

Finansklagenemnda Eierskifte

Avgjørelse FinKN-2019-002

7.1.2019

Protector Forsikring ASA

WA - Eierskifteforsikring – lov om avhending av fast eiendom (avh.l.)

Oppsigelse av forsikringsavtalen – selskapets reklamasjonsplikt – uttrykkelig samtykke til elektronisk kommunikasjon? – næringsvirksomhet – fal. §§ 4-14 og 20-3.

De sikrede (selgerne) solgte høsten 2013 to seksjoner i en "enebolig med sekundærleilighet" oppført samme år. Ved salget ble det tegnet eierskifteforsikring hos selskapet. Etter salget fremmet kjøper en rekke reklamasjoner over feil ved boligen. Selskapet sendte e-post til sikrede den 6.2.15 med varsel om regress. Varaset ble fulgt opp med et regresskrav datert 26.8.16. Selskapet tok ut stevning mot de sikrede, og saken ble løst ved rettsforlik den 28.4.17. Selskapet mottok etter dette nye reklamasjoner fra kjøper. Selskapet gjorde ved e-post datert 27.10.17 gjeldende at de sikrede hadde forsømt sin opplysningsplikt ved tegningen og at det dermed var grunnlag for oppsigelse av forsikringen, subsidiært at det var grunnlag for fullstendig bortfall/avkortning, og at forholdet i alle tilfeller rammes av dekningsbegrensning i forsikringsvilkårene, da de sikrede hadde drevet næringsvirksomhet. Nemnda kom til at selskapet ikke hadde overholdt sin varslingsplikt iht. fal. § 4-14 ettersom sikrede ikke hadde gitt uttrykkelig samtykke til bruk av e-post, jf. fal. § 20-3, og at ansvarsbegrensningen i forsikringsvilkårene knyttet til næringsvirksomhet heller ikke kom til anvendelse. Sikrede ble dermed gitt medhold.

Saksfremstilling

Saken gjelder klage fra sikrede på selskapets anførsel om oppsigelse og fullstendig bortfall av eierskifteforsikringen inngått ved salg av bolig.

De sikrede (selger A. og B.) solgte høsten 2013 seksjon 1 og 2 i den aktuelle boligen. Ved salgene ble det tegnet eierskifteforsikring hos selskapet.

Fra forsikringsvilkårene ved salg av seksjon 1 fremgikk:

5. EIERSKIFTEFORSIKRINGEN ER UGYLDIG I FØLGENDE TILFELLE:

...

5.2. Når salget skjer som ledd i selgers næringsvirksomhet. Med næringsvirksomhet menes tilfeller der selger eier 5 eller flere enheter og/eller driver omsetning/utvikling/utleie av eiendom som næring.

Fra forsikringsvilkårene ved salg av seksjon 2 fremgikk tilsvarende i pkt. 6.2:

Når salget skjer som ledd i selgers næringsvirksomhet. Med næringsvirksomhet menes tilfeller der selger eier 5 eller flere enheter, eller driver omsetning/utvikling/utleie av eiendom som næring.

Ifølge egenerklæringsskjemaet som ble utfyllt ved salget knyttet til seksjon 1 hadde de sikrede bebodd boligen i 1 år, de siste 12 måneder, før salget. I egenerklæringsskjemaet knyttet til seksjon 2 var spørsmålet ikke besvart. Boligenes byggeår ble opplyst å være 2013.

I etterkant av salget fremmet kjøperne reklamasjoner og anførte at boligen var mangelfull.

