

(Denne artikel har først været trykt i Erhvervsjuridisk Tidende, 3/2015)

Serieskadebegrebet i forhold til rådgivningsansvar

(Af advokat Mai-Brit Hauge Garval, Bergenser Advokatfirma)

De fleste erhvervsansvarsforsikringer indeholder bestemmelser om, hvilke konsekvenser der er knyttet til det forhold, at en skade udgør en del af en serie. Nærværende artikel omhandler spørgsmålet om rækkevidden af det forsikringsretlige serieskadebegreb, aktualiseret af blandt andet de store sager om finansiel rådgivning.

1. INTRODUKTION & AFGRÆNSNING

1A. Rådgiveransvar

Inden for de seneste år er der, navnlig i kølvandet på finanskrisen, set stadigt flere og større sager omhandlende erstatningsansvar i form af rådgiveransvar; det vil sige sager, hvor skadelidte har gjort gældende, at den rådgivning, som skadelidte har disponeret på baggrund af, har været af en sådan karakter, at rådgiveren har handlet ansvarspådragende.

Dette er ikke mindst tilfældet på det finansielle område¹, hvor der er set en række sager, der ud over af have en ikke ubetydelig juridisk kompleksitet, dels er kendetegnede ved at involvere ganske betydelige værdier, og dels er kendetegnede ved, at det i vidt omfang har været de samme eller i al fald lignende faktiske omstændigheder, der ligger til grund for de af kunderne i - og mod - samme pengeinstitut rejste krav. Et kendetegn har derved også været, at der har været tale om sagskomplekser med en stor kreds af berørte interessenter på skadelidte-siden - hvilket forhold i øvrigt ofte har medført en ganske betydelig mediebevågenhed.

Netop det forhold, at det i sagerne i vidt omfang er de samme eller i al fald lignende faktiske omstændigheder, der ligger til grund for de af kunderne rejste krav, aktualiserer spørgsmålet om rækkevidden af det forsikringsretlige serie-skadebegreb, der er genstand for nærværende artikel.

1B. Eksempler fra den finansielle verden

Som eksempel på sådanne sager, kan nævnes Jyske Invest-sagerne og de mange sager vedrørende Scandinotes og Kalvebod-obligationerne.

I Jyske-Invest-sagerne var forholdet – kort fortalt - at en række investorer, omfattende både forbrugere og erhvervsdrivende, via Jyske Bank havde købt eller tegnet andele i investeringsproduktet Jyske Invest Hedge Markedsneutral-obligationer. Den indskudte kapital blev af hedgeforeningen via en markedsneutral investeringsstrategi anvendt til gearede investeringer i obligationer. I Juli 2009 gav Finanstilsynet både

¹ Af Pengeinstitutankenævnets årsberetninger ses, at nævnet i 2009 modtog 1304 sager og i 2010 modtog 1120 sager mod 569 sager i 2008; "Ekstra-sager" relaterende til finanskrisen hhv. de banker der brød sammen under krisen.

Jyske Invest og Jyske Bank en påtale for, at salgsbrochuren ikke havde givet en "afbalanceret beskrivelse af produktet og de risici der er forbundet med investeringen". Senere blev der givet en påtale for ikke at have rettet op. Pengeinstitutankenævnet har truffet afgørelse i over 50 klager vedrørende JIHMO.

"Scandinotes- og kalvebod"-obligationerne kom i forskellige varianter, men overordnet var der tale om virksomhedsobligationer udstedt af udenlandske selskaber med sikkerhed i ansvarlige lån ydet til mindre og mellemstore banker, optaget til handel på Københavns Fondsbørs. I forbindelse med, at flere af de låntagende banker gik ned, opstod der store tab på obligationerne. I prospekterne fremgik, at obligationerne kun var egnede for professionelle investorer, der var i stand til at vurdere kvaliteter og risici ved investeringstypen og havde ressourcer til at bære tabet. Obligationerne blev imidlertid af en række banker solgt til kunder, der alene havde accepteret en lav risikovillighed, hvilket førte til en række sager ved Pengeinstitutankenævnet, herunder en række sager mod DiBa Bank anlagt af adskillige kunder med lignende formueplejeaftaler, der foreskrev lav risikovillighed².

1C. Serier af skader/skadebegivenheder

Det forhold, at der i vidt omfang har været de samme faktiske omstændigheder på tale i sagerne, giver anledning til nogle processuelle overvejelser – navnlig omkring muligheden for gruppesøgsmål. (Hvilket netop var emnet for afgørelsen refereret i UfR2012.1561V vedrørende Jyske-Invest-sagerne³.) Men det rejser/aktualiserer også det spørgsmål, om sagerne i forsikringsretlig henseende skal behandles som en serieskade. Dette spørgsmål bliver relevant i det øjeblik, den påståede skadevolder – i nævnte eksempler altså den finansielle virksomhed – retter blikket mod sit ansvarsforsikrings-selskab med henblik på at kunne opnå dækning under pengeinstitutankenævnets ansvarsforsikring for så vidt de skadelidte kunder / kravstillerne måtte få medhold i de rejste krav.

Det er dette sidstnævnte spørgsmål - hvornår en flerhed af skader/skadesbegivenheder udgør en serie - der er emnet for nærværende artikel. Spørgsmålet er almindeligvis reguleret i forsikringsvilkårene i form af serie-skadeklausuler, og fokus for artiklen er således, om der - på baggrund af den sparsomme danske litteratur og retspraksis på området og muligt tilgrænsende områder - kan udledes nogle generelle retningslinjer for spørgsmålet.

1D. Serieskader – SKAFOR

Indledende skal jeg i pkt. 2 gøre en kort introduktion til begrebet serieskader samt redegøre for de konsekvenser, det har/kan have, at der foreligger en serieskade. Som det vil fremgå umiddelbart nedenfor, er begrebet i dansk forsikringspraksis indført med SKAFOR⁴, og begrebet

² Da DiBa (tidligere Diskontobanken) ikke var villige til at efterleve Pengeinstitutankenævnets afgørelse valgte Forbrugerombudsmanden at anlægge sag på vegne af 22 kunder. Efter afsigelse af UfR2013.182H blev indgået et udenretligt forlig omfattende ca. 400 berørte kunder (www.forbrugerombudsmanden.dk). I UfR2013.182H havde en kunde efter at have fået medhold ved nævnet selv anlagt sag. Forbrugerombudsmanden indtrådte som biintervenient til støtte for kunden. Både Landsretten og Højesteret gav kunden medhold - omend Højesteret ikke som Pengeinstitutankenævnet fandt, at banken generelt var afskåret fra at investere i virksomhedsobligationer, men at det her var sket i et så betydeligt omfang, at det ikke var i overensstemmelse med den aftalte risikoprofil.

³ Der kan herom særligt henvises til artiklen "Gruppesøgsmål og erstatningsansvar på det finansielle område" af advokat Martin Christian Kruhl, Nordisk Tidskrift for Selskabsret (NTS) 2013:4, side 28 f.

⁴ Dvs. de af Dansk forening for Skadesforsikring, SKAFOR (i dag: Forsikring & Pension) i samarbejde med Industrirådet i 1987 udarbejdede almindelige forsikringsbetingelser for Erhvervs- og produktansvarsforsikring, i det følgende blot benævnt SKAFOR.

er nok bedst kendt i forhold til produktansvars-området, men problemstillingen er altså i høj grad relevant for de fleste typer erhvervsansvarsforsikringer.

Med artiklen er (selvsagt) ikke tilsigtet en udtømmende gennemgang af klausuler på markedet; der tages udgangspunkt i netop SKAFORs definition, men vil samtidig blive inddraget forskellige andre klausuler, herunder eksempler på engelske klausuler⁵, der også er indført på det danske forsikringsmarked.

Jeg vil endvidere, i pkt. 5, gøre nogle overvejelser særligt i forhold til det finansielle område, hvor ovennævnte netop er eksempler på sager, hvor "en ulykke sjældent kommer alene".

2. SERIESKADEBEGREBET OG – PROBLEMSTILLINGEN

2A. Potentielt betydelige konsekvenser

Det kan have ganske betydelige konsekvenser for forsikringstager som (mulig) skadevolder, om der er en sådan sammenhæng mellem de begivenheder / forhold, der ligger til grund for en flerhed af krav, at de rejste krav i forsikringsretlig henseende skal behandles som én eller flere skader. Dette navnlig i lyset af at ansvarsforsikringer for professionelle erhvervsdrivende, og herunder pengeinstitutter, i dag almindeligvis opererer med claims-made-princippet.

