



Justis- og beredskapsdepartementet

Sendt elektronisk

Deres ref.: 18/1086 EP GUS/mk
Vår ref.: 265020

Dato: 7. juni 2018

Høring - Endringer i forsikringsavtaleloven

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 6.3.2018 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for forsikringsrett. Lovutvalget består av Hans Kenneth Viga-Gerhardsen, Anette Cecilie Kjørrefjord Eckhoff, Frithjof Herlofsen og Sven Iver Steen.

2. Sakens bakgrunn

Justis- og beredskapsdepartementet ("departementet") har i mars 2018 avgitt forslag til endringer i lov om forsikringsavtaler av 16. juni 1989 nr 69 ("FAL") for å gjennomføre de privatrettslige sidene av EUs forsikringsformidlingsdirektiv (direktiv 2016/97/EU – "IDD") i norsk rett ("høringsnotatet").

IDD er et minimumsdirektiv. Departementet foreslår enkelte nye bestemmelser som innebærer strengere privatrettslige forpliktelser for forsikringsselskapene enn etter IDD.

Advokatforeningen er i det store og hele positiv til forslaget, men har enkelte kommentarer av generell og konkret art.

3. Foreslåtte strukturendringer i FAL

Advokatforeningen er enig med departementet at det er hensiktsmessig å implementere de privatrettslige bestemmelsene i IDD inn i FAL, og at strukturen i FAL dermed må endres. Forslaget om å innta generelle regler for både skade- og personforsikring i et innledningskapittel slik at også reglene i dagens kapittel C flyttes innledningsvis tiltredes.

Advokatforeningen mener at hele FAL er moden for revisjon. Utkastet til dagens personforsikringsdel ble levert i 1983 og den endelige versjonen er fra 1988. Dette var mange år før Norge inngikk EØS-avtalen og i en tid hvor det var vanlig å trekke et skarpt skille mellom offentligrettslige og privatrettslige regler. I dag har de offentligrettslige og EØS-rettslige regler et stort fokus på forbrukerbeskyttelse. Det er ikke lenger de samme grunner til å skille mellom de offentligrettslige og privatrettslige sider av en lovregel, noe IDD viser med all tydelighet.

Advokatforeningen er også av den oppfatning at mange av reglene i dagens kapittel B i FAL er uegnet for de typer produkter som tilbys i markedet i dag. Videre er ikke FAL per i dag tilstrekkelig modernisert eller tilpasset elektronisk kommunikasjon. Advokatforeningen anbefaler at det foretas en bredere og grundigere vurdering av hva som vil være hensiktsmessige og fremtidsrettede regler om bruk av elektronisk kommunikasjon.

Etter Advokatforeningens syn bør det oppnevnes et utvalg til å utrede en ny forsikringsavtalelov som ikke bare hensyntar dagens forsikringsprodukter og den elektroniske hverdag, men også EU-lovgivningens kontinuerlige utvikling om forbrukerbeskyttelse.

4. Forsikringsavtalelovens saklige anvendelsesområde og fravikelighet – Forslag til ny FAL § 1-1

På sidene 8-11 i høringsnotatet vurderes det om FAL skal gjelde alle typer forsikringer og om FAL skal kunne være fravikelig i visse tilfeller. Departementet foreslår at den nye første del av FAL ikke skal gjelde de forsikringer som anses som "stor risiko" etter Solvency II direktivet. Videre foreslås det ikke endringer av dagens § 1-3 i FAL som gir rett til å fravike de fleste av bestemmelsene i dagens del A gitt at "foretaket" tilfredsstiller enkelte kriterier om størrelsen på virksomheten.

Advokatforeningen mener at forslaget legger opp til et forvirrende og unødvendig komplisert system for å identifisere for hvem og for hvilke forsikringstyper FALs første del skal gjelde for. Det er for det første uheldig at det i forslagets § 1-1 vises til en avgrensning i en lov som angår lovvalg og som ikke angir virkeområde for forsikringsavtaler, men derimot de situasjoner hvor partene i en forsikringsavtale kan velge hvilket lands rett som skal gjelde for fortolkningen av avtalen. Den definisjonen som det vises til i forsikringslovvalgsloven er for det andre ikke hensiktsmessig å anvende i dag, i lys av at det har vært endringer på EU-nivå både med hensyn til forsikringsklasseinndelingen samt de terskelverdier som det vises til gjennom henvisning tilbake til dagens FAL § 1-3.

