

Finansklagenemnda Skade

Avgjørelse FinKN-2019-334

25.4.2019

Tryg Forsikring NUF

Ansvar

Styreansvar – svik ved tegning? – fal. §§ 4-1, 4-2 og 4-3.

Foretaket TNG AS tegnet styreansvarsforsikring i selskapet den 26.4.16. Forsikringen omfattet flere av foretakets datterselskapet, herunder foretaket NS. Finanstilsynet innledet stedlig tilsyn i NS den 1.12.15. Dette ble det ikke opplyst om ved tegning. NS mistet konsesjonen 5.1.17. Det ble tatt ut søksmål mot det tidligere styre i TNG AS. Selskapet sa opp forsikringen med umiddelbar virkning, under henvisning til at det var utvist svik under avtaleinngåelsen ved at det ikke ble opplyst om det pågående tilsynet. Nemnda kom til at saken måtte avvises av bevismessige hensyn.

ANTATT ØKONOMISK OMFANG: kr 23 267 748

Saksfremstilling

Saken gjelder krav om erstatning under sikredes styreansvarsforsikring og spørsmålet om selskapet er fri for ansvar og kan si opp forsikringsavtalen pga. svik ved avtaleinngåelsen, jf. fal. § 4-2, jf. §§ 4-1 og 4-3.

Foretaket TNG AS, nå A. AS, tegnet styreansvarsforsikring i selskapet den 26.4.16. Den aktuelle forsikringen omfattet flere av foretakets datterselskaper, herunder NS.

Finanstilsynet (FT) innledet stedlig tilsyn i NS den 1.12.15 og i NIM, et annet selskap eid av TNG, den 3.12.15.

TNG AS innhentet i april 2016 tilbud på styreansvarsforsikring for flere av sine foretak via forsikringsmegler. Det er fremlagt e-postkorrespondanse mellom forsikringsmegler og selskapet, hvor det fremgår at styreleder gav en kort oppsummering av historiske resultater framtidsutsikter og oppbygging av virksomheten.

Videre følger det av en e-post av 4.5.16 fra selskapet til forsikringsmegleren at:

Det blir litt nytt for oss å tilby på finansielle institusjoner derfor har dette tatt litt tid. Vi tenker derfor at dette blir et "prøvecase". Vi har Norges beste skadeteam innen formuesbransjer så akkurat der har vi god erfaring (...)

Det forutsettes at vi få regnet på andre forsikringer ved første anledning – spesielt personforsikringer, men gjerne også de andre ansvarsforsikringene. Dersom det blir noe av avtalen ønsker vi også å være med på et kundemøte slik at vi kan få oppdatert oss innen bransjen. Det er alltid en fordel å få informasjonen direkte fra kunden enn å "lese" seg til på internett.

Selskapet stilte i forbindelse med avtaleinngåelsen følgende spørsmål:

Har det noen gang blitt reise erstatningssøksmål mot administrerende direktør eller noen av selskapets styremedlemmer?

(...)

Har noen av styremedlemmene eller administrerende direktør kjennskap til forhold, feilaktigheter eller unnlatelser som kan foranledige erstatningssøksmål?

(...)

Begge spørsmålet ble besvart "nei" av daværende styreleder.

NS mottok den foreløpige vurderingen til Finanstilsynet den 8.9.16, hvor det fremgikk et varsel om mulig tilbakekall av konsesjon. NS ble fratatt konsesjonen til å drive som verdipapirforetak den 5.1.17, og foretaket er nå under avvikling. Finanstilsynets vedtak synes å oppsummeres slik:

Finanstilsynet har i avsnitt 2 konkludert med at Foretaket har gjort seg skyldig i alvorlige og systematiske brudd på verdipapirhandellovens bestemmelser om god forretningsskikk ved å være pådriver for, herunder gi investeringsråd som har ledet kundene til, overdreven verdipapirhandel i CFD og børsnoteerte aksjer. Videre har Finanstilsynet i avsnitt 5 konkludert med at Foretaket har gjort seg skyldig i alvorlige og systematiske brudd på verdipapirhandellovens bestemmelser om god forretningsskikk og interessekonflikter gjennom sin rolle ved salg av aksjer i Foretakets morselskap TNG.