2B. En/flere skader – en/flere forsikringsbegivenheder

Det almindelige udgangspunkt er, at *"hvis der i løbet af forsikringstiden indtræder flere forsikringsbegivenheder, må selskabet udbetale fuld erstatning i hvert enkelt tilfælde, hvis ikke andet er aftalt."*⁶

Omdrejningspunktet for problemstillingen er, at det ofte netop er uklart/tvivlsomt, om der er indtrådt én eller flere forsikringsbegivenheder:

*"Er der en rimelig sammenhæng mellem de begivenheder, der er tale om, er der i praksis tilbøjelighed til at antage, at der kun er indtrådt én forsikringsbegivenhed."*⁷

Problemstillingen - én eller flere forsikringsbegivenheder - er således også, omend almindeligvis "i mindre skala" kendt fra "hverdagens forsikringer". Dette eksempelvis for så vidt angår ejendomsforsikringer og kaskoforsikringer, hvor der altså, vel at mærke uden der foreligger nogen specifik bestemmelse herom i forsikringsvilkårene, ses statueret, at hvad der isoleret set kan betragtes som flere forhold/flere begivenheder, forsikringsretligt betragtes som én forsikringsbegivenhed, med deraf følgende dækningsmæssige konsekvenser.

2C. Retspraksis /Nævnspraksis uden for rådgiversansvarsområdet

⁵ Da der på området i vidt omfang anvendes engelsksprogede forsikrings-betingelser – er det også relevant at inddrage både disse og skele til den omfattende praksis, der findes på området i England. Dette uanset det ofte i de engelsksprogede vilkår er fastsat, at policen er underlagt dansk ret, idet en fortolkning som bekendt vil skulle tage udgangspunkt i ordlyden desuagtet lovvalget.

⁶ Dansk Forsikringsret, Henning Jønsson & Lisbeth Kjærgaard, 9. udg. S 228

⁷ Dansk Forsikringsret, Henning Jønsson & Lisbeth Kjærgaard, 9. udg. S 229

Nordisk Forsikringstidskrift 3/2015

Der findes kun sparsom retspraksis /nævnspraksis på området.

Fra trykt retspraksis findes afgørelsen refereret i UfR1985.917HD: Boligforeningen B havde hos et forsikringselskab C i henhold til tilbud tegnet en kombineret husforsikring for en bebyggelse på 105 enkelthuse. Ved en fejltagelse fra C's side kom forsikringen også til at omfatte retshjælp. I betingelserne vedrørende retshjælp var anført, at selskabets ydelse ikke kunne overstige 25.000 kr. for en forsikringsbegivenhed. Ved en voldgiftssag om mangler ved et større antal huse blev det pålagt hver part at bære sine sagsomkostninger. Landsretten fastslog, at selskabet måtte bære risikoen for den fejl, at retshjælp overhovedet var blevet omfattet, men udtalte: *"der er kun indtruffet én forsikringsbegivenhed, hvorfor sagsøger i henhold til de betingelser, der gælder for retshjælpsforsikringen, ikke kan kræve mere end de allerede udbetalte 25.000 kr., der er retshjælpsforsikringens maksimumdækning"*.

I U1994.993/2Ø ansås 2 svampeangreb i samme tag i en stor beboelsesejendom for at udgøre 2 forsikringsbegivenheder: Forholdet var det, at der samtidigt konstateredes to af hinanden fysisk uafhængige svampeangreb i tagkonstruktionens to kelpartier i de to indre hjørner af ejendommen. Afstanden mellem skadesstederne var ca. 10 meter. Der var samme årsag, nemlig indtrængen udefra af fugt. Landsretten udtalte: *"Under hensyn til ordlyden af forsikringsbetingelserne samt til, at det efter bevisførelsen må lægges til grund, at de under sagen som henholdsvis C og D benævnte fysisk adskilte svampeangreb er opstået og har udviklet sig uafhængigt af hinanden, findes svampeangrebene ikke at kunne anses som én forsikringsbegivenhed"*. Det tidsmæssige sammenfald med hensyn til konstateringen af skaderne, der skyldtes en gennemgang af ejendommens konstruktioner som følge af forsikringens opsigelse – gjorde ingen forskel. (Hver skade beløb sig til mere end forsikringssummen, kr. 500.000, men forsikringselskabet ville kun udbetale én sum, da det fandt, at der kun forelå en begivenhed.)

Fra ankenævnets praksis kan også nævnes kendelsen AK 27.212. Under en storm den 23. december 1988 væltede en del af et plankeværk. Skaden anmeldtes den 13. januar 1989 og anerkendtes den 10. februar. Få dagen senere væltede resten af plankeværket under en ny storm, og idet det ikke havde været muligt at reparere skaden i tiden mellem anerkendelsen og den nye storm, fandt nævnet, at der kun forelå én skadesbegivenhed - og således kun skulle betales én selvrisiko.

Omvendt fandtes det i Ankenævnsafgørelse 2005.13.743 at være berettiget at fradrage en selvrisiko for hvert af 7 vinduer, der skulle udskiftes eller repareres som følge af råd. Af forsikringsbetingelserne fremgik blandt andet: *"For skader dækket under råddækningen udgør selvrisikoen kr. 2.500"*. Flertallet (3:2) udtalte: *Således som bestemmelsen i forsikringsbetingelserne om selvrisiko er affattet, finder nævnets flertal, at bestemmelsen udfra en fortolkning af denne og efter praksis må forstås som en selvrisiko for hver skade. Mens mindretallet fandt, at der var en sådan rimelig tidsmæssig og stedlig sammenhæng mellem årsagerne til rådskadene i de 7 lige gamle vinduer, hvor årsagen måtte "formodes" at være den samme for vinduer placeret på samme side af ejendommen, at forsikringselskabet ikke havde ført bevis for, at der er tale om flere forsikringsbegivenheder. (Derfor: én selvrisiko per skaderamt side.)*

I sagerne forholdte forsikringsvilkårene sig ikke nærmere til problematikken: én/flere skader.

Indenfor området for erhvervsansvarsforsikringer er spørgsmålet imidlertid højst relevant – og forsikringselskaberne har her på forskellig vis tilstræbt at afklare spørgsmålet gennem forsikringsvilkårene, eksempelvis med den af SKAFOR udarbejdede serieskadeklausul, jf. umiddelbart nedenfor.

2D. SKAFOR

Da Dansk forening for Skadesforsikring (SKAFOR) i samarbejde med Industrirådet 1987 udarbejdede nye almindelige forsikringsbetingelser for Erhvervs-og produktansvarsforsikring

Nordisk Forsikringstidskrift 3/2015

indeholdt disse en serieskadeklausul (§11) nært knyttet til det samtidig indførte "krav-rejst-princip" (§9).

Serieskadeklausulen blev ændret i 1992, og har siden da haft følgende ordlyd:

§11: Erstatningskrav, som efter § 9 er rejst mod sikrede i anledning af skader eller tab forårsaget af samme ansvarspådragende forhold, betragtes som én forsikringsbegivenhed (serieskadekrav).

Serieskadekravet anses for rejst på det tidspunkt, hvor det første krav i serien rejses, jf. § 9. Er første krav i serien rejst forud for denne policies ikrafttræden eller efter denne policies ophør, er ingen del af serieskaden dækket under denne police.

I det omfang, de enkelte krav i serien vedrører skader eller tab, der er konstateret før den i policen herom angivne dato (§9, stk. 4) dækker policen ikke disse skader/tab.

Kriteriet er således: "skader eller tab forårsaget af samme ansvarspådragende forhold"⁸.

Betingelserne er af vejledende karakter, men anvendes i langt de fleste selskaber, og antages almindeligvis at have autoritativ karakter, herunder således, at andre formuleringer vil blive fortolket i lyset af disse betingelser. (Dette ikke mindst som følge af den af Professor og Højesteretsdommer Børge Dahl udfærdigede kommentar til betingelserne⁹, som der mellem SKAFOR og Industrirådet er enighed om, at betingelserne skal forstås i overensstemmelse med.)

Nævnes skal herved også, at man i forbindelse med EF-direktiv om produktansvar drøftede problemstillingen, og i den forbindelse defineredes serieskader, som skader "forårsaget af identiske genstande med samme defekt".¹⁰ Altså en snævrere definition end den af SKAFOR valgte.

Endvidere skal nævnes, at der et enkelt sted i særlovgivningen, nemlig Lov om Særlig klage- og erstatningsadgang indenfor sundhedsvæsenet (LBKG 1113/2011) i lovens § 49 findes en definition af begrebet serieskade til brug for lovens erstatningsordning¹¹. Loven anvender tilsvarende SKAFOR et "årsags-kriterium".

⁸ SKAFORs oversættelse af § 11, stk. 1 lyder som følger:

Claims made against the Insured under s. 9 in relation to injury, damage or loss arising out of the same liability-entailing conduct shall be considered as one single insurance event (claim series).

⁹ Børge Dahl, Erhvervs- og produktansvarsforsikring, Almindelige forsikringsbetingelser med kommentarer, udgivet af SKAFOR Dansk Forening for Skadesforsikring 1987 på Forlaget Forsikring.

¹⁰ Jf.: P. Rønnow Kønig og F. Hjort Hansen: Industriens Produktansvarsforsikring, Almindelige betingelser for kombineret erhvervs- og produktansvarsforsikring, side 129. (EF-direktiv af 1985-07-25 om tilnærmelse af medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om produktansvar (Rdir 85/374)).

