

Sendt pr. e-post

Finanstilsynet

Att.: Ann-Kari Tuv

[Anne-Kari.Tuv@finansstilsynet.no](mailto:Anne-Kari.Tuv@finansstilsynet.no)

Kvale Advokatfirma DA  
Fredtjof Nansens plass 4  
Postboks 1752 Vika  
N-0122 Oslo

Tele +47 22 47 97 00  
Fax +47 22 47 97 01  
[post@kvale.no](mailto:post@kvale.no)  
[www.kvale.no](http://www.kvale.no)

NO 947 096 098 MVA

Oslo, 27. januar 2011  
Vår ref.: ssn

Ansvarlig advokat:  
Stine Snertingdalen

## HØRINGSUTTAELSE

### TIL FINANSTILSYNETS UTKAST TIL KORRIGERT HØRINGSNOTAT AV DESEMBER 2010, VEDRØRENDE ENDRING AV EIENDOMSMEGLINGS- LOVEN OG EIENDOMSMEGLINGSFORSKRIFTEN

Det vises til e-post av 10. desember 2010 fra Finanstilsynet med vedlagt korrigert notat (heretter Notatet) til høringsnotat av 2. juni 2010 pkt. 2 (heretter Høringsnotatet).

Kvale Advokatfirma DA har en av landets største insolvensavdelinger. Vi bestyrer et betydelig antall konkursboer i året, forestår restruktureringer og bistår finansinstitusjoner med kriseengasjementer. Vi har således god erfaring med problemstillinger rundt beslagsrett i og utenfor konkurs. Vi ønsker å knytte noen bemerkninger til Notatet hva gjelder to forhold: disponering av midler på klientkonto før heftelsesfritt skjøte er tinglyst, samt sikring av kjøpesummen mot kreditorbeslag så lenge denne oppbevares på meglers klientkonto.

#### **1 DISPONERING AV MIDLER PÅ KLIENTKONTO FØR HEFTELSESFRI TT SKJØTE ER TINGLYST**

Finanstilsynet foreslår at det som hovedregel ikke skal legges til rette for oppgjørsvilkår mellom kjøper og selger som går ut på at hele eller deler av kjøpesummen utbetales til selger uten at kjøper først har fått hjemmel eller annet rettsvern, jf. forslag til nytt tredje ledd i eiendomsmeglingsloven § 6-9:

*"Oppdragstakere som forestår oppgjør skal sørge for at kjøper har fått rettsvern for sitt erverv før kjøpesummen disponeres på vegne av selger. Departementet kan i forskrift fastsette nærmere regler, herunder unntak, om gjennomføringen av det økonomiske oppgjøret."*

En slik regel vil gi økt beskyttelse for partene i eiendomstransaksjonen, mens meglerens mulighet til å få dekket sine kostnader av innbetalt forskudd / kjøpesum før handelen er gjennomført og kjøperen har fått rettsvern for sitt erverv vil bli redusert.

Det synes å være praksis hos flere meglerkjeder i dag at kjøper innbetaler et 10 % forskudd til meglerens klientkonto forut for/ved kontraktsinngåelsen. Forskuddet kategoriseres gjerne i meglerens standard kjøpekontrakt som et (del)oppgjør som umiddelbart frigis til selgeren, hvorfra megleren kan trekke sitt honorar umiddelbart. Denne konstruksjonen hvorved forskuddet betegnes som midler frigitt til selgeren synes inntatt for å sikre meglerens oppgjør jf. eiendomsmeglingsloven § 7-4 (3), og ikke av hensyn til partene.

Vi antar at få parter forstår – eller er bevisst på – at denne praksisen innebærer at forskuddet utgjør en usikret kredittytelse selv om det innbetales til en klientkonto. Midlene er frigitt til selgeren, og det er ingen klausul som sier at midlene står sperret eller sikret på klientkontoen. Dersom kjøperen har krav på å få forskuddet refundert fordi selgeren ikke kan levere eiendommen iht. kontrakt, vil kjøperen være henvist til å søke dekning i selgerens øvrige aktiva i den utstrekning forskuddet er benyttet til betaling av megler eller det er beslaglagt av selgerens kreditorer.

Hensynet til partenes trygghet og tillit til eiendomsmeglerinstituttet tilsier at denne praksisen bør begrenses. Vi støtter således Finanstilsynets forslag. Det kan hevdes at det mest ryddige vil være at midler innbetalt til klientkonto alltid skal være sikret for begge parter inntil handelen er gjennomført og kjøper har fått rettsvern for sitt erverv. Hensynet til partene synes i dag å veies opp mot meglers behov for å få dekket sitt utestående før kjøpesummen frigis til selger. Vi vil ikke gå nærmere inn på den interesseavveining dette innebærer.

I den utstrekning praksisen med usikret kreditt tillates benyttet / benyttes, bør det vurderes å konkretisere meglers plikt til å informere partene om ovennevnte konsekvenser.

