



FINANSTILSYNET

THE FINANCIAL SUPERVISORY
AUTHORITY OF NORWAY

Notat

Oppgjør av eiendomshandler gjennom mellommann

Vedlegg til forslag om endringer i
eiendomsmeglingslov- og forskrift

DATO:
16. mars 2011

FORFATTERANSVARLIG:
ANNE-KARI TUV

SEKSJON/AVDELING:
MARKEDSAVDELINGEN/EIENDOMSMEGLING
OG INKASSO

Oppgjør av eiendomshandler gjennom mellommann

1. Utgangspunkt for utvekslingen mellom kjøper og selger

Oppgjørsvilkårene i en normal eiendomshandel går ut på at selger stiller eiendommen til kjøpers disposisjon, faktisk - ved overtagelse av bruken, og juridisk (rettslig) - ved overlevering av skjøte. I avhendingslova er dette regulert i § 2-3 slik:

§ 2-3. Heimelsoverføring og overtakingstid

Når kjøparen har oppfylt sine skyldnader etter avtala, kan kjøparen krevje skøyte av seljaren. På same vilkår kan kjøparen krevje å overta bruken av eigedomen ved tredje månadsskifte etter at avtala vart bindande.¹

Bestemmelsen er fravikelig med mindre omsetningen gjelder nyoppført bolig fra næringsdrivende til forbruker, jf. avhendingslova § 1-2 annet ledd. Dette innebærer at det i andre avtaleforhold er anledning til å avtale avvikende betalingsvilkår, for eksempel forskuddsbetaling av kjøpesummen.

Selger innestår også for at kjøpers råderett ikke er begrenset ved heftelser o.a. utover det som er avtalt skal følge handelen, jf. avhendingslova § 4-17. Avtalte råderettsbegrensninger kan for eksempel være panterett til eierseksjonssameiet for sameiernes forpliktelser eller begrensninger i bruksretten i form av leieavtale, boret etc.

Når eiendomshandelen går gjennom megler, følger det av eiendomsmeglingsloven § 6-9 første ledd nr. 4 at megler skal tinglyse skjøte. Med andre ord har kjøper da krav på tinglyst hjemmel og ikke bare *overlevering* av skjøtet. Bestemmelsen kan imidlertid fravikes i næringsmegling, jf. eiendomsmeglingsforskriften § 1-2 og ellers dersom kjøper og selger etter at handel er kommet i stand blir enige om andre vilkår.

Dersom kjøpesummen er finansiert med lån, vil normalt kjøpers långiver betale kjøpesummen direkte til megler, samtidig som denne betinger seg panterett i eiendommen som megler formidler. Megler får dermed også rollen som garantist overfor långiver. For at megler skal kunne sikre at kjøpers långiver får rett prioritet for sin panterett i eiendommen, må megler tinglyse långivers pant samtidig med skjøtet, og forsikre seg om at kjøpesummen dekker innfrielse av foranstående pantheftelser.

Kjøpers og/eller långivers forutsetning for betaling av kjøpesummen til megler betegnes i det videre for *oppgjørsbetingelser*.

Eiendomsmeglingsforskriften § 3-9 annet ledd reguler hvem megler besitter klientmidlene på vegne av og har følgende ordlyd:

"midler noen har innbetalt i forbindelse med et oppdrag er vedkommendes midler inntil de er brukt overensstemmende med hva som er avtalt."

Den sentrale oppgaven for megler utover å sørge for at kjøper får hjemmel til eiendommen, er at kjøpesummen ikke stilles til selgers disposisjon før kjøpers oppgjørsbetingelser er oppfylt, samt at verken ikke både eiendommen og kjøpesummen kan bli gjenstand for kreditorbeslag på selgersiden. Når selger har gitt fra seg bruken av eiendommen, må heller ikke kjøpesummen - før den er betalt til selger eller benyttet til innfrielse av selgers pantheftelser - kunne være gjenstand for kreditorbeslag på kjøpersiden. Dette bygger på at selger før overtagelsestidspunktet gir fra seg signert skjøte til megler, som oppbevarer dette på vegne av selger frem til

¹ Jf. også avhendingslova § 5-5.

kjøper har betalt kjøpesummen og overtatt eiendommen. Selgers overlevering av skjøte til megler og selgers overlevering av eiendommen til kjøper på oppgjørsdagen skjer under forutsetning av at selger mottar avtalt kjøpesum.

