

FINANSMARKEDSPROSJEKTET
INSTITUTT FOR PRIVATRETT, UNIVERSITETET I OSLO

Justis- og beredskapsdepartementet

Avgitt digitalt på www.regjeringen.no

Oslo, den 20. august 2018.

Høringssvar til forslaget til endringer i forsikringsavtaleloven

Vi viser til høringsbrevet 6. mars 2018 med forslag til endringer i forsikringsavtaleloven. Høringssvaret sendes inn fra Finansmarkedsprosjektet og lærerne i Finansmarkedsrett ved Institutt for privatrett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.

Finansmarkedsprosjektet støtter lovforslaget. Det er positivt med en samordning mellom finansavtaleloven og forsikringsavtaleloven, ettersom også forsikringsavtaler er avtaler om finansielle tjenester slik dette blir forstått i EU-retten. Ikke minst er det positivt at det foreslås generelle kontraktsrettslige regler i lovens første del, som også sikrer at samspillet mellom offentligrettslige og privatrettslige sanksjoner blir bedre og mer effektivt.¹

Sammen med forslaget til endringer i finansavtaleloven, er endringene i forsikringsavtaleloven helt nødvendig for å sikre kundenes tillit til finansmarkedet. Tillit hos brukerne er av avgjørende betydning for at markedene skal virke etter hensikten, det vil blant annet si å bidra til en effektiv allokering av ressurser og gi mulighet til å omfordele og

¹ Se om dette samspillet og den privatrettslige gjennomføringen i nasjonal rett av EUs *conduct of business rules* til beskyttelse av forbrukerne i finansmarkedsdirektivene, Mads Andenas og Federico Della Negra, «Between Contract Law and Financial Regulation: Towards the Europeanisation of General Contract Law» (2017) 28 *European Business Law Review* 499–521 og Mads Andenas og Iris Chiu *The Foundations and Future of Financial Regulation Governance for Responsibility*, Routledge (2014). Se om den historiske bakgrunnen og de første «conduct of business rules» i EUs finansmarkedsdirektiver som kom i investeringstjenestedirektivet i 1993, Mads Andenas, «Rules of Conduct and the Principle of Subsidiarity» 1994 *The Company Lawyer* 60.



håndtere risiko. Manglende tillit til markedene kan gå utover deltagelsen i finansmarkedene, og dermed føre til en svekkelse av markedenes evne til å utføre disse funksjonene.²

Velfungerende markeder for finansielle tjenester har avgjørende betydning for den enkelte og for samfunnet. Finansmarkedet danner grunnlaget for velferd, arbeidsplasser og verdiskapning – både for samfunnet og individene. Ikke minst har de senere års finanskriser vist dette med all tydelighet. Det er blitt stadig klarere at informasjonsasymmetrien mellom forbrukere og finansinstitusjoner kan få konsekvenser for systemets stabilitet, institusjonenes risiko-taking og forbrukernes tillit. Manglende tillit til produkter og markeder kan bidra til kriser men også få konsekvenser for økonomisk vekst generelt. Finanskriseutvalget peker på at:

«forbrukerne – og etterspørselssiden mer generelt, står overfor en rekke spesielle utfordringer i finansmarkedet. I kanskje større grad enn i noe annet marked er finansmarkedet preget av informasjonsasymmetri mellom forbrukere og finansinstitusjoner, noe som bl.a. kan føre til bevisst uvørenhet fra institusjonenes side. Forbrukerne har ofte liten mulighet til å vurdere kvaliteten på finansielle tjenester før avtalen er inngått.»

På EU-nivå har EU-parlamentet fremhevet de samme hensyn i rapporten «Consumer Protection Aspects of Financial Services», hvor det blant annet uttales på s. 94 at

“The financial crisis of 2007/2008 has clearly shown that some consumer financial products can be a major destabilising factor and contribute in major way to country-wide and even global financial and economic instability when such products are inappropriately sold to consumers who cannot afford them when circumstances change from those prevailing at the time of contract signing.”

