



Juridisk Bachelorprojekt

**En analyse af pengeinstitutternes
ansvarsnorm ved rådgivning i
grænseområder til andre professioner**

Maj 2013

Alice Mølholm Andersen
Johnni Sørensen
Rasmus Thingholm

Indholdsfortegnelse

1. Emnefelt.....	3
1.1 Indledning.....	3
1.2 Problemformulering	4
1.3 Metode.....	4
1.4 Retskilder.....	4
1.5 Afgrænsning	8
1.6 Fremgangsmåde.....	9
2. Pengeinstitutter og deres virksomhed.....	11
2.1 Definition af pengeinstitutter.....	11
2.2 Pengeinstitutvirksomhed – pengeinstitutters kerneområder	12
2.3 Accessorisk virksomhed – pengeinstitutters grænseområder	14
2.4 Kurssikring og forsikring – pengeinstitutvirksomhed eller accessorisk virksomhed?	15
3. Erstatningsret	18
3.1 Erstatningsrettens formål og funktion	18
3.2 Erstatningsrettens grundlæggende betingelser	18
3.3 Lempelse og bortfald.....	22
4. Den professionelles ansvar	24
4.1 Professionsansvaret	24
4.2 Rådgiveransvaret som professionsansvar	26
4.3 Rådgiverbegrebet.....	27
4.4 Offentligretlige forskrifter for finansielle virksomheder.....	30
4.5 Perspektiver på ansvarsbedømmelsen i den juridiske litteratur.....	32
4.6 Betragtninger vedrørende bevisbyrden.....	33
5. Kurssikring	35
5.1. Indledning til kurssikring	35
5.2. Begrebet kurssikring.....	35
5.3 Skal kunden gøres opmærksom på kurssikringsproblematikken?.....	36
5.4. Indholdsmæssige krav til rådgivningen	39

5.5	Ansvar i tilknytning til eventuel aftale om eller fravalg af kurssikring.....	43
5.6	Konklusion	44
6.	Formidling af forsikringsprodukter	47
6.1	Indledning til forsikring.....	47
6.2	Begrebet forsikring.....	48
6.3	Generel formidling af forsikringsprodukter.....	50
6.4	Anmeldelse ved indtrådt forsikringsbegivenhed	57
6.5	Konklusion	58
7.	Samlet konklusion	60
8.	Abstract	63
9.	Litteraturliste.....	64

1. Emnefelt

1.1 Indledning

I de seneste årtier har samfundet været præget af en tendens til, at de enkelte brancher i højere grad tilbyder ydelser og produkter, der traditionelt har været udbudt af andre brancher. Denne brancheglidning er blandt andet et resultat af, at finansielle virksomheder er nødsaget til konstant at udvikle deres produktportefølje for at kunne overleve i et presset marked med mange konkurrenter. Brancheglidningen medfører en øget dynamik, og gør det muligt for kunderne at få en bred, helhedsorienteret løsning ét sted.

I dag udgør rådgivning på flere områder det primære indhold eller dog en stadig større del af den ydelse, som den professionelle part leverer. Brancheglidningen er også kommet til udtryk blandt pengeinstitutterne, der har ændret deres forretningsområder markant. Pengeinstitutterne driver ikke længere kun egentlig ind- og udlånsvirksomhed, da nye finansielle produkter løbende integreres i pengeinstitutternes produktportefølje. Disse nye produkters art udvider pengeinstitutternes virksomhedsområde til at omfatte opgaver, der også varetages af andre professionsudøvere. Da produkterne samtidig ofte er meget komplekse, efterspørges rådgivning i et stigende omfang.

Når pengeinstitutterne vælger at indlemme produkter, der befinder sig i grænseområdet til den egentlige pengeinstitutvirksomhed, giver det anledning til at overveje, om ansvarsnormen på disse områder er lige så omfattende som den, der er gældende i tilknytning til deres kerneområder. Det kan anføres, at de traditionelle faggrænser udviskes, når den rådgivning, der ydes, inddrager aspekter fra flere fagområder. I relation til en sådan udviskning bør det overvejes, hvorvidt der i erstatningsretlig henseende er behov for en revurdering af den traditionelle inddeling af professionsudøvere efter klassiske fag som grundlag for ansvarsbedømmelsen. En nedbrydelse af faggrænserne kan medføre, at det bliver uklart, hvilken ansvarsstandard det pågældende forhold skal bedømmes efter, når rådgivningen er manglende eller utilstrækkelig. Man kan derfor stille sig selv følgende spørgsmål: Hvilken ansvarsmålestok skal rådgiveren så underlægges?

Lovgivningsmagten har iagttaget en række initiativer, der opstiller de overordnede rammer for pengeinstitutternes rådgivning, men disse har ikke udmøntet sig i yderligere lovgivning med specifikke krav til, hvad rådgiverens ydelse skal indeholde. Problematikken i henhold til fastlæggelsen af ansvarsmålestokken for pengeinstituttets rådgivere bliver således relevant, når det viser sig, at den ydede rådgivning ikke har været tilstrækkelig og som følge heraf har medført et

økonomisk tab for kunden. Ansvarsbedømmelsen tager derfor sit udgangspunkt i dansk rets almindelige ansvarsgrundlag, culpaansvaret.

I relation til det erstatningsretlige professionsansvar synes det naturligt, at pengeinstitutterne er underlagt den samme ansvarsbedømmelse som den traditionelle aktør på det respektive område, når rådgivningen er utilstrækkelig eller slet ikke er givet. Hvorvidt dette er tilfældet eller ej, er dette projekts fokus.

1.2 Problemformulering

I denne fremstilling søges en afklaring på, hvorvidt der gælder den samme ansvarsnorm for pengeinstitutterne som for det enkelte områdes traditionelle aktør, når privatkunder rådgives om spørgsmål uden for pengeinstituttets kerneområder. Der tages udgangspunkt i rådgivning i relation til kurssikring og formidling af forsikringsprodukter, hvorefter pengeinstitutternes ansvarsnorm sammenholdes med henholdsvis advokatstandens ansvarsnorm i tilknytning til kurssikring og med forsikringsselskabernes ansvarsnorm ved formidling af forsikringsprodukter. Endeligt vurderes det, om en eventuel forskel på de respektive ansvarsbedømmelser kan forsvares ud fra pengeinstitutternes rolle på markedet.

1.3 Metode

Formålet med dette projekt er at beskrive pengeinstitutternes ansvarsnorm ved manglende eller utilstrækkelig rådgivning i relation til kurssikring og formidling af forsikringsprodukter. Det er blevet udarbejdet under anvendelse af den traditionelle retsdogmatiske metode, der har til opgave at systematisere, beskrive, analysere og fortolke gældende ret. Projektet er primært baseret på fortolkning af den relevante lovgivning og analyse af retspraksis fra de danske domstole og praksis fra henholdsvis Pengeinstitutankenævnet og Ankenævnet for Forsikring.

Det kunne være interessant at undersøge retsstillingen i de øvrige nordiske lande grundet de mange fællestræk i retsopfattelsen, men sådanne komparative undersøgelser er undladt grundet projektets størrelse.

1.4 Retskilder

I projektet betragtes lovgivning, forarbejder, rets- og ankenævnspraksis samt sædvaner som retskilder. Fremstillingens empiriske grundlag baseres primært på afgørelser og kendelser, hvor et

pengeinstitut mødes med et anbringende om ansvarspådragende adfærd. Retskilderne anvendes i overensstemmelse med den traditionelle juridiske metode.

Grundet sparsom domstolspraksis vedrørende pengeinstitutters erstatningsansvar som følge af manglende eller utilstrækkelig rådgivning i relation til kurssikring og formidling af forsikringsprodukter, har det været nødvendigt at inddrage et betydeligt omfang af kendelser fra henholdsvis Pengeinstitutankenævnet og Ankenævnet for Forsikring. Det er domstolene, der er præcedensdannende på retsområdet, og derfor vil disse afgørelser, når de forefindes, have størst betydning, og vil dermed danne det primære udgangspunkt i projektet.

Ved anvendelse af ankenævnskendelser er det relevant at overveje den retskildemæssige værdi, hvorfor ankenævnenes sammensætning og kompetence samt kendelsernes retskildemæssige værdi vil blive beskrevet særskilt i de følgende afsnit.

1.4.1 Pengeinstitutankenævnet – sammensætning og kompetence

Pengeinstitutankenævnet er stiftet i 1988 af Finansrådet og Forbrugerrådet og godkendt af Økonomi- og Erhvervsministeren, jf. § 5 i lov om forbrugerklager. Rammerne for ankenævnets virke findes i ankenævnets vedtægter, der oprindeligt er godkendt af Forbrugerklagenævnet, jf. lov om forbrugerklager § 5, stk. 4 og § 1 i bekendtgørelse nr. 598 af 14. juni 2006.

Pengeinstitutankenævnet behandler klager over danske og færøske pengeinstitutter og deres herværende datterselskaber bortset fra realkreditselskaber og forsikringsselskaber, da der for disse er etableret særskilte nævn, samt klager over danske filialer af udenlandske pengeinstitutter. Ankenævnet er ikke et disciplinærnævn. Derfor behandler det udelukkende klager vedrørende konkrete formueretlige tvister, hvilket skal forstås som spørgsmål af økonomisk karakter, i private kundeforhold. Klager fra erhvervsdrivende kan tillige behandles, såfremt klagen ikke adskiller sig væsentligt fra klager vedrørende et privat kundeforhold, jf. vedtægternes § 2, stk. 2.

Nævnets sammensætning fremgår af vedtægternes §§ 12-13. Det nuværende formandskab er sammensat af en højesteretsdommer, der er formand, samt fire næstformænd, henholdsvis to landsretsdommere og to byretsdommere. Herudover er der på nuværende tidspunkt udpeget 12 ankenævnsmedlemmer af Finansrådet og 11 ankenævnsmedlemmer udpeget af Forbrugerrådet. Ved den enkelte sags behandling deltager som udgangspunkt enten formanden eller en næstformand samt to medlemmer udpeget af Finansrådet og to medlemmer udpeget af Forbrugerrådet.

Sagen forberedes af et sekretariat, der har til opgave at sørge for sagens oplysning, jf. vedtægternes § 9. Sagsforberedelsen foregår som altovervejende hovedregel skriftligt ved, at parterne indgiver deres indlæg. Kun i sjældne tilfælde indhenter ankenævnet en sagkyndig vurdering til brug for sagens oplysning, hvorfor mulighederne for bevisførelse for ankenævnet er særdeles begrænsede i forhold til den bevisførelse, der kan føres ved domstolene. Såfremt ankenævnet vurderer, at det ikke kan fastlægge de faktiske omstændigheder uden yderligere parts- og vidneforklaringer, kan det afvise sagen, jf. vedtægternes § 7, stk. 1.

Parterne er ikke bundet af ankenavnets kendelse, og kendelserne er ikke eksigible. Det skal dog bemærkes, at hvis kendelsen går pengeinstituttet imod, skal pengeinstituttet inden 30 dage meddele ankenævnet, hvis det ikke vil anse sig for bundet af den. Fremkommer sådan en meddelelse ikke inden 30 dage, vil kendelsen kunne tvangsfuldbyrdes, jf. vedtægternes § 20.¹

Afsagte kendelser kan findes på nævnets hjemmeside: <http://www.pengeinstitutankenaevnet.dk>.

1.4.2 Ankenævnet for Forsikring – sammensætning og kompetence

Ankenævnet for Forsikring er oprettet i 1975 af Forbrugerrådet og Forsikring & Pension samt godkendt af Økonomi- og Erhvervsministeren, jf. § 5 i lov om forbrugerklager. Rammerne for ankenavnets virke findes i dets vedtægter, hvor det følger af § 1, at nævnet er kompetent til at behandle klager fra forbrugere vedrørende forsikrings- og pensionsforhold.

Ankenævnet for Forsikring behandler klager vedrørende privatlivets forsikringsforhold, jf. vedtægternes § 3, stk. 1. Der kan dog først klages til ankenævnet, når klager har klaget til forsikringsselskabet over afgørelsen, og selskabet enten har fastholdt sin afgørelse eller undladt at svare. Dette ankenævn er heller ikke et disciplinærnævn, og derfor kan det udelukkende behandle klager vedrørende konkrete formueretlige tvister. Klager fra erhvervsdrivende kan tillige behandles, såfremt klagen ikke adskiller sig væsentligt fra klager vedrørende private forsikringsforhold, jf. vedtægternes § 3, stk. 2.

Nævnets sammensætning fremgår af vedtægternes § 8. Det nuværende formandskab er sammensat af en højesteretsdommer, der er formand, samt to næstformænd, der er henholdsvis højesteretsdommer og landsretsdommer. Herudover er udpeget et større antal ankenævnsmedlemmer af henholdsvis Forsikring & Pension samt Forbrugerrådet. Ved den enkelte sags behandling deltager

¹ Hagenau (2010), s. 21-22.

enten formanden eller en næstformand samt to medlemmer udpeget af Finansrådet og to medlemmer udpeget af Forsikring & Pension, jf. vedtægternes § 11, stk. 2.

De ovenfor anførte betragtninger om Pengeinstitutankenævnets sagsforberedelse og -behandling samt virkningen af de afsagte kendelser gør sig også gældende for Ankenævnet for Forsikring, hvorfor dette ikke behandles yderligere. Der henvises i stedet til forrige afsnit.

Afsagte kendelser kan findes på ankenævnets hjemmeside: <http://www.ankeforsikring.dk>.

1.4.3 Overvejelser om den retskildemæssige værdi af ankenævnets kendelser

Ankenævnene er oprettet med afsæt i en forudsætning om, at kunderne skal have nem, billig og forholdsvis hurtig adgang til at få klagebehandlet deres sager, men selve den retskildemæssige værdi af ankenævnskendelser har været genstand for en omfattende diskussion i den juridiske litteratur.

Det kan med rette anføres, at ankenævnene gennem deres særegne sammensætning har en vis faglig indsigt på det pågældende område, og derfor er kompetente til at afgøre, om den indklagedes adfærd lever op til den faglige norm på det pågældende område. Ankenævnets kendelser kan derfor i et vist omfang hjælpe med at afklare, hvornår et pengeinstitut henholdsvis et forsikringsselskab skal rådgive og hvilke krav, der kan stilles til denne rådgivning.²

Modsat er der ikke tvivl om, at ankenævnets status som privat tvistløsningsorgan medfører, at den retskildemæssige værdi af ankenævnets kendelser er væsentlig mindre end domstolenes afgørelser. Dette underbygges af, at ankenævnets kendelser hverken er eksigible eller bindende for de almindelige domstole. Kendelserne er desuden ofte sparsomt begrundede, hvorfor det kan være svært at udlede hvilke faktiske omstændigheder, der er lagt til grund for kendelsens resultat.³

Hagenau anfører, at kendelserne er placeret på niveau med sædvaner og kutymmer i retskildesystemet, og en af domstolene afsagt dom vil til enhver tid kunne tilsidesætte en eventuel mangeårig praksis fra et ankenævn. Dette var tilfældet i UfR 1996.200/2 H, hvor en årelang praksis fra Pengeinstitutankenævnet om tildeling af skønsmæssig godtgørelse for skuffede forventninger blev tilsidesat.⁴

² Hagenau (2010), s. 24.

³ Hagenau (2010), s. 25.

⁴ Hagenau (2010), s. 24.

En undersøgelse foretaget af Henrik Juul viser, at 65 kendelser afsagt af Pengeinstitutankenævnet i perioden fra 1989 til 2003 efterfølgende er blevet indbragt for domstolene. Heraf blev 52 % af kendelserne ændret. Flere af sagerne er blevet behandlet af flere retsinstanser, og det viser sig, at jo højere sagen kommer op i retshierarkiet, jo større er tendensen til, at Pengeinstitutankenævnets kendelse ændres. Undersøgelsen synes ligeledes at indikere, at Pengeinstitutankenævnet har en tendens til at være mere progressiv end domstolene, når det kommer til at give kunderne medhold. Dette kan dog ikke alene begrundes ud fra de retshierarkiske forskelle, da det også kan skyldes processuelle forhold, herunder tilvejebringelse af bevismateriale samt parts- og vidneafhøring.⁵

Et eksempel på en kendelse afsagt af Pengeinstitutankenævnet, der efterfølgende blev indbragt for domstolene med et andet resultat til følge, er PIA 362/1999. I den utrykte afgørelse af 1. august 2001, sag nr. BS 1-840/2000, fastslog Retten i Gladsaxe modsat Pengeinstitutankenævnet, at et pengeinstitut ikke var pligtigt til at foretage undersøgelse af, om der var knyttet en tillægsforsikring til en kapitalpension i forbindelse med et pengeinstitutskifte. Det kunne ikke antages, at pengeinstituttet var kommet i besiddelse af oplysninger, der kunne medføre en pligt til at foretage en sådan undersøgelse i den konkrete sag. Da kunden ikke selv havde givet pengeinstituttet oplysninger om forsikringen, og han tilmed selv tiltrådte opsigelsen over for sit tidligere forsikringsselskab og ikke reagerede på, at der ikke blev trukket forsikringspræmie længere, kunne pengeinstituttet ikke drages til ansvar for, at forsikringen ophørte. Afgørelsen er yderligere behandlet i afsnit 6.3.

Til trods for de ovenstående betragtninger om den retskildemæssige værdi, anvendes ankenævnskendelser som udtryk for gældende ret, når andre retskilder ikke anviser et svar.

1.5 Afgrænsning

Da pengeinstitutterne beskæftiger sig med en alsidig rådgivning af deres kunder i relation til deres grænseområde, må der af hensyn til projektets omfang træffes en beslutning om hvilke emner, der skal behandles. Pengeinstitutterne påtager sig rådgivning om eksempelvis skat, pension, omsætning af fast ejendom og forsikring. Dette projekt beskæftiger sig udelukkende med pengeinstitutternes rådgivning af privatkunder i relation til kurssikring og formidling af forsikringsprodukter.

At det netop er ansvarsnormen ved rådgivning i relation til kurssikring og formidling af forsikringsprodukter, der er valgt, skyldes, at varetagelsen af rådgivning på disse områder traditionelt er

⁵ Juul (2006), s. 318-320.

knyttet til andre professionelle aktører. Det er således muligt at sammenligne pengeinstitutternes rådgivningsansvar med det rådgivningsansvar, der påhviler den professionelle aktør, som traditionelt rådgiver på området.

Dette projekt er erstatningsretligt funderet, men der fokuseres alene på ansvarsgrundlaget. De øvrige erstatningsretlige grundbetingelser behandles derfor udelukkende rent perifert, og det samme gør sig gældende for spørgsmål om forsikrings betydning for ansvarets endelige placering.

Ved fastlæggelsen af ansvarsnormen for manglende eller utilstrækkelig rådgivning må der nødvendigvis tages stilling til to spørgsmål. Det må dels afgøres, om der i en given situation foreligger en pligt til at rådgive kunden, da der i nogle tilfælde kan bestå en pligt til at rådgive af egen drift. Herefter må der tages stilling til hvilke indholdsmæssige krav, der er knyttet til rådgivningsforpligtelsen, når en sådan er konstateret. I fremstillingen fokuseres hovedsagligt på den rådgivning, der knytter sig til kundens beslutningsgrundlag.

1.6 Fremgangsmåde

Fremstillingen opdeles overordnet i en række kapitler.

I kapitel 2 defineres begrebet pengeinstitut ud fra lov om finansiel virksomhed, hvorefter det behandles, hvorvidt kurssikring og formidling af forsikringsprodukter må anses som værende pengeinstitutvirksomhed eller accessorisk virksomhed i henhold til loven.

Herefter følger der i kapitel 3 en redegørelse for erstatningsrettens grundlæggende regler. Et sådant indblik er nødvendigt for at forstå hvilke regler, der regulerer pengeinstitutters erstatningsansvar ved manglende eller utilstrækkelig rådgivning.

I kapitel 4 gives en redegørelse for de særlige forhold, der knytter sig til professionsansvaret, samt en uddybelse af begrebet rådgivning og det ansvar, der følger med. Da rådgiveransvaret må anses som et professionsansvar, uddybes de karakteristika, der kendetegner dette. I relation til rådgivningsbegrebet behandles også de krav til rådgivning, der opstilles i bekendtgørelsen vedrørende god skik for finansielle virksomheder. Ydermere inddrages teoretiske betragtninger angående rådgiveransvar – herunder Lars Bo Langsteds betragtninger om maskeansvar og Vibe Ulfbecks betragtninger om det funktionsbestemte professionsansvar. Kapitlet afsluttes med betragtninger om, hvem bevisbyrden påhviler.

Fremstillingen indeholder desuden to analyseafsnit, hvor kravene til pengeinstitutters rådgivning i relation til kurssikring og ved formidling af forsikringsprodukter søges skildret ud fra domme samt kendelser fra Pengeinstitutankenævnet og Ankenævnet for Forsikring.

