

Kendelse af 15. oktober 2013 (J.nr. 2013-0034267)

Påtænkte produkt indebar at virksomheden ville være omfattet af kravet om tilladelse til at drive forsikringsvirksomhed.

Lov om finansiel virksomhed, § 11, stk. 1.

(Lone Møller, Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer deltaget)

Ved skrivelse af 12. april 2013 har K A/S klaget over Finanstilsynets afgørelse af 12. marts 2013, hvorved tilsynet fastslog, at K A/S ved at udbyde det påtænkte produkt ... vil drive forsikringsvirksomhed, hvilket selskabet skal have tilladelse til efter § 11, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Sagens omstændigheder:

I mail af 1. februar 2013 henvendte K A/S sig til Finanstilsynet under overskriften: ”Udbydelse af garanti for dækning af hændelige uheld omfattet af Lov om Finansiel Virksomhed?”. Af mailen fremgår videre:

”Vi sælger [produkt] til forbrugere i Danmark og påtænker i den forbindelse at give forbrugere i Danmark en udvidet garanti, som skal dække, såfremt forbrugeren beskadiger eller mister sit [produkt] ved et hændeligt uheld. Udkastet til garantibetingelser er vedhæftet her.

Vi er i den forbindelse blevet i tvivl om en sådan garanti vil gøre, at vi vil blive anset som omfattet af Lov om Finansiel Virksomhed som ”Forsikringsselskaber” jf. lovens § 5 stk. 1.

Loven giver ikke selv en nærmere forklaring af, hvad der skal forstås ved ”Forsikringsselskaber” og fortolkningsbidrag til dette har vist sig yderst vanskeligt at få overblik over (både for os og vores eksterne advokat). Derfor skal vi venligst anmode om jeres hjælp og beder jer oplyse, om dette konkrete forhold vil gøre, at I vil anse os for omfattet af Lov om Finansiel Virksomhed?

Det bemærkes, at vi udelukkende driver virksomhed ved produktion og salg af egne [produkt] og tilhører hertil (og altså ikke udbyder forsikringer). Vi sælger vore [produkter] over hele verden og omsætter ved dette for ca. DKK 3 mia. om året.
...”

Af det vedhæftede udkast til garantibetingelser fremgår blandt andet:

”[produktnavn]

Udover K's almindelige 4 årige produktgaranti for mangler ved Deres [produkt] (fx hvis de som følge af produktionsfejl ikke virker korrekt) yder K en [garanti].

Dækning

[Garantien] dækker alle hændelige uheld, såsom hvis De er uheldig, at tabe Deres [produkt] så det går i stykker, ved vandskade eller ved tyveri. [Produktet] gælder dog naturligvis ikke forsætligt påførte skader.

[Produktet] dækker uheld i hele verden.

[Produktet] gælder fra De har fået udleveret [produktet] første gang og i 4 år derefter.

Udnyttelse af [produktet]

Såfremt de er ude for et hændeligt uheld, skal de for at udnytte [produktet] meddele K om dette indenfor 2 måneder. Såfremt [produktet] kan repareres, vil K gøre dette og ellers give Dem et nyt tilsvarende [produkt].

[Produktet] kan dog maksimalt anvendes to gange fra De har fået udleveret [produktet] første gang.

Dobbeltdækning

Hvis samme uheld er dækket af en af Deres forsikringer, dækker [produktet] ikke.

Egenbetaling ved udnyttelse af [produktet]

Der gælder en egenbetaling på kr. 495 for hver udnyttelse af [produktet].
...”

Finanstilsynet besvarede henvendelsen den 12. marts 2013. I Finanstilsynets afgørelse hedder det:

” ...

1. Afgørelse

Finanstilsynet finder, at udbud af produktet er at betragte som forsikringsvirksomhed.

2. Baggrund

I mail af 1. februar 2013 forespurgte De om produktet ..., som er nærmere beskrevet, har et sådant indhold, at der i lov om finansiel virksomheds forstand udøves forsikringsvirksomhed ved udbud af produktet.

Det fremgår af de foreliggende oplysninger, at formålet med produktet er at ”dække alle hændelige uheld, såsom hvis De er uheldig, at tabe Deres [produkt] så det går i stykker, ved vandskade eller ved tyveri.”