I e-post fra selskapet den 6.2.15 mottok de sikrede varsel om regress fra selskapet, og det ble anført at opplysningsplikten ved tegning var misligholdt, jf. fal. §§ 4-1 og 4-2. Det ble også tatt forbehold om mulig oppsigelse av forsikringen. Fra brevet hitsettes:

Regressvarselet ble fulgt opp av selskapet ved brev den 26.8.16. Selskapet tok senere ut stevning mot de sikrede. I de sikredes tilsvaer til tingretten av 14.12.16 het det bl.a. at:

A. har selv ikke vært kjent med noen problemer tilknyttet de forholdene som det er reklamert over og A. har heller ikke bebodd eiendommen. A. har heller ingen tilknytning til (...) som ansvarlig søker og har heller ingen ting å gjøre med de utførende og kontrollerende foretakene for oppføringen av huset.

Saken ble den 28.4.17 løst i minnelighet ved rettsforlik mellom de sikrede og selskapet.

Den 27.10.17 mottok de sikrede e-post fra selskapet med "*varsel om nye reklamasjoner og oppsigelse av forsikringen*". Selskapet viste til fal. §§ 4-1, 4-2, 4-3 og 4-9 som hjemmel for oppsigelsen. Det ble bl.a. anført at sikrede B. satt som daglig leder i firma Z. AS, som var utbygger-selskapet av eiendommen. Det ble vist til at sikrede B. ikke kunne regnes som en vanlig forbruker, men at hun i egenskap av sin stilling hadde "*særdeles godt grunnlag til å oppfylle sin opplysningsplikt overfor selskapet og kjøper*". Fra selskapets e-post hitsettes:

Etter vår vurdering er deres klient mer enn bare lite å legge til last for å ikke ha gitt også disse opplysningene til selskapet ved tegningen av forsikringen. Deres klient har forsettlig tilbakeholdt vesentlig informasjon av betydning for selskapets risiko. Det vises også til tidligere begrunnelser og redegjørelser i forbindelse med rettslig prosess som ble avsluttet i rettsmekling 31.03.17. Av forsikringsvilkårenes punkt 9.3 fremgår følgende:

"Den som gjør seg skyldig i svik mot Selskapet, mister ethvert erstatningskrav mot Selskapet etter denne forsikringsavtalen jf. FAL §§ 4-1, 4-2. Blir Selskapet kjent med at selger forsettelig eller grovt uaktsomt har gitt uriktige opplysninger om eiendommens risiko, kan Selskapet si opp forsikringen, jf. FAL § 4-3."

Som en følge av det ovennevnte har selskapet besluttet å si opp forsikringen med umiddelbar virkning i medhold av vilkårenes punkt 9.3 og FAL § 4-3. Det vises for god ordens skyld til vårt brev av 06.02.15 hvor selskapet forbeholdt seg retten til å si opp forsikringen på et senere tidspunkt. Som en følge av dette vil selskapet ikke behandle reklamasjonen av 18.10.17 eller senere henvendelser fra kjøper i anledning saken utover at disse videreformidles dere.

I klagen til Finansklagenemnda har sikrede B. fremholdt at hun må regnes som en vanlig forbruker i salgøyemed. Det ble vist til at sikrede B. var ansatt hos utbygger Z. AS som økonomimedarbeider. Stillingen skal kun ha innbefattet kontorarbeid, administrasjon, økonomistyring samt regnskap. Det ble bestridt at hennes rolle som daglig leder innbefattet saker av byggeteknisk karakter. Sikrede B. var kun fungerende daglig leder i en kortere periode mens J. var borte grunnet sykdom. Ifølge klager hadde sikrede A. ingen tilknytning til utbygger Z. AS.

Selskapet har fremlagt utskrift fra folkeregisteret som viste at de sikrede hadde hatt flere bostedsadresser de siste årene.

Sikrede har klaget på selskapets oppsigelse. Det ble anført at opplysningsplikten ikke var brutt, og at sikrede uansett ikke hadde utvist svik, forsett, eller var mer enn lite å legge til last, jf. fal. §§ 4-1, 4-2, 4-3 og 4-9. Det ble bl.a. vist til at ingen av de sikrede var kjent med de feilene kjøper hadde reklamert over, de hadde ikke byggeteknisk kompetanse, og tidligere ansettelse i utbyggerfirmaet var i all hovedsak som økonomiarbeider. Sikrede måtte anses som forbrukere, og solgte ikke boligen som et ledd i næringsvirksomhet. Oppsigelsen av forsikringen var dermed ikke berettiget.

