

Finansklagenemnda Skade

Avgjørelse FinKN 2024-128

12.2.2024

Gjensidige Forsikring ASA

Ansvar

Ansvar for regnskapsfører – reklamasjon – unntak for kontraktsansvar?

Sikrede leverte regnskapstjenester, herunder lønnskjøring til firma G. I den forbindelse benyttet sikrede et regnskapsprogram. En del av lønnsartene som var aktuelle for G., lot seg ikke behandle automatisk i regnskapsprogrammet og måtte legges inn manuelt av sikrede. Ved en feil utelot sikrede en konto for såkalt kontrapostering, noe som medførte at en lønnsart som kun skulle gå til fordelsbeskatning, også gikk til utbetaling ved lønnskjøring. Totalt ble det feilutbetalt kr 569 354 til 35 ansatte over en periode på to år. G. fremsatte tilbakesøkningskrav ovenfor de berørte ansatte, men kravet ble etter en konkret vurdering oppgitt. G. fremmet deretter erstatningskrav på totalt kr 784 351 ovenfor sikrede den 15.3.22. Sikrede meldte kravet inn under profesjonsansvarsforsikringen i foretaket den 6.4.22. Sikrede foretok deretter, den 16.9.22, en utbetaling til G. på kr 350 000. Foretaket avsto å dekke skaden den 30.9.22 og anførte at reklamasjon fra G. ovenfor sikrede var fremsatt for sent etter oppdragsavtalen med den følge at erstatningskravet mot sikrede var gått tapt. Videre at en erkjennelse av ansvar i en slik situasjon, måtte regnes som et kontraktsansvar som var unntatt i vilkårene. Sikrede erkjente at G. hadde reklamert for sent, men at denne innsigelsen var gått tapt som følge av realitetsdrøftelser og sikredes erkjennelse av ansvar overfor G. Nemnda kom til at foretaket ikke var ansvarlig under sikredes ansvarsforsikring, og viste til at ettersom G. hadde oversett reklamasjonsfristen overfor sikrede, var ansvaret etter kontrakten bortfalt. Nemnda kom videre til at sikredes løfte om likevel å betale, måtte regnes som et tilsagn om ansvar som var omfattet av unntaket for kontraktsansvar, samt at det i dette tilfellet ikke var grunnlag for å supplere kontraktsansvaret med alminnelig erstatningsansvar.

ANTATT ØKONOMISK OMFANG: kr 784 351 tillagt forsinkelsesrente

Saksfremstilling

Saken gjelder krav om erstatning under sikredes ansvarsforsikring.

Sikrede har formuesansvarsforsikring med følgende vilkår:

FORMUESANSVAR

(...)

Hvilket ansvar som dekkes Erstatningsansvar for formuesskade når

- skaden er skjedd under utøvelse av den virksomhet som er angitt i forsikringsbeviset
- Sikrede er erstatningsansvarlig i henhold til gjeldende rett og
- Skriftlig erstatningskrav blir fremsatt mot Gjensidige i forsikringsperioden (claims made prinsippet)

DEKKES IKKE

Kontraktsansvar

(...)

Definisjoner

(...)

Med kontraktsansvar menes utgifter/omkostninger/tap knyttet til oppfyllelse av sikredes kontrakt (dvs. avtalt ytelse, leveranse, arbeid, entreprise e.l.) herunder

(...)

Ansvar som går utover hva som følger av alminnelig erstatningsrett, men som sikrede ved tilsagn, kontrakt, avtale eller garanti likevel har påtatt seg å bære.

(...)

Sikrede, som leverer tjenester som omfatter regnskap og lønn, inngikk våren 2019 en avtale om leveranse av regnskapstjenester til firma "G."

Sikrede benyttet et system kalt "X." til sine lønnskjøringer. Det viste seg at en del lønnsarter (typer lønn/ytelser) som var aktuelle for G., ikke kom automatisk inn i X. og måtte legges inn manuelt.

Ved en feiltakelse ble det utelatt en konto for såkalt kontrapostering, noe som medførte at en lønnsart – fri kost og losji – som kun skulle gå til fordelsbeskatning, også gikk til utbetaling ved lønnskjøring.