Advokatforeningen foreslår at den spesifikke avgrensningen av anvendelsesområdet samt definisjonen inntas i forskrift, som departementet får fullmakt gjennom lov til å vedta og senere endre ved behov – først og fremst ved endringer av innholdet av "stor risiko" med relevans for forsikringsavtaler på EU nivå.

Når det gjelder formuleringen av anvendelsesområdet for den nye første del av FAL vil Advokatforeningen anmode om at det foretas en ny oversettelse av Solvency II direktivets definisjon. Den gamle oversettelsen i forsikringslovvalgsloven er ikke nøyaktig og gir på flere punkter tilsynelatende et annet meningsinnhold enn det direktivet legger opp til i sin engelske og danske versjon.

Når det gjelder angivelsen i dagens FAL § 1-3 annet ledd bokstav a) av det som i bransjen har blitt kalt "stor næringskunde", mener Advokatforeningen at det er lovteknisk uheldig at det i FAL fremkommer at det er "foretaket" som skal oppfylle kriteriene for at FALs regler skal kunne fravikes, mens det i direktivene og også i forsikringslovvalgsloven fremgår at det er "policyholder"/"forsikringstaker" som skal oppfylle kriteriene. Begrepet "foretaket" er ikke definert noe sted i dagens FAL, og det er ikke forklart i forarbeidene til FAL i hvilken grad det er siktet til et annet meningsinnhold enn "forsikringstaker", som for eksempel sikrede.

Advokatforeningen anbefaler at det i en ny definisjon av stor risiko legges til grunn at det er "forsikringstaker" som skal tilfredsstille kriteriene, dog slik at det er de samlede konserntall som skal legges til grunn, slik det også følger av Solvency II direktivets artikkel 13 (27) nest siste avsnitt. Det sistnevnte er nødvendig fordi det ikke er uvanlig at det er et management selskap i konsernet som ikke alene oppfyller kriteriene som formelt er benyttet som forsikringstaker.

5. Sammenhengen mellom forsikringsmeglernes og forsikringsgivers plikter ved avtaleinngåelsen – Forslag til ny FAL § 1-2

Det har tidligere fulgt av en forskrift til forsikringsformidlingsloven at en forsikringsformidler har samme informasjonsplikter som et forsikringsselskap. Advokatforeningen er enig med departementet at det er hensiktsmessig å løfte plikten inn i forsikringsavtaleloven. Advokatforeningen er også enig med departementet at det av pedagogiske grunner er hensiktsmessig å presisere at forsikringsgiveren svarer for forsikringsagentens brudd, men ikke for forsikringsmeglerens brudd.

En tematikk som Departementet ikke drøfter er om forsikringsgiver og forsikringsmegler har et solidaransvar for plikter ved avtaleinngåelsen der hvor kunden bruker forsikringsmegler, eller om forsikringsgiver fritas for plikten i slike tilfeller slik at kunden kun kan holde forsikringsmegleren ansvarlig. I en avgjørelse fra Gulating lagmannsrett avsagt i 2011 (LG-2011-22519) kom lagmannsretten til at forsikringsgiver ikke kunne anses å ha brutt sin informasjonsplikt etter dagens FAL § 2-1 fordi kunden hadde brukt forsikringsmegler og at forsikringsmegleren var nærmest til å oppfylle informasjonsplikten. Det ble vist til en kommentar i forarbeidene til forsikringsformidlingsloven av 2005 hvor finansdepartementet fant det "naturlig at formidleren "overtar" forsikringsselskapets informasjonsplikt i slike tilfeller". Denne avgjørelsen henvises ofte til av forsikringsselskapene i skadeoppgjørene.

Advokatforeningen mener at overnevnte avgjørelse av Gulating lagmannsrett er uheldig. Det står verken i lovteksten i forsikringsformidlingsloven eller forsikringsavtaleloven at forsikringsselskapets informasjonsplikt bortfaller når kunden bruker forsikringsmegler. Gulating lagmannsretts dom gir uansett en svært problematisk regel i praksis. I næringsforhold hvor megler benyttes, er forsikringene gjerne kompliserte. En megler har ikke tilgang til alle de modeller som et forsikringsselskap har tilgjengelige på pris og vilkårsmoduler. En regel hvor forsikringsselskapet ikke lenger har noen informasjons- eller rådgivningsplikt bare fordi kunden bistås av en megler, kan lede til at forsikringsselskapet holder tilbake informasjon om sin fleksibilitet overfor megleren og at den aktivitetsplikt som lovgiver har ønsket å pålegge forsikringsgiver transformeres om til en rett til passiv opptreden. Advokatforeningen kan heller

ikke se at det noe sted i IDD fremkommer at forsikringsgiver skal kunne fritas for sine plikter ved avtaleinngåelsen når kunden bruker forsikringsmegler.