2. Skjæringstidspunktet for overføring av eiendomsretten

Som nevnt i Finanstilsynets høringsnotat av 2. juni 2009, er det uklart etter gjeldende lovgivning hva som er skjæringstidspunktet for utveksling av ytelsene når dette skjer gjennom mellommann; bruksovertagelsen eller hjemmelsoverføringen.

Eiendomsretten defineres som summen av den faktiske og juridiske råderetten over formuesgodet. Oppgjør av eiendomshandel må forstås som utveksling av ytelsen og motytelsen; vederlag mot råderetten over eiendommen (både faktisk og rettslig). Ettersom summen av de beføyelser som inngår i råderetten ikke går over samtidig, er oppgjøret en prosess som går over tid. Med andre ord skjer ikke utvekslingen av *alle* ytelsene nøyaktig samtidig, slik det alminnelige kjøpsrettslige prinsipp om ytelse mot ytelse er basert på.

Høyesterett synes imidlertid å ha lagt til grunn som et generelt utgangspunkt at kjøpers *instruksjonsrett* over kjøpesummen innbetalt til megler opphører ved *bruksovertagelsen*.² Dette harmonerer også med avhendingslova § 2-4 som bestemmer at risikoen for eiendommen går over ved bruksovertagelsen. Dette tidspunktet skal også legges til grunn for vurdering av om eiendommen har mangel, jf. § 3-1 annet ledd. Bruksovertagelsen er også skjæringstidspunktet for avregning av eiendommens inntekter (avkastning) og kostnader, jf. § 2-5.

Dette innebærer at kjøper etter overtagelsen har funnet sted er avskåret fra å gjøre gjeldende tilbakeholdsrett/stansningsrett i kjøpesummen på grunnlag av faktiske mangler ved eiendommen. På samme måte må det antas at selger, når kjøper har fått overtatt eiendommen, er avskåret fra å gjøre gjeldende tilbakeholdsrett i den gjenstående del av ytelsen; hjemmelsdokumentet, fordi kjøper da har innbetalt kjøpesummen til megler. Dette kan uttrykkes som om megler nå sitter med skjøte på vegne av kjøper, slik det er forutsatt i forarbeidene til avhendingslova.³ Etter at kjøper har innbetalt kjøpesummen og på dette grunnlag overtatt eiendommen, kan altså ikke selger instruere megler til å tilbakelevere hjemmelsdokumentet.

Slik Finanstilsynet ser det er det på bakgrunn av Høyesteretts praksis vanskelig å legge noe annet utgangspunkt til grunn enn at avhendingslovas system er basert på at eiendomsretten til både eiendommen og kjøpesummen går over til den annen part ved bruksovertagelsen.

Dette skjæringspunktet vil også være styrende for hvem av partene rentene på klientkontoen tilfaller.

For bustadoppføringstilfellene kan imidlertid dette forholdet være noe annerledes regulert enn det som er tilfelle etter avhendingslova. Etter ordlyden i bustadoppføringslova § 46 kan entreprenøren bare kreve betaling mot *hjemmelsoverføring* og altså ikke allerede ved bruksovertagelsen. I praksis betales

² Jf. Rt. 2006 side 31 avsnitt 28

³ Jf. Ot.prp nr. 66 (1990-1991) side 122.

