerne om gennemførelse af en egnethedstest, jf. bekendtgørelsens § 16, i forbindelse med, at en værdipapirhandler udøver investeringsrådgivning eller porteføljepleje. Efter § 17 gælder en forpligtelse til at gennemføre en hensigtsmæssighedstest, når en værdipapirhandler udfører eller formidler en ordre, og efter § 19 kan der i særlige tilfælde udføres en ordre uden, at der gennemføres en egnetheds- eller hensigtsmæssighedstest. Der kan på dette sted endvidere henvises til fx §§ 6, 10, 12 og 18 i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen.

Praksis viser også her, at reglerne i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen indgår i vurderingen af, om betingelserne for erstatningsansvar er opfyldt:

PAN nr. 571/2008, hvor ankenævnet fandt, at nogle handler med ScandiNotes og Kalvebod obligationer ikke opfyldte betingelserne i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen § 19, hvorfor handlerne ikke kunne gennemføres efter reglerne om execution only. I forbindelse med kundens køb af obligationerne i juni 2008 burde banken derfor have udført en hensigtsmæssighedstest, jf. bekendtgørelsen § 17, med henblik på at fastslå, om kunden havde den nødvendige erfaring og viden til at forstå den særlige risiko, som var forbundet med disse obligationer, og i benægtende fald have gjort kunden udtrykkeligt opmærksom herpå. Under disse omstændigheder fandt ankenævnet, at det måtte påhvile banken at godtgøre, at den manglende rådgivning havde været uden betydning for kundens dispositioner.

I PAN 20/2013, der vedrørte et valutilån og terminsforretninger fandt ankenævnets flertal, at det påhvilede pengeinstituttet at godtgøre, at rådgivning af klageren vedrørende valutilånet og terminsforretningen havde været fyldestgørende. Da pengeinstituttet ikke kunne dokumentere dette, var det erstatningsansvarlig overfor klager. Som led i sin argumentation henviste ankenævnet til investorbekendtgørelsesbekendtgørelsens § 6 og § 16.

Det vil bero på en konkret vurdering hos domstolene eller ved de finansielle ankenævn, om en overtrædelse af reglerne i god skik bekendtgørelsen eller investorbekendtgørelsen medfører erstatningsansvar. Det vil fx næppe i sig selv kunne medføre erstatningsansvar, hvis der ikke er givet oplysninger om en værdipapirhandlers navn jf. investorbekendtgørelsesbekendtgørelsens § 11, stk. 1, nr. 1, blandt andet fordi denne regel må betragtes som en ren ordensforskrift, ligesom kravet om årsagssammenhæng ikke vil være opfyldt. Derimod vil en manglende egnethedstest jf. den samme bekendtgørelses § 16 som anført ovenfor kunne tillægges betydelig vægt ved vurderingen af om, en finansiell virksomhed ifalder erstatningsansvar.

§ 43, stk. 2, er i dag kun hjemmel for den gældende bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder og investorbekendtgørelsen, og derfor er kun overtrædelser af disse bekendtgørelser omfattet af den foreslåede bestemmelse.

Udvalget har overvejet, om bestemmelsen burde udvides til også at omfatte mulige aftaleretlige konsekvenser af tilsidesættelse af offentligretlige regler.

Udvalget finder imidlertid ikke behov for en særregulering af dette spørgsmål. Hertil kommer, at udvalget ikke er bekendt med eksempler på, at sådanne overtrædelser i dansk ret har haft direkte konsekvenser for den aftaleretlige vurdering fx spørgsmålet om ugyldighed. Som nævnt i kapitel 4, afsnit 1.2. er der derimod i norsk ret eksempler på, at mangelfuld rådgivning kan medføre ugyldighed.

Det er udvalgets opfattelse, at ankenævnene og domstolene ligesom i dag bør have mulighed for at anvende aftaleretlige sanktioner ved overtrædelse af god skik bekendtgørelsen og investorbekendtgørelsen, såfremt betingelserne herfor er opfyldt. Det er imidlertid udvalgets opfattelse, at dette mest hensigtsmæssigt reguleres af de eksisterende regler i aftaleloven, og at det ikke som i relation til erstatningsansvaret bør etableres som et generelt, lovbasert udgangspunkt, at de offentligretlige regler er relevante. Hvorvidt en handling i strid med de nævnte bekendtgørelser medfører aftaleretlige konsekvenser bør således afhænge af dansk rets almindelige aftaleretlige regler, herunder aftalelovens § 36 og § 38 c. En lovbestemmelse herom er uforholdsmæssig.

Finanstilsynet fører tilsyn med, at reglerne i de to bekendtgørelser bliver fulgt. Hvor dette ikke er tilfældet, har tilsynet mulighed for at udstede påbud eller udforme påtaler i forbindelse med overtrædelserne. I disse tilfælde vil der foreligge en afgørelse fra en offentlig tilsynsmyndighed, der fastslår, at der foreligger en overtrædelse. En sådan afgørelse vil naturligt kunne støtte vurderingen af, om der ifaldes erstatningsansvar eller statueres aftaleretlig ugyldighed. Udvalget finder, at det er væsentligt at understrege, at ankenævnene og domstolene ikke er forpligtede til at afvente en tilsynsavgørelse for at kunne træffe afgørelse i en sag, hvor der fx er nedlagt påstand om erstatning for rådgivning i strid med de nævnte

bekendtgørelser. Udvalget bemærker endvidere, at den foreslåede bestemmelse ikke medfører yderligere beføjelser for Finanstilsynet.

2.1.4. Udvalgets indstilling

På baggrund af overvejelserne ovenfor indstiller udvalget, at der indføres en bestemmelse i lov om finansiel virksomhed, der fastslår, at overtrædelser af de nævnte offentligretlige regler om finansiel rådgivning som udgangspunkt er relevante for den erstatningsansvarlige vurdering.

Udvalget indstiller, at reglen får følgende indhold:

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

Udvalget indstiller endvidere, at bemærkningerne i vejledningen til god skik bekendtgørelsen om forholdet mellem denne bekendtgørelse og civilretten udgår.

For en gennemgang af udvalgets overvejelser om dette henvises til det foregående afsnit.

2.2. Overvejelser om bevisbyrde ved erstatning for tab i forbindelse med mangelfuld rådgivning

2.2.1. Emnet for udvalgets drøftelser

Udvalget har drøftet, om der er behov for at indføre skærpede bevisbyrderegler ved vurderingen af, om en finansiel virksomhed ifalder erstatningsansvar som følge af mangelfuld eller fejlagtig rådgivning i forbindelse med køb af finansielle produkter.

Som grundlag herfor har udvalget vurderet, om de eksisterende bevisbyrderegler ved tab på finansielle produkter giver et tilstrækkeligt værn særligt i situationer, hvor rådgivningsreglerne ikke er fulgt.

2.2.2. Gældende ret

Det erstatningsretlige udgangspunkt er, at det er skadelidte, dvs. kunden, der har bevisbyrden for, at skadevolder, her den finansielle virksomhed, har handlet culpøst, at der er lidt et tab, samt at der er årsagssammenhæng mellem den culpøse adfærd og det af kunden lidt tab.

Ligefrem bevisbyrde er da også det helt klare udgangspunkt for ankenævnene og domstolene i sager om erstatningsansvar i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter.

På trods af det klare udgangspunkt med ligefrem bevisbyrde synes der dog at være en tendens til, at især Pengeinstitutankenævnet i de senere år i stigende grad har anvendt omvendt bevisbyrde i visse sagstyper. Dette understøttes af retspraksis, hvor Østre Landsrets dom af 12. oktober 2011 vedrørende Jyske Invest Hedge Markedsneutral – Obligationer, er udtryk for, at Jyske Bank ikke var i stand til at bevise, at den nødvendige individuelle rådgivning havde fundet sted, og derfor tabte sagen.

Til brug for udvalgets afdækning af gældende ret har formand for Pengeinstitutankenævnet, højesteretsdommer Vibeke Rønne, over for udvalget oplyst, at ankenævnet som udgangspunkt anvender ligefrem bevisbyrde, men afhængig af sagens karakter og de foreliggende

oplysninger anvendes dels en lempet bevisbyrde, dels omvendt bevisbyrde. De gældende regler begrænser ikke nævnets mulighed for at anvende forskellige bevisbyrderegler afhængig af de foreliggende omstændigheder.

Udvalgets udreder professor Nis Jul Clausen har afdækket, at de tilfælde, hvor bevisbyrden er blevet vendt ved ankenævnet kan inddeles i 5 situationer:

- Særlige rådgivningssituationer. Der er tale om tilfælde, hvor omstændighederne tilsiger, at der er et særligt behov for at rådgive kunden om et finansielt produkt. Som eksempel kan næves tilfælde, hvor en kunde investerer i komplekse produkter, uanset at den pågældende ikke har relevant investeringserfaring eller tilfælde, hvor en mindreårig ønsker at investere frie midler.
- Overtrædelse af offentligtretlige forskrifter. Den foreliggende ankenævnspraksis viser eksempler på, at manglende overholdelse af sådanne forskrifter har ført til, at den finansielle virksomhed er blevet pålagt at bevise, at der trods den manglende overholdelse af en offentligtretlig forskrift er ydet tilstrækkelig rådgivning. Der synes dog ikke at være et klart mønster i disse sager.
- Finanstilsynets påtaler mv. har ført til, at pengeinstituttet er blevet pålagt bevisbyrden, således at der pålægges ansvar, medmindre pengeinstituttet i det konkrete tilfælde har kunnet bevise, at det i forhold til den pågældende kunde har ydet tilstrækkelig rådgivning. Den bevismæssige betydning af Finanstilsynets påtaler i en given rådgivningssituation kan illustreres med udgangspunkt i Pengeinstitutankenævnets praksis vedrørende Jyske Banks rådgivning og salg af produktet Jyske Invest Hedge Markedsneutral. Se nærmere herom ovenfor i kapitel 3 afsnit 3.2.3.
- Såfremt Pengeinstitutankenævnet har vurderet, at det skriftlige materiale, der ligger til grund for rådgivningen ikke har været tilstrækkelig, har nævnet pålagt den finansielle virksomhed at bevise, at der var ydet den fornødne rådgivning. Som eksempel kan nævnes sagerne om Aktiv Bolig Invest i Roskilde Bank.
- Såfremt der er tale om et særligt risikofyldt produkt, eller at de foretagne investeringer har været i strid med kundens risikoprofil kan dette begrunde, at bevisbyrden vendes, så det påhviler pengeinstituttet at bevise, at man i den enkelte sag har rådgivet kunden om de særlige risici og eventuelt fået kundens udtrykkelige accept af de foretagne investeringer

2.2.3. Generelle overvejelser om fordele og ulemper ved omvendt bevisbyrde

Udvalget har opstillet en række generelle 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.

Reglerne om bevisbyrde kan have betydning for, i hvilket omfang den materielle ret virkeliggøres. Bevisbyrderegler bør derfor også medvirke til at få gengivet hændelsesforløb i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter så præcist som muligt. Dokumentationen af det faktiske hændelsesforløb er ofte afgørende for, hvem der "vinder" en sag, når der er nedlagt påstand om erstatning som følge af mangelfuld rådgivning. Reglerne om bevisbyrde skal være med til at sikre, at den, der har krav på erstatning, fordi der er ydet mangelfuld rådgivning, får erstatning. Omvendt skal reglerne om bevisbyrde også medvirke til at sikre, at den, der kræver erstatning, men ikke har krav på det, fordi der er ydet en korrekt rådgivning, ikke får erstatning.

Når der ikke er klarhed over et hændelsesforløb, kan det indgå i overvejelserne, hvem der

skal bære risikoen for, at der ikke er ført tilstrækkeligt bevis for, at der foreligger en erstatningspådragende adfærd. Ved disse overvejelser kan der lægges vægt på, hvem der er nærmest til at dokumentere, hvad der er sket.

Bevisbyrderegler bør bidrage til at mindske risikoen for misbrug. Hvis man vender bevisbyrden, så den finansielle virksomhed skal bære bevisbyrden for, at den ikke har udvist en culpøs adfærd, bør det overvejes, om det vil være rimeligt i alle tilfælde at pålægge virksomheden bevisbyrden, eller om bevisbyrde kun bør vendes i særlige tilfælde. Det vil kunne være stødende for retsfølelsen, hvis en forbruger fx opnår erstatning, fordi den finansielle virksomhed ikke har sikret sig bevis for at have ydet rådgivning, selvom der har været ydet korrekt rådgivning

Det bør endvidere indgå i overvejelserne om bevisbyrdereglernes indretning, at hvis en finansiell virksomhed pålægges bevisbyrden, er der en risiko for, at denne vil tilrettelægge sin adfærd ud fra dokumentationskravet, og ikke ud fra et hensyn til, hvad der materielt set giver den bedste rådgivning. Hertil kommer, at der er risiko for, at forbrugeren systematisk vil blive anmodet om at underskrive dokumentation for den ydede rådgivning, hvilket de facto vil kunne resultere i, at forbrugeren reelt fraskriver sig muligheden for at gøre et ansvar gældende.

En lovregel om *generel* anvendelse af omvendt bevisbyrde vil kunne medføre, at et større antal sager, som er afgjort ved ankenævnene, vil blive indbragt for domstolene, hvor der er mulighed for en mere omfangsrig bevisførelse, herunder i form af parts- og vidneforklaringer. Som eksempel kan nævnes, at der ved brug af vidner vil kunne føres bevis for, at der er gennemført en tilstrækkelig rådgivning uanset, at der i det konkrete tilfælde ikke foreligger skriftlig dokumentation herfor. Dette vil kunne medføre, at flere af nævnets afgørelser vil blive ændret ved domstolene på grund af bevisførelsen.

Det kan endvidere overvejes at indføre en lovregulering af omvendt bevisbyrde i *særlige tilfælde*. En sådan regel vil klargøre i hvilke særlige tilfælde, der gælder omvendt bevisbyrde. Der er imidlertid en risiko for, at en sådan regel vil kunne opfattes som udtømmende, så der udenfor denne regels anvendelsesområde altid anvendes ligefrem bevisbyrde. Endvidere vil en lovregulering, der indfører omvendt bevisbyrde i særlige situationer, kunne have den u hensigtsmæssige effekt, at den finansielle virksomhed har særligt fokus på at dokumentere rådgivning i disse situationer, uanset at dette ikke nødvendigvis vil give den materielle bedste rådgivning.

Indgreb i den fri bevisbyrde, som i dag er udgangspunktet, vurderes at ville fratage domstolene og ankenævnene muligheden for på en fleksibel og dynamisk måde at vurdere de sager, som de får forelagt, så der træffes en materiel rigtig afgørelse.

2.2.4. Udvalgets overvejelser

Betydningen af bevisbyrde i finansielle sager

Det er udvalgets opfattelse, at spørgsmålet, om hvem der bærer bevisbyrden i de sager, som er undersøgt, har vist sig at have stor betydning for den enkelte sags udfald. Et betydeligt antal sager om rådgivning ved ankenævnene er afgjort til den finansielle virksomheds fordel med den begrundelse, at klageren ikke har godtgjort, at virksomheden har begået fejl eller forsømmelser, der har kunnet medføre et erstatningsansvar. I de sager, hvor ankenævnene – primært i de senere år – har anvendt omvendt bevisbyrde, er resultatet derimod

næsten altid faldet ud til kundens fordel, idet den finansielle virksomhed ikke har været i stand til at løfte bevisbyrden, det vil sige, bevise at der i den konkrete sag er ydet tilstrækkelig rådgivning. Det er derfor udvalgets opfattelse, at spørgsmålet om, hvem der har bevisbyrden har stor betydning for forbrugernes retsstilling og dermed forbrugerbeskyttelsen.

Finansielle virksomheders forpligtelse til at dokumentere rådgivning

Udvalget finder, at de finansielle virksomheder er underlagt en omfattende og detaljeret rådgivningsforpligtelse, både når der ydes rådgivning omfattet af reglerne om god skik for finansielle virksomheder og investorbekendtgørelsen.

Det følger af bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder, § 6, stk. 1, 3. pkt., at "er der i forbindelse med aftalens indgåelse ydet individuel rådgivning, skal væsentlige forudsætninger for rådgivningen nedfældes i aftalen eller fremgå af bilag til aftalen i enten papirformat eller på andet varigt medium."

Det fremgår endvidere af § 4, stk. 1, i bekendtgørelse om de organisatoriske krav til og betingelser for drift af virksomhed som værdipapirhandler, at "værdipapirhandleren skal have metoder og procedurer, der er egnede til at opdage og minimere enhver risiko for, at værdipapirhandleren ikke opfylder sine forpligtelser som værdipapirhandler i henhold til lov om finansiell virksomhed, lov om værdipapirhandel m.v.(...)" Ligeledes fremgår det af § 15 i bekendtgørelse om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl., at virksomheden bl.a. skal have forretningsgange og arbejdsbeskrivelser, der beskriver i hvilket omfang udførte opgaver skal dokumenteres og i hvilken form dokumentationen skal ske. Det fremgår endvidere af § 22, stk. 1, at "virksomheden skal have metoder og procedurer, der er egnede til at opdage og mindske risikoen for, at virksomheden bliver pålagt sanktioner, lider tab af omdømme, eller at virksomheden eller virksomhedens kunder lider væsentlige økonomiske tab som følge af manglende overholdelse af den for virksomheden gældende lovgivning, markedsstandarder eller interne regelsæt (compliance risici)".³⁰ Disse bestemmelser indebærer bl.a., at virksomheden skal kunne dokumentere, at de gældende regler følges – herunder at der foretages egnetheds- og hensigtsmæssighedstest i overensstemmelse med investorbekendtgørelsen.

Det er udvalgets opfattelse, at de finansielle virksomheder i overensstemmelse med gældende ret er nærmest til at dokumentere den rådgivning, som de har ydet.

Sammenhængen mellem offentligret og erstatningsret

Udvalget noterer sig, at den finansielle sektor er underlagt et professionsansvar, og at reglerne om god skik og investorbekendtgørelsen ifølge praksis indgår ved fastlæggelse af dette professionsansvars indhold. Udvalget bemærker endvidere, at udvalget med sit forslag i afsnit 2.1. tydeliggør denne sammenhæng mellem reglerne om god skik og investorbekendtgørelsen og fastlæggelsen af professionsansvarets indhold. Overtrædelse af reglerne i disse regelsæt vil i overensstemmelse med praksis kunne have betydning for, hvem der i praksis skal have bevisbyrden.

Bevisbyrde i praksis

Der gælder i dansk ret et princip om fri bevisbedømmelse jf. retsplejelovens § 344, stk. 1.

³⁰ Der findes en tilsvarende bestemmelse i § 20 i bekendtgørelse 1575 af 15. december 2010 om ledelse og styring af forsikringsselskaber og tværgående pensionskasser

Det medfører, at domstolene har mulighed for at foretage en konkret bedømmelse af, hvordan bevisbyrden bør placeres og hvilke beviskrav, der bør stilles.

Hertil kommer, at det følger af retsplejelovens § 298, at domstolene efter begæring af en part kan pålægge modparten at fremlægge dokumenter, der er undergivet hans rådighed, og som parten vil påberåbe sig under sagen, medmindre der derved vil fremkomme oplysning om forhold, som han ville være udelukket fra eller fritaget for at afgive forklaring om som vidne, jf. §§ 169-172 i retsplejeloven.

Såfremt modparten ikke efterkommer pålægget, vil dette kunne få processuel skadevirkning til fordel for den part, der har begæret dokumentet fremlagt.

Selvom regler om editionspligt ikke regulerer spørgsmålet om bevisbyrde, medfører reglerne dog, at en sagsøger i en erstatningssag har mulighed for at begære dokumenter fremlagt, som kan have betydning for sagens afgørelse. Såfremt dokumenterne ikke fremlægges, vil det kunne tillægges processuel skadevirkning til fordel for sagsøgeren.

Udvalget noterer sig, at der i praksis som et udgangspunkt anvendes ligefrem bevisbyrde ved afgørelsen af sager om erstatningsvar ved rådgivning om finansielle produkter.

Udvalget noterer sig endvidere, at bevisbyrden i både domstolspraksis og praksis hos de finansielle ankenævn, særligt Pengeinstitutankenævnet, er blevet vendt i en række tilfælde.³¹ Det er udvalgets opfattelse, at denne praksis af hensyn til forbrugerbeskyttelsen, er afgørende, fordi den sikrer, at forbrugerne får et tilstrækkeligt erstatningsretligt værn i de situationer, hvor rådgivningsreglerne ikke er fulgt. Som eksempel kan udvalget nævne, at bevisbyrden er blevet vendt i sager om investeringer i komplekse produkter, uanset at forbrugeren ikke har relevant investeringserfaring, eller sager, hvor investeringerne er sket i modstrid med kundens risikoprofil.

Det er endvidere udvalgets opfattelse, at en praksisudvikling af omvendt bevisbyrde udgør en fleksibel og dynamisk måde at sikre forbrugerne adgang til erstatning, fordi dette giver ankenævn og domstole mulighed for efter en konkret vurdering af forholdene i de forelagte sager at træffe afgørelse om, hvem der bør bære bevisbyrden.

Under henvisning til at behovet for anvendelse af omvendt bevisbyrde bør være et fleksibelt og dynamisk instrument, finder udvalget ikke, at anvendelsen af omvendt bevisbyrde bør begrænses til de tilfælde, der aktuelt fremgår af anke- og domstolspraksis.

Det er udvalgets opfattelse, at den nuværende praksis med en fri bevisbyrdevurdering, der medfører anvendelse af omvendt bevisbyrde i særlige tilfælde, er hensigtsmæssig og afgørende. Udvalget har stor tiltro til, at ankenævnene og domstolene også i deres fremtidige retsudøvelse vil være indstillede på at vende bevisbyrden i sager, hvor der i fremtiden måtte opstå et behov herfor. Herved sikres det, at bevisbyrden bliver vendt om i de tilfælde, hvor der er behov for at vende bevisbyrden.

Ved ankenævnene sker der en skriftlig behandling af sagerne, og det er derfor ikke altid muligt

³¹ Se nærmere i kapitel 4 for statistiske oplysninger om antallet af sager ved pengeinstitutankenævnet og antallet af sager med omvendt bevisbyrde.

at foretage en fuldstændig oplysning af de faktiske hændelsesforløb. Udvalget finder, at en klar og generel lovregel om anvendelse af omvendt bevisbyrde vil kunne medføre, at et større antal sager vil blive indbragt for domstolene, hvor der er mulighed for en mere omfangsrig bevisførelse, herunder i form af parts- og vidneforklaringer. Som eksempel kan nævnes, at der ved brug af vidner vil kunne føres bevis for, at der er gennemført tilstrækkelig rådgivning uanset, at der i det konkrete tilfælde ikke foreligger skriftlig dokumentation herfor. Dette vil kunne medføre, at flere af nævnets afgørelser vil blive ændret ved domstolene på grund af bevisførelsen. En generel lovregel om omvendt bevisbyrde vil derfor kunne være procesforlængende og medføre, at domstolene i højere grad når til et andet resultat end ankenævnene.

Det kan efter udvalgets vurdering ikke afvises, at den nugældende praksis, hvor der i visse tilfælde anvendes omvendt bevisbyrde, også vil kunne være procesforlængende. Såfremt dette skulle være tilfældet, vil det dog være acceptabelt i lyset af disse sagers særlige karakter.

Udvalget har overvejet, om der bør indføres en lovregulering af omvendt bevisbyrde i særlige tilfælde. Det er udvalgets opfattelse, at en sådan regel vil kunne opfattes som udtømmende, så der udenfor denne regels anvendelsesområde altid anvendes ligefrem bevisbyrde. Da udvalget som nævnt ovenfor finder, at en praksisudvikling af omvendt bevisbyrde udgør en fleksibel og dynamisk måde at sikre forbrugerne adgang til erstatning, er det udvalgets opfattelse, at der ikke bør indføres en lovregulering af omvendt bevisbyrde i særlige tilfælde.

Konklusion

Det er på den baggrund 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, ligesom udvalget ikke finder, at der bør indføres en lovregulering af omvendt bevisbyrde i særlige tilfælde. Udvalget lægger i den forbindelse afgørende vægt på, at den nuværende praksis fastholdes og vil kunne skærpes, hvis sagerne fremover måtte vise et behov for at øge anvendelsen af omvendt bevisbyrde.

2.2.5. Udvalgets indstilling

Udvalget har noteret sig, at spørgsmålet om bevisbyrde har betydning for forbrugerbeskyttelsen, og at de finansielle virksomheder i overensstemmelse med gældende ret er nærmest til at dokumentere den rådgivning, som de har ydet.

Udvalget noterer sig, at bevisbyrden i både domstolspraksis og praksis hos de finansielle ankenævn, særligt Pengeinstitutankenævnet, er blevet vendt i en række tilfælde. Det er udvalgets opfattelse, at denne praksis er afgørende for forbrugerbeskyttelsen, fordi den sikrer, at forbrugerne får et tilstrækkeligt erstatningsretligt værn i de situationer, hvor rådgivningsreglerne ikke er fulgt.

På den baggrund indstiller udvalget, at der ikke indføres en generel lovregulering af spørgsmålet om bevisbyrde, ligesom der ikke bør indføres en regel om omvendt bevisbyrde i særlige situationer.

3. Øvrige spørgsmål, som udvalget har overvejet

I dette afsnit gives en oversigt over en række spørgsmål, som udvalget har overvejet, men

som udvalget har valgt ikke at komme med anbefalinger om. Udvalget har i lyset af tidsrammen for udvalgets arbejde måtte prioritere behandlingen af emner. Udvalget har endvidere valgt ikke at drøfte emner, hvor der pågår arbejde i andre fora, fx har Finanstilsynet gennemført en undersøgelse af pengeinstitutternes investeringsrådgivningssystemer, der anvendes til afdækning af kundernes risikoprofil.

3.1. Produktudvikling og product governance

Det er et led i Finanstilsynets strategi 2015, at der skal etableres et forebyggende forbruger- og investorbekyttelsestilsyn. Dette skal ske ved, at Finanstilsynets forbrugertilsyn skal kunne identificere produkter og produktkategorier, der ikke er hensigtsmæssige for forbrugerne. Tilsynet skal således kunne gribe tidligt ind over for finansielle produkter med problematiske karakteristika og unødigt høje omkostninger.

Etableringen af et forebyggende produkttilsyn er ikke et isoleret dansk initiativ. Forbyggende produkttilsyn står også meget centralt på den europæiske dagsorden.

Det forventes, at det reviderede MiFID-direktiv vil indeholde krav til udviklingen af investeringsprodukter. Disse krav vil medføre, at investeringsselskaber, der udvikler værdipapirer og strukturerede indlån med henblik på salg til detailinvestorer og professionelle investorer, skal designe produkterne efter investeringsbehovene for en på forhånd identificeret målgruppe af investorer. Derudover skal investeringsselskabet, i sin egenskab af produktudvikler, sørge for, at det har passende foranstaltninger til at sikre, at investeringsproduktet markedsføres og distribueres til kunder inden for målgruppen, samt at salgsmål, provisioner eller aflønningsforhold ikke skaber incitamenter til, at produktet sælges til andre end målgruppen.

Når MiFID-direktivet er vedtaget, vil disse krav blive specificeret yderligere i et Kommissionsdirektiv (level 2).

Parallelt med de forventede regler i MiFID arbejder ESMA's, EBA's og EIOPA's Joint Committee på at udvikle nogle højniveauprincipper for produktudvikling og produktstyring, som alle udviklere af finansielle produkter – hvad enten det er investeringsprodukter, bankprodukter eller forsikringsprodukter – skal efterleve i produktudviklings- og produktstyringsfasen.

Disse principper omfatter fx, at

- a) Produktudviklere bør identificere og vurdere målgruppen for hvert produkt, de udvikler. I lyset heraf bør produktudviklerne overveje, hvilke kundebehov produktet opfylder. Produktudviklerne bør endvidere identificere alle de målgrupper, som produktet ikke egner sig til.
- b) Produktudviklerne bør vurdere risici ved produktet, samt om disse risici er hensigtsmæssige for målgruppen.
- c) Produktudviklerne bør udføre test og simuleringer for at vurdere, hvordan produktet og dets del-elementer fungerer i forskellige scenarier for at bevise, at dette ikke strider imod ovennævnte målsætninger.
- d) Produktudviklerne skal kunne godtgøre, at omkostningerne er rimelige og hensigtsmæssige.

sige for målgruppen og dennes behov (herunder at omkostningsstrukturene hverken bør være for komplicerede at forstå eller indeholde skjulte omkostninger).

- e) Produktudviklerne bør overveje, hvilke distributionskanaler, der er hensigtsmæssige for produktet under hensyntagen til produktets risici og målgruppens behov.
- f) Produktudviklere bør sørge for, at relevante oplysninger tilgår distributørerne, for at distributørerne derigennem kan opnå forståelse af produktet og den målgruppe, som produktudvikleren har identificeret.
- g) Produktudviklerne bør overvåge, og hvor det er relevant, løbende undersøge, hvorvidt de produkter, som er på markedet, fortsat matcher målgruppens kendetegn, formål og behov.
- h) I tilfælde, hvor der identificeres forhold, som kan have indvirkning på, hvordan produktet fungerer og/eller som kan have følgevirkninger for forbrugerne, bør produktudviklerne overveje konsekvenserne for forbrugerne og på den baggrund foretage hensigtsmæssige foranstaltninger.

Finanstilsynets arbejde med at etablere et forebyggende produkttilsyn vil inddrage de kommende MiFID-regler og de nævnte højniveauprincipper fra Joint Committee.

Udvalget har noteret sig, at der således allerede er iværksat et arbejde af Finanstilsynet med henblik på at etablere et forebyggende produkttilsyn. Udvalget finder på den baggrund ikke anledning til at forfølge dette emne yderligere i sit arbejde.

3.2. Indberetning af klager til Finanstilsynet

I juni 2012 offentliggjorde EIOPA guidelines for forsikringsselskabers klagebehandling.³² I november indledte ESMA og EBA en høring over tilsvarende guidelines for finansielle virksomheders klagebehandling.³³ Det forventes, at disse guidelines bliver vedtaget i første kvartal af 2014. Begge sæt guidelines er identiske.

Disse guidelines indeholder 7 henstillinger:

1. Virksomheden skal have en klagebehandlingspolitik, der skal være godkendt af virksomhedens øverste ledelse
2. Virksomheden skal have en klagebehandlingsfunktion, så klager kan undersøges fyldestgørende.
3. Virksomhederne skal registrere alle modtagne klager internt.
4. Virksomhederne skal indberette oplysninger om klager og klagebehandling til kompetente nationale myndigheder.
5. Virksomhederne skal løbende analysere oplysninger vedrørende klagebehandlingen for at sikre, at virksomheden identificerer og håndterer eventuelle tilbagevendende eller systemiske problemer og fremtidige retlige eller operationelle risici.

³² Guidelines on Complaints-Handling by Insurance Undertakings. Finanstilsynet har meddelt, at Danmark vil følge disse guidelines. Lovgivningen er i overensstemmelse med disse guidelines, bortset fra, at der vil ske ændringer med henblik på gennemførelsen af guideline 4 om indberetningsforpligtelser.

³³ Draft guidelines for the securities (ESMA) and banking (EBA) sectors.

6. Virksomheden skal orientere klagerne om klagebehandlingsprocessen ved modtagelsen af en klage og give generel information om denne på sin hjemmeside mv.
7. Der fastsættes endvidere en henstilling om den procedure, som en virksomhed skal følge ved behandlingen af en klage, fx krav om klar kommunikation, sagsbehandlingstid og begrundelser.

Det er udvalgets opfattelse, at i lyset af det arbejde, der således allerede pågår i europæisk regi omkring virksomheders klagehåndtering og indberetning af klager til relevante myndigheder, er der fra udvalgets side ikke anledning til at forfølge dette emne yderligere.

3.3. Rådgivningens karakter

God skik bekendtgørelsen indeholder regler om kravene til den rådgivning, som finansielle virksomheder skal yde til deres kunder.

Finansiell rådgivning ydet af en finansiell virksomhed er som udgangspunkt hverken uafhængig eller uden egeninteresse. Dette er blandt andet baggrunden for reglen i god skik bekendtgørelsens § 11 om oplysning om egeninteresse og reglen om præmiering i investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 7.

Det fremgår endvidere af god skik bekendtgørelsens § 10, at en finansiell virksomhed er forpligtet til at give kunden tilstrækkelig information om virksomheds egne produkter og ydelser. Herudover skal virksomheden kun oplyse om øvrige produkttyper på markedet uden, at de herved forpligtes til at oplyse om konkurrerende produkter eller konkrete priser på disse produkter.

Det følger derfor også af denne bestemmelse, at en finansiell virksomhed ikke er forpligtet til at yde en uafhængig rådgivning til sine kunder. En kunde kan derfor ikke forvente at modtage uafhængig rådgivning uanset, at finansielle virksomheders kundevendte medarbejdere ofte betegnes som rådgivere.

Udvalget har noteret sig, at erhvervs- og vækstministeren har tilkendegivet, at der i god skik bekendtgørelsen vil blive indsat en regel om, at en kunde skal oplyses om, at den rådgivning, der modtages i en finansiell virksomhed, kun omfatter produkter, som pengeinstituttet har valgt at tilbyde sine kunder, og at der derved ikke er tale om uafhængig rådgivning. Udvalget har endvidere noteret sig, at lov om finansiell rådgivning, hvis formål er at styrke den uafhængige rådgivning, trådte i kraft den 1. januar 2014. Udvalget finder på den baggrund ikke anledning til at forfølge dette emne, herunder en eventuel ændring af begrebet finansiell rådgivning, jf. god skik bekendtgørelsens § 7, og investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 5.

Endelig har udvalget noteret sig, at der med boligkreditdirektivet indføres betingelser for at anvende begrebet uafhængig rådgivning eller uafhængig rådgiver, såfremt medlemsstaterne ikke forbyder anvendelse af begrebet rådgivning. Spørgsmålet om uafhængighed er også et tema i forhandlingerne om MiFID-direktivet.

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

Det har været foreslået, at udvalget kunne overveje om de eksisterende 5 finansielle ankenævn skulle lægges sammen, om deres afgørelser skulle være bindende, og om mindre erhvervsdrivende bør have klageadgang til disse nævn.

Udvalget bemærker i den forbindelse, at der i dag findes 5 ankenævn på det finansielle område: Pengeinstitutankenævnet, Realkreditankenævnet, Ankenævnet for Forsikring, Ankenævnet for Investeringsforeninger og Ankenævnet for Fondsmæglerselskaber. Udvalget bemærker endvidere, at udvalget ikke har tilstrækkelig dokumentation for omfanget af forskelle, der måtte forekomme i eksisterende praksis, der kan begrunde en sammenlægning af de finansielle ankenævn.

Det følger i dag af lov om forbrugerklager, at hvis forbrugeren får helt eller delvist medhold i en afgørelse ved Forbrugerklagenævnet eller et godkendt, privat klagenævn, skal nævnet sørge for, at afgørelsen bliver forkyndt for den erhvervsdrivende.

Hvis den erhvervsdrivende ikke ønsker at være bundet af afgørelsen, skal den pågældende skriftligt meddele dette til nævnet inden en frist på 30 dage fra forkyndelsen af afgørelsen. Forholder den erhvervsdrivende sig passivt, vil afgørelsen efter udløbet af fristen kunne tvangsfuldbyrdes. Forbrugeren har herefter mulighed for at gå til fogedretten og få inddrevet det beløb, som den erhvervsdrivende skal betale ifølge afgørelsen. Den erhvervsdrivende skal efter loven oplyses om sin retsstilling i forbindelse med forkyndelsen.

Hvis den erhvervsdrivende inden for fristen på 30 dage imidlertid skriftligt meddeler klage eller ankenævnet, at den pågældende ikke ønsker at være bundet af afgørelsen, er det op til forbrugeren at indbringe sagen for domstolene. For at sikre, at en forbruger i dette tilfælde ikke af økonomiske årsager afholder sig fra at føre en retssag mod den erhvervsdrivende, er der indført hjemmel til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan dække forbrugers udgifter i forbindelse med retssagen.

Udvalget bemærker endvidere, at den danske erhvervsstruktur består af en meget stor andel af mindre virksomheder. Det fremgår af en rapport udarbejdet af en arbejdsgruppe under Finanstilsynet i 2010 om beskyttelse af små virksomheder mod tab ved netbankindbrud, at 92 % af danske virksomheder er mikrovirksomheder. En mikrovirksomhed har under 10 ansatte og en balance eller omsætning på højst 2 mio. euro.

Det er udvalgets opfattelse, at spørgsmålene om en sammenlægning af de finansielle ankenævn, om nævnenes afgørelser bør være bindende og spørgsmålet om mindre erhvervsdrivendes klageadgang er så principielle, at disse spørgsmål bør behandles i andet regi, såfremt dette spørgsmål ønskes forfulgt yderligere.

3.5. Konkurrencer blandt ansatte i finansielle virksomheder

Det har været foreslået, at udvalget skulle overveje, om der foreligger en tilstrækkelig regulering af konkurrencer blandt ansatte i finansielle virksomheder som incitament til mersalg.

I rapporten fra Udvalget om finanskrisens årsager anbefales det, at der indføres et forbud mod variabel aflønning, der afhænger af salgsmængden af værdipapirer. Dette skal gælde for personer, der er involveret i rådgivningen/salg af værdipapirer til privatkunder.

Da der allerede er fremsat anbefalinger om forbud mod variabel aflønning for kundevendte medarbejdere har udvalget vurderet, at der ikke anledning til at forfølge dette emne yderligere i sit arbejde.

3.6. Dokumentation for rådgivning af erhvervsdrivende

Det har været foreslået, at udvalget skulle overveje om god skik bekendtgørelsens § 6, stk. 1, 3. pkt. om forpligtelsen til at nedfælde væsentlige forudsætninger for rådgivningen i aftalen eller i bilag til aftalen også skal gælde generelt for erhvervsdrivende.

Det bemærkes i den forbindelse, at reglerne om rådgivning i §§ 7-9 i god skik bekendtgørelsen allerede gælder i forhold til alle erhvervsdrivende jf. § 1, stk. 3. Det betyder bl.a., at en finansiel virksomhed i dag er forpligtet til at yde rådgivning til en erhvervsdrivende, hvis den pågældende anmoder om det. Den finansielle virksomhed er endvidere forpligtet til at rådgive en erhvervsdrivende, hvis omstændighederne tilsiger, at der er behov for dette.

Udvalget er imidlertid opmærksomt på, at gruppen af erhvervsdrivende spænder meget vidt og både omfatter små virksomheder og meget store internationale virksomheder. De aftaler, der indgås med finansielle virksomheder, vil typisk være mere komplicerede, når aftaleparten er en meget stor virksomhed. Det vil derfor kunne være en meget omfattende og ressourcekrævende opgave at sikre dokumentation for den ydede rådgivning i disse tilfælde. Samtidig vurderes det, at store virksomheder ofte selv besidder ekspertviden, eller er bistået af rådgivere, og derfor ikke har et tilsvarende beskyttelsesbehov.

Udvalget finder endvidere, at spørgsmålet om, at foretage en afgrænsning af hvilken gruppe af erhvervsdrivende, der bør have tilsvarende beskyttelse som forbrugere, er et meget principielt spørgsmål, der bør forfølges i et andet regi, såfremt dette spørgsmål ønskes forfulgt yderligere. Dette spørgsmål har således ikke blot betydning for en eventuel klageadgang, men også for anvendelsen af de materielle regler, der i dag kun gælder for forbrugere.

Bilag

Udredning om gældende danske regler og praksis for erstatning ved et realiseret tab

Udarbejdet af professor, lic.jur. Nis Jul Clausen, LL.M.

for Udvalget om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter

Indhold

Resume	3
Generelt om ansvar ved rådgivning om finansielle produkter	3
Ankenævnspraksis	4
Retspraksis	6
1. Baggrund	8
2. Generelt om ansvar ved rådgivning om finansielle produkter	9
2.1. Ansvarsgrundlaget - culpabedømmelsen	9
2.1.1 Rådgiveransvar - i eller uden for kontrakt	10
2.1.2 Culpaansvaret	11
2.1.3 Bestræbelsesansvar	13
2.2 Bevisbyrde	14
3. Ankenævnspraksis	15
3.1 Kompetence og processuelle forhold	15
3.1.1 Private kundeforhold	15
3.1.2 Formueretlige tvister	16
3.1.3 Afvisning	17
3.2 Forhold af betydning for culpabedømmelsen	18
3.2.1 Særlige rådgivningssituationer	18
3.2.2 Betydningen af offentligretlige forskrifter	20
3.2.3 Betydningen af Finanstilsynets påtaler mv.	23
3.2.4 Betydning af skriftligt materiale	24
3.2.5 Kundens forhold – risikoprofil og krav til kunden	25
3.3 Bevisbyrde	27
3.3.1 Særlige rådgivningssituationer	28
3.3.2 Betydningen af offentligretlige forskrifter	29
3.3.3 Betydning af Finanstilsynets påtaler m.v.	30
3.3.4 Betydningen af skriftligt materiale	33
3.3.5 Betydning af risikofyldt produkt og risikoprofilen	34
3.4 Visse aftaleretlige aspekter	35
4 Retspraksis	36
4.1 UfR 2013.182 H	36
4.2 UfR 2012.2749 V	38
4.3 Østre landsrets dom af 12. oktober 2011	40
4.4 Dom afsagt af Retten i Nykøbing Falster afsagt den 2. juli 2013	41

Resume

Ved beslutning af 4. marts 2013 har Udvalget om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter anmodet om en udredning om "gældende danske regler og praksis for erstatning ved realiseret tab. For så vidt angår sager vedrørende erstatning i forbindelse med investeringsrådgivning skal der tages udgangspunkt i reglerne efter ikrafttræden af investorbeskyttelsesbekendtgørelsen den 1. november 2007." Udredningen vedrører i særlig grad spørgsmålet om ansvarsgrundlaget i forbindelse med finansielle virksomheders rådgivningsansvar, det vil sige hvilke forhold, der indgår i culpabedømmelsen, samt spørgsmålet om bevisbyrden i sager af denne type. Udredningen vedrører realiseret tab, hvorfor spørgsmål om tabsopgørelsen ikke behandles særskilt.

Udredningen er primært baseret på nyere retspraksis og nyere praksis fra de finansielle ankenævn. Specielt har Pengeinstitutankenævnet siden 2007 behandlet et betydeligt antal sager om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter.

På baggrund af de foretagne undersøgelser og analyser af den foreliggende ankenævnspraksis og retspraksis kan det være vanskeligt at drage klare og entydige konklusioner om retstilstanden med hensyn til, hvilke elementer der indgår i culpabedømmelsen, og under hvilke omstændigheder der anvendes omvendt bevisbyrde i sager om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter. En række hovedtendenser kan dog udledes og vil fremgå af det følgende.

Udredningen er udover det indledende resume opdelt i fire afsnit:

Afsnit 1. Baggrund, side 8-9.

Afsnit 2. Generelt om ansvar ved rådgivning om finansielle produkter, side 9-14.

Afsnit 3. Ankenævnspraksis, side 15-36.

Afsnit 4. Retsspraksis, side 36-43.

Generelt om ansvar ved rådgivning om finansielle produkter

For at en finansiell virksomhed kan ifalde erstatningsansvar ved rådgivning af kunder, skal de almindelige erstatningsretlige betingelser være opfyldt. Finansielle virksomheder er ved udøvelse af virksomhed i erstatningsretlig henseende underlagt et professionsansvar, hvor det karakteristiske er, at der for ansvarsvurderingen gælder en særlig professionsmålestok. Den grundlæggende ansvarsnorm er, at den finansielle virksomhed skal præstere en god faglig indsats, som honorerer de krav, man med rette kan stille til en finansiell virksomhed som sagkyndig på området. Der er tale om et bestræbelsesansvar og ikke et resultatansvar.

Det professions- og rådgivningsansvar, som påhviler finansielle virksomheder, er et culpabaseret ansvar, som dog ofte betegnes et særligt strengt ansvar, idet ansvaret er baseret på, hvad der normalt må forventes af en god udøver af den pågældende profession, her en finansiell virksomhed. Der er tale om en objektiveret culpavurdering, hvor det også på det finansielle område må antages, at god skik regler i bred forstand - branchestandarder, branchekutymmer, etiske regler samt offentligretlige forskrifter - spiller en rolle ved culpavurderingen.

Det klare udgangspunkt i sager om professions- og rådgivningsansvar ved finansiel rådgivning er, at bevisbyrden med hensyn til culpøs adfærd, lidt tab mv. påhviler skadelidte, her kunden. Den frie bevisbedømmelse betyder dog, at ankenævn og domstole på baggrund af en konkret vurdering af omstændighederne i den enkelte sag kan fravige dette udgangspunkt, enten ved at foretage en særlig lempelig bevisvurdering eller ved helt eller delvist at vende bevisbyrden, således at den finansielle virksomhed for at være ansvarsfri må bevise, at der i forhold til den pågældende kunde er ydet tilstrækkelig rådgivning.

Ankenævnspraksis

Med hensyn til ankenævnspraksis skal det indledningsvis bemærkes, at antallet af sager ved de enkelte ankenævn vedrørende rådgivning om finansielle produkter varierer ganske betydeligt. Der har været markant flere sager ved Pengeinstitutankenævnet end ved de andre ankenævn. Denne forskel kan i nogen grad tilskrives det forhold, at der ved Pengeinstitutankenævnet har været et meget betydeligt antal sager vedrørende bestemte, risikofyldte produkter.

Ved vurderingen af ankenævnspraksis skal det desuden bemærkes, at reglerne om nævnenes *kompetence og processuelle forhold* ikke er uden betydning. En række sager om rådgivning om finansielle produkter er blevet afvist fra behandling ved nævnene med henvisning til, at der ikke var tale om private kundeforhold, men erhvervsforhold, at der ikke var tale om en formueretlig tvist, at sagen var af principiel karakter, samt især at sagens behandling ville kræve en bevisførelse, som ikke kan finde sted ved ankenævnene.

Der synes at være nogen forskel på, i hvilket omfang de enkelte ankenævn afviser sager. Ved Pengeinstitutankenævnet kan det tillige konstateres, at flertallet i videre omfang end mindretallet har afvist sager med henvisning til behovet for bevisførelse. Det skal desuden bemærkes, at når man sammenligner ankenævnspraksis, hvor der ikke finder mundtlig forhandling sted, med de afsagte domme, hvor der i betydeligt omfang er lagt vægt på vidneforklaring ved bevisbedømmelsen, kan det ikke udelukkes, at denne forskel kan have betydning ved culpa- og bevisbedømmelsen ved de to afgørelsesinstanser og hermed for resultatet. Der kan dog ikke udledes noget entydigt om, hvilken betydning forskellen mellem skriftlig og mundtlig behandling har.

Ved *culpabedømmelsen* har ankenævnene fremhævet en række forhold, som har betydning herfor. Der er dog ikke tale om en ganske entydig praksis, hvilket formentligt i nogen grad kan henføres til den omstændighed, at der er tale om forskelligartede sags typer og omstændigheder i de enkelte sager. Der er dog en tendens til, at især følgende forhold tillægges betydning ved culpabedømmelsen:

1. Ved investering i værdipapirer må en vis risikospredning i almindelighed sikres, særligt ved risikofyldte arrangementer, og den finansielle virksomhed har en selvstændig pligt til at vurdere de risici, som er forbundet med et bestemt finansielt produkt. Herudover er der i et vist omfang pligt til at rådgive af egen drift, ligesom der antages at være en særlig, mere vidtgående rådgivningsforpligtelse over for mindreårige.
2. Tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter er i en række ankenævnskendelser tillagt betydning ved culpa- og ansvarsbedømmelsen. Såvel overholdelse som manglende overholdelse af offentligretlige forskrifter er blevet fremhævet, henholdsvis som begrundelse for ikke at statuere ansvar og som begrundelse for at statuere ansvar. I den foreliggende ankenævnspraksis synes der

ikke at være et klart mønster i, under hvilke omstændigheder og i hvilke sags typer offentligretlige forskrifter tillægges betydning. Dog synes der at kunne spores en tendens til, at tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter tillægges stigende betydning, at især specifikke forskrifter, som pålægger den finansielle virksomhed bestemte pligter, tillægges vægt ved culpabedømmelsen, samt om end noget mere usikkert, at gennemførelsen af investorbekyttelsesreglerne med MiFID pr. 1. november 2007 har ført til en øget henvisning til offentligretlige regler.

3. Ved culpabedømmelsen er det tillige tillagt betydning, at Finanstilsynet har påtalt eller på anden måde, eksempelvis i forbindelse med undersøgelser af den pågældende virksomhed har kritiseret, at en finansiell virksomhed ikke har overholdt offentligretlige forskrifter. Sådanne forhold er dog i Pengeinstitutankenævnets praksis især tillagt betydning i forhold til bevisbyrdespørgsmålet.

4. Det forhold, at kravene med hensyn til skriftlighed i eksempelvis god skik bekendtgørelsen er tilsidesat, medfører efter ankenævnspraksis ikke nødvendigvis, at der statueres culpa. I en række ankenævnsager er manglende eller utilstrækkeligt/vildledende skriftligt materiale dog blevet tillagt betydning ved culpabedømmelsen. Modsvarende er det som begrundelse for frifindelse af den finansielle virksomhed blevet fremhævet, at kunden har modtaget fyldestgørende skriftligt materiale om blandt andet risici.

5. Manglende fastlæggelse af kundens risikoprofil eller manglende sammenhæng mellem kundens risikoprofil og den risiko, som er forbundet med de foretagne investeringer, er i flere sager tillagt betydning ved culpabedømmelsen. Herudover er det tillagt betydning, om kunden generelt eller konkret kendte eller burde kende til den risiko, som var forbundet med investering i det pågældende produkt.

Med hensyn til *bevisbyrdespørgsmålet* er ligefrem bevisbyrde det klare udgangspunkt for ankenævnene i sager om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter. På trods af dette udgangspunkt synes der at være en tendens til, at især Pengeinstitutankenævnet i de senere år i stigende grad har anvendt omvendt bevisbyrde. Om end billedet ikke er ganske entydigt, har dette specielt været tilfældet i bestemte sags typer. Hertil kommer, at mindretallet i en række sager har anvendt omvendt bevisbyrde, mens flertallet har afvist sagen med henvisning til behovet for bevisførelse.

I en række tilfælde har ankenævnene med henvisning til nogle af de netop under 1 til 5 nævnte situationer anvendt omvendt bevisbyrde, således at den finansielle virksomhed er blevet pålagt ansvar, med mindre den har kunnet bevise, at der er ydet tilstrækkelig rådgivning. Pengeinstitutankenævnet har i et betydeligt antal sager om Jyske Banks rådgivning og salg af Jyske Invest Hedge Markedsneutral - Obligationer anvendt omvendt bevisbyrde med henvisning Finanstilsynets påtaler af manglende overholdelse af offentligretlige krav.

Det kan på baggrund af de undersøgte sager konstateres, at spørgsmålet om, hvem der bærer bevisbyrden har vist sig at have stor betydning for den enkelte sags udfald. Ved anvendelse af ligefrem bevisbyrde er kunderne typisk ikke tilkendt erstatning, mens det modsatte har været tilfældet i sager med omvendt bevisbyrde. Det kan således konstateres, at anvendelse af omvendt bevisbyrde i de undersøgte sager har været en relativt effektiv måde at skærpe culpaansvaret på.

Endelig skal visse *aftaleretlige aspekter* fremhæves i relation til ankenævnspraksis. I forbindelse med rådgivning om værdipapirer kan der være indgået en skriftlig aftale mellem pengeinstituttet og kunden, hvorefter pengeinstituttet inden for fastlagte rammer har fuldmagt til at udføre transaktioner på vegne af kunden. I denne aftale kan kundens risikoprofil være fastlagt, ligesom det vil fremgå, hvorledes kundens værdipapirportefølje skal sammensættes. Om pengeinstituttet rent faktisk har overholdt det således aftalte, har i flere sager ved Pengeinstitutankenævnet været af betydning for ansvarsvurderingen.

Retspraksis

Undersøgelsen af nyere retspraksis om erstatning som følge af mangelfuld rådgivning om finansielle produkter omfatter Højesterets dom refereret i UfR 2013.182 H, Vestre Landsrets dom i refereret UfR 2012.2749 V, Østre Landsrets dom af 12. oktober 2011 samt en dom af 2. juli 2013 afsagt af Retten i Nykøbing Falster.

UfR 2013.182 H og UfR 2012.2749 V vedrører begge spørgsmålet om investeringer inden for rammerne af formueplejeaftaler om investering i værdipapirer indgået mellem et pengeinstitut og en kunde. Spørgsmålet var, at banken som formueforvalter havde handlet ansvarspådragende ved på kundens vegne at have investeret i visse virksomhedsobligationer.

I UfR 2013.182 fandt Højesteret, at pengeinstituttet havde handlet ansvarspådragende. Selvom investering i "obligationer", som aftalen var begrænset til, måtte antages også at omfatte virksomhedsobligationer, fandtes de foretagne investeringer på 68 pct. af kundens midler i risikofyldte virksomhedsobligationer - ScandiNotes obligationer og Kalvebod obligationer - i ikke uvæsentligt omfang at stride mod den med kunden aftalte risikoprofil. Kundens risikoprofil var i aftalen fastlagt til "lav".