Advokatforeningen ønsker at det fremgår tydelig i lovteksten at det gjelder et solidaransvar og ikke et alternativt ansvar mellom forsikringsmegleren og forsikringsselskapet for deres plikter i forbindelse med avtaleinngåelsen, gjerne som et nytt avsnitt i det foreslåtte § 1-2 i FAL.

4. Selskapets plikter – Forslag til ny FAL § 1-3

Advokatforeningen tiltrer departementets forlag om å plassere forsikringsselskapets generelle informasjonsplikt i den nye første delen av FAL.

Advokatforeningen stiller spørsmål ved at ordlyden i forslaget til § 1-3 annet ledd tredje punktum kun omtaler selskapets adgang til å «inngå avtale» hvis selskapet burde forstå at avtalen ikke er i kundens interesse. Advokatforeningen forutsetter at prinsippet også omfatter de tilfeller der kunden har etterspurt eller formidlet behov for et særskilt forsikringsvilkår eller et særskilt dekningsomfang, samt også de tilfeller hvor det må være åpenbart for selskapet at et bestemt unntak i vilkårene gjør forsikringsdekningen meningsløs for kunden. Et eksempel på det siste er varetektsklausuler i ansvarsforsikringer som tilbys bedrifter hvis hovedoppgave er å drive lager eller leie lokaler.

6. Sammensatte avtaler (produktpakker) – Forslag til ny FAL § 1-6

Departementet foreslår et generelt forbud mot sammensatte avtaler (produktpakker) i ny § 1-6 første ledd til FAL. Forbudet gjelder etter ordlyden alle tilfeller hvor forsikringen selges som aksessorisk til en vare eller tjeneste, og bygger på IDD artikkel 24 nr. 3 første punktum.

Det følger imidlertid av IDD artikkel 24 nr. 3 andre punktum at forbudet mot produktpakker ikke gjelder hvis forsikringsproduktet er aksessorisk til en investeringstjeneste, kredittavtale eller betalingskonto. Det følger videre av IDD artikkel 24 nr. 7 at medlemslandene kan innføre strengere begrensninger ved salg av produktpakker der det er forsikringsproduktet som er primærproduktet til en vare eller tjeneste. Departementet legger under tvil til grunn at IDD artikkel 24 nr. 7 lest i sammenheng med artikkel 24 nr. 3 annet punktum, ikke er til hinder for at nasjonalstatene innfører et generelt forbud mot produktpakker, og altså som også gjelder tilfeller hvor forsikringsproduktet er aksessorisk til en investeringstjeneste, kredittavtale eller betalingskonto.

Som også departementet påpeker kan det stilles spørsmål ved om IDD artikkel 24 i realiteten krever fullharmonisering utenfor situasjoner som eksplisitt er omhandlet i artikkelens nr. 7. Et generelt forbud som også rammer produktpakker hvor forsikringen er aksessorisk til en investeringstjeneste, kredittavtale eller betalingskonto, risikerer derfor å være i strid med et sektorspesifikt fullharmoniseringskrav i IDD artikkel 24 nr. 7.

Advokatforeningen er i tvil om departementets standpunkt er rettslig holdbart og oppfordrer departementet til å utrede spørsmålet nærmere slik at et endelig lovforslag ikke senere ansett å være i strid med IDD.

7. Kommunikasjon – Forslag til ny FAL § 1-7

Forslaget til nye bestemmelser om kommunikasjon i nye FAL § 1-7 er bygget over samme lest som tilsvarende bestemmelse i utkast til revisjon av finansavtaleloven.