kjøpesummen til megler rett i forkant av bruksovertagelsen også i disse handlene, men det er antatt, med grunnlag i ordlyden i nevnte bestemmelse, at kjøper likevel har instruksjonsrett over kjøpesummen frem til kjøper har fått rettsvern for sitt erverv, med mindre selger stiller bank- eller forsikringsgaranti for den utbetalte del av kjøpesummen etter § 47.⁴ Kjøper vil på denne måten ha vern mot kreditorbeslag hos selger, men selger vil ikke ha tilsvarende vern mot kreditorbeslag hos kjøper. Dersom denne forståelsen legges til grunn, innebærer dette en forskjell fra avhendingslova når det gjelder vernet for selger. I så fall kan dette begrunnes med ubalansen i partsforholdet med næringsdrivende på selgersiden og forbruker på kjøpersiden, som ikke gjør seg gjeldende på samme måte når både boligkøper og boligselger er forbrukere. Dessuten kan selger etter § 46 annet ledd kreve at kjøper stiller sikkerhet for betalingen. I det videre behandles bare skjæringstidspunktet i relasjon til avhendingslovas ordning.

3. Partenes råderett (instruksjonsrett) over kjøpesummen

Det neste spørsmålet blir da hvordan bestemmelsen i gjeldende eiendomsmeglingsforskrift § 3-9 annet ledd skal forstås i relasjon til at utvekslingen av kjøpesum og eiendommen skjer ved bruksovertagelsen.

Ordlyden tilsier i det minste at kjøpesummen ikke kan stilles til selgers *rådighet* (disposisjon) før oppgjørsbetingelsene er oppfylt (at både kjøpers erverv og långivers pant har fått rettsvern).

Det kan spørres om bestemmelsen også er ment å angi *eierforholdet* til pengene. Hvis oppgjørsbetingelsene må anses å falle inn under "hva som er avtalt", er den logiske konsekvensen av dette at pengene er "vedkommendes midler" - i betydning eierforholdet til pengene - helt frem til oppgjørsbetingelsene er oppfylt. I så fall er det ikke mulig å gjennomføre utvekslingen "ytelse mot ytelse", slik avhendingslova gir anvisning på. Slik Finanstilsynet ser det må enten begrepet "hva som er avtalt" rent faktisk gå ut på at *eierforholdet* til kjøpesummen går over ved bruksovertagelsen, likevel slik at *rådigheten* ikke går over før oppgjørsforutsetningene er oppfylt. Eller så må begrepet "vedkommendes midler" forstås som råderett og ikke eiendomsrett.

Uansett kan ikke Finanstilsynet se noe annet rimelig tolkningsresultat enn at kjøpesummen er kjøpers midler frem til bruksovertagelsen, deretter er det selger som eier pengene, likevel slik at selger ikke får råderetten over kjøpesummen før kjøper og kjøpers långiver har fått rettsvern for henholdsvis ervervet og pantet.

4. Vern mot partenes kreditorer

4.1 Kreditorforfølgning på selgersiden

Med utgangspunkt i at selger blir eier av kjøpesummen ved bruksovertagelsen, jf. punkt 2, kan dette innebære at selgers kreditorer tar dekning i kjøpesummen på meglers klientkonto, før kjøper og kjøpers långiver har fått rettsvern for sine disposisjoner, noe som resulterer i at *eiendommen* også inngår i kreditorbeslag på selgersiden, jf. tinglysingsloven §§ 20 og 23 for henholdsvis utlegg og konkurs.

⁴ Jf. Justisdepartementets tolkningsuttalelse av 29. oktober 2007

Megler besitter kjøpesummen på vegne av kjøper eller selger, og etter tvangsfullbyrdsloven § 7-14 kan det tas utlegg i kjøpesum på meglers klientkonto, men bare dersom denne *tilhører saksøkte*, jf. § 7-1 annet ledd. I så fall skal megler underrettes både om utleggspantet og forbudet mot å forføye over beløpet i medhold av tvangsfullbyrdsloven § 7-19. På samme måte kan konkursboet ta beslag i det som *tilhører skyldneren på beslagstiden*, jf. dekningsloven § 2-2. Disse reglene bygger på prinsippet om at kreditorene ikke får bedre rett enn skyldneren (kreditor avleder sin rett fra debitor). Rettsvernsreglene medfører imidlertid at beslagsretten i visse situasjoner likevel utvides i forhold til skyldnerens rettsstilling.