Finanstilsynet har dessuten i avsnitt 3 og 4 konkludert med at Foretakets markedsføring og opplysninger til kunder og potensielle kunder samt Foretakets gjennomføring av egnethetsvurdering også har vært i strid med god forretningsskikk. Endelig har Finanstilsynet i avsnitt 6 og 7 konkludert med at Foretaket ikke har sørget for å ha en compliancefunksjon med nødvendig autoritet, ekspertise og ressurser til å sikre effektiv kontroll, og at Foretakets styre og ledelse ikke har hatt tilfredsstillende kontroll med sentrale områder av Foretakets virksomhet.

Det er Finanstilsynets vurdering at Foretakets brudd på (i) verdipapirhandellovens bestemmelser om god forretningsskikk knyttet til kundenes handel i CFD og børsnoteerte aksjer og (ii) verdipapirhandellovens bestemmelser om god forretningsskikk og interessekonflikter knyttet til Foretakets rolle ved salg av TNG-aksjer, hver for seg oppfyller vilkårene for å tilbakekalle Foretakets tillatelse til å yte investeringstjenester, jf. vphl. § 9-4 (1) nr. 4. Finanstilsynet ser svært alvorlig på Foretakets manglende omsorg for kundenes interesser og finner at de grove bruddene på reglene om god forretningsskikk og interessekonflikter utgjør en grunnleggende svikt i Foretakets forståelse og løpende prosess for å sikre at virksomheten til enhver tid drives i henhold til verdipapirhandelloven.

Foretaket har vært en aktiv pådriver for kundenes kortsiktige og tapsbringende trading i CFD og børsnoteerte aksjer. Det ser ut til at Foretaket utelukkende har vurdert sine egne interesser i å etablere og opprettholde kundenes overdrevne verdipapirhandel, og derved maksimere sine egne inntekter. Foretakets meglere og kundekonsulenter ser ut til å løpende ha skaffet et tilfang av nye kunder. Mange av disse er blitt kunder tilsynelatende basert på Foretakets uriktige markedsføring. Mange av kundene ser også ut til å ha blitt værende hos Foretaket på grunn av Foretakets løpende tilsløring av risiko og aggregert negativ resultatutvikling og fremhevelse av positive enkeltresultater. Dertil kommer at Foretakets egnethetsvurdering har vært mangelfull med hensyn til å vurdere kundenes kunnskap om og erfaring med produktet CFD. En stor andel av de undersøkte kundene har opplyst til Foretaket å ikke ha erfaring med CFD. Det er også Finanstilsynets inntrykk at mange av kundene forstår svært lite av CFDers egenskaper og risiko. Finanstilsynet vurderer både Foretakets uriktige markedsføring og ubalanserte opplysninger, og Foretakets mangelfulle egnethetsvurdering, som skjerpene.

Foretaket har overfor Finanstilsynet tonet ned sin rolle som konsernintern tipsagent, og har ved flere anledninger fremholdt at rollen utelukkende har gått ut på å foreslå navn på mulige investorer. Dette er etter Finanstilsynets vurdering en grov tilsløring av faktum. Foretaket ser snarere ut til å ha vært en avgjørende og aktiv bidragsyter i (N)-konsernets omfattende og langvarige arbeid med å hente inn ekstern egenkapital fra, og muliggjøre Gründerens betydelige aksjesalg til, kunder og andre personer, ved å stille til rådighet sitt megler- og rådgiverkorps, sitt langvarige kundeforhold til en stor kundemasse, og sitt opparbeidede renommé som et større fullskala verdipapirforetak for privatmarkedet – en samlet posisjon Foretaket har bygget over tid basert på sine tillatelser til å yte investeringstjenester. Det ser også her ut til at Foretaket har satt sine egne interesser i å maksimere Gründerens og egne inntekter fra salg av konsernaksjer foran kundenes interesser.

Selskapet besluttet den 18.2.18 å si opp forsikringsavtalen med umiddelbar virkning, under henvisning til at det var utvist svik ved avtaleinngåelsen, jf. fal. §§ 4-1, 4-2 og 4-3:

Tryg Forsikring er av den oppfatning at administrerende direktør/styremedlemmene bevisst unnlot å fortelle selskapet om at (NS) og (NCM) var under et pågående og intensivt tilsyn fra Finanstilsynet. Tilsynet som startet i begynnelsen av desember 2015 var på tegningstidspunktet ennå ikke avsluttet, og Finanstilsynet hadde i flere omganger siden møtene i desember 2015 bedt om omfattende informasjon og dokumentasjon fra foretakene, herunder krevd innsyn i styreprotokoller.

