Ankenævnet for Forsikring

903/12

Den 14. november 2012 blev i sag nr. 82.824:

xxxxxx xxxxxxxx
xxxx xxxxxxxxxx xxx xx
xxxx xxxxx

mod

Topdanmark Forsikring A/S
Borupvang 4
2750 Ballerup

afsagt

k e n d e l s e :

Forsikringstageren har retshjælpsforsikring i Topdanmark Forsikring A/S. Han klager over, at selskabet har afvist at yde tilsagn om forsikringsdækning til en påtænkt retssag mod en bank. Det er klagerens opfattelse, at banken har handlet ansvarspådragende i forbindelse med klagerens lånefinansierede investeringer og valutaterminsforretninger, der foregik via banken.

Selskabet har afvist at yde tilsagn om forsikringsdækning med henvisning til, at klageren ikke er repræsenteret ved advokat. Selskabet har endvidere påpeget, at tvisten mellem klageren og banken er omfattet af forsikringsbetingelsernes undtagelsesbestemmelse om erhvervsudøvelse, samt at der ikke er rimelig grund til at føre sagen.

I brev af 26/7 2012 til nævnet fra selskabet hedder det bl.a.:

> "**Retshjælpsforsikringen forudsætter, at en advokat har påtaget sig sagen**
> Vi er ikke klar over, hvorvidt [klageren] i dag er repræsenteret ved advokat, hvilket jo er en betingelse for retshjælpsdækning.
>
> **Tvist om investering - Pengeinstitutankenævnet har afsagt kendelse**
> Tvisten relaterer sig til investeringskreditter. Det er vores kundes påstand, at banken har handlet ansvarspådragende i forbindelse med mangelfuld rådgivning blandt andet i forbindelse med et antal valutahandler, og at banken derfor ikke er berettiget til at modtage betaling for de opkrævede beløb. Sagen har forud for bankens stævningsudtagelse været indbragt for Pengeinstitutankenævnet af [klageren].

Pengeinstitutankenævnets kendelse er '…/2009 Spørgsmål om bankens rådgivning i forbindelse med lånefinansieret investering og valutaterminsforretninger'. Et enigt nævn udtaler: 'Indledningsvis bemærkes, at Ankenævnet finder, at sagen ikke skal afvises.
Ankenævnet lægger ud fra de foreliggende oplysninger til grund, at klagerens risikoprofil var høj risiko.
Ankenævnet finder ikke grundlag for at fastslå, at banken har begået ansvarspådragende fejl ved rådgivningen af klageren, der hverken kunne være uvidende om den risiko, der er forbundet med investering i aktier eller om den yderligere risiko en lånefinansiering af investeringen indebærer.
Det er heller ikke godtgjort, at banken var forpligtet til at kontakte klageren i tilfælde af, at klagerens aktier og valutaterminsforretninger havde nået et bestemt tab. Herved bemærkes, at det ikke af rammeaftalen af 17. juli 2008 fremgår, at banken havde en sådan forpligtelse. Klageren modtog endvidere hver måned i 2008 en investeringsoversigt med opgørelse af aktuelle værdipapirbeholdning og afkast. Som følge heraf træffes følgende. Klagen tages ikke til følge.'

Sagen blev søgt genoptaget ved Pengeinstitutankenævnet
Sagen har af [klagerens] (tidligere) advokat været søgt genoptaget ved Penge- institutankenævnet i marts 2011. Nævnets næstformand fandt, at de af klager fremførte forhold blev behandlet ved ankenævnets afgørelse i sag …/2009 og var en del af den afgjorte sag. Der var således ikke grundlag for at genoptage sagen.

Sagen anmeldes af advokat, og vi afviser ud fra vilkårenes pkt. 2 og pkt. 3, 1
Vi modtager den 9. november 2011 en anmodning om retshjælpsdækning fra advokatfirmaet … ved advokat … med kopi af processkrifter og bilagsmateriale.