¹¹ § 49, stk. 1 i Lov om Særlig klage- og erstatningsadgang indenfor sundhedsvæsenet lyder som følger:

"Stk. 1 Ved en serieskade forstås lægemiddelskader, som er påført flere personer og forårsaget af samme egenskab hos samme substans i et eller flere lægemidler, og

2E. Problemstillingen er knyttet til claims-made-princippet

Problemstillingen er nær knyttet sammen med det forhold, at ansvarsforsikringsvilkårene på erhvervsansvarsområdet/ generelt, og herunder også indenfor det finansielle område, typisk er baseret på claims-made-princippet. Efter claims-made-princippet er kriteriet for, om et forhold (en påstået skade) er dækningsberettiget under policen eller ej, om kravet er rejst i forsikringstiden.

Afgørende er altså ikke tidspunktet for begivenheden, der førte til skaden (det normalt gældende skadesårsagsprincip¹²) eller tidspunktet for, hvornår skaden konstateredes, "konstateret-princippet".

Dette claims-made (krav-rejst) princip blev som nævnt indført i dansk forsikringspraksis med SKAFOR i 1987¹³.

At problemstillingen er en del af "claims made-paradigmet" ses udtrykkeligt af SKAFOR § 11, stk. 2:

"Serieskadekravet anses for rejst på det tidspunkt, hvor det første krav i serien rejses, jf. § 9. Er første krav i serien rejst forud for denne policies ikrafttræden eller efter denne policies ophør, er ingen del af serieskaden dækket under denne police".

2F. Konsekvenserne – eksemplificeret – fordele/ulemper

Konsekvensen heraf er dels, at det afgørende for, om der overhovedet er dækning til noget krav i serien er, at det første krav er rejst i dækningstiden; altså en "alt-eller-intet-regel".

Dels er konsekvensen, at alle krav i serien - der jo "betragtes som én forsikrings-begivenhed" - henføres til det år, hvor det første krav rejses, og dermed alle skal "kunne rummes" inden for den for dette år gældende maksimale dækningssum.

1. 1) som beror på bivirkninger, der ikke på tidspunktet for lægemidlets udlevering var angivet i det af Lægemiddelstyrelsen godkendte resumé af lægemidlets egenskaber eller registreret i lægemiddelkataloget, og som medfører skade af en sådan karakter, at denne ikke ved lægemidlets udlevering burde være forudset af en fagmand, eller

2. 2) som skyldes en defekt ved lægemidlet som følge af instruktions-, fabrikations- eller distributionsfejl."

¹² Jf. Dansk forsikringsret, 9. udg. Henning Jønsson & Lisbeth Kjærgaard, side 231

¹³ Ved nærværende ikke tilsigtet nogen udtømmende gennemgang af "claims made"-princippet, og de spørgsmål som princippet giver anledning til, eksempelvis fsv. retroaktiv dato og ved skifte mellem forsikringsselskaber, hvor en evt. afløbsperiode kan være central.

Princippet er ganske grundigt behandlet i den juridiske litteratur. Bl.a. kan henvises til: Børge Dahls "Erhvervs & Produktansvarsforsikring, Ole Vidstrups artikel "Mange af påstandene om princippet Claims Made har ikke noget på sig", Forsikring 12/13, Per Rønnow Kønigs artikel: "Almindelige betingelser for kombineret erhvervs-og produktansvarsforsikring", Advokaten 23-24/1987 samt Georg Letts artikel "Serieskadeklausuler i ansvarsforsikringer", NFT 1992/1 side 56 f.

Nordisk Forsikringstidskrift 3/2015

Det vil sige: hvis kunden A eksempelvis 1. februar 2015 meddeler sit pengeinstitut at mene at have et erstatningskrav på 10 mio. i anledning af (en påstået) mangelfuld rådgivning ydet af pengeinstituttet P (eksempelvis i form af bankrådgiver X' mangelfulde rådgivning i forbindelse med indgåelse af en renteswap) i juni 2013, og forsikringen trådte i kraft 1. januar 2014, vil kravet være rejst i forsikringstiden og dermed dækket.

Det vil imidlertid også sige, at kravet placeres i forsikringsåret 2015 – det forsikringsår, hvori kravet er rejst - for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt policens dækningssum - altså det højeste beløb forsikringsselskabet vil skulle udbetale for det pågældende forsikringsår - er nået. Er dækningssummen i 2015 på 50. mio., er der altså kun 40 mio. "tilbage" til dækning af øvrige krav rejst i 2015, uanset hvornår disse krav i øvrigt måtte være opstået.

Hvis der senere i løbet af 2015 også rejses krav fra først kunden B, derpå C og så D på hver 15. mio. - uanset hvornår disse krav i øvrigt måtte være opstået - er "kvoten" altså brugt op efter Cs krav blev rejst. Med den konsekvens at forsikringstager - om kravene er berettigede - selv vil skulle afholde den andel/de krav, der overstiger dækningssummen¹⁴.

Hvis derudover også i 2016 rejses krav fra kunder E, F, G, H og I på hver 10. mio. og disse kunders krav har en sådan sammenhæng med As krav, at der findes at være tale om en serieskade, så vil en konsekvens heraf være, at kravene, uanset de først bliver gjort gældende i 2016, også henføres til 2015. Og hvor "kvoten" er brugt op /dækningssummen allerede nået, vil der altså så ikke være forsikringsdækning for kravene. Hvilket gælder uafhængigt af, om der anmeldes andre skader i 2016.

Som nævnt kan det forhold, at flere forhold /skader henføres til det år, hvor der første gang rejstes krav i anledning af en skade i serien, også betyde at der slet ikke er dækning til nogen af skaderne overhovedet: Hvis eksemplet således ændres derhen, at forsikringen først trådte i kraft 1. april 2015 vil et krav rejst den 1. februar 2015 tidsmæssigt ligge før, forsikringstiden indtrådte; Med den konsekvens at ikke bare kravet anmeldt 1. februar 2015 ikke vil være dækket, men også at de andre krav (i eksemplet kunderne E, F, G, H og I) ikke vil være dækket, selvom anmeldelse af disse krav ligger efter 1. april 2015 / inden for forsikringstiden.

Altså en for forsikringstager ganske vidtgående konsekvens.

Serieskadeprincippet er dog ikke kun til skade for forsikringstager: Det vil nemlig også have den konsekvens, at netop fordi "serien" betragtes som én forsikringsbegivenhed, vil der også kun gælde én selvrisiko.

At der således er både fordele og ulemper ved begrebet bør selvsagt haves in mente ved fortolkning af også de klausuler, der ikke lige har SKAFORs ordlyd, men hvor overvejelserne bag har været den samme: Nemlig overvejelser både om at skabe klarhed og overvejelser af forsikringsteknisk karakter; dels at skabe en rimelig balance mellem skadelidtes behov for dækning og forsikringsselskabets rimelige behov for at kende sin risiko - hvilket sidstnævnte både er udtryk for et anerkendelsesværdigt ønske og, i lyset ad de for finansielle virksomheder gældende krav/regler om solvens mv., også en nødvendighed. Og i øvrigt handler det selvsagt også om at kunne beregne en for begge parter acceptabel præmie i det konkrete kundeforhold.

¹⁴ Det vil selvfølgelig bero på forsikringsvilkårene, men ofte vil sagsomkostninger også skulle holdes indenfor dækningssummen.

Det skal for god ordens skyld bemærkes, at mens SKAFORs klausul - § 11 – forholder sig til alle 3 problemstillinger på én gang: selvrisko, forsikringsloft, forsikringsår/police, er dette ikke nødvendigvis tilfældet med vilkår, der ikke anvender/ligner SKAFOR. Mange af de engelsksprogede vilkår, der ses på markedet, behandler problemstillingerne i separate klausuler, og definitionen / kriterierne for, hvornår flere forhold behandles under ét, kan her have forskellig ordlyd i de forskellige bestemmelser. (Nedenfor er nævnt eksempler på engelsk retspraksis om definitioner indeholdt i vilkårene, f.eks. ved bestemmelser om "Aggregation".)

3. SERIESKADEKLAUSULER I PRAKSIS

3A. SKAFOR som skabelon for dansk-affattede vilkår

Som anført er der ikke tale om et lovbestemt kriterium, men et kriterium, der fremgår af forsikringskontraktpraksis, hvor SKAFOR altså i mange år har fungeret som skabelon.

Kriteriet efter SKAFOR er som anført: *"skader eller tab forårsaget af samme ansvarspådragende forhold, betragtes som én forsikringsbegivenhed (serieskadekrav)".*

En række selskaber har direkte inkorporeret bestemmelsen/definitionen. Eksempelvis følgende bestemmelse i et dansk selskabs kombinerede Erhvervs- og Produktansvarsforsikring:

"Erstatningskrav, som efter pkt. 9 er rejst mod sikrede i anledning af skader eller tab forårsaget af samme ansvarspådragende forhold, betragtes som én forsikringsbegivenhed (serieskadekrav)".