I høringsnotatet fra 2009 antok Finanstilsynet at kjøpesummen i perioden mellom bruksovertagelsen og hjemmelsoverføringen var unntatt kreditorbeslag på bakgrunn av synspunkt om *deponering*, jf. punkt 3.

Finanstilsynet er bare kjent med én avgjørelse fra lagmannsretten som har relevans for dette spørsmålet.⁵ I en klagesak over utleggsforretning la lagmannsretten til grunn at selger ikke kunne anses å være "eier" av beløpet i relasjon til dekningsloven § 2-2 fordi kjøpers långiver hadde stilt som forutsetning for innbetalingen til megler at eiendommens pantheftelser skulle slettes. Retten kom til at långiver hadde *separatistrett* og opphevet utleggsforretningen. Slik Finanstilsynet forstår separatistretten, bygger denne på at midlene "tilhører" vedkommende, jf. formuleringen i dekningsloven § 2-2. Dommen bør antagelig sees på som et uttrykk for prinsippet om at betingede erverv først anses som innvunnet når betingelsen inntreffer, og at dette ikke nødvendigvis er sammenfallende med tidspunktet for når *eiendomsretten* til pengene går over fra kjøper til selger. Det sentrale må etter Finanstilsynets vurdering i denne situasjonen være om selger var berettiget til å råde over pengene.

En underliggende problemstilling i ovennevnte lagmannsrettsdom er at det fra utleggstakers side forgoes ble anført at långiver ikke hadde etablert rettsvern i kjøpesummen da utlegget ble stiftet. Rettsvernsreglene skal blant annet beskytte skyldners kreditorer mot proforma-arrangementer og er begrunnet i hensynet til notoritet. Ved overføring av formue fra selger kan ikke kjøperen påberope seg retten til formuesgjenstanden overfor selgers kreditorer uten at ervervet har fått rettsvern. Når formuesgodet er fast eiendom er det derfor sikker rett at tinglysingsloven § 23 innebærer at dersom kjøper ikke har fått hjemmel til eiendommen senest dagen før konkursåpning, behøver ikke selgers konkursbo å respektere kjøpekontrakten. Tilsvarende følger det av tinglysingsloven § 20 annet ledd at utlegg går foran rettserverv som ikke er tinglyst eller tinglyses etter utlegget.

Finanstilsynet kan vanskelig se at det gjør seg gjeldende notoritetshensyn som kan begrunne krav om rettsvern i relasjon til overføring av kjøpesummen isolert sett. Overføringen av kjøpesummen fra kjøper til selger er en sekundær transaksjon i forhold til overføring av eiendomsretten til eiendommen. Det avgjørende i forhold til beslagsretten er da om kjøpesummen inngår i debtors, her selgers, formue etter dekningsloven § 2-2. Med de rettsvernsregler som er etablert for å sikre notoritet om kjøpsavtalen som sådan, kan det neppe være behov for at det knyttes egen rettsvernakt til disponering av kjøpesummen etter den samme avtalen.

⁵ Jf. LH-2003-330

Slik Finanstilsynets ser det er det gode grunner for at kjøpersiden har fortrinnsrett til kjøpesummen på meglers klientkonto inntil rettsvern for kjøper (og kjøpers långiver) er etablert i eiendommen som forutsatt.

4.2 Kreditorforfølgning på kjøpersiden

Selv om Finanstilsynet ikke er kjent med praktiske tilfeller av kreditorbeslag på *kjøpersiden* i perioden mellom overtagelsen og hjemmelsoverføringen, kan denne situasjonen ikke utelukkes. Når kjøper har overtatt bruken av eiendommen, inngår denne i kjøpers formue, uavhengig av om kjøper har fått hjemmel.⁶ Den logiske konsekvensen av ytelse mot ytelsesprinsippet vil da være at kjøpesummen er utenfor beslagsretten på kjøpersiden. Her kan det vanskelig oppstå noen rettsvernsproblematikk.