Produktet ønskes udbudt af K, som ifølge det oplyste sælger [produkter] til forbrugere i Danmark.

2.1 Om produktet ...

Følgende er oplyst til Finanstilsynet:

2.1.1. K's [produkt] dækker:

- alle hændelige uheld, f.eks. hvis forbrugeren taber sit [produkt] så det går i stykker,
- ved vandskade eller ved tyveri
- uheld opstået i hele verden
- fra [produktet] er udleveret første gang og i 4 år derefter

2.1.2. Begrænsninger i dækningen

- gælder ikke forsætligt påførte skader
- [produktet] kan maksimalt anvendes to gange fra [produktet] er udleveret første gang
- hvis skaden er dækket af en af forbrugers forsikringer, dækker [produktet] ikke

2.1.3. Udnyttelse af [produktet]

For at udnytte [produktet] skal forbrugeren meddele K om dette indenfor 2 måneder. Såfremt [produktet] kan repareres, vil K gøre dette og ellers give forbrugeren et nyt tilsvarende [produkt].

2.1.4. Egenbetaling ved udnyttelse af [produktet]

Der gælder en egenbetaling på kr. 495 for hver udnyttelse af [produktet].

3. Vurdering

Begrebet forsikringsvirksomhed i § 11, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed defineres traditionelt som den virksomhed, der består i at indgå aftaler om overtagelse af den økonomiske risiko for uvisse begivenheders indtræden mod vederlag, der kan beregnes statistisk.

Ifølge § 11, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, skal virksomheder, der udøver forsikringsvirksomhed, have tilladelse hertil.

Garantiordninger, der kan købes i forbindelse med køb af et forbrugsgode, benævnes ofte tillægsforsikringer. Tillægsforsikringer er bl.a. karakteriseret ved at køberen derved opnår en ”udvidet reklamationsret”, i hvert fald tidsmæssigt.

Finanstilsynet finder, at produktet ... er at betragte som forsikringsvirksomhed.

Ved vurderingen har Finanstilsynet lagt vægt på,

- at garantien omfatter skader opstået for uvisse begivenheders indtræden
 - tab af [produkt] så det går i stykker
 - vandskade
 - tyveri
- at K overtager den økonomiske risiko ved indtræden af skaderne
- at forbrugerne betaler et vederlag (som kan beregnes statistisk) for overtagelse af risikoen

Finanstilsynet har derfor vurderet, at der er tale om forsikringsvirksomhed.

4. Klagevejledning

Finanstilsynets afgørelse kan, senest 4 uger efter afgørelsen er modtaget, indbringes for Erhvervsankenævnet...”

K A/S klagede ved skrivelse af 12. april 2013 over afgørelsen. Af klageskrivelsen fremgår følgende:

”...

Denne fortolkning af lov om Finansiell Virksomhed er K ikke enig i af grunde beskrevet nedenfor.

Faktum

K sælger [produkter] til forbrugere i Danmark og påtænker i den forbindelse at give forbrugerne en udvidet garanti, som skal dække, såfremt forbrugeren beskadiger eller mister sit høreapparat ved et hændeligt uheld i 4 år fra købsdatoen. Udkastet til garantibetingelser er vedlagt.

K driver udelukkende virksomhed ved produktion og salg af [produkter] og tilhører hertil.

K vil ikke opkræve betaling fra forbrugeren for den påtænkte udvidede garanti.

Såfremt K ved at tilbyde garantien måtte blive omfattet af lov om Finansiell Virksomhed, ville K blive tvunget til at forsikre sig mod forbrugers ud-

nyttelse af garantien. Præmien for en sådan forsikring vil blive enorm, særligt fordi forsikringsselskaberne ikke vil have nogen data at beregne præmien (vederlaget) for risikoen for udnyttelse af garantien af (den statistiske beregning af risikoen for en uvis begivenheds indtræden). Ingen ved hvor ofte garantien vil blive udnyttet, da det er en ny garanti K vil knytte til sine høreapparater, og ingen sådanne data på K' kundegruppe og produkter foreligger.