Mens andre vilkår indeholder bestemmelser, hvis ordlyd afviger, men dog indholdsmæssigt ligger – mere eller mindre tæt – "opad" SKAFORs ordlyd:

Eksempelvis følgende:

"Erstatningskrav, som efter pkt. 7 er rejst mod sikrede i anledning af formueskade forårsaget af samme ansvarspådragende forhold, betragtes som en forsikringsbegivenhed (serieskadekrav)". (Eksempel fra en Professionsansvarsforsikring.)

Andre eksempler er:

"Hvis den samme ansvarspådragende handling eller undladelse bevirker, at der rejses flere krav mod en sikret, anses hvert af disse krav rejst på det tidspunkt, hvor det første krav i serien rejses. Alle sådanne krav anses under nærværende forsikring for eet krav". (Stammende fra et amerikansk selskabs danskaffattede vilkår for advokatansvarsforsikring.)

Mens et andet dansk selskab i sine vilkår for Rådgiveransvarsforsikring for pengeinstitutter har følgende definition af Serieskade:

"Alle krav, der udspringer af samme fortsatte eller gentagne ansvarspådragende forhold, anses for én forsikringsbegivenhed og henføres til det forsikringsår, hvor første krav i anledning heraf er rejst overfor sikrede, jfr. pkt. 6.1. andet afsnit, og dækkes kun med den for dette år gældende forsikringssum".

(Bestemmelserne er selvsagt at se i lyset af de øvrige forsikringsvilkår, hvor for eksempel ofte ses defineret, hvad der forstås ved "Krav").

3B. Eksempler på engelsk-sprogede vilkår

Endvidere kan som eksempler på engelsk-sprogede vilkår, netop inden for det finansielle område, nævnes:

Af et europæisk selskabs vilkår for "Bankers Professional Liability Insurance", fremgår følgende om Serial loss": *Any claims arising out of, based upon or attributable to related or continuous wrongful acts – shall be considered to be a single claim*. Ordlyden er dels at sammenholde med den i vilkårene indeholdte skadesdefinition: *"All related or continuous wrongful acts shall be considered a single wrongful act"*, og dels at sammenholde med definitionen på "prior knowledge", hvorved udelukkes dækning for så vidt angår forhold "due to pending or prior litigation", som man havde "prior knowledge" om, hvilket "includes (iii) *litigation derived from the same or essentially the same facts as might be alleged in such pending or prior litigation, as at the original inception date*".

Endvidere kan nævnes følgende definition indeholdt i vilkårene for "Financial institutions comprehensive protections policy" (hvilke vilkår blandt andet omfatter ansvarsforsikring):

All Claims resulting from a single act or omission, or from related, continuous or repeated acts or omissions, or from the same originating source or cause, shall be considered to be a single claim.

Definitionen er indeholdt i en bestemmelse om selvrisiko: "For the purpose of the deductible" - og er blandt andet at sammenholde med vilkårenes opremsning af forhold, der er undtaget dækning.

Ligesom kan nævnes følgende definition af "single claim" indeholdt i et europæisk selskabs vilkår for D&O (Directors & Officers):

means all Claims or Investigations or other matters giving rise to a claim under this Policy that relate to the same originating source or cause or the same underlying source or cause, regardless of whether such Claims, Investigations or other matters giving rise to a claim under this Policy involve the same or different claimants, Insureds, events, or legal causes of action.

Der er – hvad også ses af engelsk retspraksis, jf. nedenstående eksempler – ganske store forskelle i de engelsksprogede vilkår. Både for så vidt angår selve ordlyden af de vilkår, der omhandler spørgsmålet om, hvornår der foreligger et "serie-krav", men altså også i vilkårenes opbygning, derhen at forholdet ofte behandles i de forskellige bestemmelser i vilkårene.

4. RETSPRAKSIS & LITTERATUR

4A. Litteraturen – fokus på produktansvar

I litteraturen omhandlende SKAFOR¹⁵ synes serieskadeproblematikken primært at have fået opmærksomhed i forhold til produktansvarsskader, hvor de forskellige forfattere kommer med gode eksempler på, hvad der kan være en serieskade netop i forhold produktansvar.

¹⁵ Navnlig kan fremhæves Børge Dahls: "Erhvervs & Produktansvarsforsikring" samt Georg Lett & Niels Macholm: "Produktansvaret i praksis".

Nordisk Forsikringstidskrift 3/2015

Dahl (side 106) nævner til illustration af en serieskade i forhold til erhvervsansvar mere generelt, det eksempel, at der som følge af en kemikaliefabriks skødesløse opbevaring af affaldsstoffer sker en eksplosion, hvorved både sker 1) sammenstyrtning af bygning, 2) forurening af vandløb og 3) personskader.

I eksemplet er imidlertid netop kun tale om én begivenhed (eksplosion). Hvor de indledende nævnte sager er kendetegnede ved, at der, isoleret set, er tale om flere/mange begivenheder.

Et eksempel på en serieskade for så vidt angår netop rådgivningsansvar kunne også være, at en kurator overskrider fristen i konkurslovens § 81 for anlæg af retssag og derved ikke får gennemført et i øvrigt berettiget omstødelseskrav, hvorved alle simple kreditorer lider tab. Eller at en revisor på først yder én af 3 anpartshavere i samme selskab, forkert, rådgivning, og følgende dag samme forkerte rådgivning til de 2 øvrige – hvorpå alle 3 lider tab beroende på, at have disponeret i tillid til den forkerte rådgivning.

4B. Dansk retspraksis er ganske beskeden

Dansk retspraksis – trykt i al fald - er ganske beskeden.

Relevant er først og fremmest "Asbestsagen", refereret i **UfR2006.1679H**, hvor spørgsmålet primært var, om en række produktansvarssager vedrørende erstatningskrav fra personer (eller efterladte familier til disse), som mente at have pådraget sig skader efter at have været udsat for asbest op gennem 1960'erne og 1970'erne, var at betragte som serieskadekrav. Der var tale om Krav-rejst-forsikring med SKAFORs serieskadeklausul. Flere policer havde afløst hinanden, og efter 1996 indgik SKAFOR i sin "nye udgave".

Sagerne beroede på forsikringstagers, Skamols, leverance af asbestprodukter til Alcoa-aluminiumsværk i Rockdale, USA, (og muligvis en prøve til samme) i begyndelsen af 70-erne. Første asbestsag startede i maj 1998. I alt 13 sager var anlagt før den danske retssag mellem forsikringsselskab og forsikringstager - undervejs kom flere til. Nogle sager blev hævet eller afvist, andre forligt. Om der forelå en serieskade havde konkret både betydning for hvilken selvrisiko og hvilket dækningsmaksimum, der var gældende.

Forsikringsselskabet gjorde blandt andet gældende, at *"Som serieskader kan derimod ikke anses en situation som den foreliggende, hvor erstatningskravene er baseret på det forhold, at de sagsøgende parter gør gældende, at den sagsøgte generelt i sin produktion har anvendt materialer, der efter den senere viden anses som potentielt skadelige. Begrebet serieskader må forudsætte et langt mere konkret og individuelt fælles punkt mellem de foreliggende sager end blot det overordnede forhold, at forsikringstageren over et tidsrum generelt har anvendt asbest i sin produktion"*.

Synspunktet vandt ikke gehør. Landsretten udtalte: *"Asbestsagerne i USA vedrører erstatningskrav fra et antal personer, der alle gør gældende, at de - eller deres afdøde pårørende - har været udsat for asbest, at den asbest, som de pågældende har været udsat for, i hvert fald til dels hidrører fra produkter, som Skamol A/S har bragt i omsætning, og at de pågældende har pådraget sig helbredsmæssige skader som følge af skadelige egenskaber ved asbesten.*

Serieskadekrav er i de almindelige forsikringsbetingelser nr. 54-92 § 11, stk. 1, defineret som erstatningskrav, som er rejst mod den sikrede i anledning af skade eller tab forårsaget af samme ansvarspådragende forhold. (...) Under disse omstændigheder finder landsretten, at asbestsagerne i USA må betragtes som en serieskade, idet der er tale om erstatningskrav for

Nordisk Forsikringstidskrift 3/2015

påståede skader, som angiveligt skulle være påført flere personer og forårsaget af asbest i asbestholdige produkter. Da første sag var anlagt maj 1998, var det policen gældende på dette tidspunkt, der var afgørende”.