I UfR 2012.2749 frifandtes pengeinstituttet derimod i forbindelse med kundens investering i ScandiNotes obligationer. Dette skete med henvisning til, at de foretagne investeringer, trods de risici som måtte være forbundet hermed, lå inden for de rammer, som fremgik af den indgåede aftale. Desuden indikerede forholdene, at ejeren af det anpartsselskab, på vis vegne investeringerne var foretaget, kendte til eller i hvert fald burde være bekendt med risikoen ved de foretagne investeringer. Bevisbyrden var ligefrem.

Østre Landsrets dom af 12. oktober 2011, som er anket til Højesteret, vedrører Jyske Invest Hedge Markedsneutral - Obligationer. Jyske Bank fandtes at have handlet ansvarspådragende i forhold til kunden - et anpartsselskab. På baggrund af bevisførelsen lagde landsretten til grund, at kunden ikke havde fået den individuelle rådgivning om karakteristika og risici, som efter landsrettens opfattelse måtte kræves ved et produkt som Jyske Hedge, herunder rådgivning om den betydelige gearing og risikoen for, at tab måtte realiseres i tilfælde af en uventet kursudvikling af tilstrækkeligt omfang. Om end det ikke udtrykkeligt fremgår, må dommen forstås således, at Jyske Bank ikke var i stand til at bevise, at den nødvendige individuelle rådgivning havde fundet sted.

Dommen fra Retten i Nykøbing Falster afsagt den 2. juli 2013 drejede sig om, hvorvidt en bank havde pådraget sig ansvar ved rådgivning af en kunde om lånefinansierede investeringer i aktier, valutaterminsforretninger og BankInvest Højrentelande. Retten fandt ikke, at banken i relation til investeringerne i aktier og valutaterminsforretningerne havde handlet ansvarspådragende. Der henvistes her primært til, at kunde havde et ikke uvæsentligt kendskab til de risici, som var

forbundet med de foretagne investeringer. Derimod fandt retten under anvendelse af omvendt bevisbyrde, at banken havde handlet ansvarspådragende i forhold til investeringerne i BankInvest Højrentelände. Omvendt bevisbyrde var begrundet i, at det var tale om et højrisiko arrangement med særlig rådgivningspligt for banken til følge. Dommen er efter det oplyste anket vedrørende aktieinvesteringerne og valutaterminsforretningerne, men ikke vedrørende investeringerne i BankInvest Højrentelände, hvor kunden fik medhold.

1. Baggrund

Erhvervs- og vækstministeren har den 14. december 2012 nedsat Udvalg om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter. Udvalget har følgende kommissorium:

1) Belyse de forbrugerbeskyttende regler i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter.

Udvalget skal identificere og beskrive de væsentligste forbrugerbeskyttende regler i forbindelse med rådgivning om køb af finansielle produkter afhængig af, hvem der er rådgivere, herunder inddrage de nye regler for finansielle rådgivere, som yder rådgivning om lån, investeringer og forsikringer af forbrugere, som Erhvervs- og Vækstministeriet vil fremsætte i folketingssamlingen 2012/2013. Udvalget skal endvidere vurdere betydningen af de skærpelser og ændringer, der er blevet gennemført i den senere årrække i lovgivningen i forhold til kravene til den finansielle rådgivning, herunder for at tydeliggøre rådgivernes forpligtelser.

I den forbindelse skal udvalget også kortlægge regler og praksis for rådgivning, der ydes i forbindelse med, at der stilles kaution for lån ydet af et kreditinstitut.

Udvalget kan på baggrund af ovenstående komme med forslag til mulige initiativer til yderligere at styrke de forbrugerbeskyttende regler, som udvalget vurderer, bør gennemføres for at sikre en mere effektiv forbrugerbeskyttelse gennem kvalificeret rådgivning og medvirke til at gøre ansvarsforholdene klarere. Det ud fra en hensyntagen til de administrative og økonomiske konsekvenser herved.

2) Vurdering af bevisbyrdeforholdene ved et realiseret økonomisk tab som følge af mangelfuld rådgivning

Udvalget skal gennemføre en kortlægning af gældende danske regler og praksis for erstatning ved et realiseret økonomisk tab som følge af mangelfuld eller fejlagtig rådgivning om finansielle produkter, herunder investeringer og lån. Endvidere skal der ske en kortlægning af reglerne om erstatning i forbindelse med mangelfuld rådgivning og bevisbyrdeforholdene i udvalgte lande, herunder Norge og Sverige.

På baggrund af denne kortlægning skal udvalget

- 1) vurdere om de eksisterende bevisbyrde regler 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 bevisbyrde regler 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 bevisbyrde regler 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.

I forlængelse heraf og som en del af pkt. 2 i kommissoriet har udvalget i sit møde den 4. marts 2013 anmodet undertegnede om en udredning af:

gældende danske regler og praksis for erstatning ved realiseret tab. For så vidt angår sager vedrørende erstatning i forbindelse med investeringsrådgivning skal der tages udgangspunkt i reglerne efter ikrafttræden af investorbekendtgørelsen den 1. november 2007.

Udredningen vedrører realiseret tab, hvorfor spørgsmål om selve tabsopgørelsen og anvendelse af andre kompensationsmuligheder, som eksempelvis godtgørelse for skuffede forventninger ikke behandles.

Udover inddragelse af relevant juridisk litteratur er udredningen primært baseret på nyere retspraksis og nyere praksis fra de finansielle ankenævne. Ankenævnspraksis fra Pengeinstitutankenævnet (PAN), Realkreditankenævnet (RAN), Ankenævnet for Forsikring (FAN),

Ankenævnet for Investeringsforeninger (IAN) og Ankenævnet for fondsmæglerselskaber (FoAN) inddrages. I de senere år har ankenævnspraksis, specielt fra Pengeinstitutankenævnet om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter været ganske omfattende. Selvom ankenævnenes kendelser ikke er bindende for parterne, må denne praksis, selvom den i stigende omfang ikke følges af parterne, fortsat anses for en central og relevant retskilde, når gældende ret skal fastlægges inden for de retsområder, hvor ankenævnene har kompetence.¹

Udredningen er i det følgende opdelt i tre dele. Første del (afsnit 2) vedrører erstatningsretlige aspekter af professionsansvaret inden for området. Anden del (afsnit 3) behandler nyere ankenævnspraksis, mens tredje del (afsnit 4) behandler enkelte nyere domme om rådgivningsansvar mv., som er afsagt efter 1. november 2007.

2. Generelt om ansvar ved rådgivning om finansielle produkter

For at en finansiell virksomhed kan ifalde erstatningsansvar i forbindelse med rådgivning af kunder, skal de almindelige erstatningsbetingelser være opfyldt, det vil sige, pengeinstituttet 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 en adækvat følge af den culpøse handling. Hertil kommer spørgsmålet om hel eller delvis ansvarsfrihed på grund af, at kunden har udvist egen skyld eller har accepteret risiko. Skadelidte (kunden) har som udgangspunkt bevisbyrden for, at pengeinstituttet har handlet culpøst, at der er lidt et tab, samt at der er årsagssammenhæng mellem den culpøse adfærd og det af kunden lidt tab.

Med baggrund i kommissoriet for denne udredning vil det følgende være koncentreret om ansvarsgrundlaget, det vil sige de elementer, som indgår i culpabedømmelsen og bevisbyrdespørgsmålet. Derimod behandles problemstillinger i relation til tabsopgørelse, årsagssammenhæng, adækvans samt egen skyld/accept af risiko ikke i videre omfang. Disse problemstillinger samt spørgsmålet om passivitet har i øvrigt kun været fremme i få sager.²

Det bemærkes, at der i forhold til de rejste problemstillinger ikke findes bestemmelser i lov eller bekendtgørelse, som direkte regulerer de erstatningsretlige forhold.³

2.1. Ansvarsgrundlaget - culpabedømmelsen

Finansielle virksomheder er i forbindelse med udøvelse af virksomhed i erstatningsretlig henseende underlagt et professionsansvar, hvor det karakteristiske er, at der for ansvarsvurderingen gælder en særlig professionsmålestok.⁴ Den grundlæggende ansvarsnorm er »den professionelles pligt til at

¹ Om den retskildemæssige betydning af ankenævnskendelser, her Pengeinstitutankenævnet, se eksempelvis således eksempelvis *Nina Dietz Legind*, Privat kaution, 2002 s. 60 ff. og Camilla Hørby Jensen (red.) *Bankjura – Udvalgte emner*, 2010 s. 113 ff.

² Se således eksempelvis Pengeinstitutankenævnets praksis i forbindelse med de såkaldte Jyske Hedge-sager, hvor ankenævnet ikke har statueret egen skyld, passivitet m.v. Se nærmere *Nis Jul Clausen, Camilla Hørby Jensen og Nina Dietz Legind*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 4/2010 s. 344 ff.

³ I forbindelse med kaution, hvor kautionen er uden for erhvervsforhold, reguleres nogle civilretlige konsekvenser af manglende information af kautionisten i lov om finansiell virksomhed § 48, stk. 2 og 3.

⁴ Generelt om professionsansvaret, se eksempelvis *Vibe Ulfbeck*, Erstatningsretlige grænseområder – Professionsansvar, produktansvar og offentlige myndigheders erstatningsansvar, 2. udg. 2010 s. 23 ff. (specielt om pengeinstitutter s. 117 ff.), *Lars Bo Langsted*, Rådgivning (I), - det professionelle erstatningsansvar, 2004, *Bo von Eyben og Helle Isager*, Lærebog i erstatningsret, 7. udgave 2011, s. 112 ff., *Morten Samuelsson og Kjeld*

præstere en *god faglig indsats*, dvs. en indsats, der honorerer de krav, man med rette kan stille til en sagkyndig på området.«⁵ Der er således tale om et bestræbelsesansvar, jf. nærmere nedenfor.

Dette gælder også for de *finansielle virksomheders rådgivning*. Et karakteristisk træk ved de finansielle virksomheders forpligtelse ved rådgivning om finansielle produkter er, at den som udgangspunkt omfatter tre elementer. 1. Rådgivningen skal være baseret på det såkaldte kend din kunde princip, hvorefter virksomheden skal sikre sig fornødne oplysninger om kundens økonomiske situation, erfaring med relevante finansielle ydelser og risikovillighed. Disse informationer skal danne grundlag for fastlæggelse af kundens risikovillighed og risikoprofil. 2. Virksomheden skal kende og have indsigt i karakteren af og den risiko, som er forbundet med de forskellige finansielle produkter, som tilbydes kunderne, idet dette er nødvendigt for at kunne informere kunden om produkterne og hermed give relevant rådgivning. 3. Med udgangspunkt heri rådgiver den finansielle virksomhed kunden om de finansielle produkter, som under hensyn til kundens forhold, herunder risikoprofil må anses for relevante.

Disse tre elementer, som ved de finansielle virksomheders rådgivning er en helt central del af god faglig indsats, genfindes i varierende grad og i forskellig udformning i tidligere og nugældende offentligretlige regler om god skik. Se eksempelvis den gældende god skik bekendtgørelsen⁶ kapitel 3, §§ 8-13, for lån med sikkerhed i fast ejendom, kapitel 4, §§ 14-19, og særligt for forsikringselskaber kapitel 8, §§ 25-34 samt investorbeskyttelsesbekendtgørelsen⁷ § 4 om kundekategorier og § 12 om oplysninger om finansielle instrumenter med de mere formaliserede regler om egnethedstest, hensigtsmæssighedstest og execution only i bekendtgørelsen §§ 16-19 til udmøntning af kend din kunde-princippet.

I forhold til professions- og rådgiveransvaret for visse andre professionelle er det desuden et særkende ved de finansielle virksomheders professionsansvar i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter, at rådgivningen ofte har sammenhæng med salg af egne produkter, hvorfor der ikke nødvendigvis er tale om uafhængig eller uvildig rådgivning.⁸ Dette forhold kan påvirke ansvarsvurderingen og eksempelvis føre til et krav om oplysning om interessekonflikter, se Højesteret bemærkning i Ufr 2013.182 H.⁹

2.1.1 Rådgiveransvar - i eller uden for kontrakt

Professionsansvaret, herunder i forbindelse med rådgivning har traditionelt været klassificeret som *erstatning uden for kontrakt* - delikt ansvar - i modsætning til *erstatning i kontrakt*, hvor ansvaret udspringer af en aftale mellem parterne.¹⁰ Det må i dag antages, at rådgivningsansvaret ikke entydigt

Søgaard, Rådgivningsansvaret, 1997. Særligt i forhold til pengeinstitutter, se tillige Thue Hagenau, Pengeinstitutters rådgivningsansvar ved værdipapirhandel, 2010 og Lennart Lyngge Andersen og Peter Møgelvang-Hansen, Finansiell rådgivning – En debatbog om pengeinstitutters rådgivningsansvar, 1997.

⁵ Jf. Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret, 7. udgave 2011, s. 115.

⁶ Jf. bekendtgørelse nr. 1406 af 20. december 2012.

⁷ Jf. bekendtgørelse nr. 768 af 27. juni 2011.

⁸ Om forskellige aspekter heraf, se Lennart Lyngge Andersen (red), 8 perspektiver på finansiell rådgivning, 2005.

⁹ Den offentligretlige regulering indeholder også krav om oplysning om interessekonflikter, se således god skik bekendtgørelsen § 11.

¹⁰ Se således Lennart Lyngge Andersen og Peter Møgelvang-Hansen, Finansiell rådgivning – En debatbog om pengeinstitutters rådgivningsansvar, 1997 s. 25.

kan kategoriseres enten som et delikt ansvar eller som et ansvar i kontrakt.¹¹ En fastlæggelse heraf må bero på en konkret vurdering af det enkelte tilfælde. I nogle situationer vil rådgivningspligtens art og omfang udtrykkeligt være fastlagt i en kontrakt mellem parterne, hvilket medfører, at denne del af forpligtelsen må behandles efter reglerne om erstatning i kontrakt, når konflikten er direkte mellem kontraktens parter. I andre tilfælde ligger det implicit i aftalens karakter eller følger af omstændighederne i øvrigt, at der, selvom det ikke er direkte omtalt i aftalen, normalt til aftalens opfyldelse som accessorisk ydelse vil være knyttet rådgivning. Rådgivningspligten kan ligeledes følge af offentligretlige regler. Har et pengeinstitut eksempelvis indgået en porteføljeplejeaftale med en kunde, indebærer dette efter investorbekendtgørelsen implicit, at rådgivning er en del af pengeinstitutets ydelse. Endelig er der tilfælde, hvor der overhovedet ikke er knyttet rådgivning til den finansielle virksomheds ydelse. Spørgsmålet, om der er tale om ansvar i eller uden for kontrakt, kan ved finansiell rådgivning være vanskeligt at besvare entydigt.

Om et ansvar er i eller uden for kontrakt kan få betydning i forskelle relationer. Om end ansvarsgrundlaget i begge tilfælde som udgangspunkt er et culpaansvar, er bevisbyrde normalt ligefrem uden for kontrakt, mens der ofte anvendes omvendt bevisbyrde inden for kontrakt. Ansvarsgrundlaget, culpabedømmelsen i kontrakt, vil ofte være relateret til kontraktens indhold, mens udefra kommende forskrifter - branchestandarder og offentligretlige regler for den pågældende profession - spiller en central rolle i culpabedømmelsen ved delikt ansvar, jf. nærmere straks nedenfor. Mens ansvarsfraskrivelsesklausuler som udgangspunkt er gældende i kontraktforhold, er det modsatte tilfældet uden for kontrakt. På det finansielle område anses generelle ansvarsfraskrivelsesklausuler dog for at være i strid med god skik reglerne.¹² Endelig er udgangspunktet for tabsopgørelsen i kontrakt den positive opfyldelsesinteresse, mens delikt ansvar er baseret på erstatning for værdiforringelse, nogen gange også betegnet negativ kontraktinteresse.¹³

2.1.2 Culpaansvaret

Professions- og rådgivningsansvaret er som nævnt generelt et *culpaansvar*, og der er heller ikke tvivl om, at der er tale om et culpabaseret ansvar i forhold til finansielle virksomheder. Culpaansvaret betegnes her ofte som et særligt strengt ansvar, derved at culpaansvaret ikke er baseret på den almindelige bonus pater standard. Culpastandarden fastlægges derimod i forhold til, hvad der normalt må forventes af en god udøver af den pågældende profession, her den finansielle virksomhed. Der er således tale om en differentieret culpamålestok afhængig af den enkelte profession. Culpavurderingen er objektiviseret derved, at det normalt er tilstrækkeligt til at statuere, at den udførte handling eller undladelse objektivt er uforsvarlig, således at subjektive eller særlige forhold hos den enkelte virksomhed ikke tillægges betydning ved culpabedømmelsen. Påtager et mindre pengeinstitut, som hidtil udelukkende har drevet virksomhed med ind- og udlån, sig at sælge og rådgive om sofistikerede finansielle produkter, underlægges det samme culpastandard, som det

¹¹ Jf. *Vibe Ulfbeck*, Erstatningsretlige grænseområder - Professionsansvar, produktansvar og offentlige myndigheders erstatningsansvar, 2. udg. 2010 s. 28.

¹² Se Finanstilsynets afgørelse 24. juni 2004 stadfæstet af Erhvervsankenævnet sag nr. 2005.000 2558, *Niels Vase*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2/2012 s. 156 og *Thue Hagenau*, Pengeinstitutters rådgivningsansvar ved værdipapirhandel, 2010 s. 52 ff. Samt nu tillige UfR 2013.182 H omtalt nedenfor under 4.1.

¹³ Se nærmere og med yderligere henvisninger *Vibe Ulfbeck*, Erstatningsretlige grænseområder - Professionsansvar, produktansvar og offentlige myndigheders erstatningsansvar, 2. udg. 2010 s. 16 ff. og 28.

pengeinstitut, der har dette som en central aktivitet, jf. PAN nr. 1065/2009 refereret nedenfor under 3.3.3.¹⁴

Ved den juridiske fastlæggelse af den objektiverede forsvarlighedsstandard spiller *god skik regler* i bred forstand (branchestandarder, branchekutymer, etiske regler samt offentligretlige forskrifter for de pågældende virksomhedstyper) generelt en stadig stigende rolle. Dette må også antages at være tilfældet på det finansielle område, jf. straks nedenfor under 2.1.2.1.

Om et tilfælde, hvor culpabedømmelsen i forhold til et pengeinstitut blev sammenkædet med etiske regler, se UfR 1998.643 V, hvor et pengeinstitut fandtes erstatningsansvarlig i forbindelse med en kundes forsikringstegning, blandt andet med henvisning til Forbrugerombudsmandens Retningslinier om Etik i Pengeinstitutters Rådgivning, punkt 11 om skriftlighed.

2.1.2.1 Betydningen af god skik regler

Tilsidesættelse af sådanne god skik regler antages i almindelighed for at være et indicium for, at der også i retlig forstand kan være handlet culpøst. Om end der er denne sammenkædning, kan det dog ikke generelt antages, at tilsidesættelse af eksempelvis en offentligretlig forskrift i en bekendtgørelse hverken er en tilstrækkelig eller en nødvendig betingelse for at pålægge ansvar.¹⁵

Specielt med hensyn til betydningen af *offentligretlige god skik regler på det finansielle område*, kan retsstillingen dog være påvirket af, at Finanstilsynet i vejledningen til god skik bekendtgørelsen¹⁶ synes at anlægge en mere forsigtig vurdering af betydningen af overtrædelse af offentligretlige forskrifter, her god skik bekendtgørelsen i forhold til finansielle virksomheders professionsansvar. I vejledningen side 1 anføres:

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 finansiell 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 finansiell virksomhed efter dansk rets almindelige erstatningsretlige regler har handlet ansvarspådragende, eller om en aftale helt eller delvist skal ændres eller tilsidesættes efter aftalelovens regler. Det vil være de finansielle ankenævn og domstolene, der i forbindelse med behandlingen af konkrete sager skal tage stilling til, om en overtrædelse af bekendtgørelsen kan udløse et civilretligt krav.

Denne del af vejledningen er blevet kritiseret for at være for restriktiv.¹⁷

Også Pengeinstitutankenævnet har i hvert fald tidligere været tilbageholdende med at tillægge (tilsidesættelse af) offentligretlige forskrifter betydning i forbindelse med dets afgørelse af privatretlige tvister (sager om ansvar). Også dette er blevet kritiseret.¹⁸

¹⁴ Jf. *Nis Jul Clausen, Camilla Hørby Jensen og Nina Dietz Legind*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 4/2010 s. 337.

¹⁵ Se nærmere og med yderligere henvisninger *Vibe Ulfbeck*, Erstatningsretlige grænseområder - Professionsansvar, produktansvar og offentlige myndigheders erstatningsansvar, 2. udg. 2010 s. 33 ff.

¹⁶ Såvel den nugældende vejledning af 13. februar 2013 som den tidligere af 13. oktober 2009.

¹⁷ Jf. således *Lennart Lynge Andersen og Nina Dietz Legind*, UfR 2005 B s. 335 ff. og *Vibe Ulfbeck*, Erstatningsretlige grænseområder - Professionsansvar, produktansvar og offentlige myndigheders erstatningsansvar, 2. udg. 2010 s. 119. Om problemstillingen, se tillige *Tanja Jørgensen og Nina Dietz Legind*, i *Lennart Lynge Andersen* (red.), Videregående kreditret, 2008 s. 243 ff., *Camilla Hørby Jensen, Nis Jul Clausen og Nina Dietz Legind* i *Hans Viggo Godsk Pedersen* (red.) Juridiske Emner fra Syddansk Universitet 2007, s. 180 ff. samt *Niels Vase*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 1/2011 s. 56.

¹⁸ Se nærmere herom eksempelvis *Nis Jul Clausen, Camilla Hørby Jensen og Nina Dietz Legind*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 4/2010 s. 338 ff. med yderligere henvisninger.

Se eksempelvis PAN nr. 272/2007 om mulig mangelfuld rådgivning i forbindelse med nogle kunders omprioritering og oprettelse af ratepensionsordningen. Efter at flertallet havde fundet, at der ikke var tale om mangelfuld rådgivning, bemærkedes det "at det havde været ønskeligt, om banken havde udarbejdet konsekvensberegninger vedrørende skatteforholdene." Mindretallet fandt derimod, "at de udeladte konsekvensberegninger vedrørende skatteforholdene udgør en så væsentlig fejl og mangel ved det beslutningsgrundlag, som klagerne fik præsenteret, at klagerne er berettiget til erstatning". Selvom der var tale om en pensionssag, hvor skatteforhold i almindelighed må anses for væsentlige, henviste hverken flertallet eller mindretallet til den dagældende god skik bekendtgørelse § 12, stk. 1, hvorefter en finansiell virksomhed i sin rådgivning skal inddrage konsekvenserne af skatteregler, der er relevante for kunden i det forhold, som rådgivningen omfatter.

På trods af det netop anførte må det antages, at (tilsidesættelse af) offentligretlige forskrifter også i forhold til finansielle virksomheds ansvar for mangelfuld rådgivning om finansielle produkter spiller en rolle, jf. UfR 1998 643 V omtalt ovenfor under 2.1.2 og UfR 2013.182 H omtalt nærmere nedenfor under 4.1.¹⁹ Se tillige i forhold til ankenævnspraksis nedenfor under 3.2.2.

Tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter vil i erstatningsretligt henseende kunne få betydning i flere henseende. Det kan som nævnt være relevant i forhold til selve culpabedømmelsen, i forhold til bevisbyrdespørgsmålet og i forhold til spørgsmålet om årsagsforbindelse mellem den culpøse adfærd og et eventuelt lidt tab.

Selvom tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter som nævnt ovenfor måtte blive betragtet som et indicium for, at der er handlet culpøst, er det dog næppe alle forskrifter, der har betydning for den erstatningsretlige vurdering. Om dette er tilfældet, må bero på en konkret vurdering, hvori blandt andet indgår forskriftens formål, beskyttelsesinteresse og indhold. Tilsidesættelse af et formelt krav om angivelse af pengeinstitutts navn vil næppe kunne tillægges erstatningsretlige betydning, og i andre tilfælde kan der selv ved tilsidesættelse af centrale krav være tvivl om, hvorvidt der er den fornødne årsagssammenhæng mellem den culpøse handling (tilsidesættelse af forskriften) og det tab, som kunde har lidt. Det kan desuden være af betydning, hvorledes forskriften er udformet. Jo mere specifikke krav, der - i modsætning til et generelt krav om god skik - opstilles, i jo højere grad må det antages, at forskriftens tilsidesættelse vil blive tillagt betydning. Endelige kan det være af betydning, om forskrifter er tilsidesat i forhold til en enkelt kunde, eller om tilsidesættelsen er kombineret med en offentligretlig sanktion, eksempelvis som følge af generel tilsidesættelse af de krav, som følger af offentligretlige forskrifter. Det kan være en skærpende omstændighed, at tilsidesættelsen har medført en offentligretlig sanktion. En påtale fra Finanstilsynets side kan således, selvom den ikke relaterer sig til det konkrete kundeforhold, være af betydning i forhold til culpabedømmelsen og påvirke bevisbyrdefordelingen, jf. eksempelvis Pengeinstitutankenævnets praksis i de såkaldte Jyske Hedge-sager. Se nærmere nedenfor under 3.2.2, 3.2.3 samt 3.3.2 og 3.3.3.

2.1.3 Bestræbelsesansvar

Endelig skal det bemærkes, at det særlige ved culpaansvaret i forbindelse med rådgivning er, at der er tale om et *bestræbelses-/indsatsansvar* og ikke et resultatansvar. At rådgivningsansvaret er et bestræbelsesansvar indebærer, at man skal gøre det så godt, som man skal, under hensyn til gældende krav med hensyn til professionel indsigt og faglig omhu.²⁰ Derimod skal et bestemt

¹⁹ Selvom offentligretlige regler ikke udtrykkeligt er nævnt i de prospektsager, kan de have spillet en rolle for resultatet i UfR 2005.1978 H (tilsidesættelse af tegningsaftale og køb af obligationer efter aftalelovens § 36) og UfR 2013.1107 H (ansvar og erstatning for mangelfuldt børsprospekt).

²⁰ Se således *Lennart Lyngø Andersen og Peter Møgelvang-Hansen*, Finansiell rådgivning – En debatbog om pengeinstitutters rådgivningsansvar, 1997 s. 26.

resultat ikke opnås. Der kan dog i særlige tilfælde være tale om et resultatansvar, såfremt der gennem kontrakt er tilsikret en bestemt rådgivningsydelse/-resultat.

2.2 Bevisbyrde

Inden for erstatningsretten i almindelighed, er det helt klare udgangspunkt i sager vedrørende professionsansvar, herunder rådgivningsansvar, at bevisbyrden med hensyn til culpøs adfærd, lidt tab og fornøden årsagssammenhæng mellem den culpøse adfærd og det lidte tab påhviler skadelidte (kunden). Men domstolenes frie bevisbedømmelse betyder, at domstolene på baggrund af en konkret vurdering af den enkelte sag kan fravige dette udgangspunkt, enten ved at foretage en særlig lempelig bevisvurdering, det vil sige lempe kravet med hensyn til bevisets styrke, eller ved helt eller delvist at vende bevisbyrden, således at den professionelle part eksempelvis pålægges at bevise, at den pågældende ikke har handlet culpøst - ved finansiell rådgivning at den finansielle virksomhed har ydet tilstrækkelig rådgivning over for kunden.²¹ Omvendt bevisbyrde kan i forhold til finansielle virksomheder eksempelvis komme på tale i tilfælde, hvor forholdene indicerer, at der må påhvile virksomheden en særlig pligt til at rådgive kunden.

Om et tilfælde vedrørende forsikringsforhold, hvor der forelå sådanne særlige forhold, at bevisbyrde blev pålagt den finansielle virksomhed, se

Ufr 1998.643 V. Pengeinstituttet fandtes erstatningsansvarlig for en kundes tab som følge af manglende forsikringsdækning på den tegnede forsikring. Kunden havde henvendt sig til pengeinstituttet, som tilbød forsikringsprodukter, medbringende et tilbud fra en konkurrent. Landsretten fandt, at der i et sådant tilfælde måtte påhvile pengeinstituttet en særlig forpligtelse til nøje at vejlede om forskelle i blandt andet dækningsområde på konkurrentens tilbud og det produkt, som pengeinstituttet selv tilbød. Pengeinstituttet fandtes tillige at burde have sikret sig tilstrækkeligt bevis for, at denne vejledning var ydet. Landsretten fandt det ikke godtgjort, at den vejledning, kunden havde modtaget, opfyldte de krav, der må stilles i en sådan situation, hvorfor pengeinstituttet fandtes erstatningsansvarlig.

Om et tilfælde ligeledes vedrørende forsikringsforhold, hvor der ikke forelå sådanne særlige forhold, og hvor der derfor anvendtes ligefrem bevisbyrde, se

Ufr 2008.220 H: Et pengeinstitut fandtes ikke erstatningsansvarlig for unklad rådgivning om ophør af erhvervsnetabsforsikring i forbindelse med et bankskift. Højesteret fandt det ikke godtgjort, at pengeinstituttet var bekendt med, at der var knyttet en erhvervsnetabsforsikring til kundens kapitalpension. Der var heller ikke grundlag for at antage, at pengeinstituttet havde særlig anledning til at undersøge dette. Der forelå således ikke oplysninger om, at det i 1995 var almindeligt forekommende, at der var tilknyttet erhvervsnetabsforsikring til kapitalpensionskonti, eller om at det var kutyme, at et pengeinstitut i forbindelse med en kundes anmodning om overførsel af en kapitalpensionskonto fra et andet pengeinstitut undersøgte, om der til kontoen var knyttet en erhvervsnetabsforsikring. Der var herefter ikke grundlag for at fastslå, at B havde handlet erstatningspådragende.²²

²¹ Se således *Vibe Ulfbeck*, Erstatningsretlige grænseområder – Professionsansvar, produktansvar og offentlige myndigheders erstatningsansvar, 2. udg. 2010 s. 35 med henvisning til domme vedrørende erstatning i forbindelse med operationer mv.

²² Pengeinstitutankenævnet var kommet til det modsatte resultat i PAN nr. 49/1999. I sin kendelse fandt nævnet i modsætning til Højesteret, at det var almindeligt forekommende, at der til en kapitalpensionskonto var knyttet en gruppelivsforsikring. Ankenævnet fandt derfor i modsætning til Højesteret, at det måtte påhvile et pengeinstitut, der af en kunde bliver anmodet om at overføre en kapitalpensionskonto fra et andet pengeinstitut, ved forespørgsel til dette eller til kunden at skaffe sig oplysning om, hvorvidt der til kontoen er knyttet en gruppelivsforsikring. I bekræftende fald måtte det endvidere påhvile det modtagende pengeinstitut at spørge kunden, om en tilsvarende forsikring ønskedes tegnet gennem det modtagende pengeinstitut, og ved en bekræftende besvarelse at sikre, at overførselen af kapitalpensionskontoen ikke effektueres, før der var skaffet sikkerhed for, at tegning af en ny tilsvarende forsikring er mulig.

3. Ankenævnspraksis

Med hensyn til ankenævnspraksis skal det indledningsvis bemærkes, at antallet af sager ved de enkelte ankenævn, som vedrører rådgivning om finansielle produkter, varierer ganske betydeligt. Fra 1. januar 2008 til maj 2013 har der således været 1173 sager ved Pengeinstitutankenævnet, 202 sager ved Forsikringsankenævnet, 32 sager ved Realkreditankenævnet, 1 sag ved Ankenævnet for fondsmæglerselskaber og ingen sager ved Ankenævnet for investeringsforeninger.²³

Denne markante forskel i antallet af sager kan i nogen grad tilskrives det forhold, at der ved Pengeinstitutankenævnet har været et meget betydeligt antal sager, som har vedrørt de samme produkter - særlig risikofyldte finansielle instrumenter, der som følge af finanskrisen har været udsat for store kursfald med meget betydelige tab for den enkelte kunde til følge. Der har eksempelvis været ca. 100 sager om Jyske Invest Hedge Markedsneutral - obligationer og mere end 100 sager om ScandiNotes obligationer. Et sådan produktspecifikt antal sager har derimod ikke foreligget på eksempelvis realkreditområdet, hvor antallet af sager tillige kan være påvirket af, at rådgivningen vedrørende disse produkter er foregået i pengeinstitutter.

3.1 Kompetence og processuelle forhold

En række forhold vedrørende ankenævnenes kompetence og processuelle forhold, som fremgår af nævnenes vedtægter, skal kort omtales, idet de kan have betydning for vurderingen af ankenævnenes praksis. Det bemærkes i øvrigt, at selvom der er et betydeligt sammenfald mellem vedtægternes bestemmelser for ankenævnene, er de dog ikke på alle punkter ens. Således har alene Ankenævnet for forsikring og Realkreditankenævnet efter vedtægterne mulighed for, at sekretariatet søger at få sagen forliget mellem parterne.²⁴ Antallet af forligte sager er ikke oplyst.

3.1.1 Private kundeforhold

Ankenævnene behandler klager vedrørende *private kundeforhold*, og klager fra erhvervsdrivende kan behandles, såfremt klagen ikke adskiller sig væsentligt fra en klage vedrørende et privat kundeforhold. Klager fra erhvervsdrivende i øvrigt falder derimod uden for ankenævnenes kompetence.²⁵ Ved afgørelsen heraf tillægges det blandt andet betydning, om midlerne hidrører fra erhvervsmæssig virksomhed, herunder fra et selskab, omfanget af den erhvervsmæssige aktivitet, produktets karakter, størrelsen af et eventuelt lån, samt øvrige omstændigheder hvorunder rådgivningen har fundet sted. Se til illustration:

FoAN nr. 2/2009 afvist som erhvervsmæssig, da der var tale om investeringsrådgivning og formuepleje vedrørende et anpartsselskabs midler.

PAN nr. 460/2011, hvor Pengeinstitutankenævnet med henvisning til dets faste praksis vedrørende engagementer med selskaber afviste klagen. Nævnet fandt, at klagen vedrørende omlægning af en investeringskredit tilhørende et anpartsselskab angik et erhvervsmæssigt forhold, der ikke kunne sidestilles med et privat kundeforhold.

²³ Det er forbundet med en vis usikkerhed at opgøre det præcise antal sager, idet søgefunktionen/-kriterierne ikke er identiske ved de enkelte ankenævn. Dette har dog ikke betydning for tendensen i antallet af sager.

²⁴ Jf. henholdsvis vedtægternes § 7, stk. 3 og § 13, stk. 3.

²⁵ Jf. vedtægterne PAN § 2, stk. 2 og 3, RAN § 2, stk. 2 og 3, IAN § 2, stk. 2 og 3, FoAN § 2, stk. 2, stk. 2 og 3 (med yderligere beløbsmæssige i relation til transaktionens og porteføljens størrelse i § 2, stk. 4) samt med en lidt anden formulering FAN § 3, stk. 1-3.

PAN nr. 308/2012 vedrørende mangelfuld rådgivning i forbindelse med valutaswapaftaler med en betydelig hovedstol (20 mio. kr.) afvist med henvisning til, at klageren var landmand, og at aftalen havde en sådan tilknytning til den af klageren drevne landbrugsvirksomhed, at der var tale om et erhvervmæssigt forhold.

Se på den anden side

PAN nr. 592/2009, hvor sagen ikke blev afvist som erhvervmæssig. Ankenævnet bemærkede, at køb af fast ejendom ikke i sig selv kan danne grundlag for at statuere, at der er tale om erhvervsforhold. Der blev lagt vægt på ejendomskøbets størrelse (ca. 5 mio. kr.), at der var tale om boliger til nære familiemedlemmer (forældre køb) samt erhvervens manglende tilknytning til klagerens hovederhverv. Den skattemæssige behandling af swapaftalen kunne ikke føre til et andet resultat.

PAN nr. 261/2011, hvor ankenævnet fandt, at en lånefinansierede investering på 17,5 mio. kr. i et svensk ejendomsselskab på baggrund af sin størrelse og karakter som udgangspunkt måtte anses for erhvervmæssig. Ankenævnet fandt imidlertid ikke, at sagen burde afvises. Ankenævnet lagde i den forbindelse vægt på, at kreditaftalen med banken var indgået af klageren personligt, at investeringen ikke havde sammenhæng med klagerens hovederhverv, og at de spørgsmål, som klagen angik, ikke adskilte sig væsentligt fra et privat kundeforhold.

Ved afgørelsen af, om der er tale om et privat kundeforhold eller et erhvervsforhold, er det i andre tilfælde blandt andet tillagt betydning, om kunden klart havde tilkendegivet, at det pågældende produkt skulle benyttes privat, jf. PAN nr. 175/2010, hvor en kunde, som tillige var erhvervsdrivende, ikke i tilstrækkeligt grad havde gjort det klart, at der i forbindelse med oprettelse af en konto var tale om, at kontoen skulle benyttes privat, jf. god skik bekendtgørelsen § 19.

3.1.2 Formueretlige tvister

Ankenævnene behandler kun *formueretlige tvister* mellem privatkunder og de pågældende finansielle virksomheder. Sager, hvor kunden *alene* klager over, at en finansiell virksomhed ikke har overholdt offentligretlige forskrifter, afvises, idet kompetencen til at behandle dette er tillagt Finanstilsynet, jf. eksempelvis PAN nr. 448/2011, hvor nævnet indledningsvis bemærkede, at det ikke har mulighed for at træffe afgørelser i henhold til for eksempel offentligretlige regelsæt såsom bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder. Dette henhører under Finanstilsynets tilsyn.²⁶ Se tillige,

PAN nr. 421/2008, hvor Pengeinstituttankenævnet udtalte: "Finanstilsynet fører tilsyn med overholdelsen af såvel bekendtgørelsen om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel som bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder. Klagerens indsigelser i relation til bankens registreringer om klagerens investeringsprofil, jf. den fremlagte investeringsprofilaf tale, må således være omfattet af Finanstilsynets kompetence og kan ikke selvstændigt behandles af Ankenævnet."²⁷

Selvom ankenævnene således ikke direkte tager stilling til overholdelse af offentligretlige forskrifter, kan (tilsidesættelse heraf) dog tillægges betydning ved afgørelse af en formueretlig tvist, jf. nærmere nedenfor under 3.2.3 og 3.3.2 og eksempelvis følgende principielle udtalelse i

PAN nr. 617/2010: "Reglerne om "god skik" for finansielle virksomheder [her god skik bekendtgørelsen] er et offentligretligt regelsæt, som er under tilsyn af Finanstilsynet. Reglerne kan imidlertid efter omstændighederne få betydning for fastlæggelsen af det erstatningsretlige ansvarsgrundlag i en sag ved Ankenævnet."

Se også PAN nr. 990/2010, hvor der tillige udtrykkeligt henvistes til en bekendtgørelsesbestemmelse: "Det fremgår af § 13 i den dagældende bekendtgørelse om god skik (bekendtgørelse nr. 1261 af 8. december 2006), at et pengeinstitut skal fraråde en disposition, hvis konsekvenser overstiger kundens økonomiske formåen. Desuden skal et pengeinstitut, der

²⁶ Jf. vedtægterne PAN § 4, stk. 1, RAN § 4, FAN § 2, stk. 7, IAN § 4, stk. 1 og FoAN § 4, stk. 1.

²⁷ Fra forsikringsområdet, se tilsvarende i FAN nr. 82.595.

medvirker til særligt risikofyldte investeringer i samarbejde med kunden foretage en omhyggelig vurdering af kundens muligheder for at bære et eventuelt tab. Reglerne om god skik er et offentligretligt regelsæt, som er under tilsyn af Finanstilsynet. Reglerne kan imidlertid efter omstændighederne få betydning for fastlæggelsen af det erstatningsretlige ansvarsgrundlag i en sag ved Ankenævnet.”

Samt PAN nr. 96/2009 vedrørende reglerne om investorbekyttelse: ”Ankenævnet bemærker, at nævnets kompetence alene omfatter formueretlige tvister, dvs. civilretlige krav. Reglerne om investorbekyttelse ved værdipapirhandel (”MiFID-reglerne”) er et offentligretligt regelsæt, som er under tilsyn af Finanstilsynet. Reglerne kan imidlertid efter omstændighederne få betydning for fastlæggelsen af det erstatningsretlige ansvarsgrundlag i en sag ved Ankenævnet.”

3.1.3 Afvisning

Ankenævnene kan desuden *afvise sager*, som på grund af deres principielle juridiske karakter, usikkerheden om bedømmelsen af de fremkomne faktiske oplysninger eller som af andre særlige grunde findes uegnet til behandling i ankenævnene.²⁸

Et ikke ubetydeligt antal sager er i de seneste år blevet afvist, idet ankenævnene har fundet, at en afgørelse ville forudsætte en sådan *bevisførelse* i form af parts- og vidneforklaringer, som ikke kan ske for nævnet, men som i givet fald må finde sted for domstolene, jf. eksempelvis PAN nr. 175/2011. I visse tilfælde har afvisning på grund af omfattende bevisførelse ført til, at sager vedrørende bestemte konflikttyper i begrænset omfang er blevet behandlet ved ankenævnene. Det gælder eksempelvis sager om rådgivning i forbindelse med tegning af garantbeviser i Løkken Sparekasse, hvor Pengeinstitutankenævnet (flertallet) på et tidspunkt havde afvist at behandle mere end af 2/3 af sagerne med henvisning til behovet for parts- og vidneforklaringer, jf. eksempelvis PAN nr. 522/2009.²⁹ I en række af de sager, hvor flertallet har afvist at behandle sagen på grund af behovet for bevisførelse, har mindretallet givet kunden medhold. Se eksempelvis PAN nr. 162/2011.³⁰ Det er ikke muligt at afgøre, hvorvidt flertallet, såfremt dette havde realitetsbehandlet sagen, ville være kommet til samme resultat som mindretallet.

Selvom det efter vedtægterne er muligt for nævnene at indkalde parterne til mundtlig forhandling (enten efter anmodning fra en part eller af egen drift),³¹ afgøres sagerne stort set altid udelukkende på skriftligt grundlag, jf. PAN nr. 617/2010 og IAN nr. 3/2009, hvor nævnene ikke fandt grundlag for mundtlig behandling af sagen.

Muligheden for at afvise på grund af sagens *principielle juridiske karakter* synes, når der bortses fra Ankenævnet for forsikring, jf. eksempelvis FAN nr. 79.101 og 79.209 om arbejdsmarkedspensionssager, anvendt yderst sjældent. Pengeinstitutankenævnet har således tidligere behandlet sager om godtgørelse for skuffede forventninger, jf. eksempelvis PAN nr. 467/1990 og 353/1993.³² Pengeinstitutankenævnet har dog i enkelte tilfælde afvist sager med

²⁸ Jf. vedtægterne PAN § 7, stk. 1, RAN § 5, stk. 1, IAN § 2, stk. 2 og 3, FoAN § 7, stk. 1 samt med en lidt anden formulering og udvidet område FAN § 3, stk. 1-3.

²⁹ Se nærmere *Nikoline Voetmann, Camilla Hørby Jensen og Nis Jul Clausen*, finans/invest 2/2011 s. 15-16.

³⁰ Mindretallet har i disse sager henvist til Finanstilsynets undersøgelse af Løkken Sparekasses generelle håndtering af rådgivning, markedsføring og salg af garantbeviser før indløsningsstopet i 2008, og på den baggrund fundet, at sparekassen må bære bevisusikkerheden om, hvorvidt sparekassen i de enkelte tilfælde har ydet tilstrækkelig rådgivning. Da sparekassen ikke har været i stand til at løfte denne bevisbyrde, har kunderne fået medhold af mindretallet.

³¹ Jf. vedtægterne PAN § 9, stk. 1, IAN § 9, stk. 1, FoAN § 9, stk. 1, RAN § 15, stk. 3 og FAN § 12, stk. 3 med en lidt anden formulering.

³² Pengeinstitutankenævnets praksis med tildeling af godtgørelse for skuffede forventninger er efterfølgende underkendt ved Højesterets dom UfR 1996.200/2 H.

henvisning til sagens principielle karakter, se således flertallet i PAN nr. 1067/2010, hvor klagen vedrørte omlægning af lån på over 300 mio. kr. foretaget af en andelsboligforening med ca. 120 medlemmer.

3.2 Forhold af betydning for culpabedømmelsen

I det følgende vil en række forhold, som ankenævnene har tillagt betydning ved culpa- og ansvarsbedømmelsen, blive omtalt. En række af de her omtalte forhold har tillige været fremdraget som begrundelse for at anvende omvendt bevisbyrde, jf. nærmere nedenfor under 3.3.

3.2.1 Særlige rådgivningssituationer

Som nævnt tidligere er finansielle virksomheder i lovgivningen og bekendtgørelser pålagt en række forpligtelse i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter. Uafhængigt af de elementer, som efter disse regler er en del af de finansielle virksomheders rådgivningsforpligtelse, fremgår det af den foreliggende ankenævnspraksis, at finansielle virksomheder ved finansiell rådgivning er pålagt en række *generelle pligter*, altså pligter der uanset de gældende lovbaserede forskrifter følger af den generelle ansvarsnorm for professions- og rådgiveransvar, hvorefter den professionelle skal præstere en god faglig indsats.³³ Tilsidesættelse af disse kerneforpligtelser, som generelt er karakteristisk for finansiell rådgivning, og derfor i forhold til reglerne om investorbeskyttelse ikke nødvendigvis afhængig af om investeringen er foretaget før eller efter ikrafttræden af de såkaldt MiFID regler den 1. november 2007, vil som udgangspunkt være culpøst og dermed kunne danne grundlag for et erstatningsansvar for virksomheden.

I forbindelse med investering i værdipapirer skal der normalt sikres en passende *risikospredning* i kundens investeringer. Investering af alle kundens til rådighed stillede midler i ét produkt vil således kunne være et forhold, som taler for at der er handlet culpøst og ansvarspådragende, og fremhæves ofte i sager ved Pengeinstitutankenævnet, hvor kunden får medhold, jf. således eksempelvis PAN nr. 1141/2009, hvor ankenævnet (flertallet) blandt andet med henvisning synspunktet om risikospredning fandt, at banken havde pådraget sig erstatningsansvar i forbindelse rådgivning om investering i BankInvest Højrentelande.

Ofte vil risikospredningssynspunktet være kædet sammen med andre forhold som, at der er tale om en lånefinansieret investering, eller at produktet er et højrisiko produkt. Se til illustration PAN nr. 451/2010, hvor ankenævnet fandt, at der var en høj risiko forbundet med det omhandlede engagement, hvilket skete med henvisning til, at investeringen var lånefinansieret, og at hele investeringen blev foretaget i ét investeringsbevis, og PAN nr. 542/2009, hvor risikospredningssynspunktet blev kædet sammen med af produktets karakter medførte en betydelig kursusikkerhed.

Som nævnt ovenfor under 2.1 har finansielle virksomheder i forbindelse med finansiell rådgivning en forpligtelse til at kende karakteren af og den risiko, som er forbundet med de finansielle produkter, de afsætter. Pengeinstitutankenævnet har i flere tilfælde ved statuering af erstatningsansvar fremhævet, at der påhviler pengeinstitutter en generel forpligtelse til i forbindelse med rådgivning og salg af finansielle produkter at foretage en *selvstændig vurdering af de risici*, som er knyttet til de pågældende produkter, jf. eksempelvis PAN nr. 451/2010 og PAN nr. 985/2010 (mindretallet), hvor det tillige blev fremhævet, at der var tale om et højrisiko produkt, og at investeringen heri var i strid

³³ Jf. nærmere ovenfor under 2.1.

med kundens risikoprofil. Pligten til at foretage en selvstændig vurdering af de risici, som er forbundet med et finansielt produkt gælder, uanset om der er tale om pengeinstituttets egne produkter eller andres produkter.³⁴

Det må tillige antages, at der uanset bestemmelserne i god skik bekendtgørelsen i hvert fald i visse tilfælde påhviler en finansiell virksomhed af *egen drift at rådgive* kunder. Jf. eksempelvis,

PAN nr. 260/2007, hvor der ikke blev henvist til den dagældende god skik bekendtgørelsen § 7, stk. 2 om pligt til at rådgive af egen drift. Pengeinstitutankenævnet (flertallet) fandt med hensyn til det investerede beløbs størrelse (2,5 mio. kr.) og til, at der var tale om obligationer af en særlig karakter, at bankens medarbejder burde have sørget for, at klageren modtog en egentlig rådgivning. Herudover fandt nævnet, at det under en sådan rådgivning ud fra et synspunkt om risikospredning udtrykkeligt burde have været frarådet klageren at foretage den omhandlede investering.

Endelig må der i forbindelse med *rådgivning af mindreårige*, herunder dennes værge eller andre som ønsker at stille midler til rådighed for investering på den mindreåriges vegne, antages at påhvile pengeinstituttet en mere vidtgående rådgivningsforpligtelse vedrørende risici mv., end tilfældet er over for andre kunder. Også her gælder rådgivningsforpligtelsen uafhængigt af offentligretlige regler.

Mens det normalt kan lægges til grund, at kunder er bekendt med de særlige risici og karakteristika ved garantbeviser, jf. PAN nr. 373/2009, er dette ikke udgangspunktet i forhold til mindreårige. Se eksempelvis,

PAN nr. 162/2011 om midler som den mindreårige frit kunne råde over, og som derfor ikke var omfattet af vægebekendtgørelsens regler om anbringelse af umyndiges midler. Pengeinstitutankenævnet fandt, at sparekassen i en sådan situation på tydelig måde burde have informeret om, at den relativt høje forrentning på en garantikapitalkontoen blev modsvaret af en risiko for at miste pengene, hvis sparekassen fik økonomiske problemer. Ankenævnet fandt ikke, at sparekassen havde godtgjort, at klageren fik tilstrækkelig rådgivning om betydningen af at indskyde midler som garantikapital.

Det forhold, at den mindreårige ved henvendelsen til pengeinstituttet er ledsaget af værgen, ændrer ikke på den særlige rådgivningsforpligtelse, når der er tale om frie midler, som ikke er omfattet af værgemålslovens regler. Se således

PAN nr. 373/2009, hvor ankenævnet i forbindelse med rådgivning om og salg af garantbeviser med henvisning til klagernes unge alder og den dagældende god skik bekendtgørelse § 7, stk. 2,³⁵ fandt, at sparekassen på tydelig måde burde have informeret klagerne og deres værger om, at den relativt høje forrentning af beløbet, blev modsvaret af en risiko for at miste pengene, hvis sparekassen fik økonomiske problemer. Det forhold, at klagerne på tidspunktet for indskuddene måtte være ledsaget af deres værger, der selv var garanter, og allerede som følge heraf kunne have forstået betydningen af at indskyde garantikapital, ændrede ikke på sparekassens rådgivningsforpligtelse, da midlerne ikke er undergivet værgernes forvaltning.

Den udvidede rådgivningspligt omfatter dog ikke en pligt til af egen drift at rådgive værgen om reglerne i værgemålsloven, herunder de begrænsninger i den mindreåriges investering i finansielle produkter, som følger af lovens § 42 og værgemålsbekendtgørelsen. Se eksempelvis,

PAN nr. 162/2011 vedrørende tegningen af garantikapital på 30.000 kr. i 2008. Her bemærkede ankenævnet, at midlerne hidrørte fra en opsparing, der ikke var til den mindreåriges frie rådighed, men hidrørte fra midler, som blev bestyret af

³⁴ Jf. eksempelvis PAN nr. 495/2009 (mindretallet) og *Nis Jul Clausen, Camilla Hørby Jensen og Nina Dietz Legind*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 4/2010 s. 337.

³⁵ Jf. bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007.

faderen som værge. Der var ikke grundlag for at fastslå, at sparekassen havde anledning til at rådgive faderen om reglerne for anbringelse af umyndiges midler.

PAN nr. 219/2010, hvor ankenævnet lagde til grund, at klageren tegnede garantikapital for i alt 47.000 kr. til hvert af sine mindreårige børn. Klageren havde oplyst, at han var bekendt med risikoen for at miste garantikapitalen i tilfælde af sparekassens konkurs. Klageren kunne som værge for børnene træffe beslutning om anbringelse af pengene, der efter det oplyste stammede fra dåbs- og fødselsdagsgaver til børnene. Herefter bemærkede ankenævnet, at det er værgens ansvar, at den umyndiges midler anbringes i overensstemmelse med reglerne herom, jf. § 31 i værgemålsloven, og nævnet fandt, at der ikke er grundlag for at fastslå, at sparekassen havde anledning til at rådgive klageren om reglerne i værgebekendtgørelsen om anbringelse af mindreåriges midler.

3.2.2 Betydningen af offentligretlige forskrifter

Som nævnt ovenfor under 2.1.2.1 kan tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter få betydning for culpabedømmelsen ved afgørelsen af, om der er tale om utilstrækkelig rådgivning om finansielle produkter med erstatningsansvar til følge.