Selskapet har opprettholdt sitt tidligere standpunkt, og i hovedsak anført at de sikrede ikke har oppfylt sine plikter etter fal. § 4-1, og at det dermed var grunnlag for oppsigelse etter fal. §§ 4-2, 4-3 og 4-9. I alle tilfeller hadde de sikrede handlet som ledd i næringsvirksomhet, slik at forsikringen ikke dekket reklamasjonen fra kjøper, jf. forsikringsvilkårenes punkt 5.2 og 6.2.

Sekretariatets konklusjon:

Sekretariatet ga sikrede medhold. Sekretariatet kom til at fal. kap. 4 ikke kunne påberopes av selskapet, ettersom selskapets varslingsplikt ikke var overholdt, jf. fal. § 4-14, jf. § 20-3. Sekretariatet kom videre til at det ikke var sannsynliggjort at dekningsbegrensningen i forsikringsvilkårenes pkt. 5.2 og 6.2 kom til anvendelse.

Finansklagenemnda Eierskiftes begrunnelse

Nemnda tar først stilling til om selskapets varslingsplikt er oppfylt, jf. fal. § 4-14, jf. § 20-3. Ifølge fal. § 4-14 skal selskapet gi sikrede *"skriftlig beskjed"* uten ugrunnet opphold hvis selskapet vil gjøre gjeldende at det helt eller delvis er fri for ansvar etter en av reglene i forsikringsavtaleloven kapittel 4 eller det for øvrig gjør gjeldende at det har rett til å si opp forsikringen.

Skriftlighetskravet i fal. § 4-14 må forstås bokstavelig, og bruk av elektronisk kommunikasjon som e-post forutsetter at sikrede *"uttrykkelig har godtatt dette"*, jf. fal. § 20-3. Om forståelsen av fal. § 20-3 heter det i bestemmelsens forarbeider, Ot.prp. nr. 108 (2000-01) s. 187, følgende:

Vilkåret er satt for at den som skal motta dokumentet, skal gjøres oppmerksom på at viktig informasjon om forsikringsforholdet kan komme inn på vedkommendes elektroniske meldingsmottak. Kravet om uttrykkelig godtakelse innebærer at den som skal motta dokumentet skal ha akseptert et særskilt utskilt vilkår om bruk av elektronisk kommunikasjon.

I FinKN-2016-383 er det fremholdt at *"godtakelsen må være eksplisitt, og ikke indirekte eller forutsatt i form av passivitet alene"*.

Nemnda legger til grunn at de sikrede i den foreliggende saken ble informert om selskapets standpunkt på e-post, og ikke i brevs form. Spørsmålet er da om sikrede *"uttrykkelig har godtatt dette"*, altså bruk av elektronisk kommunikasjon. Nemnda kan ikke se at sikrede uttrykkelig har godtatt elektronisk kommunikasjon, og bemerker i denne forbindelse at den ikke finner å kunne tillegge det avgjørende vekt at sikrede har besvart selskapets e-post, jf. FinKN-2012-320.

Selskapet har anført at sikrede gjennom konkludent adferd, og ved at oppsigelsen er sendt også til sikredes advokat, har samtykket til elektronisk kommunikasjon. Sekretariatet fremholdt følgende om dette:

Selskapet har opplyst i brev til oss av 18.9.18 at brevet ikke ble sendt per post, og anført at sikrede gjennom konkludent adferd har samtykket til elektronisk kommunikasjon, jf. fal. § 20-3. Det er vist til LB-2016-139452, hvor det bl.a. er uttalt at:

"Selv om skademeldingen her ikke ble sendt elektronisk, må en advokat etter lagmannsrettens oppfatning sies å ha godkjent elektronisk kommunikasjon der all skriftlig kommunikasjon med selskapet, etter det opprinnelige kravet, har foregått på epost. Dette må i det minste legges til grunn med mindre noe annet blir klart presisert fra advokatens side, noe som ikke er tilfelle i saken her."