I fremstillingens kapitel 5 klarlægges rådgiveransvaret for kurssikring. Kravene til pengeinstitutternes rådgivning skitseres gennem en sammenligning med hovedsagligt advokatens forpligtelse på samme område.

I fremstillingens kapitel 6 er det pengeinstitutternes rådgivningsansvar i forbindelse med formidling af forsikringsprodukter, der behandles. Der tages udgangspunkt i samme fremgangsmåde som ved kurssikring, dog sammenholdes kravene i denne del med de krav, der stilles til en forsikringsassurandør.

I begge analyseafsnit søges der afslutningsvis en forklaring på, om en forskel i de krav, der stilles til de respektive rådgivere – hvis en sådan eksisterer – kan forklares ud fra pengeinstitutternes rolle på markedet.

2. Pengeinstitutter og deres virksomhed

I det følgende kapitel vil begrebet pengeinstitut blive defineret ud fra lov om finansiel virksomhed. Efterfølgende vil der blive redegjort for henholdsvis pengeinstitutvirksomhed og accessorisk virksomhed med henblik på at fastlægge, hvorvidt kurssikring og formidling af forsikringsprodukter kan betegnes som værende egentlig pengeinstitutvirksomhed eller virksomhed, der er accessorisk hertil. Dette er af afgørende betydning, da egentlig pengeinstitutvirksomhed må betragtes som kerneområder, mens accessorisk virksomhed må betragtes som grænseområder.

2.1 Definition af pengeinstitutter

Lov om finansiel virksomhed er en rammelov for hele det finansielle område, der finder anvendelse på finansielle virksomheder, jf. § 1, stk. 1. Udøvelse af finansiel virksomhed kræver Finanstilsynets tilladelse. Dette tilladelsessystem er bygget på et koncessionsprincip, hvorefter tilladelse kun gives til udøvelse af de aktiviteter, den pågældende har anmodet om. Såfremt en finansiel virksomhed ønsker at udøve andre aktiviteter, kræver det således en yderligere tilladelse.

Finansielle virksomheder defineres i lovens § 5, stk. 1, nr. 1, hvoraf det fremgår, at et pengeinstitut er en finansiel virksomhed, jf. § 5, stk. 1, nr. 1, litra a. Definitionen af et pengeinstitut kan udledes af lovens § 7, stk. 1, 1. pkt., hvoraf det fremgår, at der kræves tilladelse som pengeinstitut, såfremt en virksomhed vil udøve virksomhed, der består i fra offentligheden at modtage indlån eller andre midler, der skal tilbagebetales, samt i at yde lån for egen regning. *Offentligheden* skal i den forbindelse forstås som en ikke på forhånd afgrænset kreds af personer. Hvis der derimod er tale om en forud afgrænset kreds af fysiske eller juridiske personer, vil der normalt ikke være tale om offentligheden. *Indlån og andre midler, der skal tilbagebetales*, er indskud, hvor indskyderen har krav på at få sin fulde fordring tilbagebetalt uanset indskudsmodtagerens økonomiske situation, mens *lån for egen regning*, udlån, skal forstås bredt og omfatter enhver form for kreditgivning som eksempelvis kassekreditter, almindelige erhvervs- og forbrugslån, byggelån, prioritetslån, finansiel leasing og factoring. Det er ikke en betingelse for at opnå tilladelse som pengeinstitut, at der rent faktisk modtages tilbagebetalingspligtige indskud eller ydes lån. Der kan derfor ligeledes gives tilladelse til virksomheder, der alene udøver andre pengeinstitutaktiviteter.⁶

Herefter kan begrebet pengeinstitut siges at omfatte banker, sparekasser og andelskasser.⁷

⁶ Hørby Jensen m.fl. (2010), s. 54-55.

⁷ Hørby Jensen m.fl. (2010), s. 22.

Det fremgår af lovens § 7, stk. 1, at ”*pengeinstitutter må kun drive virksomhed som nævnt i bilag 1 samt virksomhed efter §§ 24-26*”. Det følger heraf, at pengeinstitutvirksomhed således defineres som de aktiviteter, der er opregnet i lovens bilag 1, hvorimod lovens §§ 24-26 omhandler anden tilladt virksomhed i form af accessorisk virksomhed til pengeinstitutvirksomhed, midlertidig nødlidende anden virksomhed samt anden finansiel og ikke-finansiel virksomhed.

Lov om finansiel virksomhed opererer dermed ikke med en egentlig beskrivende definition af pengeinstitutvirksomhedsbegrebet, men derimod kun med en eksemplifikation af de tilladte aktiviteter, der tilsammen udgør pengeinstitutvirksomhed.

2.2 Pengeinstitutvirksomhed – pengeinstitutters kerneområder

Pengeinstitutter har ifølge lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 1, 2. pkt. ret til at udøve virksomhed som nævnt i lovens bilag 1. Bilaget indeholder 14 punkter med aktiviteter, der opfattes som pengeinstitutvirksomhed. Omfanget af den virksomhed, en finansiel virksomhed kan udøve, når den har opnået tilladelse som pengeinstitut, er således bredere end den ind- og udlånsvirksomhed, der efter lovens § 7, stk. 1, 1. pkt. oprindeligt udløser kravet om pengeinstituttiladelse.

For at undgå tvivl om, hvorvidt denne eksemplifikation af pengeinstitutvirksomhed virker udtømmende og dermed virker hæmmende for en løbende tilpasning af virksomhedsområdet i takt med samfundsudviklingen, har lovgiver indsat en opsamlingsbestemmelse, der fremgår af bilagets nr. 13. Efter dette punkt er pengeinstitutvirksomhed også ”*øvrig virksomhed i forbindelse med omsætning af penge og kreditmidler*”, hvilket sikrer, at begrebet pengeinstitutvirksomhed fortsat udgør en retlig standard, der ikke er reduceret til blot at opregne specifikke aktiviteter. Ifølge bemærkningerne til loven er formålet samtidig at præcisere, at bestemmelsen i § 7, stk. 1 og den dertilhørende bilagsliste ikke har til hensigt at indskrænke området for pengeinstitutvirksomhed i forbindelse med overgangen fra bank- og sparekasseloven til lov om finansiel virksomhed. Dette medfører, at den omfattende tilsynspraksis fra tiden forud for overgangen fortsat har relevans ved vurderingen af, om en given aktivitet kan betragtes som udøvelse af pengeinstitutvirksomhed, selvom denne aktivitet ikke direkte fremgår eller kan udledes af lovens bilag 1.⁸

Rent lovteknisk kan det synes uheldigt, at den nuværende retlige standard for pengeinstitutvirksomhed fremgår af et bilag til loven i stedet for at være medtaget i loven som en udtrykkelig

⁸ Camphausen (2011), s. 529.

lovbestemmelse. Michael Camphausen anfører, at dette hverken bør føre til en antagelse om, at den retlige standard ikke længere skal tillægges samme retlige relevans, eller at nye aktiviteter i højere grad skal anses som værende accessorisk virksomhed i henhold til bestemmelsen i lovens § 24 i stedet for egentlig ny pengeinstitutvirksomhed i henhold til opsamlingsbestemmelsen i lovens bilag 1, nr. 13.⁹

Det kan overvejes, om begrebet pengeinstitutvirksomhed og den retlige standard herom må underlægges en snæver anvendelse og herefter fortolkes restriktivt, da begrebet kan omfatte en række konkrete aktiviteter, der ligeledes udøves af andre finansielle virksomheder. Dette kan dog ikke antages uden videre blot med den begrundelse, at der er tale om en vid retlig standard. Lovens brug af en retlig standard ved reguleringen af hvilke aktiviteter, der kan karakteriseres som pengeinstitutvirksomhed, gør fortolkningen og udfyldningen mere fleksibel og dynamisk, da den er et udtryk for, at virksomhedsområdet er undergivet en løbende og dynamisk tilpasning i takt med samfundsudviklingen. Derfor kan der i lige så høj grad være tale om en udvidende som en indskrænkende fortolkning, hvilket understøttes af udviklingen i Finanstilsynets praksis.¹⁰

Ved vurderingen af om en aktivitet kan anses som pengeinstitutvirksomhed, er der en række relevante elementer, der bør inddrages. Først og fremmest bør den risiko, der er forbundet med aktiviteten, og denne risikos art og omfang overvejes med henblik på at vurdere, om der er tale om en risiko, som et pengeinstitut er egnet til at påtage sig, og som lov om finansiell virksomhed er egnet til at håndtere og beskytte. Derudover bør det overvejes, om den pågældende aktivitet kan begrundes i behovet for lige konkurrencevilkår nationalt og internationalt i relation til konkurrerende virksomheder. Det kan efter omstændighederne indgå i vurderingen, om aktiviteten omfattes af anden lovregulering eller det typiske kerneområde for andre virksomheder, hvorimod egentlige næringsretlige betragtninger ikke længere spiller den samme betydningsfulde rolle hverken i reguleringen eller i tilsynspraksis.¹¹

Afslutningsvis bør det påpeges, at der er tale om et konkret skøn, som det enkelte pengeinstitut som udgangspunkt selv må udøve. Efter loven gælder der hverken et indberetningskrav eller en meddelelsespligt i forhold til Finanstilsynet, men i grænsetilfælde synes det at være oplagt at

⁹ Camphausen (2011), s. 530.

¹⁰ Camphausen (2011), s. 531.

¹¹ Camphausen (2011), s. 532.

indhente tilsynets overvejelser om og stillingtagen til den påtænkte aktivitet, da grundlaget for pengeinstitutternes virksomhedsudøvelse er baseret på et tilladelsessystem.¹²

2.3 Accessorisk virksomhed – pengeinstitutters grænseområder

Efter lov om finansiel virksomhed § 24, stk. 1 omfatter pengeinstitutternes virksomhedsområde udover pengeinstitutvirksomhed også anden tilladt virksomhed i form af accessorisk virksomhed, når den pågældende finansielle virksomhed har fået tilladelse til at drive pengeinstitutvirksomhed efter lovens § 7, stk. 1. Disse accessoriske aktiviteter udvider således virksomhedsområdet i forhold til pengeinstitutternes kernevirksomhed og de pengeinstitutaktiviteter, der fremgår af lovens bilag 1. Som det fremgår af bemærkningerne til loven, kan pengeinstitutterne herved stille deres ekspertise på tilgrænsende områder, der er erhvervet gennem udøvelsen af den egentlige pengeinstitutvirksomhed, til rådighed for kunderne. Dermed har pengeinstitutterne mulighed for at udøve aktiviteter og udbyde produkter med tilknytning til de egentlige pengeinstitutaktiviteter og produkter, hvilket giver pengeinstitutterne mulighed for at præstere deciderede totalydelser.¹³

Lovbestemmelsen om pengeinstitutters mulighed for at udøve virksomhed, der er accessorisk til pengeinstitutvirksomhed, blev indføjet i den tidligere bank- og sparekasselov efter overvejelser fra udvalget bag den lovforberedende betænkning. Med afsæt i betænkning nr. 1108 om brancheglidning i den finansielle sektor anfører Camphausen, at adgangen til at udøve accessorisk virksomhed giver pengeinstitutterne mulighed for i højere grad at udnytte deres oparbejdede ekspertise og knowhow på tilgrænsende områder, effektivt at udnytte pengeinstitutternes filialnet og de foretagne investeringer i it-udstyr og lignende anlæg samt i øvrigt udnytte moderne informationsteknologi i forbindelse med udviklingen af nye produkter, serviceydelser, leveringsmetoder, kommunikationsformer etc.¹⁴

Bestemmelsen i § 24, stk. 1 indeholder ikke en egentlig begrebsmæssig definition af, hvad der skal forstås ved accessorisk virksomhed, og den er modsat lovens § 7, stk. 1 ikke ledsaget af en eksemplificeret bilagsliste med tilladte aktiviteter. Begrebet accessorisk virksomhed er derimod behandlet yderligere i bemærkningerne til loven, hvorefter accessorisk virksomhed skal forstås som virksomhed, der er *forbundet med eller ligger i naturlig forlængelse af* pengeinstitutvirksomhed. Dette skal dog ikke forstås som et krav om, at den accessoriske virksomhed skal være forbundet

¹² Camphausen (2011), s. 532-533.

¹³ Camphausen (2011), s. 584.

¹⁴ Camphausen (2011), s. 584-585.

med varetagelsen af funktioner i forbindelse med omsætning af penge eller kreditmidler. Det er primært i denne henseende, den accessoriske virksomhed adskiller sig fra den egentlige pengeinstitutvirksomhed. Det følger videre af bemærkningerne til loven, at en aktivitet ikke kan anses som accessorisk virksomhed, såfremt tilknytningen til egentlig pengeinstitutvirksomhed er ringe, og tilsvarende kan en aktivitet ikke karakteriseres som accessorisk virksomhed, såfremt aktiviteten antager et dominerende omfang.¹⁵

I sidste ende er der tale om et konkret skøn, hvor de samme elementer, som er anført i det foregående afsnit vedrørende pengeinstitutvirksomhed, kan fungere som pejlemærker for skønnets resultat. Den nærmere afgrænsning af begrebet accessorisk virksomhed skal ifølge bemærkningerne til loven fastlægges af Finanstilsynet under hensyntagen til den samfundsmæssige udvikling, hvorfor Finanstilsynets afgørelser har stor betydning ved fortolkningen af, om en given aktivitet kan anses som egentlig pengeinstitutvirksomhed, accessorisk virksomhed eller falder helt uden for pengeinstituttets tilladte virksomhed.

2.4 Kurssikring og forsikring – pengeinstitutvirksomhed eller accessorisk virksomhed?

Som anført i de ovenstående afsnit har Finanstilsynet en afgørende rolle i fastlæggelsen af, om en given aktivitet kan henføres som pengeinstitutvirksomhed, accessorisk virksomhed eller slet ikke er omfattet af pengeinstitutternes tilladte virksomhed. Det er derfor oplagt at kigge nærmere på tilsynets praksis, når det skal fastlægges, hvorvidt pengeinstitutternes rådgivning om kurssikring og forsikringsprodukter kan defineres som pengeinstitutvirksomhed eller accessorisk virksomhed.

I takt med samfundsudviklingen er Finanstilsynets praksis i de senere år blevet forholdsvis lempelig og imødekommende i modsætning til den tidligere restriktive tilsynspraksis på området. Dette har medført, at pengeinstitutterne har fået mulighed for at opnå tilladelse til at udøve en lang række nye aktiviteter.

Der foreligger en række tilsynsavgørelser, hvor tilsynet konkret har skullet tage stilling til, hvorvidt den i afgørelsen omhandlede aktivitet kunne anses for omfattet af begrebet accessorisk virksomhed og dermed udgjorde en tilladt aktivitet inden for pengeinstitutternes virksomhedsområde. På baggrund af de momenter, der fremgår i afsnittene ovenfor, har Finanstilsynet blandt andet vurderet, hvorvidt rådgivning om kurssikring og formidling af forsikringsprodukter skal opfattes som egentlig pengeinstitutvirksomhed eller accessorisk virksomhed.

¹⁵ Camphausen (2011), s. 588.

I Finanstilsynets skrivelse af 14. juli 1997 udtalte tilsynet, at de på baggrund af et indlæg i forbindelse med en erhvervsankenævns sag tillod, at pengeinstitutter og realkreditinstitutter under visse betingelser i eget regi kunne udfærdige skøde ved overdragelse af fast ejendom. Det anføres videre, at pengeinstitutters ejendomsformidling samt rådgivning og bistand i forbindelse med omsætning af fast ejendom generelt kunne anses som accessorisk virksomhed i medfør af bank- og sparekasselovens § 1 a, stk. 2.

Da kurssikringsspørgsmålet kan have stor økonomisk betydning i forbindelse med omsætning af fast ejendom, må rådgivning om kurssikring anses for at kunne rummes inden for Finanstilsynets skrivelse.

I Finanstilsynets skrivelse af 6. august 1997 blev tilsynet anmodet om at vurdere lovligheden af et samarbejde mellem et pengeinstitut og et forsikrings selskab om tegning af en tilbagebetalingsforsikring og videreformidling heraf til instituttets kunder enten ved direkte salg eller via et telemarketingbureau. Af anmodningen fremgik to spørgsmål, hvor det første vedrørte, om pengeinstituttet og telemarketingsbureauet på pengeinstituttets vegne måtte formidle det nævnte forsikringsprodukt. Tilsynet meddelte som svar på det anførte spørgsmål, at der ikke var bestemmelser i den dagældende bank- og sparekasselov, der var til hinder for, at et pengeinstitut formidler forsikringsprodukter. Tilsynet anså herefter formidling af forsikringsprodukter for at være accessorisk virksomhed, jf. bank- og sparekasselovens § 1 a, stk. 2.

Finanstilsynet fulgte dermed op på Industriministeriets meddelelse fra september 1984 og tilsynets egen tidligere praksis. I Industriministeriets meddelelse fremgik det, at det var foreneligt med pengeinstitutvirksomhed, at pengeinstitutter som led i deres almindelige udbygning af servicevirksomheden kunne formidle både tegning af individuelle forsikringer i tilknytning til visse former for indlånskonti samt deltagelse i gruppelevs forsikringsordninger. Med baggrund i denne meddelelse lempede Finanstilsynet, dengang kaldet Tilsynet med Banker og Sparekasser, deres praksis, hvorefter tilsynet fandt det foreneligt med pengeinstitutvirksomhed, at pengeinstitutter formidler tegning af forsikringer, når forsikringen har en *rimelig* sammenhæng med pengeinstitutvirksomhed. Som eksempel herpå kan nævnes formidling af en rejseforsikring i forbindelse med køb af rejsevaluta og bilforsikring i forbindelse med finansiering af bilkøb.¹⁶

Finanstilsynets skrivelser hidrører begge fra tiden efter indførelsen af den udtrykkelige adgang til at udøve accessorisk virksomhed til pengeinstitutvirksomhed i den finansielle lovgivning. I disse

¹⁶ Betænkning nr. 1108 af juni 1987 om brancheglidning i den finansielle sektor, Industriministeriet, s. 99-100.

afgørelser har adgangen til at udøve accessorisk virksomhed haft hjemmel i bank- og sparekasselovens § 1 a, stk. 2, mens denne hjemmel er videreført i lov om finansiel virksomhed § 24. Denne ændring har ikke nogen materiel betydning, hvorfor tilsynets afgørelser fortsat er gældende.

På baggrund af disse afgørelser kan det dermed fastslås, at rådgivning i relation til såvel kurssikring som formidling af forsikringsprodukter er accessorisk virksomhed til pengeinstitutvirksomhed, og dermed befinder sig i grænseområdet.

3. Erstatningsret

Erstatningsretten er en samlebetegnelse for de retsregler, der fastlægger betingelserne for, at nogen kan drages til ansvar for en indtrådt skade på en sådan måde, at vedkommende bliver forpligtet til at betale erstatning til den, som skaden har ramt, samt hvordan erstatningen for den pågældende skade i så fald skal udmåles.¹⁷ Dansk rets regler om erstatning uden for kontrakt hviler på et ulovbestemt grundlag, da reglerne ikke er generelt fastsat ved lov, men hovedsageligt udviklet gennem retspraksis. Området er til dels søgt reguleret i erstatningsansvarsloven, men denne titel er af misvisende karakter, fordi loven ikke omhandler reglerne om ansvarsgrundlaget, men derimod regler om udmåling og erstatning ved personskade, regler om forsikringsdæknings betydning for erstatningsansvaret samt en række lempelsesregler.¹⁸

3.1 Erstatningsrettens formål og funktion

Udgangspunktet i erstatningsretten er, at et tab som følge af en skade forbliver på den, der rammes af skaden. Erstatningsreglerne angiver de betingelser, der skal være opfyldt, for at dette udgangspunkt brydes, hvorefter det tab, som skaden medførte, flyttes fra den skadelidte til den, der gøres ansvarlig. Herefter skal den ansvarlige skadevolder principielt stille skadelidte på samme måde økonomisk, som før skadens indtræden, hvorved skadelidte får økonomisk genopretning. Erstatningsreglerne kan derfor siges at have en tryghedsskabende funktion. Samtidig har reglerne også et præventivt aspekt, hvorefter udsigten til at skulle betale erstatning for skader forvoldt ved en uagtsom handling eller undladelse burde motivere borgerne til at handle med den fornødne agtpågivenhed.¹⁹

3.2 Erstatningsrettens grundlæggende betingelser

De tre almindelige betingelser for at ifalde erstatningsansvar er, at der skal foreligge et ansvarsgrundlag på skadevoldersiden, der skal være indtrådt en skade og heraf lidt et økonomisk tab og endelig skal der være forbindelse mellem disse to forhold. Disse betingelser vil blive gennemgået i de følgende afsnit.

¹⁷ von Eyben & Isager (2011), s. 21.

¹⁸ von Eyben & Isager (2011), s. 41.

