



Finansdepartementet
Postboks 8008 Dep
0030 Oslo

Oslo, 10. januar 2014
Ref:
Ansvarlig advokat:
Kjersti T. Trøbråten

Høring om dokumentasjonsplikt og lydopptak ved rådgivning og salg av alternative spareprodukter mv

Vi viser til Finansdepartementets høringsbrev 9. oktober 2013 om ovennevnte og avgir herved høringsuttalelse i saken.

1. INNLEDNING

I høringsnotatet datert 30. august 2013 har Finanstilsynet foreslått en generell regel om dokumentasjonsplikt ved rådgivning og salg av "alternative spareprodukter". Videre foreslås det en plikt til lydopptak der rådgivning og salg finner sted ved telefonsamtaler. Foretak som vil bli berørt av forslagene er finansinstitusjoner, verdipapirforetak, forsikringsselskaper og forsikringsformidlere.

Høringsnotatet søker å adressere produkter som fortøner seg likt, eller dekker tilsvarende behov hos forbrukerne, som finansielle instrumenter. Det er blant annet vist til at alle livsforsikringer med investeringsvalg for forsikringstaker vil regnes som alternative spareprodukter og således vil bli omfattet av de foreslåtte reglene.

Bakgrunnen for at vi ønsker å avgi denne høringsuttalelsen er at Finanstilsynet i høringsnotatet synes å bygge på en forutsetning om at livsforsikringsselskaper ved tegning av en forsikring med investeringsvalg etter gjeldende rett har en rådgivningsplikt med hensyn til kundens sparebehov. Dette illustreres ved at Finanstilsynet foreslår å endre lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven, FAL) § 11-1 første ledd første punktum for å "tydeliggjøre" at selskapets rådgivning skal dekke kundens sparebehov i tillegg til forsikringsbehovet, jf. høringsnotatet siste avsnitt i pkt 3.3.

Som vi vil begrunne nærmere nedenfor, mener vi at det etter gjeldende rett ikke foreligger en hjemmel i FAL § 11-1 for livsforsikringsselskapene til yte rådgivning med hensyn til sparebehovet. At forsikringsselskapets rådgivningsplikt utvides til å omfatte kundens sparebehov innebærer derfor etter vårt syn en realitetsendring. Innføring av en slik rådgivningsplikt er et viktig prinsipielt spørsmål som forutsetter en grundig utredning. Konsekvensene av å innføre rådgivningsplikt er imidlertid ikke utredet i notatet, eller i andre sammenhenger. På bakgrunn av dette mener vi at forslagene ikke bør følges opp av Finansdepartementet uten nærmere utredning av konsekvenser av at livsselskapene plikter å yte rådgivning av kundens sparebehov – alternativt at reglene innføres for den situasjon at det rent faktisk er ytt investeringsråd i forbindelse med den aktuelle avtalen.

2. FORSIKRINGSSSELKAPENES RÅDGIVNINGSPLIKT ETTER GJELDENDE RETT

Som det vises til i høringsnotatet, vil det være forsikringsselskapet som eier instrumentene som inngår i en investeringsvalgportefølje, mens kunden har en fordring på selskapet. Regler om informasjonsplikt mv vil følge av forsikringslovgivningen.

Nedenfor gjennomgår vi rettskildematerialet knyttet til FAL og annet relevant regelverk. Etter vår vurdering er konklusjonen etter en slik gjennomgang at det etter gjeldende rett ikke foreligger en plikt for forsikringsselskapene å gi spareråd. Ettersom norske forsikringsvirksomhetslovgivning gjennomfører EØS-regelverk, vil vi ta utgangspunkt i relevant EØS-rett.

2.1 EØS-rett

Spørsmålet er om EØS-relevant regelverk hjemler en rådgivningsplikt med hensyn til spareelementet, eventuelt åpner for at det kan fastsettes slike regler i nasjonal rett. Når det gjelder den norske implementeringen av EØS-reglene, vises det til punkt 2.2.

EU-direktiv 92/96/EØF ("det tredje livdirektiv") ble vedtatt 10. november 1992 og ble innlemmet i EØS-avtalen 1. juli 1994.