Saken selskapet viser til gjelder et annet typetilfelle enn i vår sak. I dette tilfellet er det selskapet som fremsetter krav mot sikrede. Etter vårt syn tilsier ordlyden "uttrykkelig" i fal. § 20-3 at konkludent adferd ikke er nok. Vi kan heller ikke se at det er fremlagt dokumentasjon som tilsier at de sikrede på annen måte uttrykkelig har godtatt elektronisk kommunikasjon. Forsikringsavtaleloven er preseptorisk, og vi finner ikke at tidligere saksgang kan tillegges betydning i den anledning, jf. fal. § 1-3.

På bakgrunn av ovennevnte, er vi av den oppfatning at det ikke kan legges til grunn som sannsynliggjort at selskapets standpunkt ble sendt skriftlig eller at sikrede "uttrykkelig" har godtatt elektronisk kommunikasjon, jf. fal. §§ 4-14 og 20-3. Selskapets varslingsplikt er dermed ikke overholdt, med den følge at selskapet "mister (..) retten til å påberope seg forholdet", jf. 4-14 annet ledd.

Nemnda viser til sekretariatets drøftelse og konklusjon og slutter seg til disse da de i hovedtrekk er dekkende for også nemndas syn på saken. Nemnda vil bemerke at den ikke finner å kunne legges avgjørende vekt på at det allerede har vært kontakt mellom selskapet og sikrede om tidligere

reklamasjoner fra kjøperne. Selv om denne kontakten i all hovedsak har vært per e-post, er det ikke tilstrekkelig til at det kan sies å foreligge et samtykke til elektronisk kommunikasjon fra sikrede i lovens forstand.

Når det gjelder spørsmålet om sikredes advokat i dette tilfellet, på de sikredes vegne, har godkjent elektronisk kommunikasjon, viser nemnda til at det var sikrede selv som forestod kontakten med selskapet i den innledende fasen. Slik saken er opplyst for nemnda, synes sikrede B. først å ha vært representert ved advokat ved tilsvar 15.9.16 til regresskrav og varsel om rettslige skritt. Sikrede A. var først representert ved advokat da det på hennes vegne ble inngitt tilsvar til Oslo tingrett 14.12.16. Det ble etter det opplyste inngått rettsforlik for Oslo tingrett våren 2017. Slik nemnda ser det, fremstår prosessfullmektigens oppdrag frem til rettsforliket å ha vært å bistå de sikrede i den rettslige prosessen for Oslo tingrett. Nemnda kan ikke se at den kontakten som har vært mellom selskapet og de sikredes prosessfullmektig i den forbindelse kan innebære at det "uttrykkelig" er godtatt elektronisk kommunikasjon i fal. § 20-3 sin forstand. Heller ikke det forhold at det på de sikredes vegne av en advokat er inngitt klage til Finansklagenemnda i januar 2018 kan, slik nemnda ser det, forstås slik at advokaten har samtykket til elektronisk kommunikasjon, jf. fal. § 20-3. Det er for nemnda ikke fremlagt noe korrespondanse mellom selskapet og sikredes advokat etter selskapets oppsigelse av 27.10.17, som var sendt både til advokaten og de to sikrede.

Nemnda er etter dette kommet til at selskapets varslingsplikt ikke er oppfylt. Foranlediget av selskapets klage til nemnda bemerkes at selv om nemnda er enig i at samfunnsutviklingen klart går i retning av at stadig flere private og offentlige aktører kommuniserer med borgerne digitalt, og at det er gode grunner som taler for elektronisk kommunikasjon, kan ikke nemnda se at denne utviklingen og de reelle hensyn kan tillegges avgjørende vekt ved tolkningen av fal. § 20-3, jf. § 4-14, slik bestemmelsene lyder i dag.