¹⁹ von Eyben & Isager (2011), s. 46-47.

3.2.1 Ansvarsgrundlag

For at kunne pålægge et erstatningsansvar kræves det først og fremmest, at der foreligger et ansvarsgrundlag. Der gælder ingen særlige regler om pengeinstitutters erstatningsansvar, hvorfor pengeinstituttets rådgivere ifalder erstatningsansvar efter dansk rets almindelige erstatningsregler.

Culpa er den latinske betegnelse for skyld, hvorefter en person kun ifalder erstatningsansvar for sin skadegørende handling, såfremt der er tale om en handling, der kan bebrejdes denne. En handling er culpøs, hvis den kan tilregnes skadevolderen som forsætlig eller uagtsom, hvilket vil sige, at skadelidte selv bærer risikoen for hændelige skader. Da man ifalder erstatningsansvar for såvel forsætlige som uagtsomme handlinger, er det ikke juridisk relevant at sondre mellem disse begreber. Da uagtsomhed danner den nedre grænse for tilregnelsen, er erstatningsrettens hovedproblem at fastlægge grænsen mellem den uagtsomme og den ikke-uagtsomme adfærd.²⁰

Den klassiske culpabedømmelse er baseret på, hvorvidt skadevolder har udvist den samme grad af agtpågivenhed og omhu, som en god familiefar, den såkaldte *bonus pater familias*, ville have udvist i en tilsvarende situation. Efter denne opfattelse skal uagtsomhedsbedømmelsen baseres på hvilke overvejelser, den gode familiefar ville have gjort sig, såfremt han havde befundet sig i skadevolderens sted i handlingsøjeblikket, og hvilket adfærdsmønster disse overvejelser ville resultere i.

Den klassiske uagtsomhedsdefinition har i den juridiske litteratur været udsat for stor kritik. Således fremhæves det som en grundlæggende svaghed, at bonus pater-figuren pr. definition ikke kan begå fejl, hvilket ikke stemmer overens med den typiske, gode familiefar. Ved denne uagtsomhedsbedømmelse fæstner man sig desuden stærkt ved, hvad der var eller burde være den handlende bevidst i handlingsøjeblikket. I den moderne tilværelse, hvor man accepterer risici og farer i langt større grad end tidligere, vil det i mange tilfælde være meningsløst at opstille betingelser for, hvad der ville være kendeligt og påregneligt for en bonus pater familias i handlingsøjeblikket. Hertil skal det lægges, at grundet den fremskredne specialisering og nutidens høje krav til viden, uddannelse og færdigheder, vil det ofte være meningsløst at foretage en sammenligning mellem den konkrete handlende person og bonus pater familias.²¹

Dette har resulteret i, at domstolene i deres praksis ikke vurderer spørgsmålet om uagtsomhed gennem en sammenligning af skadevolderens adfærd i handlingsøjeblikket og bonus pater-figures

²⁰ von Eyben & Isager (2011), s. 86.

²¹ von Eyben & Isager (2011), s. 87.

gennemsnitsadfærd. Culpabedømmelsen har i takt med samfundsudviklingen udviklet sig til at blive mere objektiviseret, hvor domstolene i stedet vurderer, om den handling eller undladelse, der er årsag til den indtrufne skade, afviger fra et på *handlingens/undladelsens tidspunkt anerkendt adfærdsmønster*. Denne ændring af uagtsomhedsbedømmelsen har resulteret i, at sædvane og forholdets natur ikke længere har den samme dominerende betydning for fastlæggelsen af adfærdsmønstrene. I stedet fastlægges disse adfærdsmønstre i lov, med hjemmel i lov eller kommer til udtryk i retspraksis, kutymer eller gennem sædvane, hvor de fremstår som udslag for en for visse personer gældende handlepligt.²²

Normer og mønstre for korrekt adfærd inden for en lang række af brancher og områder kommer ofte til udtryk i forskrifter. Derfor kan en overtrædelse af en forskrift have umiddelbar betydning for bedømmelsen af, om den pågældende skadevolder har handlet uagtsomt. For at en overtrædelse af en forskrift kan få betydning for ansvarsbedømmelsen, kræves det, at den har erstatningsretlig relevans. Herefter må det som minimum være det delvise formål med forskriften at regulere, hvad der er forsvarlig optræden i den indtrådte skadesituation. Dette betegnes som reglens *Schutzzweck*. Overtrædelse af en forskrift med erstatningsretlig relevans vil derefter i de fleste tilfælde medføre, at der statueres culpøs adfærd. Viser det sig i stedet, at forskriften primært varetager andre interesser end at hindre erstatningsretlige skadevirkninger, vil skadevolders overtrædelse af forskriften med skade til følge ikke automatisk medføre, at dennes adfærd anses for culpøs. Endvidere må det huskes, at en overtrædelse af en erstatningsretlig relevant forskrift ikke i sig selv kan medføre, at skadevolderen ifalder erstatningsansvar, da dette ansvar betinges af, at erstatningsrettens almindelige betingelser er opfyldt.²³

I professionelle forhold kommer culpareglens relativitet til udtryk ved en skærpet ansvarsbedømmelse, hvor de forskrifter og sædvaner, der danner grundlag for bedømmelsen, er skabt med henblik på fagets standard. Inden for mange professionsområder gælder et princip om, at udøverne af den pågældende virksomhed skal iagttage *god skik*. Et sådan princip gælder også for pengeinstitutter, hvilket uddybes i bekendtgørelse nr. 1406 af 20. december 2012 om god skik for finansielle virksomheder, investeringsforeninger mv. Sådanne regler er udtryk for en sædvane-mæssig fastlæggelse af kravene til forsvarlig professionsudøvelse, hvilket i mange tilfælde vil resultere i, at en overtrædelse af en norm for *god skik* vil være en culpøs handling.²⁴

²² von Eyben & Isager (2011), s. 88-89.

²³ von Eyben & Isager (2011), s. 92-93.

²⁴ von Eyben & Isager (2011), s. 112.

Opsummerende kan culpareglen herefter siges at være relativ, da den flytter sig i takt med samfundsudviklingen. Dette medfører, at der ikke gælder én generel, retlig standard ved bedømmelsen af, om skadevolderen har handlet culpøst. Ansvarsbedømmelsen må i stedet fastlægges ud fra det livs- eller brancheområde, der foreligger til bedømmelse.

3.2.2 Tab

Udover at der skal være et ansvarsgrundlag på skadevoldersiden, kræves det ligeledes, at skadelidte kan dokumentere at have lidt et reelt, økonomisk tab. Hvis betingelserne for at ifalde erstatningsansvar er opfyldt, skal skadevolderen herefter stille skadelidte på samme måde økonomisk, som hvis skaden ikke var sket. Det tab, som skadelidte har måttet lide i forbindelse med skadens indtræden, overflyttes således til skadevolderen, hvorefter denne skal give den skadelidte økonomisk genopretning. Det følger desuden af de erstatningsretlige grundprincipper, at skadelidte ikke kan blive beriget som følge af skaden, og samtidig har skadelidte en pligt til at forsøge at mindske sit tab i det omfang, det er muligt.

3.2.3 Kausalitet og adækvans

Den sidste betingelse, der skal være opfyldt, før en skadevolder kan pålægges erstatningsansvar, er, at der skal forelægge juridisk årsagsforbindelse. Denne betingelse er toledet, da der stilles krav om både kausalitet og adækvans. Det følger heraf, at skaden og det medfølgende lidte tab skal være indtrådt som følge af det ansvarsbegrundende forhold, og desuden skal det vurderes, om dette tab ligger inden for rammerne af det, der kan anses for omfattet af erstatningspligten.

Kausalitetsbegrebet dækker over, at skadevolders ansvarsbegrundende forhold skal være den direkte årsag til skadens indtræden og det medfølgende tab. Da begrebet ikke har ladet sig definere i lovgivningen, er det op til domstolene at vurdere, hvornår denne betingelse er opfyldt i den pågældende sag. Spørgsmålet om kausalitet vil ofte fremstå som et bevisproblem, og da det følger af retsplejelovens § 344, at der er fri bevisbedømmelse, er det herefter de juridiske dommere, der fastlægger, hvilke krav der skal stilles til bevisets styrke og hvem, der skal løfte bevisbyrden. Udgangspunktet er, at bevisbyrden påhviler den skadelidte, hvorfor skadelidte ikke kan få medhold i sit erstatningskrav, hvis han ikke kan tilvejebringe beviser, der kan overbevise dommeren om, at

skadevolderens handling er den direkte årsag til den indtrufne skade. Spørgsmålet afgøres efter en konkret vurdering, hvor alle nødvendige omstændigheder indgår.²⁵

Adækvansspørgsmålet bliver relevant, når det er konstateret, at en person har handlet culpøst, og det er konstateret, at der er den nødvendige årsagssammenhæng mellem skadevolders handling og den indtrådte skade. Von Eyben og Isager anfører, at der foreligger adækvans, hvis skadevolderens handling har medført en ikke ubetydelig forøgelse af faren for den indtrådte skade. Denne negativt formulerede grænse for udtrækningen af erstatningsansvaret medfører således, at erstatningsansvar ikke statueres i tilfælde, hvor følgerne fremstår som atypiske og tilfældige i forhold til den risiko, der fulgte med den ansvarspådragende handling. Denne objektiviserede formulering er dog ikke eneafgørende ved bedømmelsen af, om kravet om adækvans er opfyldt. Derfor kan det ikke siges, at skadevolder altid ifalder ansvar for følgen af sin uagtsomme handling, når risikoen for den pågældende skade blev forøget ved handlingen. Præcis som ved spørgsmålet om kausalitet er det op til domstolene at vurdere sagens faktiske omstændigheder med henblik på at fastslå, om der er den fornødne sammenhæng og forudsigelighed mellem skadevolderens uagtsomme handling og den opståede skade.

3.3 Lempelse og bortfald

Såfremt de almindelige erstatningsretlige betingelser er opfyldt, vil der blive statueret erstatningsansvar. Dette ansvar kan dog i visse tilfælde bortfalde eller lempes, hvis én af de *objektive ansvarsfrihedsgrunde* forekommer, eller der forelægger *egen skyld* fra skadelidtes side.

Der siges at foreligge en formodning for egen skyld hos skadelidte, såfremt skadelidte ved at udsætte sig selv for risikoen for at lide skade udsætter andre for risikoen for at volde skade og derved pådrage sig erstatningsansvar. Sagt på en anden måde kan der konstateres egen skyld i de tilfælde, hvor skadelidtes culpøse adfærd i et vist omfang udligner skadevolders ansvarspådragende handling eller undladelse.²⁶

Den vigtigste faktor at tage i betragtning, når det skal afgøres, om skadelidtes ret til erstatning skal begrænses, er størrelsen af skadelidtes udviste skyld. Denne vurdering af egen skyld minder meget om culpabedømmelsen, men den adskiller sig alligevel derved, at vurderingen af skadevolders culpa er *absolut*, da dennes handling ikke sammenlignes med en faktisk handlendes adfærd, men derimod med en hypotetisk målestok. Culpabedømmelsen ved egen skyld er derimod *relativ* i den forstand,

²⁵ von Eyben & Isager (2011), s. 289.

²⁶ von Eyben & Isager (2011), s. 412.

at man ved denne bedømmelse ikke foretager en isoleret vurdering af skadelidtes adfærd, men derimod sammenholder den med skadevolderens udviste uagtsomhed. Det skal dog bemærkes, at vurderingen af skadelidtes egen skyld skal baseres på andre kriterier i de situationer, hvor den skadevoldende part er underlagt et strengere ansvar end culpa.²⁷

I denne fremstilling er de relevante objektive ansvarsfrihedsgrunde primært *accept af risiko* og *samtykke*. Disse objektive ansvarsfrihedsgrunde kommer på tale, hvor skadelidte udtrykkeligt har givet samtykke til indtrædelsen af en bestemt skade, hvor der foreligger udtrykkeligt samtykke til risiko for skade fra skadelidte, hvor skadelidte gennem sin adfærd implicerer et samtykke, eller hvor skadelidte dog indså eller burde have indset risikoen for at lide skade i den pågældende situation. Det kan være meget vanskeligt at afgrænse de netop anførte situationer fra reglerne om skadelidtes egen skyld. Derfor vil det for så vidt angår accept af risiko-tilfældene i mange situationer være mere hensigtsmæssigt at anskue problemstillingen ud fra betragtningerne om egen skyld, da erstatningsansvaret bortfalder ved tilstedeværelsen af en objektiv ansvarsfrihedsgrund, mens man ved bedømmelsen af egen skyld kan fordele tabet mellem skadelidte og skadevolderen.²⁸

²⁷ von Eyben & Isager (2011), s. 412-413.

²⁸ von Eyben & Isager (2011), s. 427-428.

4. Den professionelles ansvar

4.1 Professionsansvaret

Professionsansvaret indebærer, at den, der søger bistand fra en professionel, har krav på en særlig sagkyndig rådgivning og en særlig fagligt kvalificeret arbejdspræstation. Professionsansvaret betegnes ofte som et strengt eller skærpet culpaansvar i den erstatningsretlige teori. Det forhold, at culpabedømmelsen baseres på en adfærdsstandard, der kan kræves og forventes af en professionel udøver, og ikke den, som kunne kræves af en person uden samme faglige forudsætninger, er dog ifølge von Eyben og Isager ikke udtryk for nogen særlig strenghed eller skærpelse af culpanormen, men derimod et udslag af dennes relativitet. Det vil sige, at kravene til den professionelles forsvarlige adfærd fastlægges ud fra forholdene på det brancheområde, hvor den skadevoldende adfærd er udvist.²⁹ Som ansvarsgrundlag adskiller professionsansvaret sig dog fra det traditionelle culpaansvar derved, at individuelle undskyldningsgrunde ikke kan påvirke ansvarsbedømmelsen og dermed være diskulperende.³⁰

Begrebet professionsansvar anvendes på flere forskellige måder. Sommetider bruges det snævert som en betegnelse for det ansvar, som udøverne af de klassiske, liberale erhverv er underlagt. Her tænkes især på aktører som advokater og revisorer. Særkendet for disse aktører er primært, at den virksomhed, de udfører, som oftest består i at levere tjenesteydelser af intellektuel karakter i form af rådgivning, hvor en mangelfuld udførelse af opgaven medfører et almindeligt formuetab for kunden. I andre sammenhænge anvendes begrebet professionsansvar også i bredere forstand, hvor udøverne af andre liberale erhverv som eksempelvis læger, tandlæger og ingeniører omfattes. Deres indsats enten består i eller danner grundlaget for præstation af ydelser af mere ”håndværksmæssig” karakter, hvorfor en mangelfuld præstation ofte vil føre til integritetskrænkelser.³¹

Fælles for de ovennævnte aktører er, at de hver især sidder inde med en særlig viden i kraft af deres teoretiske uddannelse inden for et bestemt fag. Denne viden danner grundlag for rådgivning og eventuel efterfølgende udførelse af bestemte arbejdspræstationer, men også andre aktører end udøvere af liberale erhverv er i besiddelse af en særlig viden, der danner grundlag for deres respektive virkeområder.

I overensstemmelse med dette anlægger Stig Jørgensen en bredere definition af begrebet ud fra følgende elementer:

²⁹ von Eyben & Isager (2011), s. 112-113.

³⁰ Werlauff (2010), s. 545.

³¹ Ulfbeck (2010), s. 23.

*"1) en særlig sagkyndig rådgivnings og/eller arbejdspræstation, 2) en særlig "faglig etos", som går ud over den almindelige moral, 3) medlemskab af en kollektiv organisation, der regulerer tilgangen og fastsætter de "fagetiske normer", og 4) en særlig social status, der kan henføres til en særlig lovgivning eller anden offentlig autorisation eller medlemskab af en anden socialt anerkendt faglig forening."*³²

Ved at definere professionsansvaret ud fra disse kriterier omfattes en større gruppe af erhverv i kredsen af professionsudøvere, hvorfor spørgsmålet om, hvordan begrebet nærmere bør afgrænses, afhænger af, i hvilken sammenhæng definitionen skal benyttes. I erstatningsretlig henseende er det vigtigt at bemærke, at professionsansvaret er karakteriseret ved, at der ved ansvarsvurderingen gælder en særlig professionsmålestok. Herefter kan man derfor hensigtsmæssigt tale om professionsansvar i de tilfælde, hvor der har dannet sig særlige normer for, hvordan en given ydelse skal præsteres. Ulfbeck anfører, at professionsansvaret bør betragtes som et væsentligt bredere begreb i dag som følge af de generelle specialiserings- og professionaliseringstendenser i samfundet, og begrebet bør i erstatningsretlig sammenhæng derfor i stigende grad anses som det *"almindelige erstatningsansvar"*.³³

4.1.1 Kontrakt- eller deliktansvar

I den erstatningsretlige teori antages professionsansvaret normalt at være et culpaansvar, men ikke altid præciseres det, hvorvidt der henvises til ansvaret i eller uden for kontraktforhold. I de fleste fremstillinger behandles professionsansvaret under deliktansvar, men nogle forfattere udtrykker tvivl om, hvordan ansvaret kategoriseres bedst. Endelig synes andre at hælde til den opfattelse, at professionsansvaret på visse områder er undergivet reglerne om erstatning i kontrakt, mens det på andre områder er undergivet reglerne om erstatning uden for kontrakt. Uenigheden i den juridiske litteratur om, hvordan ansvaret skal karakteriseres, skyldes primært det forhold, at der i mange tilfælde vil være et kontraktforhold mellem parterne, men dette er ikke altid afgørende for ansvarsgrundlaget.³⁴

Spørgsmålet om, hvorvidt professionsansvaret er et ansvar i eller uden for kontrakt, har betydning i en række forskellige relationer. Såfremt kontraktreglerne anvendes, er det de i kontrakten fastlagte krav til den aftalte ydelse, der bliver afgørende for kravene til den professionelle udøver, mens en anvendelse af deliktreglerne medfører, at kravene til udøvelsen vurderes efter aftaleafhængige, udefra givne standarder såsom forskrifter og sædvaner. Derudover har det også bevismæssig

³² Jørgensen (2001), s. 3-4.

³³ Ulfbeck (2010), s. 24.

³⁴ Ulfbeck (2010), s. 27.

betydning i den henseende, at der efter kontraktregelsættet gælder omvendt bevisbyrde, mens der efter deliktansvaret er ligefrem bevisbyrde.

Hvorvidt professionsansvaret er et kontrakt- eller deliktansvar, kan ikke besvares generelt. Det kan ikke udelukkes, at ansvaret i visse henseender bedst kan betegnes som det ene, mens det i andre henseender bedst kan betragtes som det andet. Det kan heller ikke udelukkes, at svaret er forskelligt alt efter hvilket professionsområde, der er tale om.

Endelig bør det bemærkes, at det ikke altid er nødvendigt at klassificere ansvaret, da det samme resultat kan nås, uanset om man benytter det ene eller det andet regelsæt.³⁵

4.1.2 Resultat- eller indsatsforpligtelse

Når den professionelle har påtaget sig at levere en ydelse, opstår spørgsmålet om, hvorvidt den professionelles forpligtelse er en indsatsforpligtelse eller en resultatforpligtelse. I nogle tilfælde vil den professionelle påtage sig at præstere et bestemt resultat som eksempelvis opførelse af et hus eller udfærdigelse af et testamente, mens forpligtelsen i andre tilfælde udelukkende består i at præstere en bestemt indsats som eksempelvis rådgivning eller at føre en retssag.

Da den enkelte opgave oftest vil have elementer af både resultatforpligtelser og indsatsforpligtelser, vil det som regel ikke være muligt at karakterisere den professionelles forpligtelse som enten en resultatforpligtelse eller en indsatsforpligtelse. Det er dog væsentligt at gøre sig klart, hvilken form for forpligtelse, der er tale om, når det skal vurderes, om den korrekte ydelse er leveret, men sondringen gør ikke op med spørgsmålet om ansvarsgrundlaget i relation til erstatning. Efter en vurdering af, hvorvidt det aftalte resultat eller den aftalte indsats er leveret, må der derefter tages stilling til, om det fornødne ansvarsgrundlag foreligger.³⁶

4.2 Rådgiveransvaret som professionsansvar

I nyere tid er professionsansvaret blevet identificeret med et *rådgiveransvar*. Dette skyldes primært, at et stadig stigende antal domme vedrører rådgivning i videste forstand, da det ikke længere kun er de traditionelle aktører, såsom advokater og revisorer, der påtager sig en rådgivende funktion. Som følge af brancheglidningen er konkurrencen blevet skærpet mellem forskellige brancher, og man har kunnet se rådgivningsfunktionen blive markedsført i markant stigende omfang.

³⁵ Ulfbeck (2010), s. 28.

³⁶ Ulfbeck (2010), s. 29.