Feilen ble gjort for lønnskjøringer fra oppdragets start og frem til sikrede oppdaget forholdet sommeren 2021. Undersøkelser viste at feilene gjaldt totalt 35 ansatte, og at det gjennomsnittlig pr. ansatt var feilutbetalt kr 16 361,54 over to år. Det samlede beløpet utgjorde kr 569 354. Basert på det feilutbetalte beløp hadde G. også betalt arbeidsgiveravgift på til sammen kr 80 744.

G. krevde tilbakebetaling fra de ansatte som var berørt, men de ansatte bestred kravet og viste til at det ikke var rimelig å forvente at de ansatte skulle ha oppdaget feilen selv. De ansatte måtte undersøke lønnslippen i detalj for å oppdage feilen, og de utbetalte beløpene varierte uansett alltid pga. variable timeantall. De ansattes fagforbund konkluderte med at det ikke var grunnlag for tilbakebetaling.

Ledelsen i G. vurderte saken slik at rettslig prosess om tilbakesøking var forbundet med stor usikkerhet og valgte derfor istedenfor å kreve tapet pålydende kr 784 351 dekket av sikrede. Erstatningskravet ble fremsatt 15.3.22. Sikrede meldte 6.4.22 kravet til foretaket.

Sikrede utbetalte 16.9.22 kr 350 000 til G. Sikrede har forklart at betalingen ikke innebar et endelig oppgjør og heller ingen erkjennelse av erstatningskravets størrelse, men en foreløpig økonomisk bistand for å bøte på G. sitt likviditetstap, og for å begrense beregningsgrunnlaget for forsinkelsesrenter på kravets endelige størrelse. Sikrede anså det som markedsmessig riktig at slik bistand ble gitt, all den tid sikredes handlinger var medvirkende til det tap som oppstod.

Foretaket avsto å dekke skaden i e-post datert 30.9.22.

Sikrede krever dekning for erstatningsansvar for tap pålydende kr 784 351 som følge av sikredes feil og anfører at det er omfattet av ansvarsforsikringen. Det må regnes for sannsynliggjort at G.s forsøk på tilbakesøking ikke førte frem, og at sikrede derfor er ansvarlig for G.s tap. Dette er dekket av vilkårene.

Sikrede erkjenner at det objektivt og formelt er reklamert for sent, jf. HR-2020-2254A, men anfører at denne innsigelsen er gått tapt som følge av realitetsdrøftelser og erkjennelse av ansvar overfor G. Sikrede har ved å bistå G. i undersøkelse av skadeomfang og forsøk på tilbakesøking i realiteten innrømmet feilen og erkjent ansvar og/eller inngått i realitetsdrøftelser. Dette kan ikke

føre til at forholdet omfattes av unntaket for kontraktsansvar. Sikrede viser også til LB-2021-34478, som legger til grunn at erkjennelse eller realitetsdrøftelser før formelt fremsatt reklamasjon ikke kan være tilstrekkelig til at reklamasjonsinnsigelsen går tapt. Forholdet må i stedet bedømmes etter reglene i forsikringsavtaleloven (fal.) kap. 4, herunder fal. § 4-10 om brudd på tapsbegrensningsplikten. Sikrede bestrider at det foreligger brudd på denne bestemmelsen, og bruddet er heller ikke varslet, jf. fal. § 4-14.

Sikrede anfører videre at sikrede uansett er ansvarlig etter alminnelige erstatningsrettslige regler, jf. HR-2021-2201- A (Kruse Smith) avsnitt 56–58 med henvisning til Rt. 2015-276 Bori-dommen. Bori-dommen avsnitt 36 angir som det klare utgangspunktet at en skadelidt som har flere grunnlag for sitt krav, har valgfrihet mht. hvilket grunnlag som gjøres gjeldende. Ut fra dette må sikrede være ansvarlig etter skl. § 2-1, som ikke er underlagt noen reklamasjonsregler. Det oppstilles ikke noen reklamasjonsplikt etter alminnelige obligasjonsrettslige regler for deliktkrav, i tilfeller der ansvaret potensielt kan grunnes på både regler om delikt- og erstatning i kontrakt.