Ved brev af 6. december 2011 afviser vi retshjælpsdækning til sagen med henvisning til, at tvisten rammes af retshjælpsforsikringens undtagelsesbestemmelse om erhvervsudøvelse, og henviser blandt andet til, at der er sket investering for lånte midler. Vi henviser endvidere til, at sagen har været indbragt for Pengeinstitutankenævnet.

Herefter hører vi ikke mere til sagen, før vi modtager en mail fra 23. maj 2012 direkte fra vores kunde [klageren], hvor han beder os genoptage sagen. Vi svarer den 30. maj 2012, at vi vil gennemgå sagen, og samme dag modtager vi endnu en mail med hans argumenter for at vi skal give retshjælpsdækning.

Investeringerne har karakter af spekulation
Vi besvarer vores kundes henvendelser ved brev fra 12. juni 2012, hvori vi fastholder, at investering for lånte midler har karakter af spekulation. Vi gør samtidig opmærksom på, at hvis han ikke er repræsenteret ved advokat, må vi allerede af den grund afvise retshjælpsdækning.

Vi kan af den indbragte klage til jer se, at klagen er dateret den 25. juni 2012 og at han heri henviser til sine to mails af henholdsvis 19. juni 2012 og 22. juni 2012, og at han ikke har afventet vores svar.

Jeg besvarer kundens mails ved mail af 13. juli og redegør på ny for, hvorfor vi ikke kan give retshjælpsdækning til sagen.

Jeg henviser til denne mail, som jeg mener oplyser sagen i forhold til retshjælpsforsikringens dækningsomfang.

For os at se er der tale om en tvist, som ifølge nævnets almindelige praksis må anses for erhvervsmæssig i retshjælpsforsikringens forstand. Visse investeringstvister kan efter helt konkrete omstændigheder være dækket på en retshjælpsforsikring, hvis tvisten alene har karakter af sædvanlig formuepleje, og i øvrigt opfylder retshjælpsforsikringens krav om rimelighed. Sådanne særlige omstændigheder gør sig ikke gældende i denne sag, hvor [klageren] har indgået et betydeligt antal investeringer foretaget over flere år ad flere omgange og i finansielle instrumenter som højrisiko aktier og valutaterminsforretninger, ligesom Pengeinstitutankenævnet ikke har givet klager medhold i hans klage.

Der er således ikke tale om en privat retstvist - vilkårenes pkt. 2, stk. 1. Tvisten rammes af undtagelsesbestemmelsen om erhvervsudøvelse, ligesom vi ikke finder, at vores kunde har rimelig grund til at føre proces. Retshjælpsforsikringen dækker kun omkostninger afholdt med rimelig grund, jf. vilkårenes pkt. 5 stk. 1."

Dertil har klageren i brev af 8/8 2012 til nævnet bl.a. anført:

"Kort kommentar til Topdanmarks brev af 26/7.2012. Det var en advokat der i første omgang søgte retshjælp, at jeg ikke har råd til at betale advokat længere, skyldes som sådan Topdanmarks afslag. Det derfor ikke rimeligt, Topdanmark vedbliver at hævde, klagen skal fremsendes gennem advokat, idet selve ansøgningen implicit beviser, sagen ønskes ført af advokat, såfremt retshjælp bevilges.

Sagsbehandlingstiden er oplyst værende 10 måneder. Der lukreres på dette faktum fra Topdanmarks side, idet de ved, at jeg ikke kan udsætte retssagen, og derfor på denne måde, hvad enten jeg vinder eller taber klagesagen, ikke kan få betalt advokatomkostninger, idet jeg ikke kan få en advokat til at påtage sig sagen, og afvente betaling til klagesagen er afklaret.

Derfor opfordres Nævnet til at gøre en undtagelse og behandle klagesagen nu.