Udviklingen har medført, at institutioner såsom pengeinstitutter, fagforeninger m.fl. markedsfører sig i større eller mindre omfang med tilbud om rådgivning som et accessorium til de tjenesteydelser, der primært udbydes. Hvor de traditionelle aktører udbyder en uvildig rådgivning, der ikke sker som led i afsætning af andre produkter, forholder det sig anderledes med de ovenfor nævnte institutioner. Den rådgivning, der ydes af disse, relaterer sig som oftest til de produkter, som den pågældende ønsker at sælge.³⁷ For pengeinstitutternes vedkommende har dette resulteret i, at disse markedsfører sig som eksempelvis boligrådgivere, forsikringsrådgivere, pensionsrådgivere og investeringsrådgivere.

Grundet pengeinstitutternes egeninteresse i at formidle rådgivning som led i afsætningen af deres produkter, er det herefter nærliggende at undersøge, hvad der ligger i begrebet rådgivning. I det følgende søges det afdækket, hvad begrebet rådgivning traditionelt dækker over, samt hvilke krav der fra lovgivers side stilles til den rådgivning, som pengeinstitutterne skal levere. Der tages udgangspunkt i den betydning henholdsvis Lars Bo Langsted samt Lyng Andersen og Juul tillægger det juridiske rådgivningsbegreb.

4.3 Rådgiverbegrebet

Det ligger ikke entydigt fast, hvornår pengeinstitutter startede med at yde økonomisk rådgivning. Henrik Juul anfører, at det i hvert fald kan spores tilbage til 1969, hvor nordjyske sparekasser begyndte at yde økonomirådgivning.³⁸ Herefter er rådgivning blevet en mere og mere integreret del af det samlede produktsortiment. Betegnelser som boligrådgiver, investeringsrådgiver og pensionsrådgiver er alle eksempler på det indtog, som de finansielle virksomheder har haft på rådgivningsområdet. Dertil hører, at *bankrådgiveren* er indarbejdet i det danske sprog på linje med eksempelvis advokaten, lægen og revisoren, der normalt er kendetegnet ved at yde uafhængig rådgivning.

4.3.1 Det juridiske rådgivningsbegreb

Rådgiveransvar er et relativt nyt begreb i den juridiske litteratur og praksis. I erstatningsretten anvendes begrebet professionsansvar som en fællesbetegnelse for det ansvar, som klassiske liberale rådgivere er underlagt. Bedømmelsen tager udgangspunkt i den profession, som den respektive person tilhører, jf. afsnit 4.1.

³⁷ Ulfbeck (2010), s. 24-25.

³⁸ Juul (2006), s. 213.

Professionsansvaret omfatter både ansvar for manglende og utilstrækkelig rådgivning samt andre mangler i udøvelsen af erhvervet. Rådgivningsansvaret kan således anses som en delmængde af professionsansvaret. Lisbeth Faurdal anfører, at den omfattende brancheglidning gør det vanskeligt at anvende professionsansvaret på traditionel vis.³⁹

Det er i den juridiske litteratur omdiskuteret, hvorledes begrebet rådgivning skal forstås. Traditionelt har rådgivning været kendetegnet ved elementer af saglighed, uafhængighed samt manglende egeninteresse. Disse karakteristika harmonerer med de traditionelle erhverv som advokater, revisorer og læger, men må siges at stå i kontrast til salg og afsætning af diverse produkter.⁴⁰ Som følge af den førnævnte brancheglidning og de finansielle virksomheders øgede inddragelse af rådgivning som led i produktafsalg, blandes begreberne imidlertid sammen – pengeinstitutterne er netop ikke karakteriseret ved manglende egeninteresse. De finansielle virksomheder betræder en dobbeltrolle, og det bør i relation til dette overvejes, om rådgiverne i pengeinstitutterne skal anses som egentlige rådgivere eller som sælgere, jf. nedenstående citat af Stig Jørgensen vedrørende pengeinstitutsektorens dobbeltrolle:

”Udviklingen på især kredit- og finansmarkederne med fusioner af bank-, realkredit-, ejendomsformidlings- og forsikringsvirksomheder har betydet, at rådgiverne især i banksektoren efterhånden har en række forskellige rådgivningsfunktioner, samtidig med at de pågældende som resultatlønnede funktionærer har en personlig interesse”⁴¹

Lars Bo Langsted definerer rådgivning som: *”Rådgivning, der er tilpasset, fagligt funderet informationsgivning med henblik på en klients beslutningstagning”*.⁴²

Det er således ifølge Langsted ikke al information, som gives til kunden, der kan betragtes som rådgivning. Rådgivningsbegrebet dækker kun over de informationer, der er tilpasset og fagligt funderet. Det er således kun de informationer, som kunden berettiget kan forvente, at rådgiveren har særlige forudsætninger for at vurdere rigtigheden og relevansen af, der kan betragtes som værende fagligt tilpassede.

I tråd med Langsteds definition af rådgivning giver Lyng Andersen og Juul i artiklen *Et mere loyalt og gennemsigtigt rådgivningsbegreb i den finansielle sektor?* et lignende, men mere detaljeret bud på rådgivningsbegrebet. I artiklen defineres rådgivning som:

”Individuel, faglig behandling og vurdering af data, der fremskaffes og foretages af en uafhængig, kvalificeret person, og som sker alene i den konkrete klients interesse med henblik på dennes beslutning. Rådgivning sker normalt på klientens anmodning og afsluttes med en anbefaling.”⁴³

³⁹ Faurdal (2005), s. 62.

⁴⁰ Hørby Jensen m.fl. (2005), s. 133.

⁴¹ Jørgensen (2001), s. 4.

⁴² Langsted (2004), s. 26.

4.3.2 Advokatens og forsikringsassurandørens rådgivning

I kapitel 5 og 6 undersøges pengeinstitutternes rådgivningsforpligtelse ved kurssikring og formidling af forsikringsprodukter. Denne sammenholdes med henholdsvis advokatstandens og forsikringsselskabernes forpligtelser. Det vil derfor være nærliggende at opridse de overordnede karakteristika for disse to brancher i dette kapitel.

Ifølge de advokatetiske regler skal en advokat alene og udelukkende handle i den enkelte klients interesse, og advokaten må aldrig i sin rådgivning lade sig påvirke af egne eller tredjemands interesser.⁴⁴ Advokaten må således anses som en uafhængig rådgiver.

Ligesom pengeinstitutterne fremtræder forsikringsselskaber, deres assurandører og andre ansatte som sælgere af forsikringsprodukter. Kunden kan dermed ikke med rette forvente, at det enkelte selskab i rådgivningshenseende optræder som uafhængig rådgiver, der udelukkende har til hensigt at fremme kundens interesse. Forsikringsselskaber har dog stadig forpligtelse til loyal og rigtig oplysning.⁴⁵

4.3.3 "Bankrådgiveren" – pengeinstituttets rådgiver

Bankrådgiveren er ansat af pengeinstituttet til at sælge pengeinstituttets produkter gennem en stillingsfuldmagt, og denne skal derfor følge pengeinstituttets anvisninger ved udførelsen af erhvervet. Pengeinstituttet bindes af de aftaler, som bankrådgiveren indgår grundet stillingsfuldmagten, og samtidig ifalder pengeinstituttet principalansvaret efter Danske Lov 3-19-2 ved bankrådgiverens culpøse handlinger inden for arbejdstiden. Bankrådgiverens manglende eller utilstrækkelige rådgivning kan således være ansvarspådragende for pengeinstituttet.⁴⁶

Lennart Lynge Andersen og Henrik Juul påpeger i artiklen *Et mere loyal og gennemsigtigt rådgivningsbegreb i den finansielle sektor?*, at den betjening af kunderne, som de finansielle virksomheder yder, er en form for maskeret rådgivning. Der argumenteres for, at mange af de situationer, som i god skik-bekendtgørelsen betegnes som rådgivning, falder uden for et almindeligt rådgivningsbegreb. Det anføres, at den information, som gives i en række tilfælde, snarere burde anses som et led i en salgsproces, og hvor kravet om information enten følger af lovgivning eller den ulovregulerede loyalitetspligt i købeforhold.

⁴³ Lynge Andersen (red.) (2005), s. 20.

⁴⁴ Juul (2006), s. 337.

⁴⁵ Samuelsson & Søggaard (1993), s.207.

⁴⁶ Samuelsson & Søggaard (1993), s. 209.

I afsnit 4.4 gennemgås de offentligretlige forskrifter, der knytter sig til finansielle virksomheders rådgivning, samt de krav, der kan udledes heraf. Endvidere vurderes de offentligretlige forskrifters betydning i relation til ansvarsbedømmelsen.

4.4 Offentligretlige forskrifter for finansielle virksomheder

Bekendtgørelse nr. 1406 af 20. december 2012 indeholder regler om god skik for finansielle virksomheder. Denne bekendtgørelse, der er udstedt af Erhvervs- og Vækstministeren, opstiller retningslinjer for, hvorledes finansielle virksomheder bør og skal optræde over for deres kunder. Bekendtgørelsens kapitel 2 indeholder generelle bestemmelser om god skik, og kapitel 3 indeholder nærmere bestemmelser om rådgivning. Der knytter sig til bekendtgørelsen vejledning nr. 9055 af 13. februar 2013 om god skik for finansielle virksomheder.

Efter bekendtgørelsens § 35 sanktioneres en overtrædelse ved, at Finanstilsynet kan påbyde virksomheden at berigtige de forhold, der strider imod bekendtgørelsens regler, mens der i § 36 er hjemmel til at straffe den, som ikke efterkommer et sådant påbud, med en bøde. Regelsættet er imidlertid tavst om den civilretlige erstatningsbeføjelse. Dette moment er dog behandlet i vejledningen, hvori der står anført:

”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 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.”⁴⁷

Ud fra en erstatningsretlig synsvinkel er der dog intet overraskende i, at offentligretlige forskrifter kan tillægges ansvarsretlig betydning, således at der er en stærk formodning for culpa, hvis en overtrædelse af en forskrift finder sted, jf. afsnit 3.2.1. Offentligretlige forskrifter er derfor ikke som udgangspunkt uanvendelige i erstatningsretligt øjemed.

4.4.1 God skik-bekendtgørelsens krav til de finansielle virksomheders rådgivning

En ikke uvæsentlig del af pengeinstitutternes opgaver udgøres af rådgivningsvirksomhed. I henhold til god skik-bekendtgørelsens § 7, stk. 1 skal rådgivning forstås som *”anbefalinger, vejledninger, herunder oplysninger om risici forbundet med en disposition, og oplysninger om umiddelbare konsekvenser af kundens valgmuligheder.”*

⁴⁷ Vejledning nr. 9055 af 13. februar 2013 om god skik for finansielle virksomheder, s. 1.

I vejledningen til bekendtgørelsen uddybes hvilke elementer, en rådgivning mellem en finansiel rådgiver og en kunde typisk skal indeholde:

- kundens behov afdækkes
- kunden får tilstrækkelig information om de for kunden relevante produkter og ydelser, der kan dække kundens behov, herunder om priser og øvrige vilkår
- kunden modtager rådgiverens vejledninger og eventuelle anbefalinger
- kunden træffer sin beslutning
- der indgås evt. aftale mellem kunden og den finansielle virksomhed
- der sørges for fornøden skriftlig dokumentation af aftalen og eventuelle væsentlige forudsætninger herfor.

I § 7, stk. 2 fastslås, at rådgivning som beskrevet i § 7, stk. 1 overvejende skal ske efter anmodning fra kunden. Det påhviler dog den finansielle virksomhed at yde uopfordret rådgivning i det omfang, ”omstændighederne tilsiger, at der er behov herfor”. Den finansielle virksomhed kan dog efter denne regel henvise kunden til anden rådgivning.⁴⁸

Såfremt den finansielle virksomhed har påtaget sig en løbende rådgivningsforpligtelse, skal den på eget initiativ løbende vurdere, om der er behov for rådgivning udover den, der blev givet i den konkrete rådgivningssituation. Endvidere gælder det, at der ikke er en pligt til at rådgive i de tilfælde, hvor kunden alene efterspørger en ren ekspedition.

I henhold til § 7, stk. 3, 1. og 2. pkt. skal rådgivningen ”opfylde den professionelle standard, som gælder på det pågældende rådgivningsområde.” Langsted anfører, at denne udtalelse giver anledning til tvivl. En henvisning til *den professionelle standard* i bestemt form, kunne tyde på, at pengeinstitutterne på eksempelvis juridiske områder skal yde en rådgivning svarende til advokatens. Modsat kan *det pågældende rådgivningsområde* lede tankerne i en funktionel retning, hvor kravene inden for et specifikt område som eksempelvis skatterådgivning eller forsikringsrådgivning skal efterleves.⁴⁹ Begge de nævnte retningslinjer søger at påvirke pengeinstitutternes rådgivning i retning af andre uafhængige rådgivere, og der må således eksistere et utvivlsomt krav om, at pengeinstitutter i lighed med andre rådgivere har en pligt til at sikre et tilstrækkeligt rådgivningsfundament.

Cato Baldvinsson m.fl. anfører dog, at pengeinstitutters rådgivning har et andet udgangspunkt end andre uafhængige rådgivere:

”Det er klart, at pengeinstituttets rådgivning tager udgangspunkt i at vejlede kunderne på grundlag af pengeinstituttets egne produkter og ydelser – ikke konkurrenternes. Herved adskiller pengeinstitutterne sig fra den uafhængige rådgiver.”⁵⁰

⁴⁸ Ulfbeck (2010), s. 129.

⁴⁹ Langsted (2004), s. 71.

⁵⁰ Baldvinsson m.fl. (2000), s. 103.

Lynge Andersen og Juul anfører, at deres definition på et rådgivningsbegreb står i kontrast til god skik-bekendtgørelsens definition, der ikke tager stilling til principielle spørgsmål som eksempelvis databehandlingens karakter og rådgivers uafhængighed.⁵¹

På baggrund af dette kapitel kan man stille spørgsmålstejn ved, hvorvidt den rådgivning som pengeinstitutterne yder, er helt sammenfaldende med karakteristika for rådgivning i juridisk forstand. Pengeinstitutterne kan ikke på samme måde som advokater betragtes som uafhængige rådgivere. En eventuel forskel i de krav, der stilles henholdsvis pengeinstitutter og advokater, må vurderes med inddragelse af dette element.

4.5 Perspektiver på ansvarsbedømmelsen i den juridiske litteratur

Der er i den juridiske litteratur gjort en række tanker om problemstillingerne vedrørende ansvarsbedømmelsen i relation til den udviskning af faggrænser, som brancheglidningen medfører. I relation til rådgivning gives der i litteraturen flere bud på, hvorledes et ansvar bør vurderes. Nedenfor inddrages henholdsvis Vibe Ulfbeck og Lars Bo Langsteds betragtninger om ansvarsbedømmelsen – begge perspektiver bevæger sig væk fra det traditionelle professionsansvar.

4.5.1 Det funktionsbestemte professionsansvar

Vibe Ulfbeck anfører, at det på grund af brancheglidningen i mange tilfælde kan være svært at kategorisere, hvilken ansvarsstandard det pågældende forhold skal bedømmes efter. Pengeinstitutvirksomhed er en profession med uskarpe konturer, og der opstår således uklarheder om, hvorvidt det er den ene eller den anden norm, der skal efterleves i forbindelse med rådgivning. Udviklingen går ifølge Ulfbeck formentlig i retning af dannelsen af selvstændige, tværgående ansvarsnormer – dog uden der endnu tegner sig noget klart billede. Ansvarsbedømmelsen bevæger sig således fra et statusbestemt ansvar til et funktionsbestemt professionsansvar, hvor bedømmelsen afhænger af hvilke typer opgaver, der varetages og rådgives om, frem for hvilken profession, den pågældende person har. Påtager pengeinstituttets rådgiver sig at yde juridisk rådgivning, må denne således bedømmes, som en advokat ville blive bedømt i en tilsvarende situation.⁵² Lignende tanker fremføres af Stig Jørgensen, der argumenterer for et funktionsbestemt professionsansvar, hvor *”man er, hvad man gør.”*⁵³

⁵¹ Lynge Andersen & Juul (2005), s. 20.

⁵² Ulfbeck (2010), s. 26.

⁵³ Jørgensen (2001), s. 13.

4.5.2 Maskeansvaret

Lars Bo Langsted argumenterer for, at rådgiverens ansvar generelt må anses som et maskeansvar. En rådgiver påtager sig således en pligt til at efterleve de forpligtelser, der gælder for en kompetent rådgiver inden for det område, som vedkommende bevæger sig ind på og rådgiver om. Ansvar følger af den identitet, som rådgiveren fremtræder over for omverdenen med. Den samme person kan således få en ansvarsbelagt pligt i flere relationer alt efter hvilke opgaver, vedkommende påtager sig, og det indtryk, der ved hver enkelt lejlighed er givet af evner og kunnen. Det er derfor muligt at bære flere masker, som man i et vist omfang selv kan tilpasse. En rådgiver bør således afstå fra at rådgive på et konkret område, hvis vedkommende ikke har tilstrækkelig viden og indsigt.⁵⁴

Maskeansvaret nuancerer på sin vis professionsansvaret. Maskeansvaret rummer plads til, at en fremmed aktør på et givent område ikke nødvendigvis skal efterleve de helt samme krav som professionens egne aktører ud fra den betragtning, at vedkommende ikke har de samme forudsætninger – og at dette er klart for omverdenen. Dog er det ikke sådan, at man ansvarsfrit kan bevæge sig ind på nye områder, man skal som minimum præstere en acceptabel grundydelse. Det betyder altså, at der på et givet rådgivningsområde kan danne sig forskellige standarder for de forskellige aktører på området. Fremmede aktører kan altså på nogle områder således mødes med en lempeligere ansvarsnorm. Man kunne eksempelvis forestille sig, at der ikke stilles krav om samme rådgivningsdybde eller at den fremmede aktør har en større adgang til at gøre sig selv ansvarsfri ved at henvise til anden aktør. Netop om muligheden for at henvise anfører Langsted, at jo længere en aktør bevæger sig væk fra sit eget kerneområde, i jo højere grad kan det forsvares, at den pågældende rådgiver opfylder sin rådgivningsforpligtelse ved at henvise til anden aktør.

4.6 Betragtninger vedrørende bevisbyrden

I dette afsnit inddrages bevismæssige betragtninger i relation til rådgiveransvaret. Områderne kurssikring og formidling af forsikringsprodukter analyses i kapitel 5 og 6 med henblik på at sammenholde de krav, der stilles til henholdsvis pengeinstitutter, advokater og forsikringsassurandører. En eventuel forskel i de krav, aktørerne stilles over for i bevismæssig forstand, er også et element i det samlede billede af, hvornår en rådgiver kan pålægges ansvar. En omvendt bevisbyrde eller en omlægning af bevisbyrden undervejs i et sagsforløb kan anskues som en skærpelse i forhold til det traditionelle culpaansvar.

⁵⁴ Langsted (2004), s. 369.

I dansk ret gælder et princip om fri bevisbedømmelse, jf. retsplejelovens § 344, stk. 1. Dette indebærer, at domstolene, medmindre bevisbyrden fremgår af anden lovgivning, har mulighed for at foretage en konkret bedømmelse af, hvordan bevisbyrden bør placeres, og hvilke beviskrav, der bør stilles. Retten er således frit stillet med hensyn til hvilke beviser, der skal tillægges vægt, og med hvilken vægt, det enkelte bevis skal tillægges.⁵⁵

Ved anvendelse af det almindelige culpaansvar påhviler det som udgangspunkt skadelidte at løfte bevisbyrden for, at skadevolderen har handlet uagtsomt. Dette skal forstås således, at skadelidte skal sandsynliggøre, at den måde, skadevolderen handlede på, ikke var den rette. Culpabedømmelsen er en helhedsvurdering, og det er derfor ikke helt dækkende at udtale, at det er skadelidte, der har bevisbyrden for, at der er handlet culpøst. Hvis skadevolderen vil gøre gældende, at der i en konkret situation har foreligget særlige forhold, som retfærdiggør en given adfærd, der ellers er i strid med adfærdsnormer på det respektive område, må skadevolderen løfte bevisbyrden herfor.⁵⁶

Langsted anfører, at bevisbyrden for rådgiverens culpa er i overensstemmelse med civilprocessens almindelige retningslinjer, hvor det som udgangspunkt er sagsøger, der skal løfte bevisbyrden.⁵⁷ Dog anfører Langsted, at det kan hævdes, at rådgiveren i rådgivningssituationen er den nærmeste til at sikre sig bevis for sin rådgivning, uden at det virker urimeligt tyngende for rådgiveren.