Dersom kjøpesummen er finansiert med lån og långiver har betinget seg pant i eiendommen, oppstår det imidlertid en annen problemstilling. Slik ordningen med utbetaling av lån til megler i dag fungerer, tinglyses pantet sammen med skjøtet til kjøper etter overtagelsen, noe som kan resultere i at utlegg eller konkursbeslag på kjøpersiden vil kunne oppnå prioritet foran långivers pant, jf. tinglysingsloven § 20 annet ledd og § 23. Slik långivers forutsetning normalt formuleres, avgir megler garanti overfor långiver for tilbakeføring av lånebeløpet dersom det ikke lar seg gjøre å etablere panteretten som forutsatt. I mange tilfeller kan långivers forutsetning innebære at kjøper (for dette beløpet) ikke kan sies å ha oppfylt sin betalingsforpliktelse før långivers pant har fått rettsvern. Når selger overleverer eiendommen i tillit til at kjøpesummen er innbetalt, kan selger vanskelig akseptere en situasjon hvor han ikke mottar den del av kjøpesummen som er lånefinansiert ved konkurs eller utlegg på kjøpersiden.

Selgeren vil riktignok kunne ha krav overfor kjøpers utleggstaker eller konkursbo på tilbakelevering av eiendommen etter reglene i dekningsloven § 7-7, jf. avhendingslova § 5-3 fjerde ledd og tinglysingsloven § 21 tredje ledd, men de nærmere forutsetninger for dette synes ikke å være rettslig avklart. Det er grunn til å anta at både selger og kjøpers långiver vil gjøre gjeldende krav overfor megler på utbetaling av beløpet, noe som vil kunne utløse megleransvar. Konsekvensen av dette er at der kjøpet er lånefinansiert, lar det seg ikke gjøre å gjennomføre et ytelse mot ytelsesoppgjør. I praksis er dette løst ved at megler påtar seg et rent garantiansvar overfor långiver. Dersom megler ikke lykkes å etablere panterett i eiendommen med forutsatt prioritet, er megler ansvarlig overfor långiver og må dekke långivers tap.

Megler bør kunne sikre seg ved å sørge for rettsvern for långivers pant før overtagelsen. Dette kan gjøres ved tinglysing av pantedokumentet med selgers samtykke, enten gitt i egen erklæring eller ved påtegning på pantobligasjon. Imidlertid må megler da få fullmakt fra långiver til å slette pantet dersom handelen ikke gjennomføres.

Spørsmålet er da om tinglysing av sikringsobligasjon (pantedokument med urådighetserklæring utstedt av selger med megler som rettighetshaver) er mer hensiktsmessig. Det er i alle fall i teorien antatt at megler da vil kunne transportere

⁶ Jf. Rt. 1999-247

panteretten til kjøpers långiver dersom en situasjon som nevnt ovenfor skulle oppstå. Det må i så fall kunne legges til grunn at en slik pantsettelse vil stå seg overfor konkursbo eller utleggstaker. Sentralt for dette spørsmålet er at det i det minste fremgår av den underliggende pantsettelsesavtalen at pantet gjelder som sikkerhet for kjøpers lån. Det synes ikke som om en slik ordning rammes av ordlyden i omstøtelsesreglene i dekningsloven § 5-7.

Ved medhjelpersalg etter tvangsfullbyrdsloven er denne problemstillingen løst ved bestemmelsen i § 11-33 annet ledd annet punktum, som bygger på en tilsvarende bestemmelse i sjøloven, jf. § 24 tredje ledd tredje punktum. Bestemmelsen for tvangssalg lyder slik:

“Avtalepant som sikrer lån gitt til kjøperen for erverv av formuesgodet, som medhjelperen har besørget registrert og som er registrert samme dag som skjøtet, går foran alle andre rettsstiftelser som utledes fra kjøperen uansett når de er registrert. ”

Bakgrunn og begrunnelse for denne bestemmelsen er i følge forarbeidene⁷ følgende:

“Ved lånefinansierte kjøp hender det undertiden at det stiftes frivillige eller tvungne heftelser i vedkommende formuesgode i tidsrommet etter inngåelsen av salgsavtalen, men før kjøperen har fått registerhjemmelen til formuesgodet. Det første vil trolig være mest aktuelt hvor medhjelperen har påtatt seg å yte bistand ved etableringen av lånene som omtalt ovenfor. At kjøperens kreditorer tar utlegg [side 237] i vedkommende formuesgode, vil derimot kunne skje i alle tilfeller - også hvor det er kjøperen selv som skal ordne finansieringen. Uansett leder slike rettsstiftelser til at långiverne ikke får den prioritet for sin sikkerhet som de var forespeilet. Resultatet kan da lett bli at långiveren avslår å yte kreditt og at det ikke blir mulig å gjennomføre salget på grunn av manglende finansieringsmuligheter. Ettersom departementet ser det som en viktig målsetting å legge forholdene til rette for at et tvangssalg skal kunne gjennomføres, bør det gis regler som sikrer långiverne prioritet foran andre heftelser på kjøperens hånd.

For salg av skip finnes det allerede slike regler i sjøl § 24 tredje ledd. Også tingl § 21 tredje ledd har en beslektet regel, men denne gjelder bare forbehold fra selgerens side og vil ikke komme til anvendelse ved lån fra andre enn denne. Departementet mener imidlertid at det ved tvangssalg ikke bør spille noen rolle at lånet er ytet av en tredjeperson. I alle tilfeller bør kjøperens kreditorer bare kunne ta beslag i den netto som det ervervede objekt representerer for deres debitor. I annet punktum foreslås det derfor at avtalepant som er gitt for å sikre kjøperens lån til erverv av formuesgodet går foran andre rettsstiftelser som utledes fra kjøperen. Det er viktig å være klar over at regelen bare gjelder for pant som sikrer lån for erverv av formuesgodet, pant for andre lån omfattes ikke. Regelen er videre uavhengig av hvem som er långiver. Det er særlig viktig at slik avtalepant går foran utlegg, men avtalepantet går også foran andre rettsstiftelser. Regelen gjelder bare der medhjelperen har bistått ved registreringen. Dette bidrar til å sikre at

⁷ Ot.prp.nr. Ot.prp.nr. 65 (1990-91) side 236-237

lånet er gitt for å kjøpe formuesgodet. Denne prioritetsregelen gjelder bare når avtalepantet er registrert samme dag som skjøtet ble tinglyst. Før skjøtet ble tinglyst, hadde ikke kjøperen grunnbokshjemmel og kunne ikke få registrert avtalepantet.

Hensynet til kjøperens finansiering og avtalepantene i denne forbindelse er tilstrekkelig ivaretatt ved at de går foran alle andre ved tinglysning denne dagen. Regelen i annet punktum muliggjør utveksling av ytelse mot ytelse både ved kjøpet av formuesgodet og i forholdet mellom kjøperen og dennes panthavere.”

Finanstilsynet bemerker at bestemmelsen i sjøloven er generell i den forstand at det ikke stilles vilkår om medhjelpersalg. Som det fremgår av ovennevnte forarbeider til tvangsfullbyrdelsesloven, har ikke tinglysingsloven tilsvarende bestemmelse, uten at Finanstilsynet kan se noen legislativ begrunnelse for at skip og fast eiendom er regulert forskjellig på dette punktet. Når denne reguleringen likevel er innført for tvangssalg, antar Finanstilsynet at det for oppgjør gjennom eiendomsmegler kan anføres tilsvarende begrunnelse: at megler kan gjennomføre et ytelse mot ytelsesoppgjør og på den måten å legge forholdene til rette for en sikker gjennomføring av handelen gjennom mellommann. Dette krever imidlertid unntak i tinglysingsloven § 21 tredje ledd, noe Finanstilsynet på det nåværende tidspunkt ikke vil foreslå, da dette bør utredes i sammenheng med reguleringen i kontraktslovene for fast eiendom, samt at det etter det Finanstilsynet kjenner til er planlagt revisjon av tinglysingsloven.

I påvente av en slik reglering, antar Finanstilsynet at ettersom risikoen for tap som følge av en slik situasjon er liten, er det hensiktsmessig at spørsmålet om meglers sikkerhetsrutiner når det gjelder inntøelsesgarantier overfor långivere overlates til meglerforetakenes sikkerhetsstillere.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]