Sikrede anfører at en evt. innsigelse om unntak for kontraktsansvar, er bortfalt som følge av passivitet fra foretakets side.

Forsikringsforetaket avviser ansvar og anfører at reklamasjon fra G. ovenfor sikrede er fremsatt for sent etter oppdragsavtalen med den følge at erstatningskravet mot sikrede er gått tapt. En erkjennelse av ansvar i en slik situasjon, må regnes som et kontraktsansvar som er unntatt i vilkårene. Dette er et objektivt unntak fra forsikringens farefelt hvor foretakene står fritt i sin beskrivelse. Det dreier seg ikke om brudd på tapsbegrensningsreglene i fal. § 4-10.

Foretaket bestrider at det har tapt muligheten til å påberope unntaket for kontraktsansvar pga. passivitet. Sikrede har ikke på noe tidspunkt kunne innrette seg etter at de ville fått dekning da foretaket hele veien har avslått kravet.

Foretaket avviser at skadelidte har en generell valgrett i forhold til ansvarsgrunnlag. HR-2021-2201- A (Kruse Smith)-dommen gir ikke grunnlag for en regel om ubetinget valgrett mht. ansvarsgrunnlag i/utenfor kontrakt. Det er kun unntaksvis at skadelidte kan fremsette krav om erstatning etter alminnelig erstatningsrett, i de tilfellene der det foreligger erstatningsgrunnlag etter et kontraktsrettslig mislighold.

Finansklagenemnda Skades begrunnelse

Spørsmålet er om foretaket er ansvarlig under sikredes ansvarsforsikring.

Det er ikke bestridt at sikrede under levering av sine regnskapstjenester gjorde en feil som førte til feilutbetalinger til G.s ansatte. Det foreligger dermed en mangel ved levering av regnskapstjenesten som evt. har påført G. et tap. Forutsetningen for at G. skal kunne påberope seg misligholdet er imidlertid at G. har reklamert i henhold til kontrakten.

Kontrakten mellom sikrede og G. har følgende regulering av reklamasjon:

4.2 VARSLINGS- OG REKLAMASJON VED MISLIGHOLD

Dersom partene ønsker å gjøre mislighold gjeldende mot den annen part, må skriftlig reklamasjon fremmes uten ugrunnet opphold etter at misligholdet er oppdaget eller burde vært oppdaget. Reklamasjonen skal tydelig være benevnt "reklamasjon", samt angi hva avtalebruddet anføres å bestå i og hvilke misligholdsbeføyelser Parten ønsker å påberope seg. Partene skal gis en rimelig frist til å bringe forholdet i orden før misligholdsbeføyelser iverksettes.

Feilen ble etter det som er opplyst oppdaget av en av sikredes ansatte 29.4.21. Det er ikke opplyst nøyaktig når G. ble gjort oppmerksom på feilen, men sikrede forklarer at "dette ble gjort nærmest omgående etter oppdagelsen".

Reklamasjonsfristen er "uten ugrunnet opphold etter at misligholdet er oppdaget". Den begynner derfor å løpe ved kunnskap om feilen. HR-2020-2254A legger til grunn at en reklamasjonsfrist på ca. 14 dager fra man har kunnskap om feilen gir rimelig saksbehandlingstid. G. skulle derfor reklamert før sommeren 2021.

G. reklamerte 15.3.22 ovenfor sikrede. Dette kan ikke regnes som uten ugrunnet opphold. Reklamasjonsfristen er dermed oversittet. Rettsvirkningen av manglende reklamasjon er at den som oversitter fristen ikke kan påberope seg misligholdet.

Nemnda forstår saken slik at sikrede erkjenner at det objektivt og formelt er reklamert for sent, jf. HR-2020-2254A, men anfører at denne innsigelsen er tapt som følge av realitetsdrøftelser og ansvarserkjennelse overfor G.