I den foreliggende ankenævnspraksis synes der dog ikke at være et klart og entydigt mønster i, under hvilke omstændigheder og i hvilke sags typer offentligretlige forskrifter tillægges betydning, samt hvilken betydning de tillægges. Dog synes der at kunne spores en tendens til, at tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter tillægges stigende betydning, at især specifikke forskrifter, som pålægger den finansielle virksomhed bestemte pligter, tillægges vægt ved culpabedømmelsen, samt om end noget mere usikkert, at gennemførelsen af investorbeskyttelsesreglerne med MiFID pr. 1. november 2007 har ført til en øget henvisning til offentligretlige regler, hvilket dog også kan skyldes, at disse regler er mere specifikke end de tidligere regler på området.

Selvom der kunne argumenteres for, at enhver tilsidesættelse af en offentligretlig forskrift i sig selv er udtryk for en culpøs handling, er der næppe tvivl om, at tilsidesættelse af en offentligretlig forskrift ikke i sig selv er tilstrækkelig til at statuere culpa og hermed erstatningsansvar i forbindelse med finansiell rådgivning. Se eksempelvis,

PAN nr. 14/2012, hvor ankenævnet konstaterede, at en finansiell virksomhed efter god skik bekendtgørelsen³⁶ skal indgå eller bekræfte alle væsentlige aftaler med sine kunder i papirformat eller på andet varigt medium. Ankenævnet fandt i den konkrete sag, at der burde være udfærdiget en skriftlig aftale om omprioritering af en ejendom. Det forhold, at banken havde tilsidesat denne forpligtelse kunne imidlertid ikke i sig selv medføre, at banken er erstatningsansvarlig. Kunden fik ikke medhold, hvilket blandt andet skete med henvisning til, at nævnet fandt, at kunden på anden vis var blevet informeret om de relevante forhold af pengeinstituttet.

I ankenævnspraksis tillægges manglende iagttagelse af offentligretlige forskrifter ej heller nødvendigvis betydning i andre civilretlige relationer. Se eksempelvis,

PAN nr. 68/2011 om mulig passivitet. Sagen drejede sig om betydningen af, at en sparekasse ikke i overensstemmelse med § 22 i den dagældende god skik bekendtgørelse (nr. 965 af 30. september 2009) senest 1 år efter en tvangsauktion over en ejendom skriftligt havde gjort sit krav gældende mod klageren. Ankenævnet fandt ikke, at sparekassens tilsidesættelse af kravet i god skik bekendtgørelsen § 22 i sig selv kunne medføre, at kravet var bortfaldet. Selvom det fandtes kritisabelt, at sparekassen ikke havde besvaret flere af kundens henvendelser, fandt ankenævnet ikke, at sparekassen havde udvist et forhold, der medførte, at kunden berettiget kunne forvente, at sparekassen stiltiende havde givet afkald på sin restfordring.

Se fra Ankenævnet for realkredit tilsvarende RAN nr. 21011132, hvor det "forhold, at instituttet ikke havde overholdt forskrifterne i sit eget produktblad, Forbrugerombudsmandens etiske retningslinjer og bekendtgørelsen om god skik, der

³⁶ Jf. nu bekendtgørelse nr. 1406 af 20. december 2012, § 6, stk. 1, første punktum.

havde været gældende for instituttets krav en del af perioden efter tvangsauktionen, kunne efter Nævnets opfattelse ikke i sig selv eller sammen med sagens øvrige omstændigheder medføre, at kravet var bortfaldet ved passivitet.”

At ikke enhver offentligretlig forskrift er af betydning i erstatningsretlig henseende kan skyldes flere forhold.

Forskrifterne på det finansielle område er indholdsmæssigt og i relation til formål og beskyttelsesinteresse meget forskelligartede. Nogle forskrifter er af ren formel karakter, eksempelvis når den finansielle virksomheds navn og andre identifikationsoplysninger skal angives, nogle opstiller formkrav, som at informationer og aftaler skal foreligge i papirformat eller andet varigt medium, mens andre afhængig af de konkrete omstændigheder pålægger den finansielle virksomhed at rådgive på en bestemt måde over for kunden, eksempel yde rådgivning af egen drift eller rådgive om skattemæssige forhold.

Herudover kan selve udformningen af og præciseringen i kravene i en regel have betydning. Mens det, med mindre der eksempelvis foreligger en fast branchekutyme, kan være vanskeligt at tillægge en generel god skik regel, som eksempelvis i § 43 i lov om finansiel virksomhed, betydning ved afgørelsen af en konkret sag om erstatningsansvar, kan det være anderledes ved tilsidesættelse af specifikke regler og krav i bekendtgørelser. Betydningen af tilsidesættelse af specifikke krav kan forekomme mere ’målbare’ i relation til en culpabedømmelse.

Endelig vil den erstatningsretlige betydning af tilsidesættelse af en offentligretlig forskrift kunne påvirkes af, om forskriften er direkte eller indirekte kunderelateret. Nogle forskrifter pålægger den finansielle virksomhed en direkte pligt i forhold til den enkelte kunde/kundeforhold og har herved i ikke ubetydelig grad karakter af privatretlig regulering. Det gælder eksempelvis kravene til de finansielle virksomheders oplysningspligt over for kunder ved aftaler mv. om bestemte finansielle ydelser, og kravet om at der skal foretages en egnethedstest eller hensigtsmæssighedstest. I andre tilfælde er der derimod tale om forskrifter, som skal sikre den finansielle stabilitet og en ordentlig og velorganiseret virksomhedsudøvelse. Sådanne forskrifter har mere indirekte til formål at beskytte kunderne. Denne sidste form for forskrifter pålægger eksempelvis de finansielle virksomheder at have særlige procedurer og forskrifter i forbindelse med bestemte produkter og ydelser, som tilbydes eller sælges til kunder.

Endelig vil der ved culpabedømmelse indgå en væsentlig/relevans vurdering, jf. FAN nr. 21204055, hvor lidt misvisende oplysninger i forbindelse med rådgivning ikke tillagdes betydning.

Offentligretlige forskrifter kan ved culpabedømmelsen i forhold til en finansiel virksomhed tillægges såvel en ’positiv’ som en ’negativ’ virkning. Positiv virkning i den forstand at overholdelse af en forskrift fremhæves som argument for, at der ikke er handlet culpøst i forbindelse med rådgivning, og derfor ikke er grundlag for at pålægge erstatningsansvar. Negativ virkning derved at manglende overholdelse af en offentligretlig forskrift omtales eller fremhæves som et element i forbindelse med vurderingen af, om der er tale om culpøs adfærd.

Om tilfælde, hvor offentligretlige forskrifter er tillagt *positiv virkning* i den netop nævnte betydning, se

PAN nr. 563/2010, hvor Pengeinstitutankenævnet ikke fandt grundlag for at pålægge et pengeinstitut at oprette yderligere konti til en kunde. Kunden havde allerede en konto. Nævnet fremhævede, at pengeinstituttet således havde levet op til den pligt, der følger af bekendtgørelse om god skik i finansielle virksomheder § 19.

PAN nr. 128/2010 om berettigelsen af en rentestigning på en boligkredit. Flertallet i ankenævnet fandt, at bankens vilkår om renteændring ikke var i strid med § 6, stk. 3 i god skik bekendtgørelsen. Mindretallet fandt derimod, at vilkåret efter sin ordlyd gav banken en ubegrænset adgang til ændring og derfor ikke kunne være i overensstemmelse med § 6, stk. 3.³⁷

Fra forsikringsområdet, se eksempelvis FAN nr. 77.869 og 81.363, hvor et forsikringselskab ikke som ønsket af kunden blev pålagt pligt til at tilbagebetale en del af den erlagte præmie som følge af, at selskabet havde udbudt et nyt produkt, som var billigere end kundens. Ankenævnet henviste blandt andet til, at der ikke bestod ikke en almindelig pligt til at orientere den enkelte forsikringstager om selskabets nye produkter, og en sådan pligt kunne heller ikke udledes af reglerne om god skik, herunder god skik bekendtgørelsen.³⁸

I de fleste tilfælde er det dog således, at ankenævnene i forbindelse med culpabedømmelsen tillægger en manglende efterlevelse af forskrifterne *negativ virkning*, idet man forholder sig til betydningen af tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter. Dette sker primært på følgende tre måder:

For det første forekommer det, at det blot nævnes, at der ikke er handlet i overensstemmelse med gældende forskrifter, eller det kritiseres, at en offentligretlig forskrift er tilsidesat, men dette fører ikke til pålæggelse af erstatningsansvar. Dette kan skyldes flere forhold, herunder *at* det ikke tillægges betydning ved culpabedømmelsen, *at* andre forhold medfører, at der ikke er grundlag for ansvar, eller *at* andre erstatningsretlige betingelser ikke anses for opfyldt, herunder at der ikke foreligger årsagssammenhæng mellem tilsidesættelsen af forskriften og det af kunden lidt tab. Se til illustration af de tre situationer henholdsvis:

PAN nr. 555/2008, hvor et samlet ankenævn fandt det kritisabelt, at Roskilde Bank anbefalede klagerne at optage lån til køb af aktier i banken. Flertallet fandt, at dette forhold ikke i sig selv kunne føre til, at banken var erstatningsansvarlig over for klagerne, og da banken ikke på anden måde havde begået ansvarspådragende fejl ved sin rådgivning af klagerne, blev klagen ikke taget til følge. Mindretallet fandt derimod banken erstatningsansvarlig blandt andet med henvisning til, at banken havde en egen særlig økonomisk interesse i at sælge egne aktier. Efter mindretallets opfattelse var det i strid med branchekutyme at tilbyde kunder lånepakker til køb af egne aktier, og at banken ved sin mangelfulde rådgivning overtrådte reglerne om god skik.

RAN nr. 21102028, hvor Realkreditankenævnet fandt, at det indklagede institut ikke var i stand til i medfør af § 15 i god skik bekendtgørelsen at fremlægge dokumentation for rådgivningen af klageren. Men da aftaleindgåelsen var skriftligt, og da der i det skriftlige materiale var givet tilstrækkelig information om lånets opsigelses- og indfrielsesvilkår, blev instituttet frifundet.

PAN nr. 247/2009 om tegning af garantbeviser i Løkken Sparekasse. Flertallet bemærkede, at ved tegningen af garantikapital i 2007 for klagerens kapital- og ratepensionsmidler var garantbeviser ifølge Løkken Sparekasses vedtægter ikke omsættelige. Anbringelsen var derfor i strid med § 12, stk. 1, nr. 7, i bekendtgørelse nr. 1464 af 13. december 2006 om puljepension og andre skattebegunstigede opsparingsformer m.v. (puljebekendtgørelsen). Sparekassen havde derfor en strafsanktioneret pligt til at påse, at reglen blev overholdt. Flertallet fandt det kritisabelt, at dette ikke var sket, men tilføjede herefter, at undladelse heraf medfører imidlertid ikke i sig selv et erstatningsansvar, idet spørgsmålet herom afhænger af, om de øvrige erstatningsbetingelser er opfyldt. Sparekassens undladelse af at overholde § 12, stk. 1, nr. 7, fandtes ikke at have haft betydning for kundens tab, hvorfor sparekassen ikke blev pålagt erstatningsansvar for det lidt tab. Mindretallet fandt ligeledes, at der var handlet i strid med puljebekendtgørelsen, hvorfor sparekassen burde stille kunden, som om kundens midler på det pågældende tidspunkt var blevet anbragt i overensstemmelse med puljebekendtgørelsens regler. Under de konkrete omstændigheder ville dette have medført, at kunden ikke havde lidt et tab, hvorfor sparekassen fandtes at være erstatningsansvarlig for det tabte beløb.

³⁷ Bekendtgørelsen § 6, stk. 3, stiller krav om, at vilkår om ændringer i løbende kundeforhold af renter, gebyrer, bidrag eller andet vederlag skal indeholde en angivelse af de forhold, der kan udløse en ændring, og ikke må give den finansielle virksomhed en vilkårlig adgang til at foretage ændringer.

³⁸ Jf. bekendtgørelse nr. 965 af 30. september 2009.

For det andet er der tilfælde, hvor det nævnes, at der ikke er handlet i overensstemmelse med offentligretlige forskrifter, men dette fremhæves ikke særskilt i begrundelsen for at pålægge ansvar. Se eksempelvis,

PAN nr. 550/2011, hvor et samlet Pengeinstitutankenævn indledningsvist bemærkede, at det følger af god skik bekendtgørelsen § 7, stk. 2,³⁹ at pengeinstituttet skal yde rådgivning af egen drift, hvor omstændighederne tilsiger, at der er behov herfor. Det indklagede pengeinstitut fandtes i den konkrete sag at have været forpligtet til at rådgive klageren om konsekvenserne af, at klager påtog sig at hæfte som meddebitor for samleverens kredit, herunder om at hun ikke var forpligtet til at underskrive som meddebitor. Dette blev dog ikke særskilt fremhævet i flertallets begrundelse for at pålægge pengeinstituttet erstatningsansvar.

PAN nr. 1148/2009, hvor det indledningsvis blot nævnes, at i forbindelse med ikrafttrædelsen den 1. november 2007 af reglerne om investorbeskyttelse, de såkaldte MiFID-regler, blev der udarbejdet en investeringsprofil, der viste, at klagerens risikovillighed var lav.

For det tredje er der tilfælde, hvor tilsidesættelsen af de offentligretlige forskrifter fremhæves som (del-)begrundelse for, at der er handlet culpøst. Se eksempelvis,

PAN nr. 990/2010 (den del af klagen, som vedrører Roskilde Banks erstatningsansvar for tab ved optagelse af lån på 17 mio. kr. til brug for investering i Bankinvest Højrentelande). Ankenævnet bemærkede indledningsvis, at det af § 13 i den dagældende bekendtgørelse om god skik⁴⁰ fremgik, at et pengeinstitut skulle fraråde en disposition, hvis konsekvenser oversteg kundens økonomiske formåen. Desuden skulle et pengeinstitut, der medvirkede til særligt risikofyldte investeringer i samarbejde med kunden foretage en omhyggelig vurdering af kundens muligheder for at bære et eventuelt tab. Blandt andet på baggrund heraf fandt ankenævnet, at Roskilde Bank handlede ansvarspådragende, da den anbefalede klageren at optage et lån på 17 mio. kr. og investere provenuet i Bankinvest Højrentelande.

PAN nr. 178/2012, hvor mindretallet fandt, at et 30-årigt fastforrentet obligationslån var et relevant alternativ til det optagne prioritetslån med særlige vilkår, og som kunne dække klagerens behov. Banken var derfor forpligtet til at rådgive klagerne om muligheden for at optage et sådant lån i overensstemmelse med i god skik bekendtgørelsen § 14, stk. 2. Mindretallet fandt endvidere, at de oplysninger banken var forpligtet til at give klagerne efter § 14, stk. 2, skulle leveres skriftligt og bekræftes ved brug af standardskemaet i bekendtgørelsens bilag 2, jf. § 15, stk. 1. Da disse oplysninger ikke fremgik af det materiale, som klageren havde fået udleveret, og da det ikke i øvrigt er godtgjort, at klagerne havde modtaget disse oplysninger på anden vis, fandtes banken har begået en ansvarspådragende fejl med erstatningspligt til følge. Flertallet, som kom til det modsatte resultat, forholdt sig ikke til kravene i god skik bekendtgørelsen.

Fra forsikringsområdet, se FAN nr. 81.066: Ankenævnet fremhævede, at efter § 28 i god skik bekendtgørelsen⁴¹ skulle det modtagne selskab ved en forsikringstagers skift af selskab oplyse kunden om alle væsentlige begrænsninger i dækningen i forhold til den tidligere forsikring. På baggrund heraf og efter en gennemgang af oplysningerne i sagen fandt nævnet efter en samlet vurdering, at selskabets rådgivning havde været af en sådan karakter, at det i det konkrete tilfælde var afskåret fra at gøre det usædvanlige vilkår gældende. Selskabet skulle derfor stille klageren, som om han havde fortsat sin hidtidige ulykkesforsikring.

3.2.3 Betydningen af Finanstilsynets påtaler mv.

I andre tilfælde er det ved culpabedømmelsen tillagt betydning, at Finanstilsynet har påtalt eller på anden måde, eksempelvis i forbindelse med undersøgelser af den pågældende virksomhed har kritiseret, at en finansiel virksomhed ikke har overholdt offentligretlige forskrifter. Der kan eksempelvis være tale om, at markedsføringsmateriale ikke har været i overensstemmelse med god skik kravene, eller at virksomheden ikke har haft fornødne forretningsgange mv., der som nævnt ovenfor under 2.1.2.1 mere indirekte har til formål at beskytte kunderne og investorerne. Sådanne forhold er dog i Pengeinstitutankenævnets praksis især tillagt betydning i forhold til

³⁹ Jf. bekendtgørelse nr. 965 af 30. september 2009.

⁴⁰ Jf. bekendtgørelse nr. 1261 af 8. december 2006.

⁴¹ Jf. bekendtgørelse nr. 769 af 27. juni 2011.

bevisbyrdespørgsmålet. I en række tilfælde har Finanstilsynets påtaler mv. ført til, at pengeinstituttet er blevet pålagt bevisbyrden, således at der pålægges ansvar, medmindre pengeinstituttet i det konkrete tilfælde har kunnet bevise, at det i forhold til den pågældende kunde har ydet tilstrækkelig rådgivning. Se nærmere nedenfor under 3.3.3.

Som eksempler på at Finanstilsynets påtaler og andre tilkendegivelser er tillagt såvel positiv som negativ betydning ved culpabedømmelsen, se

PAN nr. 537/2011, hvor Pengeinstitutankenævnet bemærkede, at det af en afgørelse fra Finanstilsynets den 15. september 2008 over for et andet pengeinstitut fremgik, at begrebet 'markedsmæssige forhold' som begrundelse for forhøjelse af rentetillæg ikke på tilstrækkelig måde i henhold til de offentligtretlige regler om god skik angiver de forhold, der kan udløse en ændring. Banken fandtes ikke berettiget til at foretage forhøjelser af rentetillægget.

I PAN nr. 128/2010 fandt Pengeinstitutankenævnet (flertallet) dog, at et vilkår om rentestigning ikke var i strid med § 6, stk. 3 i den dagældende god skik bekendtgørelse, hvilket efter flertallets opfattelse understøttedes af baggrunden for bestemmelsen, således som den var refereret i Finanstilsynets afgørelse af 15. september 2008 vedrørende et andet pengeinstitut.

3.2.4 Betydning af skriftligt materiale

Det fremgår af § 6, stk. 1, i god skik bekendtgørelsen, at en finansiell virksomhed skal indgå eller bekræfte alle væsentlige aftaler med sine kunder i papirformat eller på andet varigt medium. En aftale skal indeholde en beskrivelse af parternes væsentlige rettigheder og pligter samt af de finansielle ydelser, der er omfattet af aftalen. Er der i forbindelse med aftalens indgåelse ydet individuel rådgivning, skal væsentlige forudsætninger for rådgivningen nedfældes i aftalen eller fremgå af bilag til aftalen i enten papirformat eller på andet varigt medium.

Det forhold, at disse krav med hensyn til skriftlighed i forbindelse med den konkrete sag om rådgivningen er tilsidesat, medfører ikke nødvendigvis, at der statueres culpa med erstatningsansvar til følge, jf. således PAN nr. 14/2012 gengivet ovenfor under 3.2.2, hvor ankenævnet bemærkede, at der burde have været udfærdiget en skriftlig aftale om omprioritering af ejendommen, men denne tilsidesættelse af skriftlighedskravet kunne imidlertid ikke i sig selv medføre, at banken var erstatningsansvarlig.

Det fremgår dog af andre ankenævnsager, at manglende eller utilstrækkeligt/vildledende skriftligt materiale er blevet tillagt betydning ved den erstatningsretlige vurdering. Det er sket dels i forhold til culpabedømmelsen og dels ved fastlæggelse af bevisbyrdefordelingen. Om sidstnævnte, se nærmere nedenfor under 3.3.4.

I flere sager har den finansielle virksomhed, som begrundelse for at der er ydet tilstrækkelig rådgivning, henvist til, at kunden har fået udleveret faktaark eller andet skriftligt materiale, som i fornødent omfang beskrev de risici, som var forbundet med de foretagne investeringer. I sådanne tilfælde har Pengeinstitutankenævnet vurderet indholdet af det foretagne materiale. Såfremt materialet ikke har været tilstrækkeligt afbalanceret med hensyn til fordele og risici ved investeringen eller på anden måde ufyldstgørende, kan dette danne grundlag for at statuere culpøs adfærd. Se eksempelvis,

PAN nr. 1141/2009 (flertallet), hvor banken i forbindelse med en sag om utilstrækkelig rådgivning ved placering af et ejendomsprovenu i BankInvest Højrentelände henviste til, at kunden under et møde blev meget grundigt informeret om investeringsbeviset med baggrund i et udleverede faktaark. Ankenævnets flertal var af den opfattelse, at faktaarket ikke indeholdt en dækkende beskrivelse af de risici, der var forbundet med investeringen. Der blev lagt vægt på, at risikoen ved

investeringen ifølge faktaarket var lav, hvilket efterfølgende af BankInvest blev ændret til høj risiko, og at faktaarket ikke indeholdt en redegørelse for den særlige risiko, der var forbundet med, at de sikkerheder, der lå bag investeringsbeviset, var konjunkturfølsomme, hvilket sammen med bestemmelsen om udbyttebetaling medførte betydelig kursusikkerhed. Da der i øvrigt ikke var grundlag for at antage, at kunden havde modtaget rådgivning om disse forhold, fandtes banken også ud fra synspunktet om manglende risikospredning at have pådraget sig ansvar i forbindelse med rådgivningen om investeringen i BankInvest Højrentelønde.

I andre tilfælde er det foreliggende skriftlige materiale i forhold til den finansielle virksomhed tillagt positiv betydning ved culpabedømmelsen, således at det med henvisning til det foreliggende (fyldestgørende) skriftlige materiale er blevet statueret, at der ikke er handlet culpøst. Se eksempelvis,

PAN nr. 188/2011, hvor en sparekasses rådgivning vedrørende rente- og valutaswaps skete på baggrund af et præsentationsmateriale. Materialet angav fordele ved produktet, herunder den aktuelle rentebesparelse samt de generelle risici forbundet med rente- og valutaswaps, herunder at valutaswappens markedsværdien blev påvirket af renteændringer og kursændringer på CHF. Det var desuden udtrykkeligt angivet, at en stigende kurs på CHF i forhold til DKK vil medføre tab. Ankenævnet fandt herefter ikke, at sparekassen havde pådraget sig et erstatningsansvar for klagerens tab på den indgåede valutaswapaftale.

PAN nr. 386/2010, hvor ankenævnet med henvisning til de af banken udarbejdede økonomiberegninger ikke fandt det godt gjort, at banken ved rådgivning af klageren i forbindelse med dennes beslutning om køb af fast ejendommen begik fejl eller forsømmelser, der kunne medføre erstatningsansvar.

PAN nr. 1068/2010, hvor kunden forud for en investering i KapitalPleje A/S havde modtaget en brochure om produktet. Det fremgik heraf, at "investeringsstrategien beror også på at geare selskabets egenkapital" og at målsætningen var "at skabe et gennemsnitligt afkast på minimum 12 pct. p.a. før driftsomkostninger, med en samlet risiko lidt over niveauet for investeringer i aktiemarkedet." På baggrund af dette materiale fandt nævnet det sandsynliggjort, at kunden havde en høj risikovillighed og accepterede risikoen ved investeringen i KapitalPleje A/S.

Fra realkreditområdet, se RAN nr. 21006078, hvor flertallet fandt, at det efter en gennemlæsning af lånetilbuddet med tilhørende Standardiseret Europæisk Informationsblad, som indeholdt en tydelig angivelse af lånets indfrielsesvilkår, måtte stå klageren klart, at lånet var baseret på inkonvertible obligationer.

3.2.5 Kundens forhold – risikoprofil og krav til kunden

Som nævnt ovenfor under 2.1 er fastlæggelse af kundens risikoprofil og risikovillighed en hel central forpligtelse i forbindelse med finansielle virksomheders rådgivning om finansielle produkter. Manglende fastlæggelse af kundens risikoprofil eller manglende sammenhæng mellem kundens risikoprofil og den risiko, som er forbundet med de foretagne investeringer, er da også i ankenævnspraksis tillagt betydning ved culpabedømmelsen. Om et tilfælde, hvor den manglende sammenhæng mellem den fastlagte risikoprofil og de foretagne investeringer blev tillagt betydning, se

PAN nr. 443/2010, hvor klageren valgte en risikovillighed svarende til 2 på en skala fra 1-10. Vedrørende investeringsstrategien var det anført, at kunden "Ønsker så risikofrie investeringer som muligt, også selv om afkastet af den grund bliver minimalt. Ønsker minimalt værdiudsving i formuen". Af den fremlagte beholdningsoversigt pr. 30. juni 2008 fremgik, at banken havde investeret ca. 50 pct. af kundens midler i ScandiNotes II Senior obligationer, ca. 13 pct. i ScandiNotes III Mezzanine obligationer og ca. 21 pct. i ScandiNotes IV Mezzanine obligationer. Ankenævnet fandt, at de foretagne investeringer var i strid med kundens valg af lav risikovillighed i formueplejeaftalen, og på den baggrund kunne en aftalt ansvarsbegrænsning ikke finde anvendelse.⁴²

⁴² Se i øvrigt nedenfor under 3.4.

Det må antages, at et pengeinstitut på baggrund af de foreliggende oplysninger om kundens risikoprofil, afhængig af de nærmere omstændigheder, har en pligt til at rådgive kunden om de særlige risici, som er forbundet med investering i bestemte værdipapirer. Tilsidesættelse af denne rådgivningspligt kan være culpøs med erstatningsansvar til følge. Se således,

PAN nr. 1072/2010, hvor et enigt ankenævnet indledningsvist fandt, at i betragtning af klagerens økonomiske forhold og den omstændighed, at hun efter det oplyste ikke havde relevant investeringserfaring, herunder erfaring med gearede investeringer, burde banken have rådgivet hende om risikoen ved den foretagne investering samt undersøgt, om den passede til hendes risikoprofil.

Et yderligere aspekt i forbindelse med culpabedømmelsen ved rådgivning om finansielle produkter, som især er relevant i forbindelse med investering i værdipapirer, er, i hvilket omfang *kunden kendte eller burde kende* til de generelle eller specifikke risici, som er forbundet med de foretagne investeringer. Det må antages, at kunder, der investerer i værdipapirer, må forventes at have kendskab til den risiko, som er forbundet med investering i traditionelle produkter som stats- og realkreditobligationer og børsnoterede aktier. På tilsvarende vis må det antages, at kunderne i almindelighed er eller bør være bekendt med andre basale forhold, som karakteriserer bestemte produkter. Se således,

PAN nr. 1074/2009, hvor klageren fandtes ikke at kunne være uvidende om den risiko, der er forbundet med investering i aktier herunder, at kursen kunne vise sig at falde, hvilket klageren derfor selv måtte bære risikoen ved.

PAN nr. 1076/2010, hvor ankenævnet ikke fandt, at banken havde pådraget sig et erstatningsansvar i forbindelse med klagerens optagelse af valutalån. Nævnet bemærkede, at det måtte stå klageren klart, at der ved optagelse af et lån i en anden valuta end danske kroner er en risiko for, at kursen på den anden valuta udvikler sig ugunstigt, således at lånets restgæld i danske kroner stiger.⁴³

Derimod viser de senere års sager om rådgivning om og salg af komplicerede finansielle produkter, at almindelige kunder (detail-)kunder ikke i almindelighed forventes at have kendskab til de risici, som er knyttet til komplicerede produkter. Se eksempelvis den netop refererede PAN nr. 1072/2010. Anderledes forholder sig, såfremt kunden som følge af sin uddannelse eller (tidligere) ansættelse må antages at have kendskab til de risici, som er forbundet med komplicerede produkter. Se eksempelvis,

PAN nr. 379/2011, hvor Pengeinstitutankenævnet frifandt banken med henvisning til, at klageren var kunderådgiver i den daværende Roskilde Bank, og at han blandt andet havde modtaget undervisning i produktet Aktiv Boliginvest, som banken har rådgivet bankens kunder om. Nævnet fandt, at klageren - henset til sit arbejdsområde - ikke kunne have været uvidende om risikoen ved sin investering i BankInvest Højrentelände.

I en række tilfælde er pengeinstituttet ikke blevet pålagt ansvar ud fra et risikosynspunkt, idet det skriftlige materiale, som kunden er blevet præsenteret for i forbindelse med rådgivning om og investering i mere risikofyldte produkter, på tilstrækkelig klar måde har redegjort for de foreliggende risici. Eller med andre ord, kunden må på baggrund af det foreliggende skriftlige materiale antages at have accepteret den med investeringen forbundne risiko.

PAN nr. 443/2011. Det fremgik her af et brev fra banken til kunden, at kundens risikoprofil var middel og udarbejdet på baggrund af kundens oplysninger. Det fremgik desuden, at "Værdien af investeringen kan typisk svinge noget i værdi på kort sigt. Hvis du pludselig får brug for pengene, kan det betyde, at værdien af din investering er faldet." Kunden valgte

⁴³ Anerledes i bemærkningerne til god skik bekendtgørelsens § 7, stk. 2 i vejledningen til denne bekendtgørelse (vejledning nr. 9055 af 13. april 2013).

herefter at investere i forskellige investeringsforeningsbeviser. Ankenævnet fandt, at kunden måtte indse, at hun kunne risikere at lide tab ved investeringerne.

PAN nr. 126/2011, hvor det i forbindelse med lånefinansieret investering fremgik af tillægget til en investeringskredit, at "investeringerne skal sigte efter at skabe et afkast ud over forrentningen af lånet/kreditte. Investeringerne vil derfor tage udgangspunkt i papirer med udsigt til et større afkast og dermed også højere risiko", og at "Markedsforhold og andre forhold kan medføre, at aktiverne ikke kan realiseres uden tab, der ligger ud over det forudsatte ved aftalens indgåelse ... Investering for lånte midler er derfor højere risiko end investering for egne midler". Ankenævnet fandt herefter ikke, at klageren kunne være uvidende om den risiko, der er forbundet med investering samt om den yderligere risiko en lånefinansiering af investeringen ville medføre.

PAN nr. 188/2011 vedrørende tab på en valutaswap. Pengeinstitutankenævnet lagde i sagen til grund, at valutaswapaftalen blev indgået på sparekassens initiativ og anbefaling, og at kunden ingen erfaring havde med det komplekse produkt. På et møde i oktober 2007 blev kunden af sparekassen præsenteret for muligheden for at indgå en swapforretning. Sparekassens rådgivning skete på baggrund af et præsentationsmateriale. Materialet angav fordele ved produktet, herunder den aktuelle rentebesparelse samt de generelle risici forbundet med rente- og valutaswaps, herunder at valutaswappens markedsværdien blev påvirket af renteændringer og kursændringer på CHF. Det var udtrykkeligt angivet, at en stigende kurs på CHF i forhold til DKK ville medføre tab. Sparekassen fandtes ikke at have pådraget sig erstatningsansvar.

3.3 Bevisbyrde

Som nævnt indledningsvist under 2.1.1 er det erstatningsretlige udgangspunkt ved delikt ansvar, at det er skadelidte (her kunden), der har bevisbyrden for, at skadevolder (her den finansielle virksomhed) har handlet culpøst, at der er lidt et tab, samt at der er årsagssammenhæng mellem den culpøse adfærd og det af kunden lidt tab.⁴⁴

Ligefrem bevisbyrde er da også det helt klare udgangspunkt for ankenævnene i sager om erstatningsansvar i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter. Se således eksempelvis PAN nr. 386/2010 (rådgivning om optagelse af lån til finansiering af boligkøb og efterfølgende omlægning heraf), PAN nr. 198/2010 (frarådning af at kunden solgte pengeinstitutets egne aktier) og PAN nr. 240/2012 (optagelse af et afdragsfrit 10-årigt inkonvertibelt realkreditlån). Specielt om ligefrem bevisbyrde for lidt tab, se eksempelvis PAN nr. 96/2012, hvor klageren ikke havde godtgjort, at han var blevet påført et tab i forbindelse med, at hans engagement ikke blev overført til et andet pengeinstitut.

På trods af det klare udgangspunkt med ligefrem bevisbyrde synes der dog at være en tendens til, at især Pengeinstitutankenævnet i de senere år i stigende grad har anvendt omvendt bevisbyrde. Om end billedet ikke er ganske entydigt, har dette specielt været tilfældet i visse sags typer. Desuden er det således, at der er en tendens til, at mindretallet i højere grad end flertallet anvender omvendt bevisbyrde. Mindretallet i en række sager har anvendt omvendt bevisbyrde, mens flertallet har afvist sagen med henvisning til behovet for bevisførelse.

Det skal i øvrigt bemærkes, at spørgsmålet om hvem der bærer bevisbyrden i de sager, som er undersøgt, har vist sig at have stor betydning for den enkelte sags udfald. Et betydeligt antal sager om rådgivning ved ankenævnene er afgjort til den finansielle virksomheds fordel med den begrundelse, at klageren ikke har godtgjort, at virksomheden har begået fejl eller forsømmelser, der har kunnet medføre et erstatningsansvar. I de sager, hvor ankenævnene - primært i de senere år -

⁴⁴ Om bevisbyrde i kontraktforhold, hvor der er en tendens til at anvende omvendt bevisbyrde, se ovenfor under 2.1.3.

har anvendt omvendt bevisbyrde, er resultatet derimod næsten altid faldet ud til kundens fordel, idet den finansielle virksomhed ikke har været i stand til at løfte bevisbyrden, det vil sige, bevise at der i den konkrete sag er ydet tilstrækkelig rådgivning.

Det kan således konstateres, at anvendelse af omvendt bevisbyrde i de undersøgte sager har været en relativt effektiv måde at skærpe culpaansvaret på.⁴⁵

I det følgende skal det søges afklaret, under hvilke særlige omstændigheder/i hvilke særlige tilfælde ankenævnene har anvendt omvendt bevisbyrde. Under hensyn til kommissoriet for udredningen, er undersøgelsen begrænset til spørgsmålet om (omvendt) bevisbyrde i relation til culpabedømmelsen, hvorfor omvendt bevisbyrde i forhold til lidt tab og årsagssammenhæng ikke behandles.

Om et tilfælde, hvor Pengeinstitutankenævnet anvendte omvendt bevisbyrde med hensyn til spørgsmålet om kausalitet, se PAN nr. 397/2009. Ankenævnet fandt her, da pengeinstituttet ikke havde undersøgt, hvorfra den mindreårige midler stammede, at det måtte påhvile pengeinstituttet at bevise, at værgen trods rådgivning herom ville have anbragt hele eller nogen del af beløbet på en garantkonto.

3.3.1 Særlige rådgivningssituationer

Som nævnt ovenfor under 2.1 er der en nær sammenhæng mellem kend din kunde princippet og den finansielle virksomheds forpligtelse til at kende de risici, som er forbundet med investering i de forskellige typer af værdipapirer. Kravet om kend din kunde og kend dit værdipapir er en nødvendig forudsætning for, at den enkelte kunde kan rådgives om de værdipapirer, som er relevant for den pågældende kunde. Denne sammenhæng eller rettere mangel herpå har i nogle sager været fremhævet som begrundelse for at anvende omvendt bevisbyrde. Se eksempelvis,

PAN nr. 1072/2010, hvor et enigt ankenævn i betragtning af klagerens økonomiske forhold og den omstændighed, at hun efter det oplyste ikke havde relevant investeringserfaring, herunder erfaring med gearede investeringer, fandt, at banken burde have rådgivet hende om risikoen ved den foretagne investering samt undersøgt, om den passede til hendes risikoprofil. Da det ikke af banken var godtgjort, at den havde opfyldt denne forpligtelse, fandt nævnet, at banken havde pådraget sig et ansvar over for klageren i forbindelse med hendes investering i risikofyldte aktier.

PAN nr. 1192/2009 (mindretal) vedrørende investering i 3 % ScandiNotes II Senior og 2 % Kalvebod. Mindretallet fandt ikke, at den indklagede bank ved rådgivningen af kunden levede op til § 21 i den dagældende god skik bekendtgørelse,⁴⁶ hvorefter banken skulle "indhente oplysninger om kundens finansielle situation, erfaring med de relevante finansielle ydelser, formål med at få ydelsen leveret samt risikovillighed og på grundlag heraf rådgive kunden om, hvorvidt de konkrete finansielle ydelser er egnede for kunden." Banken havde rådet klageren, som var født i 1923 og pensioneret, til at sælge sine sikre stats- og realkreditobligationer og i stedet investere i komplekse, strukturerede obligationer, hvilket øgede risikoen i klagerens samlede portefølje ud over klagerens risikovillighed. Mindretallet fandt det ikke godtgjort, at banken orienterede klageren tilstrækkeligt om kompleksiteten og risikoen ved de strukturerede obligationer. Klageren fik derfor medhold hos mindretallet. Flertallet i ankenævnet afviste derimod sagen med henvisning til vedtægterne § 7, stk. 1.

PAN nr. 592/2009, hvor mindretallet fandt, at der var tale om et meget kompleks og særligt risikofyldt produkt, som ikke almindeligvis sælges til privatkunder, og at der derfor, efter reglerne om god skik, påhvilede banken en skærpet forpligtelse til at dokumentere forudsætningerne for anbefalingen af produktet, herunder en omhyggelig vurdering af klagers mulighed for at bære et eventuelt tab, og en skærpet forpligtelse til at beskrive produktets risici og øvrige karakteristika i aftalegrundlaget. Mindretallet fandt det ikke godtgjort, at banken havde ydet fyldestgørende rådgivning om de specifikke risici ved produktet, og bemærkede i øvrigt, at banken måtte være nærmest til at bære risikoen ved en eventuel

⁴⁵ Bevisbyrdens betydning for den reelle effektivitet i relation til forbruger- og investorbekyttelsen er behandlet i teorien. Se eksempelvis *Henrik Juul*, Forbrugerbeskyttelse eller kompromisets kunst? i *Lennart Lyngø Andersen* (red.), Kreditrettens udvikling, 2003, s. 89 ff.

⁴⁶ Jf. bekendtgørelse nr. 1046 af 27. oktober 2004.

bevisisikkerhed, idet de specifikke risici ved produktet ikke var beskrevet i aftalegrundlaget. Flertallet afviste med henvisning til behovet for bevisførelse, jf. nævnets vedtægter § 7, stk. 1.

Det forhold, at der er tale om rådgivning og investering af *mindreåriges frie midler*, er i et antal sager, primært om køb af garantbeviser, blevet fremhævet som begrundelse for at pålægge det involverede pengeinstitut bevisbyrden for, at der i det konkrete tilfælde er rådgivet om det særlige ved garantbeviser, nemlig at der er risiko for, at garantbeviserne mister værdi, såfremt det garantudstedende pengeinstitut kommer i økonomiske vanskeligheder. Se eksempelvis,

PAN nr. 162/2011, hvor klagerens garantikapital Løkken Sparekasse for i alt 80.000 kr. blev tegnet i 2006 og 2008 for midler, der stod på klagerens ungdomskonto (Spardillekonto/Top17 konto) i sparekassen. Ankenævnet lagde til grund, at 51.500 kr. hidrørte fra en gave ydet af klagerens bedstefæder uden særlige vilkår, hvorfor klageren, der var født i 1995, var berettiget til frit at råde over det beløb på 50.000 kr., som klageren tegnede garantikapital for. På baggrund heraf fandt ankenævnet, at sparekassen på tydelig måde burde have informeret om, at den relativt høje forrentning på garantikapitalkontoen blev modsvaret af en risiko for at miste pengene, hvis sparekassen fik økonomiske problemer. Ankenævnet fandt ikke, at sparekassen havde godtgjort, at klageren fik tilstrækkelig rådgivning om betydningen af at indskyde midler som garantikapital. Det forhold, at klageren blev repræsenteret af faderen, som var værge, ændrede ikke ved sparekassens rådgivningsforpligtelse, da midlerne ikke var undergivet værgens forvaltning, jf. § 42 i værgemålsloven.

PAN nr. 1/2010 om midler som klageren, der på tegningstidspunktet var 11 år, frit kunne råde over som mindreårig. Ankenævnet fandt, at sparekassen på tydelig måde burde have informeret klageren om, at den relativt høje forrentning på garantikapitalkontoen blev modsvaret af en risiko for at miste pengene, hvis sparekassen fik økonomiske problemer. Det fandtes ikke af sparekassen godtgjort, at klageren fik en tilstrækkelig rådgivning om betydningen af at indskyde midler som garantikapital. Det forhold, at klageren blev repræsenteret af sine bedsteforældre ændrede ikke ved sparekassens rådgivningsforpligtelse.

PAN nr. 304/2010, hvor klageren ønskede at indsætte de 3 x 12.000, som hendes tante havde givet hendes 3 børn, på børneopsparingskonti i sparekassen. Dette kunne dog beløbsmæssigt ikke lade sig gøre, idet indskuddet var maksimeret til 3.000 kr. pr. år. De resterende beløb blev derfor fordelt med 3.000 kr. på hver af børnenes almindelige indlånskonti og 6.000 kr. på en garantikapitalkonto til hvert af børnene. Under disse omstændigheder fandt ankenævnet, at det påhvilede sparekassen at godtgøre, at klageren blev rådgivet om forskellen på den risiko, der var forbundet med de forskellige kontoformer. Da sparekassen ikke havde godtgjort at have rådgivet klageren eller dennes børn i overensstemmelse med ovenstående, fik klageren medhold.

3.3.2 Betydningen af offentligretlige forskrifter

Som nævnt ovenfor under 2.1.2.1 og 2.3.2 kan tilsidesættelse af offentligretlige forskrifter få betydning ikke alene for culpabedømmelsen, men også for bevisbyrdefordelingen i sager om utilstrækkelig rådgivning om finansielle produkter. Den foreliggende ankenævnspraksis viser eksempler på, at manglende overholdelse af sådanne forskrifter har ført til, at den finansielle virksomhed er blevet pålagt at bevise, at der trods den manglende overholdelse af en offentligretlig forskrift er ydet tilstrækkelig rådgivning. Der synes dog ikke at være et klart mønster i disse sager.

Om tilfælde, hvor tilsidesættelse af regler i investorbekendtgørelsen havde direkte betydning for bevisbyrdespørgsmålet, se,

PAN nr. 571/2008, hvor ankenævnet fandt, at nogle handler med ScandiNotes og Kalvebod obligationer ikke opfyldte betingelserne i investorbekendtgørelsen § 19,⁴⁷ hvorfor handlerne ikke kunne gennemføres efter reglerne om execution only. I forbindelse med kundens køb af obligationerne i juni 2008 burde banken derfor have udført en hensigtsmæssighedstest, jf. bekendtgørelsen § 17, med henblik på at fastslå, om kunden havde den nødvendige erfaring og viden til at forstå den særlige risiko, som var forbundet med disse obligationer, og i benægtende fald have gjort kunden

⁴⁷ Jf. bekendtgørelse nr. 809 af 29. juni 2007.

udtrykkeligt opmærksom herpå. Under disse omstændigheder fandt ankenævnet, at det måtte påhvile banken at godtgøre, at den manglende rådgivning havde været uden betydning for kundens dispositioner.

Fra realkreditområdet, se RAN nr. 21101002. Det var her ikke muligt for ankenævnet nærmere at afdække indholdet af en aftale om afdragsfrihed, idet aftalen ifølge oplysninger fra instituttet var indgået mundtligt. Nævnet kunne således ikke afgøre, om der blev indgået aftale om en maksimal afdragsfrihed på 5 år, således at yderligere afdragsfrihed forudsatte indgåelse af en ny aftale, eller om der blev etableret en aftale om afdragsfrihed på i alt 10 år efter en såkaldt 'klippekort-model'. Det var imidlertid nævnets opfattelse, at instituttet havde været den nærmeste til at bevissikre indholdet af aftalen, jf. kravene i god skik bekendtgørelsen § 6, stk. 1, om, at en finansiel virksomhed skal indgå eller bekræfte alle væsentlige aftaler med sine kunder i papirformat eller på andet varigt medium. Nævnet fandt derfor, at bevisusikkerheden i sagen måtte komme instituttet til skade, og at klageren skulle stilles, som om der var aftalt afdragsfrihed på i alt 10 år, således at klageren havde option på at udnytte de sidste 5 års afdragsfrihed.

Om et tilfælde, hvor en mulig tilsidesættelse af krav i god skik bekendtgørelsen derimod ikke under de givne omstændigheder medførte omvendt bevisbyrde, se

PAN nr. 240/2012. Ankenævnets flertal fandt, at det som udgangspunkt måtte påhvile klageren at bevise, at rådgivningen var ansvarspådragende. Det forhold, at der tilsyneladende ikke i forbindelse med hjemtagelsen af det omhandlede lån blev udarbejdet en erklæring vedrørende rådgivning om lån med sikkerhed i fast ejendom, jf. god skik bekendtgørelsens krav herom, kunne, henset til navnlig indholdet af lånedokumenterne, hvor de særlige indfrielsesvilkår var angivet, og til at klageren efter flertallets opfattelse havde en ikke ubetydelig erfaring med realkreditbelåning, ikke medføre, at bevisbyrden påhvilede banken.

I enkelte tilfælde er Finanstilsynets tilkendegivelse vedrørende fortolkning af offentligretlige regler tillagt betydning i relation til bevisbyrdespørgsmålet. Se eksempelvis

PAN nr. 537/2011, hvor ankenævnet i en sag om ændring af rentetillæg bemærkede, at det af en afgørelse fra Finanstilsynet den 15. september 2008 over for et andet pengeinstitut fremgik, at begrebet "markedsmæssige forhold" ikke på tilstrækkelig måde i henhold til de offentligretlige regler om god skik angav de forhold, der kunne udløse en ændring af rentetillægget. Ankenævnet fandt, at baggrunden for, at banken havde hævet tillægget, var, at klagerens ejendom var faldet væsentligt i værdi siden kredittens etablering. Ankenævnet fandt ikke, at banken med den anførte begrundelse og det konkrete sagsforløb havde godtgjort, at banken havde været berettiget til at gennemføre tre forhøjelser af rentetillægget.

3.3.3 Betydning af Finanstilsynets påtaler m.v.

Finanstilsynets påtaler mv. har ført til, at pengeinstituttet er blevet pålagt bevisbyrden, således at der pålægges ansvar, medmindre pengeinstituttet i det konkrete tilfælde har kunnet bevise, at det i forhold til den pågældende kunde har ydet tilstrækkelig rådgivning. Den bevismæssige betydning af Finanstilsynets påtaler i en given rådgivningssituation kan illustreres med udgangspunkt i Pengeinstitutankenævnets praksis vedrørende Jyske Banks rådgivning og salg af produktet Jyske Invest Hedge Markedsneutral – Obligationer (Jyske Hedge).⁴⁸

Pengeinstitutankenævnet har dog også i andre tilfælde end ved Jyske Hedge anvendt omvendt bevisbyrde med henvisning til Finanstilsynets påtaler. Se eksempelvis,

PAN nr. 1065/2009, hvor der som begrundelse for omvendt bevisbyrde blev henvist til, at Finanstilsynet over for et fondsmæglerselskab havde påtalt, at faktaark vedrørende produktet Plus Bonusrente 2013 ikke indeholdt en afbalanceret beskrivelse af produktet og de risici, der var knyttet til en investering heri, hvorfor der var handlet i strid med redelig

⁴⁸ Nærmere om Jyske Hedge-sagerne, se *Nikoline Voetmann, Camilla Hørby Jensen og Nis Jul Clausen, finans/invest 2/2011 s. 13 ff., Nis Jul Clausen, Camilla Hørby Jensen og Nina Dietz Legind, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 4/2010 s. 338 ff., Nis Jul Clausen, finans/invest 3/2010 s. 10 ff. samt Niels Vase, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 1/2011 s. 60 ff. og samme, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2/2012 s. 148.*

forretningsskik og praksis inden for virksomhedsområdet, jf. § 43, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed. Der måtte derfor påhvile et pengeinstitut, som solgte Plus Bonusrente 2013, at godtgøre, at kunden forud for købet af Plus Bonusrente 2013 havde modtaget fyldestgørende rådgivning om risikoen for, at obligationerne ikke bliver indløst til mindst kurs 100. Dette fandtes ikke at have været tilfældet i den konkrete sag, hvor ankenævnet desuden fandt, at pengeinstituttet ikke alene på baggrund af kundens erfaring med andre strukturerede obligationer fra udstederen Plus Invest kunne forudsætte, at kunden var fortrolig med obligationernes særlige karakter.

Baggrunden for Jyske Hedge sagerne sager var, at Jyske Bank i 2007 markedsførte Jyske Invests produkt Jyske Invest Hedge Markedsneutral - Obligationer (Jyske Hedge). I forbindelse hermed blev der til ca. 35.000 kunder udsendt markedsføringsmateriale bestående af en salgsbrochure med indbygget tegningsprospekt og vedtægter for foreningen. Brochuren indeholdt en række oplysninger om foreningen og tegnede i den første del af materialet et meget positivt billede af produktet. Derimod var risiciene ved investeringen ikke særligt fremhævet. I efteråret 2007 købte en række kunder gennem Jyske Bank andele i Jyske Hedge - typisk til tegningskursen 102. I efteråret 2008 faldt kursen til ca. 20. Dette medførte en lang række klager til Pengeinstitutankenævnet med krav om kompensation for mangelfuld rådgivning i forbindelse med investeringen i Jyske Hedge. Det skal bemærkes, at selvom salgene af Jyske Hedge skete såvel før som efter 1. november 2007, er det i sagerne ikke særskilt tillagt betydning, om salgene er sket før eller efter ikrafttræden af reglerne i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen, som med virkning fra 1. november 2007 implementerede MiFID reglerne.

Ved afgørelse af 8. juli 2009 påtalte Finanstilsynet over for Jyske Invest, at der var handlet i strid med redelig forretningsskik og god praksis, jf. § 18 i den dagældende lov om investeringsforeninger, specialforeninger m.v. Finanstilsynet fandt, at den af foreningen udarbejdede salgsbrochure om Jyske Hedge ikke udgjorde en afbalanceret beskrivelse af produktets egenskaber og de risici, der var forbundet med investeringen.⁴⁹

I forhold til Jyske Bank fandt Finanstilsynet i sin afgørelse af 24. november 2009 ikke, at banken havde levet op til kravene i den dagældende god skik bekendtgørelsen § 7, stk. 3, 3. pkt., hvorefter banken skulle orientere om de risici, der var relevante for kunderne. Finanstilsynet påtalte derfor over for Jyske Bank, at den ikke generelt havde taget skridt til at rette op på, at salgsbrochuren ikke udgjorde en afbalanceret beskrivelse af produktets egenskaber og de risici, der var forbundet med investeringen. Banken havde i den forbindelse heller ikke sikret, at kunder, der blev anbefalet at geninvestere midler fra udløbne strukturerede obligationer og stats- og realkreditobligationer, på tydelig måde blev informeret om relevante risici ved en investering i hedgeforeningen.

I de første sager vedrørende Jyske Hedge anvendte Pengeinstitutankenævnet ligefrem bevisbyrde, således at kunden for at kunne gøre krav gældende over for Jyske Bank, måtte bevise, at banken havde begået ansvarspådragende fejl i forbindelse med rådgivningen og købet af Jyske Hedge. Se eksempelvis,

PAN nr. 32/2009, hvor kunden den 31. oktober 2007 (dagen før investorbeskyttelsesbekendtgørelsen trådte i kraft) købte Jyske Hedge til en samlet kursværdi på 499.902 kr. Som sagen var forelagt, skulle banken have anbefalet de nævnte værdipapirer og i den forbindelse have oplyst, at disse skulle være langt mindre risikobetonede end aktier. Risikoen skulle ligge et sted mellem aktier og obligationer. Et enigt ankenævn fandt, at kunden ikke havde anført omstændigheder, der kunne medføre et erstatningsansvar for Jyske Bank i forbindelse med klagerens tab på investeringen. Ankenævnet henviste i øvrigt til, at der ikke var oplyst nærmere om klagers risikoprofil, investeringshorisont og engagement i øvrigt.

⁴⁹ Jyske Bank har efterfølgende stævnet Finanstilsynet med påstand om, at denne påtale er uberettiget.

Efter offentliggørelsen af Finanstilsynets påtaler har Pengeinstitutankenævnet dog i et betydeligt antal sager anvendt omvendt bevisbyrde med udtrykkelig henvisning til påtalerne. I sagerne er der nærmest tale om standardbegrundelser, og afgørelserne er således i vidt omfang enslydende uanset forskelle i kundernes risikoprofil og formueforhold. Se eksempelvis, PAN nr. 1081/2010, hvor ankenævnet udtalte:

"Af Finanstilsynets afgørelse af 24. november 2009 til Jyske Bank fremgår:

"Finanstilsynet påtaler, at Jyske Bank A/S i forbindelse med salg af andele i Jyske Invest Hedge Markedsneutral – Obligationer ikke generelt har taget skridt til at rette op på, at salgsbrochuren fra Investeringsforeningen Jyske Invest Hedge Markedsneutral – Obligationer ikke udgør en afbalanceret beskrivelse af produktets egenskaber og de risici, der er forbundet med investeringen. Banken har i den forbindelse heller ikke sikret, at kunder, der blev anbefalet at geninvestere midler fra udløbne strukturerede obligationer og stats- og realkreditobligationer, på tydelig måde blev informeret om relevante risici ved en investering i hedgeforeningen. Jyske Bank A/S har derved ikke levet op til forpligtelsen i den dagældende bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder, § 7, stk. 3, 3. pkt."