EU foretar jevnlig undersøkelser av forbrukernes tillit til ulike markeder. Disse undersøkelsene viser at forbrukerne i Norge, og EU/EØS for øvrig, har lav tillit til sentrale deler av det finansielle markedet.

Særlig kommer markedet for investeringsprodukter dårlig ut.³ Dette markedet inkluderer også investeringsbaserte forsikringsprodukter. Norske forbrukere har lavere tillit til disse markedene enn den gjennomsnittlige forbruker i EU.

² Betydningen av tillit er lagt betydelig vekt på i EU-retten og norsk rett, slik det fremgår av fortalen til direktivene på finansmarkedsområdet og forarbeidene til norsk lovgivning. Se særlig om aksjemarkedene i Luigi Guiso, Paolo Sapienza, Luigi Zingales, «Trusting in stock markets», (2008) 63 *Journal of Finance*, 2257–2260.

³ Se *Consumer Markets Scoreboard Making Markets Work for Consumers* (2016).

Det vises til vårt hørings svar til forslaget til ny finansavtalelov hva særlig de felles reglene om blant annet bevisbyrde, selskapets plikter og erstatning. Det skal i det følgende knyttes enkelte tilleggsbemerkinger til forslaget til regulering av erstatning.

Vi er positive til forslaget om regler om erstatning i § 1-9 og § 1-10. Vi har merket oss at det i hørings svarene til finansavtaleloven har kommet flere kritiske merknader til det tilsvarende forslaget i finansavtaleloven. Flere høringsinstanser, for eksempel Finanstilsynet, er kritiske til de foreslåtte reglene. Kritikken synes i hovedsak å bygge på en skepsis til om bestemmelsene er utformet i overensstemmelse med gjeldende ulovfestet rett, og at man tilsynelatende heller ønsker at en eventuell erstatningsregel utformes med krav til skyld som ansvarsgrunnlag.

Som departementet beskriver i høringsnotatet, vil det avgjørende for skyldvurderingen under profesjonsansvaret være om profesjonsutøveren har overholdt lov- og forskriftsfastsatte plikter. Sagt med andre ord: brudd på slike plikter innebærer uaktsomhet og derfor ansvarsgrunnlag etter skyldregelen. Dette er det bred enighet om i erstatningsrettslig litteratur, og er således ikke et kontroversielt ståsted. Det kan i denne sammenhengen vises til Bjarte Thorsons doktoravhandling om erstatningsrettslig vern for rene formuestap, hvor det uttales:

«Er det tale om utøvelse av en lovregulert virksomhet vil ... skrevne normer få en særlig gjennomslagskraft, fordi de nettopp er utarbeidet for å ivareta hensynet til de interesser og interesser som er relevante også i erstatningsrettslig sammenheng. Ettersom man har mindre generelt grunnlag for å stille opp aktsomhetsplikter på ulovfestet grunnlag, og rene formuestap ofte forvoldes innenfor lovregulerte områder, betyr dette at skrevne normer i større grad legges til grunn som avgjørende for culpaspørsmålet. Det skrevne normbildet blir en mer uttømmende regulering av aktsomhetspliktene som også er erstatningsrettslig relevante.»⁴

Wilhelmsen og Hagland gir uttrykk for det samme idet det uttales at

«profesjonsutøvere i tillegg til å forvalte egen kunnskap også forvalter store samfunnsressurser, og profesjonene har en særlig tillitsposisjon i samfunnet. ... Reguleringstettheten på disse livsområdene blir derfor også ofte høy: Profesjonsutøvelsen er nøye regulert gjennom profesjonsspesifikke, faglige normer. Normene følger av lov ... og av profesjonens egne yrkesetiske regler og faglige standarder. I etableringen av en ulovfestet aktsomhetsnorm inngår derfor profesjonens normeringer, med sine høye krav til

⁴ Bjarte Thorson, Erstatningsrettslig vern for rene formuestap (Oslo 2011).

profesjonsutøvelsen, som helt sentrale grunnlag og blir typisk avgjørende for aktsomhetsnormens utforming».⁵

Tilsvarende betraktninger finner man også hos blant andre Kjørven, Hjelmeng, Hagstrøm og Stenvik.⁶ Det er altså bred enighet innenfor erstatningsrettslige fagmiljøer om at det på profesjonsansvarets område som den store hovedregel vil foreligge skyld (uaktsomhet) ved overtredelse av lov-, forskrifts- og bransjefastsatte plikter. På den måten er allerede ansvaret «objektivt» fordi det per se er uaktsomt av en profesjonsutøver ikke å overholde skrevne atferdsnormer for profesjonen. Visse unntak kan tenkes, men disse synes i hovedsak å være ivare tatt gjennom unntaket for force majeure-lignende hendelser i lovforslaget.