Direktivets artikkel 31 nr. 1 slo fast følgende:

"Before the assurance contract is concluded, at least the information listed in point A of Annex II shall be communicated to the policy-holder".

Etter Annex II omfattet informasjonsplikten følgende opplysninger:

"a)11 For unit-linked policies, definition of the units to which the benefits are linked

a)12 Indication of the nature of the underlying assets for unit-linked policies"

Direktiv 92/96 ble erstattet av direktiv 2002/83/EF, som ble vedtatt 5 november 2002 og innlemmet i EØS-avtalen med virkning fra 27. april 2004. Direktivet videreførte reglene om informasjonsplikt i i tredje livdirektiv (artikkel 36/Annex III).

I "Case E-11/12" avsa EFTA-domstolen den 13. juni 2013 en "judgment" om direktivene 92/96 og 2002/83. Et sentralt spørsmål i saken var om direktivene må fortolkes slik at forsikringsselskapet må yte forsikringskunden råd med hensyn til de instrumentene som inngår i investeringsvalgporteføljen, eller om forsikringsselskapet kun er pålagt en informasjonsplikt om de forhold som fremgår av henholdsvis Annex II/Annex III.

Domstolens konklusjon (avgjørelsen pkt 78) var at de aktuelle direktivene ikke pålegger forsikringsselskapet å gi råd til forsikringstakeren.

Domstolen fremholdt videre at direktivene *"as long as their effectiveness is not affected...do not prevent the EEA States from applying general principles of national contract law to establish an obligation to provide advice concerning complex financial instruments, such as life assurance, sold to consumers"*.

EFTA-domstolen er således klar med hensyn til at direktivene ikke hjemler noen rådgivningsplikt. Ettersom det ikke kan utledes noen rådgivningsplikt av de nevnte direktivbestemmelsene, blir det neste spørsmålet hvorvidt det foreligger en slik hjemmel i FAL § 11-1 uavhengig av norske EØS-forpliktelser. Det vises til pkt. 2.2 nedenfor.

For øvrig viser vi til at EU-kommisjonen i utkastet til revidert forsikringsformidlingsdirektiv (IMD 2) ikke legger opp til å innføre tilsvarende rådgivningsplikt som

Finanstilsynet mener følger av norsk rett. I utkastet artikkel 25 foreslås det at forsikringsselskapet/forsikringsformidleren skal innhente informasjon om kundens kunnskap og erfaring tilknyttet den aktuelle tjeneste eller det aktuelle produktet. Dersom forsikringsselskapet/forsikringsformidleren på basis av den innhentede informasjonen vurderer at tjenesten eller produktet ikke er *hensiktsmessig* for kunden, skal forsikringsselskapet/forsikringsformidleren advare kunden om dette. Disse forpliktelsene tilsvarer de forpliktelser et verdipapirforetak har ved formidling av finansielle instrumenter, der det ikke ytes investeringsråd. I tilfeller hvor forsikringsselskapet/forsikringsformidleren velger å yte råd skal det foreta en kartlegging av kundens finansielle stilling og investeringsmål som grunnlag for å vurdere om tjenesten eller produktet er *egnet* for kunden. Denne forpliktelsen tilsvarer de forpliktelsen et verdipapirforetak har ved investeringsrådgivning.

Forslaget innebærer følgelig at forsikringsselskaper/forsikringsformidlere blir underlagt tilsvarende krav som verdipapirforetak er underlagt etter MiFID. Det legges imidlertid ikke opp til at forsikringsselskaper skal ha en plikt til å yte spareråd. De foreslåtte reglene innebærer således at det innenfor EU innføres sammenliknbart regelverk for formidling, salg og rådgivning av produkter som for kunden kan fremstå som sammenliknbare, i samsvar med PRIPS-arbeidet i EU. Finanstilsynets tolkning av gjeldende regelverk bryter med dette overordnede prinsippet.

2.2 Norsk rett

I denne sammenheng tar vi utgangspunkt i om FAL § 11-1 oppstilte en rådgivningsplikt fra vedtagelsen av FAL i 1989, og – dersom dette ikke er tilfelle - om senere lovendringer har oppstilt en slik plikt.