Det er understreget i afgørelsen, at Finanstilsynet ikke hermed har taget stilling til, hvorvidt rådgivningen af den enkelte kunde lever op til bekendtgørelsens krav. Herefter finder Ankenævnet, at det i den konkrete sag må påhvile Jyske Bank at godtgøre, at klageren forud for købet af Jyske Invest Hedge Markedsneutral – Obligationer har modtaget fyldestgørende rådgivning om, hvorledes disse obligationer risikomæssigt adskiller sig fra såvel almindelige stats- og realkreditobligationer som obligationsbaserede investeringsbeviser, herunder om den særlige risiko, som var en følge af gearingen af produktet. Ankenævnet finder, at Jyske Bank ikke alene på baggrund af udsendelsen af brochuren, der har givet Finanstilsynet anledning til en påtale over for Hedgeforeningen Jyske Invest, har kunnet forudsætte, at klageren var fortroelig med produktets særlige karakter. Da Jyske Bank ikke har godtgjort, at klageren modtog fyldestgørende rådgivning forud for købet af Jyske Invest Hedge Markedsneutral – Obligationer, er banken erstatningsansvarlig for det tab som klageren har lidt som følge af investeringen."

Pengeinstitutankenævnet pålagde herefter i denne som i andre tilsvarende sager Jyske Bank kurtagefrit at tilbagekøbe de af kunden erhvervede Jyske Hedge til den oprindelige anskaffelsessum kurs 102.

Det skal i den sammenhæng bemærkes, at uanset om kunderne har ønsket erstatning eller tilbagekøb, har Pengeinstitutankenævnet besluttet, at der skal ske tilbagekøb, det vil sige, at kunden som ved aftalers ugyldighed og ophævelse stilles, som om aftalen ikke var indgået.⁵⁰ Det forhold, at Jyske Bank generhverver de solgte Jyske Hedge medførte, at efterfølgende kursgevinster/-fald tilfaldt Jyske Bank. Havde der været tale om erstatning i traditionel forstand, ville kunderne derimod have beholdt værdipapirerne, hvorfor efterfølgende kursgevinster/-fald ville tilfalde kunderne. Ved at vælge tilbagekøb frem for erstatning for tab undgås de vanskeligheder, som en fastlæggelse af tabets størrelse ville kunne medføre - vanskeligheder som formentlig ville have medført en skønsmæssig fastlæggelse af tabet. Det kan ikke udelukkes, at kunderne økonomisk stilles bedre ved tilbagekøb end ved et egentlig tabsopgørelse.⁵¹

Som Pengeinstitutankenævnets afgørelser er formuleret, synes det at være det forhold, at Finanstilsynet har afsagt en afgørelse mod banken, hvori det blev fastslået, at banken ikke tog skridt til at rette op på, at salgsbrochuren ikke udgjorde en afbalanceret beskrivelse af egenskaberne ved Jyske Hedge og de risici, der var forbundet med investeringen, at banken ikke sikrede, at kunder på en tydelig måde blev informeret om relevante risici ved en investering i hedgeforeningen, og at

⁵⁰ Om denne problemstilling, se tillige *Niels Vase*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2/2012 s. 155 ff.

⁵¹ Se tillige UfR 2013.183 H omtalt nedenfor under 4.1, hvor Højesteret fastslog, at der kunne blive tale om enten erstatning for tab eller tilbagekøb.

banken herved ikke levede op til forpligtelsen i dagældende god skik bekendtgørelse § 7, stk. 3, 3. pkt., der begrundet omlægningen af bevisbyrden.⁵²

Selv efter Finanstilsynets påtaler har Pengeinstitutankenævnet dog i enkelte tilfælde anvendt omvendt bevisbyrde uden at henvise til påtalerne. Se eksempelvis,

PAN nr. 96/2009, hvor ankenævnet uden henvisning til påtalerne ikke fandt, at pengeinstituttet havde godtgjort at have informeret kunden på en tydelig måde om risici forbundet med køb af blandt andet Jyske Hedge, herunder om den særlige risiko, som var en følge af gearingen af produktet. Det fandtes ej heller godtgjort, at kunden måtte forventes at have det fornødne kendskab hertil.

I andre sager vedrørende Jyske Banks rådgivning og salg af finansielle produkter har ankenævnet dog fastholdt udgangspunktet om ligefrem bevisbyrde. Se eksempelvis,

PAN nr. 931/2009, hvor kunden dels havde investeret i Jyske Hedge, dels i virksomhedsobligationer i Ineos Vinyl Finance Plc 1.12.11. Vedrørende investeringen i Jyske Hedge fandt Pengeinstitutankenævnet med ovennævnte begrundelse, at banken ikke havde godtgjort, at kunden havde modtaget fyldestgørende rådgivning, hvorfor banken fandtes erstatningsansvarlig for det lidte tab. Med hensyn til virksomhedsobligationer i Ineos Vinyl Finance Plc bemærkede ankenævnet derimod, at kunden ifølge Jyske Banks oplysninger havde modtaget rådgivning om den generelle risiko ved virksomhedsobligationer samt om den konkrete risiko ved disse virksomhedsobligationer. Kunden havde herefter ikke godtgjort, at der var begået ansvarspådragende fejl af Jyske Bank i forbindelse med købet af virksomhedsobligationerne.

I forhold til investeringen i Jyske Hedge havde Jyske Bank i denne sag således bevisbyrden for, at der var ydet fyldestgørende rådgivning forud for investeringen, hvorimod klager havde bevisbyrden for, at Jyske Bank havde begået ansvarspådragende fejl i forbindelse med investeringen i virksomhedsobligationerne.

I en række sager om garantbeviser i Løkken Sparekasse, hvor flertallet har afvist at behandle sagen på grund af behovet for bevisførelse, jf. § 7, stk. 1 i vedtægterne for Pengeinstitutankenævnet, har ankenævnets mindretal givet kunden medhold. Mindretallet har her henvist til Finanstilsynets undersøgelse af Løkken Sparekasses generelle håndtering af rådgivning, markedsføring og salg af garantbeviser før indløsningsstopet i 2008, og på den baggrund fundet, at sparekassen måtte bære bevisusikkerheden for, hvorvidt sparekassen i de enkelte tilfælde havde ydet tilstrækkelig rådgivning. Da sparekassen ikke har været i stand til at løfte denne bevisbyrde, har kunderne fået medhold af mindretallet. Se eksempelvis PAN nr. 247/2009 og 162/2011.

3.3.4 Betydningen af skriftligt materiale

Som netop nævnt under 3.3.3 har anvendelsen af omvendt bevisbyrde i et betydeligt antal af Jyske Hedge sagerne været begrundet i, at det foreliggende markedsføringsmateriale, som kunderne var blevet præsenteret for, ikke i tilstrækkelig grad var afbalanceret og reflekterede de risici, som var forbundet med investering i Jyske Hedge. Også i andre tilfælde, hvor Finanstilsynet dog ikke har påtalt forholdet, har Pengeinstitutankenævnet anvendt omvendt bevisbyrde, idet nævnet selv har fundet, at det materiale, som kunderne fik stillet til rådighed, ikke var tilstrækkeligt til at sikre den fornødne rådgivning. Se eksempelvis,

PAN nr. 990/2010, hvor ankenævnet bemærkede, at man i tidligere afgørelser havde fundet, at Roskilde Banks støtteark ikke gav investorerne en retvisende og fyldestgørende beskrivelse af de risici, der var knyttet til produktet Aktiv Boliginvest. Det måtte derfor påhvile banken at godtgøre, at den pågældende kunde forud for indgåelsen af aftalen om Aktiv

⁵² Jf. Nis Jul Clausen, Camilla Hørby Jensen og Nina Dietz Legind, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 4/2010 s. 343.

Boliginvest havde modtaget fyldestgørende rådgivning om risikoen ved produktet. Banken var ikke i stand til at løfte denne bevisbyrde, hvorfor kunden fik medhold i sin klage.

I PAN nr. 67/2010 fandt flertallet i Pengeinstitutankenævnet med udgangspunkt i den foreliggende mailkorrespondance og efterfølgende fremsendt materiale det ikke godtgjort, at kunden havde modtaget tilstrækkelig rådgivning om garantikapitalens status som ansvarlig kapital i forbindelse med tegning af garantikapital. Det blev fremhævet, at i mailen fremstod indskuddet som en højrentekonto med opsigelsesvilkår. Da det tillige måtte antages, at kunden havde lagt afgørende vægt på denne oplysning, fik kunden medhold i sin klage. Mindretallet fandt derimod, at kunden havde modtaget tilstrækkelige oplysninger om garantikapitalen.

Det forhold, at der ikke som foreskrevet i god skik bekendtgørelsen eller i øvrigt ikke er udarbejdet en skriftlig aftale (eller andet varigt medium) har i nogle sager ført til, at ankenævnene, ved Pengeinstitutankenævnet især mindretallet, har anvendt omvendt bevisbyrde. Se således eksempelvis,

PAN nr. 963/2010 (mindretal), hvor klagerens garantiindskud på 70.000 kr. blev etableret med klagerens børneopsparing i umiddelbar forlængelse af udløbet af bindingsperioden. Indskuddet blev ikke foretaget på grundlag af en skriftlig aftale, jf. reglerne om god skik, hvorfor mindretallet fandt, at det måtte påhvile sparekassen at godtgøre, at klageren blev rådgivet om risikoen for at miste pengene, hvis sparekassen fik økonomiske problemer. Da sparekassen ikke kunne løftet denne bevisbyrde, ville mindretallet tage klagen til følge. Flertallet, som ikke gav klageren medhold, nævnte og forholdt sig i øvrigt ikke til den omstændighed, at der ikke forelå en skriftlig aftale.

PAN nr. 453/2011 (mindretal), hvor mindretallet ikke fandt det godtgjort, at banken rådgav klageren tilstrækkeligt om fordele og ulemper ved det af banken ydede valutalån såvel som andre relevante låntyper, som foreskrevet i den daværende god skik bekendtgørelse § 14. Mindretallet fandt endvidere, at det måtte komme banken til skade, at den i strid med § 15 i samme bekendtgørelse ikke sikrede sig skriftlig dokumentation for den rådgivning, banken mente at have ydet klageren. Mindretallet fandt det ikke godtgjort af banken, at klageren i forbindelse med optagelsen af valutalånet modtog tilstrækkelig rådgivning. Flertallet afviste sagen med henvisning til § 7, stk. 1 i nævnets vedtægter.

Fra realkreditområdet, se RAN nr. 21101018, hvor ankenævnet ved vurderingen af rådgivningen fandt, at det bevismæssigt måtte komme instituttet til skade, at der ikke forelå et god skik rådgivningsskema. I mangel heraf lagde nævnet til grund, at instituttet ikke mundtligt havde rådgivet klagerne om vilkårene for kortrentelånet.

3.3.5 Betydning af risikofyldt produkt og risikoprofilen

En række forhold kan begrunde, at der er tale om et *særligt risikofyldt produkt eller arrangement*. Er dette tilfældet, kan det medføre, at den finansielle virksomhed pålægges bevisbyrden. Dette er dog typisk et forhold, som tillægges betydning ved culpabedømmelsen, jf. ovenfor under 3.2.5 Om tilfælde hvor der er anvendt omvendt bevisbyrde, se eksempelvis,

I PAN nr. 451/2010 fremhævede Pengeinstitutankenævnet således i denne sammenhæng, at investeringen var lånefinansieret, og at hele investeringen blev foretaget i ét værdipapir - BankInvest Højrentelande, som ikke kunne anses for et produkt med lav risiko. Nævnet fandt det ikke godtgjort, at banken forinden kunden foretog investeringen, havde rådgivet denne fyldestgørende om den hermed forbundne høje risiko samt om mulige alternative investeringer med en større risikospredning. Desuden fandtes det ikke godtgjort af banken, at kunden foretrak den pågældende investering samt havde accepteret den hermed forbundne risiko.

I PAN nr. 1072/2010 fandtes der at påhvile pengeinstituttet en særlig rådgivningspligt med omvendt bevisbyrde til følge. Dette skete med henvisning til kundens økonomiske forhold og manglende investeringserfaring kombineret den risiko, som var forbundet med den foretagne investering.

I en række sager kædes det forhold, at der er tale om et risikofyldt produkt sammen med kundens risikoprofil. Såfremt de foretagne investeringer i risikofyldte produkter ikke svarer til den for kunden fastlagte eller gældende risikoprofil, kan dette begrunde, at bevisbyrden vendes, således at det påhviler pengeinstituttet at bevise, at man i den enkelte sag har rådgivet kunden om de særlige risici

og eventuelt fået kundens udtrykkelige accept af de foretagne investeringer. Ud over de ovenfor under 3.3.1 refererede sager, se eksempelvis,

PAN nr. 194/2009, hvor klageren havde fået frigjort nogle midler i forbindelse med salg af en andelsbolig og flytning til en lejebolig. Pengeinstitutankenævnet lagde til grund, at klager på mødet med banken havde oplyst, at hun ønskede at investere med lav risiko. Herefter påhvilede det banken på tydeligt måde i forbindelse med rådgivningen at informere klager om, hvordan de aktuelle papirer adskilte sig risikomæssigt fra almindelige stats- og realkreditobligationer samt obligationsbaserede investeringsbeviser, herunder om den særlige risiko som følge af gearingen af produktet. Da banken ikke kunne godtgøre, at en sådan rådgivning havde fundet sted, fandtes banken at have begået en ansvarspådragende fejl ved rådgivningen af klager.

PAN nr. 568/2009 (flertallet), hvor klagers investeringsprofil var henholdsvis dynamisk (frie midler) og offensiv (pensionsmidler), og hvor det uanset klagers investeringsprofil eller hidtidige investeringserfaring blev fastslået, at der påhvilede banken en særlig informationspligt i forbindelse med rådgivningen om investering i et komplekst og risikofyldt produkt. Da det ikke fandtes godtgjort af banken, at klageren havde fået tilstrækkelig information om de særlige karakteristika og risici ved produktet, blev banken pålagt erstatningsansvar.

PAN nr. 974/2009, hvor ankenævnet bemærkede, at pengeinstituttet ikke havde anført nærmere om dets afklaring af kundens risikovillighed på tidspunktet for investeringen i ScandiNotes IV Junior obligationerne eller i øvrigt fremlagt nogen dokumentation vedrørende kundens risikoprofil. Nævnet fandt herefter, at pengeinstituttet ikke havde dokumenteret eller sandsynliggjort, at kunden havde accepteret at investere i papirer med en særlig risiko. Ankenævnet lagde endvidere til grund, at pengeinstituttet ikke gjorde kunden opmærksom på den særlige risiko, som var forbundet med ScandiNotes IV Junior obligationerne.

3.4 Visse aftaleretlige aspekter

Som det er fremgået af det ovenfor under 3.2 og 3.3 anførte, er de fleste ankenævnsager om erstatningsansvar for rådgivning om finansielle produkter afgjort som sager om professions-/rådgivningsansvar. I disse sager har den finansielle virksomheds rådgivningsforpligtelse ikke været særskilt reguleret i en aftale med kunden. En række sager er dog også afgjort under anvendelse af aftaleretlige regler og principper.

Da nogle af disse sager med inddragelse af aftaleretlige aspekter kan have betydning i relation til et samlet billede af den foreliggende ankenævnspraksis vil enkelte aftaleretlige aspekter blive kort omtalt i det følgende. Det følgende er begrænset til kendelser fra Pengeinstitutankenævnet.

I forbindelse med rådgivning om køb og salg af værdipapirer kan der være indgået en skriftlig (porteføljepleje-)aftale mellem pengeinstituttet og kunden, hvorefter pengeinstituttet inden for fastlagte rammer har fuldmagt til at udføre transaktioner på vegne af kunden. I denne aftale kan kundens risikoprofil (risikokvalificering) eksempelvis være fastlagt, ligesom det vil fremgå, hvorledes kundens værdipapirportefølje skal sammensættes. Om pengeinstituttet rent faktisk har overholdt det således aftalte kan i sådanne tilfælde have betydning for ansvarsvurderingen.

Er de af pengeinstituttet foretagne værdipapirtransaktioner i overensstemmelse med den indgåede aftale, vil pengeinstituttet som udgangspunkt ikke kunne pålægges ansvar. Se eksempelvis,

PAN nr. 1014/2010, hvor det af formueplejeaftalen fremgik inden for hvilke rammer, banken skulle investere kundens midler, herunder at investeringerne skulle være i overensstemmelse med kundens investeringsprofil. Ankenævnet fandt det ikke godtgjort, at banken i forbindelse med fastlæggelsen af kundens investeringsprofil, indgåelsen af aftalen eller ved forvaltningen af aftalen havde handlet erstatningspådragende.

PAN nr. 626/2010, hvor ankenævnet vedrørende kundens pensionsmidler og køb i december 2007 af 982 stk. Jyske Hedge i tilknytning hertil fandt, at banken havde handlet erstatningspådragende. Dette skete med henvisning til Finanstilsynets

påtaler og under anvendelse af omvendt bevisbyrde, jf. ovenfor under 3.3.3. Vedrørende bankens investeringer i henhold til den med kunden indgåede "Aftale om Jyske Låneinvestering - Vækst" herunder i 506 stk. Jyske Hedge i januar 2008 bemærkede ankenævnet, at det af aftalen fremgik, indenfor hvilke rammer banken kunne investere kundens indskud, herunder at midlerne kunne placeres, så sammensætningen passede overens med investeringsprofilen. Alternative investeringer kunne ifølge aftalen højst udgøre 50 pct., højrenteobligationer højst 50 pct. og aktier højst 35 pct. af de investerede midler. Ankenævnet fandt det ikke godtgjort, at bankens investering i januar 2008 af kundens midler i Jyske Hedge var i strid med aftalen. Da ankenævnet i øvrigt ikke fandt det godtgjort, at banken havde handlet erstatningspådragende ved forvaltningen af aftalen, frifandt banken i forhold til denne investering. Derimod fik kunden medhold vedrørende en investering af pensionsmidler i Jyske Hedge på 101.405 kr. Denne investering var dog ikke omfattet porteføljelejeaftalen, og Pengeinstitutankenævnet anvendte her omvendt bevisbyrde med henvisning til Finanstilsynets påtaler, jf. ovenfor under 3.3.3.

Er de investeringer, som pengeinstituttet har foretaget på kundens vegne, derimod ikke i overensstemmelse med den indgåede aftale, eller afspejler den aftalte risikoprofil ikke kundens reelle situation, vil pengeinstituttet som udgangspunkt blive pålagt at erstatte det af kunden lidt tab, som ikke ligger inden for det aftalte. Se eksempelvis,

PAN nr. 358/2010. Kundens risikovillighed var efter aftalen fastsat til "4" på den samlede portefølje og den vejledende investerings sammensætning var i aftalen fastsat, således at 40-60 pct. skulle investeres i "Obligationer enkelt defensiv". Bankens investering af ca. 50 pct. af kundens midler i 2 % Klavebod III 2014 obligationer fandtes at stride imod såvel den aftalte risikoprofil som den aftalte investerings sammensætning.

PAN nr. 739/2009 (flertal), hvor banken fandtes erstatningsansvarlig. Der var mellem kunden og banken indgået en aftale om formuepleje, herunder med fuldmagt til banken til at investere visse af kundens midler. Flertallet fandt på baggrund af det foreliggende materiale, at kundens risikoprofil var lav. Banken fastlagde imidlertid kundens investeringsprofil som svarende til bankens "stabile profil." Flertallet anførte i forlængelse heraf, at rammerne for investering i den indgåede formueplejeaftale var beskrevet anderledes end i bankens faktaark. Flertallet fandt, at det påhvilede banken i henhold til den indgåede formueplejeaftale til stadighed at forvalte kundens midler i overensstemmelse med de i aftalen anførte rammer samt inden for rammerne af kundens risikoprofil. Det blev af flertallet lagt til grund, at de værdipapirer, som banken havde investeret i på kundens vegne, alle havde en risikoprofil på middel eller derover. Den samlede investeringsrisiko for kunden oversteg hermed investeringsprofilen, hvilket var i strid med bankens forpligtelse i henhold til den indgåede formueplejeaftale. På denne baggrund fandt flertallet det godtgjort, at banken havde handlet erstatningspådragende ved de foretagne investeringer.

4 Retspraksis

I gennem de seneste år er der i kølvandet på den finansielle krise blevet annonceret en række retssager og udtaget stævning med påstand om erstatning som følge af utilstrækkelig eller mangelfuld rådgivning om finansielle produkter. I de fleste af disse sager er der dog på nuværende tidspunkt endnu ikke endelig afsagt dom. I det følgende vil Højesterets dom refereret i UfR 2013.182 H, Vestre Landsrets dom refereret i UfR 2012.2749 V og Østre Landsrets dom af 12. oktober 2011 blive analyseret. Herudover omtales en dom afsagt den 2. juli 2012 af Retten i Nykøbing Falster kort.

4.1 UfR 2013.182 H

Denne dom vedrører spørgsmålet om investeringer inden for rammerne af nogle mellem et pengeinstitut og en kunde indgået formueplejeaftaler om investering i værdipapirer. Spørgsmålet var, om banken som formueforvalter havde handlet ansvarspådragende ved på kundens vegne at have investeret i visse virksomhedsobligationer.⁵³

⁵³ Sagen har tidligere været afgjort i Pengeinstitutankenævnet, jf. PAN nr. 453/2008, hvor kunden fik medhold. Ankenævnet fandt, at de formueplejeaftaler, som kunden indgik med banken, måtte forstås således, at

Kunden havde i 1998, og 2005 og 2008 indgået formueplejeaftaler med DiBa Bank (banken). De tre aftaler afløste hinanden. Aftalerne gav alene banken fuldmagt til at investere i obligationer. Efter den seneste aftale fra 2008 ønskede kunden "så risikofrie investeringer som muligt, også selv om afkastet af den grund bliver minimalt." I forbindelse med indgåelsen af denne aftale valgte kunden risikotallet 2 i kategorien "lav risiko", som var den laveste af de tre risikokategorier, og hvor der kunne vælges et risikotal i intervallet 1-3. Banken købte herefter virksomhedsobligationer - forskellige typer af ScandiNotes obligationer og Kalvebod obligationer. Denne type af virksomhedsobligationer udgjorde senest 68 pct. af kundens værdipapirbeholdning.

Højesteret udtalte, at henvisningen i de indgåede aftaler til finansielle produkter "obligationer" efter en sædvanlig forståelse måtte antages også at omfatte virksomhedsobligationer. Som landsretten fandt Højesteret, at banken ikke generelt havde været afskåret fra på kundens vegne at investere i virksomhedsobligationer.

Banken havde dog i meget betydeligt omfang investeret i virksomhedsobligationer. Dette havde udsat kunden for en risiko for tab, som ikke var forenelig med kundens risikoprofil lav. Højesteret lagde herved blandt andet vægt på, at obligationerne var udstedt med sikkerhed i ansvarlige lån ydet til mindre og mellemstore danske banker. Af de af landsretten anførte grunde fandt Højesteret tillige, at kunden ikke var afskåret fra at rejse krav mod banken på grund af manglende reklamation eller passivitet i forbindelse med modtagne salgsnotaer. Kundens krav var heller ikke afskåret ved de af banken anvendte ansvarsfraskrivelsesklausuler.

I det omfang banken havde købt virksomhedsobligationer i en mængde ud over det, der var foreneligt med risikoprofilen, fandt Højesteret derfor, at kunden havde krav på enten erstatning for tab, eller krav på, at de uretmæssige køb og følgerne heraf blev tilbageført. Da der ikke forelå for eksempel en sagkyndig udtalelse eller et syn og skøn, kunne Højesteret ikke nøjere fastslå, hvilken andel af porteføljen der måtte anses for uretmæssigt købte obligationer, og der var heller ikke tilstrækkelige oplysninger om indtægter og kurser mv. til at foretage en fuldstændig opgørelse af mellemværendet mellem banken og kunden. Højesteret opgjorde herefter mellemværendet i den konkrete sag skønsmæssigt, således at banken, som havde tabt sagen for landsretten, og som havde opfyldt landsrettens dom delvist, og kunden blev frifundet for hinandens påstande.

Højesteret udtalte i øvrigt, at banken, der havde deltaget som låntager i emissionen af nogle af de købte virksomhedsobligationer, havde pligt til inden investeringen i disse obligationer at gøre kunden opmærksom på en mulig interessekonflikt, jf. den dagældende god skik bekendtgørelsen § 19, stk. 2.⁵⁴ Dette var tilfældet, selvom der var gået op til et halv år efter emissionen. På baggrund af det anførte resultat var der ikke for Højesteret anledning til at tage stilling til den eventuelle følge af, at banken tilsidesatte sin forpligtelse til at oplyse om en mulig interessekonflikt.

Med dommen har Højesteret fastslået, at begrebet "obligationer" ikke i almindelighed kan antages at være begrænset til stats- og realkreditobligationer. Det omfatter også virksomhedsobligationer, selvom der hertil er knyttet en større risiko, end den som normalt anses for knyttet (danske) stats- og realkreditobligationer.

I hvilket omfang der i forhold til den enkelte kunde/den indgåede formueplejeaftale kan investeres i virksomhedsobligationer må udover eventuelle grænser fastsat i aftalen bero på en konkret vurdering. Ved denne konkrete vurdering er den for kunden fastlagte risikoprofil helt afgørende. Med det i aftalen fastlagte om kundens risikoprofil - "lav" og "så risikofrie investeringer som muligt, også selv om afkastet af den grund bliver minimalt" - har der, som dommen er formuleret, for Højesteret næppe været tvivl om, at en investering af 68 pct. i risikofyldte produkter som ScandiNotes obligationer og Kalvebod obligationer klart har ligget uden for det, som var muligt med den aftalte risikoprofil. For denne vurdering og hermed ansvaret for banken var en i

kunden havde den lavest mulige risikovillighed, hvilket blandt andet blev understreget af formuleringerne i de indgåede aftaler og af kundens fuldstændige fravalg af aktier. Ønsket om den lavest mulige risiko måtte indebære, at der kun kunne investeres i danske statsobligationer, danske realkreditobligationer og værdipapirer, som kunne sidestilles hermed. Det blev ikke anset for at være i overensstemmelse hermed at investere i virksomhedsobligationer som de omhandlede ScandiNotes obligationer og Kalvebod obligationer.

⁵⁴ Jf. bekendtgørelse nr. 1046 af 27. oktober 2004.

formueplejeaftalen fastlagt ansvarsfraskrivelsesklausul efter Højesterets opfattelse uden betydning. Det må derfor antages, at generelle ansvarsfraskrivelsesklausuler normalt ikke tillægges betydning som begrundelse for at begrænse erstatningsansvaret ved rådgivning om finansielle produkter.

I forhold til den for kunden aftalte risikoprofil "lav" fastslog Højesteret med henvisning til landsrettens dom, at kunden ikke ved blot at modtage salgsnotaer uden at gøre indsigelser heroverfor havde accepteret en fravigelse fra den aftalte risikoprofil. Fravigelse fra en aftalt risikoprofil må således antages at kræve noget mere, typisk en direkte accept fra kundens side, eksempelvis gennem en ændring af den allerede indgåede aftale.

Med Højesterets afsluttende bemærkning om at der påhvilede banken en pligt til at gøre kunden opmærksom på en mulig interessekonflikt i forhold til produkterne, som der blev investeret i, har Højesteret tilkendegivet, at manglende oplysning om en mulig interessekonflikt, kan tillægges betydning ved den erstatningsretlige bedømmelse. Med henvisningen til princippet i god skik bekendtgørelsen § 9, stk. 1, må det tillige antages, at Højesteret er af den opfattelse, at, afhængig af de nærmere omstændigheder, vil tilsidesættelse af offentligtretlige forskrifter kunne tillægges betydning i erstatningsretlig sammenhæng, herunder ved culpabedømmelsen.

Da det ligger uden for kommissoriet for nærværende udredning at behandle spørgsmålet om tabsopgørelsen bemærkes det i så henseende alene, at Højesteret fandt, at kunden enten havde krav på erstatning for tab, eller krav på, at de uretmæssige køb og følgerne heraf blev tilbageført, samt at mellemværendet på baggrund af de foreliggende oplysninger blev opgjort skønsmæssigt.

4.2 UfR 2012.2749 V

Denne dom vedrører ligeledes spørgsmålet om investeringer inden for rammerne af en mellem et pengeinstitut og en kunde indgået aftale om investering i værdipapirer.⁵⁵

V.M. Holst Holding ApS (anpartsselskabet) indgik i 2003 en handelsaftale med Spar Nord Bank A/S (banken) om blandt andet et værdipapirdepot på næsten 5 mio. kr. Efter aftalen skulle enhver disposition vedrørende handel med værdipapirer på forhånd godkendes af anpartsselskabet. Af handelsaftalen fremgik det, at en investors investeringsprofil var baseret på risikovillighed med tre kategorier: "lav", "mellem/moderat" og "høj". Anpartsselskabets risikovillighed var i aftalen angivet som "mellem". "Mellem/moderat risiko" var defineret som: "Jeg lægger stor vægt på et godt og stabilt afkast. Jeg er indforstået med og kan acceptere, at der kan være tab i perioder."

I november 2004 blev anpartsselskabets 6 % og 7 % realkreditobligationer solgt, idet afkastet på grund af kurstab på selskabets realkreditobligationer ville blive forringet. Der blev i stedet købt ScandiNotes II Junior erhvervsobligationer for 495.652 kr., hvilket på købstidspunktet udgjorde 9,4 pct. af selskabets samlede portefølje, investeringsbeviser for 196.402 kr. og andre investeringsbeviser for 503.072 kr.

Det var for landsretten ubestridt, at de foretagne investeringer lå inden for rammerne af handelsaftalens risikoprofil, og det kunne ikke lægges til grund, at ejeren af anpartsselskabet skulle have tilkendegivet over for banken, at han ikke ville påtage sig en større risiko end den, der var forbundet med realkreditobligationer. Det kunne efter bevisførelsen ikke lægges til grund, at ejeren af anpartsselskabet havde modtaget en brochure med fakta om ScandiNotes obligationen, eller at banken på anden måde udtrykkeligt havde informeret ham om, at en investering i ScandiNotes juniortranche risikerede

⁵⁵ Byretten fandt derimod, at sagen skulle behandles som en konkret rådgivningssituation og ikke ud fra, hvorvidt de foretagne investeringer samlet set lå inden for rammerne af den aftalte investeringsprofil og investeringsstrategi. Byretten fandt, at der som følge af den særlige risiko, som var forbundet med de produkter, som der var investeret i, måtte påhvile banken pligt til at oplyse en investor om den særlige risiko. Byretten fandt det ikke godtgjort, at banken havde opfyldt denne rådgivningspligt, hvorfor banken havde handlet ansvarspådragende.

at være værdiløs, såfremt enkelte af de låntagende pengeinstitutter eller en kombination af de låntagende pengeinstitutter måtte vise sig ude af stand til at honorere deres forpligtelser. Landsretten fandt tillige ikke grundlag for at fastslå, at det i november 2004 for banken måtte fremstå som en nærliggende mulighed, at denne situation ville indtræde.

Inden omlægningen var ejeren af anpartsselskabet ved et brev fra banken blevet orienteret om, at ScandiNotes var obligationer udstedt af en række danske provinsbanker, og at obligationerne var udstedt i såkaldte trancher med rentesatser på henholdsvis 3,85 pct. og 5,25 pct. Disse rentesatser måtte efter landsrettens opfattelse for en investor som ejeren af anpartsselskabet indikere, at der knyttede sig nogen risiko til obligationerne. Omlægningen blev godkendt af ejeren af anpartsselskabet, der efter sin egen forklaring forinden havde talt med sin revisor herom. Anpartsselskabet modtog efterfølgende et udbytte på 65.367 kr. af ScandiNotes obligationerne og opnåede derudover en fortjeneste på 377.071 kr. på de øvrige værdipapirer, som anpartsselskabet havde erhvervet ved omlægningen.

Efter en samlet vurdering fandt landsretten det på denne baggrund ikke godtgjort, at der i november 2004 var en sådan særlig risiko forbundet med omlægningen, herunder købet af ScandiNotes obligationerne udstedt af en række danske pengeinstitutter, at banken som følge af mangelfuld rådgivning var erstatningsansvarlig for det tab, anpartsselskabet efterfølgende led på obligationerne. Banken blev derfor frifundet.

I dommen anvendes således ligefrem bevisbyrde.

Som dommen er formuleret, synes det for resultatet at have været afgørende, at de foretagne investeringer, trods de risici som måtte være forbundet hermed, lå inden for de rammer, som fremgik af den aftale, som anpartsselskabet havde indgået med banken. Desuden var den konkrete omlægning fra realkreditobligationer til ScandiNotes obligationer, som det krævedes efter den indgåede handelsaftale, godkendt af ejeren af anpartsselskabet. Der var ikke tale om et diskretionært mandat til banken, og i kraft af kravet om forhåndsgodkendelse var anpartsselskabet (ejeren) aktivt involveret i de foretagne investeringer.

Selvom der - hvilket Landsretten dog ikke udtrykkeligt fastslår, men dog antyder - i almindelighed måtte bestå en forpligtelse for banken til gennem en brochure eller på anden måde direkte at informere en investor om de særlige karakteristika og den særlige risiko ved ScandiNotes obligationer, er dette dog ikke tillagt afgørende betydning i den konkrete sag. Dette begrundes blandt andet med, at anpartsselskabets ejer i et brev fra banken fik en om end begrænset information om karakteristika ved ScandiNotes - en information som efter landsrettens opfattelse i forhold til den konkrete investor måtte indikere en vis risiko ved produktet. Det blev i denne sammenhæng tillige tillagt betydning, at ejeren inden godkendelsen af omlægningen efter eget udsagn havde kontaktet sin revisor. Samlet indikerer dette, at ejeren af anpartsselskabet vidste eller i hvert fald burde være bekendt med risikoen ved de foretagne investeringer. Der er således i den konkrete sag et betydeligt element af accept af risiko/egen skyld.

Bemærkningen om at anpartsselskabet modtog (relativt store) udbytter af de foretagne investeringer kan vel tages som udtryk for, at der er grænser for, i hvilket omfang man på den ene side i opgangstider kan drage nytte af investeringen, mens man på den anden side i nedgangstider med tab til følge gør gældende, at der i forhold til de samme investeringer er handlet ansvarspådragende.

Sluttelig skal det bemærkes, at Vestre Landsret i modsætning til Østre Landsret i dommen af 12. oktober 2011, omtalt straks nedenfor under 4.3, fremhæver, at der ikke var grundlag for at fastslå, at det i november 2004 for banken måtte fremstå som en nærliggende mulighed, at de bag ScandiNotes obligationerne stående pengeinstitutter måtte komme i økonomiske vanskeligheder med kursfald til følge. Om end denne risiko som anført af Østre Landsret måtte være teoretisk, er

dette dog helt centralt i forhold til den risiko, som er forbundet med netop dette finansielle produkt. Ud fra kravet om, at et pengeinstitut skal og bør kende til de finansielle produkter, som det investerer i på kunders vegne, kan det undre, at dette efter Vestre Landsret skulle være diskulperende.

4.3 Østre landsrets dom af 12. oktober 2011

Den første dom vedrørende Jyske Hedge er afsagt af Østre Landsret den 12. oktober 2011. Dommen er anket til Højesteret, hvor den forventes afgjort i efteråret 2013. Spørgsmålet om Jyske Banks rådgivning og eventuelle erstatningsansvar i forbindelse med salg af Jyske Hedge, herunder bevisbyrdespørgsmålet, er derfor endnu ikke endeligt afgjort.⁵⁶

Jyske Bank (banken) var pengeinstitut for et anpartsselskab Dreamhaus ApS, der var stiftet af et samlevende par med henblik på placering af en ejendom i selskabet. Jyske Bank var ligeledes pengeinstitut for parret personligt. Der var uenighed mellem banken og kunderne om, hvilken risikoprofil man nåede frem til på et møde i oktober 2007, ligesom der var uenighed om dele af forløbet i øvrigt. I forlængelse af mødet købte kunderne i regi af selskabet blandt andet Jyske Hedge for 1 mio. kr. til kurs 102,5. Efterfølgende faldt Jyske Hedge til kurs 20.

Efter Østre Landsrets opfattelse måtte Jyske Hedge-produktet betegnes som et forholdsvis kompliceret investeringsprodukt, hvilket medførte, at bankens salg til kunder uden nogen forhåndsviden om hedgeprodukter som det aktuelle, krævede en nærmere individuel rådgivning om navnlig risiciene ved investeringen. En brochure, som den der var udarbejdet af Jyske Invest, kunne alene supplere rådgivningen og således ikke træde i stedet for den individuelle rådgivning.

Østre Landsret fandt det ubestridt, at banken ikke havde omtalt Jyske Hedge for kunden, ligesom ejerne af selskabet ikke på anden måde havde gjort sig bekendt med produktet inden det aktuelle møde, hvor der i slutningen af mødet blev indgået aftale om køb af blandt andet Jyske Hedge for 1 mio. kr. Landsretten fandt desuden ikke, at der var andre forhold, som understøttede, at kunderne i øvrigt havde viden om eller erfaring med hedgeforeninger og gearede produkter. Det påhvilede derfor banken at rådgive kunderne individuelt om de foreslåede produkter, herunder navnlig om risikoen forbundet med investeringen i et sådan hedgeprodukt.

Om forløbet af mødet fandt landsretten, at parterne var enige om en række forhold, men uenige om, hvorvidt kunden accepterede, at selskabet havde en høj risikoprofil. Det "resume/risikoprofil", der blev fremlagt under sagen, var udateret og ikke underskrevet af kunderne. En efterfølgende omtale af selskabet "som en højrisikoprofil" i en mailkorrespondance vedrørte efter landsrettens opfattelse en anden investering, og der var ikke i kundens e-mails noget, der understøttede, at kunden på mødet også skulle have accepteret en højrisikoprofil vedrørende købet af Jyske Hedge. Denne "efterfølgende korrespondance støtter således ikke, at en sådan forudsætning blev accepteret" af kunderne. På den baggrund lagde Østre Landsret til grund – hvilket var i overensstemmelse med kundernes forklaringer – "at parret ikke på mødet udtrykkeligt anførte, at de også havde en højrisikoprofil i relation til investeringen i" Jyske Hedge, eller "at de på mødet afgav svar, der samlet set af banken måtte forstås på den måde."

I forlængelse heraf henvistes der i dommen til, at kunderne havde "forklaret detaljeret og troværdigt" om forløbet af mødet, og efter bevisførelsen kunne det ifølge Østre Landsret ikke lægges til grund, at kunderne havde modtaget brochuren om Jyske Hedge på mødet i oktober 2007. På den baggrund lagde landsretten til grund, at kunden ikke havde fået "den efter landsrettens opfattelse krævede individuelle rådgivning om karakteristika og risici" ved Jyske Hedge, "herunder om den betydelige gearing og risikoen for, at tab må realiseres i tilfælde af en uventet kursudvikling af tilstrækkeligt omfang." Efter den samlet bevisbedømmelse lagde landsretten endvidere til grund, at kunden ville have undladt at investere i Jyske Hedge, hvis der var modtaget den fornødne rådgivning.

Landsretten bemærkede i øvrigt også, at finanskrisen i 2008 ikke kunne udelukke et ansvar for banken. I den forbindelse blev der lagt vægt på, at risikoen var - i hvert fald på et teoretisk plan - erkendt og omtalt i Jyske Hedge brochuren og i

⁵⁶ Om dommen, se tillige *Nis Jul Clausen og Nina Dietz Legind*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 1/2012 s. 49 ff. og *Niels Vase*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2/2012 s. 147 ff.

prospektet, ligesom Anders Dam⁵⁷ tilsvarende havde påpeget, "at risikoen for en udvikling og et tab, som i efteråret 2008, klart er beskrevet i brochuren." Dette på trods af, at risikoen for en kursudvikling som den aktuelle var meget lille ifølge historiske data.⁵⁸

Med henvisning hertil tilkendtes Dreamhaus ApS erstatning i henhold til den subsidiære påstand, hvorimod den principale påstand om ophævelse af aftalen om køb af Jyske Hedge ikke blev taget til følge.

Med hensyn til de faktiske omstændigheder i sagen, hvorom der var uenighed mellem parterne, herunder om forløbet af mødet i oktober 2007 og spørgsmålet om risikoprofilen i relation til Jyske Hedge investeringerne, har Østre Landsret, som det fremgår af dommen, bevismæssigt lagt afgørende vægt på kundernes forklaring, der betegnes som "detaljeret og troværdigt".

Af Østre Landsrets dom kan det mere generelt udledes, at når et pengeinstitut afsætter komplicerede og risikofyldte finansielle produkter til kunder, som ikke på forhånd kan forventes at have kendskab sådanne produkter, påhviler der pengeinstituttet en pligt til at yde individuel rådgivning over for kunden om produktets karakter og særlige risici. Den blotte henvisning til brochure eller andet generelt markedsføringsmateriale om produktet må i almindelighed antages ikke være tilstrækkeligt til at opfylde dette krav om individuel rådgivning.

Østre Landsrets dom må forstås sådan - omend det ikke udtrykkes direkte i dommen - at Jyske Bank ikke har kunnet løfte bevisbyrden for, at den nødvendige individuelle rådgivning havde fundet sted. I relation til usikkerheden om den oplyste risikoprofil på kunderne lægger landsretten som nævnt afgørende vægt på kundernes forklaringer. Et fremlagt "resume/risikoprofil", som var udateret og ikke underskrevet af kunderne, tillagdes ikke betydning i forhold til risikoprofilen. Dette indikerer samlet, at Jyske Bank i den konkrete sag har haft bevisbyrden for, at der har fundet tilstrækkelig rådgivning sted.

Østre landsrets dom er formentligt mere generelt udtryk for, at pengeinstitutter, når de afsætter komplicerede og risikofyldte produkter til almindelige kunder, skal være opmærksomme på, at de skal kunne dokumentere, at der har fundet tilstrækkelig og relevant individuel rådgivning sted. Med andre ord, påhviler bevisbyrden den part, der i øvrigt er nærmest til at dokumentere, hvad der er sket i forbindelse med afsætning af investeringsprodukter.

Som nævnt har Jyske Bank anket dommen til Højesteret.

4.4 Dom afsagt af Retten i Nykøbing Falster afsagt den 2. juli 2013

Denne byretsdom drejer sig om, hvorvidt en bank havde pådraget sig ansvar i forbindelse med rådgivning af en kunde om lånefinansierede investeringer i aktier, valutaterminsforretninger og BankInvest Højrentelande. Retten fandt ikke, at banken i relation til investeringerne i aktier og valutaterminsforretningerne havde handlet ansvarspådragende, hvorimod dette fandtes at være tilfældet med hensyn til investeringerne i BankInvest Højrentelande. Dommen er efter det oplyste anket vedrørende aktieinvesteringerne og valutaterminsforretningerne, men ikke vedrørende investeringerne i BankInvest Højrentelande, hvor kunden som nævnt fik medhold.

⁵⁷ Ordførende direktør i Jyske Bank.

⁵⁸ I forlængelse heraf slår landsretten i øvrigt fast, at kundens manglende reaktion i september 2008 på det indtrådte kursfald ikke giver grundlag for en nedsættelse af erstatningen på grund af egen skyld eller på grund af accept af risiko.

Det fremgår af sagen, at kundeforholdet oprindeligt blev etableret i 2003, hvor kunden drev ejendomsmæglervirksomhed. Der var tale om relativt omfattende forretninger. Af en i sagen fremlagt underskrevet investeringsprofil fremgik det blandt andet, at kundens samlede økonomi gjorde den egnet til investering, at han både havde kendskab og erfaring med obligationer, aktier, investeringsbeviser og strukturerede produkter, at han var mest interesseret i rentebærende obligationer og enkeltaktier, samt at hans risikovillighed var 10, hvoraf 1-3 = lav, 4-7 = mellem risiko og 8-10 = høj risiko.

Vedrørende aktieinvesteringerne og valutaforetningerne bemærkede retten, at uanset, at kunden lovgivningsmæssigt måtte klassificeres som detailkunde, lagde retten til grund, at kunden i kraft af sit erhverv og tidligere investeringer havde kendskab til investeringsområdet, og at det måtte stå ham klart, at de lånefinansierede investeringer, som var foretaget, indebar en risiko. Dette understøttedes yderligere af de oplysninger, som kunden havde givet over for Pengeinstitutankenævnet. Hertil kom, at kunden over for retten havde forklaret, at han på et tidspunkt selv overtog aktieinvesteringerne. På denne baggrund fandt retten ikke, at der var grundlag for at fastslå, at banken havde begået ansvarspådragende fejl ved sin rådgivning af kunden om valutaterminsforretningerne og aktieinvesteringerne.⁵⁹

Vedrørende investeringerne i BankInvest Højrentelande lagde retten til grund, at kunden på bankens anbefaling i 2007 optog et lån på 10 mio. kr. for at investere i BankInvest Højrentelande. Retten fandt, at der var høj risiko forbundet med dette arrangement, hvilket skyldtes kombinationen af, at investeringen var lånefinansieret, og at den oprindelige investering skete i ét værdipapir. Retten fandt endvidere, at banken ikke i 2007 alene på baggrund af et projektmateriale vedrørende BankInvest Højrentelande⁶⁰ var berettiget til at anse den med investeringen forbundne risiko for lav. Der påhvilede derfor banken en særlig pligt til individuel rådgivning over for kunden, inden investeringerne blev foretaget. Mod kundens benægtelse fandt retten det ikke bevist, at banken havde opfyldt denne rådgivningsforpligtelse på fyldestgørende måde. Bankens fandtes derfor erstatningsansvarlig.⁶¹

I forhold til aktieinvesteringerne og valutaterminsforretningerne anvender retten således ligefrem bevisbyrde. Det må antages, at det har været afgørende for resultatet, at kunden havde et ikke uvæsentligt kendskab til den risiko, som var forbundet med de pågældende investeringer, jf. synspunktet om accept af risiko/egen skyld. Denne del af dommen er som nævnt anket.

I forhold til investeringerne i BankInvest Højrentelande anvender retten derimod omvendt bevisbyrde. Dette må især ses på baggrund af, at retten fandt, at der som følge af den særlige/høje risiko (lånefinansiering kombineret med manglende risikospredning), som var forbundet med dette arrangement, påhvilede banken en særlig forpligtelse til individuel rådgivning af kunden, inden

⁵⁹ Et flertal (fire medlemmer) i Pengeinstitutankenævnet havde vedrørende aktieinvesteringerne frifundet banken, jf. PAN nr. 495/2009. Flertallet bemærkedes, at kunden hverken kunne være uvidende om den risiko, der var forbundet med investering i aktier eller om den yderligere risiko, en lånefinansiering af investeringen indebar. Flertallet fandt ikke, at der var godtgjort omstændigheder, der kunne føre til, at banken havde pådraget sig et erstatningsansvar over for klageren for de tab, som opstod i forbindelse med aktieinvesteringerne. Flertallet i ankenævnet fandt ej heller grundlag for at fastslå, at banken havde begået ansvarspådragende fejl ved sin rådgivning af kunden om valutaterminsforretningerne, idet kunden måtte være klar over den risiko, der var forbundet med valutaterminsforretninger, og den yderligere risiko som en lånefinansiering indebar. Mindretallet afviste sagen som erhvervs-mæssig, jf. vedtægten § 2, stk. 2 og 3.

⁶⁰ I det oprindelige projektmateriale havde BankInvest anført risikoen ved BankInvest Højrentelande til lav, hvilket BankInvest dog senere ændrede til høj.

⁶¹ Vedrørende investeringerne i BankInvest Højrentelande afviste to medlemmer i Pengeinstitutankenævnet, jf. PAN nr. 495/2009, sagen med henvisning til behovet for bevisførelse, jf. vedtægten § 7, stk. 1, og et medlem afviste sagen som erhvervs-mæssig. To medlemmer fandt generelt, at der påhviler pengeinstitutter et skærpet rådgivningsansvar, når kunderne på pengeinstitutets initiativ opfordres til at investere for lånte penge. Der påhviler endvidere et pengeinstitut til foretage en selvstændig vurdering af risici ved produkter, som pengeinstituttet rådgiver om og sælger. På det foreliggende grundlag fandt mindretallet ikke, at banken i den konkrete sag i 2007 berettiget kunne anse investering i BankInvest Højrentelande som værende forbundet med lav risiko, og fandt derfor ikke, at banken forud for investeringerne i 2007 fyldestgørende havde rådgivet kunden om den med investeringerne forbundne risiko. Det måtte så meget desto mere gælde, når banken anbefalede kunderne at placere stort set samtlige midler i ét værdipapir.

investeringerne blev foretaget. Mod kundens benægtelse fandtes banken ikke at have godtgjort, at der var ydet fyldestgørende rådgivning over for kunden. Henvisningen til at banken ikke alene på grundlag af projektmaterialet kunne anse risikoen ved produktet som lav, må tages som udtryk for, at der efter rettens opfattelse påhviler pengeinstitutter en selvstændig forpligtelse til at vurdere den risiko, som er forbundet med et givent produkt, således at et pengeinstitut ikke alene kan baseres sig på/henviser til materiale udarbejdet af tredjemand, her BankInvest. Denne del af byrettens dom er som nævnt ikke anket.

NJC, 14. juni 2013.

Hans Viggo Godsk Pedersen
Professor, lic. jur.

Notat om rådgivning og orientering i forbindelse med kaution

1. Indledende bemærkninger

Jeg er blevet anmodet om at udfærdige et notat om rådgivning i forbindelse med indgåelse af aftale om kaution. Det fremgår af opdraget, at jeg ikke generelt skal inddrage udenlandsk ret, men at jeg kan nævne enkelte emner fra reguleringen i udlandet, hvis jeg finder anledning dertil.

Kaution har i alt væsentligt været ulovreguleret i Danmark. Kaution har derfor i det væsentlige bygget på de konkrete kautionsaftaler, og i det omfang intet bestemt har kunnet udledes af aftalen, er man faldet tilbage på deklatoriske regler ved fastlæggelse af det præcise indhold i en kautionsforpligtelse. Disse deklatoriske regler er blevet til på grundlag af domspraksis og den juridiske teoris behandling deraf. Den lovregulering, der har været på området, omhandler kun nogle bestemte problemstillinger. Der er ikke tale om generelle regler specielt gældende for kaution.

Pengeinstituttets pligt ved kaution uden for erhvervsforhold har hidtil været opfattet på den måde, at der ikke har været tale om en rådgivningsforpligtelse i dette ords traditionelle betydning. Der har været tale om, at pengeinstituttet har en pligt til at oplyse om en række forhold og tillige sikre sig, at kautionisten har en forståelse af, hvad kaution indebærer.

Af særlig betydning for reguleringen af privat kaution er den aftale/fælles holdning, Forbrugerrådet og Finansrådet i 2001 indgik om kaution uden for erhvervsforhold. Denne aftale, der stadig har en vis betydning, indeholdt et element om henvendelse til det relevante ministerium med opfordring til at inddrage nogle led i lovgivningen. Henvendelsen dannede grundlag for en væsentlig del af den bestemmelse, der nu er indeholdt i lov om finansiel virksomhed § 48. Hertil kommer bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder, investeringsforeninger mv. § 22, der indeholder regler om kaution for penge- og realkreditinstitutter. Hertil kommer selvsagt den generelle aftaleretlige regulering herunder de særlige regler om forbrugerftaler i aftalelovens kapitel IV. De sidstnævnte regler er ikke inddraget i det følgende, idet de ikke i væsentligt omfang har forbindelse med indgåelse af kautionsaftaler.

Jeg har valgt at beskrive de nævnte regler i afsnit 2. Derefter behandles i afsnit 3 virkningen af, at de gældende regler ikke måtte blive efterlevet. Jeg har i dette afsnit valgt at nævne et antal afgørelser til belysning af retsstillingen; afgørelserne er valgt ud fra hensynet til belysning af reglerne, idet det på ingen måde er tilstræbt at gøre opregningen af afgørelser udtømmende. I afsnit 4 har jeg tilføjet nogle legislative betragtninger og i afsnit 5 nogle afsluttende bemærkninger.

2. Reglerne af særlig betydning ved påtagelse af privat kaution

2.1 Aftalen/den fælles holdning

Aftalen/den fælles holdning har fortsat selvstændig betydning i forhold til oplysninger om låntagerens økonomiske forhold. Den indeholder tillige et udsagn om, at der ikke bør stilles kaution for gammel gæld. Aftalen/den fælles holdning ligger nu på Finansrådets hjemmeside i en lidt opdateret version med henvisning og link til pjecen om kaution. Konkret skal pengeinstituttet til belysning af låntagers økonomi give kautionisten kopi af 1) seneste årsopgørelse fra skattevæsnet, 2) seneste tre lønsedler, samt 3) eventuelt det seneste årsregnskab, hvis der er tale om en virksomhed.

Er det ikke muligt for pengeinstituttet at skaffe det nævnte materiale, skal pengeinstituttet give kautionisten andet relevant materiale om låntagers økonomi. Også i øvrigt rådes kautionisten til at spørge låntager om dennes økonomi, fx om der er gæld til andre pengeinstitutter, om der er store gældsposter i øvrigt, og hvor meget låntager har at leve for om måneden, når alle faste udgifter er betalt. Derimod fremgår det ikke udtrykkeligt af pjecen, at der skal oplyses om andre lån i den pågældende bank, en slutning dertil vil dog være nærliggende.