I betænkning nr. 1362 af 26. november 1998 om rådgiveransvaret konkluderes det, at domstolene ved bevistvivil ofte lægger vægt på hvilken part, der er nærmest til at sikre sig bevis for et bestemt hændelsesforløb. Som en følge heraf pålægger domstolene jævnligt den professionelle part bevisbyrden, når denne har rådgivet en forbruger. Hvis en forbruger således kan sandsynliggøre eller godtgøre omstændigheder, der tilsiger, at rådgiveren har begået en fejl, vil det normalt påhvile rådgiveren at klarlægge det mere præcise hændelsesforløb. En sådan bevisbedømmelse, hvor den professionelle part reelt pålægges at løfte bevisbyrden, kan støttes på branchetiske regler, idet der eksempelvis i bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder stilles krav om skriftlighed i en række tilfælde, jf. evt. § 6.

Både Pengeinstitutankenævnet og Ankenævnet for Forsikring er begrænset i deres muligheder for at foretage en nærmere bevisbedømmelse, da sagerne normalt vurderes alene ud fra skriftligt materiale. I analyseafsnittene vedrørende kurssikring og formidling af forsikringsprodukter inddrages betragtninger om bevisbyrde dog på trods af den begrænsede sagsfremstilling.

⁵⁵ Betænkning nr. 1362 af 26. november 1998 om rådgiveransvaret.

⁵⁶ Von Eyben og Isager (2011), s. 122.

⁵⁷ Langsted (2004), s. 439.

5. Kurssikring

5.1. Indledning til kurssikring

Tidligere var pengeinstitutternes opgaver i forbindelse med bolighandel typisk knyttet til den praktiske udførelse af prioriteringsopgaver, beregning af budgetforudsætninger og restfinansiering. I dag er der sket en betydelig fusionsaktivitet på området, og pengeinstitutternes opgaver rækker videre.⁵⁸ Pengeinstitutterne påtager sig opgaver, der traditionelt har været dækket af andre professionsudøvere – herunder især ejendomsmæglere og advokater.

Det må være et naturligt udgangspunkt at antage, at pengeinstitutter bedømmes efter den ansvarsnorm, der er gældende inden for den profession, hvor boligrådgivningen traditionelt har været placeret. I nyere retspraksis er det fastslået, at rådgivning om kurssikring er en klar advokatopgave.⁵⁹

I dette afsnit søges det afdækket, hvorvidt ansvarsnormen for henholdsvis pengeinstitutter og advokatstanden er den samme ved rådgivning om kurssikring. Dette gøres ved at undersøge hvilke krav, der stilles til pengeinstitutters rådgivningsforpligtelse, for derefter at sammenligne med de krav, advokatstanden skal opfylde. Hvor det er muligt, inddrages betragtninger om bevisbyrde. Som tidligere anført i afsnit 4.6 kan en omvendt bevisbyrde eller en omlægning af bevisbyrden undervejs i et sagsforløb anskues som en skærpelse i forhold til det traditionelle culpaansvar. Det vil således i analysen være interessant at sammenligne under hvilke forhold, henholdsvis pengeinstituttet og advokaten pålægges at løfte bevisbyrden.

5.2. Begrebet kurssikring

Når man indgår aftale om et realkreditlån, udstedes obligationer, der sælges på markedet. Størrelsen af den reelle udbetaling afhænger således af obligationernes kurs på salgstidspunktet. Med kurssikring forstås en aftale om en fastfrysning af kursen den dag, hvor aftalen om kurssikring indgås. Fastfrysningen aftales frem til det tidspunkt, hvor et nyt lån ønskes udbetalt, eller et indestående lån ønskes indfriet.

Ved indgåelse af en aftale om kurssikring sikres låntager imod, at udbetalingskursen på et nyt lån falder mellem tilbudstidspunktet og udbetalingstidspunktet. I forbindelse med en indfrielse indebærer kurssikringen, at kursen fastfryses, så indfrielsesbeløbet ikke bliver større som følge af

⁵⁸ Ulfbeck (2010), s. 117.

⁵⁹ Ulfbeck (2010), s. 39. samt UfR 1999.1133 Ø

kurssstigninger mellem det tidspunkt, hvor beslutningen om indfrielsen tages, og det tidspunkt, hvor indfrielsen faktisk gennemføres. Ved en låneomlægning sker der både udbetaling af nyt lån og indfrielse af indestående lån, og det er her aktuelt at overveje kurssikring af begge lån for at sikre låneomlægningsresultatet.

I de kommende afsnit vil relevant rets- og ankenævnspraksis vedrørende rådgivning om kurssikring blive analyseret med henblik på at klarlægge hvilke krav, der stilles til pengeinstitutterne i tilknytning til rådgivning om kurssikring. Analysen opdeles i følgende fokusområder:

- Skal kunden gøres opmærksom på kurssikringsproblematikken?
- Indholdsmæssige krav til rådgivningen.
- Ansvar i tilknytning til eventuel aftale om eller fravalg af kurssikring.

5.3 Skal kunden gøres opmærksom på kurssikringsproblematikken?

I første omgang bør det undersøges, om der foreligger en pligt for pengeinstitutterne til at rådgive om kurssikringsproblematikken og i givet fald hvilke elementer, der har betydning for udstrækningen af denne forpligtelse – herunder betragtninger vedrørende egen skyld. I forlængelse heraf sammenholdes denne rådgivningsforpligtelse med advokatens pligt til at rådgive om kurssikring. Det vil endvidere være relevant at afdække, hvem der skal dokumentere, at rådgivning har fundet sted, hvis der foreligger en pligt.

I litteraturen synes der umiddelbart at være delte meninger om, hvorvidt pengeinstitutterne har pligt til at gøre opmærksom på kurssikringsproblematikken. Stig Jørgensen anfører, at pengeinstitutterne ikke har en pligt til at rådgive køberne om tegning af kurssikring.⁶⁰ En modsat opfattelse findes hos Lyng Andersen og Møgelvang-Hansen, der anfører: *”Det ligger således fast, at de professionelle aktører på boligområdet har en pligt til at gøre kunden opmærksom på muligheden for kurssikring etc.”*⁶¹

I UfR 1998.1215 V blev et pengeinstitut frifundet med den begrundelse, at pengeinstituttet under hensyntagen til den konkrete købsaftales indhold havde haft til føje at tro, at kursrisikoen påhvilede kundens medkontrahent. Rådgivningsforpligtelsen må således kun anses at gælde, hvor kurssikring er en *aktuel* problemstilling for kunden.

⁶⁰ Jørgensen (2001), s. 9

⁶¹ Lyng Andersen & Møgelvang-Hansen (1997), s. 16.

I kendelsen PIA 1228/2009 kom Pengeinstitutankenævnet frem til, at pengeinstituttet kun delvist havde rådgivet om kurssikring i forbindelse med en lånomlægning. Kunden var ikke blevet rådgivet om kurssikring af det eksisterende lån, og det blev anført, at kunden ville have kurssikret dette, såfremt der var modtaget rådgivning herom. Ankenævnet fandt frem til, at kunden skulle stilles, som om indfrielsen af dennes eksisterende realkreditlån var blevet kurssikret. Kendelsen fastslår, at pengeinstitutter har pligt til at rådgive om kurssikring både med hensyn til indfrielse af eksisterende lån samt ved hjemtagelse af lån. Rådgivningen er således mangelfuld, hvis ikke den indeholder begge aspekter.

Enkelte kendelser fra Pengeinstitutankenævnet antyder, at der ikke i alle tilfælde kan stilles krav om rådgivning vedrørende kurssikringsproblematikken. I PIA 497/1999 frifandt et pengeinstitut for manglende rådgivning med den begrundelse, at kunden var blevet *henvist* til at søge rådgivning i et andet pengeinstitut. Ligeledes fandt ankenævnet i PIA 336/2001, at et pengeinstitut ikke var ansvarligt for manglende rådgivning om kurssikring, da pengeinstituttets medvirken alene var af *ekspeditions-mæssig karakter*.

5.3.1 Kundens egen skyld i relation til rådgivningsforpligtelsen

PIA 343/2011 omhandlede kurssikring af et lån, der skulle indfries i forbindelse med salg af en fast ejendom. I denne sag ifaldt pengeinstituttet ikke ansvar for manglende rådgivning, da det beroede på kundens egne forhold, at låneindfrielsen, herunder kurssikring af denne, først blev drøftet relativt sent i forløbet. Pengeinstituttet vidste i denne sag, at ejendomsmægleren havde anbefalet kunden at kurssikre, men kunden reagerede dog først på pengeinstituttets forsøg på henvendelse umiddelbart inden det endelige salg. Kendelsen illustrerer, at pengeinstitutternes rådgivningsforpligtelse i dette tilfælde er opfyldt, hvis der tages skridt hertil.

5.3.2 Advokatens og ejendomsmæglerens rådgivningsforpligtelse

Søren Halling-Overgaard anfører, at der for advokater gælder en *ubetinget* pligt til at informere om kurssikringsproblematikken, når en klient ifølge aftalen bærer kursrisikoen.⁶² En sådan pligt kan udledes af UfR 1998.344 V og FED 1998.1672 V. I sidstnævnte dom udtalte landretten, at det hverken helt eller delvist kunne fritage den pågældende advokat for ansvar, at klienten ikke selv tog initiativ til at kurssikre et ejerskiftelån.

⁶² Halling-Overgaard (2011), s. 97 og s. 115.

En lignende pligt påhviler formentlig ejendomsmæglere, jf. lov om fast ejendom § 13, stk. 1.⁶³ I FED 1997.1602 V dømtes en ejendomsmægler til at betale erstatning på grund af manglende rådgivning om muligheden for kurssikring.

I FED 1997.1726 V var der uenighed om, hvorvidt en advokat havde rådgivet om kurssikring i forbindelse med en ejendomshandel. Den underskrevne slutseddel med anmodning om hjemtagelse af lån var blevet sendt til advokaten. Sælgeren af ejendommen kunne ikke huske, hvorvidt kurssikringsproblematikken var blevet drøftet, men sælgeren gjorde gældende, at han, hvis rådgivning var foretaget, ville have foretaget kurssikring. På den anden siden kunne advokaten heller ikke konkret huske, om der var blevet vejledt om kurssikring. Advokaten gjorde gældende, at vejledning måtte have fundet sted, *"idet det altid er noget, man drøfter med klienten"*. Der var således kun fremført svage indicier fra begge sider. Spørgsmålet om bevisbyrden var derfor af afgørende betydning i denne sag. Landsretten udtalte: *"Det må efter bevisførelsen lægges til grund, at [advokaten], der var nærmest til at sikre sig bevis på dette punkt, ikke har ydet vejledning om kurssikring."*

5.3.3 Sammenfatning

Ud fra ovenstående gennemgang af rets- og ankenævnspraksis tyder det på, at pengeinstitutterne formentlig har en pligt til at gøre opmærksom på kurssikringsproblematikken, når denne er aktuel for kunden. En sådan pligt påhviler både advokaten og ejendomsmægleren.

Af Pengeinstitutankenævnets praksis fremgår det, at denne pligt ikke er absolut, hvorefter pengeinstitutternes rådgivningsforpligtelse må anses for at være opfyldt, hvis der tages skridt hertil, og det alene beror på kundens forhold, at rådgivningen ikke reelt gennemføres, jf. PIA 343/2011. Retspraksis viser, at advokaten har en ubetinget rådgivningsforpligtelse i relation til kurssikring.

De gennemgåede ankenævnskendelser indikerer, at det er pengeinstituttet, der skal løfte bevisbyrden for, at rådgivning er givet, hvis kunden påberåber sig manglende rådgivning som årsag til tab.

⁶³ Ulfbeck (2010), s. 131.

5.4. Indholdsmæssige krav til rådgivningen

I ovenstående afsnit blev det fastslået, at der formentlig gælder en forpligtelse for pengeinstitutter til at rådgive om kurssikring. I forlængelse heraf opstår spørgsmålet om hvilke krav, der gælder til indholdet af den information, som skal gives.

5.4.1 Det indholdsmæssige omfang af rådgivningen

I PIA 313/2008 blev det anset for tilstrækkeligt, at muligheden for kurssikring løbende var blevet drøftet. Det forhold, at pengeinstituttet ikke udtrykkeligt anbefalede kurssikring, kunne ifølge Pengeinstitutankenævnet ikke medføre et andet resultat. Pengeinstituttet ifaldt ikke ansvar som følge af, at en udtrykkelig anbefaling ikke var givet. Pengeinstitutankenævnet fremhævede i begrundelsen for afgørelsen, at kunden måtte indse, at denne selv måtte bære risikoen for et eventuelt kursfald og et deraf følgende mindre láneprovnu.

I PIA 182/2005 fandtes et pengeinstituts rådgivning om mulighed for kurssikring samt fordele og ulemper ved en sådan at have været tilstrækkelig. Anderledes forholder det sig for advokater, der har en pligt til detaljeret at gennemgå og forklare kunden de økonomiske risici, der er knyttet til kurssikringsproblematikken, jf. UfR 1998.344 V, som gennemgås nærmere i afsnit 5.4.3.

I PIA 361/2008 fandtes det tilstrækkeligt, at rådgivning om kurssikring skete ved fremsendelse af dokumenter. Der var i dette tilfælde ikke grundlag for at fastslå, at sparekassen i efterfølgende telefoniske drøftelser med kunden burde have indset, at kunden ikke havde forstået betydningen af kurssikring. Sparekassen fremførte under sagens behandling det synspunkt, at: *"de erstatningsretlige grænseområder mellem advokat og pengeinstitut i en bolighandel forholder sig efter retspraksis således, at "kernepligten" ligger hos advokaten"*. Det kan således anses som tilstrækkeligt, at rådgivningen om kurssikring sker ved fremsendelse af dokumenter, dog under den forudsætning, at rådgivningen fremstår klar og tydelig for kunden.

Kendelsen PIA 385/2008 vedrørte en kundes erstatningskrav for tab som følge af manglende kurssikring af et realkreditlån. I denne sag frarådede pengeinstituttets rådgiver kunden til at kurssikre lånet, men rådgiveren lovede dog at tage kontakt til kunden, hvis kurserne mod forventning skulle udvikle sig således, at en kurssikring kunne være tilrådelig. Rådgiveren tog imidlertid ikke kontakt til kunden, da obligationskurserne faldt i et ikke uvæsentligt omfang og begik herved ifølge ankenævnet en ansvarspådragende fejl. Kendelsen illustrerer, at såfremt et pengeinstitut har forpligtet sig til at rådgive kunden yderligere om kurssikring, vil en tilsidesættelse af en sådan forpligtelse være ansvarspådragende.

5.4.2 Hvornår skal rådgivningen gives?

Ved spørgsmålet om, hvorvidt der er givet tilstrækkelig rådgivning vedrørende kurssikring, er et ikke ubetydeligt forhold, hvornår rådgivningen er blevet givet. Det vil i det følgende blive forsøgt klarlagt, hvor tidligt i forløbet rådgivningen skal gives, for at pengeinstituttet har opfyldt deres rådgivningsforpligtelse.

I FED 1997.1971 Ø indgik det som et element i sagen, hvornår rådgivningen om kurssikring skulle gennemføres. I tilknytning til et salg af en fast ejendom havde både advokat, ejendomsmægler og pengeinstitut udvist ansvarspådragende forhold ved ikke at rådgive sælger om kurssikringsproblematikken, så snart denne var aktuel. Sælgeren modtog dog efterfølgende en sådan rådgivning, før et egentligt økonomisk tab var opstået, hvilket betød, at sælgeren i det konkrete tilfælde ikke kunne gøre et krav gældende på grund af manglende årsagsforbindelse mellem den udviste forsømmelighed og det kurstab, der blev krævet erstatning for.

I den pågældende sag udtalte landsretten, at det måtte anses som en ansvarspådragende fejl, at en advokat som juridisk rådgiver først knap tre måneder efter modtagelsen af købsaftalen, gjorde klienten opmærksom på en særlig reguleringsbestemmelse. Havde advokaten gjort kunden opmærksom fra start, ville det have været muligt at foretage kurssikring langt tidligere i forløbet. Advokaten ifaldt dog ikke ansvar, da kunden var blevet rådgivet fyldestgørende om muligheden for kurssikring af både pengeinstitut og ejendomsmægler, inden der kunne konstateres et økonomisk tab.

I PIA 129/2005 fastslog Pengeinstitutankenævnet i forbindelse med en omprioriteringssag en pligt for pengeinstituttet til at informere om muligheden for kurssikring på det tidspunkt, hvor boligejerne på et møde i banken havde opsagt deres gamle lån. Ankenævnet udtalte, at det måtte anses for en fejl, at der ikke allerede i forbindelse med, at kunden under et møde hos pengeinstituttet underskrev opsigelse af eksisterende realkreditlån, blev oplyst om muligheden for kurssikring.

I PIA 264/2006 kom Pengeinstitutankenævnet frem til, at pengeinstituttet burde have rådgivet om kurssikring, da en lånehjemtagelse blev udskudt på pengeinstituttets opfordring. Kunden skulle derfor stilles, som om lånene var blevet hjemtaget som anført i den oprindelige udbetalingsanmodning.

Det må således slutes, at rådgivning om kurssikringsproblematikken skal ydes før det tidspunkt, hvor det tidligst er muligt at kurssikre eller i det øjeblik, hvor kursproblematikken bliver aktuel, jf.

PIA 264/2006. Ved en eventuel opgørelse af tab opgøres det som regel ved en sammenligning mellem kursen på det tidspunkt, hvor kurssikring tidligst kunne have været foretaget, og kursen ved enten lånets hjemtagelse eller indfrielse.

5.4.3 Skal de økonomiske forhold tydeliggøres?

I relation til omfanget af rådgivningsforpligtelsen er spørgsmålet, hvor omfattende rådgivning et pengeinstitut skal yde – herunder om der skal oplyses om pris og de økonomiske risici forbundet med kurssikring.

I PIA 152/2011 gjorde en kunde indsigelse om mangelfuld rådgivning vedrørende kurssikring i forbindelse med hjemtagelse af et realkreditlån. Indsigelsen vedrørte det faktum, at pengeinstituttet ikke oplyste prisen på kurssikring under rådgivningen. Pengeinstitutankenævnet udtalte, at det ikke kunne anses som en ansvarspådragende fejl fra pengeinstituttets side, hvis denne ikke på eget initiativ oplyste om prisen for kurssikring.

UfR 1998.344 V omhandlede advokatens rådgivningsforpligtelse ved en hushandel. Retten fandt i denne sag, at advokaten havde pligt til at rådgive om kurssikring og omhyggeligt forklare sine klienter om kurssikringens funktion og den økonomiske risiko ved kurssikring. Det anføres i dommen, at advokaten ikke havde gjort brug af regneeksempler til at illustrere betydningen med. Retten udtalte endvidere, at *”advokatrådgivning i forbindelse med sædvanlig ejendomshandel vedrørende et enfamilieshus må tage udgangspunkt i, at klienten ingen interesse har i at løbe en væsentlig økonomisk risiko i håb om at opnå en økonomisk gevinst ved kursudsving”*.

Retten lagde yderligere vægt på, at advokaten ikke kunne undlade rådgivning eller begrænse pligten til at yde rådgivning ved at henvise til andre rådgivere. Efter en nærmere undersøgelse af det passerede rådgivningsforløb, kom retten frem til, at advokaten ikke havde opfyldt sin rådgivningsforpligtelse over for klienten, hvorefter denne skulle dække klienternes tab som følge af manglende kurssikring.

Dommen FED 1998.1672 V vedrørte ligesom ovenstående de indholdsmæssige krav til advokatens rådgivningsforpligtelse i relation til kurssikring. I denne sag ifaldt en advokat ansvar for det kurstab, som en sælger af en fast ejendom led. Rådgivning om kurssikring var foretaget, men ikke på en tilstrækkelig omhyggelig måde. Landsretten udtalte blandt andet, at en advokat omhyggeligt må forklare klienten om kurssikringens funktion og den økonomiske risiko, klienten ville løbe i relation til kurssikringen.

I FED 1997.1582 V fandtes en advokat erstatningsansvarlig for undladelse af at vejlede om muligheden for kurssikring. Pengeinstituttet havde i denne sag over for advokaten meddelt under hvilke betingelser, der kunne ske kurssikring. Flere gange i forløbet henviste advokaten sin klient til at søge rådgivning om kurssikring hos dennes pengeinstitut, idet advokaten betragtede både ekspeditionen af låneoptagelsen samt en eventuel kurssikring som en arbejdsopgave, som pengeinstituttet skulle forestå. Efter sagens omstændigheder burde der være rådgivet om de særlige problemer ved kurssikringen, og advokaten pådrog sig derfor et erstatningsansvar ved ikke at videreformidle disse oplysninger. Dommen illustrerer dels, at advokater er forpligtet til at rådgive om kurssikring, samt at henvisning til rådgivning vedrørende forholdet i et pengeinstitut ikke gør advokaten ansvarsfri.

I FED 1998.1672 V havde en ejendomsmægler kun givet overfladisk rådgivning vedrørende kurssikring og henvist kunden til yderligere rådgivning hos egen advokat. Denne henvisning var tilstrækkelig til, at ejendomsmægleren ikke ifaldt ansvar for kundens lidte tab ved manglende kurssikring.