2.2.1 § 11-1 ved vedtagelsen av FAL

Bestemmelsen i § 11-1 første ledd om selskapets informasjonsplikt ved lovens vedtagelse i 1989 lød slik ved lovens vedtagelse:

"I forbindelse med tegningen av en forsikring skal selskapet så vidt mulig sørge for at forsikringstakeren får råd om dekningen av foreliggende forsikringsbehov. Selskapet skal også gi forsikringstakeren opplysning om vilkår, premiesatser o 1 ved de forskjellige typer forsikring som kan dekke dette behov".

Ordlyden i bestemmelsen er klart innrettet mot at kunden skal få råd for å få dekket forsikringsbehovet. Et sentralt kjennetegn ved produkter med investeringsvalg er imidlertid at de har et helt begrenset forsikringselement. Det sentrale aspektet ved produktet er dermed ikke forsikringselementet, men andre karakteristika.

Ordlyden i FAL 1989 gir ingen holdepunkter for at spareelementet omfattes av forsikringsselskapets rådgivningsplikt. Et slikt synspunkt – at spareelementet omfattes – måtte i tilfelle hvile på en formaljuridisk tolkning om at alle elementer som er en del av produktet anses som forsikringselementer. Etter vår vurdering er ikke dette en riktig løsning, og det er klare holdepunkter i norsk forsikringslovgivning som gir støtte for at dette ikke er en naturlig lovforståelse. I denne sammenheng viser vi til at det i lov om innskuddspensjon (LOI) og lov om individuell pensjonsordning (IPA) er lagt opp til at forsikringsdelen og sparedelen kan leveres av ulike aktører som et selvstendig avtaleforhold med kunden, atskilt fra forsikringselementet. Som det fremgår av LOI § 2-2 og IPA § 1-2 kan det – foruten med livsforsikringsselskaper og pensjonskasser - opprettes pensjonsordning med banker og forvaltningsselskap for verdipapirfond. Som det vises til i forarbeidene til de aktuelle lovene¹ er det imidlertid en forutsetning at virksomhetsreglene for de ulike institusjonene åpner for at institusjonen kan tilby de aktuelle enkeltelementene produktet. Som kjent er det bare forsikringsselskaper som kan

¹ Ot.prp. nr. 71 (1999-2000) pkt 4.1.4 og Ot.prp. nr. 50 (2007-2008) særmerknader til § 1-2

levere forsikringsprodukter. Dette innebærer at Forsikringsdelen vil måtte leveres av et forsikringsselskap mens sparedelen leveres av for eksempel et forvaltningsselskap for verdipapirfond – i tråd med virksomhetsreglene for slike foretak. Banker vil typisk også bare levere sparedelen av produktet. Kunden vil dermed ha to forskjellige avtaleparter i kontrakten.

Dette må bygge på en forutsetning om at sparedelen og forsikringsdelen er to atskilte deler, og er dermed ikke i tråd med Finanstilsynets forutsetning - at alle deler av produktet må anses som forsikringselementer, og at rådgivning i forhold til alle elementer av produktet må anses som rådgivning i forhold til forsikringsbehov..

Inndelingen illustrerer også andre utfordringer ved Finanstilsynets tolkning: det må være nokså klart at et forvaltningsselskap for verdipapirfond ikke vil ha plikt til å yte råd med hensyn til kundens forsikringsbehov selv om forvaltningsselskapet er leverandør for sparedelen. Det vil det være like lite naturlig at forsikringsselskapet skal ha plikt til å yte spareråd.

Videre gir ikke forarbeidene til FAL holdepunkter for at forsikringsselskaper må yte spareråd; Ot.prp. nr. 49 (1988-89) inneholder en kortfattet omtale av forslaget til bestemmelse, og henviser til omtalen i NOU 1983:56 (Personforsikringsutvalget). Utvalgets omtale av forslaget til bestemmelse om informasjonsplikt (pkt. 2.3.2) er fokusert på behovet for at selskapet analyserer kundens forsikringsbehov og at selskapet gir fullstendige og korrekte opplysninger som det tilbyr. Det er ingen kommentarer i NOU-en som kan tas til inntekt for at bestemmelsen gjelder annet enn forsikringselementet.