Departementet foreslår at kravet til skriftlighet i dagens FAL endres til "skriftlig dokument", som sikter til definisjonen i forslag til ny FAL § 1-7. Det er Advokatforeningen enig i. Advokatforeningen mener at dette må gjennomføres for alle de bestemmelser som vises til i høringsnotatet på sidene 22 og 23, og at det ikke er noen grunn til at ta bort kravet til skriftlig dokument i noen av de nevnte bestemmelsene. Når det gjelder bruk av elektronisk kommunikasjon i stedet for å sende fysiske brev, mener Advokatforeningen at forslaget til lovbestemmelse ikke hensyntar i tilstrekkelig grad at en stor del av tegningen av individuelle forsikringer i dag skjer på nettet (typisk innbo og risikobaserte personforsikringer/helseforsikringer) og at tilgangen i voksende grad teknisk tilpasses slik at det blir enklere å tegne forsikringer via mobile enheter (typisk reiseforsikringer). Svarer kunden "ja" på spørsmål under tegningsprosessen på nettet om det ønsker å motta varsler herunder skriftlige dokument elektronisk (enten direkte på e-post eller gjennom et varsel på e-post om at kunden må logge seg inn på selskapets nettside for å åpne et viktig dokument fra forsikringsgiver) antar Advokatforeningen at det ikke er noen tungtveiende hensyn mot videre elektronisk kommunikasjon så lenge som kunden på ethvert tidspunkt kan trekke sitt samtykke. Advokatforeningen mener at den foreslåtte lovtekst ikke reflekterer den faktiske tegningssituasjon som nevnt her.

Forslaget i tredje ledd om at selskapene har rett til å benytte seg av elektronisk kommunikasjon som et "førstevalg" så lenge det skjer på en betryggende måte og ikke kunden har reservert seg mot det, er noenlunde likt tilsvarende forslag i utkastet til § 5 i ny finansavtalelov, men passer etter Advokatforeningens syn mindre godt med forsikringsvirksomhet. Hovedårsaken er at det digitale førstevalget er foreslått gjelde "meldinger". Begrepet er ikke definert i FAL, og kan ved sin ordlyd både gjelde (i) enhver kommunikasjon mellom selskapet og kunden og (ii) kun "øvrige" meldinger utover det som er angitt som "skriftlig dokument".

Advokatforeningen mener at regelen om "digitalt førstevalg" ved "meldinger" ikke bør gjelde for de situasjoner hvor det i FAL kreves "skriftlig dokument". Årsaken er at FALs krav om skriftlig dokument kun gjelder situasjoner hvor det er særlig viktig at meldingen når frem til kunden, typisk ved avslag på krav under eksisterende forsikring ved et skadetilfelle, eller innføring av nye unntak i forsikringen ved fornyelse. Advokatforeningen ønsker derfor at det presiseres i lovteksten at tredje ledd kun gjelder meldinger utover de som er angitt i annet ledd. Et annet forhold er at selskapet lett kan sikre seg retten til å sende skriftlige dokument elektronisk ved å innhente forhåndsamtykke, jfr. Advokatforeningens kommentarer om tegning av individuelle forsikringer på nettet i praksis.

Når det gjelder forslaget om at selskapet på forsvarlig vis skal sikre seg at informasjonen har kommet til kundens kunnskap, mener Advokatforeningen at dette er utfordrende i praksis og viser til sine kommentarer i høringsinnspillet til utkast til revisjon av finansavtaleloven. Advokatforeningen savner vurdering av om eksempelvis en løsning med passivt samtykke (eksempelvis har kunden kontakter tjenestetilbyder via e-post, inngår avtalen elektronisk eller oppgir sin e-post, herunder svarer "ja" på spørsmål om aksept av elektronisk kommunikasjon ved inngåelsen av avtalen på nettet typisk ved mobil), kan være mer hensiktsmessig.

8. Bevisbyrde, erstatning og erstatningens omfang – Forslag til ny FAL §§ 1-8 til 1-10

Forslaget til nye bestemmelser om bevisbyrde, erstatning og erstatningens omfang i nye FAL § 1-8 til 1-10 er bygget over samme lest som tilsvarende bestemmelse i utkast til revisjon av finansavtaleloven. Som fremhevet i Advokatforeningens høringsbrev datert 19. desember 2017 til forslaget om revisjon av finansavtaleloven vil forslaget til nye erstatningsregler innebære en skjerping av det ulovfestede profesjonsansvaret som gjelder i dag. Advokatforeningen fastholder at disse endringene krever et mer gjennomarbeidet forslag fra et lovutvalg som representerer ulike interesser.