5.4.4 Sammenfatning

Ud fra ovenstående betragtninger må det slutes, at det i højere grad påhviler advokaten end pengeinstituttet at sikre sig klientens forståelse for betydningen af kurssikring. Et pengeinstituts forpligtelse er i hvert fald opfyldt ved gennemgang af fordele og ulemper ved kurssikring, jf. PIA 182/2005. Endvidere fandtes det i PIA 361/2008 tilstrækkeligt, at et pengeinstituts rådgivning om kurssikring skete ved fremsendelse af dokumenter.

Advokatens rådgivningspligt går videre end blot at rådgive om fordele og ulemper ved kurssikring, da advokaten tillige skal rådgive om de økonomiske konsekvenser og risici ved kurssikring. Retspraksis viser, at advokatens gennemgang af regneeksempler anses som en indikator for, at en uddybende rådgivning har fundet sted. Det synes herefter nærliggende at antage, at de indholdsmæssige krav er lempeligere for pengeinstitutter end advokater.

Dette illustreres bedst ved at påpege, at pengeinstitutterne ikke i samme grad er forpligtet til at sikre sig, at den økonomiske risiko i relation til kurssikring står klart for kunden. Derudover bør det bemærkes, at der i retspraksis ikke er tvivl om, at en advokat ikke kan holde sig ansvarsfri ved at henvise til en anden rådgiver, jf. FED 1998.1672 V.

I tilknytning til de indholdsmæssige krav til rådgivningen kan det overvejes, om der med rimelighed kan stilles strengere krav til pengeinstituttets rådgivning, hvis en kunde henvender sig specifikt med henblik på at få rådgivning vedrørende kurssikringsproblematikken. Ulfbeck anfører, at det formentlig må forholde sig således.⁶⁴

5.5 Ansvar i tilknytning til eventuel aftale om eller fravalg af kurssikring

I forlængelse af de ovenstående afsnit er det relevant at afdække, hvem der skal dokumentere hvilke aftaler, der er indgået om kurssikring. I det følgende gennemgås kendelser, hvor der er opstået uenighed mellem et pengeinstitut og en kunde om, hvorvidt der er indgået aftale om kurssikring eller ej.

Kendelsen PIA 433/2009 vedrørte kurssikring og indfrielse af et lån, der i forbindelse med kundens salg af en fast ejendom ikke skulle overtages af køber. I sagen var der uenighed mellem kunden og pengeinstituttet om, hvorvidt der var indgået en aftale om kurssikring. Ankenævnet fandt under sagens behandling ikke godtgjort eller sandsynliggjort, at kunden, som var bekendt med muligheden for kurssikring, på noget tidspunkt havde anmodet pengeinstituttet om at kurssikre lånet. Kundens påstand om, at pengeinstituttet skulle erstatte det tab, som den manglende kurssikring kunne have forhindret, blev dermed ikke taget til følge.

I kendelsen PIA 102/2009 var det til bedømmelse, hvorvidt et pengeinstitut havde pådraget sig et ansvar for en kundes tab som følge af manglende kurssikring i forbindelse med en omprioritering af kundens ejendom. Ankenævnet frifandt i dette tilfælde pengeinstituttet med den begrundelse, at kunden var fuldt ud bekendt med muligheden for at kurssikre både med hensyn til omprioriteringslånet samt indfrielsen af det eksisterende lån. Det anføres i ankenævnets bemærkninger, at kunden ikke havde kunnet godtgøre, at denne havde anmodet banken om at kurssikre det eksisterende lån i forbindelse med indfrielsen af dette.

I PIA 92/2006 omhandlede tvisten, hvorvidt der var indgået en kurssikringsaftale for et omprioriteringslån på trods af, at det ikke direkte fremgik af lånesagsaftalen. Ankenævnet fandt i denne sag frem til, at kunden skulle stilles som om, at en aftale om kurssikring var indgået. Det vægtedes, at kunden ved indlevering af lånedokumenterne anmodede pengeinstituttet om at kurssikre omprioriteringslånet. Til støtte for sin påstand om, at der var indgået en aftale om kurssikring, anførte kunden, at denne var blevet gjort bekendt med, at prisen for en sådan var 0,5 kurspoint, ligesom pengeinstituttet havde lovet kunden at bringe tingene i orden. Grundet sagens

⁶⁴ Ulfbeck (2010), s. 133.

særlige omstændigheder fandt ankenævnet, at det bevismæssigt må komme pengeinstituttet til skade, at det ikke kunne dokumentere, at kunden ikke ønskede at kurssikre.

Af kendelsen PIA 1263/2009 fremgik det, at en kunde, der var blevet informeret om kurssikring, havde accepteret risikoen for, at kursen på obligationerne kunne falde ved fravalg af kurssikringsaftale. Et pengeinstitut, der har opfyldt sin rådgivningsforpligtelse om kurssikringsproblematikken, kan således ikke gøres ansvarlig for det tab, som kunden måtte få ved fravalg af kurssikring.

I PIA 727/2010 drejede tvisten sig om, hvorvidt der mellem et pengeinstitut og en kunde var indgået en aftale om kurssikring. Kunden ønskede ikke at være bundet af en mundtlig aftale. Ankenævnet fandt det under sagens omstændigheder sandsynliggjort, at kunden havde accepteret at indgå aftale om kurssikring, og kunden kunne derfor ikke gøre pengeinstituttet ansvarlig for den kursgevinst, der ville have været, hvis kurssikringen ikke var foretaget.

5.5.1 Sammenfatning

Som anført i kapitlets første afsnit synes ankenævnspraksis at fastlægge, at det er pengeinstituttet, der skal løfte bevisbyrden for, at rådgivning er givet, hvis kunden påberåber sig manglende rådgivning om kurssikring som årsag til tab. På baggrund af de behandlede kendelser synes ankenævnspraksis at tage det udgangspunkt, at kunden ved påberåbelse af øvrige fejl eller utilstrækkelig rådgivning skal godtgøre eller sandsynliggøre de omstændigheder, der tilsiger, at rådgiveren har begået fejl. Herefter vil det påhvile rådgiveren at klarlægge hændelsesforløb mere præcis. Det kan således sluttes, at det ud fra den medtagne ankenævns- og retspraksis tyder på en skælpelse i forhold til udgangspunktet om ligefrem bevisbyrde ved culpaansvar.

Hvor der er opstået uenighed mellem pengeinstitut og kunde om, hvorvidt der er indgået aftale om kurssikring eller ej, påhviler det kunden at godtgøre, at denne har anmodet banken om at kurssikre. Det vil herefter påhvile rådgiveren at klarlægge hændelsesforløbet mere præcist. Det kan bevismæssigt komme pengeinstituttet til skade, at dette ikke kan dokumentere, at kunden ikke ønsker at kurssikre, jf. PIA 92/2006.

5.6 Konklusion

Indledningsvis blev det fremført, at det ville være et naturligt udgangspunkt at antage, at pengeinstitutter bedømmes efter den standard, der er gældende inden for den profession, hvor rådgivning om kurssikring traditionelt har været placeret. Analysen viser dog en tendens til, at der

ikke stilles de helt samme krav til pengeinstitutternes rådgivning, da advokatstanden mødes med strengere krav på en række punkter.

Ud fra rets- og ankenævnspraksis kan det udledes, at pengeinstitutterne formentlig har en pligt til at gøre opmærksom på kurssikringsproblematikken, når denne er aktuel for kunden. Denne pligt kan næppe karakteriseres som absolut, idet pengeinstitutternes rådgivningsforpligtelse må anses for at være opfyldt, hvis der tages skridt hertil, og det alene beror på kundens forhold, at rådgivningen ikke reelt gennemføres, jf. PIA 343/2011. Advokaten derimod har en *ubetinget* rådgivningsforpligtelse i relation til kurssikring.

Endvidere følger det, at det i højere grad påhviler advokaten end pengeinstituttet at sikre sig klientens forståelse for betydningen af kurssikring, jf. PIA 182/2005 og PIA 361/2008, og pengeinstitutterne er ikke i samme grad forpligtet til at sikre sig, at den økonomiske risiko ved kurssikring står klart for kunden. En anden forskel består i, at advokaten ikke kan holde sig ansvarsfri ved at henvise til en anden rådgiver i relation til kurssikringsproblematikken, jf. FED 1998.1672 V. Selvom pengeinstitutterne ikke er underlagt helt den samme ansvarsnorm som advokaterne i relation til kurssikring, kan visse minimumskrav til rådgivningen alligevel udledes af rets- og ankenævnspraksis. Pengeinstitutterne må således efterleve visse krav, når de påtager sig at rådgive deres kunder om kurssikringsproblematikken.

Det vil efter denne konklusion være nærliggende at diskutere, hvorvidt der er elementer, der kan begrunde og eventuelt forsvare, at der er en forskel i den ansvarsbedømmelse, henholdsvis pengeinstituttet og advokaten mødes med. Umiddelbart må det synes meget naturligt, at pengeinstitutterne rådgiver om kurssikring, idet det typisk er pengeinstitutterne, der står for selve ekspeditionen heraf. Det må også antages, at pengeinstitutterne om nogen har en større indsigt i dagskurserne på markedet og tendenserne i forhold til den økonomiske udvikling, herunder fremtidige forventninger til kursudviklingen.

Et andet element, der modsat kan forsvare, at bedømmelsen er lempeligere for pengeinstitutterne, er det faktum, at disses rådgivere næppe som advokaten kan anses som værende uafhængige rådgivere. Det må stå klart for kunden, at pengeinstitutterne i forbindelse med deres rådgivningsopgaver har en egeninteresse i form af at afsætte deres produkter. Ved at tillade pengeinstitutterne at inddrage rådgivning i relation til kurssikring og andre grænseområder, gives der modsat en mulighed for at præstere deciderede totalløsninger. Pengeinstitutterne kan hermed udnytte den ekspertise om tilgrænsende områder, som erhverves ved udøvelsen af den egentlige

pengeinstitutvirksomhed. Det kan imidlertid være problematisk for forbrugeren, at der ikke stilles de samme krav til aktørerne i relation til rådgivningen på et specifikt område. Brancheledningen medfører, at professions-grænserne udviskes, og som følge heraf kan det være svært for kunden som forbruger at opnå kendskab til, hos hvilken profession en opgave traditionelt har været placeret, og hvor kunden med rette kan forvente den mest omfattende rådgivning.

Ud fra et uddannelsesmæssigt synspunkt kan der argumenteres for, at der bør være en forskel i ansvarsbedømmelsen. Den juridiske uddannelses længde og indhold fordrer, at der kan stilles yderligere krav til advokatens rådgivning. Når domstolene fastslår, at rådgivning om kurssikring er en klar advokatopgave, har advokatstanden i større grad mulighed for at indrette sig herefter, jf. UfR 1999.1133 Ø. Advokatens lovpligtige ansvarsforsikring må også nævnes i forbindelse med dette indretnings synspunkt.

Endvidere kan det overvejes om, og i bekræftende fald i hvilket omfang, honorarets størrelse har betydning for rådgiverens ansvar. Advokaten er forpligtet til at udfærdige aftalebrev med en estimeret honorarberegning, hvorimod pengeinstituttets modydelse for rådgivning indregnes i gebyrer, administrationsomkostninger, renter mv. Ud fra et rent kontrakt- og køberetligt synspunkt kan det hævdes, at et mindre eller helt manglende honorar betyder, at der ikke kan forventes samme ydelse som ved et fuldt honorar. For den almindelige forbruger er det uigennemsigtigt, hvorledes en rådgiver prisfastsætter sin rådgivning, da det er svært at vurdere sammenhængen mellem tidsforbrug og rådgivning. Den mekanisme, der i et køberetligt perspektiv kan forklare relationen mellem en vares pris og dennes kvalitet eller funktionalitet, fungerer ikke på rådgivningsområdet.⁶⁵ At kunden i relation til kurssikring ikke betaler et direkte honorar til pengeinstituttet kan ikke i sig selv retfærdiggøre en dårligere ydelse fra rådgiveren, eller at rådgiveren underlægges en lempeligere ansvarsnorm.

Afslutningsvis bør problematikken om, hvorvidt titlen som ”rådgiver” sender et misvisende signal til kunderne, bemærkes, herunder hvad der kan forventes i relation til rådgivningens omfang og detaljeringsgrad. Lisbeth Faurdal anfører, at ”*de nuværende titler er med til at vildlede både medarbejdere og kunder og forringe forbrugerbeskyttelsen. Kunderne har en berettiget forventning om, at de får uafhængig rådgivning, og at de ansatte har brug for at få præciseret, hvilken kasket de har på.*”⁶⁶

⁶⁵ Langsted (2004), s. 163.

⁶⁶ Faurdal (2005), s. 99.

6. Formidling af forsikringsprodukter

På baggrund af analysen vedrørende kurssikring synes der at være en tendens til, at der stilles forskellige krav til henholdsvis pengeinstituttets og advokatens rådgivning i forbindelse med kurssikringsproblematikken. Det kan herefter overvejes, om denne forskel alene gør sig gældende for rådgivning vedrørende kurssikring.

Brancheglidningen har medført, at pengeinstitutterne er begyndt at bevæge sig ind på en lang række områder, der tidligere var forbeholdt andre professioner. Som følge af en interesse for at kunne tilbyde sine kunder en totalløsning med mulighed for at opnå besparelser gennem samlerabatter, rådgiver pengeinstitutterne nu også deres kunder om blandt andet skattemæssige, pensionsmæssige og forsikringsmæssige forhold. Da fejlene typisk opstår ved rådgivning inden for grænseområderne, er det interessant at kigge på ansvarsbedømmelsen ved rådgivning inden for disse. For at kvalificere projektet inddrages yderligere ét grænseområde for pengeinstitutternes virksomhed, og derfor er formidling af forsikringsprodukter valgt.

Formidling af forsikringsprodukter må ligesom rådgivning om kurssikring anses som accessorisk til pengeinstitutvirksomhed, jf. afsnit 2.4. Til forskel fra analysen vedrørende kurssikring sammenlignes pengeinstituttets rådgivningskrav med en anden aktør, der ikke kan betragtes som en uafhængig rådgiver – nemlig forsikringsassurandøren. Som pengeinstitutternes rådgivere har assurandørerne en sælgerfunktion, hvorfor assurandørens rådgivning således må anses for at falde uden for det juridiske rådgivningsbegreb på grund af dennes egeninteresse.

Umiddelbart må der foreligge en formodning for, at eventuelle forskelle i krav til rådgivningen ikke er så markante som ved kurssikring, hvor rådgivningsforpligtelsen blev sammenholdt med en uafhængig rådgiver.

6.1 Indledning til forsikring

Som tidligere nævnt har brancheglidningen medført, at pengeinstitutterne har påtaget sig en lang række opgaver, som traditionelt var forbeholdt andre professionsudøvere. Som følge af Finanstilsynets skrivelse af 6. august 1997, er det foreneligt med pengeinstitutvirksomhed, at pengeinstitutter formidler tegning af forsikringer som et accessorium hertil. Derfor formidler mange

pengeinstitutter standardforsikringsprodukter som tilknytning til de hovedydelser, som kunderne primært efterspørger.⁶⁷

Ud fra betragtningerne om professionsansvaret må det antages, at pengeinstitutterne bedømmes efter den ansvarsnorm, der er gældende inden for det pågældende professionsområde. Da det klare udgangspunkt må være, at rådgivning om forsikringsprodukter er en forsikringsselskabsopgave, bør pengeinstitutterne herefter blive bedømt efter samme ansvarsnorm som forsikringsselskaberne.

I den følgende analyse vil det blive belyst hvilke krav, der stilles til pengeinstitutters rådgivningsforpligtelse i relation til formidling af forsikringsprodukter. Disse krav vil blive sammenlignet med kravene for forsikringsselskaber og deres assurandører.

6.2 Begrebet forsikring

Forsikring er en virksomhed, der går ud på at overtage kundernes risici ved uvisse begivenheder mod et vederlag, der fastlægges på grundlag af statistiske beregninger eller et forretningsmæssigt skøn over risikoens størrelse.⁶⁸ Herefter kan forsikringsprodukter defineres som aftaler om, at forsikringsselskaberne overtager den økonomiske risiko for en uvis begivenheds indtræden mod kundens betaling af et vederlag. Forsikringsprodukter kan herefter eksempelvis være livsforsikringer, erhvervsevnetabsforsikringer og ulykkesforsikringer.

Det bemærkes, at disse forsikringsprodukter er en biydelse i relation til den primære ydelse, pengeinstituttet ønsker at afsætte til kunden. Et eksempel kunne herefter være, at der til en kapitalpensionskonto er knyttet en gruppelevsforsikring.

6.2.1 Forsikringsassurandøren

Bo von Eyben definerer en assurandør som *”ansat i forsikringsselskab, hvis hovedopgave det er at virke for tegning af forsikringer”*.⁶⁹ Assurandøren er forsikringsselskabets mand, der gennem sin stillingsfuldmagt sælger forsikringsselskabets produkter, og derfor skal følge de pålagte anvisninger fra forsikringsselskabet ved udførelsen af erhvervet.⁷⁰ Forsikringsselskabet bindes af de aftaler, som assurandøren indgår grundet stillingsfuldmagten, og samtidig ifalder selskabet principalansvaret efter Danske Lov 3-19-2 ved assurandørens culpøse handlinger inden for arbejdstiden.

⁶⁷ Samuelsson & Søgaaard (1993), s. 222.

⁶⁸ von Eyben (2008), s. 150.

⁶⁹ von Eyben (2008), s. 56.

⁷⁰ Samuelsson & Søgaaard (1993), s. 205.

Assurandørens manglende eller utilstrækkelige rådgivning kan således være ansvarspådragende for forsikringsselskabet.⁷¹

Assurandøren må ikke forveksles med en forsikringsmægler, der modsat forsikringsassurandøren antages af kunden som forsikringsrådgiver, hvorefter kundens forsikringsbehov afdækkes med henblik på at undersøge, hvilket selskab, der kan dække kundens behov til de mest konkurrencedygtige priser.⁷²

Udover assurandører findes der også andre typer af ansatte i forsikringsselskaberne, der rådgiver kunderne om forsikring. Da størstedelen af rets- og ankenævnspraksis omhandler assurandørers ansvar for utilstrækkelig eller manglende rådgivning, vil disses ansvar primært blive behandlet i denne fremstilling.

6.2.2 Formidling

I Finanstilsynets skrivelse af 6. august 1997 anså tilsynet formidling af forsikringsprodukter for at være accessorisk virksomhed, jf. bank- og sparekasselovens § 1 a, stk. 2. Spørgsmålet er herefter, hvad der skal forstås ved ordet *formidling*. Formidling må forstås som viderebringelse af eksempelvis viden og oplysninger. I relation til forsikring må pengeinstitutternes formidlingsopgave dermed bestå i at foretage lettere rådgivning om samt forestå salg af standardforsikringsprodukter udarbejdet af et forsikringsselskab. Hvor omfangsrig denne rådgivning skal være, vil blive undersøgt i det følgende.

6.2.3 Analysens opbygning

I det følgende vil relevant rets- og ankenævnspraksis om pengeinstitutters og forsikringsselskabers rådgivning som led i formidlingen af forsikringsprodukter blive analyseret og sammenlignet med henblik på at synliggøre den ansvarsnorm, der gør sig gældende. I analysen vil der blive fokuseret på følgende to situationer i relation til formidling af forsikringsprodukter.

- Generel formidling af forsikringsprodukter.
- Anmeldelse ved indtrådt forsikringsbegivenhed.

⁷¹ Samuelsson & Sjøgaard (1993), s. 209.

⁷² Samuelsson & Sjøgaard (1993), s. 205-206.

6.3 Generel formidling af forsikringsprodukter

Som tidligere anført har Finanstilsynet fastslået, at pengeinstitutter kan formidle tegning af forsikringer som accessorisk virksomhed, når forsikringen har en *rimelig* sammenhæng med pengeinstitutvirksomhed. Dette har medført, at pengeinstitutterne i et stigende omfang er begyndt at opfordre til eller ligefrem forlanger, at kunderne tegner forsikring i forbindelse med indgåelse af nye låneengagementer. I det følgende vil en række afgørelser blive analyseret med henblik på at belyse rådgivningsforpligtelsen for pengeinstitutter ved formidling af forsikringsprodukter i relation til oprettelsen af nye engagementer.

Nedenstående to kendelser behandler spørgsmålet om, hvorvidt pengeinstitutter på eget initiativ har en pligt til at rådgive om muligheden for at forsikre sig i forbindelse med optagelse af lån.