Med bakgrunn i lovens ordlyd og forarbeider er det vår konklusjon at FAL § 11-1 første ledd slik den ble vedtatt i 1989 ikke hjemlet en rådgivningsplikt med hensyn til spareelementet.

Denne tolkingen underbygges av faktiske omstendigheter; etter det vi er kjent med ble forsikringsprodukter med investeringsvalg introdusert på det norske markedet først mot slutten av 1980-tallet. Det er derfor meget lite sannsynlig at Personforsikringsutvalget hadde denne produktkategorien i tankene under arbeidet med NOU 1983:56. ²

Ut fra det som følger ovenfor mener vi det ikke foreligger rettskilder som begrunner at FAL § 11- 1 ved vedtagelsen i 1989 omfattet rådgivning knyttet til spareelementet.

Det neste spørsmålet er om FAL gjennom endringene i § 11-1 i 1994 innførte en plikt for forsikringsselskapet til å gi spareråd.

2.2.2 Endringsloven 1994 – fastsettelse av forskrift om opplysningsplikt

Ved endringslov av 24. juni 1994 nr. 40 ble det foretatt endringer i FAL § 11-1. Bakgrunnen for disse endringene var tilpasning til EØS-regler tilsvarende EUs tredje livsforsikringsdirektiv, 92/96/EEC, som i art 31 nr. 1 jf Annex II pkt A (se nærmere punkt 2.1 ovenfor) oppstilte nærmere krav til informasjon som skulle gis til kunden.

Gjeldende bestemmelse i annet ledd første punktum om at selskapet skal gi forsikringstakeren opplysninger om "viktige" sider ved de forskjellige typer forsikring som kan dekke forsikringsbehovet, kom inn i loven ved denne endringen.

Det følger av (Ot.prp. nr. 70 (1993-94)) pkt. 2.4.3.3 at departementet – ut fra lovtekniske betraktninger – anså det som hensiktsmessig å gjennomføre direktivet gjennom å ta inn de mest overordnede bestemmelsene i forsikringsavtaleloven § 11-1, mens de mer detaljerte reglene ble fastsatt i forskrift i medhold av loven, jf lovens § 11-

² Når det gjelder fremveksten av forsikringskontrakter med investeringsvalg, viser vi til rapporten "UNIT LINKED-LIVSFORSIKRING – en vurdering av utvidet bruk av livsforsikring med investeringsvalg", avgitt til Finansdepartementet 14. januar 1994. For ordens skyld gjør vi oppmerksom på at pkt 3.3 i rapporten om Eksisterende lov- og regelverk for unit linked-forsikring ikke inneholder noen henvisning til rådgivningsplikt med hensyn til spareelementet

4. Er det vi forstår er dette bakgrunnen for at kravet om opplysningsplikt i § 11-1 første ledd annet punktum om "viktige" sider ble inntatt i § 11-1 annet ledd første punktum.

I etterkant av lovendringen fastsatte Finanstilsynet utfyllende bestemmelser til § 11-1 i forskrift 5. mai 1995 nr. 581 om opplysningsplikt for avtaler om livsforsikring.

Etter forskriften § 5 ("Særlig om avtaler knyttet til investeringsfond") skal forsikringsselskapet gi forsikringstaker opplysninger om følgende:

1. Arten av de eiendeler (de aktuelle investeringsfond) forsikringsavtalen er basert på.
2. De fondsandeler (units) som forsikringsavtalen er knyttet til.
3. Når og på hvilken måte forsikringstaker vil bli holdt orientert om fondsandelenes utvikling.

Pkt 11 og 12 i Annex II ble implementert i pkt 1 og 2 i forskriften § 5.

Som nevnt ovenfor under pkt 2.1 må det legges til grunn at direktivene ikke kan forstås slik at de pålegger livselskapene plikt til å gi spareråd. Forarbeidene inneholder ingen kommentarer som indikerer at man gjennom lovendringen søkte å pålegge livselskapene å gi kunden spareråd før tegning av en forsikringskontrakt med investeringsvalg.

Etter vår vurdering kan verken ordlyden i FAL § 11-1 annet ledd første punktum eller forarbeidene til endringsloven tas til inntekt for at forsikringsselskapet ble pålagt rådgivningsplikt for spareelementet.