I øvrigt omtales udsendelse af en meddelelse om det kautionssikrede lån en gang årligt. Dette har imidlertid ikke længere selvstændig betydning, da dette krav nu fremgår af lov om finansiel virksomhed § 48. Dette påbud er ikke vendt mod forholdene ved påtagelse af kautionsforpligtelsen, men mod "glemte kautioner," hvorfor det ikke har særlig betydning i nærværende sammenhæng.

2.2 Lov om finansiel virksomhed § 48

Lov om finansiel virksomhed § 48 indeholder i de første tre stykker bestemmelser om meddelelse til kautionisten om låntagers misligholdelse og virkning af manglende meddelelse. Disse vedrører således ikke stiftelse af kautionen.

Stk. 4 indeholder en bestemmelse, hvorefter en kautionist ikke kan hæfte for et beløb større end lånets hovedstol eller kredittens maksimum ved kautionsaftalens indgåelse. Herved begrænses omfanget af kautionsforpligtelsen. Reglen udelukker

således, at hæftelsen forøges med renter og omkostninger ud over hovedstolen eller kredittens maksimum. Reglen udelukker ikke hæftelse for renter og omkostninger, men indtil lånet eller kreditten er blevet nedbragt, er der ikke plads til disse ydelser inden for rammen. Der er således en reel begrænsning i dette led.

Stk. 5 i § 48 stiller krav om, at kautionaftaler ved privat kaution skal være skriftlige for at kunne gøres gældende. Dette stykke stiller således særlige krav til stiftelse af erklæringen, da skriftlighedskravet ikke gælder for aftaler i almindelighed.

I stk. 6 er der bestemmelser om bortfald efter 5 eller 10 år, hvis kautionen ikke forinden er blevet gjort gældende af pengeinstituttet, og i stk. 7 er der en pligt for pengeinstituttet til årligt og skriftligt at meddele kautionisten størrelsen af den gældspost, som kautionen er stillet til sikkerhed for.

Beskyttelsen i § 48 af den private kautionist omhandler således primært retten til at få oplysninger om det kautionssikrede lån under forløbet. Indholdsmæssigt er der tillige en overgrænse for kautionsforpligtelsen til lånets hovedstol eller kredittens maksimum. Af betydning ved påtagelsen af kautionsforpligtelsen er det således kravet i stk. 4 begrænsning af hæftelsen og stk. 5 om skriftlighed, der er de væsentlige; kravet om skriftlighed har måske ikke reelt den store betydning i lovgivningen, da et pengeinstitut i privatforhold næppe ville undlade at kræve skriftlighed. Dog skaber det naturligvis klarhed, at det er fastslået direkte i loven, at kravet ikke kan gøres gældende, hvis der ikke foreligger en skriftlig kautionserklæring.

2.3 Bekendtgørelsen om god skik

Bekendtgørelsen om god skik indeholder i § 22 tre elementer. I stk. 1 er det bestemt, at et penge- eller realkreditinstitut ikke må medvirke til ydelse af lån mod kaution, hvor kautionsforpligtelsen står i misforhold til kautionistens økonomi. Denne regel relaterer sig til kautionistens forhold ved kautionsforpligtelsens påtagelse. Som det nærmere er omtalt nedenfor, har denne regel tilsyneladende fået stor betydning i praksis.

I stk. 2 er der indeholdt en pligt for pengeinstituttet til at sikre sig, at kautionisten er informeret om indholdet og konsekvenserne af kautionsforpligtelsen, inden der indgås aftale om en kaution. Bestemmelsen kan opfattes som indeholdende såvel en generel informationspligt om kaution som en konkret informationspligt med hensyn til den konkrete låntagers forhold. Den generelle informationspligt opfyldes normalt ved udlevering af en pjece til kunden. Denne pjece, der er omtalt foran i afsnit 2.1, forklarer med almindelige ord, hvad kaution går ud på, og at det i sidste ende er kautionisten, der skal vurdere, om risikoen ved kaution er for stor. Den konkrete oplysningspligt kræver naturligvis nogle konkrete oplysninger om

den aktuelle låntager, men det er ikke nærmere fastsat i bekendtgørelsen, hvilke oplysninger der må kræves.

Stk. 3 indeholder en bestemmelse, hvorefter pengeinstituttet én gang om året skal give kautionisten oplysninger om størrelsen af det låneengagement, for hvilket kautionsforpligtelsen består. Denne bestemmelse har således intet med påtagelse af kautionsforpligtelsen at gøre, men oplysningen skal sikre, at kautionisten under hele forløbet er opmærksom på kautionsforpligtelsen med henblik på at undgå de såkaldte "glemte kautioner;" kautioner der gøres gældende så længe efter påtagelsen, at kautionisten ikke længere regnede med den.

2.4 Opsummering

Som det fremgår, er der i reguleringen visse krav til pengeinstitutters adfærd i forbindelse med indgåelse af aftale om kaution, når der er tale om kaution uden for erhvervsforhold. Reguleringen falder på tre niveauer:

- Aftalen/den fælles holdning, der har selvstændig betydning for så vidt angår en række oplysninger ved indgåelse af aftalen om kaution. Kaution for ældre gæld omtales, men har næppe særlig stor selvstændig betydning, da sådanne har været omfattet af de almindelige ulovbestemte deklaratoriske regler om kaution.
- Lov om finansiel virksomhed § 48, der vedrørende stiftelse af kautionen navnlig omfatter kravet om skriftlighed. Den indeholder dog tillige en bestemmelse, der begrænser kautionen til lånets hovedstol eller kredittens maksimum.
- Bekendtgørelsen om god skik § 22, der dels pålægger informationspligt om kaution og om låntagerens økonomiske forhold, dels forbyder et pengeinstitut at medvirke til ydelse af lån mod kaution, hvor kautionsforpligtelsen står i misforhold til kautionistens økonomi.

3. Virkningen af de enkelte bestemmelser

Det fremgår kun undtagelsesvist af enkelte af de nævnte bestemmelser, hvilken virkning det måtte have, hvis pengeinstituttet ikke efterlever reglerne. Det skal derfor i det følgende behandles, hvilke konsekvenser en ikke-efterlevelse kan have, idet der her ses på de enkelte krav.

3.1 Maksimum for kreditten

Det fremgår direkte af bestemmelsen i lov om finansiel virksomhed, at kautionsforpligtelsen ikke kan overstige lånets hovedstol eller kredittens maksimum. Der ved er virkningen af hæftelsen lagt fast, idet modstridende aftaler ikke kan bringe

hæftelsen ud over den nævnte grænse. Noget andet er, at kautionistens forpligtelse kan forøges, hvis denne misligholder sin betalingsforpligtelse, når den måtte blive aktuel.

3.2 Skriftlighed

Kravet om skriftlighed i lov om finansiel virksomhed § 48, stk. 5 er for så vidt en undtagelse fra de øvrige regler, idet det netop i bestemmelsen er anført, at skriftlighed er en betingelse for, at kravet kan gøres gældende. Dermed bryder reglen med det almindelige princip i dansk ret, hvorefter også mundtlige aftaler er bindende. Dette krav lægger imidlertid næppe særlige byrde på pengeinstitutterne, idet de formentlig normalt ville kræve skriftlighed under alle omstændigheder, og idet de har mulighed for at tilrettelægge procedurerne på en sådan måde, at kravet opfyldes, uden at det medfører særlige ekstra omkostninger.

3.3 Generel oplysning om kaution

Det forekommer, at kautionister påstår, at de ikke har fået tilstrækkelig information om betydningen af kaution. Denne påstand fremsættes tilsyneladende sammen med andre påstande. Som eksempler kan nævnes nogle afgørelser fra pengeinstitutankenævnet.

I sagen 262/2012 gjorde klageren gældende, at hun ikke havde modtaget rådgivning eller vejledning om betydningen af kaution, ligesom hun gjorde gældende, at hun ikke i forbindelse med indgåelse af aftalen havde modtaget pjecen om kaution. Klageren havde imidlertid ved sin underskrift bekræftet at have fået udleveret og gennemgået pjecen i forbindelse med indgåelse af aftalen. Informationen ansås derfor ikke for mangelfuld.

I sagen 155/2011 gjorde klageren også gældende, at der ikke var givet tilstrækkelig information. Også i denne sag antog nævnet, at klagerne, der havde underskrevet en passus om at have modtaget og fået gennemgået pjecen, havde fået oplysninger om betydningen af kaution.

Umiddelbart virker det som om, pengeinstitutterne i standarddokumenterne har indsat en passus om, at kautionisten har modtaget og fået gennemgået pjecen om kaution. Det falder vist ganske godt i tråd med andre tilfælde, hvor man har pålagt erhvervsdrivende en særlig informationspligt. Uanset rigtigheden af en sådan erklæring vil det for den kautionist, der har underskrevet erklæringen, være vanskeligt at sandsynliggøre, at det ikke er tilfældet. Det må derfor antages at være reglen, at kautionisten har fået generel information om betydningen af kaution.

Må det undtagelsesvist antages, at der ikke er givet en generel information om betydningen af kaution, må det anses for tvivlsomt, om kautionisten hæfter. På det principielle plan vil man normalt kunne anse en løftegiver for forpligtet, hvis vedkommende er klar over, hvilken forpligtelse vedkommende påtager sig, og denne ikke er urimelig. Muligvis har Pengeinstitutankenævnet en lidt skarpere holdning til undladelse af at orientere generelt om kaution. Ved afgørelsen 357/2009 lagde Pengeinstitutankenævnet til grund, at klageren havde underskrevet kautionserklæringen uden i den forbindelse at have haft kontakt med andelskassen, og at andelskassen ikke ydede klageren nogen rådgivning i forbindelse med kautionsforpligtelsen. Flertallet fandt på den baggrund, at andelskassens rådgivning af klageren i forbindelse med hendes påtagelse af den beløbsbegrænsede kaution var utilstrækkelig, og at klagerens kautionsforpligtelse som følge af andelskassens forsømmelse burde tilsidesættes i medfør af aftalelovens § 36, jf. § 38c. (Pengeinstitutet meddelte, at det ikke ville følge afgørelsen).

Selv om det formentlig kan anses for i et vist omfang at ligge på grænsen, må det formentlig antages, at det ved den første gang, vedkommende kautionerer, er en betingelse for hæftelsen, at der rent faktisk er oplyst om virkningen af kaution. Det må anses for særdeles tvivlsomt, om noget tilsvarende gør sig gældende ved senere kautioner.

3.4 Konkret oplysning om låntagers økonomi

Som nævnt fremgår det af aftalen/den fælles holdning mellem Finansrådet og Forbrugerrådet, at kautionisten skal have kopi af 1) seneste årsopgørelse fra skattevæsenet, 2) seneste tre lønsedler, samt 3) eventuelt det seneste årsregnskab, hvis der er tale om en virksomhed. Det fremgår ikke, hvilke konsekvenser en manglende efterlevelse af disse krav skal have. Det fremgår ej heller, hvilken konsekvens det skal have, hvis pengeinstitutet undlader at orientere om andre faktorer, der kan have betydning for vurderingen af låntagerens økonomiske forhold; og dermed for risikoen for kautionisten.

Ved pengeinstitutankenævnet har der foreligget et antal sager, hvor klageren anfører, at der ikke er givet reel oplysning om låntagerens økonomi. I klagerne indgår undertiden tillige, at klageren ikke er blevet rådgivet i forbindelse med kautionen.

I sagen 262/2012, der tillige er omtalt foran, havde en moder sammen med sin søn påtaget sig kaution beløbsbegrænset til 650.000 kr. for en kassekredit med et maksimum på 6.750.000 kr. Kassekreditten var optaget af et selskab, som sønnen havde erhvervet. Klageren havde ved sin underskrift erklæret at have modtaget genpart af kautionsdokumentet, kopi af kreditaftale med angivelse af aktuel gæld, kopi af kreditoplysninger, bankens almindelige forretningsbetingelser og et ek-

semplar af bankens almindelige betingelser for lån og kredit, der fandt anvendelse på den pågældende kredit. Af dokumentet fremgik tillige, at klageren havde fået oplysning om "øvrige kreditaftaler med ...[banken], herunder den aktuelle størrelse af debtors gæld for lån og kreditramme samt udnyttelse af kredit." Som anført ved den tidligere omtale havde klageren tillige erklæret at have modtaget og fået gennemgået en pjece om kaution. Nævnet udtalte, at "Klageren har ved sin underskrift af kautionserklæringerne bekræftet at have modtaget nærmere opregnet økonomisk materiale og at have fået udleveret og gennemgået pjece om kaution. På grundlag heraf finder Ankenævnet det ikke godtgjort, at sparekassen har handlet ansvarspådragende over for klageren i forbindelse med, at hun påtog sig kautionsforpligtelsen." Nævnet lagde således afgørende vægt på, at klageren ikke alene havde underskrevet en kautionserklæring, men tillige en erklæring om modtagelse af en række oplysninger.

Sagen 232/2012 var indbragt for nævnet som en kautionssag. Klageren havde oprindeligt kautioneret for en kassekredit til klagerens ægtefælle, men lånet var senere ændret til et lån med begge ægtefæller som skyldnere. Kautionen var derfor bortfaldet, og nævnet fandt ikke grundlag for at lade klagerens hæftelse bortfalde som følge af mangelfuld eller undladt vejledning.

I sagen 119/2012 havde klageren kautioneret for lån til en virksomhed, datteren etablerede, i hvilken forbindelse hun i øvrigt overtog en varevogn fra sin far. Kautionen omfattede et erhvervslån på 40.000 kr. og en driftskredit på 100.000 kr. Klageren anførte bl.a., at banken havde ydet dårlig rådgivning og undersøgelse i forbindelse med datterens overtagelse af en virksomhed. Klageren anførte i den forbindelse, at rådgiveren havde sagt, at virksomheden ville kunne køre. På grundlag af indholdet i aftaledokumenterne, som klageren havde underskrevet, ansås klageren for tilstrækkeligt informeret om indholdet af kautionen. Nævnet fandt det heller ikke godtgjort, at banken havde lavet fejl eller udvist forsømmelser i forbindelse med kautionen eller datterens overtagelse af virksomheden, der kunne bevirke, at klageren ikke var bundet af kautionen. Det ville formentlig kunne siges at være en fejl, hvis der ikke var foretaget en rimelig kreditvurdering, herunder en vurdering af det realistiske i at opstarte en virksomhed. Dette udelukker selvsagt ikke, at det ikke lykkes at opstarte og drive virksomheden med succes.

I sagen 144/2011 lagde Pengeinstitutankenævnet vægt på, at klageren i en mail havde oplyst, at han ikke havde brug for at få økonomiske oplysninger om låntageren. Banken havde som følge deraf, inden klageren underskrev kautionserklæringen, i et brev gjort klageren opmærksom på, at han ved underskrift af kautionserklæringen bekræftede, at han var opmærksom på låntagerens økonomiske situation, uanset at han ikke fra banken havde fået udleveret oplysninger herom.

Afgørelsen er meget konkret. Det må anses for givet, at en bestemmelse af sådant indhold i standarddokumenter ikke ville kunne tillægges vægt.

På det principielle plan må det anses for usikkert, om kautionisten hæfter, hvis denne ikke har fået oplysninger om låntagerens økonomiske forhold. Er forholdene, som man måtte forvente, har det næppe skadet kautionisten, at der ikke konkret er oplyst om det. Sammenholdes der med flertallet afgørelse i afgørelsen 357/2009, der er nævnt i slutningen af afsnit 3.2, og hvor der ikke var givet generel vejledning om kaution, vil det være nærliggende at antage, at nævnet ville nå en tilsvarende konklusion.

Er der ikke oplyst om anden gæld til pengeinstituttet, er der tale om et forhold, der konkret må antages at have betydning for risikoen. Dette må formentlig kunne få den konsekvens, at kautionisten ikke anses for forpligtet.

3.5 Gammel gæld

Som nævnt fremgår det af aftalen/den fælles holdning mellem Finansrådet og Forbrugerrådet, at der ikke bør stilles kaution for gammel gæld. På Finansrådets hjemmeside er det udtrykt på den måde, at "Du bør ikke stille kaution for gammel gæld." Såvel domspraksis som afgørelser fra Pengeinstitutankenævnet demonstrerer, at det er et udsagn, der ikke efterleves i den praktiske virkelighed.

En kaution, der er stillet for gammel gæld, er ikke nødvendigvis ugyldig af den grund. Ved Højesterets afgørelse i Ugeskrift for Retsvæsen (U) 2010 side 1628 havde forældrene kautioneret for et lån til sønnen, således at denne kunne opnå et lån, der var nødvendigt for at opnå en akkord. Kautionen blev ikke anset for at være ugyldig, men den blev dog lempet af andre årsager, jf. herom nedenfor i afsnit 3.8. Der kan formentlig nævnes en række andre tilfælde, hvor det kan være begrundet at kautionere for tidligere stiftet gæld, fx for at sikre en rolig afvikling for låntageren.

Pengeinstitutankenævnets afgørelse i sagen 155/2011 omhandler et tilfælde, hvor klagerne bl.a. havde påberåbt sig, at der var tale om kaution for gammel gæld. Nævnet afviste denne del af klagen, idet klagerne i forbindelse med, at et lån blev forhøjet til dækning af et opstået overtræk antoges at have været bekendte med baggrunden for låneforhøjelsen og at have accepteret det nye kautionssikrede låns størrelse. Kautionen tilsidesattes derimod delvist som følge af manglende oplysninger om provenuet af et pant, jf. herom i afsnit 3.6.

Blandt andre sager om gammel gæld kan nævnes 527/2010. Også i denne sag lagde Pengeinstitutankenævnet vægt på, at det af den underskrevne kautionserklæring fremgik, at klageren var indforstået med, at kautionsforpligtelsen omfattede

såvel en forhøjelse af kreditten som allerede etableret gæld. Kautionen ansås derfor for forpligtende.

Pengeinstitutankenævnets afgørelse i sagen 1265/2009 angår et tilfælde, hvor klageren i 2005 havde kautioneret for en kredit på 200.000 kr. I 2008 blev kreditens maksimum forhøjet til 800.000 kr., og klageren kautionerede for den. Der havde jævnligt været betydelige overtræk på kreditten inden forhøjelsen, og der var da også et overtræk ved forhøjelsen af kreditmaksimum. Nævnet udtalte, at det ikke ved forhøjelsen fremgik af kontrakten, at der var tale om kaution for gammel gæld. Nævnet fandt det heller ikke godtgjort, at klageren i øvrigt var blevet gjort opmærksom derpå eller var bekendt dermed. Kautionsforpligtelsen for forhøjelsen ansås på den baggrund for uforbindende for klageren. Denne hæftede derfor alene for den oprindelige kredit på 200.000 kr.

Praksis må således antages at være sådan, at kaution for gammel gæld principielt er gyldigt. Det forudsætter imidlertid, at kautionisten er blevet oplyst om, at der er tale om gammel gæld, eller at det tør antages, at det har været kautionisten bekendt, at der var tale om gammel gæld. I modsat fald kan kautionisten ikke antages at hæfte for gammel gæld.

3.6 Kaution og tredjemands pant fra samme person

Det forekommer, at samme person stiller både kaution og pant for et mellemværende. I sådanne tilfælde er det et spørgsmål, om pantet blot skal sikre opfyldelse af kautionsforpligtelsen, eller om kautionen og pantet gælder i forlængelse af hinanden, således at kautionen fuldt ud kan gøres gældende efter, at pantet er anvendt til fyldestgørelse af fordringen. Dette har selvsagt kun betydning, når sikkerhederne hver for sig ikke er tilstrækkelige til at dække hele fordringen.

Fra Pengeinstitutankenævnet foreligger der eksempler, hvor fortolkningen har ført til forskellige resultater. I afgørelsen 209/2012 antoges, at sikkerhederne var stillet i forlængelse af hinanden, således at pantet ikke blot sikrede den beløbsbegrænsede kaution. Anderledes i afgørelsen 262/2008, hvor nævnet fandt, at kautionisten kunne opfatte det på den måde, at pantet reelt alene sikrede kautionsforpligtelsen.

Retsstillingen kan formentlig forsigtigt udtrykkes på den måde, at der foretages en særdeles konkret vurdering af aftalerne, hvilket referaterne ikke giver et tilstrækkeligt grundlag for. Der synes dog at måtte kræves et relativt klart grundlag, hvis sikkerhederne skal kunne gøres gældende i forlængelse af hinanden.

3.7 Oplysninger om anden sikkerhed

Andre sikkerheder vil kunne begrænse kautionistens risiko. Er der tale om en sikkerhed, der er stillet af låntageren, vil sikkerheden nedsætte kautionistens tab. Det gælder, selv om kautionisten eventuelt måtte komme til at indfri hele gælden, idet kautionisten i så fald indtræder i retten til at søge fyldestgørelse i sikkerheden for sit regreskrav. Er der tale om anden kaution eller et pant stillet af en tredjemand, vil kautionistens tab typisk også blive mindre, idet tabet i så fald normalt skal deles mellem de pågældende garantier. Når der er en sådan sikkerhed, og pengeinstituttet har flere forskellige fordringer mod låntageren, vil der kunne blive en konflikt mellem kautionisten og kreditor i forhold til denne sikkerhed, idet kreditor normalt har en interesse i at anvende sikkerheden for andre fordringer end den, kautionisten hæfter for, og kautionisten selvsagt har den modsatte interesse.

Problemet kan opstå med to forskellige udgangspunkter, dels at pantet allerede fra starten tillige dækker anden gæld, dels at pantet efterfølgende kommer til at dække anden gæld. Begge vil dog ofte have sammenhæng med, at pantet bliver stillet med en pantsætningserklæring, der omfatter alle de krav, pengeinstituttet har mod låntager.

Ved Vestre Landsrets afgørelse i U 1992 side 488 var et af låntageren stillet pant stillet både for den kautionssikrede fordring og tillige for en del af det øvrige mellemværende. Da pengeinstituttet ikke kunne godtgøre, at nogle kautionister var blevet gjort bekendt med, at pantet sikrede andet end den kautionssikrede fordring, skulle kautionisterne stilles, som om pantet udelukkende sikrede den pågældende fordring. Herved stilles kautionisterne, som de kunne forvente.

Pengeinstitutankenævnets afgørelse i sagen 155/2011 vedrører et tilfælde, hvor der var stillet håndpant i et ejerpantebrev på 330.000 kr. i en andelslejlighed, hvilket kautionisten var bekendt med. Andelslejligheden blev solgt for 330.000 kr. Provenuet til pengeinstituttet blev der ikke oplyst nærmere om, hvorfor Pengeinstituttet skulle fratække provenuet i opgørelsen af låntagerens gæld forud for opgørelse af kautionsforpligtelsen.

Ved afgørelsen 90/2012 havde pengeinstituttet accepteret et salg af en andelslejlighed for 1 kr. Da kautionisten havde indtrædelsesret til pantet burde pengeinstituttet have kontaktet kautionisten forud for salget af andelslejligheden. Nabolejligheden var nogenlunde samtidig blevet solgt for 15.000 kr., hvorfor pengeinstituttet nedsatte kautionsforpligtelsen med et tilsvarende beløb. Under disse omstændigheder fandt Ankenævnet det ikke godtgjort, at kautionisten havde lidt et tab ved salget af andelslejligheden, hvorfor kautionisten hæftede fuldt ud.

Disse afgørelser illustrerer, at kautionisten kan få nedsat sin forpligtelse, hvis et pant, denne kunne påregne regres til, anvendes til andet formål eller frigives. For at undgå det, må pengeinstituttet sikre sig et bevis for, at kautionisten er blevet gjort opmærksom på, at det har forbeholdt ret til at benytte et stillet pant til sikkerhed for andre fordringer.

3.8 Kaution i misforhold med kautionistens økonomi

Som nævnt indeholder bekendtgørelsen om god skik i § 22, stk. 1 en bestemmelse, der indeholder et forbud mod, at et pengeinstitut medvirker til ydelse af lån mod kaution, hvor kautionsforpligtelsen står i misforhold til kautionistens økonomi. Ved Højesterets afgørelse i U 2010 side 1628 blev dette princip for første gang anvendt i domspraksis. I det pågældende tilfælde havde forældrene kautioneret for et lån til deres søn med henblik på, at denne kunne opnå en ordning med sine kreditorer. Forældrene havde ganske beskedne indtægter og havde ikke udsigt til en positiv ændring i indtægtsniveauet. Forældrene havde kun en beskedne formue, der i alt væsentlig bestod af friværdien af deres hus. Højesteret fandt, at det ville være urimeligt at gøre kautionsforpligtelsen gældende fuldt ud og nedsatte med henvisning til aftalelovens § 36 kautionisternes forpligtelse til et beløb, der i alt væsentligt svarede til friværdien i huset på tidspunktet for påtagelse af kautionsforpligtelsen. Muligvis kunne resultatet være blevet anderledes, hvis kautionisterne havde haft betydelige indtægter eller udsigt til en væsentlig stigning i indtægterne.

Efterfølgende har Pengeinstitutankenævnet anvendt princippet i Højesterets afgørelse i flere afgørelser. Den første var 1250/2009. I denne afgørelse havde nævnet bedt pengeinstituttet om at fremsende dokumentation for, at kautionisten var økonomisk i stand til at påtage sig kautionsforpligtelsen. Pengeinstituttet var derefter fremkommet med oplysninger vedrørende bl.a. pengeinstituttets vurdering af værdien af kautionistens ejendom. Nævnet fandt ikke, at pengeinstituttet havde gjort tilstrækkeligt for at sikre sig, at der ikke var misforhold mellem klagerens økonomi og kautionsforpligtelsen. Nævnet udtalte derefter "Under disse omstændigheder finder Ankenævnet, at det vil være urimeligt at gøre kautionsforpligtelsen gældende, jf. aftalelovens § 36, i det omfang kautionsforpligtelsen, som klageren påtog sig i juni 2008, på det tidspunkt oversteg friværdien af hendes faste ejendom, jf. herved principperne i Højesterets dom UfR 2010.1628H. Fastlæggelse af dette beløb skal ske på grund af en sagkyndig vurdering af ejendommen."

Ved Pengeinstitutankenævnets afgørelse nr. 224/2010 tilsidesattes en kautionsforpligtelse også under hensyn til kautionisternes beskedne indkomst samt en betragtelig gæld under hensyntagen til deres aktiver. Dog opretholdtes en oprindelig kaution for et mindre beløb.

Ved sagen 83/2012 fik Pengeinstitutankenævnet ikke i fuldt omfang lejlighed til at tage stilling til problemet. I det pågældende tilfælde frafaldt pengeinstituttet kautionen for en erhvervskredit, der var langt den væsentligste del af kautionsforpligtelsen (700.000 kr. mod 250.000 kr.). Flertallet i ankenævnet fandt ikke under disse omstændigheder at kunne fastslå, at kautionsforpligtelsen stod i misforhold til kautionistens økonomi.

Tilsyneladende anvendes bestemmelsen på den måde, at en kautionsforpligtelse står i misforhold til kautionistens økonomi, hvis den overstiger den pågældendes nettoformue ved påtagelsen af forpligtelsen. I de pågældende tilfælde, hvor lempelse har været på tale, har der været tale om kautionister med ret beskedne indkomster. Ved større indkomster vil vurderingen muligvis kunne være anderledes, idet der vil kunne være bedre muligheder for at dække en forpligtelse.

3.9 Opsummering om virkning af bestemmelserne

Som det fremgår, er der nuancer i virkningen af de nævnte bestemmelser om kaution. Lov om finansiel virksomhed § 48, stk. 4 indeholder direkte den virkning, at kravet ikke kan overstige hovedstolen eller maksimum for kreditten (punkt 3.1). Tilsvarende indeholder lov om finansiel virksomhed § 48, stk. 5 direkte den virkning, at kravet skal være skriftligt for at kunne gøres gældende (punkt 3.2).

Kravet i bekendtgørelsen og god skik § 22, stk. 2 og aftalen/den fælles holdning mellem Finansrådet og Forbrugerrådet om oplysning om indholdet og konsekvenser af kaution og om konkrete oplysninger om låntagers økonomi udtaler intet om virkningen af manglende efterlevelse af bestemmelserne. Ved Pengeinstitutankenævnet synes der imidlertid at være en tilbøjelighed til at tilsidesætte forpligtelsen i disse tilfælde under påberåbelse af aftalelovens §§ 36 og 38 c; en fortolkning der måske er lidt vidtgående ved en tilsidesættelse af rent formelle krav (punkterne 3.3 og 3.4).

For så vidt angår henstillingen om ikke at tage kaution for gammel gæld ligger det tilsyneladende ganske fast i praksis, at en sådan er gyldig på trods af henstillingen. Det kræves imidlertid, at kautionisten klart er blevet gjort opmærksom på, at der er tale om kaution for gammel gæld (punkt 3.5).

Præcisering af forpligtelsen ved pant og kaution fra samme person beror på en konkret fortolkning. På dette punkt er nævnets praksis næppe mulig at analysere fuldt ud på baggrund af referaterne (punkt 3.6). Derimod synes praksis fast med hensyn til pant stillet af andre for den kautionssikrede fordring, idet det er en forudsætning for anvendelse af pantet til sikkerhed for andre fordringer, at det er gjort klart for kautionisten, at der forbeholdes ret til det. (punkt 3.7).

Bestemmelsen i bekendtgørelsen om god skik § 22, stk. 1, der indeholder forbud mod at medvirke til långivning mod kaution, hvor kautionsforpligtelsen står i misforhold til kautionistens økonomi, synes at blive anvendt i praksis til at reducere kautionsforpligtelser efter aftalelovens § 36. Indtil videre synes det at ligge fast, at kaution fra personer med beskedne indkomster, vil kunne tilsidesættes, hvis den overstiger kautionistens formue ved påtagelse af kautionsforpligtelsen. Det er dog muligt, at vurderingen vil være anderledes ved kautionister med større indkomster (punkt 3.8).

Set på en lidt anden måde kan det siges, at de fleste af de forhold, der har givet særlige problemer, vedrører den information, kautionisten har fået inden påtagelse af kautionsforpligtelsen. Undtagelse gælder med hensyn til kaution i misforhold til kautionistens økonomi, maksimum for kautionen og kravet om skriftlighed.

4. Legislative betragtninger

I det følgende skal jeg fremkomme med nogle legislative betragtninger. Det gælder primært behandlingen af de nævnte problemstillinger. Jeg skal tillige fremkomme med nogle bemærkninger om bevisbyrde og om eventuelle andre tiltag.

4.1 Reguleringsformen

Som det fremgår af de behandlede forhold, er reguleringen af de forskellige områder af forskellig art. En del af reguleringen har direkte betydning for de indbyrdes økonomiske forpligtelser. Således er fx reglerne i lov om finansiel virksomhed § 48, stk. 4 og stk. 5 af direkte betydning for de økonomiske forpligtelser; kravet kan ikke overstige hovedstolen eller kredittens maksimum, og kautionen skal være skriftlig for at kunne gøres gældende. På det punkt svarer de fx til kravene om meddelelse ved misligholdelse i lov om finansiel virksomhed § 48, stk. 2 og stk. 3.

Andre dele af reguleringen kan nærmere betegnes som adfærdsnormer eller normer for informationsniveauet – ikke rådgivning. Pengeinstituttet skal orientere om en række forhold. I modsætning til de forannævnte regler, hvor der i loven er indsat en direkte privatretlig effekt, har disse regler umiddelbart offentligretlig karakter. Disse regler har for så vidt ikke direkte privatretlig effekt. På det punkt minder reguleringen om princippet, hvor markedsføringsloven forbyder handlinger, der er i strid med god markedsføringsetik. Dette har imidlertid heller ikke direkte privatretlig effekt. En privatretlig effekt kan imidlertid opnås ved hel eller delvis tilsidesættelse af aftalen efter aftalelovens § 36 og § 38 c.

Kravet om orientering om betydningen af kautionsforpligtelsen generelt og konkret om låntagerens økonomiske forhold i bekendtgørelsen om god skik § 22 og aftalen/den fælles holdning mellem Finansrådet og Forbrugerrådet er ikke direkte tillagt privatretlig betydning; der er for så vidt tale om adfærdsnormer af offentligretlig karakter. Som det fremgår af afsnittene 3.3 og 3.4, synes Pengeinstituttankenævnet imidlertid tilbøjelig til at tilsidesætte forpligtelsen i tilfælde af manglende orientering under påberåbelse af aftalelovens § 36 og § 38 c. Så vidt ses er der ikke en tilsvarende domspraksis.

Det kunne overvejes at give en direkte og dermed mere klar hjemmel til at tilsidesætte forpligtelsen i tilfælde af mangelfuld orientering; under forudsætning af en præcisering af, hvilke oplysninger, der skal gives, er det næppe retspolitisk betænkeligt. Det kunne fx være direkte krav om udlevering af pjecen om kaution, udlevering af kopi af tre seneste lønsedler og seneste årsopgørelse, hvis det kan fremskaffes. Ved virksomhed seneste årsregnskab. Der kunne være mulighed for andet, hvis nævnte materiale ikke kan fremskaffes. Der kunne tillige kræves oplysning om anden gæld til pengeinstituttet. Principielt ville det være en adfærdsnorm på samme måde som lov om finansiel virksomhed § 48, stk. 1, der pålægger at give meddelelse til kautionisten om misligholdelse.

Det kunne på denne baggrund være en mulighed at tillægge manglende orientering direkte civilretlig betydning, således at kravet ikke kan gøres gældende, hvis pligten ikke er efterlevet. Derved ville man få en model svarende til modellen i lov om finansiel virksomhed § 48, stk. 2 og stk. 3.

På tilsvarende måde kunne hæftelse for gammel gæld formelt betinges af, at der er givet oplysning derom. Dette må allerede anses for at ligge fast i praksis, så der vil for så vidt intet nyt være deri, bortset fra klarhed. Man kunne overveje at lave lignende regler med hensyn til pant og anden supplerende sikkerhed, sådan at det var klart formuleret, at en kaution kun kunne gøres gældende fuldt ud, hvis der var orienteret om betydningen af pant og anden sikkerhed. En eventuel regulering af denne art kunne naturligt indsættes i lov om finansiel virksomhed som § 48 a, men kunne naturligvis også indsættes andetsteds.

4.2 Bevisbyrde

Det vil kunne være vanskeligt for en privatperson at bevise, hvilken orientering man har fået og navnlig, hvilken orientering man manglede. Rent faktisk vil pengeinstituttet i de fleste tilfælde sikre sig, at kautionisten skriver under på, at vedkommende har modtaget en række materiale og andre informationer. Rent faktisk vil det svække pengeinstituttets stilling, hvis det ikke har sikret sig et bevis for, at man har udleveret materiale og orienteret om en række forhold. Der ville derfor næppe kunne siges at være noget principstridigt i også formelt at pålægge

pengeinstituttet en bevisbyrde for, at der rent faktisk er orienteret; i hvert fald ikke, hvis beviset normalt vil kunne føres ved kautionistens underskrift på en erklæring derom.

4.3 Eksempler på reguleringsmodeller

Der findes en række eksempler på en mere udførlig regulering af kaution. Jeg skal ikke forsøge at give et systematisk indblik i sådanne reguleringer, men blot til orientering vise et par eksempler.

Der findes fx i *norsk lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)* et helt kapitel om kaution, der både omhandler forholdene ved indgåelse af aftalen, forhold under aftalens forløb og ved ophør. Det centrale i forbindelse med indgåelse af kautionsaftaler er også her oplysningspligt om en række forhold, samt i visse tilfælde en frarådningspligt.

Frarådningspligten er selvsagt det mest bastante. Denne pligt kan ikke fuldt ud ses isoleret for kautionisten. Helt grundlæggende er der efter finansavtaleloven en pligt til orientering i forhold til en låntager efter lovens § 46, 46 a og 46 b. Efter finansavtalelovens § 47 har pengeinstituttet, hvis det "må anta at økonomisk evne eller andre forhold på forbrukerens side tilsier at denne alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten eller fra å gjennomføre kredittavtalen, skal kredittgiveren underrette forbrukeren om dette." Underretningen skal ske skriftligt og så vidt muligt også mundtligt. Gennemføres aftalen alligevel, skal forbrugeren underskrive en erklæring om, at vedkommende skriftligt og mundtligt er blevet frarådet at gennemføre aftalen. Frarådes der ikke i tilfælde, hvor det burde ske, vil kravet efter lovens § 47, stk. 3 kunne nedsættes, hvis det findes rimeligt.

Er låntageren blevet frarådet at optage kreditten, skal kautionisten orienteres om det inden påtagelse af kautionen, finansavtalelovens § 60, stk. 1. Forsømmer långiveren dette, kan kautionistens hæftelse nedsættes for så vidt, lempelse findes rimelig. Det samme gælder, hvis långiveren burde have frarådet forbrugeren at optage kreditten. Herved sikres, at kautionisten skulle blive opmærksom på alvorlige økonomiske svaghestegn hos låntageren i forhold til den pågældende kredit.

Lovens 60, stk. 2 omhandler tilfælde, hvor det er kautionistens egen økonomi, der begrunder frarådning. Må långiver antage, at kautionistens økonomiske evne eller andre forhold for kautionisten tilsiger, at kautionisten alvorligt bør overveje at undlade at kautionere, skal långiveren underrette kautionisten skriftligt om det; så vidt muligt skal underretningen også gives mundtligt. Kautionerer vedkommende alligevel, skal vedkommende skriftligt bekræfte, at der er sket skriftlig og mundtlig frarådning af kautionen. Forsømmes frarådningspligten, kan hæftelsen nedsættes, hvis det findes rimeligt. Denne del svarer så vidt ses til de tilfælde,

hvor låntageren efter bekendtgørelsen om god skik § 22 ikke bør modtage kaution. Tilsyneladende bliver man i Norge forpligtet af en kautionsaftale, hvis man vil kautionere i tilfælde, hvor man er blevet frarådet at kautionere under forudsætning af, at man har skrevet under på en erklæring om, at man skriftligt og mundtligt er blevet frarådet at kautionere. I Danmark må pengeinstituttet ikke modtage en forbrugerkaution, der står i misforhold til kautionistens økonomi. Ved misforhold synes reguleringen derfor mest effektiv i Danmark, hvor man tilsyneladende kan blive forpligtet i Norge. Ved en risiko for en alvorlig belastning af kautionistens økonomi i øvrigt er det muligt, at man skal advare i Norge. Skal man det, vil beskyttelsen være mere effektiv i Norge i disse tilfælde.

Finansavtaleloven indeholder i øvrigt i § 59 regler om skriftlig oplysningspligt, inden en kautionsaftale indgås med en forbruger. Der skal oplyses om,

- a) den almindelige risiko ved kaution,
- b) om de kreditter, kautionen skal omfatte, og det tidsrum, kautionen skal gælde
- c) kautionskravets størrelse eller et højestebeløb, og om kautionisten tillige skal hæfte for renter og omkostninger ved låntagerens misligholdelse
- d) om pant eller anden sikkerhed, som låntageren eller en tredjemand har stillet eller forudsættes at stille for fordringen,
- e) om eventuel kreditforsikring
- f) om værdien af pant og anden sikkerhed, som långiveren lægger til grund for kreditforholdet, og som skal udnyttes før kautionen,
- g) om kautionen skal omfatte ældre gæld, og om der i så fald er tale om misligholdelse og
- h) om andre forhold, som kautionisten i overensstemmelse med almindelig redelighed har krav på at blive oplyst om.

Som det ses, er der i det væsentlige tale om forhold, der svarer til de forhold, der i dansk ret har givet anledning til problemer. Det følger af § 61, at kautionsaftalen skal være skriftlig, og den skal, når kautionisten er en forbruger, indeholde alle de i § 59 nævnte forhold, bortset fra pkt. a) om den almindelige risiko ved kaution. Det følger i øvrigt af § 61, stk. 3, at et "vilkår som ikke er tatt inn i kausjonsavtalen, er ikke bindende for kausjonisten med mindre institusjonen godtgjør at vilkåret er uttrykkelig vedtatt av kausjonisten."

The Study Group on a European Civil Code har udarbejdet et forslag til europæiske regler om beskyttelse af kautionister. Også dette forslag indeholder en række regler om informationspligt. Der skal efter artikel 4:103 orienteres om den almindelige virkning af kaution og den særlige risiko ved den konkrete kautionen under hensyn til låntagers forhold. Hvis långiver har grund til at tro, at der er en risiko for, at kautionisten som følge af forholdet mellem denne og låntageren ikke har fået

tilstrækkelig information eller ikke agerer frit, skal långiver sikre, at kautionisten har modtaget uafhængig rådgivning. Er sådan rådgivning skal være givet mindst 5 dage før underskrift; i modsat fald kan kautionisten træde tilbage inden for en rimelig tid efter modtagelse af rådgivningen, hvilket i denne sammenhæng antages at være 5 dage. Er der ikke rådgivet som nævnt, kan kautionisten træde tilbage fra aftalen til enhver tid. Også i dette regelsæt er skriftlighedskravet gjort til en gyldighedsbetingelse. Det kan i øvrigt også nævnes, at en ubegrænset kaution ikke anerkendes, men den skal forstås med et maksimum.

De her nævnte regler vedrører i det væsentlige information. Det er væsentligt, at kautionisten både generelt og konkret forstår, hvad forpligtelsen indebærer. Problemstillingerne og dermed konflikterne og reguleringerne ser således ud til at være centreret om nogle bestemte områder. Tilgangen er lidt forskellig; i dansk og norsk ret virker det naturligt, at pengeinstituttet skal give den tilstrækkelige information, eventuelt suppleret med opfordring til kautionisten til at stille spørgsmål om forhold, som pengeinstituttet ikke nødvendigvis har. Den uafhængige rådgivning af kautionisten, der eventuelt kan ydes af tredjemand, er ikke sædvanligt i disse lande, men kan indgå i formuleringen af det europæiske forslag, og er formentlig mere almindelig i andre lande. En helt uafhængig rådgivning kunne måske indebære visse fordele, men vil til gengæld medføre en omkostningsforøgelse.

I øvrigt kan der ud over de foran behandlede emner være særlig anledning til at nævne det tidsmæssige aspekt for kautionisten, spørgsmålet om kautionistens tid til overvejelse. Efter det europæiske forslag skal kautionisten efter orientering om kautionen have tid til at overveje det fornuftige i at kautionere eller lade være. Dette forslag kan have gode grunde for sig. Hvis man ville indarbejde en sådan regel, kunne det fx ske ved, at kautionisten skulle have tilsendt informationen en vis tid inden underskrift af en kautionssaftale.

5. Afsluttende bemærkninger

Ved påtagelse af kautionsforpligtelser er det ikke sædvanligt, at der ydes rådgivning i traditionel forstand. Derimod er der en oplysningspligt, når der afgives privat kaution over for et pengeinstitut. Det kunne give en klarhed på området, hvis man i lovgivningen indsatte bestemmelser om en række oplysninger, der skal gives, inden påtagelse af en privat kaution. Oplysningspligten kunne fx være på de områder, der er nævnt foran. Det kunne være nærliggende at tilføje en bestemmelse om, at kautionen er afhængig af, at pengeinstituttet kan dokumentere at have givet disse oplysninger. Yderligere kunne det overvejes at indsatte et vilkår

om, at informationerne skal gives en vis tid inden underskrift af kautionen. Det kunne fx være 5 dage svarende til det europæiske forslag. Også på dette punkt kunne kautionen betinges af, at oplysningerne er givet under overholdelse af fristen.

Der kan næppe være tvivl om, at regler af dette indhold, der i alt væsentligt gælder i forvejen, vil give mere klarhed i forhold til de private kautionister. Da det vil være muligt for pengeinstitutterne at tilrettelægge deres procedurer, således at kravene bliver opfyldt, vil det formentlig ikke kunne betragtes som en væsentlig ulempe for dem; herved kan tillige tages i betragtning, at der formentlig vil blive færre tvistemål, hvis klarheden øges.

Notat om erstatningsansvar for mangelfull rådgivning om finansielle produkter

1. Innledning – rammene for notatet

Notatet er utarbeidet med utgangspunkt i de punktene som fremkommer i mail av 14.03.2013. De skisserte begrensningene i notatets omfang innebærer at det ikke er hensiktsmessig å gi en uttømmende oversikt over all praksis fra alle rettsinstanser. Jeg har derfor valgt å avgrense notatet slik at jeg gir en uttømmende oversikt over Høyesterettspraksis angående rådgivning om finansielle produkter. I tillegg presenteres et utvalg av underrettsdommer og avgjørelser fra Finansklagenemda. Notatet er organisert slik at jeg først, under punkt 3, presenterer dommer og avgjørelser som gjelder erstatningsansvar for mangelfull rådgivning. Dernest, under punkt 4, presenterer jeg dommer og avgjørelser hvor spørsmålet har vært om mangelfull rådgivning om finansielle produkter kan gi grunnlag for ugyldighet. I noen saker er det anført både krav om erstatning og krav om ugyldighet. Jeg har valgt å rubrisere disse sakene under punkt 4. Videre bør det nevnes at der hvor en sak har blitt behandlet i flere rettsinstanser presenterer jeg kun den rettskraftige avgjørelsen. Det bør også nevnes at enkelte saker har blitt tatt med selv om det formuesgodet som rådgivningen knytter seg til ikke kan anses som et finansielt produkt i snever forstand.

2. Instanser som har kompetanse til å avgjøre sivilrettslige spørsmål om mangelfull rådgivning om finansielle produkter etter norsk rett

Finansklagenemda

Finansklagenemda (frem til 2010 Bankklagenemda) er et bransjebasert og utenomrettslig tvisteløsningsorgan, opprettet med hjemmel i finansavtaleloven § 4. Nemda kan avsi uttalelser i tvister mellom finansforetak og deres kunder. Uttalelsene kan omfatte både spørsmål om erstatning og spørsmål om avtalerettslig ugyldighet, se nærmere nedenfor under henholdsvis punkt 3.3 og 4.3. Nemdas uttalelser er kun rådgivende, og dermed ikke rettslig bindende. Finansforetaket plikter å varsle nemda innen 30 dager dersom den vil fravike nemdas uttalelse. Sendes ikke slikt varsel innen fristen er finansforetaket bundet av avgjørelsen. Behandling i Finansklagenemda vil oppfylle partenes plikt til å undersøke om det er mulig å finne en minnelig løsning av saken, jf. tvisteloven § 5-4, samt gjøre det mulig å bringe saken inn for tingretten uten forutgående behandling i forliksrådet, jf. tvisteloven § 6-2 (2).

De alminnelige domstolene

Etter norsk rett er det kun de alminnelige domstoler som kan avgjøre tvister mellom finansforetak og deres kunder med rettslig bindende virkning. Saksgangen er da tingrettene, lagmannsrettene og til sist Høyesterett. I noen tilfeller kan det søkes om tillatelse til å anke en tingrettsdom direkte til Høyesterett. Dette ble gjort i den såkalte Røeggen-saken (se punkt 4.1), men Høyesteretts ankeutvalg fant i den saken ikke grunn til å gi slik tillatelse. (Se HR 2010-1888-U)

3. Rettspraksis – erstatningsansvar for mangelfull rådgivning

3.1 Høyesterettspraksis

Rt. 2003 s. 400 – Sunnfjordtunnelen (5-0)

Saken gjaldt et erstatningskrav mot et fondsmeglerforetak for tap som en kunde led ved handler i obligasjonsmarkedet. Kunden hevdet at fondsmeglerforetaket hadde opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt i sin rådgivning, og at kundens interesser ikke hadde blitt fulgt opp på en forsvarlig måte. Høyesterett fremhevet at fondsmeglerforetaket kunne bli erstatningsansvarlig

dersom de aktuelle transaksjonene ble gjennomført *“uten at megleren hadde forsikret seg om at kunden hadde en klar oppfatning av hvilken risiko transaksjonene innebar, og uansett ville ha dem utført”* (avsnitt 42). Høyesterett kom til at megleren måtte bære risikoen for uklarhet knyttet til hvilken informasjon megleren ga kunden, og hvordan kunden hadde reagert på denne informasjonen. Førstvoterende formulerte seg slik: *“Jeg kan heller ikke se at Fearnley[megleren] senere har gitt noen overbevisende forklaring på at transaksjonene høsten 1993 og våren 1994 stod i nødvendig sammenheng med refinansieringen av tunnelselskapets obligasjonslån, eller at transaksjonene av andre grunner var naturlige for en kunde som tunnelselskapet, som ikke var en langsiktig investor. I en slik situasjon mener jeg det hadde vært meget nærliggende for Fearnley å sikre seg at det forelå skriftlig dokumentasjon som viste at tunnelselskapet var klart innforstått med transaksjonene og den risikoen de innebar. I mangel av slik dokumentasjon er jeg som lagmannsretten kommet til at Fearnley må betegnes som uaktsom i sin informasjon og rådgivning overfor tunnelselskapet”* (avsnitt 48). Førstvoterende går med dette langt i å pålegge megleren bevisbyrden i denne saken. Kunden ble etter dette tilkjent erstatning. Også i tilknytning til erstatningsutmålingen er det megleren som har bevisbyrden, i følge Høyesterett: *“Utgangspunktet for beregningen av tapet må her være at tunnelselskapet skal stilles som om Fearnleys informasjon og rådgivning hadde vært aktsom, jf. Brækhus: Meglerens rettslige stilling side 281. I prinsippet blir det da spørsmål om hvordan tunnelselskapet ville handlet hvis kravene til informasjon og rådgivning hadde vært oppfylt. En egentlig vurdering av et slikt hypotetisk hendelsesforløp må imidlertid bli meget usikker, og det følger av rettspraksis at skadevolderen har bevisbyrden for den usikkerheten som knytter seg til det alternative hendelsesforløpet, se Rt-2000-679 på side 689 med henvisning til Rt-1996-1718.”* (avsnitt 49) Tilnærmingen har blitt kritisert i juridisk teori.¹

Rt. 2001 s. 1702 – Myhre Heis & Elektro (5-0 hva gjelder ansvarsspørsmålet)

Saken gjaldt spørsmål om en advokats erstatningsansvar for mangelfull investeringsrådgivning i forbindelse med en skattemotivert transaksjon. Saksøker hevdet at det var erstatningsbetingende uaktsomt av advokaten ikke å informere om at han mottok provisjon for salg av de selskapsandelene som han anbefalte saksøker å kjøpe. Høyesterett la til grunn at det var saksøker som hadde bevisbyrden for sin påstand om at han ikke ville foretatt investeringen dersom han hadde blitt informert om advokatens provisjon. Denne bevisbyrden oppfylte ikke saksøker, og advokaten ble derfor frikjent.

Rt. 2000 s. 679 – DnB (5-0)

Saken gjaldt en kundes erstatningskrav mot en bank for mangelfull finansiell rådgivning. Høyesterett oppstilte et vilkår om at *“når det inngås avtale om finansiell rådgivning mellom en bank og en bankkunde, må kunden som alminnelig regel kunne kreve høyt kvalifisert og høyt spesialisert rådgivning”* (side 688). Høyesterett kom til at banken hadde utvist manglende aktivitet for å ha et selvstendig grunnlag for sine råd om å investere i det aktuelle selskapet (Investa). Det problematiske spørsmålet var imidlertid om banken kunne hindret sitt bidrag til kundens tap ved å foreta egne analyser av selskapet. Om dette uttalte Høyesterett: *“Det spørsmål gjenstår imidlertid om det hadde påvirket utviklingen dersom DnB Fonds hadde foretatt egne analyser av Investa. DnB hevder at en slik*

¹ Se nærmere Nils Nygaard, “Plassering av tvilsrisiko for hypotetisk årsak”, Lov og Rett, 2000 s. 515–542 på s. 529–530 og Magne Strandberg, “Skadelidtes hypotetiske inntekt”, Bergen 2005 s. 117. Et forsøk på å forstå tilnærmingen i samsvar med en mer tradisjonell oppfatning av bevisbyrdereguleringene finner man i Jan-Ove Færstad, “Utmåling av erstatning for villedende investeringsrådgivning”, Tidsskrift for erstatningsrett, 2012 s. 192–236 på s.209 flg.

analyse ikke ville ha frembragt noe som kunne skape tvil om Investas kredittverdighet. Vi står her overfor den type hypotetiske begivenhetsforløp der banken må bære bevisbyrden for den usikkerhet som knytter seg til det alternative forløpet, jf. Rt-1996-1718. Jeg kan ikke se at banken har oppfylt en slik bevisbyrde.” (side 689). Det var altså banken som måtte bære bevisbyrden for sin påstand om at deres mulige alternative handling ikke ville hindret deres bidrag til tapet. Denne bevisbyrden klarte ikke banken å oppfylle, og kunden vant derfor frem med sitt krav.