Det vises her særlig til at de foreslåtte reglene vil innebære

- Skjerping av ansvarsgrunnlaget til objektivt ansvar med unntak for en svært streng force majeure-bestemmelse.
- Snudd bevisbyrde ved brudd på plikter etter lov og forskrift
- Ingen erstatningsrettslig vurdering av om brudd på offentligrettslige regler innebærer at krav til ansvarsgrunnlag er oppfylt
- Ansvar for indirekte tap

Kommentarene i høringsnotatet på side 27 viser også at en regel om objektivt ansvar med unntak for force majeure kan være krevende å praktisere på dette området. Det fremheves her at *"Det skal bemerkes at selv om forslaget i utgangspunktet bygger på et objektivt ansvar for pliktbrudd, så vil fastleggelse av ansvaret i realiteten ofte innebære mer tradisjonelle skyldvurderinger. Grunnen til dette er at mange av de relevante pliktene bærer preg av å være innsatsforpliktelser i form av krav til faglighet og lojalitet."* Dette indikerer at en videreføring (eventuelt lovfesting) av det ulovfestede profesjonsansvaret nok hadde gitt en mer hensiktsmessig regel.

Advokatforeningen stiller også spørsmål ved at bestemmelsen i §§ 1-9 og 1-10 kun gjelder i forholdet mellom selskapet og dets kunder. Etter omstendighetene vil også andre enn selskapets kunde, typisk ektefelle, andre medlemmer av husstanden, panthaver og andre som er medforsikret etter forsikringsavtaleloven § 7-1 første og andre ledd lide tap som følge av selskapets pliktbrudd. Det fremgår ikke av lovforslaget hvorfor departementet tenker at slike medforsikrede ikke skal kunne påberope seg det skjerpede ansvarsgrunnlaget. Advokatforeningen mener at også slike medforsikrede må kunne påberope seg det skjerpede ansvarsgrunnlaget hvis sistnevnte blir vedtatt.

10. Standardisert informasjonsdokument om skadeforsikring – Forslag til ny forskrift til FAL

I Finanstilsynets høringsnotat av 23. juni 2017 om Gjennomføring av forsikringsdistribusjonsdirektivet 2016/97/EU i norsk rett – forslag til ny lov om forsikringsformidling mv. ("høringsnotat II") er det i punkt 10.4 foreslått at kravet i IDD om at den relevante informasjonen om skadeforsikringsprodukt skal gis kunden før forsikringsavtalen inngås, i form av et standardisert informasjonsdokument (IPID), jfr. IDD artikkel 20 nr. 5, jfr. nr. 4. På side 55 i høringsnotat II foreslås det at det inntas en ny bestemmelse i FAL hvor plikten til å utstede et slikt dokument til kunden fremgår, og nærmere regler om utformingen av slike dokument inntas i forskrift.

I høringsnotatet fra departementet er det derimot foreslått at også hjemmelen til å utstede et IPID dokument inntas i forskrifts form, se nærmere side 16, gjenspeilet i forslaget til ny § 1-5 siste avsnitt. Advokatforeningen stiller seg positive til å innføre EU-kravet om en standardisert informasjonsdokument.

Følgen av at slikt informasjonsdokument ikke fremvises kunden før avtalen inngås er imidlertid ikke utredet i tilstrekkelig grad. Ei heller kan Advokatforeningen se at i noen av høringsnotatene eller i forslagene til lovtekst eller forskrift at det er foretatt noen vurderinger av om sikkerhetsforskrifter skal opplyses om i informasjonsdokumentet og i så fall på hvilken måte.

Advokatforeningen mener at pålegget om å utstede et slikt dokument er så viktig at det må fremgå av en egen lovbestemmelse, slik som foreslått av Finanstilsynet i høringsnotat 1. Videre mener Advokatforeningen at det i høringsnotat 1 må klart fremgå hva effekten skal være av at et slikt dokument ikke er utstedt eller at en bestemt risiko ikke er synliggjort i dokumentet. Det er grunn til å tro at det vil bli gjort en rekke formelle feil de første årene i en overgangsfase og at det vil være en særlig belastning for Finansklagenemnda Forsikring dersom ikke klare regler om kundenes rettigheter ved overtredelse av kravene til informasjonsdokument fremgår tydelig av FAL.



Jens Johan Hjort
leder

Vennlig hilsen



Merete Smith
generalsekretær

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no