Nemnda tar etter dette stilling til om unntaket i forsikringsvilkårene om salg som ledd i næringsvirksomhet kommer til anvendelse. Ved salget av den ene boenheten fulgte det av forsikringsvilkårene punkt 5.2 at eierskifteforsikringen er ugyldig blant annet i følgende tilfelle:

Når salget skjer som ledd i selgers næringsvirksomhet. Med næringsvirksomhet menes tilfeller der selger eier 5 eller flere enheter og/eller driver omsetning/utvikling/utleie av eiendom som næring.

Ved salget av den andre boenheten hadde forsikringsvilkårene denne ordlyden:

Når salget skjer som ledd i selgers næringsvirksomhet. Med næringsvirksomhet menes tilfeller der selger eier 5 eller flere enheter, eller driver omsetning/utvikling/utleie av eiendom som næring.

Sekretariatet fremholdt følgende i sin avgjørelse:

Sekretariatet har funnet spørsmålet vanskelig. Selskapet har i utgangspunktet bevisbyrden for at unntaket i dekningsbegrensingen er oppfylt. Som ellers i sivile saker gjelder krav om sannsynlighetsovervekt for å legge kravstillers anførsel til grunn som godgjort og dokumentert. Hvorvidt de sikrede må antas å ha handlet som ledd i næringsvirksomhet må etter nemndas praksis bero på en helhetsvurdering med utgangspunkt i vilkårenes ordlyd. Lignende spørsmål er tidligere vurdert i FinKN-2015-261, hvor nemnda bl.a. uttalte at:

" Saken gjelder spørsmålet om sikredes tegning av eierskifteforsikring ved salg av en nyoppført bolig, og bistand til salg av to tilsvarende boliger for sine søsken, medfører at tegningen er ugyldig. Forsikringsvilkårene har en bestemmelse om at tegningen er ugyldig når: "salget skjer som ledd i selgers næringsvirksomhet. Med næringsvirksomhet menes tilfeller der selger eier 5 eller flere enheter og/eller driver omsetning/utvikling/utleie av eiendom som næring".

Spørsmålet om gyldighet må avgjøres ut fra en tolkning av dette vilkåret. Hadde vilkåret bare gjort unntak for næringsvirksomhet generelt, ville det vært naturlig å se hen til hvordan begrepene næring og virksomhet er forstått i andre lover – først og fremst skatteloven. Den opererer med et virksomhetsbegrep som klart ville omfattet den aktivitet det er tale om her, jf. skatteloven § 5-1 og Lignings-ABC avsnitt 3.3.2. Men

forsikringsvilkåret presiserer næringsvirksomhet på en måte som gjør at det kreves adskillig mer enn etter det skatterettslige virksomhetsbegrep. Etter nemndas oppfatning må det legges til grunn at sikrede ikke har hatt befatning med salg av mer enn tre nye boliger og han har bare eid den ene. Hans aktivitet omfattes derfor ikke av det første alternativ i unntaksbestemmelsen i vilkårene. Det andre unntaket må etter nemndas mening tolkes i lys av det første. Siden omsetning av fire boliger ikke er næring etter første alternativ, må også annet alternativ tolkes slik at det må være "omsetning/utvikling/utleie" som omfatter fem eller flere boliger. I motsatt fall blir det ikke sammenheng i unntaksregelen. Nemnda konkluderer etter dette med at selskapets anførsel om ugyldighet ikke kan føre frem og der det unødvendig å drøfte om sikrede har misligholdt sin opplysningsplikt. Det er da ikke nødvendig å ta stilling til om meglers kunnskap om de faktiske forhold innebærer at selskapet ikke kan si opp forsikringen, noe som avhenger av om han må anse som selskapets fullmektig ved tegningen. Siden tegningen er gyldig hadde selskapet ikke adgang til å si opp forsikringen og da er det også klart at forsikringstilfellet har inntruffet i ansvarstiden. "