3.2 Underrettspraksis

LB 2010 92597 (Borgarting lagmannsrett)

Saken gjaldt krav om erstatning for uaktsom rådgivning i forbindelse med salg av fritidsleilighet. Kunden kjøpte leiligheten med et klart investeringsformål, og hevdet at han ikke i tilstrekkelig grad hadde blitt informert om risikoen ved investeringen. Lagmannsretten la til grunn at det var kunden som måtte bevise at rådgiveren hadde opptrådt uaktsomt. Etter en samlet vurdering fant lagmannsretten det ikke bevist at rådgiveren hadde opptrådt uaktsomt, og rådgiveren ble derfor frifunnet i erstatningssøksmålet

RG 1989 s. 592 (Frostating lagmannsrett)

Saken gjaldt krav om erstatning for uaktsom rådgivning i forbindelse med en investering i diamanter. De faktiske forhold i saken var omstridt, og lagmannsretten uttalte at det forelå “motstridende opplysninger om tidspunktet for og innholdet av” den aktuelle rådgivningen (side 596). Bevisbyrdespørsmål ble ikke eksplisitt drøftet, lagmannsretten la uten nærmere begrunnelse investorenes forklaring til grunn. Investorene vant frem med sitt erstatningssøksmål.

3.3 Finansklagenemdas praksis

FKN 2012-44

Saken gjaldt et krav om erstatning for tap en kunde led som følge av kjøp av fondsandeler. Kunden hevdet at rådgiveren hadde opptrådt ansvarsbetingende uaktsomt ved ikke å vurdere om det var hensiktsmessig av kunden å kjøpe fondsandelene. Finansklagenemda kom til at rådgiveren ikke hadde oppfylt sin plikt til å foreta en hensiktsmessighetsvurdering. I lys av kundens betydelige investeringserfaring kom nemda til at kunden ville foretatt investeringen uavhengig av hensiktsmessighetsvurderingen. Det var således ikke grunnlag for erstatningsansvar. Bevisbyrdespørsmål ble ikke drøftet særskilt.

BKN 2009-104

Saken gjaldt gyldigheten av en avtale om en investering i et eiendomsselskap. Kunden anførte at han hadde gitt uttrykk for en investeringshorisont på to til tre år overfor rådgiveren, men at den anbefalte investeringen ikke var i samsvar med dette. Rådgiveren hevdet på sin side at han ikke var kjent med at kunden kun ønsket en kortsiktig investering. Det ble fremlagt et skjema for behovsavdekning i saken, men her var ikke rubrikken for investeringshorisont utfylt, og skjemaet var heller ikke signert av kunden. Bankklagenemda la til grunn at det var det innklagede selskapet som måtte *“ha bevisbyrden for at klager er tilbudt et produkt som er i tråd med hans forutsatte investeringshorisont.”* Bankklagenemda kom til at selskapet hadde sviktet i sin rådgivning og at selskapet pliktet å erstatte kundens økonomiske tap ved investeringen.

4. Rettspraksis – mangelfull rådgivning som grunnlag for ugyldighet

4.1 Høyesterettspraksis

HR 2013 s. 388 – Røeggen-saken (Storkammeravgjørelse 11-0)

Saken gjaldt gyldigheten av avtaler mellom en bank og en kunde om lånefinansiert investering i to aksjeindeksobligasjoner. Etter en helhetsvurdering kom en enstemmig Høyesterett til at avtalene var ugyldig med hjemmel i avtaleloven § 36. Avtalene ble satt til side i sin helhet. Avgjørelsen er i stor grad konkret begrunnet i feil og mangler ved den informasjonen om produktet som kunden mottok fra banken, samt at banken ikke hadde oppfylt sin pedagogiske plikt overfor kunden. Høyesterett formulerer kravene til banken på denne måten: *“Røeggen var en ikke-profesjonell investor. Det var banken som tok kontakt med ham og foreslo investering i produktene. Bankens informasjonsplikt må da – også i 2000 – bedømmes strengt. Det innebærer ikke et krav om at alle tenkelige situasjoner skal beskrives. Men ved salg av risikopregede og komplekse produkter til ikke-profesjonelle investorer, må banken forsikre seg om at kunden forstår innholdet i den handelen han begir seg inn på, og ikke gi misvisende eller feilaktige opplysninger om viktige forhold av betydning for investeringsbeslutningen”* (avsnitt 125). Vurderingen skjer på bakgrunn av det skriftlige informasjonsmaterialet Røeggen mottok, og bevisbyrdespørsmål får således liten betydning for avgjørelsen.

Rt. 2012 s. 1926 – Fokus Bank-saken (5-0)

Saken gjaldt gyldigheten av avtaler om kjøp av et finansielt produkt som en finansinstitusjon hadde solgt til en rekke investorer. Investorene (dels forbrukere og dels ikke-forbrukere) krevde primært kjøpsavtalen hevet med hjemmel i kjøpslovens og forbrukerkjøpslovens regler om informasjonsmangler. Subsidiært ble det gjort gjeldende et krav om erstatning for mangelfull rådgivning med hjemmel i skadeserstatningslovens §2-1 om arbeidsgiveransvar, jf. det såkalte profesjonsansvaret. Atter subsidiært ble det gjort gjeldende et krav om ugyldighet etter avtaleloven §§ 33 og 36 med grunnlag i mangelfull informasjon ved kontraktsinngåelsen. Høyesterett kom til at det grunnleggende spørsmålet for alle de tre rettsgrunnlagene var det samme, *“nemlig om kundens tap kan føres tilbake til mangelfull eller villedende informasjon fra bankens side”* (avsnitt 48). Dette var ikke tilfellet i den foreliggende saken, investorene vant derfor ikke frem med sine krav. Vurderingen av informasjonsmaterialet ble begrenset til den skriftlige informasjonen kunden hadde mottatt, og Høyesterett fant ikke grunn til å ta opp spørsmålet om bevisbyrde særskilt.

Rt. 2012 s. 355 – Lognvik-saken (4-1)

Saken gjaldt gyldigheten av avtaler som to privatkunder hadde inngått med en bank om lånefinansiert kjøp av et sammensatt investeringsprodukt. Kundene krevde kjøps- og låneavtalene kjent ugyldige med hjemmel i avtaleloven § 36. Høyesteretts flertall la til grunn at avtalen kun kunne kjennes ugyldig dersom det forelå *“kvalifiserte mangler ved den informasjon tilbyder har gitt investor, og investor har basert sin investeringsbeslutning på denne”* (avsnitt 68).² Flertallet fant at vilkåret ikke var oppfylt, og avtalene ble ikke kjent ugyldige. Høyesteretts flertall la vekt på det skriftlige informasjonsmaterialet og tok ikke opp bevisbyrdespørsmål. Mindretallet kom til at avtalene kunne kjennes ugyldig med hjemmel i avtaleloven § 36, men heller ikke mindretallet problematiserte spørsmålet om bevisbyrde.

² Det er verdt å merke seg nyansene i hvordan Høyesterett formulerer vurderingstemaet i de tre dommene fra 2012 og 2013. Vurderingstemaet synes å være langt strengere overfor banken i den siste av de tre dommene (Røeggen) enn i den første (Lognvik).

4.2 Underrettspraksis

TOSLO 2010 – 50925

Saken gjaldt gyldigheten av avtaler om lånefinansiert investering i et garantert spareprodukt som en rekke kunder hadde inngått. Avtalen mellom finansforetak og kundene ble satt til side som ugyldig etter avtaleloven § 33 med den begrunnelse at finansforetaket ikke i tilstrekkelig grad hadde informert kundene om svakheter ved produktet. Bevisbyrdespørsmål ble ikke berørt, men drøftelsene ble i all hovedsak begrenset til informasjon gitt i produktbrosjyrer og ellers i skriftlig form.

4.3 Finansklagenemdas praksis

BKN 2010-047

Saken gjaldt gyldigheten av en avtale om delvis lånefinansiert kjøp av aksjer. Kunden hevdet at han hadde blitt gitt uriktig informasjon angående minstetegning av aksjer i det aktuelle selskapet. Bankklagenemda fremhevet at de på grunn av sin skriftlige saksbehandlingsform måtte ta utgangspunkt i det som forelå av skriftlig dokumentasjon. På bakgrunn av den skriftlige dokumentasjonen kunne ikke Bankklagenemda finne at kunden hadde blitt gitt uriktige opplysninger. Nemda fant likevel grunn for å reise kritikk mot bankens salgsprosess. Bankklagenemda konkluderte med at kunden hadde rett til å bli stilt som om den lånefinansierte delen av investeringen ikke hadde blitt foretatt.

BKN 2009-117

Saken gjaldt gyldigheten av en avtale om en investering på 1 000 000 kr i et eiendomsselskap. Investeringen var delvis lånefinansiert. Kunden hevdet at han både muntlig og skriftlig hadde blitt gitt feilaktig og utilstrekkelig informasjon om produktets egenskaper. Bankklagenemda påpekte at det var uenighet mellom partene om hva som hadde fremkommet gjennom den muntlige rådgivningen. På grunn av nemdas skriftlige saksbehandlingsform kunne nemda ikke ta stilling til dette. Behandlingen måtte derfor ta utgangspunkt i det som forelå av skriftlig dokumentasjon i saken. Nemda kom likevel til at den skriftlige dokumentasjonen ga "utilstrekkelig informasjon om sentrale forhold knyttet til investering i eiendomsselskapet." Nemda konkluderte med at kunden burde stilles som om den aktuelle investeringen ikke hadde blitt foretatt.

5. Sammenfatning

Som det fremgår av det foregående har det vært ført svært få saker om erstatningsansvar eller ugyldighet angående mangelfull rådgivning om finansielle produkter for norske domstoler. I de sakene som har kommet for domstolen har bevisbyrdespørsmål vært nærmest fraværende. Unntaket fra dette er bevisbyrdespørsmål knyttet til erstatningsrettslig hindringssammenheng. De fleste saker som gjelder mangelfull rådgivning om finansielle produkter har funnet sin løsning etter en rådgivende uttalelse i Finansklagenemda. Heller ikke for Finansklagenemda har bevisbyrdespørsmål stått særlig sentralt. Et nærmest gjennomgående trekk ved denne type avgjørelser er at både Finansklagenemda og domstolene legger avgjørende vekt på hvilken skriftlig informasjon kunden har mottatt. Rådgivning og informasjon som har blitt gitt muntlig tillegges derimot sjelden vekt. Det tydeligste eksempelet i denne retningen finner vi i Rt. 2012 s. 1926 hvor Høyesterett eksplisitt påpeker at forhandlingene i Høyesterett har vært konsentrert om "bankens skriftlige informasjonsmateriale" (avsnitt 53). De fraværende drøftelsene av bevisbyrdespørsmål kan være en konsekvens av denne måten å skjære sakene til på.

**Till Udvalg om erstatningsansvar ved
rådgivning om finansielle produkter**

– rapport om praxis avseende finansiell rådgivning i Sverige

**Fredric Korling
Docent i civilrätt**

2013-05-08

Till Udvalg om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter – rapport om praxis avseende finansiell rådgivning i Sverige

Jag har blivit ombedd av prof. Nis Jul Clausen att skriva en kortare rapport med redogörelse för de svenska förhållandena avseende finansiell rådgivning i Sverige, närmare bestämt följande frågor:

1. en uppräknig av möjliga instanser som har kompetens att avgöra civilrättsliga frågor om vårdslös rådgivning avseende finansiella produkter,
2. en sammanfattning av praxis från domstolar, nämnder etc. avseende skadeståndsansvar för vårdslös rådgivning, särskilt om det används omvänd eller delvis omvänd bevisbörda och
3. en sammanfattning av praxis från domstolar, nämnder etc. avseende användandet av avtalsrättsliga aspekter på dessa tvister, särskilt ogiltighet i förhållande till vårdslös finansiell rådgivning.

Innan jag börjar med att redogöra för rättsläget i Sverige avseende dessa frågor vill jag framhålla hur praxis generellt ser ut i Sverige avseende tvister om finansiell rådgivning. Det finns endast ett fall från Högsta domstolen som avser tvister om finansiell rådgivning och det är NJA 1995 s. 693. Fallet handlar i korthet om en person som skulle handla med optioner privat och för sitt företags räkning. Banken missade att inledningsvis upplysa kunden om de risker som är förenad med sådan handel och var därför vårdslös. Banken blev emellertid inte skadeståndsskyldig till följd av att domstolen ansåg att kunden senare (ett par veckor) fick tillräcklig information om riskerna med transaktionen och det var därefter som den förlustbringande handeln skedde. I övrigt finns det endast praxis från underrätterna (tings- och hovrätt), en praxis som är svår att bedöma till följd av att det inte finns några möjligheter att sammanställa sådant material. Det finns nämligen inga möjligheter att söka efter praxis i domstolarnas system på lagrum eller dylikt, vilket innebär att de fall jag kommer att referera är sådana fall som jag har stött på till följd av tips från inblandade parter alternativt de fall som skrivits om i juridisk press men det är inte möjligt att tala om att rättsläget är tydligt i någon riktning till följd av denna osäkerhet.

1. Instanser som har kompetens att avgöra civilrättsliga frågor om vårdslös rådgivning avseende finansiella produkter

I Sverige så kan en icke-professionell kund (i det följande kallad kund) vända sig till tingsrätten för att kräva ersättning för den skada som kunden anser sig ha lidit till följd av att denne fått vårdslösa råd (överklagande sker till hovrätten och i sista hand till Högsta domstolen). Innan saken tas till domstol kan emellertid kunden, om denne är en *konsument*, vända sig till Allmänna reklamationsnämnden för att få sin sak prövad.

Nämnden är en statlig myndighet som har till uppgift att pröva tvister mellan konsumenter och näringsidkare. Nämnden har också till uppgift att informera konsumenter

och företag om nämndens praxis samt stödjade den kommunala konsumentrådgivningen. Nämnden leds av en ordförande och chef som till stöd har en stab med funktionerna ekonomi, IT, kommunikation och personal. Kärnverksamheten leds av nämndens vice ordförande på beredningsenheten där f.n. 21 beredningsjurister tjänstgör. Enheten är indelad i tre områden som vart och ett leds av en områdesansvarig beredningsjurist; område 1: bank-, elektronik- och försäkringsavdelningen, område 2: resor, tvätt-, möbel-, sko-, textil- och allmänna avdelningen, område 3: bostad-, fastighetsmäklare-, motor- och båtavdelningen. Den administrativa enheten leds av en administrativ chef. I denna enhet ingår registrator, sekreterare och vaktmästare.

Nämnden tar hjälp av externa resurser. Nämndens ordförande ansvarar för cirka 20 avdelningsordförande som leder sammanträden på nämndens tretton avdelningar. Vice ordföranden har ansvaret för cirka 20 externa föredragande och den administrativa chefen för de så kallade intresseledamöterna, cirka 230 personer.

Intresseledamöterna har allmän kännedom om en viss bransch, näringslivet i stort eller om förhållandena inom konsumentområdet. De ska vara opartiska och varken stödja konsumenten eller företaget i tvisten. Intresseledamöterna utses efter förslag från myndigheter och konsument- och branschorganisationer som regeringen bestämt. Vid sammanträden på de olika nämndavdelningarna ska lika många ledamöter från konsumentsidan som från branschsidan vara med. Vanligen deltar fyra intresseledamöter, två från varje sida, på sammanträdena.

1.1 Prövning av ärenden

Nämnden prövar konsumenttvister under förutsättning att anmälan görs av en konsument och tvisten rör ett rättsförhållande mellan konsumenten och ett företag. För samtliga avdelningar gäller att tvisten inte får vara för gammal; en anmälan ska ha kommit in till nämnden inom sex månader från det att konsumenten helt eller delvis fått ett negativt beslut från näringsidkaren och tvisten måste gälla ett visst minimibelopp; 500 – 2 000 kronor beroende på avdelning. Nämnden prövar i princip enbart ekonomiska yrkanden om fullgörande. Nämnden kan även utan att det finns ett rättsförhållande mellan parterna pröva tvister om skadestånd under förutsättning att skadeståndet kan komma att betalas ut ur motpartens ansvarsförsäkring.

Av nämndens instruktion framgår ett antal typer av tvister som nämnden inte får pröva, bl.a. tvister mellan privatpersoner eller mellan företag, tvister som rör hälso- eller sjukvård, advokattjänster, köp av fastighet eller bostadsrätt, hyrestvister och tvister med bostadsrättsföreningar, tvister som lämnats till domstol för prövning och tvister där företaget gått i konkurs.¹ Nämnden prövar inte heller ärenden som kan prövas eller har prövats av någon annan statlig myndighet eller ärenden som omfattas av en rekommendation från nämnden i ett ärende om grupptalan. Nämnden prövar normalt inte heller tvister med företag utanför Sverige. Undantag kan göras om det finns en stark anknytning till Sverige.

¹ Se Förordning (2007:1041) med instruktion för Allmänna reklamationsnämnden.

Det finns också ärenden som av olika skäl inte lämpar sig för nämndens skriftliga och förenklade tvistprövning t.ex. om utredningen i ärendet är bristfällig och det inte går att avhjälpa bristen eller att ärendet i övrigt med hänsyn till nämndens arbetsformer eller andra omständigheter inte lämpar sig för prövning. Exempel är om det krävs muntlig bevisning, en medicinsk eller veterinärmedicinsk bedömning eller ärendet rör många och/eller komplicerade fel eller förhållanden som inte kan utredas inom ramen för nämndens rent skriftliga och förenklade förfarande. Nämnden kan besluta att ta upp ärenden till handläggning trots att de är för gamla eller rör ett för lågt belopp. Beslut fattas då av vice ordförande eller områdesansvarig beredningsjurist.

1.3 Beslut av nämnden

Beslut i ärenden fattas efter föredragning på ett sammanträde på någon av nämndens avdelningar. Nämnden håller ungefär 150 sammanträden per termin. Sammanträdet leds av en ordförande och består av fyra intresseledamöter, två från konsumentsidan och två från näringsidkarsidan. Intresseledamöterna har allmän kännedom om en viss bransch, näringslivet i stort eller om förhållandena inom konsumentområdet. De ska vara opartiska och varken stödja konsumenten eller företaget i tvisten. Intresseledamöterna utses efter förslag från myndigheter och konsument- och branschorganisationer som regeringen bestämt. Föredragande är antingen en av nämndens beredningsjurister eller någon av nämndens tjugotal externa föredragande. Vid ett sammanträde föredras mellan 11 och 21 ärenden på tre timmar beroende på vilken typ av ärenden det rör sig om; vid ett rådgivnings-/värdepapperssammanträde på bankavdelningen är det 11 och på ett elektroniksammanträde 21. Inför sammanträdet har ordföranden och ledamöterna fått föredragnings-PM från föredraganden som redogör för parternas yrkanden och inställning, omständigheterna i ärendet och vilka handlingar i ärendet som är relevanta. De har via ledamotswebben tillgång till samtliga handlingar i ärendet och har en vecka på sig att läsa in sig på ärendena. Vid sammanträdet redogör föredraganden för ärendet och nämnden fattar sedan beslut. Efter sammanträdet skriver föredraganden beslut som sedan justeras av ordföranden. Eventuella skiljaktiga meningar skrivs av den skiljaktiga ledamoten/ordföranden själv. Det färdiga beslutet expedieras av nämndens sekreterare. Om parterna lämnat en e-postadress expedieras beslutet den vägen. Besluten skickas också till de ledamöter som varit med och beslutat. Besluten indelas av ordföranden i A-, B- och C-ärenden där A-ärendena är av principiellt eller allmänt intresse och refereras på nämndens hemsida. Nämndens mål är att besluten ska expedieras inom tre veckor från sammanträdet. Normalt fattas beslut av en avdelningsordförande och nämnd; om en tvist är av särskild betydelse för nämndens rättstillämpning eller annars är av större vikt får den enligt nämndens instruktion beslutas vid sammanträde där, förutom ordföranden eller vice ordföranden, två avdelningsordförande och fyra intresseledamöter ingår.

Nämnden tillämpar rättegångsbalken analogt. Nämndens prövning utgår alltså från vad parterna yrkat och invänt och nämnden gör ingen egen utredning. Nämnden hör inte parterna och i princip all bevisning är skriftlig; nämnden har möjlighet att höra kortare bandupptagningar men behövs muntlig bevisupptagning måste ärendet avvisas. I de fall

nämnden helt eller delvis bifaller anmälarens yrkande är beslutet utformat som en rekommendation till företaget att t.ex. avhjälpa/låta häva/ersätta konsumenten.

Nämndens beslut är utformade som rekommendationer och företagen är alltså inte skyldiga att följa dem. De företag som inte följer nämndens beslut publiceras i tidningen Råd & Röns s.k. svarta lista. Nämnden bistår Sveriges konsumenter, som ger ut tidningen, med underlag till den svarta listan. I de ärenden där nämnden helt eller delvis bifallit konsumentens yrkande skickar därför nämnden en fråga till konsumenten om företaget följt nämndens beslut. I de fall där konsumenten inte svarar inom utsatt tid förutsätts att företaget följt beslutet. Om konsumenten meddelar att företaget inte följt beslutet får företaget en möjlighet att förklara varför. Nämnden sammanställer statistik över följsamheten halvårsvis. (Sveriges konsumenter ger företagen ytterligare en chans att följa nämndens beslut innan den svarta listan publiceras).

Nämndens beslut går inte att överklaga. Parterna har dock en möjlighet att begära omprövning av beslutet. En begäran om omprövning ska ha kommit in till nämnden inom två månader från beslutsdatumet. Begäran av omprövning behandlas av en beredningsjurist som inte tidigare varit inblandad i ärendet och beslutas av ordföranden eller vice ordföranden. En begäran om omprövning kan bara beviljas om det kommit fram nya bevis eller omständigheter som parten inte kunnat presentera tidigare och som skulle ha lett till en annan utgång i ärendet eller om beslutet skulle vara uppenbart oriktigt på grund av ett klart förbiseende från nämndens sida som inte går att rätta. Om nämnden har fattat ett s.k. tredskobeslut kan omprövning beviljas om företaget kan visa giltig ursäkt för att inte ha svarat. Ett beslut om att inte bevilja omprövning kan inte omprövas.

1.4 Följsamhet och statistik

Följsamheten till nämndens beslut är ca 75 procent för hela nämnden. För vissa avdelningar är följsamheten högre; på t.ex. bankavdelningen följer 95 procent av bankerna och företagen nämndens beslut och på försäkringsavdelningen är följsamheten i det närmaste fullständig.

Nämnden bankavdelning är uppdelad på värdepappers- och rådgivningsärenden (VP) och på övriga bankärenden, främst kontokort och lån.

Mellan åren 2000 och 2004 kom det in i medeltal 130 VP-ärenden per år, varav 10-50 rådgivningsärenden. Lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter trädde i kraft den 1 juli 2004. Under 2005 kom det in 125 anmälningar om vårdslös rådgivning till nämnden. Antalet rådgivningsärenden sjönk därefter till ca 40-45 ärenden per år under 2006-2007. Under andra halvan av 2008 och 2009 ökade antalet rådgivningsärenden dramatiskt och under 2009 kom det in 204 anmälningar som rörde finansiell rådgivning. Det stora flertalet rörde ett och samma företag och närmare 75 ärenden skrevs av från vidare handläggning efter det att anmälarna även väckt talan mot företaget i Stockholms TR. Av de 114 ärenden i vilka det fattades beslut i sak fick konsumenten helt eller delvis rätt i 16 fall. 2010 kom det in 157 anmälningar varav ca 45 procent prö-

vades i sak. Av 80 beslut av nämndens bankavdelning fick konsumenten helt eller delvis rätt i 17 ärenden. 2011 kom det in 100 ärenden; 51 stycken prövades i sak och av dessa fick konsumenten helt eller delvis rätt i 10 ärenden. Det är en relativt hög bifallsprocent jämfört med tidigare år då bifallsstatistiken legat runt ett par procent.

Antalet beslut där konsumentens yrkande helt eller delvis bifallits har alltid varit förhållandevis få på nämndens bankavdelning. Till stor del beror det på att branschen har större kunskap om konsumenternas rättigheter och väl fungerande interna system för reklamationshantering. Många banker har en egen kundombudsman varför konsumenten ofta fått sitt ärende prövat flera gånger innan anmälan kommer in till nämnden. Det fanns också fram till 2010 en klar praxis rörande kontokort och vad som ansågs vara grovt oäktsamt enligt 34 § konsumentkreditlagen (1992:830).

Vad gäller skadeståndsyrkanden till följd av finansiell rådgivning ansåg nämnden tidigare att en påstådd ekonomisk förlust måste vara realiserad för att skadestånd skulle kunna komma i fråga. I de ärendena gick aldrig nämnden in och bedömde om rådgivningen varit vårdslös eller inte. Frågan om en skada var realiserad aktualiserades efter konkursen i Lehman Brothers. Många anmälare hade investerat i en valutaobligation som emitterats av Lehman Brothers, många av dem hade också finansierat investeringen med lån. Anmälarna, motparten och nämnden förstod att det skulle bli en förlust och att anmälarna inte skulle få tillbaka det investerade beloppet men det gick inte att förutse hur stor förlusten skulle bli innan konkursen var avslutad. Nämndens bankavdelning valde att pröva frågan om rådgivningen varit vårdslös i sak. Även andra investeringar i vilka konsumenten mer eller mindre frivilligt blivit "inlåst" har prövats av nämnden i sak. Dels råd om kapitalförsäkringar till äldre personer och investeringar vilkas försäljningsmöjligheter varit obefintliga. Nämnden har de fall rådgivningen befunnits vara vårdslös rekommenderat banken/bolaget att försätta konsumenten i samma ekonomiska läge som denne befunnit sig i innan investeringen. Bolaget ska överta konsumentens innehav i olika produkter och återbetala investerat belopp; en typ av hävning.

Övriga sätt att klaga på finansiell rådgivning

Konsumenter kan även vända sig till Konsumenternas bank- och försäkringsbyrå (www.konsumenternas.se). Konsumenternas är en oberoende rådgivningsbyrå som ger gratis rådgivning till konsumenter inom det finansiella området. En av de huvudsakliga uppgifterna för byrån är att fånga upp konsumentproblem på det finansiella området och återföra dessa till myndigheter, företag och branschorganisationer. Huvudmännen för Bank- och Finansbyrån är Konsumentverket, Finansinspektionen, Svenska Bankförbundet, Fondbolagens Förening och Svenska Fondhandlareföreningen. Huvudmännen för Försäkringsbyrån är Konsumentverket, Finansinspektionen och Svensk Försäkring. Konsumenter kan som sagt få vägledning och rådgivning av byrån men byrån prövar inte klagomålen i sig.

I den finansiella regleringen finns krav på att bolagen ska ha en funktion för att ta emot klagomål.² Dit ska kunder vända sig i första hand om de anser att de har blivit felaktigt hanterade alternativt har erhållit en felaktig tjänst från bolaget. Om kunden inte är nöjd med bolagets bedömning så får kunden gå vidare till Allmänna reklamationsnämnden alternativt domstol.

Branschen startade 2001 SwedSec, en branschorganisation som hanterar den licens som alla rådgivare i branschen bör ha för att få tillhandahålla rådgivning. Bolaget bildades för att gemensamt hantera de kunskapskrav som finns i reglering på finansiella rådgivare. SwedSec har en disciplinnämnd dit de anslutna medlemsföretagen är skyldiga att anmäla rådgivare som bolaget anser har brutit mot lag, det interna regelverket samt SwedSec:s regelverk. Nämnden bedömer om rådgivaren har agerat vårdslöst och kan därmed tilldela rådgivaren en erinran, varning eller återkalla licensen. Nämnden prövar om rådgivaren har brutit mot god rådgivningssed men har inte befogenhet att avgöra om kunden ska erhålla skadestånd av det finansiella bolaget. Däremot kan ett avgörande från disciplinnämnden innebärande att rådgivaren har agerat vårdslöst ha ett stort bevisvärde vid en tvist med det finansiella bolaget där rådgivaren har varit anställd.

Bilagor:

Tabell 1:

Tabell 1 visar antalet inkomna ärenden under åren 2000 till 2012 för nämnden totalt, för nämndens bankavdelning som helhet och specifikt antalet rådgivnings- och värdepappersärenden både var för sig och tillsammans. Tabell 1 visar hur många ärenden som det fattats beslut i i sak och hur många som avvisats eller avskrivits av just de ärenden som kommit in under ett visst år. Ett antal av de ärenden som kommit in under 2012 är fortfarande under handläggning.

Tabell 2:

Tabell 2 visar antal beslut som fattas av nämnden under åren 2000 till 2012 på bankavdelningen som helhet och hur många beslut som fattats i sak och som avvisats eller avskrivits. Tabellen visar också hur många beslut som fattats i sak i rådgivningsärenden resp. värdepappersärenden och i hur många av dem som konsumenten fått helt eller delvis rätt.

² Se 7 kap. Finansinspektionens föreskrifter (2007:16) om värdepappersrörelse och Finansinspektionens allmänna råd (2002:23) om klagomålshandtering avseende finansiella tjänster till konsumenter.

2. En sammanfattning av praxis från domstolar, nämnder etc. avseende skadeståndsansvar för vårdslös rådgivning, särskilt om det används omvänd eller delvis omvänd bevisbörda

I Sverige gäller sedvanlig bevisbörda i mål om finansiell rådgivning, dvs. att det är kunden som har att bevisa att denne lidit en skada till följd av vårdslös rådgivning. Det finns emellertid en faktor som kan påverka bevisbördans placering – nämligen om rådgivaren inte har uppfyllt sin skyldighet att dokumentera rådgivningstillfället. Dokumentationsplikt vid finansiell rådgivning tillkom först i och med att rådgivningslagen trädde i kraft 2004. Det fanns visserligen redan tidigare i såväl föreskrifter som självreglering krav på att rådgivningssamtal spelades in. Vissa aktörer hade också skapat andra system för att dokumentera rådgivningen. Det var emellertid först genom rådgivningslagen som det infördes en skyldighet att all rådgivning skulle dokumenteras.³

Näringsidkaren ska dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället.⁴ I rådgivningslagen finns inga angivelser om hur dokumentationen ska ske och av motiven framgår endast att dokumentationen ”skall ge en rättvisande bild av vad som förekommit vid rådgivningstillfället.”⁵ Finansinspektionen fick därför i uppdrag att konkretisera bl.a. innebörden av dokumentationsplikten genom FFFS 2004:4.⁶ Enligt föreskrifterna ska dokumentationen innehålla uppgifter om näringsidkaren, den personal som lämnar råd och förutsättningarna för rådgivningen. Kundens erfarenhet av finansiella placeringar, ekonomiska förhållanden, syfte med placeringen, riskbenägenhet, huvudsaklig placeringsinriktning och andra förhållanden som kan komma att påverka rådgivningen ska också antecknas.⁷ Det finns emellertid inget krav på dokumentation av vilka typer av finansiella produkter som näringsidkaren lämnat råd om. Denna slags information är emellertid ytterst relevant för bedömningen av rådgivningen och i de allmänna råden till 3 kap. 1 § FFFS 2004:4 framgår att även sådana uppgifter bör antecknas.

Om kunden är känd behöver inte näringsidkaren inhämta samtliga uppgifter om kunden men det föreligger krav på att skälen för underlåtenheten antecknas.⁸ Vidare rekom-

³ Se prop. 2004/05:133 Försäkringsförmedling, s. 105 f. och art. 12.3 2002/92/EG.

⁴ Se 4 § 1 st. 2 p. LFR.

⁵ Se prop. 2002/03:133 Lag om finansiell rådgivning till konsumenter, s. 23.

⁶ Se 3 kap. Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd (FFFS 2004:4) om finansiell rådgivning till konsumenter. Som tidigare nämnts har även Konsumentverket utfärdat föreskrifter till rådgivningslagen men de är i princip överensstämmande med Finansinspektionens föreskrifter och kommer inte att diskuteras särskilt, se KOVFS 2004:5. I föreskrifterna föreligger även dispensmöjlighet från t.ex. dokumentationskravet, se 3 kap. 9–10 §§ FFFS 2004:4.

⁷ Vad som avses med andra förhållanden är heller inte klarlagt. I propositionen framgår det att någon direkt skillnad mellan ekonomiska och andra förhållanden inte direkt är avsedd då man med ekonomiska förhållanden menar inkomst, förmögenhet, försäkringssituation och skulder. Med andra förhållanden avses kundens familjeförhållanden och andra förhållanden av privat natur, t.ex. att kunden har en tillfällig anställning och att de ekonomiska förutsättningarna kan komma att förändras, se prop. 2002/03:133, s. 26. Det kvarstår dock fortfarande frågetecken gällande vilka uppgifter om kundens familjeförhållande och andra förhållanden av privat natur ska innebära.

⁸ Med tanke på att konsumentens ekonomiska och andra förhållanden, syfte med placering, riskbenägenhet och huvudsaklig placeringsinriktning kan komma att ändras ofta och samtidigt utgör grunden för lämplighetsbedömningen bör sådana uppgifter alltid inhämtas.

menderas näringsidkaren att löpande uppdatera uppgifterna om kunden, annars riskerar rådgivaren att råden lämnas mot bakgrund av kundens tidigare situation i stället för den nuvarande.⁹ I föreskrifterna anges mer i detalj vilka delar som dokumentationen bör innehålla.¹⁰

Det är rådgivaren som ska dokumentera uppgifterna om rådgivningen och dokumentationen ska därefter lämnas till kunden i samband med första rådgivningstillfället eller i nära anslutning därtill.¹¹ Lämnas inte dokumentationen ut direkt, ska den tillhandahållas kunden utan onödigt dröjsmål.¹² Erhåller kunden rådgivning vid upprepade tillfällen behöver inte dokumentationen utlämnas vid varje tillfälle men kunden ska informeras om sin rätt att erhålla sådan dokumentation.¹³ Dokumentationen kan utföras på valfritt medium så länge som den för varje rådgivningstillfälle är lätt identifierbar och lätt sökbar.¹⁴

Det bör emellertid uppmärksammas att det är rådgivaren som upprättar dokumentationen och därvid har ett ansvar för att dokumentationen är överensstämmande med vad som förevarit under rådgivningstillfället. Vidare har rådgivaren även en skyldighet att tillse att kunden förstår vad som dokumentationen innehåller, dvs. att den innehåller tillräckligt med information för att grunden för rådgivarens rekommendationer ska kunna bedömas. Det finns inget krav på att dokumentationen ska godkännas av kunden. Dokumentationen är upprättad som ett ensidigt dokument och ska tolkas därefter. Kunden har emellertid en skyldighet att studera dokumentationen och snarast meddela rådgivaren om kunden anser att dokumentationen inte överensstämmer med rådgivningens faktiska innehåll.

Av värdepappersmarknadslagens 8 kap. 12 § framgår det att värdepappersinstitutet ska "dokumentera samtliga investeringstjänster, sidotjänster och transaktioner som det har genomfört." Även telefonsamtal som rör kundordrar ska spelas in och i de situationer samtalen inte spelats in ska samtalen dokumenteras.¹⁵ Bestämmelsen grundas på art. 19.7 MiFID-direktivet, av vilken det följer att värdepappersföretaget "skall upprätta en dokumentation som innehåller de eller de mellan företaget och kunden överenskomna handlingarna i vilket eller vilka parternas rättigheter och skyldigheter anges, samt övriga villkor för företagets tillhandahållande av tjänster till kunden. Rättigheter

⁹ Se 3 kap. 2 § FFFS 2004:4.

¹⁰ Se Korling, Fredric, Rådgivningsansvar – särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning, Jure Förlag, Stockholm 2010, s. 491 ff.

¹¹ Se prop. 2002/03:133, s. 22 f.: "Regeringen anser att det är viktigt att konsumenterna får del av dokumentationen. Genom att konsumenten får en kopia av dokumentationen, får konsumenten lättare att visa att en rådgivning verkligen förekommit och vad som därvid avhandlats." Se även prop. 2002/03:133, s. 50, 3 kap. FFFS 2004:4 och 3 kap. KOVFS 2004:5.

¹² Se 3 kap. 4 och 6 §§ FFFS 2004:4. Se även Finansinspektionens rapport 2007:5, Rådgivningen, kunden och lagen, s. 9 och Svensson, Råd till rådgivare, s. 56 ff.

¹³ Se 3 kap. 7–9 §§ FFFS 2004:4.

¹⁴ Se 3 kap. 5 § FFFS 2004:4.

¹⁵ Se 21 kap. 3 § FFFS 2007:16.

Se 21 kap. 3 § FFFS 2007:16.

och skyldigheter för överenskommelsens parter kan ingå i form av hänvisningar till andra handlingar eller rättsakter.”¹⁶

Det finns inget dokumentationskrav över t.ex. rådgivningssituationen utan den obligatoriska dokumentationen – som ska tillhandahållas enligt art. 19.8 MiFID – ska i stället innehålla information till kunden om de tjänster som företaget tillhandahållit kunden. Vad dokumentationsplikten härutöver kan tänkas innebära framgår inte närmare av värdepappersmarknadslagen eller av lagens motiv. Eftersom genomförandedirektivet inte heller innehåller några särskilda regler om dokumentationen, valde lagstiftaren att ge Finansinspektionen i uppdrag att konkretisera dokumentationsplikten genom föreskrifter.¹⁷ Finansinspektionen hade ett par år tidigare utformat rådgivningslagens dokumentationsregler och införde därför – mot bakgrund av likheterna mellan finansiell rådgivning och investeringsrådgivning – i princip likalydande bestämmelser i 16 kap. FFFS 2007:16.¹⁸

Genom att lagstiftaren infört en omfattande dokumentationsplikt i försäkringsförmedlingslagen, rådgivningslagen och värdepappersmarknadslagen söker lagstiftaren undanröja det besvärliga bevisläge som annars råder mellan två parter som ingått ett muntligt avtal, dvs. att ord står mot ord vid en tvist. Dokumentationsplikten har också funktionen att uppmärksamma rådgivaren om att denne bör vara tydlig i förhållande till sina uppdragsgivare och framför allt framhålla skillnaden mellan lovordande försäljningsargument och finansiell rådgivning. För att dokumentationsplikten ska vara möjlig att uppfylla, krävs det att kunden är villig att utlämna informationen och samarbeta med rådgivaren. Att rådgivaren har detaljerade uppgifter om kundens individuella förhållanden är därför av väsentlig betydelse. Om kunden inte vill lämna ut uppgifter om sig själv så ska denna omständighet noteras och några råd får inte längre lämnas till kunden till följd av MiFID:s regler. Att denna skyldighet uppfylls är av avgörande betydelse för rådgivaren, eftersom rådgivningens kvalitet bestäms efter det underlag som rådgivaren baserat sina rekommendationer på.

Trots vikten av att dokumentationsplikten uppfylls, finns det något förvånande inte någon uttrycklig sanktion i någon av lagarna. I förarbetena till rådgivningslagen framgår det emellertid en anvisning till domstolarna om att lagstiftaren anser att konsumentens utsaga i så fall ska tas som utgångspunkt för bedömningen av rådgivarens eventuella

¹⁶ Genomförandedirektivets art. 39 innehåller emellertid bestämmelser om att värdepappersföretag måste ingå skriftliga ramavtal med nya icke-professionella kunder om företaget tillhandahåller andra investeringstjänster än investeringsrådgivning. Avtalet ska fastställa parternas viktigaste skyldigheter och rättigheter. Vidare framgår det av art. 51 att alla uppgifter som ska dokumenteras enligt MiFID ska sparas i minst fem år.

¹⁷ MiFID-direktivet innehåller också förutom krav på dokumentation över investeringsrådgivningen ett flertal regler avseende institutens rapporteringsskyldighet till kunderna efter t.ex. genomförda transaktioner, se t.ex. art. 19.8 2004/39/EG, art. 40–43 2006/73/EG och prop. 2006/07:115, s. 446.

¹⁸ Se 16 kap. 9–18 §§ FFFS 2007:16 och prop. 2006/07:115, s. 445 f. Se även Svenska Bankföreningen m.fl., Remissyttrande – Remiss av förslag till föreskrifter om värdepappersmarknaden, s. 4 f.

skadeståndsskyldighet, en presumtion som rådgivaren har att motbevisa. I propositionen anges:

”För det fall näringsidkaren försummar sin skyldighet att dokumentera, bör konsumentens påståenden om vad som förekommit vid rådgivningstillfället tas som utgångspunkt vid en bedömning av rådgivarens eventuella vårdslöshet, om näringsidkaren inte på annat sätt förmår visa att konsumentens påståenden är felaktiga. Det kan för tydlighetens skull påpekas att det alltså är konsumenten som skall bevisa att ett uppdragsförhållande avseende finansiell rådgivning har förelegat mellan parterna.”¹⁹

I författningskommentaren i propositionen förtydligas lagstiftarens syn ytterligare:

”Om tvist senare uppstår kring de frågor som dokumentationen beskriver och konsumenten därvid hävdar att rådgivarens uppgifter i dokumentationen är felaktiga, torde det vara rådgivaren som har att visa att uppgifterna stämmer med vad som avhandlats eller annars förekommit under rådgivningen. Ett sätt att säkerställa att parterna är överens om innehållet i dokumentationen kan vara att rådgivaren när dokumentationen färdigställts låter konsumenten läsa igenom den och skriva under den. Konsumenten får därvid anses ha bekräftat de uppgifter som dokumentationen innehåller.”²⁰

Att en bristande dokumentation leder till en omkastad bevisbörda, innebar en skärpning i förhållande till tidigare regler om mäklares skyldighet att spela in samtal med kunder, eftersom frånvaron av inspelade samtal endast innebar att kraven på kundens bevisning sänktes.²¹ Motsvarande regel om bevisbörda infördes inte i försäkringsförmedlingslagen trots att lagen vad avser relationen mellan kunden och förmedlaren till stora delar överensstämmer med förutsättningarna vid finansiell rådgivning.²² Om försäkringsförmedlaren brister i dokumentation blir sanktionen i stället att marknadsföringslagens skadeståndsregler blir tillämpliga.²³ Av värdepappersmarknadslagen och dess motiv framgår

¹⁹ Se prop. 2002/03:133, s. 33.

²⁰ Se prop. 2002/03:133, s. 50.

²¹ Se Svea hovrätts dom 2002-06-20, mål nr. T 1186-01. Se även Stockholms tingsrätts dom 2002-02-28, mål nr. T 8390-99 där det var stridigt vilka rekommendationer som lämnats till kunden.

²² I direktivet som låg till grund för lagändringen fanns det i princip en absolut dokumentationsskyldighet och lagstiftaren ansåg det naturligt att därför införa en motsvarande bestämmelse som i 4 § LFR, se art. 13 2002/92/EG och prop. 2004/05:133, s. 105 f. I lagen om försäkringsmäklare som FfL ersatte fanns inte någon skyldighet att dokumentera vare sig uppdraget eller avtalsförpliktelse. Dokumentationskravet förtydligas genom 7 kap. 3–8 §§ FFFS 2005:11. I jämförelse med motsvarande föreskrifter för investeringsrådgivning, 3 kap. FFFS 2004:4 är de i princip likalydande men t.ex. gällande avrådningsplikten behöver inte försäkringsmäklaren anteckna grunden för sitt beslut att avråda och denne behöver endast dokumentera om kunden väljer att genomföra åtgärden i alla fall om det kommer till mäklarens kännedom, se 3 kap. 3 § 3 st. FFFS 2004:4 och 7 kap. 3 § 3 st. FFFS 2005:11.

²³ Enligt försäkringsförmedlingslagen blir sanktionen i stället att marknadsföringslagens påföljdssystem blir tillämpligt enligt 6 kap. 8 § FfL, vilket möjliggör skadeståndsansättning enligt 37 § MFL. Bestämmelsen har utformats med 12 § prisinformationslagen (2004:347) som förebild, vilken också hänvisar till dåvarande marknadsföringslag (1995:450). Skadan kan ofta vara svår att uppskatta, framför allt för skada som ska ersättas genom 37 § 2 st. MFL där näringsidkare vid skadeberäkningen även har rätt att ta hänsyn till andra omständigheter än sådana av ekonomisk art. Det framgår dock av 5 kap. 7 § FfL att försäkringsförmedlaren även kan bli skadeståndsskyldig enligt FfL om denne uppsåtligt eller av oaktsamhet åsidosätter sina skyldigheter enligt 5 kap. 4 § FfL, dvs. att denne inte iakttagit god försäkringsförmedlingssed vid utförandet av sitt uppdrag eller inte med tillbörlig omsorg tagit till vara kundens intresse, se prop.

inte hur en bristande dokumentationsplikt får betydelse för parternas bevisbörda.²⁴ Om ett värdepappersföretag inte dokumenterat rådgivningen kommer ansvarsbedömningen troligtvis komma att ske i enlighet med rådgivningslagens modell, dvs. att bristen påverkar bedömningen av god sed.²⁵ Någon annan slutsats torde vara svår att komma fram till mot bakgrund av att Finansinspektionens föreskrifter till värdepappersmarknadslagen avseende dokumentationskravet är direkt överensstämmande med föreskrifterna till rådgivningslagen.²⁶ Att näringsidkaren underlåtit att dokumentera rådgivningen försvårar kundens position och är också något som kan påverka rådgivarens trovärdighet. Dokumentation är således ett viktigt instrument för att öka investerarskyddet, framför allt ur bevisbördesynpunkt.²⁷ Det har framkommit såväl i Finansinspektionens tillsynsarbete som av branschföreträdare att många kunder inte vill ha dokumentationen.²⁸

2004/05:133, s. 106 ff. Oftast är det svårt för den skadelidande att föra bevisning kring skadans storlek och domstolen kan då uppskatta skadan enligt RB 35:5. Jfr MD 2005:6.

²⁴ Se t.ex. för diskussion avseende införandet av dokumentationsregler, prop. 2006/07:115, s. 369 f. Se även angående franchisegivares bevisbörda avseende information, prop. 2005/06:98, s. 42: "Det har förutsatts att franchisegivaren kan säkra bevisning om den information som har lämnats genom att franchisetagaren skriftligen bekräftar vilken information han eller hon tar emot och när detta sker. Några särskilda bestämmelser om den saken har dock inte ansetts erforderliga."

²⁵ Se SwedSecs disciplinnämnds avgörande 2010-01-13, dnr. 2010:01, SwedSecs disciplinnämnds avgörande 2009-09-21, dnr. 2009:08 och SwedSecs disciplinnämnds avgörande 2009-09-21, dnr. 2009:09. Jfr motsvarande slutsats avseende bristande formkrav vid konsumentkrediter, se prop. 1991/92:83, s. 87: "Bestämmelsen om skriftlig form kan därför ... till en del ses som en ordningsföreskrift som kan få betydelse vid bedömningen av om näringsidkaren iakttar god kreditgivningssed."

²⁶ Se 3 kap. FFFS 2004:4 jämfört med 16 kap. 9–18 §§ FFFS 2007:16. Se vidare t.ex. ARN:s avgörande 2008-01-05 i ärende nr. 2007-5600 där nämnden beslutade att ett företag som brutit i sin dokumentationsplikt hade bevisbördan för vad som förekommit vid rådgivningsmötet: "Normalt gäller att det är den skadelidande som har att visa att det är motparten som genom vårdslöshet orsakat en skada. Näringsidkaren har emellertid enligt 4 § en skyldighet att dokumentera vad som förekommit vid rådgivningstillfället och att lämna ut dokumentationen till konsumenten. ... I den proposition som ligger till grund för lagstiftningen har, utan erinran från riksdagens sida, anförts att för det fall näringsidkaren försummar dokumentationsskyldigheten bör konsumentens påstående om vad som förekommit vid rådgivningen tas som utgångspunkt vid bedömningen, om inte näringsidkaren på annat sätt kan visa att konsumentens uppgifter är felaktiga. ... Nämnden konstaterar att bolaget inte åberopat någon som helst dokumentation om vad som förekommit vid rådgivningen i detta fall. Bolaget har inte ens visat att någon dokumentation om vad som förekom vid rådgivningstillfället existerar. Av bolagets egna uppgifter framgår dessutom att någon sådan dokumentation, även om den skulle existera, inte har lämnats ut till E. Bolaget har således redan i detta avseende brutit mot de skyldigheter som bolaget har enligt den nämnda lagen. Bolaget har inte heller på annat sätt förmått visa att de uppgifter E lämnat är felaktiga i något avseende. Hans uppgifter bör därför läggas till grund för nämndens bedömning. Av dessa uppgifter framgår att den rådgivning som lämnats inte kan anses motsvara de ovannämnda krav som lagstiftningen ställer. Rådgivningen har således varit vårdslös."

²⁷ Jfr t.ex. Örebro tingsrätts dom 2008-04-11, mål nr. T 4208-05, (se Göta Hovrätts dom 2009-04-08, mål nr. T 1357-08), s. 14 f. där tingsrätten efter att ha konstaterat att rådgivaren inte dokumenterat rådgivningen anför att det är "svårt att se vilken skada som skulle kunna vara adekvat i förhållande till denna brist. Rätt till skadestånd på denna grund kan inte anses vara styrkt. Det utesluter dock inte att ställningstagandet kan tillmätas betydelse vid den fortsatta prövningen av bankens skadeståndsansvar."

²⁸ Se t.ex. Rutberg, Anmälan av Swahn & Wendleby, Lagen om finansiell rådgivning till konsument, JT 2004/05 s. 945 där Rutberg ifrågasätter om konsumenter i allmänhet har behov av all den information som de tillställs av instituten: "Jag tycker dock att man kan ifrågasätta om det verkligen är ändamålsenligt att konsumenterna, utan att särskilt begära det, skall tillställas all dokumentation, vilken ju i vissa fall kan komma att bli mycket omfattande. Erfarenheterna från bankerna och värdepappersinstituten visar också entydigt att konsumenterna inte önskar få ytterligare handlingar från instituten. Detta gäller särskilt sådana kunder som regelbundet gör värdepappersaffärer. Dessa önskar inte ytterligare dokumentation utöver affärsbekräftelser." Jfr Eriksson m.fl., Bankrådgivningsrelationen och rådgivningslagen, s. 24: "Det

I detta avseende bör det framhållas att regleringen av investerarskyddet (även de regler som är tillämpliga på näringsidkare) syftar till att skydda investerarna från att fatta beslut mot bakgrund av bristfällig information. Dokumentationen har i detta avseende en viktig roll att fylla genom att investeraren efter rådgivningen kan gå igenom dokumentationen för att se vad parterna kommit överens om och vilka rekommendationer som denne erhållit. Dokumentationen är också av stor vikt för t.ex. Finansinspektionen vid bedömningen av hur rådgivningen sker hos respektive bolag samt för en domstols bedömning vid en eventuell tvist. Flertalet bolag har också fått sanktioner av Finansinspektionen till följd av undermålig dokumentation.²⁹ Vad investerare individuellt anser att de har behov av är i detta sammanhang av ringa intresse, eftersom investerarskyddslagstiftning i likhet med konsumentlagstiftningen syftar till att inrätta en lägsta skyddsnivå – inte att individanpassa skyddsreglerna. Dokumentationen kan även möjliggöra för investeraren att träffa flera olika rådgivare som kan ta ställning till rekommendationerna sinsemellan och därmed möjliggöra för investeraren att få mer specifik information rörande sina tilltänkta investeringar. De avsedda funktionerna med dokumentationskravet är emellertid svåra att upprätthålla om inte tillräckligt många kunder studerar dokumentationen för att jämföra den med rådgivningstillfället.

I underrättspraxis har detta behandlats i några mål som avsett frågan om rådgivaren har informerat kunden om riskerna med transaktionen. I flera mål har kunden skrivit under kunddokumentationen där kunden intygar att denne har läst informationen om riskerna med transaktionen men senare vid en tvist medgivit att kunden de facto inte har läst materialet. Frågan har då varit om rådgivaren har informerat kunden genom att ha överlämnat information om risker skriftligen till kunden. I dessa mål konstaterar underrätterna oftast att rådgivaren har en skyldighet att tillse att kunden har förstått informationen och att det inte är tillräckligt att endast ge skriftlig information till kunden. Rådgivaren måste därutöver påvisa hur denne har arbetat för att tillse att kunden har förstått informationen. Ett intygande av kunden är inte tillräckligt – rådgivaren kan så att säga inte avtala med kunden om att rådgivaren har uppfyllt sina förpliktelser enligt lag.

I Allmänna reklamationsnämnden har detta prövats ett flertal gånger. Nämnden kan, som jag angivit ovan, inte pröva muntlig bevisning. Det får den effekten att nämnden i realiteten inte kan pröva fall där parterna är oense om vad dokumentationen över rådgivningsmötet visar. I ett fall som avgjordes förra året ändrades dock nämndens praxis.³⁰ I fallet var kunden och banken oense om vad som diskuterats vid rådgivningsmötet men nämnden ansåg att

”även om parterna delvis har olika uppfattningar om vad som förekommit finner nämnden att den skriftliga dokumentationen tillsammans med det som parterna har en gemensam

föreligger betydande osäkerhet kring huruvida kunden fått dokumentation från mötet och också signerat denna (20%) och mycket hög osäkerhet om huruvida kunden läst dokumentationen (40–60%).”

²⁹ Se t.ex. Finansinspektionens sanktionsbeslut 2012-12-10 (FI Dnr 11-12153), Finansinspektionens sanktionsbeslut 2012-05-15 (FI Dnr 10-10416) och Finansinspektionens sanktionsbeslut 2011-12-06 (FI Dnr 11-1104).

³⁰ Se Allmänna reklamationsnämndens beslut 2012-12-19, ärende 2011-6282.

uppfattning om ger tillräckligt underlag för en bedömning av hur tvisten bör avgöras. Det saknas därför anledning för nämnden att avvisa ärendet.”