Flere av høringsvarene til finansavtaleloven illustrerer imidlertid hvorfor det er en god ide å formulere lovteksten slik at ansvarsgrunnlaget bygges på brudd på slike plikter direkte, istedenfor å oppstille et krav til «skyld». Sentrale høringsinstanser har gjennom sine hørings svar tydelig vist mangelfulle kunnskaper om hva som ligger i nettopp erstatningsrettens krav til «skyld» på profesjonsansvarets område. Det er viktig å rydde disse misforståelsene av veien.

Dette har også en viktig side mot økonomiske konsekvenser og tillit i markedet. Det er på det rene at brudd på lov- og forskriftsfastsatte plikter kan påføre kundene betydelige tap. Den EU-baserte markedsreguleringen har til formål å begrense dette tapet gjennom ulike virkemidler, blant annet ved krav til offentligrettslig tilsyn og kontroll. For å sikre effektiv forbrukerbeskyttelse er det imidlertid viktig med en kombinasjon av offentligrettslige og privatrettslige virkemidler. Det offentliges tilsyn og kontroll med overholdelse av regelverket skal beskytte forbrukerne *ex ante*. Dersom denne beskyttelsen svikter er det imidlertid viktig med privatrettslige sanksjoner som sikrer den enkelte forbruker *ex post*. Tilsynsmyndighetenes fokus på institusjons- og soliditetstilsynet forutsetter dessuten effektive privatrettslige sanksjoner. Alternativet til en effektiv privatrettslig håndhevelse fra forbrukernes og andre tjenestemottakeres side er et mer omfattende og intenst offentligrettslig tilsyn enn vi har tradisjon for i Norge. Privatrettslige regler er mindre stat og mer markert på et område hvor dette må være den riktige løsningen. Offentligrettslig regulering av markedet har en særlig rolle der markedet svikter. Det er ingen grunn til å legge privatrettslige regler opp slik at de fører til systematisk svikt i markedet og dets mekanismer.

⁵ Se Trine-Lise Wilhelmsen og Birgitte Hagland, Om erstatningsrett Med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup (Oslo 2017).

⁶ Se Marte Eidsand Kjørven, Ytelse av investeringstjenester til forbruker Verdipapirrettslige, kontraktsrettslige og erstatningsrettslige krav til atferd (Oslo 2017), Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, Erstatningsrett (Oslo 2015), Erling Hjelmeng, Revisors erstatningsansvar: en analyse av ansvarsnormen (Bergen 2007)

Vi viser igjen til rapporten fra EU-parlamentet, hvor det fremgår at

“In addition, the sanctions (financial penalties, probation to undertake certain activities for a certain period, etc.) for mis-behaviour or inappropriate behaviour by sellers of retail financial products should be made more exacting so as to increase the deterrence effect and incentivise financial firms to treat their customers fairly and honestly. Financial institutions should also be systematically liable for adequately compensating consumers who suffered detriment as a result of mis-selling or inappropriately selling of financial products or services. For example, in the case of the mis-selling of payment protection insurance in the UK, financial institutions found to have mis-sold such a product were fined and consumers who bought such a product are eligible to recover all the premiums paid with interest added.»⁷

I Norge har vi derimot til gode å se at kundene blir kompensert når finansinstitusjoner bryter regelverket som er satt til å beskytte kundene. Skandalen rundt norske finansinstitusjoners salg av sammensatte spareprodukter endte som kjent med at Røeggen vant i Høyesterett. VG oppsummerte imidlertid saken treffende under overskriften «Røeggen vant, resten tapte».⁸ Både økonomiske og rettsvitenskapelige forskere har påpekt at den privatrettslige forbrukerbeskyttelsen har sviktet i praksis.⁹ Det er på denne bakgrunn helt nødvendig med tiltak som kan gjenopprette kundenes tillit til at de har tilgang til privatrettslige sanksjoner.