JUS

Det afgørende spørgsmål er, om K ved at tilbyde garantien vil blive omfattet af lov om Finansiell Virksomheds definition af "*Forsikringsselskaber*".

Finanstilsynet oplister i sin afgørelse følgende momenter, som Finanstilsynet har lagt vægt på:

- *at garantien omfatter skader opstået for uvisse begivenheders indtræden*
- *at K overtager den økonomiske risiko ved indtræden af skaderne*
- *at forbrugerne betaler et vederlag (som kan beregnes statistisk) for overtagelsen af risikoen*

Det sidste moment er faktisk forkert, idet forbrugerne ikke skal betale for garantien. Ej heller vil K' priser ændre sig som følge af, at garantien tilbydes forbrugerne. Dette fremgår også af K's henvendelse til Finanstilsynet.

Som følge af fejlen i det faktuelle grundlag, hvorpå Finanstilsynets afgørelse beror, rettede K henvendelse til Finanstilsynet, for at undersøge om Finanstilsynet ville ændre sin afgørelse, såfremt det rette faktum blev lagt til grund.

Finanstilsynet oplyste i den forbindelse, at selvom den sidste bullet ovenfor blev slettet, og man således kun lagde vægt på følgende to forhold:

- *at garantien omfatter skader opstået for uvisse begivenheders indtræden*
- *at K overtager den økonomiske risiko ved indtræden af skaderne*

ville Finanstilsynet anse K for omfattet af begrebet "*Forsikringsselskaber*" i lov om Finansiell Virksomheds forstand.

K anser ikke denne fortolkning for korrekt.

I øvrigt er Finanstilsynets henvisning til hjemmelsgrundlaget forkert. Finanstilsynet har henvist til lov om Finansiell Virksomhed § 11, stk. 1, men § 1 jf. § 5, nr. 1, e) bestemmer, hvem der er omfattet af loven:

§ 1: "*Denne lov finder anvendelse på finansielle virksomheder jf. § 5, stk. 1, nr. 1...*"

§ 5, nr. 1, e): *"I denne lov forstås ved: 1) Finansielle virksomheder: e) Forsikringsselskaber."*

Hvad der skal forstås ved *"Forsikringsselskaber"* fremgår ikke af loven. Lovgiver har i stedet overladt det til den forsikringsretlige teori og praksis nærmere at fastlægge begrebets indhold. Ved fastlæggelse af begrebets indhold har man anvendt teori og praksis vedrørende den ældre og mere gennemprøvede Forsikringsaftalelovs § 1, der er sålydende:

"Denne lov finder anvendelse på forsikringsaftaler, der indgås med forsikringsaktieselskaber, gensidige forsikringsselskaber eller andre selskaber og institutioner, der driver forsikringsvirksomhed."

Efter forarbejderne til Forsikringsaftaleloven var det overladt til retsvidenskaben at udvikle begrebet *"forsikringsaftaler"* og til retsanvendelsen at afgøre, om loven efter dens reale grunde og den naturlige sprogbrug bør bringes i anvendelse eller ej.

Den forsikringsretlige teori har herefter bestemt en forsikringsaftale som en aftale, hvis væsentligste indhold går ud på overtagelse af risiko for en uvis begivenheds indtræden mod et vederlag, der kan beregnes statistisk, jf. Ussing: Enkelte Kontrakter, 2. udg., 1946, s 213-214, Lyngsø: Dansk Forsikringsret, 4. udg., 1981, s 29-31 og Lyngsø: Forsikringsaftaleloven, 2. udg., 1983, s 57-58. Dette er i øvrigt bekræftet i flere domstolsafgørelser jf. herom U.1985B.203.

Det er formentlig også dette Finanstilsynet henviser til i sin afgørelse s 2, pkt. 3, afs. 1.

Det er således en klar betingelse, at der opkræves et vederlag - i almindeligt forsikringsprog benævnt "præmie".

Finanstilsynets afgørelse er således forkert, allerede fordi Finanstilsynet ikke anser det for en afgørende betingelse, at der opkræves et vederlag for garantien (hvilket K ikke gør eller vil). Dette til trods for at Finanstilsynet selv i sit skriftlige svar specifikt anførte netop dette moment som afgørende for Finanstilsynets afgørelse.