Højesteret tiltrådte landsrettens afgørelse med en tilføjelse om, at det var lagt til grund: *”at Skamol A/S i begyndelsen af 1970'erne sendte en enkelt leverance af asbestholdige produkter til et Alcoa-aluminiumsværk i USA. Ud over denne leverance er der til USA alene sendt en vareprøve, der kun har været anvendt i et prøvelaboratorium. I hvert fald under disse omstændigheder finder Højesteret, at asbestsagerne i USA må behandles som en serieskade”.*

Fremhæves skal også Vestre Landsrets dom af 15. marts 1999, refereret i **FED1992.42**:

Ved en kendelse afsagt af en voldgiftsret i en sag mellem andelsboligforeningen A, og arkitektfirmaet B, blev B kendt erstatningsansvarlig for mangler ved projekteringen og det udøvede tilsyn i forbindelse med opførelse af 26 andelsboliger med fælleshus. B blev endvidere tilpligtet at betale omkostninger ved bistand og tilsyn ved udbedring af mangler mm. A indtrådte i medfør af FAL § 95, stk. 1, i B's krav mod forsikringsselskabet F, i hvilket B havde tegnet ansvarsforsikring. F foretog i forbindelse med opfyldelse af voldgiftssagen fradrag for fire gange selvriskobeløbet på 25.000 kr., idet F var af den opfattelse, at der var tale om fire forskellige tingsskader. (Endvidere var der uenighed om, hvorvidt nogle afholdte omkostninger kunne kræves dækket ifølge forsikringsaftalen.) A var af den opfattelse, at F kun var berettiget til at fradrage et enkelt selvriskoløb.

Af vilkårene fremgik: *”Flere skader som indenfor en opgave skyldes samme ansvarspådragende fejl, betragtes indenfor kontraktansvarsområdet som et skadestilfælde, når opgaven udføres for en klient. Den omstændighed, at en forsikringstager ved sit tilsyn overser den begåede fejl, betragtes ikke som et selvstændigt skadestilfælde”.* Skønsmanden havde som forhold 1 påpeget, at det var arkitektens ansvar, at der ikke var iværksat foranstaltninger til imødekommelse af nogle vandindtrængningsproblemer. Endvidere var påpeget 3 fejl ved arkitektens projekt, dvs. fejl på tre forskellige områder: udluftning, sammenbygning mellem tag-og vægfalde samt anvendelse af skumbølgeklodser.

Byretten fandt, at de opståede skader, alle kunne *”henføres til samme ansvarspådragende fejl”.* (Altså én selvrisiko). Landsretten fandt derimod, at anvendelsen af skumbølgeklodser udgjorde en særskilt projekteringsfejl, mens de øvrige forhold alle angik *”utilstrækkelig udluftning og bortledning af dugt fra konstruktionen”*; altså to forskellige forhold og dermed to gange selvrisiko. (Skønserklæringen og dermed faktum i forhold til de begåede fejl er alene ganske kort beskrevet i dommen.)

Nævnes skal også **UFR1996.906H**. Denne angik en sag mellem tysk hovedforsikringsselskab og dansk co-assurandør omhandlende deres indbyrdes opgørelse i anledning af en forsikring tegnet af vindmølleproducent i forbindelse med dennes levering af 50 vindmøller til en vindmøllepark i Californien. Inden producenten – der senere gik konkurs – havde opsagt forsikringsaftalen, var konstateret blandt andet konstruktionsmæssige fejl i vindmøllernes krøjesystemer - fejl der altså *”gik igen”* for alle vindmøllerne. Hovedforsikreren indgik forlig med vindmøllejerne – og anlagde så sag mod danske co-assurandør for at få denne til at betale sin andel af den samlede erstatningssum på 1 mio. USD. Serieproblematikken indgik kun indirekte, og var altså ikke egentlig genstand for tvist. Af vilkårene fremgik: *”Serietab skal forstås som en serie af fysiske skader, der opstår som følge af mangelfuld udførelse, defekte materialer eller ufuldstændig konstruktion, som er af samme art og oprindelse”.*

Nordisk Forsikringstidskrift 3/2015

Illustrerende er endvidere **FED2006.161** – Østre Landsrets dom af 29. juni 2006 – der drejede sig om, hvorvidt der var dækning under den af sagsøgeren, Tarco Energi A/S, hos sagsøgte, If Skadeforsikring, tegnede forsikring for de skader, som hhv. Tarco Energi A/S, datterselskabet Tarco Energie GmbH samt underentreprenøren Smedana A/S, havde forårsaget i forbindelse med nedlægning og montering af fjernvarmerør i Berlin. Levering, svejsning og montering af fjernvarmerørene blev udført af montører ansat af såvel Tarco Energi A/S som Tarco Energie GmbH og underentreprenøren, Smedana A/S. Arbejdet blev udført i perioden september 1994 til medio/ultimo 1995. Der var tale om skader som følge af fejl ved montering af adskillige "muffer" over et længere tidsrum.

Forsikringstager havde selv erkendt, at der var begået fejl, og havde anført: *"Fejlen viser sig at være en montagefejl udført af vores underleverandør Smedana A/S. Ved montering af vores Pex-bøjemuffer er montagevejledningen ikke blevet fulgt."* (Smedana var efterfølgende gået konkurs). Af vilkårene fremgik SKAFORs serieskadeklausul.

Forsikringssselskabets havde under drøftelser forud for sagen anført, at de enkelte arbejdshandlinger måtte betragtes som enkeltstående skadeårsager. Men samtidig anført at man ville *"på baggrund af en kontrakt og hvor manglerne relaterer sig til en samlet rørstrækning"* være indforstået med, at betragte de samme "typer" ydelsesfejl, som en serieskade. Som en sådan type ydelsesfejl nævnte man fejlblandning af det materiale, der anvendes til at hærde mufferne. Mens en anden type kunne være, at mufferne ikke er blevet korrekt lukket af.

Kravstiller gjorde gældende: *"Den for skaderne udløsende årsag er montørfejl, idet Tarco Energi A/S og Smedana A/S' montører har udført fejlbehæftet montør-arbejde. Skaderne er således forårsaget af samme ansvarspådragende forhold - montørfejl. Der er derfor tale om en serieskade. Der skal således under alle omstændigheder kun fratrækkes én selvrisiko."* Mens forsikringssselskabets gjorde gældende, at der ikke var tale om serieskader, idet der var tale om forskellige fejl begået af forskellige montører.

Landsretten nåede imidlertid ikke frem til at skulle forholde sig til dette, idet det var en betingelse for dækning, at arbejdet var udført af certificerede montører. Og da Tarco Energi A/S ikke havde godtgjort, at denne forsikrings-betingelse var opfyldt, blev forsikringssselskabet frifundet.

Af interesse er også den nyligt afsagte Østre Landsrets **dom af 31. marts 2015**, i sagen B-789-10, Vestas Wind System A/S og Vestas Deutschland GmbH mod If Skadeforsikring. (Dommen er anket.)

Det var for så vidt ikke selvstændigt genstand for tvist, om der var tale om serieskade, men forholdet var højst relevant for sagen, idet der var tvist om, hvornår kravet var rejst – og dermed hvilken af de flere successive policer, forsikringsbegivenheden/serieskaden (eventuelt) skulle henføres til. Særligt interessant er, at Landsretten udtalte, at efter bevisførelsen (...) *"lægger LR til grund, at de under sagen omhandlede revneskader på vindmøllefundamentterne skyldes den samme designfejl, der må anses for opstået ved udarbejdelsen af de designspecifikationer og statistiske beregninger som Vestas har ladet udføre hos (...). Der er derfor tale om en serieskade*

som nærmere omhandlet i § 11 i forsikringsbetingelserne for erhvervs- og produktansvarsforsikringen".¹⁶

4C. Gruppessøgsmålskriteriet "ensartethed"

Af interesse er imidlertid også de afgørelser, der er blevet afsagt om, hvorvidt kriterierne er opfyldt for at tillade en sag anlagt som gruppessøgsmål. Dette selvsagt i lyset af den grundlæggende betingelse om "ensartethed".

Af de generelle bemærkninger til lovforslaget¹⁷ fremgår blandt andet;

Retsplejerådet har ikke fundet grundlag for i selve lovteksten at angive nærmere kriterier for, hvad der forstås ved ensartede krav. Det bør således efter rådets opfattelse overlades til rettens skøn, om de fremsatte krav er tilstrækkeligt ensartede til, at gruppessøgsmål vil være en hensigtsmæssig procesform. Af betydning vil navnlig være, om kravene udspringer af samme faktiske omstændigheder, og om de har samme retlige grundlag. Efter Retsplejerådets forslag skal retten fastlægge rammen for gruppessøgsmålet og dermed, hvilke krav der er omfattet heraf. (...)

Mens der af Bemærkninger til netop § 254a fremgår følgende:

Den grundlæggende betingelse er, at der er tale om ensartede krav, som tilkommer flere personer, jf. stk. 1. Kravene kan være både krav om at få tilkendt noget (fuldbyrdelsessøgsmål) og krav om at få fastslået en retsstilling (anerkendelsessøgsmål), herunder krav om, at de pågældende personer ikke er forpligtet i forhold til sagsøgte vedrørende et nærmere angivet forhold (negativt anerkendelsessøgsmål). Kravene behøver ikke at være identiske. Det er tilstrækkeligt, at de i faktisk og retlig henseende er ensartede. Som eksempler på tilfælde, hvor denne betingelse ofte kan være opfyldt, kan nævnes krav fra deltagerne i en pakkerejse i anledning af påståede mangler f.eks. ved indkvarteringen, udflugter, faciliteter mv. eller krav fra investorer i anledning af påståede mangler ved det prospekt, der lå til grund for deres investering.