Nämnden konstaterade att det var stridigt mellan parterna om vilken risk kunden var beredd att ta med sin aktuella investering i förhållande till sitt övriga sparande samt att dokumentationen innehöll motstridiga uppgifter om vilken information kunden fått. Nämnden hänvisar till rådgivningslagens förarbeten där det framgår att kundens utsaga bör tas som utgångspunkt för bedömningen om rådgivaren *försummat* sin skyldighet att dokumentera. Vidare anför nämnden att

”uttalandet får också betydelse vid bedömningen av vad som ska bli resultatet om en rådgivare vid rådgivningstillfället låter dokumentationen innehålla oklarheter. Nämnden finner därför att det ålegat rådgivaren hos [banken] att innan rådgivningen avslutades och placeringsförslaget lämnades klargöra de oklarheter som visats finnas i dokumentationen. När nu det inte skedde, ska på de oklara punkterna konsumentens version av vad som avhandlats läggas till grund för avgörandet, om inte [banken] kan bevisa att konsumentens påståenden i dessa avseenden är felaktiga.”

Nämnden konstaterar att några sådana omständigheter inte presenterats av banken och kunden version av vad som förekommit vid rådgivningstillfället fick därför utgöra grunden för bedömningen av rådgivningen. Detta avgörande reser ett antal frågor.

För det första om förarbetena kan tolkas på det sätt som nämnden gjort, dvs. att även oklarheter i dokumentationen ska ligga rådgivaren till last. Vid läsning av förarbetena framgår att detta ska ske när rådgivaren försummat sin dokumentationsplikt. I detta fall utvecklar inte nämnden på vilket sätt som försummelsen förelegat, annat än att dokumentationen innehållit motstridiga uppgifter till följd av att rådgivaren inte kryssat i att kunden fått information men samtidigt angivit att så skett på ett annat ställe i dokumentationen. Nämnden synes ha tagit ställning till att detta skett medvetet från rådgivarens sida genom formuleringen ”låtit dokumentationen innehållit oklarheter”.

För det andra att det kan ifrågasättas om man kan göra en bedömning av vad som skett vid rådgivningssamtalet utan muntlig bevisning. Jag anser att detta svårligen låter sig göras.

För det tredje kan man diskutera vilken möjlighet en rådgivare har att föra bevisning i en sådan fråga. Pondera att rådgivaren har dokumenterat rådgivningsmötet korrekt men att kunden i efterhand anser att dokumentationen innehåller brister. Anses kundens utsaga ha mer tilltro än rådgivarens, hamnar rådgivaren i en besvärlig bevissituation till följd av att denne ska bevisa att något inte har skett – vilket svårligen låter sig göras.

Sammanfattningsvis kan man konstatera att reglerna om dokumentationen över rådgivningstillfället fyller en mycket viktig funktion men att det till följd av Finansinspektionens tämligen vaga regler om *hur* dokumentationen ska ske skapar rättsosäkerhet. Föreskrifterna innehåller nämligen endast riktlinjer för vad som ska dokumenteras, vilket gör att marknadsaktörer kan välja att dokumentera på olika sätt. Det vore därför bra

om föreskrifterna blev mer detaljerade avseende denna fråga, något som jag framförde redan 2011 till Finansinspektionen i en rapport beställda av inspektionen.³¹

³¹ Se Korling, Fredric, Rådgivning eller marknadsföring? Analys av försäkringsförmedlares verksamhet i förhållande till lagen (2003:862) om finansiell rådgivning till konsumenter och lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden, 18 januari 2011, s. 56.

3. En sammanfattning av praxis från domstolar, nämnder etc. avseende användandet av avtalsrättsliga aspekter på dessa tvister, särskilt ogiltighet i förhållande till värdslös finansiell rådgivning.

Jag har inte noterat något underrättsfall där domstolen har använt sig av ogiltighet/hävning för att upphäva ett rådgivningsavtal. Däremot har allmänna reklamationsnämnden i flera fall de senaste åren lämnat en rekommendation till det finansiella bolaget om att detta bör återta produkten och lämna tillbaka kundens medel – dvs. en form av hävning. I de situationer som nämnden lämnar en sådan rekommendation är då kunden har köpt en produkt som är svår att sälja. Skadebedömningen blir således osäker, något som är vanligt vid tvister avseende finansiell rådgivning till följd av att det kan vara svårt att fastställa storleken på skadan. En faktor som påverkar denna bedömning är vad som ska utgöra en skada. Enligt rådgivningslagens förarbeten ska det negativa kontraktsintresset ersättas, dvs. kunden ska försättas i samma situation som innan rådgivningen lämnades. En sådan skadebedömning avviker således från den traditionella synen inom kontraktsrätten att det är det positiva kontraktsintresset som ska ersättas. Lagens ersättningsregler har blivit kritiserade av mig i min avhandling eftersom kunden därmed inte kommer att ersättas för ett förlorat investeringstillfälle och därmed inte fullt ut erhålla ersättning (även om så har skett i underrättspraxis). Skadeberäkningsmodellen fungerar lika dåligt i en nedåtgående marknad eftersom kunden i vissa situationer kan hamna i en bättre situation än denne skulle ha varit i om det går att bevisa att kunden annars skulle ha investerat med förlust.

Jag ska nedan redogöra för omständigheterna i ett par fall för att illustrera nämndens argumentation.

Fall 1 – Ärende 2010-8043

I detta fall hade kunden lånat pengar för att köpa en kapitalskyddad placering. Nämnden konstaterade att kunden erhållit en produkt som inte överensstämde med kundens riskbenägenhet. Nämnden anför i sitt beslut att

"[kunden] har betalat räntor på de lån som togs. Produkten löper ut först i mars 2012 och det går inte idag att säga vilket värde den då har. [Rådgivaren] bör därför ersätta [kunden] på så sätt att bolaget övertar produkten och samtidigt försätter dem i samma ekonomiska situation som före rådgivningen."

Fall 2 – Ärende 2011-4233

I detta fall hade kunden investerat i en fond som placerades i en kapitalförsäkring. Nämnden konstaterade att kunden inte erhållit en produkt som överensstämde med kundens riskbenägenhet. Nämnden anför i sitt beslut att

"[Rådgivaren] är därför skyldigt att ersätta den skada som bolaget genom rådgivningen orsakat [kunden]. Utgångspunkten är att de ska försättas i samma ekonomiska situation som om de inte investerat efter rådgivningen i december 2007 (prop. 2002/03:133 s. 32). I det fall genomförda investering inte är avyttrad, rekommenderas [rådgivaren] att återbetala vad [kunden] betalt mot att bolaget övertar icke avyttrade investeringar."

Fall 3 – Ärende 2011-08354

I detta fall hade kunden investerat i en fond som placerades i en kapitalförsäkring. Nämnden konstaterade att kunden inte erhållit en produkt som överensstämde med kundens riskbenägenhet. Nämnden anför i sitt beslut att

"Produkten löper ut först i oktober 2012 och det går inte i dag att säga vilket värde den då har. Det är möjligt att rekommendera en näringsidkare att ersätta konsumenten för en vårdslös rådgivning på så sätt att näringsidkaren tar över de omtvistade finansiella instrumenten och försätter konsumenten i samma ekonomiska situation som före rådgivningen. I ärendet har inte framkommit några förhållanden – främst hänsyn till tredje mans rätt – som skulle kunna hindra en sådan rekommendation. Nämnden finner alltså att [rådgivaren] ska ersätta [kunden] på så sätt att bolaget nu övertar produkten och samtidigt försätter henne i samma ekonomiska situation som före rådgivningen."

Fall 4 – Ärende 2009-5286

Kunden hade omplacerat medel till en fond som rasade i värde. Kunden och rådgivaren slöt en förlikning innebärande att rådgivaren skulle betala ut del likvid som kom från försäljningen av kundens fondandelar så snart rådgivaren erhållit likviden och att om likviden blev mindre än det överenskomna beloppet så skulle rådgivaren ersätta mellanskillnaden. Utbetalningen dröjde och kunden krävde ersättning. Nämnden anför i sitt beslut att

"Med utgångspunkt att båda parterna, när förlikningsavtalet ingicks, utgick från att [kundens] fondinnehav skulle kunna realiseras inom en någorlunda snar framtid uppstår dock frågan hur avtalet ska tolkas och tillämpas när denna grundläggande förutsättning visat sig brista. En tillämpning av avtalet enligt dess ordalydelse, där en förutsättning för att [rådgivaren] ska behöva fullgöra sitt åtagande är att fondandelarna först realiseras, skulle kunna medföra att det dröjer mycket lång tid innan någon ersättning utbetalas till [kunden] eller rentav att det aldrig kommer att ske någon sådan utbetalning. Som [rådgivaren] självt betonat har parterna inte åsyftat en sådan effekt av avtalet. Mot angiven bakgrund finner nämnden att avtalsvillkoret ifråga, med hänsyn till de förhållanden som inträffat efter det att avtalet ingicks, måste anses som oskäligt enligt 36 § avtalslagen och att det därför bör jämkas."

Det primära syftet med villkoret som stipulerar att utbetalning av förlikningslikviden ska ske först när fondinnehavet realiserats får antas vara dels att förhindra att [kunden] blir överkompenserad, dels att möjliggöra för parterna att fastställa hur stor mellanskillnad som [rådgivaren] ska utge. Dessa syften kan dock tillgodoses även på det sättet att [rådgivaren], mot att man betala 73 866 kr, ges rätt att självt bära upp den likvid som kan komma att inflyta från försäljningen av [kundens] fondandelar. Enligt nämndens bedömning bör det oskäligen avtalsvillkoret jämkas så att det i stället ges detta innehåll med följd att [rådgivaren] ska rekommenderas att omedelbart utge 73 866 kr till [kunden] mot att [rådgivaren] får överta dennes anspråk på utbetalning av inestående kapital i fonden.

Bagarmossen den 8 maj 2013

Fredric Korling

Bilaga 1

Tabell 2

År	bankavd.	beslut i sak	avisade	avskrivna	rådgivning	beslut i sak	varav bifall	värdepapper	beslut i sak	varav bifall
2000	537	347	130	60	12	5	1	104	52	11
2001	560	330	152	78	16	9	0	123	66	9
2002	530	292	149	89	23	10	2	94	30	2
2003	522	312	166	44	53	28	1	119	55	6
2004	541	248	166	127	54	29	1	204	24	2
2005	358	230	90	38	96	70	0	42	15	2
2006	461	209	111	141	72	62	3	168	19	2
2007	297	146	64	87	39	19	1	78	15	2
2008	353	188	98	67	41	20	2	56	18	1
2009	443	253	133	57	86	51	3	69	22	1
2010	618	346	144	128	241	125	12	77	30	2
2011	468	289	139	40	141	92	21	40	13	1
2012	514	262	186	66	106	41	9	23	11	1

Bilag 5

De forbrugerbeskyttende regler i forbindelse med rådgivning om finansielle produkter

Med dette notat gives en beskrivelse af de væsentligste forbrugerbeskyttende regler i den finansielle lovgivning, der vedrører rådgivning om køb af finansielle produkter. Der gives endvidere en beskrivelse af centrale civile retlige regler af betydning for det finansielle område samt en række øvrige regler i forbindelse med køb af finansielle produkter. Der gives endelig en kort beskrivelse af de kommende regler i lov om finansielle rådgivere samt kommende EU-regler.

I afsnit 1 beskrives de eksisterende regler i forbindelse med rådgivning om køb af finansielle produkter, mens der i afsnit 2 gives en beskrivelse af centrale civile retlige regler af betydning for det finansielle område. I afsnit 3 beskrives en række øvrige regler af betydning for forbrugerne i forbindelse med rådgivning om køb af finansielle produkter. Der gives i afsnit 4 gives en kort beskrivelse af de kommende regler på dette område, herunder nye EU-regler.

1. Eksisterende regler i forbindelse med rådgivning om køb af finansielle produkter

1.1. Bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder¹

1.1.1. Baggrund

Den første god skik bekendtgørelse blev udstedt den 1. oktober 2003 og erstattede Forbrugerombudsmandens retningslinjer for etik i pengeinstitutternes rådgivning. Bekendtgørelsen samt § 43, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed udgør i dag kernen i forbrugerbeskyttelsen på det finansielle område

1.1.2. Anvendelsesområde

God skik bekendtgørelsen finder jf. § 1, stk. 1, anvendelse på alle finansielle virksomheder², som driver virksomhed i Danmark, herunder gennem filialetablering eller grænseoverskridende tjenesteydelsesvirksomhed.

God skik bekendtgørelsen er kun gældende for private kundeforhold og erhvervsmæssige kundeforhold, hvis disse ikke adskiller sig væsentlig fra et privat kundeforhold jf. § 1, stk. 2. Dette anvendelsesområde svarer til det, som kendes fra de finansielle ankenævner.

Det fremgår af vejledningen til god skik bekendtgørelsen, at manglende overholdelse af bekendtgørelsens regler ikke i sig selv har civile retlige konsekvenser. Det fremgår dog af vejledningen, at manglende overholdelse af bekendtgørelsen vil kunne have afsmittende virkning på visse civile retlige spørgsmål og vil efter omstændighederne kunne indgå i vurderingen af, om en finansiel virksomhed efter dansk rets almindelige erstatningsretlige regler har handlet

¹ Bekendtgørelse nr. 928 af 28. juni 2013 om god skik for finansielle virksomheder. Bekendtgørelsen suppleres af vejledning nr. 9055 af 13. februar 2013 til bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder, investeringsforeninger mv.

² Pengeinstitutter, realkreditinstitutter, fondsmæglerselskaber, investeringsforvaltningsselskaber og forsikrings-selskaber.

ansvarspådragende, eller om en aftale helt eller delvist skal ændres eller tilsidesættes efter aftalelovens regler.

Det vil være de finansielle ankenævn og domstolene, der i forbindelse med behandlingen af konkrete sager skal tage stilling til, om en overtrædelse af bekendtgørelsen kan udløse et civilretligt krav.

Frem til udstedelsen af investorbeskyttelsesbekendtgørelsen i 2007 fandt god skik bekendtgørelsen også anvendelse på værdipapirhandel. Værdipapirhandel er imidlertid i dag udtrykkeligt undtaget fra bekendtgørelsens anvendelsesområde jf. § 1, stk. 5.

1.1.3. De generelle regler om god skik

Kapitel 2 i god skik bekendtgørelsen indeholder nogle generelle regler om god skik.

God skik bekendtgørelsens § 3 indeholder en generalklausul, hvorefter en finansiell virksomhed skal handle redeligt og loyalt over for sine kunder. Bestemmelsen er et supplement til § 43, stk. 1, i lov om finansiell virksomhed, som fastslår, at finansielle virksomheder skal drives i overensstemmelse med redelig forretningsetik og god praksis inden for virksomhedsområdet.

§§ 4 og 5 i god skik bekendtgørelsen omhandler henholdsvis vildledende markedsføring og oplysningsforpligtelsen ved opfordring til køb. Bestemmelserne gennemfører dele af direktivet om urimelig handelspraksis på det finansielle område.³

God skik bekendtgørelsens § 4 regulerer finansielle virksomheders markedsføring. Markedsføringen må ikke anvende vildledende eller urigtige angivelser eller udelade væsentlige informationer, der kan forvride kundernes økonomiske adfærd på det finansielle marked. Ved henvisningen til bilag 1 i bestemmelsen konkretiseres en række former for adfærd, som altid anses for at være urimelige i private kundeforhold.

God skik bekendtgørelsens § 5 angiver finansielle virksomheders oplysningsforpligtelser ved opfordring til køb rettet mod private kunder. Opfordring til køb skal forstås, som stadiet umiddelbart før en forbruger tager kontakt til den erhvervsdrivende for at indgå aftale om køb af et produkt. Bestemmelsen skal sikre, at kunden gives et tilstrækkeligt oplysningsgrundlag til at vurdere købet.

1.1.4. Rådgivning

Kapitel 3 i god skik bekendtgørelsen regulerer kravene til rådgivningen, som de finansielle virksomheder skal opfylde. §§ 7-9 i god skik bekendtgørelsen er en udmøntning af "kend din kunde"-princippet. Bestemmelserne skal samlet set sikre, at den finansielle virksomhed foretager en undersøgelse af kundens forhold forud for, at der ydes rådgivning. Derved sikres det, at rådgivningen kan tage udgangspunkt i kundens individuelle forhold.

3 Direktiv 2005/29/EF.

1.1.4.1. Kravene til rådgivningen⁴

God skik bekendtgørelsens § 7 stiller en række krav til finansielle virksomheders rådgivning. Den ydede rådgivning skal tilgodese kundens interesse og samtidig give kunden et godt beslutningsgrundlag, hvorfor rådgivningen skal være relevant, retvisende og fyldestgørende samt informere om risici. Rådgivningen skal til hver en tid opfylde den professionelle standard, som er gældende på det pågældende rådgivningsområde.

Ifølge bestemmelsens § 7, stk. 1, skal der ved rådgivning forstås anbefalinger, vejledninger, herunder oplysninger om risici forbundet med en disposition, og oplysninger om umiddelbare konsekvenser af kundens valgmuligheder.

De opstillede krav til rådgivningen forhindrer ikke, at finansielle virksomheder udbyder produkter med standardiseret information med lille eller ingen tilknyttet individuel rådgivning, hvis der gøres opmærksom på begrænsningen jf. § 7, stk. 4. Denne mulighed finder dog ikke anvendelse på lån med pant i fast ejendom.

1.1.4.2. Hvornår skal der ske rådgivning?

Rådgivning skal medfør af § 7, stk. 2, i god skik bekendtgørelsen gives efter anmodning, men i visse tilfælde skal den finansielle virksomhed af egen drift yde rådgivning. Der skal rådgives, hvis "omstændighederne tilsiger, at der er behov herfor." Det kan f.eks. være, når kunden har behov for rådgivning under en ekspedition eller i andre tilfælde, hvor rådgivningsbehovet viser sig ved anden kontakt med den finansielle virksomhed.

Det følger endvidere af § 7 i god skik bekendtgørelsen, at en finansiell virksomhed altid skal yde rådgivning i tilfælde omfattet af §§ 2 og 14 i bekendtgørelsen. Bekendtgørelsens § 2 omhandler tilfælde, hvor en finansiell virksomhed har indgået aftale med andre finansielle virksomheder om afsætning og rådgivning i forbindelse med virksomhedens produkter. § 14 i bekendtgørelsen bestemmer, at der skal rådgives før et pengeinstitut eller realkreditinstitut indgår aftale om et lån med sikkerhed i fast ejendom.

1.1.4.3. Rådgivningens indhold

§ 8 i god skik bekendtgørelsen stiller krav om, at den finansielle virksomhed skal sætte sig ind i kundens forhold og økonomi forud for rådgivningen. Dette vil blandt andet omfatte kundens økonomiske situation, erfaring med de relevante finansielle ydelser, formålet med at få ydelsen leveret samt risikovillighed. F.eks. kan et forventet pensionstidspunkt og behov for anskaffelse af større formuegoder have betydning for kundens låne- og investeringshorisont og dermed for den rådgivning, der skal gives. Derudover har det efterspurgte produkt betydning for, hvilke oplysninger det er relevant at indhente.

Den finansielle virksomhed har muligheden for at afpasse omfanget og karakteren af disse oplysninger, hvis virksomheden allerede har modtaget oplysninger eller kunden besidder relevant viden som beskrevet oven for. Den finansielle virksomhed skal dog overveje, om oplysningerne er tidssvarende og tilstrækkelige i forhold til det, der rådgives om, og i modsat fald anmode kunden om yderligere oplysninger eller om at opdatere tidligere afgivne oplysninger.

⁴ Reglerne suppleres af kreditaftalelovens § 7a, stk. 8, som indeholder en forklaringspligt for en kreditgiver eller kreditformidler, der skal sikre, at forbrugeren er i stand til at vurdere, om den foreslåede kreditaftale passer til vedkommendes behov og finansielle situation.

Informationsindsamlingen efter god skik bekendtgørelsens § 8 danner grundlaget for rådgivningen efter bekendtgørelsens § 9. Rådgivningen skal tage udgangspunkt i de indsamlede oplysninger og den finansielle virksomhed skal desuden anmode kunden om at opdatere de tidligere efter § 8 indhentede oplysninger.

Samlet set sikrer §§ 8 og 9 i god skik bekendtgørelsen, at de finansielle virksomheder indsamler relevante oplysninger om kunden og anvender denne information i rådgivningen af den enkelte kunde.

1.1.4.4. Særlige regler om rådgivning om lån med sikkerhed i fast ejendom

§§ 14 og 15 i god skik bekendtgørelsen stiller nogle yderligere krav til pengeinstitutter og realkreditinstitutter i forbindelse med aftale om et lån med sikkerhed i fast ejendom.

Ifølge § 14 i god skik bekendtgørelsen skal kunden informeres om relevante produkttyper på markedet og om fordele og ulemper ved disse, jf. bekendtgørelsens § 10.

For lån, der udbydes af instituttet eller formidles for andre institutter, og som kan dække kundens behov, skal der jf. § 14, stk. 2, ved rådgivningen gives en række forudbestemte oplysninger f.eks. de årlige omkostninger i procent på rådgivningstidspunktet ved de relevante lån, opsigelses- og indfrielsesvilkår samt instituttets normale prismæssige vilkår for dets kunder for de relevante lån.

Hvis lånet er et realkreditlån eller et lån finansieret ved udstedelse af særligt dækkede obligationer eller særligt dækkede realkreditobligationer, skal der ved rådgivningen oplyses om eventuelle sammenhæng mellem lånet og obligationsudstedelsen samt om muligheden for at aftale kurssikring.

Det følger af § 15 i god skik bekendtgørelsen, at kunden skal bekræfte modtagelsen af de forudbestemte oplysninger, som er beskrevet oven for. Instituttet skal på tilsvarende måde bekræfte oplysningerne. Bekræftelsen skal ske senest ved indgåelse af aftalen om lån med sikkerhed i fast ejendom og ske ved anvendelse af standardskemaet i bilag 2 eller 3 til god skik bekendtgørelsen.

1.1.5. Særlig interesse

God skik bekendtgørelsens § 11, stk. 1, pålægger finansielle virksomheder en oplysningspligt i situationer, hvor der kan foreligge særlige interesse ved pengeinstitutternes varetagelse af såvel rådgivningsmæssige som salgsmæssige funktioner. Bestemmelsens sigte er derfor de situationer, hvor der kan være en modsætning mellem kundens interesse i rådgivningssituationen og den finansielle virksomheds interesse i at sælge sine produkter.

Formålet med bestemmelsen er, at kunden skal sikres oplysninger om enten det pågældende pengeinstituts særlige interesse i rådgivningen eller den ekspederende medarbejder/rådgivers interesse i rådgivningssituationen. Derved har kunden muligheden for på et informeret grundlag at tage stilling til, hvilke konsekvenser de særlige interesseforhold skal have.

Der er eksempelvis tale om særlig interesse, hvis den ekspederende medarbejder/rådgiver modtager salgafhængige bonusordninger eller andre former for præstationsaflynninger.

I disse situationerne er den ekspederende medarbejder/rådgiver forpligtet til at informere om dennes interesse i afsætningen af et produkt.

For pengeinstitutter vil der være tale om særlig interesse, hvis et pengeinstitut udbyder ansvarlig kapital udstedt af pengeinstituttet selv. Den finansielle virksomheds interesse i den almindelige indtjening er dog ikke omfattet af oplysningsforpligtelsen.

§ 11, stk. 2, indebærer en forpligtelse for finansielle virksomheder til at gøre kunderne opmærksomme på modtagelse af eventuel provision eller andet vederlag som følge af formidlingen af produkter eller ydelser. Finansielle virksomheder skal sikre sig, at kunder, der uden forudgående rådgivning, indgår aftale om køb af finansielle ydelser informeres om, at virksomheden modtager provision for formidling af andres produkter. Dette gælder uanset, om der i den konkrete situation er ydet rådgivning eller ej. Information om provision kan gives i produktinformationsmateriale, ved specifik henvisning til relevante afsnit i almindelige forretningsbetingelser, i årlige oversigter som fx udsendes i forbindelse med årsopgørelsen, ved mundtlig oplysning eller lignende. Det er som udgangspunkt ikke tilstrækkeligt til opfyldelse af informationsforpligtelsen, hvis oplysninger om provision og lign. alene gives på virksomhedens hjemmeside, idet virksomheden herved ikke sikrer, at alle kunder får den fornødne information. Dette gælder dog ikke, hvis de finansielle ydelser udelukkende sælges via hjemmesiden og der i forbindelse med salget henvises til det relevante sted på hjemmesiden, hvor der er oplysninger om virksomhedens provisionsaftaler m.v. Bestemmelsen forpligter ikke den finansielle virksomhed til at oplyse størrelsen af en eventuel provision.

Provision gives fx, hvor en finansiell virksomhed udbyder eller formidler andre finansielle virksomheders produkter, herunder i koncernforbundne virksomheder, eller når den finansielle virksomhed henviser en kunde til en anden virksomhed.

Modtager en medarbejder i en finansiell virksomhed provision eller andet vederlag som følge af rådgivningen til kunden eller salget af en finansiell ydelse, følger det af § 11, stk. 2, 2. pkt., at kunden skal informeres herom. Det er en forudsætning, at der er en direkte sammenhæng mellem det konkrete salg og vedkommendes aflønning. Oplysning om, at medarbejdere modtager provision, kan gives på samme måde som beskrevet ovenfor.

1.1.6. Kaution

Det fremgår af god skik bekendtgørelsens § 22, at et penge- eller realkreditinstitut ikke må medvirke til ydelse af lån mod kaution, hvor kautionsforpligtelsen står i misforhold til kautionistens økonomi.

Inden der indgås aftale om en kautionsforpligtelse, skal instituttet sikre sig, at kautionisten er informeret om indholdet og konsekvenserne af kautionsforpligtelsen.

Så længe kautionsforpligtelsens består, skal kautionisten en gang om året modtage oplysninger fra instituttet om størrelsen af det låneengagement, som den pågældende har kautioneret for.

Det fremgår af bekendtgørelsens § 23, at senest 1 år efter afholdelsen af en tvangsauktion over en ejendom, skal et penge- eller realkreditinstitut, der har et udækket pantebrev på tvangsauktionen, skriftligt oplyse kunden om, hvorvidt instituttet vil gøre kravet gældende

mod kunden og i givet fald fremsende en opgørelse over kravets størrelse og, hvor det ikke er muligt, en foreløbig opgørelse over kravets størrelse.

God skik bekendtgørelsens regulering af kaution suppleres af § 48 i lov om finansiel virksomhed, som bl.a. fastsætter regler om pengeinstitutters forpligtelse til at give skriftlig meddelelse til kautionisten, hvis låntager udebliver med betaling af hovedstol, afdrag eller renter.

1.1.7. Progressive fordelsprogrammer

God skik bekendtgørelsens § 21 indeholder et forbud mod at knytte et progressivt fordelsprogram til besiddelse af aktier i et pengeinstitut eller indskud af garantikapital. Det er dog tilladt, at der for opnåelse af kundefordel stilles krav om besiddelse af aktier eller indskud af garantikapital, hvis værdien af en aktiebesiddelse eller et indskud af garantikapital ikke overstiger 30.000 kr. på tidspunktet for kundens indtræden i fordelsprogrammet.

§ 21 i god skik bekendtgørelsen blev indskrevet i bekendtgørelsen i 2009. Det skete på baggrund af Finanstilsynets Rapport om salg af egne aktier, hvor den nedsatte arbejdsgruppe anbefalede, at ovenstående bestemmelse blev indskrevet i bekendtgørelsen.

1.1.8. Tilsyn og straffebestemmelse

Finanstilsynet har mulighed for at give påbud om berigtigelse af forhold, der er i strid med bestemmelserne i god skik bekendtgørelsen, jf. bekendtgørelsens § 35.

Det følger dernæst af god skik bekendtgørelsens § 36 at den, der undlader at efterkomme påbud efter bekendtgørelsens § 35, straffes med bøde. Overtrædelse af bestemmelserne i § 4, § 5, stk. 1 og 2 samt § 21 og § 34, straffes med bøde, medmindre højere straf er forskyldt efter anden lovgivning. Afslutningsvist fremgår det, at der kan pålægges selskaber m.v. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel.

1.2. Bekendtgørelsen om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel⁵

1.2.1. Baggrund

Frem til implementeringen af MiFID-direktivet⁶ i 2007 var værdipapirhandlere omfattet god skik bekendtgørelsen. Inden investorbeskyttelsesbekendtgørelsen skulle værdipapirhandlere leve op til de almindelige krav i kapitel 2 og 3 samt de særlige regler i kapitel 8 i god skik bekendtgørelsen.

MiFID betød en skærpelse af kravene til værdipapirhandlere i forhold til reglerne under god skik bekendtgørelsen. På baggrund af MiFID blev investorbeskyttelsesbekendtgørelsen udarbejdet.

Konsekvensen heraf er, at værdipapirhandel og -handlere er undtaget god skik bekendtgørelsen, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 5.

5 Bekendtgørelse nr. 1583 af 18. december 2013 om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel. Bekendtgørelsen suppleres af vejledning nr. 55 af 18. juli 2011 til bekendtgørelse om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel.

6 Direktiv 2004/39/EF.

1.2.2. Anvendelsesområde

Investorbeskyttelsesbekendtgørelsen finder anvendelse på værdipapirhandlers aktiviteter i Danmark, herunder gennem filialetablering eller grænseoverskridende virksomhed/aktiviteter jf. § 1.

Investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 2 indeholder en række definitioner på området. Bekendtgørelsens § 2 bestemmer blandt andet, at der ved værdipapirhandel skal forstås investeringservice som nævnt i bilag 4, afsnit A i lov om finansiel virksomhed samt, hvis det er relevant, accessorisk tjenesteydelser, som nævnt i bilag 4, afsnit B, i lov om finansiel virksomhed.

MiFID indførte en ny definition af investeringsrådgivning, som er mere snæver end rådgivningsbegrebet i god skik bekendtgørelsen. Ifølge investorbeskyttelsesbekendtgørelsen forstås investeringsrådgivning som personlige anbefalinger til en kunde om transaktioner i tilknytning til finansielle instrumenter. Ved personlig anbefaling skal der forstås en anbefaling, der gives til en person i dennes egenskab af investor, som tager udgangspunkt i personens egne omstændigheder, og som udgør en anbefaling til at f.eks. købe eller sælge et bestemt finansielt instrument.

1.2.3. Kundekategorier

Investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 4 bestemmer, at værdipapirhandlere skal inddele deres kunder i forskellige kundekategorier. Den enkelte kundekategori afgør, hvilken grad af beskyttelse investoren skal have. De objektive betingelser for inddelingen fremgår af bekendtgørelsens bilag 1 og 2.

De tre kundekategorier er godkendte modparter, professionelle kunder og detailkunder. Detailkunderne nyder den største grad af beskyttelse, mens godkendte modparter nyder den mindste grad af beskyttelse.

Forbrugere vil blive placeret i kategorien detailkunder. Kategorien detailkunde er dog meget bredere end forbrugerbegrebet og omfatter i praksis stort set alle erhvervsvirksomheder, der ikke har investering og værdipapirhandel som en del af deres forretningsgrundlag.

1.2.4. Generelle regler om investorbeskyttelse

Som det er tilfældet for god skik bekendtgørelsen, indeholder investorbeskyttelsesbekendtgørelsen en generalklausul. Generalklausulen fremgår af investorbeskyttelsesbekendtgørelsen § 5 og bestemmer, at en værdipapirhandler skal handle redeligt og professionelt. Bestemmelsen er et supplement til § 43 i lov om finansiel virksomhed.

§ 7 i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen regulerer, hvornår værdipapirhandlere må modtage eller give præmiering i forbindelse med ydelse af investeringservice eller accessoriske tjenesteydelser til en kunde. Ved præmiering forstås alle typer af gebyrer, kommissioner og andre ikke pengereleterede ydelser, som en værdipapirhandler modtager eller betaler i forbindelse med at vedkommende yder investeringservice eller yder accessoriske tjenesteydelser. Overordnet set sikrer bestemmelsen indsigt i og regulering af værdipapirhandlernes interesse i deres kunders værdipapirhandel.

Efter stk. 1, nr. 1, er præmieringen lovlig, hvis den ydes eller modtages af kunden eller kundens fuldmægtig.

Efter stk. 1, nr. 2, skal præmieringen, der ydes eller modtages af tredjemand, være udformet med henblik på at øge kvaliteten af den tjeneste, værdipapirhandleren yder kunden samtidig med, at denne ikke forhindrer værdipapirhandleren i at opfylde sin pligt til at handle i overensstemmelse med kundens interesse, og kunden er blevet oplyst om præmieringens eksistens, størrelse og karakteren forud for opfyldelsen af aftalen. Hvis det ikke er muligt at oplyse størrelsen på præmieringen, skal beregningsmetoden oplyses.

Efter stk. 1, nr. 3, er præmiering lovlig, såfremt den udgør et gebyr, som gør det muligt eller nødvendigt for at gennemføre værdipapirhandlen og ikke kan give anledning til konflikter med værdipapirhandlerens pligt til at handle redeligt og professionel.

1.2.5. Information til detailkunder

Investorbeskyttelses § 8 stiller krav til det informationsmateriale, der må antages at blive modtaget af detailkunder. Information, som er rettet mod detailkunder, skal være klar og ikke-vildledende og skal i det hele fortolkes i overensstemmelse med § 4 om vildledning i god skik bekendtgørelsen.

Bestemmelsen sikrer, at kunderne får en række vigtige og relevante oplysninger i det informationsmateriale, som de modtager fra værdipapirhandleren. Informationen må desuden ikke kun fokusere på fordele, men skal tillige beskrive eventuelle risici og tillige tilpasses det vidensniveau, det må forventes, at "den almindelige dansker på gaden" har jf. vejledningen til investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 8.

Bestemmelsen stiller derudover en række krav til informationsmaterialet. Det afhænger af informationens karakter, hvilke krav informationsmaterialet skal opfylde. Er der f.eks. tale om en sammenligning af værdipapirhandel, skal et sæt krav være opfyldt, mens information om fremtidig afkast skal opfylde et andet sæt krav.

Investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 9 regulerer markedsføringsmateriale til detailkunder og supplerer kravene i bekendtgørelsens § 8. § 9 foreskriver blandt andet, at værdipapirhandlerens markedsføringsmateriale skal stemme over ens med de oplysninger, som værdipapirhandleren giver i forbindelse med en værdipapirhandel.

1.2.6. Prisoplysning

Investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 14 har til formål at regulere de prisoplysninger, som en værdipapirhandler skal give detailkunden. Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med bekendtgørelsens § 5 og indebærer, at værdipapirhandleren ikke må forbeholde sig en vilkårlig ret til at ændre gebyrklausuler i sine almindelige forretningsvilkår.

1.2.7. "Kend din kunde"-princippet

Kapitel 6 i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen er udtryk for "kend din kunde"-princippet og bygger på et informations- og rådgivningsregime. Princippet kendes fra god skik bekendtgørelsen, hvor princippet først er introduceret. Centralt for kapitel 6 er samspillet mellem bekendtgørelsens §§ 16, 17 og 19 og det beskyttelsesniveau, som er afledt heraf.

Implementeringen af MiFID og udstedelsen af investorbeskyttelsesbekendtgørelsen har ikke ændret på, at det fortsat er muligt at foretage risikofyldte investeringer. Beskyttelsesregimet skal derimod sikre, at de kunder, som vælger de risikofyldte investeringer, foretager valget på baggrund af et så oplyst grundlag som muligt.

1.2.7.1. Egnethedstesten

Egnethedstesten fremgår af investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 16. Det er alene i forbindelse med investeringsrådgivning og porteføljepleje, at værdipapirhandleren skal foretage en egnethedstest, og den finder altid anvendelse, uanset om tjenesteydelsen ydes på kundens eller værdipapirhandlerens initiativ.

Grundlæggende set skal bestemmelsen sikre, at en værdipapirhandler ikke giver en personlig anbefaling uden at foretage en egnethedstest, så værdipapirhandleren kan anbefale kunden den handel og de finansielle instrumenter, der egner sig for vedkommende. En personlig anbefaling kan være en anbefaling om køb/salg af specifikke finansielle instrumenter, men det kan også være en anbefaling om at afstå fra en specifik transaktion i et finansielt instrument.

Til brug for egnethedstesten skal der indhentes en række oplysninger. § 18 i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen stiller krav til indholdet af de indhentede oplysninger. Oplysningerne skal blandt andet vedrøre de typer af tjenester, transaktioner og finansielle instrumenter, som kunden er bekendt med samt arten, antallet og hyppigheden af kundens transaktioner i finansielle instrumenter. Kundens uddannelsesniveau og beskæftigelse er ligeledes af relevans.

Investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 18 opstiller desuden nogle særlige krav til indhentelse af oplysninger i forbindelse med egnethedstesten. Der skal indhentes oplysninger om kundens finansielle situation, hvilket kan omfatte oplysninger om indtægtsforhold, aktiver, herunder likvide aktiver, investeringer, fast ejendom samt kundens normale finansielle forpligtelser.

I forbindelse med egnethedstesten skal der endvidere indhentes oplysninger om kunden investeringsformål. I den forbindelse foreskriver § 18 i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen, at oplysninger kan indeholde information om investeringshorisont, risikovillighed, risikoprofil og formål med investeringen.

Såfremt værdipapirhandleren ikke har tilstrækkelig information om kunden til at foretage en egnethedstest og til at anbefale en specifik transaktion, men kunden ønsker at udføre denne transaktion, vil dette kunne ske under iagttagelse af §§ 17 og 19 afhængig af det finansielle instruments kompleksitet, og en eventuel aftale som udelukkende ordreudførelse.

Investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 16 er ikke udtryk for et handelsforbud, hvorfor en kunde har mulighed for at få en ordre udført, uanset om værdipapirhandleren har frarådet et produkt, transaktion eller tjenesteydelse, men i øvrigt havde tilstrækkelige oplysninger om kunden.

1.2.7.2. Hensigtsmæssighedstesten

Investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 17 indeholder kravene til hensigtsmæssighedstesten og omfatter de tilfælde, hvor værdipapirhandleren udfører eller formidler ordrer for en detailkunde uden at yde investeringsrådgivning eller porteføljepleje. I forhold til god skik bekendtgørelsen er hensigtsmæssighedstesten en nyskabelse og er en mellemting mellem egnethedstesten i bekendtgørelsens § 16 og de rene ordreudførelser efter § 19.

Som det var tilfældet med egnethedstesten, finder investorbekendtgørelsens § 18 også anvendelse ved indhentelse af oplysninger om kunden. Det skal dog bemærkes, at det alene er bekendtgørelsens § 18, stk. 1, som finder anvendelse. Derfor skal de indhentede oplysninger blandt andet vedrøre de typer af tjenester, transaktioner og finansielle instrumenter, som kunden er bekendt med samt arten, antallet og hyppigheden af kundens transaktioner i finansielle instrumenter. Kundens uddannelsesnivea og beskæftigelse er ligeledes af relevans.

Formålet med hensigtsmæssighedstesten er at vurdere, om det påtænkte produkt eller tjenesteydelse er hensigtsmæssig for kunden. Hvis dette ikke er tilfældet, skal kunden gøres udtrykkeligt opmærksom herpå.

§ 17 i investorbekendtgørelsen giver adgang til at foretage ekspeditioner med både komplekse som ikke-komplekse produkter. En forudsætning er dog, at detailkunden har den fornødne erfaring og kendskab på det relevante investeringsområde.

Som det er tilfældet med investorbekendtgørelsens § 16, er bekendtgørelsens § 17 ikke udtryk for et handelsforbud, hvorfor værdipapirhandleren kan gennemføre kundens ordrer, uanset at vedkommende har gjort kunden opmærksom på, at denne ikke er hensigtsmæssig.

1.2.7.3. Udelukkende ordreførelse

Investorbekendtgørelsens § 19 fastslår, at en værdipapirhandler, som alene modtager, formidler eller udfører en kundes ordrer, ikke skal iagttage forpligtelserne i medfør af bekendtgørelsens §§ 16-18. Det vil sige at gennemføre en egnetheds- eller hensigtsmæssighedstest.

Bestemmelsen finder alene anvendelse, hvis en række betingelser er opfyldt. For det første skal der være tale om et ikke-komplekst finansielt instrument, f.eks. aktier, investeringsforeningsbeviser eller obligationer. For det andet skal handlen ske på kundens initiativ. For det tredje skal kunden være informeret om, at værdipapirhandleren ikke har pligt til f.eks. at vurdere det tilbudte finansielle instruments hensigtsmæssighed, og at kunden ikke nyder godt af beskyttelsen efter reglerne i investorbekendtgørelsens §§ 16 og 17. Som en sidste betingelse skal nogle nærmere fastlagte forpligtelser i lov om finansiel virksomhed § 72, stk. 2, nr. 2, være opfyldt. Forpligtelserne angår påvisning og begrænsning af interessekonflikter, som kan skade kundernes interesser.

1.2.8. Underretning om tab

Investorbekendtgørelsens § 23 indeholder en underretningsforpligtelse for værdipapirhandlere. Bestemmelsen finder anvendelse ved porteføljeplejeaftaler samt i tilfælde, hvor værdipapirhandleren bestyrer en udækket åben position i en eventualforpligtelse, og forpligter værdipapirhandleren til at underrette detailkunden om overskridelse af på forhånd aftalte tærskler.

Underretningen skal ske senest ved udgangen af den hverdag, hvor overskridelsen finder sted. Bestemmelsen skulle derfor sikre, at detailkunden modtager underretning, som giver detailkunden mulighed for at tage de fornødne skridt til selv at begrænse sine tab ved investeringen.

1.2.9. Tilsyns- og straffebestemmelse

Som det er tilfældet med god skik bekendtgørelsen, fører Finanstilsynet tilsyn med investorbeskyttelsesbekendtgørelsen, jf. bekendtgørelsens § 31. Finanstilsynet kan give påbud om berigtigelse af forhold i strid med bekendtgørelsens bestemmelser, jf. bekendtgørelsens § 31, stk. 2 samt straffe undladelser om at efterkomme påbud med bøder, jf. bekendtgørelsens § 32, stk. 1.

1.3. Central investorinformation

Kommissionen har udstedt en forordning om central investor information⁷. Forordningen fastsætter de indholdsmæssige krav til et dokument indeholdende central investor information for investeringsforeningsbeviser (UCITS) skal indeholde.

Formålet med dokumentet er, at investoren – inden denne investerer – skal modtage nogle nøgleoplysninger om det enkelte investeringsprodukts væsentligste karakteristika, risici, omkostninger og afkastmuligheder mv. Det er med andre ord en slags varedeklaration for investeringsbeviser. Baggrunden for at stille faste krav til udformningen af dokumentet er, at det skal være så let for muligt for investoren at sammenligne, forskellige investeringsprodukter på disse nøgleparametre

Dokumentet må højst være 2 sider og skal indeholde oplysninger om bl.a.

- Investeringsinstituttet
- Mål og investeringspolitik
- Risici
- Gebyrer
- Tidligere resultater

Detailkunder skal have adgang til dette dokument jf. investorbeskyttelsesbekendtgørelsens § 15, stk. 2, inden de foretager deres investering. Dokumentet skal være let læseligt og tydeligt formuleret bl.a. ved brug af kortfattede og letforståelige vendinger, uden fagjargon og fagudtryk, når disse kan erstattes af almindelige ord.

Det fremgår af forordningens art. 22, at informationsdokumentet skal gennemgås årligt og såfremt det er nødvendigt at foretage ændringer, skal disse gøres tilgængelige.

1.4. Bekendtgørelse om information til forbrugere om priser m.v. i pengeinstitutter⁸

1.4.1. Baggrund

Oplysningskravene i prisoplysningsbekendtgørelsen skal bidrage til, at forbrugeren kan danne sig et overblik over, hvad det pågældende pengeinstitut opkræver af renter og gebyrer for deres produkter, inden kunden forespørger om prisen på at indgå en konkret aftale med instituttet.

⁷ Kommissionens forordning nr. 583/2010 af 1. juli 2010 om gennemførelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/65/EF for så vidt angår central investorinformation og de betingelser, der skal opfyldes, når central investorinformation eller prospektet udleveres på et andet varigt medium end papir eller via et websted.

⁸ Bekendtgørelse nr. 1210 af 24. oktober 2010 om information til forbrugere om priser m.v. i pengeinstitutter. Der er udstedt en vejledning til bekendtgørelsen jf. Vejledning nr. 9023 af 20. januar 2012 til bekendtgørelse om information til forbrugere om priser mv. i pengeinstitutter.

1.4.2. Anvendelsesområde

Prisoplysningsbekendtgørelsen finder jf. § 1, stk. 1, anvendelse på danske og udenlandske pengeinstitutter, som udøver virksomhed i Danmark, herunder gennem filialetablering, når de udbyder produkter til forbrugere.

Prisoplysningsbekendtgørelsen finder dog jf. § 1, stk. 2, ikke anvendelse på alle produkter til forbrugere. Det fremgår, at kapitalpension, ratepension, selvpension, børneopsparing og boligopsparing, som anbringes som puljeindlån eller i et særskilt depot, ikke er omfattet.

1.4.3. Oplysningsform

Det følger af § 2 i prisoplysningsbekendtgørelsen, at en række oplysninger om ind- og udlån samt gebyrer skal gives i pengeinstituttets forretningslokaler, så kunden på en nem og overskuelig måde kan finde de ønskede oplysninger. I det omfang pengeinstituttet har en hjemmeside, skal de samme oplysninger fremgå af denne. I forhold til fremmed valuta i sedler, som Danmarks Nationalbank offentliggøre kurser for, og som pengeinstituttet handler med, skal oplysningerne alene gives i pengeinstituttets forretningslokale.

1.4.4. Oplysninger om ind- og udlån

§ 3 i prisoplysningsbekendtgørelsen fastlægger, hvilke oplysninger et pengeinstitut skal give om dets mest almindeligt forekommende indlånskonti f.eks. en lønkonto eller en børneopsparekonto.

De oplysninger, som der skal gives, omfatter blandt andet den nominelle rente, særlige fordele og/eller begrænsninger, der er knyttet til den enkelte konto, samt hvordan rente beregnes, hvis renten varierer med indeståendet på kontoen.

§ 4 oplister en række oplysninger, som et pengeinstitut skal give om dets gevinstkontoordning.

Som det er tilfældet med indlån skal pengeinstitutterne ifølge § 5 i prisoplysningsbekendtgørelsen også give en række oplysninger om dets mest almindeligt forekommende udlånskonti f.eks. en kassekredit, et billån eller et forbrugslån.

De oplysninger, som et pengeinstitut skal oplyse om, er blandt andet debitorrenten, særlige fordele og/eller begrænsninger knyttet til den enkelte konto, om renten er fast eller variabel samt de årlige omkostninger i procent.

§ 6 i prisoplysningsbekendtgørelsen bestemmer, at pengeinstituttet skal oplyse om udlånsformerne kassekredit, billån, boliglån og forbrugslån ud fra standardforudsætningerne i bekendtgørelsens bilag 1. Foruden oplysninger i henhold til standardforudsætningerne skal pengeinstituttet fortsat følge oplysningskravene i bekendtgørelsens § 5.

1.4.5. Oplysninger om gebyrer

Det følger af § 7 i prisoplysningsbekendtgørelsen, at pengeinstituttet skal oplyse om størrelsen af samtlige egne gebyrer, som det opkræver. Bestemmelsen omtaler alene egne gebyrer for at sikre en enkel og overskuelig sammenligning af pengeinstitutternes gebyrer.

1.4.6. Markedsføring og rabat

Prisoplysningsbekendtgørelsens § 8 fastsætter regler om markedsføring af indlånskonti. Ved markedsføring af indlånsprodukter skal der oplyses om den nominelle årlige rente, om renten er fast eller variabel samt andre særlige fordele og begrænsninger knyttet til den enkelte konto f.eks. bindingsperiode.

I det omfang at markedsføringen har en ukonkretiseret og uspecificeret form, så falder den uden for reglerne i prisoplysningsbekendtgørelsens § 8. Der vil være tale om ukonkretiseret og uspecificeret form, hvis markedsføringsmaterialet ikke nævner renter m.v. og kun reklame for en given konto.

Markedsføring af udlånskonti er reguleret af § 9 i prisoplysningsbekendtgørelsen. Bestemmelsen gennemfører forbrugerkreditdirektivets art. 4.

Hvis pengeinstitutters markedsføring af udlånskonti angiver en rentesats eller talstørrelse vedrørende omkostningerne, skal reklamen indeholde en række standardoplysninger. Standardoplysningerne skal gives klart og tydeligt og omfatter blandt andet debitorrenten, det samlede kreditbeløb, de årlige omkostninger i procent samt udlånets løbetid.

1.4.7. Tilsyn og straffebestemmelser

Finanstilsynet kan efter prisoplysningsbekendtgørelsens § 11 give påbud om berigtigelse af forhold, der er i strid med bekendtgørelsens §§ 2-9 og § 10, stk. 1. Inden der træffes afgørelse i sager om prisoplysning, skal Finanstilsynet indhente en redegørelse fra pengeinstituttet.

Det følger af § 12 i prisoplysningsbekendtgørelsen at overtrædelse af bestemmelserne i §§ 2-9 og § 10, stk. 1 kan straffes med bøde, medmindre højere straf er forskyldt efter anden lovgivning. Derudover kan den, der undlader at efterkomme påbud efter § 11, straffes med bøde. Selskaber m.v. (juridiske personer) kan pålægges strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel.

1.5. Forbud mod lån til køb af egne aktier/garantbeviser

§ 46, stk. 2 i lov om finansiel virksomhed forbyder pengeinstitutter at lånefinansiere køb af pengeinstituttets egne aktier, andels- eller garantbeviser. Det er dog tilladt for pengeinstitutterne at finansiere ansattes køb af medarbejderaktier som led i en medarbejderordning.

Forbuddet skal sikre, at kunderne ikke står i en situation, hvor pengeinstituttet har medvirket til lån, og hvor kapitalindskud placeres i samme pengeinstitut. Denne konstellation har i visse bankkrak vist sig at have uheldige konsekvenser for de involverede forbrugere.

1.6. Risikomærkning af investeringsprodukter

1.6.1. Baggrund

I bekendtgørelse nr. 345 af 15. april 2011 findes reglerne om risikomærkning af investeringsprodukter (herefter kaldet risikomærkningsbekendtgørelsen). Bekendtgørelsen er udstedt med hjemmel i § 43, stk. 3 i lov om finansiel virksomhed.

Baggrunden for bekendtgørelsen er de komplicerede og strukturerede investeringsprodukter, som forbrugere blev tilbudt at investere i op gennem 00'erne. Der var tale om ganske komplicerede investeringsprodukter, som det var svært for forbrugerne at gennemskue.

Bekendtgørelsen skal afhjælpe dette problem og gøre det nemmere for forbrugerne at gennemskue nogle generelle karakteristika ved forskellige investeringsprodukter. Mærkningsordningens farver skulle gøre det forholdsvist nemt at gennemskue, hvornår et produkt er simpelt eller svært gennemskueligt som følge af den grønne, gule eller røde markering.

1.6.2. Anvendelsesområde

Risikomærkningsbekendtgørelsen finder anvendelse på danske og udenlandske virksomheder, som formidler køb af investeringsprodukter til detailkunder i Danmark. Reglerne finder tillige anvendelse på danske og udenlandske investeringsrådgivere, som udøver virksomhed i Danmark.

§ 2 i risikomærkningsbekendtgørelsen indeholder en definition af investeringsprodukter, som er bredt defineret blandt andet som følge af en henvisning til instrumenter, jf. bilag 5 i lov om finansiel virksomhed. Reglerne for risikomærkning må derfor antages at omfatte stort set samtlige investeringsprodukter, som den almindelige investor kan forventes, at ville investere i. Aftaler om diskretionær porteføljepleje, puljeordninger samt værdipapirhandel med blandt andet realkreditobligationer i forbindelse med optagelse af et lån med pant i fast ejendom er ikke omfattet af bekendtgørelsen.

1.6.3. Tidspunktet for risikomærkningen

Det følger af risikomærkningsbekendtgørelsens § 3, at finansielle virksomheder skal mærke alle typer af investeringsprodukter, der sælges til detailkunder. Mærkningen sikrer, at detailkunderne uden besvær kan danne sig et overblik over, hvorvidt de kan tabe hele investeringen, dele af investeringen eller mere end det investerede beløb.

I forbindelse med investeringsrådgivning skal oplysningerne om risikomærkningsordningen gives til den enkelte detailkunde forud for, at kunden indgår en aftale om køb af et investeringsprodukt, eller i forbindelse med at kunden bliver rådgivet om produktet.

I tilfælde, hvor en detailkunde handler med investeringsprodukter via en elektronisk handelsplatform, herunder netbanker, samt den situation, hvor en detailkunde uopfordret tager kontakt til en finansiel virksomhed eller anmoder den finansielle virksomhed om at udføre en ordre, hvorefter det pågældende investeringsprodukt handles på kundens anmodning, er den finansielle virksomhed ikke forpligtet til at give oplysninger om risikomærkningen til kunden. Den finansielle virksomhed skal dog stille information om risikomærkningen til rådighed for kunden.