Det må etter selskapets skjønn ha fremstått som svært nærliggende at Finanstilsynet kom til å rette massiv kritikk mot (N)-lederne/styret etter tilsynet, og at dette var den direkte foranledningen til at det ble tegnet styreansvarsforsikring.

Det vises i denne forbindelse bl.a. til departementets uttalelse om at (NS) *"må anses å ha ivare tatt egne og nærstående økonomiske interesser i betydelig utstrekning på bekostning av kundens interesser. Særlig finner departementet at det omfattende salget og tegningen av aksjer i morselskapet har en kvalifisert karakter"*

Dersom opplysningen om et pågående tilsyn var blitt gitt til selskapet, så ville selskapet ikke ha tilbudt forsikring før tilsynet var over og Finanstilsynet var kommet med sin konklusjon.

Aksjonærene som har kjøpt aksjer i TNG har rettet erstatningskrav mot foretakets tidligere styre og ledelse. Saken er berammet med oppstart i Oslo tingrett den 25.2.19.

Sikrede avviser at selskapet har anledning til å si opp forsikringsavtalen, og anfører at avtalen må omfatte et eventuelt ansvar sikrede blir idømt etter domstolsbehandlingen.

Tilsynet hadde pågått i fem måneder da forsikringen ble tegnet. Dette er normalt, og tiden i seg selv var således ingen indikator for det FT omtaler som et "intens" tilsyn eller tilsvarende. Tilsynet var utad helt ordinært frem til FT sendte varselet om mulig konsesjonsinndragelse i september 2016, og det er opplagt ikke slik at man så for seg - eller forventet at man stod i fare for å miste konsesjonen. Dette var således det tidligste tidspunktet N/NS og dets ledelse fikk kunnskap om hvilke vurderinger FT gjorde i saken, og hvilke mulige konsekvenser og sanksjoner FT vurderte.

Sikrede har ikke brutt opplysningsplikten. Det er opp til selskapet å stille de relevante spørsmål for sin risikovurdering før avtaleinngåelsen, jf. fal. § 4-1 første ledd, første pkt. Det forventes at sikrede kun i en "viss grad" på egen hånd skal finne frem til de relevante omstendigheter som kan ha betydning ved tegning, jf. Rt. 2011-1198. Selskapet anfører at det ikke ville ha gitt et forsikringstilbud dersom det var klar over det pågående tilsyn. Dette må imidlertid være opplysninger selskapet er ansvarlig for å innhente. Selskapet kunne svært enkelt ha avklart dette før avtalen ble inngått dersom dette var avgjørende opplysninger for selskapets risikoberegning. Det at selskapet ikke gjorde bedre forundersøkelser ved tegning antas å ha sammenheng med at dette var et "prøvecase" for selskapet. Dette endrer imidlertid ikke det klare utgangspunktet om fordelingen av ansvaret for innhenting av informasjon om risikoen mellom selskapet og forsikringstaker.

Selskapet har heller ikke i tilstrekkelig grad dokumentert at sikrede har utvist svikt, jf. fal. § 4-2. Det kreves en klar eller sterk sannsynlighetsovervekt for at sikrede har utvist svik, og selskapet har bevisbyrden, jf. Rt. 2000 s. 59. Det er ikke gjort forsøk på å fremlegge bevis for at sikrede bevisst har unnlatte å opplyse om tilsynet, eller at dette har skjedd i den hensikt å få en forsikring de ellers ikke ville fått.

Kjernen i sviksansførselen i det opprinnelige avslaget datert 18.1.18 er anførselen om manglende opplysning om pågående tilsyn i foretaket, og det er den manglende opplysningen om tilsyn som igjen skal ha ledet til at selskapet har tegnet forsikring på sviktende grunnlag. Dette er et objektivt grunnlag for avslag, og i den opprinnelige begrunnelsen er ikke styreleders kunnskap ved tegning fremhevet som et subjektivt grunnlag for svikanførselen. Sistnevnte forhold som tema er først

trukket inn i den senere saksbehandling og argumentasjon, og må anses som for sent reklamert, jf. fal. § 4-14.