Som det ses heraf, indebærer kriteriet netop, at det indgår i vurderingen, at der er en nærmere fælles oprindelse: det fremhævede forhold "Af betydning vil navnlig være, om kravene udspringer af samme faktiske omstændigheder, og om de har samme retlige grundlag" har i al fald efter sin ordlyd et sådan indhold, at det er nærtliggende at sammenligne kriteriet med SKAFORs definition.

4D. Retspraksis om gruppessøgsmålskriteriet "ensartethed"

Pt. er der to trykte domme, der forholder sig til kriteriet "ensartethed":

¹⁶ (Iøvrigt handlede sagen om fortolkning af vilkår, herunder om forholdene overhovedet faldt indenfor dækningsområdet for de tegnede ansvarsforsikringer og/eller var omfattet af EAR-forsikringer, ligesom sagen omhandler spørgsmålet om, hvornår første krav i serien var rejst. "Serieskade-definitionen var som sådan ikke genstand for tvist.)

¹⁷ Forslag til lov om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love (*Gruppessøgsmål m.v.*) Fremsat den 10. oktober 2006 af justitsministeren (Lene Espersen)

Afgørelsen refereret i **UFR2012.1561V** omhandler gruppesøgsmål i forhold til netop Jyske invest-sagerne. Investorforeningen gjorde gældende, at kravet om ensartethed er opfyldt, og fremhævede, at betingelsen om ensartethed ikke indebærer et identitetskriterium, men derimod at de krav, der er omfattet af gruppesøgsmålets ramme, i faktisk og retlig henseende er ensartede, og at man netop havde gjort de samme ansvarsbegrundende forhold gældende.¹⁸

Heroverfor have Jyske Invest fremhævet, at det måtte bero på en individuel bedømmelse af hver enkelt investors individuelle forhold, hvorvidt der er årsagssammenhæng mellem de af Finanstilsynet påtalte forhold og den enkelte investors konkrete og personlige beslutning om at investere i JIHMO. Blandt andet måtte tages i betragtning, hvorvidt den pågældende investor har modtaget og læst brochuren, den enkeltes forudsætninger, om der var givet individuel rådgivning i tillæg til det skriftlige materiale osv. Man fremhævede, at de potentielle gruppe-medlemmer har haft forskellige forudsætninger og kvalifikationer i relation til udbyttet af læsning af brochure-materialet.

I forhold til spørgsmålet om ensartethed, gjorde banken gældende, *”at de mange individuelle forskelle på de enkelte investors mulige krav, gjorde at kravene ikke er ensartede, og at kravene var uegnede til at blive behandlet under ét i forbindelse med et gruppesøgsmål”*. Investorforeningen bestred, at synspunktet om *”individuelle forhold”* kunne medføre, at kriteriet om ensartethed ikke var opfyldt.

Landsretten tiltrådte, at kriteriet om ensartethed var opfyldt – og tillod gruppesøgsmålet. Landsretten henviste til forarbejderne og fremhævede:

”Investorforeningen gør gældende, at Jyske Invest er erstatningsansvarlig, fordi den af Jyske Invest udarbejdede salgsbrochure ifølge investorforeningen er vildledende. Kravet mod Jyske Bank støttes primært på, at banken er erstatningsansvarlig, fordi Jyske Bank i forbindelse med den individuelle rådgivning har anvendt oplysningerne fra salgsbrochuren. Det bemærkes i den forbindelse, at det af sagsfremstillingen i Finanstilsynets afgørelse vedrørende Jyske Bank fremgår, at investeringsrådgiverne efter bankens egne oplysninger blandt andet gennemførte deres rådgivning på baggrund af oplysningerne i salgsbrochuren.

Selv om der må antages at være individuelle forskelle med hensyn omstændighederne i forbindelse med de enkelte investors køb af andele, findes kravene mod de sagsøgte grundlæggende at have en sådan ensartethed, at betingelserne i retsplejelovens § 254 b, stk. 1, nr. 1, jf. § 254 a, stk. 1, er opfyldt”.

(Afgørelsen er indbragt for Højesteret.)

I afgørelsen refereret i **UFR2011.1596V**, var forholdet det, at en række investorer i et vindmølleprojekt havde dannet en forening, der anlagde sag mod udbyderne af vindmølleprojektet, idet det var foreningens opfattelse, at udbyderne havde pådraget sig et erstatningsansvar ved at have anvendt et prospekt med vildledende produktionsberegninger m.v. i forbindelse med udbuddet af andele i vindmølleparken.

Landsretten fandt – ligesom byretten – at kravet om *”ensartethed”* var opfyldt. I sin begrundelse anførte Landsretten indledningsvist: *Sagen drejer sig om et muligt erstatningsansvar over for*

¹⁸ Materielt var gjort gældende, at Jyske Invest er erstatningsansvarlig over for foreningens medlemmer af to overordnede grunde; Dels at Jyske Bank anvendte prospektet ved salget af JIHMO til bankens kunder, og derfor var ansvarlig for prospektet. Dels at Jyske Bank solgte JIHMO til bankens kunder på et mangelfuldt og vildledende oplysningsgrundlag, og at Jyske Bank generelt, dvs. i forhold til gruppen som helhed, undlod at overholde flere af kravene til god skik i forbindelse med salget af JIHMO.

Nordisk Forsikringstidskrift 3/2015

en række investorer i anledning af Global Wind Powers udbud af et vindmølleprojekt. Det er Foreningens hovedpåstand i sagen, at Global Wind Power har pådraget sig et erstatningsansvar ved at have anvendt et prospekt med vildledende produktionsberegninger m.v. i forbindelse med udbud af andele i Windpark Watzerath". Landsretten henviste så til, at børssager netop er nævnt i det i betænkningen, nr. 1468/2005, opstillede katalog over forskellige eksempler på et større antal ensartede krav, og udtalte: "Efter forarbejderne til bestemmelserne om gruppesøgsmål og på baggrund af kravenes karakter tiltræder landsretten, at kravene i denne sag har en sådan ensartethed, at betingelserne i retsplejelovens § 254 b, stk. 1, nr. 1, jf. § 254 a, stk. 1, er opfyldt".

Endvidere foreligger en utrykt ØL 21. juni 2012, hvor Østre Landsret afviste at tillade gruppesøgsmål i en sag om køb af aktier i bank Trelleborg under henvisning til gruppen var påtænkt afgrænset til personer, der havde købt aktier op til ca. ½ år efter børsnotering af banken. Landsretten anførte: "Det kan således ikke lægges til grund, at samtlige de pågældende har købt aktier i tillid til det børsprospekt, som lå til grund for omdannelsen af bank Trelleborg til aktieselskab og børsintroduktionen af selskabet". Ligesom der henvistes til, at der i gruppen ville indgå købere med forskellig erfaring og "uanset eventuel rådgivning" forud for investeringen. Advokat Martin Kristian Kruhl udtrykker i sin artikel, NTS 2013:04, kritik af afgørelsen. (Desuden er gruppesøgsmål tilladt i sagen omhandlende konvertering af garantikapital i banken til aktier i banken i forbindelse med omdannelsen heraf.)

På baggrund af den nuværende praksis kan dog næppe konkluderes andet, end at krav der indgår i en serie, også vil opfylde kriteriet for gruppesøgsmål – mens det omvendte ikke behøver gælde. Samt konkludere at retspraksis, der forholder sig til, om der foreligger "samme retlige omstændigheder" vil være relevant inspiration for den forsikringsretlige vurdering af, om der foreligger en serie.

4E. Retsplejelovens regler om Kumulation

Kriteriet om en nærmere sammenhæng kender vi også fra Retsplejelovens regler om kumulation (blandt andet § 250), hvor det centrale kriterium – der kan føre til, at sagerne behandles samlet uanset modpartens protest - er, at kravene har en sådan sammenhæng, at de, uanset de fremsatte indsigelser, bør behandles under én sag.

Denne sammenhæng dækker imidlertid utvivlsomt over et lang bredere område end kravet om "ensartethed", og her vil alene et sammenfald i faktiske omstændigheder kunne begrunde at flere sager behandles sammen, selvom de retlige grundlag for de rejste krav er vidt forskellige - hvilket gør kumulationsreglerne og praksis herom mindre interessant i nærværende sammenhæng.

5. SERIESKADE – KRITERIERNE

5A. Det forsikringsretlige skadesbegreb ctr. det erstatningsretlige

Overordnet skal for god ordens skyld bemærkes, at det forsikringsretlige skadesbegreb ikke nødvendigvis er det samme som det erstatningsretlige; Om der foreligger en dækningsberettiget skade i forsikringsretlig forstand beror på vilkårene, er et spørgsmål om aftalefortolkning.