Der er dog yderligere grunde til, at afgørelsen er forkert, bl.a. er det en betingelse for, at Forsikringsaftaleloven finder anvendelse (og dermed at lov om Finansiell Virksomhed finder anvendelse), at forsikringsaftalen indgås med nogen *"der driver forsikringsvirksomhed"*.

For at man kan sige, at nogen *"driver forsikringsvirksomhed"*, må det kræves, at virksomheden grunder sig på planmæssig stordrift af forsikring, dvs. en statistisk over indtrufne skadestilfælde og en sandsynlighedsberegning over kommende skadestilfælde, jf. Dansk Forsikringsret 8. udg., 2003, s 24-27 (kopi vedlagt her for nemheds skyld), Ussing: Enkelte Kontrakter, 2. udg., 1946, s 214, Hult: Föreläsningar över försäkringsavtalslagen, 1936, s

16, Eklund: Lagen om försäkringsavtal, 1957, s 14, Lyngsø: Færdselsansvar, 3. udg., 1996, s 34 og Meedom i U.1985B.298ff.

K driver ikke tilnærmelsesvis sådan virksomhed og påtænker ej heller at påbegynde sådan virksomhed.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 21. maj 2013 udtalt:

” ...

2. Retligt grundlag

Det følger af lov om finansiel virksomhed § 11, stk. 1, at virksomheder, der udøver forsikringsvirksomhed, skal have tilladelse hertil.

Overtrædelse heraf straffes med bøde eller fængsel indtil 4 måneder, medmindre højere straf er forskyldt efter den øvrige lovgivning, jf. lov om finansiel virksomhed § 373, stk. 1.

Lov om finansiel virksomhed indeholder ingen definition af forsikringsvirksomhed.

3. Finanstilsynets vurdering og bemærkninger til klagers anbringender

I Henning Jønsson & Lisbeth Kjærgaard: Dansk Forsikringsret, 8. udg., s. 24, anføres:

”Selv om der næppe kan gives nogen udtømmende definition på en forsikringsaftale, kan der dog vist nok opnås enighed om, at en forsikringsaftale kan bestemmes som en aftale om overtagelse af en økonomiske risiko for en vis begivenheds indtræden mod et vederlag, der kan beregnes statistisk”

I Børge Dahl og Peter Møgelvang-Hansen: Garantier, forbrugerbeskyttelse og forbrugerproblemer i de nordiske lande (1985), s. 113, anføres:

”Selv om de fleste standardiserede vare- og tjenestegarantier, der forekommer i praksis, har forsikringslignende træk, og der efter omstændighederne kan være behov for at sikre, at garantigiver er i stand til at opfylde sine forpligtelser, ligger det fast, at der normalt ikke er tale om forsikringsvirksomhed i forsikringslovgivningens forstand. Garantiorordninger, hvorefter (også) udefra kommende (pludselige) skader som f.eks. trafikulykker og tyveri kan udløse garantikrav, synes dog i almindelighed at udgøre forsikringsvirksomhed, når (denne del af) ordningen ikke har underordnet økonomisk betydning. Det er her ved ikke afgørende, om ordningen er fritstående eller accessorisk set i forhold til hovedydelsen, eller om præmien er indregnet i dennes pris eller betales særskilt”

Da [produktet] dækker alle hændelige uheld, f.eks. hvis forbrugeren taber sit høreapparat, så det går i stykker, vandskade eller tyveri, finder Finanstilsynet, at K herved påtager sig en økonomisk risiko for en uvis begivenheds indtræden, der i princippet må betragtes som forsikringsvirksomhed. Finanstilsynet finder det i overensstemmelse med ovenstående litteratur uden betydning, at vederlaget for overtagelsen af denne økonomiske risiko er indregnet i hovedydelsens pris og ikke betales særskilt.
...”

K A/S har ved skrivelse af 4. juni 2013 heroverfor bemærket:

”...

Med henvisning til Finanstilsynets udtalelse af 21. maj 2013 skal bemærkes følgende:

1. Den eneste litteratur Finanstilsynet henviser til i sin udtalelse støtter K’ synspunkt.
2. Finanstilsynet lægger (igen) vægt på fejlagtigt faktum.
3. Finanstilsynet har (igen) ikke oplyst korrekt hjemmelsgrundlag.