2.2.3 Forskrift om livsforsikringsselskapers kapitalforvaltning

Etter det som fremgår ovenfor er det vår oppfatning at FAL § 11-1 og forskrifter gitt i medhold av lovens § 11-4 ikke hjemler en plikt for forsikringsselskaper til å yte spareråd. Vi kan heller ikke se at det foreligger andre relevante hjemler som pålegger slik plikt. Forskrift om livsforsikringsselskapers kapitalforvaltning § 4-1 oppstiller krav om selskapet skal gi informasjon om at forsikringens ytelser avhenger av verdi og avkastning på de tilordnede eiendelene og andre forhold, men pålegger ingen rådgivningsplikt.

2.2.4 Konklusjon

Vår vurdering er følgelig at etter gjeldende rett har forsikringsselskap ikke plikt til å yte spareråd ved tegning av en forsikringskontrakt med investeringsvalg.

2.3 Utredningsbehov

Ettersom spørsmålet om forsikringsselskapers plikt til å yte spareråd ikke har vært utredet foreligger det en rekke uavklarte spørsmål som bør belyses nærmere.

Et helt overordnet rettspolitisk spørsmål er om et forsikringsselskap *bør* ha rådgivningsplikt med hensyn til sparedelen, eller om det er mer hensiktsmessig at forsikringsselskapet pålegges informasjonsplikt. Sistnevnte er som nevnt ovenfor tilnærmingen i EØS-retten.

Vi har merket oss departementets vurdering i Prop. 11 L (2012-2013) i kapittel 4.3 om fripoliser med investeringsvalg (oppfølging av Banklovkommisjonen utredning i NOU 2012:3). Her uttaler departementet (pkt. 4.3.3.3) at pensjonsinnretningen som et generelt utgangspunkt ikke bør ha plikt til å gi råd om hvorvidt fripoliseinnehaveren bør velge investeringsvalg eller ikke, med bakgrunn i "*den usikkerhet som er knyttet til hvilken fremtidig verdiutvikling en investeringsportefølje vil få sammenlignet med den forhåndsbestemte ytelse fripolisen vil gi. Oppgaven til pensjonsinnretningen bør derfor først og fremst være å gi nøktern og saklig informasjon om hvilke alternativer fripoliseinnehaveren har og hva de innebærer*".

Mangelen på relevante rettskilder medfører at det hefter betydelig uklarhet med hensyn til både omfanget av og innholdet i en eventuell rådgivningsplikt. Dette gjelder for eksempel innholdet i selskapets kartlegging av sparebehovet og hvilke kriterier som skal legges til grunn for selskapets vurdering av om det kan yte råd med bakgrunn i de innhentede opplysningene.

En annen problemstilling som bør utredes før forsikringsselskapene pålegges en rådgivningsplikt, er hvilke konsekvenser det bør ha for forsikringsselskapenes rådgivningsplikt at salg er formidlet via verdipapirforetak og banker. For øvrig kan vi ikke se at forvaltningsselskaper for verdipapirfond omfattes av forslaget.

Et spørsmål som etter vår vurdering også må vurderes, er i hvilken grad norske myndigheter etter EØS-retten står fritt til å innføre regler om rådgivningsplikt, jf EFTA-domstolens henvisning til at dette kan gjøres dersom livsforsikringsdirektivenes "*effectiveness is not affected*". Problemstillingen er ikke berørt i høringsnotatet.

3. OPPSUMMERING

Etter vår vurdering er en sentral premiss for forslaget i høringsnotatet – at forsikringsselskaper er pålagt å yte råd til dekning av kundens sparebehov – ikke uttrykk for gjeldende rett. Om forsikringsselskapene bør pålegges en slik rådgivningsplikt er et viktig prinsipielt og praktisk spørsmål som krever en grundig utredning. Ettersom høringsnotatet ikke inneholder en slik utredning mener vi at departementet ikke bør følge opp forslagene i høringsnotatet i sin nåværende form.

Med vennlig hilsen
for Advokatfirmaet Wiersholm AS


Kjersti T. Trøbråten


Per Christian Bærøe