En forudsætning for at det giver mening at tale om serieskader, er selvsagt, at de enkelte skader/forhold isoleret set overhovedet er omfattet af forsikringens dækningsområde – ellers er der ingen grund til at overveje, om de skal "kumuleres. Det er idet følgende forudsat/underforstået at være tilfældet.

I forhold til spørgsmålet her er der dog den generelle fællesnævner, at en forudsætning for dækning jo alt andet lige er, jf. ansvarsforsikringens formål, at sikre ("kompensere") forsikringstager mod tab lidt derved, at pågældende forsikringstager findes at have handlet ansvarspådragende efter dansk rets almindelige kriterier herfor. (Hvilke kriterier skal være opfyldt på almindelig vis for så vidt hver enkelt skadelidt uanset antallet af "med-skadelidte".)

5B. De muligt relevante kriterier

Fra ovennævnte praksis for så vidt angår forsikringer, hvori der ikke er indeholdt serieskadeklausuler ses, at de relevante momenter for så vidt angår spørgsmålet, om der overhovedet foreligger én eller flere forsikringsbegivenheder, er dels den tidsmæssige, dels den stedlige tilknytning:

"The temporal aspect simply means that the damage event must have occurred at different points in time. The spatial aspect is probably best described as comprising two criteria; first the damage events must have occurred at different places in space so to speak and second, the events must have emerged and developed separately".¹⁹

For så vidt angår ansvarsforsikring, og spørgsmålet om en serie af skader/forhold (ofte med flere skadelidte) konstituerer én eller flere forsikringsbegivenheder, synes det oplagt at navnlig steds-kriteriet i al fald må have et andet indhold, end hvor der er tale om ejendomsforsikring. Det centrale kriterium er da også her årsag, jf. Jessica Eivargaard^{20 21}:

"for ansvarsförsäkring er kriterierne orsak og tid relativt väletablerede"

Hvortil nævnes momenterne "samhörighet" (forstået som plan, hensigt) og sted.

Mens engelsk praksis stiller spørgsmålet, om der er en tilstrækkelig "unifying factor", hvori indgår momenter som *"sufficiently unity of time, cause, place and intention of the human agents"*²².

Hvad angår årsags-kriteriet er spørgsmålet altså om - og hvornår - der findes en forsikringsretlig relevant fælles årsag, en "tilstrækkelig" fællesnæver. Hvor der kan anlægges to tilgangsvinkler:

¹⁹ ESR ETL Tort and Insurance Law, Vol. 26 (Ken Oliphant ed.). pg. 88 - indlæg af Ph.d. Andreas Bloch Ehlers

²⁰ Jessica Eijvergård, "En eller flere skador; det forsikringsrettslige skadebegreppet - samt magisterafhandling (2006) med samme titel, Nordisk Tidsskrift for Forsikringsret (NFT) 3/2006

²¹ Der kan herved også henvises til konklusionen I den komparative undersøgelse I ESR ETL Tort and Insurance Law, Vol. 26 (Ken Oliphant ed.), om Aggregation and Divisibility of Damage.

²² "Aggregation: Decided case law: an aid to interpretation", Professional Practices, march 2013, Clyde & Co.

1) er det tilstrækkeligt, at skaderne er af samme type og/eller har lignende årsager, og 2) må det kræves, at den faktiske bagvedliggende hændelse er fælles.

Som illustration: flere vandskader beroende på vandlækager "overfor" den bagvedliggende fællesnævner i form af en utæt vandledning.

Overordnet kan desuden sondres mellem forsikringsvilkår, hvor skadesbegrebet er knyttet til, at der foreligger en skadeshændelse, altså én hændelse i snæver forstand, tidsmæssigt afgrænset/fikseret, noget "pludseligt forekommende", og på den andens side vilkår, hvor skadesbegrebet er knyttet til en årsag, der – modsat hændelse – tidsmæssigt kan udstrækkes til en "tilstand", at "någonting som skall hände inte händer" eller " underlåtenhet/försummelse att göra något"²³.

Sådan sondring ses i engelsk retspraksis, hvor i flere tilfælde er fastslået, at "an event" står overfor "originating cause"; sidstnævnte naturligvis værende langt bredere. Illustrerende er navnlig sagen "Axa reinsurance"²⁴, hvor retten skulle sammenligne følgende klausul:

"each an every loss and/or Occurence and/or catastrophe and/or disaster and/or calamity and/or series of losses and/or occurencens and /or disasters and/or calamities arising out of one event"

med den klausul, der havde været genstand for fortolkning i sagen "Cox vs. Bankside"²⁵, nemlig følgende:

"claims arising from one originating cause, or series of events or occurrences attributable to on originating cause or related causes."

Lord Mustill udtalte: *"in ordinary speech, an event is something which happens at a particular time, at a particular place, in a particular way. (...) A cause is in my mind something altogether les constricted. It can be a continuing state of affairs; it can be the absence of something happening. Equally, the word "originating" was in my view consciously chosen to open up the widest possible search for a unifying factor in the history of the losses which it is sought to aggregate"*.

5C. SKAFORs løsning

Med den i SKAFOR valgte formulering *"forårsaget af samme ansvarspådragende forhold"* er der ikke tvivl om, at det centrale kriterium, den nødvendige fælles faktor, er netop "årsag".

Hvor en og samme handling/begivenhed forårsager flere skader på én gang vil det, med SKAFORs formulering, sjældent give anledning til tvivl, at der er tale om serieskader, uanset om der er tale om flere skadelidte.

²³ Jessica Eijvergård, jf. Note 21.

²⁴ Axa reinsurance (U.K.) Pic. V Field, House of Lords, 20. Juni 1996

²⁵ Cox v. bankside Members Agency Ltd, 1995, Lloyds rep. 437 C.A.

Spørgsmålet er altså snarere om "samme ansvarspådragende forhold" skal forstås snævert som kun dækkende én nærmere afgrænset begivenhed/hændelse, eller om netop flere begivenheder/hændelser – eksempelvis flere rådgivningssituationer – også kan være omfattet, og i givet fald "hvor meget der skal til" for, at den fornødne sammenhæng er til stede.

Ordlyden "samme forhold" kan ret beset både udtrykke éntalsform og flertals-form.

Retspraksis støtter, at hvad der isoleret set kan betragtes som flere hændelser, kan være omfattet. Altså at "forhold" netop må anses at dække mere end "en og samme hændelse", og således også kan være en "tilstand" - såvel en handling der udstrækker sig eller gentages over et tidsrum, som en undladelse. Forudsat der er en bagvedliggende fælles årsag.

Således udgjorde "designfejl" i "Vestas-sagen" den bagvedliggende fælles årsag: *"at de under sagen omhandlede revneskader på vindmøllefundamenterne skyldes den samme designfejl"*

I "Asbestsagen", **UfR2006.1679H**, var den fælles årsag²⁶ de skadelige egenskaber ved asbesten: *"helbredsmæssige skader som følge af skadelige egenskaber ved asbesten"*.

I FED1992.42 var *"utilstrækkelig udluftning og bortledning af dugt fra konstruktionen"* den fælles årsag for så vidt angik 3 af de 4 forhold. Mens *"konstruktionsmæssige fejl i vindmøllernes krøjesystemer"* var "fællesnævneren" i sagen refereret i UfR1996.906H.

Problemet er så i praksis at identificere og kvalificere den bagvedliggende fælles årsag. Hvilket netop ikke altid vil være "lige for" i sager om rådgiveransvar med mange skadelidte.

Rådgivning vil nemlig alt andet lige være en individuel handling – hvor modtagerens forhold, kan have stor betydning for vurderingen af rådgiverens adfærd/rådgivning. Hvilket dog ikke ændrer ved, at der kan være en bagvedliggende fælles årsag, en fællesnævner, en "unifying factor"- uanset flere isoleret set enkeltstående rådgivnings-situationer er på tale.

5D. Særligt for så vidt angår Finansiell rådgivning

Særligt for så vidt angår finansiell rådgivning og de sager, der ses på dette område, er, at det er væsentligt i første række at sondre mellem mangelsansvar og rådgivningsansvar. Mangelsansvaret, altså kontraktansvar (evt. køberetligt ansvar) begrundet på den mellem den finansielle institution og kunden /skadelidte indgåede kontrakt, vil (typisk) eksplicit være undtaget forsikringsdækningen, der netop (kun) omfatter rådgivningsansvaret.

I praksis vil ofte være en glidende overgang i argumentationen for det rejste krav, og for skadelidte vil det ofte være af mindre interesse, om sagen vindes på grundlag af erstatningsretlige synspunkter eller kontraktretlige. (Omend det selvfølgelig kan betyde en forskel for så vidt angår erstatningsudmålingen.)

Men for så vidt angår rådgivningsansvar, hvor man står med flere skadelidte, der påberåber (hver for sig eller under et gruppesøgsmål) at have været "udsat for" samme ansvarspådragende

²⁶ (I parentes bemærkes at Højesterets tilføjelse, der umiddelbart kan betragtes som en "skærpelse", efter min opfattelse blot er udtryk for, at Højesteret har villet påpege, at hvis der havde været tale om flere leverancer, ville man stå med en årsagssammenhængsproblematik.)