Ad 1

Finanstilsynets første citat er behandlet i K’ klageskrivelse.

Finanstilsynets andet citat støtter ligeledes K’ synspunkt.

For det første fordi forfatterne som hovedregel ikke anser standardiserede vare- og tjenestegarantier for forsikringsvirksomhed i forsikringslovgivningens forstand, og for det andet fordi forfatterne anser det for en betingelse, at såfremt der skal gøres undtagelse til hovedreglen, skal garantiordningen ikke have underordnet økonomisk betydning.

I K’ tilfælde har garantiordningen underordnet økonomisk betydning, idet der som tidligere oplyst ikke betales for garantiordningen. I øvrigt motiveres forbrugerne primært af pris og kvalitet af [produkterne] samt den lyd [produktet] frembringer (lyden er forskellig fra producent til producent, da lyden i et [produkt] aldrig er perfekt, og producenterne indgår forskellige kompromisser i deres [produkter] ud fra en forskellig opfattelse af, hvilket resultat der er så tæt på perfekt som muligt).

Ad 2

Finanstilsynet udtaler nu, ”..at vederlaget for overtagelsen af denne økonomiske risiko er indregnet i hovedydelsens pris..”.

Dette har aldrig tidligere været nævnt - hverken af K eller Finanstilsynet – og det er ikke korrekt.

Efter K’ opfattelse er det ikke Finanstilsynets opgave, at beslutte sig for et resultat og derefter opfinde faktum til lejligheden.

Ad 3

Finanstilsynet undlader at tage stilling til, hvem der er omfattet af lov om Finansiell Virksomhed men springer direkte til lovens bestemmelse om tilladelse til forsikringsvirksomhed.

Efter K' opfattelse må lovens anvendelsesområde først fastlægges, dernæst må det afgøres om de regulerende bestemmelser finder anvendelse i den konkrete situation.
„

Finanstilsynet har ved skrivelse af 12. juli 2013 fastholdt tilsynets afgørelse.

Ankenævnet udtaler:

1. Klageadgang

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet er ankenævnet klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, dette er fastsat i lov eller i henhold til lov. I henhold til § 372, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed kan afgørelser truffet af Finanstilsynet i henhold til denne lov eller regler udstedt i medfør af loven indbringes for Erhvervsankenævnet.

Finanstilsynet har på baggrund af K A/S' forespørgsel herom ved skrivelse af 12. marts 2013 meddelt, at det påtænkte produkt ... efter tilsynets opfattelse har et sådant indhold, at der i lov om finansiel virksomheds forstand vil udøves forsikringsvirksomhed ved udbud heraf, og at der kræves tilladelse hertil i henhold til lovens § 11, stk. 1.

Erklæringer fra Finanstilsynet om, hvad tilsynet anser som gældende ret, er ikke i sig selv afgørelser, som kan påklages til Erhvervsankenævnet. Da den foreliggende udtalelse angår spørgsmålet om, hvorvidt udbuddet af et påtænkt produkt udgør en aktivitet, som kræver tilladelse efter lov om finansiel virksomhed, har klageren imidlertid en sådan retlig interesse i at få ankenavnets prøvelse af Finanstilsynets vurdering, at Erhvervsankenævnet realitetsbehandler klagen.

2. [Produktnavn]

Ankenævnet lægger efter klagers oplysninger til grund, at "[produktnavn]" påtænkes at gives til alle forbrugere i Danmark, og at garantien efter sit indhold dækker alle hændelige uheld, herunder tab af høreapparatet, vandskade på dette eller tyveri.

På denne baggrund tiltræder nævnet, at K A/S ved udbydelsen af tryghedsgarantien må anses for at udøve forsikringsvirksomhed, og at det således kræver tilladelse som forsikringsvirksomhed efter lov om finansiel virksomhed § 11, stk. 1, at udbyde ”K’s Udvidede Tryghedsgaranti” med det indhold som K A/S’ ved henvendelsen til Finanstilsynet har forelagt tilsynet.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelse af 12. marts 2013.