Topdanmark giver afslag grundet man mener sagen er urimelig at føre, og henviser til PEA 81/2009, som Top argumenterer malerisk for som argument for dette.
Det nedenfor fremsendte beviser, sagens væsentlige punkter overhovedet ikke er behandlet i pengeinstitutankenævnet. Endvidere har PEA direktør … frivilligt, som vidne i retten, lovet at besvare spørgsmål der dokumenterer, at PEA ikke er sluppet særlig heldig fra …/2009.
Eftersom sagen i det væsentlige således drejer sig om forholdet(rådgivningsforløbet) før og under selve aftaleindgåelsen, hvorunder aftalen blev til det Topdanmark kalder for erhvervsmæssig, Er dette selvfølgelig dækket af retshjælpsforsikringen. Da jeg er almindelig forbruger, og der er tale om en aftale hvor den stærke part udnytter den svage parts uvidenhed, samt derforuden fører denne bag lyset ved ikke at give den rådgivning, lovgivningen tilsiger. Havde jeg kendt de korrekte omstændigheder omkring denne aftale, herunder, at banken solgte mig en aftale stridende mod deres egne retningslinjer, ville jeg aldrig have været part i sådanne aftaler.
…
Ufuldstændig liste med anbringender, der sandsynliggør og beviser at Landbobanken ikke har ydet rådgivning eller korrekt rådgivning i forbindelse med etablering af de gearede investeringer, og derfor ikke burde have solgt mig disse:

- Investeringsrådgiverne blev 'målt' på den udlåns omsætning de kunne generere for banken, dette skulle jeg have været informeret om i flg. Reglerne. (Provisionslønnede rådgivere)
- Jeg har ikke haft arbejde, på tidspunktet for aftaleindgåelsen - meget lav indkomst.

- Jeg havde intet kendskab til investeringer overhovedet, på tidspunktet for aftaleindgåelsen.
- Har aldrig modtaget information omkring lovgivning, eller om hvordan jeg skulle forstå bankens afregninger mv. Derfor har jeg ikke været klar over betydningen af execution only handel. **Execution only handel, er direkte stridende mod den aftale om rådgivning, jeg går ud fra var indgået med banken. Banken ifalder skærpet ansvars og rådgivnings forpligtigelse**

ved 'gearing' - Ankenævns afgørelse 1079/2010 (identisk på mange pkt.)