I denne saken er det bl.a. vist til utskrift fra folkeregisteret, tilknytningen mellom selgerne og utbygger, og tidligere ansettelsesforhold. Utskriften fra folkeregisteret viser bostedsadresser, men etter vårt syn ikke hvorvidt de sikrede har eid de aktuelle eiendommene, og om det er tale om 5 eller flere enheter ved salget. Selskapet har videre vist til at en av de sikrede i tilsvarende til Oslo tingrett av 14.12.16 opplyste at de ikke hadde bebodd eiendommen. I det ene egenerklæringsskjemaet er det imidlertid opplyst at de har bebodd den ene seksjonen siden byggeår, siste 12 måneder, og i det andre skjemaet er spørsmålet ikke besvart. Ansettelsesforholdet i Z. AS er imidlertid imøtegått og redegjort for av sikrede, og det er også fremholdt at de ikke var involvert i byggeprosessen. Vi kan dermed ikke se at det er dokumentert at de sikrede har eid eller drevet omsetning/utvikling/utleie av 5 eller flere enheter.

Vurderingen hos oss beror utelukkende på de skriftlige bevis som er fremlagt i saken, med de begrensninger dette medfører. Etter en helhetsvurdering av samtlige fremlagte dokumenter, finner vi ikke å legge det til grunn som sannsynliggjort at de sikrede har handlet som ledd i "næringsvirksomhet". Slik saken er dokumentert kan vi dermed ikke se at dekningsbegrensningen i vilkårenes pkt. 5.2 og 6.2 kommer til anvendelse.

Nemnda slutter seg i hovedtrekk til det sekretariatet her fremholder, men også nemnda har funnet saken tvilsom. Det bemerkes i den forbindelse at det gir begrensninger ved bevisbedømmelsen at saken utelukkende vurderes på bakgrunn av sakens dokumenter, og spørsmålet synes å kunne bli bedre belyst ved umiddelbar bevisførsel.

Selskapet har i klagen til nemnda reist innvendinger mot at det også for siste del av vilkårene legges til grunn at det må være omsetning/utvikling/utleie av fem eller flere boenheter. Nemnda bemerker at forsikringsvilkårene er ulike for de to boenhetene som den foreliggende saken omhandler. Men selv om det legges til grunn at vilkåret om at selger driver "omsetning/utvikling/utleie av eiendom som næring" kan være oppfylt også ved færre boenheter enn fem, kan nemnda vanskelig se at det er sannsynliggjort at de sikrede i den foreliggende saken har drevet et så vidt omfattende kjøp og salg av boliger at det er å anse som næring. Det vises i den forbindelse blant annet til at en av de sikrede har opplyst å ha bebodd den ene boenheten som foreliggende sak omhandler. Det er også fremlagt utskrift fra eiendomsregisteret, men nemnda finner det vanskelig å tillegge denne avgjørende vekt slik denne saken ligger an.

Nemnda har etter dette under tvil kommet til at dekningsbegrensningen i vilkårenes pkt. 5.2/6.2 ikke kommer til anvendelse.

Avgjørelsen er enstemmig.

Finansklagenemnda Eierskiftes konklusjon

Sikrede gis medhold.

Ved behandlingen deltok Kjersti Buun Nygaard (leder), Irene Sogn (nestleder), Thalina Kofoed Skramstad (nøytralt oppnevnt medlem), Hanne Kvalshaug (selskapsrepresentant), Victoria van der Lagen-Larsen, (selskapsrepresentant), Else Anette Grannes (forbrukerrepresentant) og Kristoffer Sørli (forbrukerrepresentant).