Spørsmålet om det foreligger svik ved tegning som følge av den manglende opplysningen om tilsynet behøver ikke ytterligere bevisførsel enn den skriftlige dokumentasjonen som er fremlagt i saken. Nemnda må på dette grunnlag kunne ta stilling til om avslaget er rettmessig. Slik saken står nå vil den på ingen måte gå utover klageorganets effektivitet. Det må ved vurderingen i tillegg fremheves at sikrede, som selv ikke har hatt noen rolle ved tegningen, har et behov for avklaring uten å måtte gå til domstolene. Dette må også ses i sammenheng med den klare tendens det er at selskapene synes å vidløftiggjøre klagesaker i forsøket på unngå nemndsbehandling. Terskelen for at nemnda ikke skal anses saken egnet for behandling bør derfor være høy.

Selskapet avviser ansvar og anfører at sikrede har utvist svik ved avtaleinngåelsen. Tilsynet hadde pågått i fem måneder da forsikringsavtalen ble inngått, hvilket sikrede ikke opplyste om. Hvorvidt konsesjonen ville bli inndratt eller ikke er for øvrig ikke et relevant moment i vurderingen av opplysningssvikten. Det sentrale er at sikrede måtte forstå at tilsynet kontrollerte selskapets omsetning av konsernaksjer, og at det ville komme massiv kritikk på dette punktet. Sikrede valgte å si opp den omdiskuterte tipsagentavtalen i april 2016, midt under tilsynet, og som det fremkommer av vedtaket er "det nærliggende å anta" at oppsigelsen er knyttet til tilsynet og de spørsmål/etterlysning av opplysninger og dokumentasjonen som ble stilt fra Finanstilsynets side.

Sikrede ønsket ikke styreansvarsforsikring for NE og DM, kun for de selskapene som var involvert i tilsynet/kontrollen fra Finanstilsynet. Selskapet har oppfattet det slik at ingen av foretakene hadde styreansvarsforsikring før 1.5.16, og ifølge forsikringsmegler var dette en "hastesak".

Subsidiært anfører selskapet at saken ikke er egnet for en behandling ved Finansklagenemnda. Selskapet har underveis i saksbehandlingen bedt om innsyn i blant annet styreprotokoller, alle salgsvtaler vedrørende salget til de 22 aksjonærene osv., hvilket selskapet ikke har mottatt. Selskapet har heller ikke mottatt kommentarer fra daværende styreleder. Saken fremstår derfor å være mest egnet for en domstolsbehandling, hvor det er mulighet for muntlig bevisføring.

Finansklagenemnda Skades begrunnelse

Spørsmålet er om selskapet kan si opp forsikringsavtalen pga. svik under avtaleinngåelsen.

Nemnda mener denne saken reiser bevismessige spørsmål som ikke egner seg for skriftlig saksbehandling, jf. vedtektene for Finansklagenemnda pkt. 4.1 bokstav d) hvorefter en sak kan avvises fra nemndsbehandling dersom "saken ikke lar seg behandle uten at dette i særlig grad går utover klageorganets effektivitet" og lov om godkjenning av klageorganer for forbrukersaker § 14 første ledd bokstav f). Det følger av Prop. 32 L (2015-2016) under pkt. 10.6.1.3 at avvisningsregelen kan benyttes "der klageorganet ikke anser tvisten å være egnet for deres behandling, for eksempel på grunn av bevisspørsmål", jf. også FinKN-2017-408 og FinKN-2018-077.

Saken reiser spørsmål om hvilken kunnskap sikrede hadde da han tegnet forsikring og i hvilken utstrekning han måtte forstå at denne kunnskapen var av vesentlig betydning for selskapet. Disse spørsmålene bør belyses med muntlige forklaringer under en hovedforhandling.

Avgjørelsen er enstemmig.

Finansklagenemnda Skades konklusjon

Saken avvises.

Ved behandlingen deltok Trine-Lise Wilhelmsen (leder), Vibeke Stiansen (selskapsrepresentant), Lars Enger Barnholdt (selskapsrepresentant) og Andreas Pihlstrøm (næringsrepresentant).