1.6.4. Risikomærkningen

Selve risikomærkningen fremgår af risikomærkningsbekendtgørelsens § 4 og kategoriseringen er opdelt i en grøn, gul og rød kategori. Bilag 1 i bekendtgørelsen indeholder et skema over typer af investeringsprodukter og fordelingen af disse i de tre mærkningskategorier grøn, gul og rød. Fordelingen afhænger både af risikoen for tab samt af, hvor vanskeligt det er at gennemskue produktet.

Et investeringsprodukt placeres i kategorien grøn, hvis risikoen for at tabe hele det investerede beløb må betragtes som meget lille og investeringsproduktet ikke er vanskeligt at gennemskue.

Kategorien gul anvendes, hvis der er risiko for, at det investerede beløb kan tabes helt eller delvist, og produkttypen ikke er vanskelig at gennemskue.

Den røde kategorisering anvendes for investeringsprodukter, hvor der er risiko for at tabe mere end det investerede beløb, eller hvis investeringsproduktet er vanskelig at gennemskue.

Det er vigtigt at bemærke, at risikomærkningen tager udgangspunkt i risikoen for at tabe det investerede beløb og ikke sandsynligheden for, at dette sker. Den anvendte kategorisering fokuserer alene på de finansielle produkters risici, hvorfor kategoriseringen ikke angår muligheden for at opnå et positivt afkast ved investering i de finansielle produkter.

Risikomærkningen kan derfor ikke erstatte den almindelige rådgivning ved investering, men skal betragtes som et supplement, som på et mere generelt plan kan give den almindelige investor en indikation af investeringsproduktets karakteristika.

1.6.5. Tilsyn og straffebestemmelser

Finanstilsynet kan efter risikomærkningsbekendtgørelsens § 5 give påbud om berigtigelse af forhold, der strider mod bestemmelser i bekendtgørelsen. Manglende efterlevelse af påbud kan straffes med bøde.

1.7. Kompetencekravsbekendtgørelsen⁹

1.7.1. Baggrund

I 2011 blev bekendtgørelse om kompetencekrav til personer, der yder rådgivning om visse investeringsprodukter (herefter kaldet kompetencekravsbekendtgørelsen), indført.

Kompetencekravsbekendtgørelsen gennemfører en to-ledet certificeringsordning, der er knyttet op på risikomærkningsordningen som følge af bekendtgørelse af risikomærkning af investeringsprodukter, hvor alle investeringsprodukter skulle opdeles i tre kategorier: grøn, gul og rød.

Kompetencekravsbekendtgørelsen skal derfor ses sammen med risikomærkningsbekendtgørelsen. Begge bekendtgørelser skal være med til at sikre, at forbrugerne får bedre information og rådgivning i forbindelse med deres investering via en risikomærkning og at rådgiveren har mere og bedre viden omkring selve investeringen.

1.7.2. Anvendelsesområde

Kompetencekravsbekendtgørelsen finder anvendelse på pengeinstitutter, investeringsrådgivere og fondsmæglerselskaber, som yder investeringsrådgivning om investeringsprodukter eller rådgivning om puljer eller porteføljer af investeringsprodukter til detailkunder¹⁰, i Danmark, herunder gennem filialetablering.

Rådgivning om realkreditobligationer, særligt dækkende realkreditobligationer, særligt dækkende obligationer og pantebreve i tilknytning til og som forudsætning for lån med pant i fast ejendom er ikke omfattet af kompetencekravsbekendtgørelsens bestemmelser.

⁹ Bekendtgørelse nr. 346 af 15. april 2011 om kompetencekrav til personer, der yder rådgivning om visse investeringsprodukter.

¹⁰ Begrebet er identisk med detailkunder, som er defineret i investorbeskyttelsesbekendtgørelsen.

§ 2 i kompetencekravsbekendtgørelsen indeholder en definition af investeringsprodukter og er identisk med definitionen i investorbekendtgørelsen. Der er tale om en bred definition, som eksempelvis omfatter aktier, obligationer og strukturerede indlån.

1.7.3. Kompetencekrav

Kompetencekravsbekendtgørelsens § 3 bestemmer, at virksomheder omfattet af bekendtgørelsen skal sikre, at virksomhedens ansatte er i stand til at yde en forsvarlig rådgivning ved f.eks. investeringsrådgivning. Det fremgår, at de ansatte skal have tilstrækkelige kompetencer inden for en række områder.

Først og fremmest skal den ansatte have kendskab til relevant lovgivning i forhold til den rådgivning, som den ansatte yder og de investeringsprodukter, som den ansatte rådgiver om. Dette omfatter blandt andet investorbekendtgørelse med vejledning, god skik bekendtgørelsen med vejledning samt risikomærkningsbekendtgørelsen med vejledning.

For det andet skal den ansatte have kendskab til de investeringsprodukter, som vedkommende rådgiver om. Dette betyder, at de ansatte skal være i stand til at forklare disse investeringsprodukters indhold, risici og priser, jf. §§ 12 og 14 i investorbekendtgørelsen.

Sidst kræves det, at den ansatte har økonomisk forståelse, som skal omfatte relevant kendskab til en række områder af relevans for de investeringsprodukter, som den ansatte rådgiver om. Disse områder er blandt andet kapitalmarkedernes rolle og funktion, sammenhængen mellem risiko og afkast, porteføljeteori og risikospredning samt omkostninger forbundet med investering.

1.7.4. Dokumentation m.v.

I §§ 4-7 stiller kompetencekravsbekendtgørelsen en række krav til virksomhederne, så det sikres, at de ansatte har modtaget den nødvendige uddannelse inden de yder rådgivning.

For investeringsrådgivning om investeringsprodukter, der er mærket med grønt eller gult, fx danske statsobligationer, realkreditobligationer, aktier, der handles på regulerede markeder, og investeringsforeningsbeviser eller rådgivning om puljer af investeringsprodukter, skal virksomhederne jf. § 4 udarbejde en forretningsgang for systematiske uddannelsesforløb, der sikrer, at alle ansatte, der yder investeringsrådgivning har de fornødne kompetencer vedrørende de produkter, som de ansatte rådgiver om.

For investeringsprodukter, som er mærket med rødt, skal virksomhederne sikre, at de ansatte har gennemført en prøve, jf. § 5 på baggrund af kompetencekrav godkendt af Finanstilsynet, der sikrer, at den ansatte har de fornødne kompetencer om de produkter, som den ansatte rådgiver om. Prøven skal gentages med 3 års mellemrum.

De nævnte bestemmelser regulerer også den prøve, som de ansatte skal have taget, før de kan yde rådgivning. I den forbindelse opstiller bilag 1 til bekendtgørelsen nogle kriterier for godkendelse af prøve vedrørende investeringsrådgivning. Afslutningsvist fremgår det, at Finanstilsynet fører et register over ansatte, der har bestået en godkendt prøve, hvorefter de kan yde investeringsrådgivning.

1.7.5. Tilsyn og straffebestemmelser

Efter § 8 i kompetencekravsbekendtgørelsen kan Finanstilsynet give påbud om berigtigelse af forhold, der strider mod § 3, § 4, stk. 1 og § 5 i bekendtgørelsen.

Manglende efterlevelse af påbud kan straffes med bøde og der kan pålægges selskaber m.v. (juridiske personer) strafansvar efter reglerne i straffelovens 5. kapitel.

1.8. Bekendtgørelse om oplysning om risikoklassificering af visse udlånsprodukter¹¹

1.8.1. Baggrund

Formålet med bekendtgørelsen er at skærpe kundernes opmærksomhed over for nogle grundlæggende risikofaktorer ved et lån, men samtidig bevare kundernes frie valg til at vælge de lån, som de ønsker.

Risikoklassificeringsordningen supplerer de eksisterende oplysningskrav og krav til markedsføring af kreditaftaler. Bekendtgørelsen har til formål at sætte forbrugeren i stand til let og hurtigt at se, om der er forhold ved lånet, som denne bør være særligt opmærksom på.

1.8.2. Anvendelsesområde

Bekendtgørelsen finder anvendelse på erhvervsdrivende, der udbyder egne eller andre erhvervsdrivendes låne- eller kredittilbud med sikkerhed i fast ejendom eller pant i en andel i en andelsboligforening med en hovedstol på over 100.000 kr. til forbrugere samt andelsboligforeninger.

Både penge- og realkreditinstitutter samt andre långivere er derfor omfattet af bekendtgørelsen, hvis de udbyder lån over 100.000 kr. med sikkerhed i fast ejendom eller pant i en andel i en andelsboligforening.

1.8.3. Hvordan skal der oplyses om risikoklassificeringen?

Bekendtgørelsen stiller krav om, at den erhvervsdrivende ved skiltning eller på anden tydelig vis skal give oplysning om risikoklassificeringen for låne- eller kredittilbud. Oplysningerne skal være frit tilgængelige for låntagerne på det sted, hvor lånet udbydes. Dette betyder, at oplysninger om risikoklassificeringen skal være tilgængelige i det forretningslokale, hvor en erhvervsdrivende udbyder et lån.

Ved "tydelig vis" forstås, at låntageren på en nem og overskuelig måde kan finde de ønskede oplysninger. Oplysningerne i forretningslokalet kan for eksempel fremgå af et opslag, en prisbog eller vises på en frit tilgængelig computerskærm. Kravet om, at oplysningerne skal gives på en tydelig vis, gælder ligeledes præsentationen af oplysningerne om risikoklassificeringen.

De erhvervsdrivende skal kun give oplysninger om risiko via internettet, hvis de har en hjemmeside, der stilles til rådighed for offentligheden.

¹¹ Bekendtgørelse nr. 1457 af 18. december 2012 om oplysning om risikoklassificering af visse udlånsprodukter. Bekendtgørelsen suppleres af vejledning nr. 9614 af 19. december 2012 til bekendtgørelse om oplysning om risikoklassificering af visse udlånsprodukter.

Penge- og realkreditinstitutter er endvidere forpligtet til at lade oplysningerne om risikoklassificeringen indgå i den rådgivning, som de er forpligtet til at yde efter § 7 i bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder, investeringsforeninger mv. Rådgivning defineres efter § 7, stk. 1, i god skik bekendtgørelsen, som oplysninger om risici forbundet med en disposition. Penge- og realkreditinstitutter skal derfor sikre, at kunden bliver oplyst om et givet produkts risikoklassificering i forbindelse med rådgivningen.

Der er derimod ikke krav om, at oplysninger om risikoklassificering skal udleveres til kunden på skrift. Oplysninger om risiko skal i stedet, jf. bilag 2 til god skik bekendtgørelsen, dokumenteres i form af oplysninger om kundens risikovillighed. Dette har til formål at sikre, at det lån kunden optager, ikke er mere risikabelt end hvad der følger af kundens risikoprofil.

Andre långivere end penge- og realkreditinstitutter er ikke forpligtet til at yde rådgivning og er derfor ikke omfattet af § 2, stk. 3.

1.8.4. Inddeling i risikokategorier

Alle låne- og kredittilbud omfattet af bekendtgørelsen skal inddeles i tre risikokategorier: rød, gul og grøn.

Kategorien grøn omfatter fastforrentede lån, herunder variabelt forrentede lån med renteloft i hele lånets løbetid på betingelse af, at de afdrages løbende i hele løbetiden.

Låne- og kredittilbud, der er variabelt forrentede og/eller afdragsfrie i hele eller dele af lånets løbetid, kategoriseres i kategorien gul.

Låne- og kredittilbud er i kategorien rød, når de udbydes som en pakke bestående af et lån og et selvstændigt finansielt instrument bortset fra fastkursaftaler og kurskontrakter, når lånet optages i en anden valuta end DKK og EUR eller når lånet ikke kan indfris til kurs 105 eller derunder efter 9 år eller senere.

Lånepakker, der består af fastforrentede lån eller variabelt forrentede lån med renteloft i hele løbetiden, hvor mindst et af lånene til stadighed afdrages, og hvor afdragsprofilen for lånepakken svarer til et fastforrentet lån med afdrag med samme løbetid som lånepakken, er i kategorien grøn. Øvrige lånepakker kategoriseres jf. stk. 2-4 efter det mest risikable lån. Ved lånepakker forstås en flerhed af låne- eller kredittilbud, der udbydes samlet, og hvor ydelsen af lånene er betingede af hinanden.

Der er for lånepakker ikke pligt til at oplyse om risikoklassificeringen for de enkelte lån i lånepakken. Bekendtgørelsen er imidlertid ikke til hinder for, at der kan oplyses om de enkelte låns risikoklassificering.

1.8.5. Tilsyn og straffebestemmelser

Både Forbrugerombudsmanden og Finanstilsynet fører tilsyn med, at bekendtgørelsen overholdes. Finanstilsynet fører derfor tilsyn med, at penge- og realkreditinstitutter overholder bekendtgørelsen. Forbrugerombudsmanden fører tilsyn med, at øvrige erhvervsdrivende omfattet af bekendtgørelsen overholder denne.

Finanstilsynet kan i forbindelse med sit tilsyn give påbud om overholdelse af bekendtgørelsen. Manglende efterlevelse af påbud og oplysning om risikoklassificering efter bekendtgørelsen kan straffes med bøde.

Forbrugerombudsmandens tilsyn føres efter markedsføringslovens regler.

1.9. Lov om finansielle rådgivere

Lov nr. 599 af 12. juni 2013 om finansielle rådgivere har til formål at opstille rammer for virksomheder, der yder rådgivning til forbrugere om deres finansielle forhold bortset fra rådgivning, der ydes af finansielle virksomheder, som for eksempel banker og realkreditinstitutter.

Ifølge § 3 i loven skal virksomheder, som yder rådgivning om finansielle produkter til forbrugere, have Finanstilsynets tilladelse som finansiell rådgiver.

Loven stiller i § 6 krav om, at finansielle rådgivere skal sikre, at deres ansatte, som yder rådgivning om finansielle produkter, har tilstrækkelige kompetencer til at yde en forsvarlig rådgivning.

De nærmere kompetencekrav til ansatte i virksomheder omfattet af denne lov er fastsat af Finanstilsynet i bekendtgørelse nr. 1251 af 1. november 2013 om kompetencekrav til finansielle rådgivere.

En finansiell rådgiver skal jf. § 7 drive virksomhed i overensstemmelse med redelig forretningskik og god praksis inden for virksomhedsområdet. Bestemmelsen svarer til de bestemmelser om god skik, der findes i lovgivningen på det finansielle område.

Erhvervs- og vækstministeren får med loven bemyndigelse til at fastsætte nærmere regler om redelig forretningskik og god praksis for finansielle rådgivere svarende til, hvad der gælder på det øvrige finansielle område. Denne kompetence er udnyttet med udstedelsen af bekendtgørelse nr. 1582 af 18. december 2013 om god skik for finansielle rådgivere.

Det følger endvidere af lovens § 8, stk. 1, at en finansiell rådgiver skal have en forretningsgang for håndtering af interessekonflikter i forholdet mellem kunderne og virksomheden. Virksomheden skal mindst én gang årligt vurdere, om denne forretningsgang fungerer efter hensigten og afhjælpe eventuelle mangler ved forretningsgangen. Herved sikres det, at forretningsgangene løbende er opdateret, og at virksomheden har taget stilling til, hvordan interessekonflikter skal imødegås. Forretningsgangen skal offentliggøres og være tilgængelig på virksomhedens hjemmeside.

Der opstilles endvidere med lovens § 9 tre betingelser for at en finansiell rådgiver må anvende betegnelsen »uafhængig« eller tilsvarende betegnelser, der giver indtryk af, at virksomheden yder uafhængig rådgivning.

En finansiell rådgiver, der betegner sig som uafhængig, må ikke direkte eller indirekte modtage provision eller andet vederlag fra virksomheder, der sælger eller formidler finansielle produkter, ligesom virksomheden ikke må have snævre forbindelser til en finansiell virksomhed eller anden virksomhed, som sælger eller formidler finansielle produkter.

Endelig må en finansiel rådgiver, der betegner sig som uafhængig, ikke på egne eller andres vegne udbyde finansielle produkter til en forbruger.

Der er jf. § 10 en forpligtelse for afhængige finansielle rådgivere til på deres hjemmeside at oplyse om afhængigheden, herunder en eventuel provision og andet vederlag, samt størrelsen heraf eller beregningsmåden for denne.

Finanstilsynet fører tilsyn med overholdelsen af loven. Tilsynet vil være risikobaseret og indeholde mulighed for, at Finanstilsynet via inspektioner kan kontrollere, at en finansiel rådgiver opfylder lovforslagets krav til opretholdelse af tilladelse.

Forbrugerombudsmanden, har svarende til hvad der gælder efter den øvrige finansielle lovgivning, adgang til at anlægge sag vedrørende handlinger, der strider mod redelig forretningssskik og god praksis, herunder sag om forbud, påbud, erstatning og tilbagesøgning af uretmæssigt opkrævede beløb.

Loven trådte i kraft den 1. januar 2014.

1.10. Branchehenstillinger

De nugældende regler i forbindelse med rådgivning om køb af finansielle produkter, som er beskrevet ovenfor suppleres af en række henstillinger fra de finansielle organisationer.

På Finansrådets område findes anbefalinger om

- Hvilke informationer, der bør indgå i markedsføringsmateriale om strukturerede indlån og strukturerede obligationer
- Beregning af og oplysning om ÅOP og ÅOK for bankernes puljepensionsordninger. Disse oplysninger skal oplyses til kunderne årligt efter kalenderårets udløb.
- Anvendelse af ÅOP for investeringsforeninger i forbindelse med bl.a. rådgivning om køb af investeringsforeningsbeviser.
- Oplysninger om formidlingsprovision og ÅOP for investeringsforeningsbeviser på den årlige gebyr- eller depotoversigt.

2. Centrale civile retlige regler af betydning for det finansielle område

2.1. Kreditaftaleloven

Kreditaftaleloven indeholder regler om kreditgiverens oplysningspligt over for forbrugeren, herunder oplysningspligten forud for aftaleindgåelsen.

Før en forbruger bindes af en kreditaftale eller et kredittilbud, skal kreditgiveren give forbrugeren en række oplysninger, der er opregnet i kreditaftalelovens § 7 a, stk. 2. Oplysningerne skal bl.a. omfatte det samlede kreditbeløb og betingelserne for at udnytte kreditmuligheden, debitorrenten, de årlige omkostninger i procent og det samlede beløb, som skal betales af forbrugeren, den gældende sats for morarenter, samt hvorvidt der er fortrydelsesret. Efter § 19, stk. 1, kan forbrugeren inden for en frist på 14 dage fortryde en kreditaftale.

Endvidere fastsætter kreditaftaleloven krav til selve kreditaftalen, herunder at den skal udfærdiges på papir eller på andet varigt medium, og til de oplysninger, der skal fremgå heraf, jf. § 8.

Såfremt kreditgiver gør sig skyldig i grov eller oftere gentagen overtrædelse af kreditaftalelovens § 7 a, straffes det med bøde, jf. kreditaftalelovens § 56, stk. 2. Endvidere er manglende opfyldelse af kravene til en kreditaftale civilretligt sanktioneret.

Hvis kreditomkostningerne ikke er oplyst over for forbrugerne, fastslår kreditaftalelovens § 23, stk. 1, at forbrugeren højst skal betale lånebeløbet og en årlig rente af den til enhver tid værende restgæld, der svarer til den fastsatte referencesats med et tillæg på 5 pct. Efter kreditaftalelovens § 24 kan kreditgiveren i almindelighed ikke kræve godtgørelse for omkostninger, som ellers ville påløbe i anledning af forbrugers misligholdelse, hvis sælgeren i et kreditkøb ikke givet oplysninger som foreskrevet i § 8.

2.2. Forbrugerftaleloven

Efter forbrugerftalelovens § 13, stk. 1, jf. § 11, stk. 1, skal der, inden der indgås en fjernsalgsaftale, gives forbrugeren en række oplysning om bl.a. varens eller tjenesteydelsens karakter og væsentligste egenskaber, prisen, vilkår om betaling, levering eller anden opfyldelse af aftalen samt om en eventuel uopsigelsesperiode, evt. leveringsomkostninger og evt. fortrydelsesret efter loven.

Hvis fjernsalgsaftalen vedrører en finansiel tjenesteydelse, skal der herudover bl.a. oplyses om, hvorvidt der er klageadgang og i givet fald om fremgangsmåden ved klage, eventuelle særlige risici ved tjenesteydelsen som følge af ydelsens særlige karakter eller som følge af de operationer, der skal gennemføres, ligesom der skal gives oplysning herom, hvis ydelsens pris afhænger af udsving på de finansielle markeder, og hvis historiske afkast ikke kan benyttes til at danne forventninger om fremtidige afkast, jf. forbrugerftalelovens § 13, stk. 1. Den, der gør sig skyldig i grov eller oftere gentaget overtrædelse af oplysningspligten om eventuelle særlige risici ved tjenesteydelsen som følge af ydelsens særlige karakter mv., straffes med bøde, jf. § 29, stk. 1, nr. 2.

Inden der indgås en aftale om en finansiel tjenesteydelse, skal de nævnte oplysninger være meddelt forbrugeren på papir eller på et andet varigt medium, som forbrugeren har adgang til, jf. § 14, stk. 1. Grov eller oftere gentagne overtrædelser heraf kan også straffes med bøde, jf. § 29, stk. 1, nr. 2.

2.3. Forsikringsaftaleloven

Forsikringsaftalelovens kapitel I a (§§ 34 d-34 g) indeholder regler om oplysningspligt for forsikringsselskaber ved aftaler indgået med en forbruger.

Det følger af lovens § 34 d, at forsikringsselskabet senest ved udleveringen af forsikringsbetingelserne skal give forbrugeren tydelig skriftlig oplysning om fortrydelsesretten.

Ved forsikringsaftaler, der indgås ved fjernsalg, skal forsikringsselskabet bl.a. give forbrugeren oplysninger om eventuelle særlige risici ved forsikringsydelsen som følge af ydelsens særlige karakter eller som følge af de operationer, der skal gennemføres, ligesom der skal gives oplysning herom, hvis ydelsens pris afhænger af udsving på de finansielle markeder, og hvis historiske afkast ikke kan benyttes til at danne forventninger om fremtidige afkast, jf. forsikringsaftalelovens § 34 e. Grov eller oftere gentagne overtrædelser heraf straffes med bøde, jf. § 134, stk. 1, nr. 2.

2.4. Aftaleloven

Efter § 36 kan en aftale eller anden retshandel ændres eller tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende. Bestemmelsens praktiske hovedområde er forbrugerens aftaler med erhvervsdrivende, men bestemmelsen finder også anvendelse på aftaler mellem erhvervsdrivende og mellem private indbyrdes.

Ved anvendelsen af § 36 lægges der i almindelighed vægt på, om den ene part ved aftalens indgåelse har indtaget en overlegen stilling. Har parten misbrugt sin overlegne stilling ved at anvende aftalevilkår, der giver den pågældende en urimelig fordel, kan aftalen tilsidesættes eller efter omstændighederne ændres. Ved gensidigt bebyrdende aftaler tages der ved bedømmelsen udgangspunkt i, om der er en rimelig balance mellem parternes pligter. Der tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse og aftalens indhold. Efterfølgende ændringer i parternes forhold kan også tages i betragtning ved vurderingen af, om et aftalevilkår er (blevet) urimeligt, jf. § 36, stk. 2.

For så vidt angår forbrugerftaler suppleres aftalelovens § 36 af § 38 c, hvoraf det følger, at et aftalevilkår i en forbrugerftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre det gældende, eller hvis det vil være stridende mod hæderlig forretningsskik og bevirke en betydelig skævhed i parternes rettigheder og forpligtelser til skade for forbrugeren at gøre vilkåret gældende. Bestemmelsen giver således mulighed for, at forbrugeren, i tilfælde hvor aftalen anses for urimelig kan kræve, at den øvrige del af aftalen skal gælde uden ændringer, hvis det er muligt at opretholde resten af aftalen uden det vilkår, som er blevet ændret eller tilsidesat.

Herudover fremgår det af § 38 c, stk. 2, at der ved bedømmelsen af de forhold og omstændigheder, som er nævnt i § 36, stk. 2, herunder vilkår i andre aftaler, som hænger sammen med den pågældende aftale, i forbrugerftaler ikke tages hensyn til senere indtrufne omstændigheder til skade for forbrugeren med den virkning, at aftalen ikke kan tilsidesættes eller ændres.

3. Øvrige regler af betydning for forbrugerne i forbindelse rådgivning om køb af finansielle produkter

3.1 Bekendtgørelse om en klageansvarlig i finansielle virksomheder¹²

Bekendtgørelse om en klageansvarlig pålægger en række finansielle virksomheder¹³ at udpege en klageansvarlig.

Bekendtgørelsen gælder kun for private kundeforhold og erhvervsmæssige kundeforhold, såfremt disse ikke adskiller sig væsentligt fra et privat kundeforhold.

¹² Bekendtgørelse nr. 1264 af 8. december 2006 om en klageansvarlig i finansielle virksomheder.

¹³ Der er tale om følgende virksomheder: Pengeinstitutter, realkreditinstitutter, fondsmæglerselskaber, investeringsforvaltningsselskaber, forsikringselskaber og tværgående pensionskasser, investeringsforeninger, specialforeninger, hedgeforeninger og andre kollektive investeringsordninger, forsikringsmæglervirksomheder og firmapensionskasser.

Forpligtelsen til at udpege en klageansvarlig betyder, at den finansielle virksomhed skal udpege en person eller en organisatorisk enhed, der er ansvarlig for klagebehandlingen internt i virksomheden.

Den finansielle virksomhed skal oplyse kunden om virksomhedens klageansvarlige, herunder om hvor og hvordan kunden retter henvendelse. Oplysningerne skal være til rådighed på virksomhedens forretningssted samt på virksomhedens eventuelle hjemmeside.

Finanstilsynet kan give påbud om berigtigelse af forhold, der er i strid med bekendtgørelsen. Overtrædelse af et sådant påbud straffes med bøde.

3.2. Lov om forbrugerklager¹⁴

Udgangspunktet for Forbrugerklagenævnets kompetenceområde er, at Forbrugerklagenævnet kan behandle en klage fra en forbruger over varer eller arbejds- eller tjenesteydelse, der hidrører fra privat virksomhed, medmindre det udtrykkeligt er undtaget nævnets kompetenceområde, eller der er klageadgang til et godkendt, privat klage- eller ankenævn, eller der i lovgivningen er foreskrevet en særlig klageadgang.

3.2.1. Private godkendte klage- og ankenævn

Erhvervs- og vækstministeren kan efter § 5 i lov om forbrugerklager godkende oprettelse af og vedtægterne for private klage- eller ankenævn.

Det er som udgangspunkt en forudsætning for godkendelse, at nævnet behandler klager over alle erhvervsdrivende inden for den pågældende branche eller det pågældende område – også klager over erhvervsdrivende, der ikke er medlem af den brancheorganisation, der står bag nævnet.

Nævnene er typisk oprettet af en eller flere brancheforeninger eller repræsentanter for branchen sammen med Forbrugerrådet.

Ved godkendelsen sikres det, at nævnets vedtægter indeholder bestemmelser om nævnets sammensætning og sagsbehandling, som er betryggende for parterne, samt bestemmelser om gebyrer og omkostninger.

Der er i dag 5 godkendte private klagenævne på det finansielle område:

- Pengeinstitutankenævnet,
- Realkreditinstitutankenævnet,
- Ankenævnet for investeringsforeninger,
- Ankenævnet for fondsmæglerselskaber og
- Ankenævnet for forsikring.

¹⁴ Bekendtgørelse nr. 1095 af 8. september 2010 af lov om forbrugerklager, bekendtgørelse nr. 460 af 28. april 2010 om forbrugerklager. Derudover er der udstedt bekendtgørelser for omkostninger og gebyrer for henholdsvis Forbrugerklagenævnet og de godkendte private klagenævne. For de godkendte, private klagenævne gælder de respektive godkendte vedtægter.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fører på ministerens vegne et almindeligt tilsyn med nævnene med henblik på at sikre, at de i deres sagsbehandling efterlever de godkendte vedtægter.

3.2.2. Nævnenes sammensætning og sagsbehandling

Nævnene består af formand, der skal være dommer, og et ligeligt antal forbruger- og erhvervsrepræsentanter.

Sagsbehandlingen foregår på skriftligt grundlag, og der er ikke mulighed for at indkalde og afhøre parterne eller vidner under strafansvar. Det er derfor ikke alle sager, der er egnet til nævnsbehandling.

Sekretariatene drager omsorg for sagens oplysning, hører parterne, og af egen drift fremskaffer det fornødne retlige og faktiske grundlag for afgørelsen, herunder indhentelse af sagkyndige udtalelser. Endvidere vejleder sekretariatet i fornødent omfang forbrugeren og den erhvervsdrivende om deres retsstilling.

Forbrugerklagenævnets sekretariat har kompetence til på nævnets vegne at afvise sager, der ikke skønnes egnet til behandling eller hvor det må anses for åbenbart, at forbrugeren ikke kan få medhold i sit krav jf. bekendtgørelse om forbrugerklager, § 12, stk. 5. En tilsvarende kompetence gør sig ikke gældende for de private klagenævne.

3.2.3. Tvangsfuldbyrdelse og omkostningsdækning

Hvis forbrugeren får helt eller delvist medhold i en afgørelse ved Forbrugerklagenævnet eller et godkendt, privat klagenævn, skal nævnet sørge for, at afgørelsen bliver forkyndt for den erhvervsdrivende jf. lov om forbrugerklager § 4.

Hvis den erhvervsdrivende ikke ønsker at være bundet af afgørelsen, skal den pågældende skriftligt meddele dette til nævnet inden en frist på 30 dage fra forkyndelsen af afgørelsen jf. lov om forbrugerklager § 4 a. Forholder den erhvervsdrivende sig passivt, vil afgørelsen efter udløbet af fristen kunne tvangsfuldbyrdes. Forbrugeren har herefter mulighed for at gå til fogedretten og få inddrevet det beløb, som den erhvervsdrivende skal betale ifølge afgørelsen jf. lovens § 4 c. Den erhvervsdrivende skal efter loven oplyses om sin retsstilling i forbindelse med forkyndelsen.

Hvis den erhvervsdrivende inden for fristen på 30 dage imidlertid skriftligt meddeler klage eller ankenævnet, at den pågældende ikke ønsker at være bundet af afgørelsen, er det op til forbrugeren at indbringe sagen for domstolene. For at sikre, at en forbruger i dette tilfælde ikke af økonomiske årsager afholder sig fra at føre en retssag mod den erhvervsdrivende, er der indført hjemmel til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan dække forbrugers udgifter i forbindelse med retssagen jf. § 4e i lov om forbrugerklager.

Omkostningsdækning sker efter ansøgning til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og en eventuel dækning efter forbrugers retshjælpsforsikring skal først udnyttes. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan betale omkostninger, der overstiger forsikringens maksimum eller en eventuel selvrisiko. Omkostningsdækning er uafhængig af ansøgerens indtægtsforhold og træder i stedet for reglerne om fri proces.

3.2.4. Finansiering af de private klagenævn

Udgifterne til ankenævnets drift afholdes typisk af de stiftende brancheforeninger, og dermed af de erhvervsdrivende, der er tilknyttet brancheforeningen.

En mindre del af omkostningerne finansieres af gebyrer, der opkræves af forbrugeren ved sagens oprettelse.

De private klagenævn kan afkræve de erhvervsdrivende at betale et beløb for sagens behandling, hvis forbrugeren får medhold, eller hvis sagen forliges. Beløbet må højst udgøre de gennemsnitlige, langsigtede omkostninger forbundet med sagen. De erhvervsdrivende, som ikke løbende bidrager til nævnets drift, kan afkræves at betale et højere beløb. Beløbet vil også omfatte de mere generelle omkostninger, der er forbundet med den konkrete sag, men må ikke have pønål karakter. Beløbet godkendes af erhvervs- og vækstministeren.

Det er frivilligt, om nævnene vil pålægge den erhvervsdrivende omkostninger. Typisk betaler den indklagede erhvervsdrivende et beløb til at dække sagsomkostninger, hvis forbrugeren får medhold eller sagen forliges. I enkelte nævn afholder brancheorganisationerne alle udgifter til nævnets drift, og den indklagede erhvervsdrivende betaler ikke sagsomkostninger - uanset sagens udfald eller den erhvervsdrivendes tilhørsforhold til brancheforeningen.

Hvis den erhvervsdrivende, der har tabt en sag, ikke betaler det pålagte omkostningsbeløb, kan beløbet inddrives via SKAT efter lov om inddrivelse af gæld til det offentlige.

3.3. Markedsføringsloven

Markedsføringsloven fastsætter minimumstandarderne for virksomheders markedsadfærd. Lovens overordnede formål er at sikre, at erhvervsvirksomheder drives tilbørligt og rimeligt under hensyn til såvel konkurrenter og andre erhvervsdrivende som forbrugere og almene samfundsinteresser.

Markedsføringsloven indeholder ikke udtrykkelige regler om rådgivning om finansielle produkter.

Markedsføringsloven gælder som udgangspunkt for alle virksomheder. En række af lovens bestemmelser gælder imidlertid ikke for finansielle virksomheder. Dette er således tilfældet for lovens generalklausul i § 1, hvorefter erhvervsdrivende skal udvise god markedsførings-skik. Imidlertid indeholder god skik bekendtgørelsen i § 3 en tilsvarende generalklausul, som finder anvendelse på finansielle virksomheder.

Markedsføringsloven indeholder i § 3 regler om vildledning. Ifølge bestemmelsen må erhvervsdrivende ikke vildlede eller udelade oplysninger i markedsføringen, som er væsentlige for forbrugers vurdering af tilbuddet.

I markedsføringsloven § 12 a findes regler om købsopfordringer. Bestemmelsen fastlægger, hvilke oplysninger, der skal gives i forbindelse med en købsopfordring.

Bestemmelserne om vildledende markedsføring og købsopfordringer finder også anvendelse på finansielle virksomheder. Disse regler findes ligeledes i god skik bekendtgørelsens §§ 4 og 5.

Markedsføringslovens regler om prisoplysninger for tjenesteydelser finder ikke anvendelse på finansielle virksomheder.

Forbrugerombudsmanden fører ifølge markedsføringslovens § 22, stk. 1, tilsyn med, at loven og de i medfør af lovens udstedte bekendtgørelser overholdes.

Forbrugerombudsmanden skal ifølge markedsføringsloven § 23, stk. 1, ved forhandling søge at påvirke de erhvervsdrivende til at handle i overensstemmelse med principperne for god markedsføringskik og til at overholde loven i øvrigt.

Ved overtrædelser af markedsføringsloven kan Forbrugerombudsmanden kan anlægge sag ved domstolene med påstand om forbud eller påbud, der er nødvendige til at sikre forbudets opretholdelse.

Hvis en flerhed af forbrugere i forbindelse med overtrædelse af bestemmelserne i markedsføringsloven har ensartede krav på erstatning, kan Forbrugerombudsmanden på begæring indtale kravene under ét.

Forbrugerombudsmanden kan endvidere udpeges som grupperepræsentant i et gruppesøgsmål, jf. retsplejelovens kapitel 23 a.

3.4. Forbrugerombudsmandens kompetence i henhold til lov om finansiell virksomhed

Forbrugerombudsmandens kompetence i henhold til lov om finansiell virksomhed er reguleret i denne lovs § 348, stk. 1.

Det fremgår af bestemmelse, at Forbrugerombudsmanden kan anlægge sag vedrørende handlinger, der strider mod redelig forretningsskik og god praksis, jf. § 43, stk. 1 og 2, herunder sag om forbud, påbud, erstatning og tilbagesøgning af uretmæssigt opkrævede beløb.

Bestemmelsen har til formål at præcisere, at Forbrugerombudsmanden har mulighed for at anlægge en civil sag, hvis en finansiell virksomhed ikke handler i overensstemmelse med god skik. Bestemmelsen sikrer, at Forbrugerombudsmanden kan indbringe en sag for domstolene, hvis han i særlige tilfælde måtte finde, at der er behov for et sådant skridt, fx fordi Finanstilsynet har valgt ikke at tage en sag op, som Forbrugerombudsmanden vurderer, er af principiel eller vidtgående betydning. Bestemmelsen medfører derimod ikke, at Forbrugers generelt skal behandle konkrete henvendelser fra forbrugere.

Det fremgår endvidere af bestemmelsen, at Forbrugerombudsmanden kan udpeges som grupperepræsentant i et gruppesøgsmål, jf. retsplejelovens kapitel 23 a.

Endelig fremgår det af § 348, stk. 1, at Forbrugerombudsmanden kan behandle sager vedrørende overtrædelse af strafbelagte bestemmelser i regler udstedt i medfør af lovens § 43, stk. 3. Det medfører, at Forbrugerombudsmanden også har mulighed for at behandle sager om overtrædelse af bekendtgørelse om oplysning om risikoklassificering af visse udlånsprodukter samt bekendtgørelse om information til forbrugere om priser mv. i pengeinstitutter. Derimod har Forbrugerombudsmanden ikke mulighed for at behandle sager for overtrædelse af bekendtgørelser udstedt i medfør af andre hjemmelsbestemmelser fx § 43, stk. 4, som er hjemmel for kompetencekravs bekendtgørelsen jf. ovenfor.

4. Kommende regler

4.1. Forslag til ændring af MiFID-direktivet

Kommissionen fremsatte den 20. oktober 2011 et forslag om revision af direktivet om markeder for finansielle instrumenter, som trådte i kraft i 2007 (MiFID).

Direktivforslaget er endnu ikke vedtaget, men befinder sig i sidste fase af trilogforhandlingerne mellem Kommissionen, Rådet og Parlamentet. Nærværende beskrivelse tager udgangspunkt i det seneste kompromisforslag, som dette ser ud primo januar 2014. I det følgende gives alene en beskrivelse af de dele af forslaget, som er relevant for rådgivning om investeringsprodukter, og hvor kompromisteksten vurderes at være stabil.

Som noget nyt vil MiFID-direktivet, ud over at gælde for værdipapirformidling, også komme til at finde anvendelse for rådgivning og salg af strukturerede indlån. Det er endnu uafklaret, om forsikringsbaserede investeringsprodukter også vil blive omfattet af visse af MiFID-bestemmelser.

Det foreslåes, at finansielle formidlere såsom værdipapirhandlere og investeringsrådgivere skal pålægges at oplyse investoren om, på hvilket grundlag investeringsrådgivningen ydes, dvs. om rådgivningen kan betegnes som uafhængig eller ej. Konkret skal uafhængighed sikres ved, at der rådgives om en tilpas stor mængde værdipapirer, både hvad angår type og udsteder, samt ved et forbud for værdipapirhandlere og investeringsrådgivere mod at modtage præmiering fra tredjepart med mindre præmieringen gives ubeskåret videre til kunden. Derudover indeholder forslaget en mulighed for, at medlemsstaterne selvstændigt kan indføre skærpede regler på området, fx ved at lave et totalforbud mod provision, såfremt de objektivt og proportionelt kan bidrage til at imødegå specifikke risici mod investorbekyttelse eller markedsintegritet.

I de nuværende regler er der ikke nogen specifikke kriterier for fastsættelse af uafhængighed. Generelt gælder det dog for værdipapirhandlere og investeringsrådgivere, at de er forpligtede til at handle i overensstemmelse med kundens bedste interesse og at oplyse om modtagelse af provisioner betalt af tredjepart ved formidling af værdipapirer, samt at oplyse om eventuelle interessekonflikter. Forslaget vil således skærpe og konkretisere reglerne med det formål, at kunden bedre kan sikre sig, at rådgiveren reelt handler i kundens interesse.

Forslaget indeholder også en bestemmelse om, at alle værdipapirhandlere, der udvikler investeringsprodukter eller strukturerede indlån, som sælges til detailinvestorer og professionelle investorer, skal sikre sig at produkterne er designet med henblik på at produkterne opfylder investeringsformålet for en klart defineret målgruppe inden for kundekategorierne. Værdipapirhandlere, der formidler produkterne, må kun markedsføre produkterne til kunder inden for målgruppen. Bestemmelserne ændrer ikke ved værdipapirhandlerens forpligtelse til at udføre egnethedstest af kunden i forbindelse med, at der ydes investeringsrådgivning.

Endelig tilføjer kompromisforslaget en bestemmelse, der pålægger værdipapirhandlere ikke at have aflønningsforhold og resultatmålinger af ansatte, som kan give den ansatte incitament til at handle i strid med kundens bedste interesse, fx ved at anbefale et andet finansielt instrument end det, der vil være bedst egnet for kunden.

4.2. Boligkreditdirektivet

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om kreditaftaler i forbindelse med fast ejendom til beboelse¹⁵ stiller krav, at om ansatte hos kreditgivere eller kreditformidlere skal have viden og kompetence med hensyn til at udforme, tilbyde og bevillige kreditaftaler, samt udøve kreditformidlingsaktiviteter og rådgivning. Direktivet pålægger medlemsstaterne at fastlægge kompetenceniveauet i overensstemmelse med en række principper, der er opregnet i bilaget til direktivet.

Direktivet indeholder endvidere en udtrykkelig forpligtelse for kreditgivere og kreditformidlere til at give fyldestgørende klaringer om den eller de foreslåede kreditaftaler. Disse forklaringer skal sætte forbrugeren i stand til at vurdere om kreditaftalerne passer til kundens behov og finansielle situation. Forklaringspligten omfatter bl.a. de væsentligste karakteristika ved de foreslåede produkter, de konsekvenser de foreslåede produkter har for forbrugeren.

Det fremgår udtrykkeligt af direktivet, at medlemsstaterne kan fastsætte form og omfang for disse forklaringer.

Direktivet indeholder ikke en forpligtelse til at yde rådgivning. Men såfremt der ydes rådgivning skal forbrugeren have oplyst omfanget af kreditaftaler, der indgår i rådgivningen. Dette skal sikre at forbrugere er klar over det råd han modtager er baseret på fx långiverens egne låneprodukter eller et bredt udsnit af låneprodukter på markedet.

Som led i rådgivningen skal rådgiveren indhente nødvendig information om forbrugers personlige og finansielle situation, forbrugers præferencer og formål med at optage kreditten for at gøre det muligt at anbefale egnede kreditaftaler.

Medlemsstaterne kan indsætte en forpligtelse til at advare forbrugeren mod at indgå kreditaftaler, hvis dette vil udgøre en særlig risiko for forbrugeren i lyset af dennes økonomiske situation.

Medlemsstaterne kan endvidere indføre et forbud mod at bruge begrebet rådgiver eller rådgivning, hvis rådgivningen ydes af kreditor eller bundne kreditformidlere. Såfremt medlemsstaterne ikke forbyder anvendelse af begrebet rådgivning, indføres der med direktivet betingelser for at anvende begrebet uafhængig rådgivning eller uafhængig rådgiver. Det anføres udtrykkeligt, at medlemsstaterne kan stille strengere betingelser for anvendelsen af disse begreber.

4.3. Forslag til forordning om central information til investeringsprodukter (PRIPs)

Kommissionen fremsatte den 3. juli 2012 et forslag til forordning om central information til investeringsprodukter – KOM(2012)352 om Packaged Retail Investment Products (PRIPs).

Beskrivelsen nedenfor er baseret på Kommissionens forslag, da der er endnu ikke er opnået en politisk aftale i Rådet, ligesom trilogforhandlinger med Europa-Parlamentet ikke er indledt. Forhandlingerne om forslaget har ligget stille siden juni 2013, og forventes tidligst genoptaget i efteråret 2014.

¹⁵ Direktivet er endeligt vedtaget, men er endnu ikke offentliggjort i EU-Tidende.

Forslaget indebærer nye regler for information om såkaldt pakkede investeringsprodukter, som sælges til detailinvestorer.

Et pakket investeringsprodukt er en fællesbetegnelse for investeringsprodukter, hvis afkast er baseret ("pakket") på et eller flere underliggende aktiver, fx aktier og obligationer, og som er udformet med henblik på at levere et afkast over en mellemlang eller lang investeringsperiode. Derudover indeholder et pakket investeringsprodukt en investeringsrisiko for investoren (visse produkter har dog hovedstolsgaranti, hvilket betyder, at investoren som minimum er garanteret at få sit indskudte beløb tilbagebetalt). Produkterne målrettes ofte detailinvestorer, af fx pengeinstitutter. Eksempler på pakkede investeringsprodukter er forsikringsbaserede investeringsprodukter (fx livsforsikringer), strukturerede investeringsprodukter (dvs. investeringsprodukter som er sammensat, og hvis værdi afhænger af andre aktivtyper, fx aktier og obligationer) og strukturerede indlån (dvs. indlån hvis forrentning afhænger af et andet underliggende finansielt produkt).

Det foreslås, at der for alle "pakkede investeringsprodukter", som sælges til detailinvestorer, skal laves et "dokument med central information" til investeringsproduktet (herefter "CI"). CI'et skal udarbejdes af investeringsproduktudviklere for hvert investeringsprodukt, som udbydes, jf. nedenfor. CI'et vil skulle følge en fælles standard. CI'et skal indeholde de væsentligste oplysninger om produktets karakteristika, risici og omkostninger. Investoren skal have udleveret dokumentet, inden vedkommende træffer sin investeringsbeslutning. CI'et skal være kort og skal være skrevet i letforståeligt sprog, så det kan forstås af den gennemsnitlige detailinvestor.

Kommissionen foreslår, at en investor skal kunne kræve erstatning fra investeringsproduktudvikleren, hvis vedkommende har lidt tab som følge af fejlbehæftet eller mangelfuldt CI. Hvis investoren kan påvise, at vedkommende har tabt penge ved i sin investering at forlade sig på information fra CI'et, som efter investorens opfattelse er mangelfuldt, lægges bevisbyrden over på produktudvikleren, så det er op til denne at bevise, at CI'et er udarbejdet i overensstemmelse med forordningens regler. Det er derfor ikke detailinvestoren, som skal påvise, at CI'et ikke er udarbejdet i overensstemmelse med reglerne. Det vil sige, at der indføres et princip om omvendt bevisbyrde.

4.4. Forslag til revision af forsikringsformidlingsdirektivet (IMD)

Kommissionen fremsatte den 3. juli 2012 et forslag til revision af forsikringsformidlingsdirektivet (IMD).

Beskrivelsen nedenfor er baseret på Kommissionens forslag, da der er endnu ikke er opnået en politisk aftale i Rådet, ligesom dialogforhandlinger med Europa-Parlamentet ikke er indledt.

Ifølge forslaget skal der være et ensartet forbrugerbeskyttelsesniveau, uanset hvilken kanal, forbrugerne køber et forsikringsprodukt igennem – dvs. uanset om forbrugeren køber et produkt direkte fra et forsikringsselskab eller indirekte fra en formidler. Det betyder, at direktivets anvendelsesområde udvides, så det fremover også omfatter forsikringsselskaber og sammenligningswebsites. Ved et sammenligningswebsite menes en hjemmeside, hvor forbrugere kan sammenligne oplysninger om forsikringer og foretage et køb på baggrund af denne sammenligning,

En af forudsætningerne for en god rådgivning er, at forsikringsformidlere har de nødvendige professionelle kvalifikationer og kompetencer, herunder ved salg af komplekse produkter. Der stilles derfor krav om formidlerens løbende efteruddannelse i forslaget.

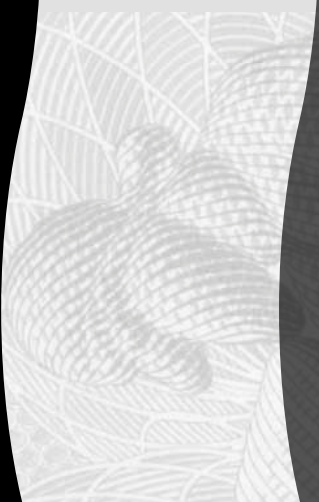
Forslaget fokuserer på, at forbrugeren skal have et velinformeret grundlag at foretage en beslutning om køb af forsikringsprodukter på. Ifølge forslaget skal formidleren redegøre for sit forhold til de selskaber, hvis produkter forbrugeren tilbydes. Dette skal medvirke til at give forbrugeren et samlet billede af produkter, priser og mulige interessekonflikter, så forbrugeren kan sammenligne på tværs af forsikringsvirksomheder.

Endvidere indføres der et provisionsforbud for "uafhængige" forsikringsformidlere. Kommissionen skal herudover udarbejde en delegeret retsakt, der specificerer, hvordan interessekonflikter kan identificeres, styres og modvirkes.

Direktivet stiller krav om, at formidlere skal informere kunden om formidlerens aflønning, herunder den faste og variable del af forsikringsformidlerens honorar og sammensætningen heraf. Der skal være krav om, at forbrugerne får oplyst, hvilken type formidler (mægler/agent) den pågældende er.

Direktivet indeholder et særligt kapitel med informationskrav til forsikringsformidlere i forbindelse med salg af forsikringsprodukter med et investeringselement. Reglerne ligner i vidt omfang de gældende informationskrav til værdipapirhandlere i forbindelse med investering i værdipapirer

Ved salg af forsikringsprodukter med et investeringselement skal formidleren undersøge, hvilke forudsætninger, kunden har og om kunden er egnet til at købe det pågældende produkt, for eksempel på baggrund af erfaring og viden. Denne vurdering kendes allerede fra MiFID regelsættet. Endvidere sikrer den kommende forordning om dokumenter med central information om investeringsprodukter (PRIPs) der er fremsat samtidig med dette direktiv, at kunder, der køber forsikringsprodukter med et investeringselement også får en række nærmere fastsatte oplysninger om risici og forventet afkast af produktet.



Information om kaution

PRIVAT KAUTION

12-2010



FORBRUGERÅDET

Information om kaution

Pecen drejer sig kun om "privat kaution" altså tilfælde, hvor der ikke i erhvervs-mæssig sammenhæng er et økonomisk fællesskab mellem kautionisten og låntager. Fx er en anpartshavers kaution for lån til anpartsselskabet ikke omfattet.

Hvad er kaution?

At kautionere betyder, at man lover et pengeinstitut at betale en anden persons (låntagers) gæld, hvis denne person ikke kan eller vil betale.

Kaution over for pengeinstutter er normalt en såkaldt selvskyldnerkaution. Det betyder, at pengeinstuttet kan gå direkte til kautionisten og forlange, at han eller hun betaler, hvis låntager holder op med at betale.

Hvad skal du særligt være opmærksom på?

Der er to forhold, som du skal være særlig opmærksom på, hvis du bliver bedt om at kautionere:

1. Du bør ikke kautionere, hvis du ikke kan undvære det beløb, du bliver bedt om at kautionere for. Spørg derfor altid dig selv, om du i givet fald er parat til at "forære" låntager pengene. Det er nemlig ofte meget svært for kautionister at få pengene igen fra låntager.
2. Det er op til dig selv at vurdere risikoen for at ende med at komme til at betale, hvis du kautionerer. Pengeinstuttet giver dig nogle oplysninger til brug for bedømmelse af risikoen, men du bør overveje at bede om yderligere oplysninger hos låntager, før du kautionerer.

Hvorfor yder pengeinstutter lån mod kaution?

Når pengeinstutter yder et lån og samtidig ønsker kaution, er det udtryk for, at pengeinstuttet er usikker på, om låntager vil være i stand til at betale lånet tilbage.

Der kan være mange grunde til, at pengeinstuttet ikke ønsker at løbe risikoen for, at låntager ikke betaler lånet tilbage. Det kan være usikkerhed om låntagers fremtidige indtjening eller låntagers andre gældsposter. Det kan også være, at et projekt fx med opstart af ny virksomhed, som låntager ønsker at låne penge til, er meget usikkert.

Oplysninger om låntagers økonomi

Pengeinstuttet skal give dig følgende oplysninger om låntagers økonomi:

- > Kopi af seneste årsopgørelse fra skattevæsenet
- > Seneste tre lønsedler, samt eventuelt
- > Det seneste årsregnskab, hvis der er tale om en virksomhed

Hvis det ikke er muligt for pengeinstuttet at skaffe det nævnte materiale, skal pengeinstuttet give dig andet relevant materiale om låntagers økonomi.

Du vil også hvert år få tilsendt en meddelelse om størrelsen af det lån eller den kassekredit, du har kautioneret for, så du kan følge udviklingen.

Andre oplysninger om låntagers økonomi eller formålet med lånet må du selv spørge låntager nærmere om.

Spørg fx om låntager har gæld hos andre pengeinstutter, eller om låntager har andre særligt store gælds- eller betalingsforpligtelser fx anpart. Og spørg fx også låntager om, hvor mange penge låntager har til sig selv om måneden, når alle udgifter er betalt.

Når du overvejer risikoen ved at kautionere, skal du være opmærksom på, at de oplysninger, du får af pengeinstuttet og af låntager selv, udelukkende er et øjebliksbillede af låntagers økonomi og kreditforhold. Efter at kautionen er stillet, er pengeinstuttet eller fx kreditkortselskaber ikke forhindret i at give låntager yderligere lån eller kredit, uden at du vil få besked. Den kaution, du har stillet, dækker selvfølgelig ikke disse efterfølgende lån eller kreditter. Men det kan øge risikoen for, at låntager ikke kan tilbagebetale det lån, du kautionerer for.

Skal du kautionere?

Til sidst må du spørge dig selv: Hvad er min bedømmelse af risikoen og min mulighed for at betale lånet eller kreditten, hvis låntager ikke kan eller vil betale? Du kan eventuelt søge yderligere råd hos advokat eller revisor.

Er du i tvivl, så lad være med at kautionere!