I PIA 21/2008 fandtes et pengeinstitut ikke at have handlet ansvarspådragende ved at undlade rådgivning om forsikring. Kunden mente, at pengeinstituttet i forbindelse med køb af en andelsbolig skulle have rådgivet om en forsikring, der ville dække i det tilfælde, hvor én af ægtefællerne døde. Pengeinstitutankenævnet fremhævede, at det ikke kunne påhvile banken på eget initiativ at rådgive kunden og dennes samlevende om et eventuelt behov for yderligere forsikringer eller om konsekvenserne i tilfælde af den enes død. Der var derfor ikke tale om utilstrækkelig rådgivning.

I PIA 329/2010 tog Pengeinstitutankenævnet stilling til, om et pengeinstitut havde handlet ansvarspådragende ved ikke at rådgive kunden og dennes nu afdøde samlever om forsikringer i forbindelse med optagelse af lån i deres ejendom. Kunden anførte, at det måtte stå pengeinstituttet klart, at ingen af parterne grundet deres økonomiske situation ville kunne afvikle lånet ved den andens død. Pengeinstitutankenævnet fandt ikke grundlag for at fastslå, at pengeinstituttet havde ydet utilstrækkelig rådgivning i forbindelse med kundens samlevers overførsel af dennes engagement til pengeinstituttet og kundens optagelse af realkreditlån gennem pengeinstituttet. Ankenævnet bemærkede videre, at det ikke kunne påhvile pengeinstituttet på eget initiativ at rådgive om et eventuelt behov for forsikringer eller om konsekvenserne i tilfælde af den enes død.

Disse kendelser illustrerer, at der ikke påhviler pengeinstitutter en pligt til på eget initiativ at rådgive om forsikringsprodukter ved en kundes anmodning om optagelse af et lån. Med afsæt i det ovenstående kan det efterfølgende overvejes, i hvilket omfang et pengeinstitut skal rådgive om et forsikringsprodukt, når kunden retter henvendelse herom.

I PIA 202/2008 indgik kunden aftale om en MasterCard-konto med tilhørende rejseforsikring. Kunden rettede henvendelse til pengeinstituttet med en forespørgsel om, hvorvidt rejseforsikringen

indeholdt en afbudsforsikring. Pengeinstituttet besvarede bekræftende. Grundet sygdom under en ferie rettede kunden efterfølgende krav om en erstatningsrejse i den tro, at dette var omfattet af rejseforsikringen. Pengeinstituttet afviste kundens krav dels med henvisning til forsikringspolice og dels som følge af manglende tilsagn. Pengeinstituttet påpegede, at de kun havde taget stilling til forespørgslen fra kunden om afbestillingsforsikringen, men ikke spørgsmålet om rejseforsikringen ville dække en erstatningsrejse. Ankenævnet udtalte, at da der ikke blev spurgt ind til rejseforsikringens indhold i øvrigt, og forsikringsbetingelserne var meddelt kunden skriftligt inden rejsens påbegyndelse, var der ikke givet utilstrækkelig rådgivning.

Kendelsen viser, at et pengeinstitut i hvert fald ikke ifalder ansvar for utilstrækkelig rådgivning, når de besvarer kundens spørgsmål. Pengeinstituttet er således ikke i en situation som den foreliggende forpligtet til at rådgive yderligere om dækningsomfanget ved en kundes henvendelse med specifikke spørgsmål vedrørende et forsikringsprodukt.

En anderledes situation forelå i FED 1998.87 V, hvor et pengeinstitut som betingelse for et lån til opstart af selvstændig virksomhed krævede, at kunden tegnede en erhvervsevnetabsforsikring. Kunden indhentede selvstændigt et tilbud fra et andet forsikringselskab, men på et efterfølgende møde anbefalede pengeinstituttet en lignende forsikring fra et andet selskab. Kunden fulgte pengeinstituttets anbefaling på baggrund af rådgivning om, at forsikringen var billigere og dækkede det samme. Efter en ulykke mistede kunden synet på det højre øje. Det oprindeligt indhentede tilbud omfattede udover en dækning i form af en løbende ydelse ved tab af erhvervsevne ligeledes en sumudbetaling ved invaliditet som følge af ulykkestilfælde. Da den sidstnævnte dækning ikke var omfattet af forsikringspolice formidlet af pengeinstituttet, påstod kunden, at denne havde lidt et tab.

Landsretten fandt, at pengeinstituttet som følge heraf ifaldt ansvar for utilstrækkelig rådgivning. Afgørelsen blev begrundet med, at i en situation som den foreliggende, hvor en kunde henvender sig til et pengeinstitut, der formidler forsikringsprodukter, og medbringer et tilbud fra en konkurrent, må der påhvile pengeinstituttet en særlig forpligtelse til nøje at rådgive om eventuelle forskelle i tilbuddenes dækningsområder. Det anførtes videre, at pengeinstituttet ligeledes selv skulle sikre sig et tilstrækkeligt bevis for, at den nødvendige rådgivning var ydet.

Dommen illustrerer, at pengeinstituttet har en skærpet pligt til at rådgive kunden om dækningsområdet, når der foreligger alternative forsikringstilbud, samt at pengeinstituttet bærer bevisbyrden for, at denne rådgivning har fundet sted.

Det er ikke kun i forbindelse med indgåelsen af nye låneengagementer, at pengeinstitutterne berører forsikringsområdet. Som følge af den øgede tendens til at indlemme forsikringsprodukter i naturlig tilknytning til pengeinstituttets traditionelle produkter, vil spørgsmålet om pengeinstituttets rådgivningsforpligtelse ved overflytning af engagementer fra et pengeinstitut til et andet opstå. Det er derfor oplagt i forlængelse af det ovenstående at undersøge rådgivningsforpligtelsen for pengeinstitutter ved overflytning af engagementer, hvortil der er knyttet en forsikring.

UfR 2008.220 H behandlede spørgsmålet om, hvorvidt et pengeinstitut på eget initiativ skal undersøge, om der er tegnet en forsikring som et accessorium til pengeinstituttets traditionelle produkt. I sagen havde en kunde oprettet en kapitalpensionskonto, hvortil der var tegnet en erhvervsevnetabsforsikring. I forbindelse med et pengeinstituts skifte ophørte denne forsikring, og der blev ikke tegnet en tilsvarende forsikring i den nye bank, men kun en forsikring vedrørende varigt mén. Kunden blev udsat for en arbejdsulykke, der medførte et tab af erhvervsevne, men som følge af pengeinstitutskiftet kunne kunden ikke få udbetalt forsikringssummen, da både det gamle og det nye forsikringsselskab afviste dækning. Det forhenværende forsikringsselskab anførte, at forsikringsbegivenheden først indtrådte efter forsikringens ophør, mens det nye forsikringsselskab påpegede, at kundens erhvervsevnetab som følge af arbejdsskaden ikke var omfattet af dækningsområdet. Landsretten tiltrådte, at forsikringsselskaberne ikke skulle dække kundens tab, hvorfor Højesteret udelukkende tog stilling til spørgsmålet om, hvorvidt pengeinstituttet kunne gøres erstatningsansvarlig som følge af utilstrækkelig rådgivning, da pengeinstituttet ikke havde gjort kunden opmærksom på forskellene i forsikringernes dækningsområde.

Højesteret lagde i sin afgørelse vægt på, at kunden selv havde taget initiativ til pengeinstitutskiftet, og der ikke var sket orientering fra den tidligere bank til den nye bank om erhvervsevnetabsforsikringen. Højesteret udtalte:

”Således som sagen er forelagt, finder Højesteret ikke grundlag for at antage, at Nordjyske Bank i 1995 som led i sin rådgivning af A [kunden, red.] under de foreliggende omstændigheder havde pligt til at undersøge, om der til kapitalpensionskontoen i Danske Bank var knyttet en erhvervsevnetabsforsikring. Det bemærkes herved, at der ikke er forelagt oplysninger, om det i 1995 var almindeligt forekommende, at der til en kapitalpensionskonto i et pengeinstitut var knyttet en erhvervsevnetabsforsikring. Det er heller ikke oplyst, om - og i givet fald under hvilke omstændigheder - det var kutyme, at et pengeinstitut, som af en kunde blev anmodet om at overføre en kapitalpensionskonto fra et andet pengeinstitut, ved forespørgsel til dette eller til kunden undersøgte, om der til kontoen var knyttet en erhvervsevnetabsforsikring.”

Endvidere udtalte Højesteret, at pengeinstituttet løbende havde modtaget breve fra forsikringsselskabet, der fremtrådte som kopier af breve, som det nye forsikringsselskab havde sendt til

kunden. På den baggrund måtte pengeinstituttet gå ud fra, at kunden selv modtog de pågældende breve, og derfor påhvilede der ingen pligt for pengeinstituttet til at kontakte kunden om brevenes indhold. Pengeinstituttet blev herefter frikendt.

PIA 96/1997 vedrørte en kundes krav om at blive stillet, som om hendes hidtidige forsikring i det tidligere pengeinstitut fortsat var i kraft. Kundens nye pengeinstitut blev af kundens tidligere pengeinstitut gjort opmærksom på, at der til kundens kapitalpension var knyttet en gruppelivs- og invaliditetsforsikring. Ankenævnet fandt, at det indklagede pengeinstitut, som i mangel af anden oplysning måtte gå ud fra, at kunden ønskede forsikringsdækningen opretholdt, begik en ansvarspådragende fejl ved at meddele det tidligere pengeinstitut, at kontoen skulle opgøres og overføres. Herved blev den tilknyttede forsikring opsagt, uden pengeinstituttet forinden havde sikret sig, at en tilsvarende forsikring kunne tegnes gennem dette.

Den modsatte situation forelå i PIA 268/1997, hvor kundens tidligere pengeinstitut til trods for en opfordring fra kunden ikke orienterede kundens nye pengeinstitut om, at der til kundens og dennes ægtefælles budgetkonto var tilknyttet en gruppelivsforsikring. Ankenævnet udtalte, at det måtte antages, at kunden og ægtefællen enten havde bevaret kundeforholdet hos det tidligere pengeinstitut, eller gennem det nye pengeinstitut havde tegnet en tilsvarende forsikringsdækning, hvis fejlen ikke var blevet begået. Det tidligere pengeinstituts fejl var således årsag til det tab, som kunden havde lidt ved, at der ikke blev udbetalt en forsikringssum ved ægtefællens død.

PIA 362/1999 behandlede spørgsmålet om, hvorvidt en kunde kunne gøre et krav gældende mod et pengeinstitut som følge af manglende videreførelse af en gruppelivsforsikring i forbindelse med overførsel af kundens nu afdøde ægtefælles kapitalpensionsordning til pengeinstituttet. Ankenævnet udtalte, at det i 1992 var almindeligt forekommende, at der til en kapitalpensionskonto var tilknyttet en gruppelivsforsikring. Herefter måtte det påhvile det indklagede pengeinstitut at rette en forespørgsel til det tidligere pengeinstitut eller til kundens ægtefælle for at skaffe oplysninger om, hvorvidt der til kontoen var knyttet en gruppelivsforsikring, og såfremt dette var tilfældet at spørge ægtefællen, om en tilsvarende forsikring ønskedes tegnet gennem det indklagede pengeinstitut. Dette var ikke sket, og pengeinstituttet havde derfor begået en ansvarspådragende fejl.

Ankenævnet valgte herefter at nedsætte erstatningen til det halve som følge af egen skyld fra kundens ægtefælle. Ægtefællen burde selv have rejst spørgsmålet om tegning af en ny forsikring i forbindelse med pengeinstitutskiftet, og denne burde desuden have indset, at der ikke var tegnet en ny forsikring, da der ikke blev betalt forsikringspræmie.

Sagen blev efterfølgende indbragt for domstolene med et andet resultat til følge. I den utrykte afgørelse af 1. august 2001, sag nr. BS 1-840/2000, fastslog Retten i Gladsaxe, at pengeinstituttet ikke var pligtig til selv at foretage undersøgelse af, om der var knyttet en tillæggsforsikring til kapitalpensionen, og det kunne ikke antages, at pengeinstituttet var kommet i besiddelse af oplysninger, der kunne medføre en pligt til at foretage en sådan undersøgelse i den konkrete sag. Herefter udtalte retten, at under hensyn til, at kundens ægtefælle havde udvist egen skyld i et betydeligt omfang, kunne pengeinstituttet ikke drages til ansvar for, at forsikringen ophørte. Da ægtefællen ikke selv havde givet pengeinstituttet oplysninger om forsikringen, da han selv tiltrådte opsigelsen over for sit tidligere forsikringsselskab, og da han ikke reagerede på, at der ikke blev trukket forsikringspræmie, blev pengeinstituttet herefter frifundet.

6.3.1 Assurandørens rådgivningsforpligtelse

Samuelsson og Søgaard anfører, at der for forsikringsselskabers rådgivere gælder det udgangspunkt, at rådgivningen skal måle sig med, hvad den gode og omhyggelige rådgiver på det pågældende område kan præstere.⁷³ Denne definition tegner ikke et klart billede af assurandørens rådgivningsforpligtelse, hvorfor denne søges præciseret i det følgende.

Først og fremmest er det oplagt at undersøge i hvilket omfang, en assurandør har pligt til at oplyse om det pågældende forsikringsselskabs produkter. I kendelsen ANF 2005.66.462 udtalte ankenævnet, at et forsikringsselskab, der i den pågældende sag var repræsenteret ved en assurandør, efter nævnets opfattelse ikke har en almindelig pligt til at orientere en kunde om alle selskabets forsikringsprodukter, samt at en sådan pligt heller ikke kan udledes af reglerne om god skik. Herefter fandt nævnet ikke at kunne pålægge forsikringsselskabet erstatningsansvar for utilstrækkelig rådgivning som følge af, at klageren ikke havde tegnet forsikring, der omfattede de i sagen indtrufne skadesituationer.

Kendelsen ANF 22.315 omhandlede, hvorvidt et forsikringsselskabs undladelse af at rådgive om et forsikringsbehov og en forsikringsmulighed kunne føre til erstatningspligt. Det blev antaget, at kunden ville have tegnet en speciel forsikring til dækning af særligt værdifulde genstande, hvis assurandøren havde rådgivet ud fra kundens behov samt om muligheden for at tegne en sådan forsikring, hvorfor forsikringsselskabet blev ikendt erstatningsansvar. Assurandøren har således en pligt til at vejlede om relevante forsikringsprodukter, når selskabet bliver bekendt med kundens ønsker og behov.

⁷³ Samuelsson & Søgaard (1993), s. 211.

Spørgsmålet er herefter, hvor omfattende assurandørens rådgivningsforpligtelse er, når en kunde retter henvendelse til et forsikringsselskab for at bede om oplysninger vedrørende et specifikt forsikringsprodukt. I ANF 1997.43.182 henvendte en kunde sig til et forsikringsselskab for at bede om oplysninger om omfanget af dækningen i en bagageforsikring. Assurandøren oplyste, at forsikringen dækkede med indtil 10 % af forsikringssummen, men assurandøren oplyste ikke om beløbsgrænsen ved tyveri fra bil. Da assurandøren havde kendskab til de nærmere omstændigheder for kundens kommende ferierejse, der skulle foregå i bil, fandt nævnet, at assurandøren ikke havde opfyldt sin rådgivningsforpligtelse ved at undlade at oplyse om beløbsgrænsen. Det havde ingen betydning for nævnets opfattelse, at klageren selv kunne konstatere dækningsomfanget ved at kigge i forsikringspolice.

I henhold til spørgsmålet vedrørende overførsel af forsikringsprodukter anfører Samuelsson og Søggaard, at det må medføre ansvar for assurandøren, hvis en kunde på assurandørens opfordring ophæver en bestående forsikring med henblik på at tegne en anden uden først at være blevet orienteret om, at der ved det nye forsikringstegning opnås en ringere dækning – enten i form af højere præmie eller dækningshul.⁷⁴

6.3.2 Sammenfatning

Ud fra de gennemgåede domme og kendelser kan det slutes, at der er forskelle mellem den forsikringsrådgivning, der skal ydes af henholdsvis pengeinstitutter og forsikringsselskaber. Der påhviler ikke pengeinstitutter en pligt til på eget initiativ at rådgive om forsikringsprodukter, hvis kunden ikke specifikt ytrer ønske herom. Pengeinstituttet er end ikke forpligtet til at rådgive om forsikringsprodukter i situationer, hvortil der er forbundet en stor økonomisk risiko ved ikke at tegne en forsikring, jf. PIA 21/2008 og PIA 329/2010.

I de tilfælde hvor en kunde spørger ind til dækningsområdet, er det tilstrækkeligt, at pengeinstituttet besvarer disse specifikke spørgsmål, men det kan ikke kræves, at de rådgiver om hele dækningsomfanget, da kunden selv kan orientere sig i forsikringspolice, jf. PIA 202/2008. Det må dog bemærkes, at rådgivningsforpligtelsen skærpes, når kunden medbringer et alternativt forsikringstilbud fra en anden part. Her påhviler der pengeinstituttet en særlig forpligtelse til nøje at rådgive om eventuelle forskelle i tilbuddenes dækningsområder, og ved en eventuel retssag påhviler det pengeinstituttet at løfte bevisbyrden herfor, jf. FED 1998.87 V.

⁷⁴ Samuelsson og Søggaard (1993), s. 220.

Med hensyn til problematikken vedrørende overførsler af engagementer med en dertilhørende forsikring ved en kundes skifte til et andet pengeinstitut, er det afgørende, om pengeinstituttet har en pligt til at undersøge, om der er tilknyttet en forsikring til de produkter, der ønskes overført. I UfR 2008.220 H fastslog Højesteret, at der kan være en særlig anledning til at foretage denne undersøgelse. Dette er tilfældet, såfremt ét af følgende forhold er opfyldt: Såfremt det er almindeligt forekommende, at der til et givet pengeinstitutprodukt er tilknyttet et bestemt forsikringsprodukt, skal pengeinstituttet undersøge, om dette er tilfældet. En sådan særlig anledning kan dog også blive aktuel, hvis det er kutyme, at et pengeinstitut i forbindelse med en kundes anmodning om overførsel af et engagement fra et andet pengeinstitut undersøger, om der er tilknyttet en sådan forsikring. Dette var ikke tilfældet i dommen, hvorfor pengeinstituttet blev frifundet.

Når pengeinstituttet derimod modtager oplysninger om tilstedeværelsen af en forsikring, har de pligt til at rådføre sig med kunden om, hvorvidt denne ønsker, at forsikringen opretholdes, inden overflytningen effektueres og forsikringen ophører, jf. PIA 96/1997. Kundens forhenværende pengeinstitut har tillige en pligt til at oplyse det nye pengeinstitut om, at kunden har en forsikring tilknyttet, hvis kunden opfordrer pengeinstituttet til at oplyse dette, jf. PIA 268/1997.

I forlængelse heraf bør det bemærkes, at kundens egne forhold også har betydning for udstrækningen af rådgivningsforpligtelsen. For at sikre sig selv bedst muligt bør kunden derfor selv gøre opmærksom på tilstedeværelsen af en eventuel forsikring. Kundens adfærd kan i visse tilfælde være en afgørende faktor for, hvorvidt pengeinstituttet ifalder ansvar, da naivitet ikke diskulperer jf. den utrykte afgørelse af 1. august 2001, sag nr. BS 1-840/2000.

Forsikringsassurandøren har som udgangspunkt ikke pligt til at fortælle om alle selskabets forsikringsprodukter, men såfremt kunden udtrykker et særligt ønske om dækningsområde, skal assurandøren rådgive om de relevante forsikringsprodukter, jf. henholdsvis ANF 2005.66.462 og ANF 22.315.

I modsætning til et pengeinstitut påhviler der forsikringsselskabet en mere omfattende rådgivningsforpligtelse ved kundens spørgsmål til dækningsomfanget. Tilstedeværelsen af en forsikringspolice fritager herefter ikke assurandøren for at oplyse dækningsomfanget ved en kundes henvendelse, da assurandøren har pligt til at klarlægge kundens ønsker og behov for derefter at præstere en individuelt tilpasset rådgivning, der gør kunden opmærksom på dækningens omfang og begrænsninger, jf. ANF 1997.43.182.

6.4 Anmeldelse ved indtrådt forsikringsbegivenhed

I ovenstående blev det klarlagt, hvilke krav henholdsvis pengeinstitutter og assurandører er underlagt i forbindelse med formidling af forsikringsprodukter. Det er nærliggende også at belyse, om pengeinstituttet er forpligtet til at yde yderligere rådgivning, som ikke er i umiddelbar tilknytning til formidlingssituationen.

I det følgende tages der udgangspunkt i, hvorvidt der gælder en rådgivningsforpligtelse ved kundens anmeldelse af en forsikringsbegivenhed. Det må stå klart, at forsikringsselskabet har en forpligtelse til at vejlede deres kunder om anmeldelsesproceduren, når en forsikringsbegivenhed er indtrådt. De følgende to kendelser omhandler i hvilket omfang, der også påhviler pengeinstituttet en sådan forpligtelse, når dette har formidlet en forsikring.