- Banken var ikke bekendt med min formue og formuefordelingen mellem ægtefæller.
- Banken har ikke fremlagt dokumentation for hvordan de er kommet frem til at min økonomi selvstændigt kunne bære de tab der kan være ved sådanne dispositioner, til trods for at de gentagne gange er opfordret til dette. (Banken har ikke foretaget/kunnet foretage egnethedstest lovkrav fra 1/11 2007) Bankens handlemåde har fra start været stridende mod god skik regler fra 2004, men fra november 2007, hvor der trådte nye regler ikraft, burde banken foretage en egnethedstest. Og igen fundet, at min økonomi ikke kunne bære de foreslåede gearinger. Banken har i deres replik, indrømmet der ikke findes yderligere papir i sagen. Denne egnethedstest og rådgivning iøvrigt med hensyn til portefølje udseende har jeg aldrig modtaget. (Det har andre kunder, hvilket jeg har dokumentation for.)
- Jeg er aldrig blevet rådgivet om den reelle risiko, til trods for, at banken ifalder skærpet ansvar, ved salg af gearede produkter. Dog modtaget bankens ansvarsfraskrivelse, men dette er ikke rådgivning iflg. Ankenævnets arbejdsvejledning og et par fundne afgørelser.
- Jeg er aldrig blevet spurgt hvor meget jeg var villig til at miste i forbindelse med investeringerne - hvilket bør være et led i rådgivningen, specielt ved gearede investeringer.
- 11 md. 2007 uden rådgivning udfyldt skema, (fremsendt til min bopæl uden forklaring om MIFID lovgivningen), bankens råd burde fremover taget udgangspunkt heri, og da min personlige formue ikke fremgår på dette skema, måtte investering rådgivning ikke finde sted iflg. MIFID regler. Skemaet er tillige genstand for flere uoverensstemmelser, jeg ikke kommer ind på her. Blandt andet - tidshorisont på 4 år, der ikke er taget hensyn til i rådg.
- 8. md 2008 udfyldt Mifid skema nr 2. Her fremgår intet omkring formueforhold. Banken må så iflg. Mifid regler ikke yde rådgivning -- Hvilket beviser banken ikke har givet rådgivning. Ligesom investeringshorisonten på dette skema er 3 år, men dette faktum
- har banken ladet passere, banken har således ikke rådgivet udfra en investeringshorisont på 3 år.
- Jeg er ikke på noget tidspunkt blevet frarådet disse investeringer, på trods af, at jeg har bankens egen dokumentation for at de har en procedure på området, svarende til andre banker (16 ialt fra undersøgelse foretaget af finanstilsynet.) hvis banken havde fulgt denne procedure, havde jeg fået en anbefalet portefølje af banken, og råd udfra blandt andet en investeringshorisont på henholdsvis 3 og 4 år og min økonomiske situation. Hvis jeg vælger en højere eller lavere risiko laves der speciel aftale herom. (Jeg har dokumentation for, banken har gjort dette til andre kunder.
- Da Landbobanken i replik, har fremlagt denne fremgangsmåde som dokumentation for en procedure godkendt af Finanstilsynet, har jeg fra Finanstilsynet modtaget dokumentation for, at de ikke ønsker at blåstemple Landbobankens rådgivning, idet banken sagtens kan lave fejl i enkeltstående tilfælde.

Konklusionen må derfor være, at banken ikke har ydet rådgivning overhovedet, men kun haft fokus på, egen fordel i at låne penge ud til gearing. Ellers har banken lagt både min, min kones, og sågar min mors økonomi til grund, i de beregninger, vi ikke kan få dokumentation for

er foretaget, til trods for lovens krav om skriftlighed i rådgivningen. Idet Banken i et indlæg til Pengeinstitutankenævnet procederer for, at det må de gerne. (Dette har ankenævnet tilsyneladende ikke set."

Efterfølgende er selskabet og klageren fremkommet med yderligere bemærkninger i breve af henholdsvis 20/8 og 18/9 2012 til nævnet.

Af forsikringsbetingelserne fremgår bl.a.:

"**3 Hvilke tvister er ikke dækket af forsikringen?**
1 Tvister i forbindelse med erhvervsudøvelse. Ved erhvervsudøvelse forstås:
a. Tvister vedrørende sikredes selvstændige virksomhed, hvad enten der er tale om hovederhverv, bierhverv eller hobbypræget erhverv.
b. Formuedispositioner i forbindelse med de under a. nævnte forhold.
c. Tvister af enhver art, opstået i forbindelse med sikredes ansættelsesforhold.
…
5 Hvilke omkostninger er ikke dækket af forsikringen?
1 Omkostninger, som ikke er afholdt med rimelig grund, fx fordi sikrede ikke skønnes at have rimelig grund til at føre sagen, eller fordi disse ikke står i rimeligt forhold til sagens genstand."

Nævnet har gennemset de fremlagte bilag.

Nævnet udtaler:

Efter sin gennemgang af sagen finder nævnet, at klagerens investeringer og valutaterminsforretninger må anses for erhvervsmæssige i forsikringsbetingelsernes forstand, og at selskabet allerede af denne grund har været berettiget til at afvise retshjælpsdækning som sket.

Herefter, og idet det af klageren i øvrigt anførte ikke findes at kunne føre til et andet resultat,

b e s t e m m e s :

Klageren får ikke medhold.

Poul Sørensen

Udskriftens rigtighed bekræftes

Henning Jønsson