Sikrede forklarer at han umiddelbart etter feilen ble anmodet om å bidra med å få tilbake pengene fra de ansatte og informert om at G. evt. ville kreve tapet hos sikrede. Det er imidlertid ikke fremlagt noen skriftlig dokumentasjon på dette. Nemnda kan heller ikke se at det er dokumentert at sikrede erkjente ansvar overfor G. før reklamasjonsfristen gikk ut. Sikredes betaling til G. ble foretatt 16.9.22. Da var reklamasjonsfristen oversittet med vel ett år. Partene står selvsagt fritt til å avtale at man skal se bort fra reklamasjonsfristen/manglende reklamasjon i et løpende kontraktsforhold, men da foreligger det en ny avtale om at sikrede fraskriver seg retten til å påberope reklamasjonsregelen og evt. påtar seg ansvar for et mislighold som skadelidte i utgangspunktet har tapt retten til å påberope seg. Et slikt tilsagn vil være bindende overfor G. og for så vidt også ovenfor ansvarsforsikringen, men det dreier seg om et nytt rettsstiftende grunnlag som evt. må vurderes i forhold til vilkårene i forsikringsavtalen.

Når sikrede i en slik situasjon erkjenner ansvar overfor G., blir dette i så fall et ansvar sikrede påtar seg uavhengig av den kontraktsrettslige forpliktelsen han opprinnelig hadde til å dekke skade som følge av mangelfull levering av tjenesten, og som altså bortfalt pga. mangelfull reklamasjon.

Forsikringen har unntak for:

Ansvar som går utover hva som følger av alminnelig erstatningsrett, men som sikrede ved tilsagn, kontrakt, avtale eller garanti likevel har påtatt seg å bære.

Når ansvaret etter kontrakten er bortfalt, må et løfte om å betale regnes som et tilsagn om ansvar som omfattes av unntaket.

Sikrede viser til LB-2021-34478, som legger til grunn at erkjennelse eller realitetsdrøftelser før formelt fremsatt reklamasjon medfører at reklamasjonsinnsigelsen går tapt. I denne saken dreiet det seg ikke om en kontraktsfestet reklamasjonsregel, men om ulovfestede regler, og ansvaret ble erkjent før reklamasjonsfristen løp ut. Nemnda kan som nevnt ikke se at sikrede i denne saken erkjente ansvaret før reklamasjonsfristen gikk ut. Uansett er resultatet av sikredes erkjennelse også her at sikrede ikke kan påberope seg reklamasjonsinnsigelsen pga. erkjennelsen, men da er det erkjennelsen som utgjør ansvarsgrunnlaget. Dette spørsmålet er ikke belyst i dommen.

Sikrede anfører at foretakets innsigelse om manglende reklamasjon er tapt pga. passivitet. Fal. har ingen regler om reklamasjonsfrist knyttet til avslag med grunnlag i forsikringens objektive dekningsfelt. Nemnda kan derfor ikke se at denne anførselen kan føre frem.

Sikrede anfører at sikredes løfte om betaling ikke faller inn under dette unntaket, men må sees som brudd på fal. § 4-10:

Er det overhengende fare for at et forsikringstilfelle vil inntreffe, eller er et forsikringstilfelle inntruffet, skal sikrede gjøre det som med rimelighet kan ventes av ham eller henne for å avverge eller begrense tapet

Forsikringen bygger på claims made prinsippet hvor forsikringstilfellet inntreffer når kravet meldes til foretaket. Sikrede meldte 6.4.22 kravet til foretaket, som evt. blir tidspunktet for forsikringstilfellet. Nemnda legger imidlertid til grunn at reklamasjonsfristen på dette tidspunktet var oversittet, slik at forutsetningen i vilkårene om at "Sikrede er erstatningsansvarlig i henhold til gjeldende rett" ikke lenger er til stede. På betalingstidspunktet forelå det derfor ikke noe ansvar som foretaket var ansvarlig for, og da foreligger det heller ikke noe forsikringstilfelle. Nemnda kan derfor ikke se at sikredes betaling er brudd på noen plikt til å avverge eller begrense et tap fordi det ikke var noe tap å begrense på betalingstidspunktet.