⁷ Se rapport fra EU-parlamentet, Consumer Protection Aspects of Financial Services s. 101-102.

⁸ <https://www.vg.no/nyheter/meninger/i/6bVrO/roeeggen-vant-resten-tapte>

⁹ Se Marte Eidsand Kjørven, *Ytelse av investeringstjenester til forbruker*, Oslo 2017, kapittel 8. I flere kronikker og medieoppslag har akademikere på området uttalt seg om sviktende forbrukerbeskyttelse. Se to kronikker i Dagens Næringsliv, av Marte Eidsand Kjørven, Mads Andenæs, professor (UiO), Hans Fredrik Marthinussen, professor (UiB), Jan-Ove Færstad, førsteamanuensis (UiB) Trond Døskeland, førsteamanuensis (NHH), og Dag Jørgen Hveem, advokat og økonom (BI), «Nevnd gir ikke beskyttelse» Dagens Næringsliv 24. februar 2015 <http://www.dn.no/meninger/debatt/2015/02/24/2153/Finans/nevnd-gir-ikke-beskyttelse> og «Inkonsekvent og feil» Dagens Næringsliv 4. mars 2015 <http://www.dn.no/meninger/debatt/2015/03/04/2152/Finans/inkonsekvent-og-feil>. Se også kronikk av Dag Jørgen Hveem om Finansklagenemndas praksis i rådgivningssaker «Kaster blå i øynene på folk» i E24 20. januar 2014, og kronikk av Trude Myklebust, «Uheldig prosess» i Dagens Næringsliv 17. mars 2015. Se også redaksjonelle saker i Dagens Næringsliv, «Ny klage på klagenemnd», 29. august 2014 <http://www.dn.no/nyheter/finans/2014/08/29/2157/Finansklagenemnda/ny-klage-p-klagenemnd>, hvor professor Johan Giertsen uttaler seg kritisk om Finansklagenemndas sammensetning, og 24. februar 2015, «På grensen til svindel fra finansbedriftenes side og nevnden lar det passere», hvor professor Hans Fredrik Marthinussen uttaler seg om Finansklagenemndas praksis.

Det bemerkes for øvrig, som også påpekt i departementets høringsbrev, at forslaget til erstatningsregel i seg selv ikke avhjelper de grunnleggende problemene med informasjons- og kunnskapsasymmetrier som gjør seg gjeldende på markedet. Det kan derfor spørres om forslaget går langt nok i å beskytte forbrukerne. Det kan nok være grunn til å utrede dette nærmere. Dette behovet må imidlertid ikke stå i veien for at det faktisk gjøres noe med disse problemene nå. I de 10 årene som er gått siden finanskrisen har behovet for bedre privatrettslig regulering blitt påpekt i flere offentlige utredninger, uten at noe faktisk har blitt gjort. Det er derfor presserende at dette ikke, nok en gang, fører til at problemstillingene legges i skuffen for senere behandling.

Finanstilsynet ønsker i sin høringsuttalelse å avgrense lovens virkeområde vedrørende veiledningsplikten. Vi vil advare mot forslaget fra Finanstilsynet som åpner for tilpasninger som kan begrense lovens virkeområde som i praksis kan gå for langt. Hensynet til forutberegnelighet og klarhet for forbrukerne taler klart mot en avgrensning som foreslått.

Vi slutter oss for øvrig til det som sies om de økonomiske og administrative konsekvensene i høringsnotatet punkt 12.3. Vi legger til at avklaringen i høringsutkastet av de rettslige spørsmålene knyttet til forpliktelsene som følger av finansmarkedsdirektivene vil bistå rettslivet uavhengig av den videre lovgivningsprosessen. Det kan få avgjørende betydning for saker som måtte komme opp for domstolene.

Med vennlig hilsen