PIA 195/2012 vedrørte en kundes krav om erstatning begrundet i for sen anmeldelse af en forsikringsbegivenhed i henhold til en forsikringsaftale om gruppeinvalidiserende formidlet gennem et pengeinstitut. Pengeinstitutankenævnet udtalte i den forbindelse, at det forhold, at forsikringen var tegnet via pengeinstituttet, ikke i sig selv kunne medføre en pligt for pengeinstituttet til at rådgive kunden vedrørende anmeldelse af skaden. Dette måtte gælde uanset, om pengeinstituttet var bekendt med, at kunden var sygemeldt.

Kendelsen PIA 351/2011 vedrørte en kundes krav om erstatning begrundet i for sen anmeldelse af en forsikringsbegivenhed vedrørende en invalideforsikring tegnet gennem en sparekasse. Efter tildeling af førtidspension holdt kunden et særskilt møde med sparekassen om drøftelse af hendes samlede økonomiske og pensionsmæssige forhold som følge af førtidspensioneringen. Den rådgiver, hun holdt møde med, var også den, der havde formidlet tegningen af forsikringen, og den pågældende rådgiver oplyste selv i sit markedsføringsmateriale at have særlig indsigt i pensionsforhold. Ankenævnet udtalte, at under sådanne særlige foreliggende omstændigheder burde sparekassen have gjort kunden opmærksom på muligheden for at rejse krav om erstatning for erhvervsevnetab i henhold til forsikringen.

6.4.1 Sammenfatning

Som udgangspunkt har pengeinstituttet ikke en pligt til at rådgive deres kunder om anmeldelsen af en skade, jf. PIA 195/2012. Dette faktum ændres ikke af, at pengeinstituttet er bekendt med, at en forsikringsudløsende begivenhed er indtrådt.

Situationen er dog en anden, når en kunde beder om et særskilt møde med pengeinstituttet til drøftelse af sine samlede økonomiske og pensionsmæssige forhold. Når pengeinstituttets rådgiver tilmed omtaler sig som ekspert i sit markedsføringsmateriale, må kunden have en forventning om, at rådgiveren har kendskab til alle facetter af de områder, der skal rådgives om, hvorfor ansvarsbedømmelsen skærpes. Dette ansvar kan anskues og forklares ud fra Langsteds betragtninger vedrørende maskeansvar, jf. afsnit 4.5.2. Slår man sig op som en særlig ekspert inden for et område, fastsættes ansvarsnormen herefter.

6.5 Konklusion

På baggrund af analysen af rets- og ankenævnspraksis kan der spores en række tendenser til, at der stilles forskellige krav til den rådgivning, som henholdsvis pengeinstituttet og forsikringsselskabet skal give i tilknytning til formidling af forsikringsprodukter.

Som udgangspunkt påhviler der ikke en pligt for pengeinstituttet til på eget initiativ at rådgive om forsikringsprodukter. Selv hvor der er forbundet en betydelig økonomisk risiko ved ikke at tegne en forsikring, er pengeinstituttet ikke forpligtet til på eget initiativ at rådgive om forsikringsprodukter, jf. PIA 21/2008 og PIA 329/2010. Kundens nye pengeinstitut har dog i forbindelse med en kundes overførsel af sine engagementer en pligt til på eget initiativ at undersøge, om der er tilknyttet en forsikring til engagementerne, hvis der enten eksisterer en kutyme herfor, eller såfremt der typisk tilknyttes forsikringer til det pågældende engagement, jf. UfR 2008.220 H.

Når pengeinstituttet har påtaget sig at rådgive kunden om forsikringsmulighederne, er rådgivningen tilstrækkelig, når pengeinstituttet efter henvendelse fra kunden besvarer dennes specifikke spørgsmål. Der stilles derimod ikke krav om, at der skal rådgives om hele dækningsomfanget, da kunden selv kan orientere sig i forsikringspolice, jf. PIA 202/2008. Pengeinstituttets rådgivningsforpligtelse i forbindelse med formidling af forsikringsprodukter omfatter ikke en pligt til at rådgive deres kunder om anmeldelse af en skade, jf. PIA 195/2012. Det skal dog bemærkes, at ansvarsbedømmelsen skærpes, når pengeinstituttets rådgiver fremstår som ekspert inden for det pågældende område.

Anderledes forholder det sig for forsikringsselskabet, der dog ikke har pligt til at rådgive om alle selskabets forsikringsprodukter, men i hvert fald skal rådgive om de forsikringsprodukter, der efter en grundig undersøgelse af den enkelte kundes ønsker og behov synes at være relevante, jf. henholdsvis ANF 2005.66.462, ANF 1997.43.182 og ANF 22.315. Modsat pengeinstituttet bliver

forsikringsselskabet ikke fritaget for at rådgive om dækningsomfanget ved en kundes henvendelse, selvom der foreligger en forsikringspolice med de væsentligste oplysninger.

På baggrund af analysen må det påpeges, at der synes at være en række tendenser til, at pengeinstituttets rådgivningsforpligtelse i forbindelse med formidling af forsikringsprodukter er mindre omfattende end forsikringsselskabets.

Som følge af det ovenstående bør det overvejes, hvilke elementer de forskellige ansvarsnormer i relation til rådgivningsforpligtelsen kan begrundes ud fra. Det bør bemærkes, at hverken pengeinstituttets eller forsikringsselskabets ansatte er uafhængige rådgivere. Disse aktører har alle en sælgerfunktion, da de er ansat med henblik på at afsætte så mange produkter som muligt.

Pengeinstituttet formidler et standardforsikringsprodukt fra et andet selskab som et accessorium til deres hovedydelse, og de har derfor nærmest ingen indflydelse på hverken dækningsomfang, præmiens størrelse eller forsikringssummen. Selvom pengeinstituttet ikke har den store indflydelse på forsikringspolicens indhold, må kunden berettiget kunne forvente, at pengeinstituttet har et vist kendskab til det pågældende produkt. Omvendt må det dog også stå klart for kunden, at pengeinstituttet som formidler af forsikringsprodukter ikke er nærmest til at rådgive om alle facetter. Det er forsikringsselskabet, der bedst kender deres egne produkter, og da forsikringsselskabets ansatte gennem deres uddannelse og erfaring må antages at have større kendskab og knowhow inden for området end pengeinstituttets medarbejdere, må de være nærmest til at rådgive.

Dette medfører dog ikke, at pengeinstituttet kan bevæge sig ansvarsfrit ind på forsikringsområdet. Når pengeinstituttet vælger at formidle forsikringer, må det forventes, at de besidder et vist kendskab til produkterne og kan rådgive kunden i et rimeligt omfang. Der kan derfor argumenteres for, at ansvarsnormen ved pengeinstituttets rådgivning ved formidling af forsikringer med rette er lempeligere end forsikringsselskabets.

Da pengeinstituttet ikke opnår den store profit ved at formidle forsikringsprodukter på vegne af et forsikringsselskab, kunne man forestille sig, at et incitament for at formidle forsikringsprodukter formentlig er ønsket om at kunne tilbyde kunderne en totalløsning. En sådan løsning vil sikre pengeinstituttet større profit på længere sigt i takt med, at kunden samler sine engagementer, og samtidig styrkes pengeinstituttets konkurrenceevne i et marked, der konstant udvides og udvikles.

7. Samlet konklusion

Udviklingen i det moderne samfund har medført, at pengeinstitutterne har fået en langt mere omfattende rolle end tidligere, da de ikke længere blot beskæftiger sig med typisk ind- og udlånsvirksomhed. Samfundet er i takt med denne udvikling blevet mere komplekst, hvorfor der i højere grad end tidligere efterspørges professionel rådgivning inden for en lang række områder. Dette har betydet, at mange finansielle virksomheder, herunder pengeinstitutter, har påtaget sig en række rådgivningsopgaver for at være mere konkurrencedygtige og fastholde deres placering på markedet. Brancheglidningen har gjort, at pengeinstitutternes arbejdsområde er blevet udvidet til at omfatte opgaver, der også varetages af andre professionsudøvere.

Formålet med projektet har været at undersøge, hvorvidt pengeinstitutterne underlægges den samme ansvarsnorm som de traditionelle aktører, når deres rådgivning i henhold til kurssikring og formidling af forsikringsprodukter viser sig at være manglende eller utilstrækkelig.

De foretagne analyser synes at indikere, at pengeinstitutterne ikke er underlagt den samme ansvarsnorm i relation til den rådgivning, der skal ydes i forbindelse med varetagelsen af rådgivningsopgaver i grænseområder til pengeinstitutvirksomhed. Det skal dog bemærkes, at analyserne primært er foretaget på baggrund af ankenævnspraksis, og grundet disses tvivlsomme placering i retshierarkiet, må konklusionerne i det følgende tages med et vist forbehold.

I relation til rådgivning vedrørende kurssikring viser den mest markante forskel sig i, at pengeinstitutterne ikke skal levere en ligeså udførlig og detaljeret rådgivning som advokaten. Det påhviler i langt højere grad advokaten at sikre sig klientens forståelse for betydningen af kurssikring, hvorimod pengeinstitutterne ikke på samme måde er forpligtet til at sikre sig, at kunden forstår den økonomiske risiko ved kurssikring. Modsat pengeinstitutterne kan advokaten ikke holde sig ansvarsfri ved at henvise til en anden rådgiver i relation til kurssikringsproblematikken.

Ved rådgivning i forbindelse med formidling af forsikringsprodukter spores ligeledes en tendens til, at kravene til pengeinstitutterne adskiller sig fra de krav, der stilles til forsikringsselskabet. Pengeinstituttet har som udgangspunkt ikke pligt til på eget initiativ at rådgive om forsikringsprodukter modsat forsikringsselskabet, der skal rådgive om de forsikringsprodukter, som efter en grundig undersøgelse af den enkelte kundes ønsker og behov synes at være relevante. Det bør dog bemærkes, at kundens nye pengeinstitut i forbindelse med en kundes overførsel af sine engagementer i visse tilfælde har en pligt til på eget initiativ at undersøge, om der er tilknyttet en forsikring til engagementerne.

Pengeinstitutterne har en meget begrænset pligt til at rådgive om dækningsomfanget i forhold til forsikringsselskabet, da pengeinstitutternes medarbejdere alene skal svare på specifikke spørgsmål, hvorimod assurandøren i langt højere grad skal afdække dækningsomfanget ved henvendelse fra en kunde.

Til trods for tendenserne til, at ansvarsnormen for pengeinstituttets rådgivningsforpligtelse i disse grænseområder synes at være mildere end de traditionelle aktørers, skal visse minimumskrav efterleves. Ifølge Vibe Ulfbeck går udviklingen formentlig i retning af dannelsen af selvstændige, tværgående ansvarsnormer, hvilket medfører, at ansvarsbedømmelsen således bevæger sig fra et statusbestemt professionsansvar til et funktionsbestemt professionsansvar.⁷⁵ Det må konkluderes, at dette funktionsbestemte professionsansvar ikke er slået fuldt ud igennem i forhold til rådgivningsforpligtelsen i relation til kurssikring og formidling af forsikringsprodukter. I de tilfælde, hvor pengeinstitutterne direkte betegner sig som særlig ekspert på et givent område, skærpes ansvarsbedømmelsen dog. Denne skærpelse harmonerer med Lars Bo Langsteds betragtninger om maskeansvar, hvor en rådgivers ansvar følger af den identitet, som rådgiveren fremtræder over for omverdenen med.⁷⁶

Den umiddelbare formodning om, at et pengeinstitut bør vurderes ud fra samme ansvarsmålestok som en traditionel rådgiver på et givent område, må efter nærmere analyse af de respektive områder genovervejes og nuanceres. På trods af at der rådgives om samme område, er der alligevel elementer, der taler for, at ansvarsbedømmelsen for pengeinstitutter er mere lempelig.

Det må imidlertid synes meget naturligt, at pengeinstitutterne rådgiver om kurssikring, da pengeinstitutterne om nogen har indsigt i dagskurserne på markedet og tendenserne for den økonomiske udvikling generelt, herunder fremtidige forventninger til kursudviklingen. Modsat bør det dog bemærkes, at pengeinstitutternes rådgivere ikke har den samme uddannelsesmæssige baggrund som den traditionelle rådgiver på det pågældende område, hvorfor forudsætningerne for at yde rådgivning er forskellige.

Pengeinstituttets rådgivere optræder ikke på samme måde som advokaten som en uafhængig rådgiver, og det må stå kunden klart, at pengeinstitutternes rådgivning sker med henblik på afsætning. Ud fra dette synspunkt kan det forsvares, at pengeinstitutterne ikke er underlagt helt de samme krav i tilknytning til den rådgivning, der ydes i grænseområder.

⁷⁵ Ulfbeck (2010), s. 26.

⁷⁶ Langsted (2004), s. 250.

Ud fra et forbrugersynspunkt medfører brancheglidningen både fordele og ulemper. Ved at pengeinstitutterne inddrager grænseområder i deres rådgivningsvirksomhed, forbedres pengeinstitutternes mulighed for at tilbyde deres kunder totalløsninger. Kunden kan således modtage en tværfaglig, helstøbt rådgivning ét sted. En forskel i ansvarsbedømmelsen for forskellige rådgivere på et bestemt område kan dog synes uigennemsigtig for kunden. Brancheclidningens udviskning af faggrænser gør det svært for kunden at gennemskue, hvilken rådgiver, der er den mest kompetente samt hvilke krav, den enkelte rådgiver er underlagt.

8. Abstract

"An analysis of the standard of liability in connection to consultancy given by financial institutions in the borderland among other professions"

The development of modern society has caused that the financial institutions now have a more extensive role than before. Their activities include more than just dealing with depositing and lending business. Because of this development society has increased its complexity, and a greater demand for professional advice on a wide range of areas has arisen.

This has meant that many financial institutions (including banking) have undertaken a number of consultancy assignments in order to be more competitive. The erosion of sectorial barriers has changed the function of the financial institutions. They have expanded their supplies to include tasks that traditionally have been performed by other professional actors.

Therefore the aim of this project is to examine whether the financial institutions are judged by the same standards of liability as the traditional actors when their advice in relation to hedging and distribution of insurance products proves to be completely lacking or insufficient.

The analyses seem to indicate that the financial institutes are not judged by the same standards of liability as traditional actors when providing professional advice in border areas to banking business.

In relation to hedging the most significant difference is that the financial institutions don't have to provide an equally comprehensive and detailed advising as compared to an attorney. Unlike financial institutions, lawyers cannot hold themselves free from liability by referring to another adviser in relation to hedging problems.

There are also differences in the demands which the financial institutes and insurance companies are met by in connection to distribution of insurance products. The financial institutes are not generally on their own initiative required to provide advising of insurance products unlike the insurance companies, which have to advise of the relevant insurance products after a thorough analysis of each client's needs and wishes.

Despite the tendency to judge the financial institutes less strict than traditional actors on certain areas, minimum requirements must be fulfilled. In those cases where the financial institutes directly describe themselves as experts in a given area they are met by a sharpened standard of liability.

9. Litteraturliste

Bøger

Baldvinsson, Cato, Brokhattingen, Flemming, Busck-Nielsen, Kim & Rasmussen, Flemming Nytoft: Dansk Bankvæsen, 4. udgave, Forlaget Thomson/FSR, 2000.

Camphausen, Michael: Pengeinstitutter – Tilladelse, eneret & virksomhedsområde, 1. udgave, Karnov Group, 2011.

Eyben, Bo von: Juridisk Ordbog, 13. udgave, Thomson Reuters, 2008.

Eyben, Bo von & Isager, Helle: Lærebog i Erstatningsret, 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.

Finansrådet: Pengeinstitutternes professionsansvar – en gennemgang af rådgiveransvaret, Finansanalyse nr. 5, 1995.

Hagenau, Thue: Pengeinstitutternes rådgivningsansvar ved værdipapirhandel, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010.

Halling-Overgaard, Søren: Advokaters erstatningsansvar, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2011.

Jensen, Camilla Hørby (ansv. red.), Pedersen, Hans Viggo Godsk, Clausen, Nis Jul & Legind, Nina Dietz: Bankjura – Udvalgte emner, 1. udgave, Jurist- & Økonomforbundets Forlag, 2010.

Langsted, Lars Bo: Rådgivning I – det professionelle erstatningsansvar, 1. udgave, Forlaget Thomson, 2004.

Lynge-Andersen, Lennart (red.) m.fl.: 8 perspektiver på finansiel rådgivning, 1. udgave, Gjellerup, 2005.

Lynge-Andersen, Lennart & Møgelvang-Hansen, Peter: Finansiell Rådgivning – Et debatoplæg om pengeinstitutternes rådgivningsansvar, 1. udgave, Thomson Information, 1997.

Juul, Henrik: Pris og kvalitet – på pengeinstitutområdet, 1. udgave, Gjellerup, 2006.

Samuelsson, Morten og Søgaard, Kjeld: Rådgiveransvaret, 1. udgave, Forsikringshøjskolens Forlag, 1993.

Ulfbeck, Vibe: Erstatningsretlige grænseområder – Professionsansvar, produktansvar og offentlige myndigheders erstatningsansvar, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010.

Werlauff, Erik: Selskabsret, 8. udgave, Thomson Reuters, 2010.

Juridiske artikler

Faurdal, Lisbeth: Rådgivning i et juridisk perspektiv – specielt med henblik på den finansielle sektor, i *Lynge-Andersen, Lennart* (red.): 8 perspektiver på finansiel rådgivning, 1. udgave, Gjøellerup, 2005, s. 59-99.

Jensen, Camilla Hørby: Pengeinstitutternes rådgivning – med udgangspunkt i bekendtgørelsen om god skik for finansielle virksomheder, i *Pedersen, Hans Viggo Godsk*: Juridiske Emner ved Syddansk Universitet, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005, s. 123-140.

Jørgensen, Stig: Et funktionsbestemt professionsansvar, Rettid 2001.

Lynge-Andersen, Lennart & Møgelvang-Hansen, Peter: Et mere loyalt gennemsigtigt rådgivningsbegreb i den finansielle sektor?, i *Lynge-Andersen, Lennart* (red.): 8 perspektiver på finansiel rådgivning, 1. udgave, Gjøellerup, 2005, s. 59-99.

Artikler

Langsted, Lars Bo: Bankrådgiver eller sælger, offentliggjort i Jyllandsposten d. 5. marts 2010, Erhverv s. 14.

Betænkninger

Betænkning nr. 1108 af juni 1987 om brancheglidning i den finansielle sektor, Industriministeriet.

Betænkning nr. 1362 af 26. november 1998 om rådgiveransvar, Erhvervsministeriet.

Love og bekendtgørelser

Bekendtgørelse nr. 1406 af 20. december 2012 om god skik for finansielle virksomheder, investeringsforeninger mv.

Bekendtgørelse nr. 705 af 25. juni 2012 af lov om finansiel virksomhed.

Bekendtgørelse nr. 1717 af 16. december 2010 af lov om omsætning af fast ejendom.

Bekendtgørelse nr. 1008 af 24. oktober 2012 af lov om rettens pleje.

Vejledninger

Vejledning nr. 9055 af 13. februar 2013 til bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder, investeringsforeninger mv.

Domsregister

Ugeskrift for Retsvæsen (UfR):

UfR 1996.200/2 H

UfR 1998.344 V

UfR 1998.1215 V

UfR 1999.1133 Ø

UfR 2008.220 H

Forsikrings- og Erstatningsretlig Domssamling (FED):

FED1997.1582 V

FED 1997.1602 V

FED 1997.1971 Ø

FED 1998.87 V

FED 1998.1672 V

FED 2006.8 V

Utrykte afgørelser:

Retten i Gladsaxes dom af 1. august 2001, sag nr. BS 1-840/2000.

Kendelsesregister

Kendelser fra Pengeinstitutankenævnet (PIA):

PIA 96/1997	PIA 182/2005	PIA 361/2008	PIA 329/2010
PIA 268/1997	PIA 92/2006	PIA 385/2008	PIA 727/2010
PIA 362/1999	PIA 264/2006	PIA 102/2009	PIA 152/2011
PIA 497/1999	PIA 21/2008	PIA 433/2009	PIA 343/2011
PIA 336/2001	PIA 202/2008	PIA 1228/2009	PIA 351/2011
PIA 129/2005	PIA 313/2008	PIA 1263/2009	PIA 195/2012

Kendelser fra Ankenævnet for Forsikring (ANF):

ANF 22.315 ANF 1997.43.182 ANF 2005.66.462

Andet

Finanstilsynets skrivelse af 14. juli 1997: Lov om banker og sparekasser m.v. § 1, stk. 4 og 1 a, stk. 2 - Vedrørende pengeinstitutternes muligheder for at foretage skødeskrivning.

Finanstilsynets skrivelse af 6. august 1997: Lov om banker og sparekasser m.v. § 1 a, stk. 2 og § 54, stk. 2 - Vedrørende pengeinstitutters mulighed for at formidle et forsikringsprodukt.