Sikrede anfører at han også er ansvarlig etter alminnelige erstatningsrettslige regler, jf. HR-2021-2201-A (Kruse Smith) dommen avsnitt 56-58:

Ved Solem-dommen avsnitt 45 opprettholdt Høyesterett rettstilstanden som var etablert gjennom de to foregående dommene på området. I saken her har Kruse Smith, med en klart uttalt tilslutning fra EBA, likevel stilt spørsmål om hvor langt supplerende ansvarsregler kan påberopes med den virkning at entreprenørens ansvar utvides i tid

Jeg viser her til at førstvoterende i avsnitt 36 i Bori-dommen drøfter om skadelidtes valgt rett er begrenset i forholdet mellom skadeserstatningsloven § 2-1 og ansvarsregler i spesiallovgivningen. I den forbindelse er det vist til i Ot.prp.nr.38 (1977–1978) side 26 om foreldelse. Der heter det blant annet:

Etter tilhøva kan det foreligge ansvar for samme skade eller tap både på deliktmessig og kontraktmessig grunnlag. Da vil krav som bygger på ulike ansvarsgrunnlag, foreldes etter eventuelt forskjellige regler, noe som innebærer at kravet først vil være foreldet når det er foreldet etter begge regelsett. Augdahl: Den norske obligasjonsretts alminnelige del s 126 har innvendinger mot denne løsning, som han finner 'mer enn tvilsom'. Departementet mener at det ikke er grunn til å stille en skadelidt som har et erstatningskrav på ett grunnlag, svakere fordi skadevolder også er ansvarlig på annet grunnlag.

Det er etter dette ikke tvilsomt at supplerende ansvarsregler kan påberopes ved siden av bustadoppføringslovens regler, med den virkning at entreprenørens ansvar utvides i tid.

En adgang til å supplere kontraktsrettslige regler gjelder "etter tilhøva", jf. dommens avsnitt 57, men retten kom i Kruse Smith dommen til at en slik adgang ikke forelå. Høyesterett fastslår i avsnitt 73:

I avveiningen det er tale om, skal "tapssituasjonen, karakteren av pliktbruddet og de interesser som beskyttes og håndhevingssynspunkter" inngå. De ulike momentene er delvis overlappende. Men både formuleringene og praksis viser at det kreves at tredjemann er blitt påført et betydelig tap og er satt i en vanskelig situasjon. Videre fremgår at ansvar er nærliggende der pliktbruddets karakter er grovt, for eksempel fordi det er knyttet til grunnleggende forhold som et bygg skal ivareta. Dette kan eksempelvis gjelde pliktbrudd av betydning for sikkerhet og helse. Det supplerende ansvaret vil etter dette kunne virke som et sikkerhetsnett.

Nemnda kan ikke se at de momentene som nevnes her tilsier at kontrakten i dette tilfellet skal suppleres med alminnelige erstatningsrettslige regler.

Nemnda mener også at HR-2017-1834-A (Branncelle-dommen) er mer sammenlignbar med saken her enn de øvrige dommene i Bori-komplekset. Saken gjaldt regress fra et forsikringselskap mot kontrollansvarlig etter at selskapet hadde dekket kostnader med å utbedre manglende brannsikring over en eierskifteforsikring. Vedørende anledningen til å forfølge kravet på deliktsrettslig grunnlag uttaler retten i avsnitt 55:

Etter det jeg har gjennomgått, leder en bredere avveining som beskrevet i Bori-dommen avsnitt 26, etter mitt syn til at de alminnelige reglene om erstatning utenfor kontrakt ikke gir grunnlag for et erstatningskrav fra Protector overfor A. Slik forholdet mellom partene er her, er jeg kommet til at de krav som måtte foreligge med grunnlag i den kontraktsrettslige mangelen, bare kan forfølges etter kontraktsrettslige regler.

Nemnda kan etter dette ikke se at det er grunnlag for å supplere kontraktsansvaret med alminnelig erstatningsansvar i denne saken.

Avgjørelsen er enstemmig.

Finansklagenemnda Skades konklusjon

Foretaket gis medhold.

Ved behandlingen deltok Trine-Lise Wilhelmsen (leder), Trine Vøien (bransjerepresentant) og Johannes Straume (næringsrepresentant).