Nordisk Forsikringstidskrift 3/2015

rådgivning/adfærd, bliver spørgsmålet altså, om der netop kan identificeres en bagvedliggende fælles årsag.

At flere rådgiver hver for sig, individuelt og uafhængigt af hinanden, ("tilfældigt") yder en forkert (ansvarspådragende) rådgivning omhandlende samme produkt til forskellige kunder, vil næppe – i relation til SKAFORs serieskadebegreb – være tilstrækkeligt.

Og alt andet lige er "rådgivning" noget individuelt, hvor der aldrig vil være 2 situationer, der er 100 % identiske, allerede fordi hver kunde har forskellige individuelle forudsætninger.

Omvendt vil det forhold, at der er tale om samme type tab eller samme/tilsvarende produkter, kunne være centrale elementer i forhold til netop at identificere den fornødne "unifying factor", den bagvedliggende fælles årsag. Tid kan selvfølgelig også spille en faktor, derhen at det kan understøtte, at der er en bagvedliggende fællesårsag, hvis handlingerne/rådgivningssituationerne udspiller sig over en afgrænset periode.

Det synes dog kunstigt, om der lægges for stor vægt på tid – og irrelevant at lægge vægt på sted – da dette ofte vil bero på tilfældigheder.

Men, samtidig skal altså kunne påvises noget "fælles".

Hvilket eksempelvis kan være, at de forskellige rådgivere har fået samme (forkerte/ utilstrækkelige) instruktioner/viden²⁷ i forhold til det produkt, kunden efterfølgende rådgives om, og rådgiverne så netop anvender denne viden i rådgivningssituationen. (I modsætning til at en enkelt rådgiver blot har misforstået oplysninger, og det er denne misforståelse der fører til, at der senere statueres at være handlet ansvarspådragende.)

Eller det kan være, at der – som det blandt andet er gjort gældende i Jyske Invest-sagen – generelt er anvendt et mangelfuldt prospekt/salgsmateriale, og det netop er dét, der disponeres på baggrund af. En fælles faktor kunne også være en salgsbrochure, et salgskoncept, ensartede præsentationsskrivelser.

Uanset Jyske-Invest-sagen handlede om det processuelle gruppesøgsmåls-kriterium, findes Landsrettens betragtninger relevante også for nærværende problemstilling: Ved vurderingen af kravet om "ensartethed" tog Landsretten udgangspunkt i den påberåbte ansvarspådragende adfærd: blandt andet brugen af det prospekt, Finanstilsynet havde påtalt mangler ved – og hvilket netop var fælles for kravene.²⁸

Det kan med andre ord være nødvendigt at gå langt ned "i materien" for at fastslå, om der er en bagvedliggende fælles faktor, der gør, at den stedfundne rådgivning i flere sager er udtryk for "samme ansvarspådragende forhold".

5E. Uden for SKAFOR

²⁷Modsat situationen i Cox v. bankside Members Agency Ltd, 1995, hvor dommeren fandt, at "each acted under an individual misinterpretation".

²⁸ Noget andet er så om individuelle forhold gjorde, at visse kunder ikke opfylder samtlige betingelser for at få tilkendt erstatning. Her vil så ikke være noget krav "at kumulere" med de øvrige i serien.

Nordisk Forsikringstidskrift 3/2015

Ved ovennævnte er som anført primært skelet til SKAFOR. Men som anført findes mange forskellige klausuler – navnlig forskellige engelsk-sprogede klausuler. Og da der er tale om erhvervsforsikringer²⁹, hvor der, som bekendt, er en ganske vidtgående aftalefrihed, vil ordlyden i de konkrete vilkår selvsagt have væsentlig betydning.

Ordlyden af de konkrete serie-skadeklausuler - være sig klausuler, der som SKAFOR forholder sig til flere problemstillinger på én gang, eller klausuler, der alene forholder sig til en specifik problemstilling, eksempelvis selvrisiko - kan således betyde, at man "går videre", end hvad man ville gøre efter SKAFOR: eksempelvis ved at også inkludere "lignende forhold", hvorved man, i al fald efter en naturlig sproglig forståelse, ikke vil skulle nøjes med "én bagvedliggende fælles årsag". Eller der kan være en sådan skærpelse, at forholdene skal kunne henføres til én og samme hændelse (event), hvorved "fælles årsag"-kriteriet mister betydning.

Illustrerede er – ud over ovennævnte "Axa reinsurance" – også afgørelsen Caudle vs. Sharp³⁰, hvor det af vilkårene fremgik, at "*each and every loss*" skulle betragtes samlet ("*be aggregated*") "*if arising out of one event*". Konkret konstateredes, at ansvarspådragende forhold ved udfærdigelse af flere kontrakter ikke kunne betragtes som "one event": Dommeren anførte, at "*an event was a more definite happening of something at some time*". 3 kriterier skulle været opfyldt: 1) "*A common factor which could properly be described as an event*", 2) "*which satisfied the test of causation*" og 3) "*which was not to remote for the purpose of the clause*".

Omvendt kan en klausul være formuleret således, at alene det forhold, at der er relaterede ansvarspådragende handlinger, er tilstrækkeligt til at konstituere en serie. Eksempelvis med en formulering som ovennævnte: "*from a single act or omission, or from related, continuous or repeated acts or omissions, or from the same originating source or cause*".

Som det fremgår ovenfor, kan problemstillingen gribes an på meget forskellig vis - med forskellig ordlyd og forskellig tilgang.

Hvor der er tale om andre formuleringer end SKAFORs formulering, der, jf. ovenstående, beror på et "agreed document" og anses for at være "autoritativ kilde", må det forventes, at der, i al fald hvor ordlyden ikke afviger væsentligt, vil blive skelet til SKAFOR og praksis omfattende SKAFOR. (Dette både for så vidt "danske varianter" og engelske klausuler, der har SKAFOR "som model" og har indsat bestemmelse om, at dansk ret skal gælde.)

Men i øvrigt vil de sædvanlige fortolkning-regler være afgørende: Fælles vilje, Naturlig sproglig forståelse, Uklarhedsreglen³¹, den formålsbestemte fortolkning. Dette både for danske forsikringsvilkår og for så vidt de ikke-danske forsikringsvilkår hvorom det er aftalt, at dansk ret skal finde anvendelse.

Ved sådan fortolkning bør dog have for øje, jf. også ovenstående pkt. 3, at klausulerne – der vil skulle ses i sammenhæng med vilkårene i øvrigt – også har til formål at afspejle forsikringselskabernes behov for at kende sin maksimale risiko, hvilket må anses at være et anerkendelsesværdigt behov.

²⁹ Hvor Forsikringsaftaleloven (FAL) som bekendt kun i begrænset omfang indeholder præceptive regler.

³⁰ Caudle vs. Sharp, 11. April 1995, Court of Appeal, Lloyds List August 3, 1995

³¹ Som altså for så vidt angår SKAFOR – som et agreed document - ikke vil blive tillagt betydning.

6 KONKLUSION

Opsummerende kan konstateres, at der – hvor den relevante serieskadeklausul er SKAFOR – ikke er tvivl om, at "årsag" er det centrale kriterium i forhold til, om flere forhold, skal betragtes som én forsikringsbegivenhed (og derved evt. led i en serieskade). Og udfordringen er så at identificere og dokumentere netop den – eventuelle - fælles bagvedliggende årsag. En udfordring der imidlertid netop ved rådgivningsansvar – hvor hver rådgivningssituation jo for så vidt er unik – kan være betydelig. Men hvor man ved at gå et spadestik dybere vel kan finde en "unifying factor", eksempelvis i form af prospekter, salgsmateriale eller andet som kan have spillet en så afgørende betydning at det "individuelle" fortager sig. Samtidig må selvsagt sondres mellem "kontraktretlige" indsigelser og erstatningsretligt ansvar.

Der er ikke meget dansk praksis om serieskadebegrebet, og navnlig endnu ingen praksis direkte omfattende serieskade-spørgsmålet i forhold til finansiel rådgivning.

I øvrigt vil ordlyden af den relevante serieskadeklausul være af afgørende betydning. Klausulerne kan således selv indeholde en afgrænsning, der fordrer at flere skader skal udpringe at "én og samme handling" for at komme i betragtning som en serie. Eller være formuleret så det udtrykkeligt fremgår, at relaterede handlinger/undladelser er "nok". Selve formuleringen spiller altså en afgørende rolle for, om begrebet skal defineres bredt eller snævert.

Ved fortolkningen – også for så vidt de på det danske forsikringsmarked værende engelsksprogede formuleringer - skal det dog skal have in mente, at klausulerne typisk, som SKAFOR, er udtryk for et ønske om at finde en samlet rimelig balance mellem forsikringstagers interesser og forsikringsselskabets, herunder sidstnævntes anerkendelsesværdige behov i at på forhånd kende sin maksimale risiko.