## **2 FORESLÅTT LOVENDRING FOR Å HINDRE KREDITORBESLAG I MIDLER OPPBEVART PÅ MEGLERENS KLIENTKONTO**

Finanstilsynet har foreslått endringer i eiendomsmeglingsloven § 3-2. Vi forstår det slik at forslaget er motivert av 1) et ønske om å sikre midlene på meglers klientkonto mot kreditorbeslag og 2) tydeliggjøre meglerens og partene rett til å beføye over midlene på klientkontoen for å redusere risikoen for kreditorbeslag. Sistnevnte formål henger sammen med førstnevnte, men vil også bidra til å redusere risikoen for at megler beføyer over klientmidlene på en slik måte at partenes tapsrisiko øker.

De som er berørt av transaksjonen, typisk kjøper, selger, megler, långiver og disses kreditorer, kan ha et ønske om klare lovbestemmelser om dette som er tydelige på hvor grensene for beslagsretten går. Lovbestemmelser som regulerer kreditorenes dekningsrett i klientmidlene er i så måte å foretrekke fremfor ulovfestede regler om separatistrett.

Finanstilsynets forslag til ny § 3-2 i eiendomsmeglingsloven søker imidlertid ikke å gi noen særregel om separatistrett, men heller å hindre at klientmidlene under oppgjørprosessen frem til frigivelse anses å tilhøre selger eller megler, og følgelig omfattes at beslagsretten iht. jf. dekningsloven § 2-2.

Vi slutter oss til at det ikke bør inntas noen særregel i eiendomsmeglingsloven om separatistretten / kreditorenes beslagsrett til innskudd på meglers klientkonto. De ulovfestede reglene om separatistrett til penger er vel fundert i norsk rett, og bygger på sentrale hensyn og sammensatte avveininger og vurderinger. Dersom separatistretten særreguleres i enkeltvise spesiallover med kun få typetilfeller for øyet, kan det medføre at man ikke overskuer de ringvirkninger en analogisk anvendelse av slike bestemmelser kan ha på andre områder.

Det kan i den forbindelse vises til forarbeidene til dekningsloven § 2-2:

*"[Man har] presisert at beslagsretten gjelder formuesgoder som « tilhører skyldneren ». Den nærmere grense for beslagsretten i forhold til tredjemann kan man likevel ikke trekke opp i en bestemmelse av denne art; reglene om legitimasjon, rettsvern og omstøtelse kommer inn her, foruten bevisreglene. Utvalget vil peke på at spørsmålet om beslagsretten overfor midler som er betrodd skyldneren eller som han har utskilt til dekning av særlige formål, med eller uten plikt til å holde midlene adskilt, i praksis kan volde tvil, og at det vil være en fordel å få nærmere regler om dette." (NOU 1972 nr. 20, s. 255)*

Behovet for nærmere lovregulering av ulike sider ved separatistretten er til stede av hensynet til klarhet og tilgjengelighet, men vi mener separatistretten er såpass sammensatt at man ved eventuell lovregulering bør foreta et grundig utredningsarbeid i forhold til denne og finne en ordlyd som ivaretar/lovfester separatistrettslæren som sådan.

Sentrale kilder for å etablere vilkårene for og rekkevidden til separatistrett i penger / innskudd på konti er rettspraksis, forarbeider til ulike lovbestemmelser (bl.a. lov om husleieavtaler § 3-5), juridisk litteratur (bl.a. i artikler av Torkel Opsahl i TfR 1953 s. 267 og Rune Sæbø i JV 2009 nr 1), samt i uttalelse fra Justisdepartementet (JDLOV-1999-9839).

En gjennomgang av ovennevnte rettskilder viser at midler som debitor ikke eier, som debitor var pliktig å holde atskilt, og som debitor rent faktisk holdt atskilt, gir hjemmelsmannen til midlene en separatistrett til disse. Hjemmelsmannen har en rett til å vindisere midlene. Denne retten er vel etablert i norsk rett, og bygger direkte på dekningsloven § 2-2: man kan kun ta beslag i aktiva debitor rent faktisk eier.

Det er også denne delen av separatistretten Finanstilsynets forslag til ny § 3-2 (2) og (3) i eiendomsmeglingsloven synes å hense på: situasjonen hvor debitor ikke er eier av beløpet. Men det er ikke uproblematisk å basere lovforslaget kun på dette. Lovforslaget bør blant annet også ta sikte på å sikre beløpet best mulig mot kjøpers kreditors beslagsrett, både hva gjelder kjøpers "egenandel" og kjøpers lånefinansierte andel av kjøpesummen.

Deler av kjøpesummen vil ofte være lånefinansiert, og banken vil normalt ha innbetalt beløp til eiendomsmeglerforetakets klientkonto med betingelse om første prioritets pant i eiendommen. Lovforslagets § 3-2 (2) kan tyde på at banken skal anses som eier av midlene frem til bankens betingelse er oppfylt. Kjøper vil imidlertid allerede ved utbetalingen til meglers klientkonto bli rentebelastet lånet, og vil ha påtatt seg en plikt til å tilbakebetale dette.

Videre forstår vi det slik at det i rettspraksis er slått fast at kjøpers stansingsrett opphører ved bruksovertakelse, og at midlene på dette tidspunkt går over til selger. Følgelig vil

kjøpesummen være gått over til selger fra og med bruksovertakelsen selv om det fortsatt er utenfor selgers rådighet frem til tinglyst heftelsesfritt skjøte foreligger. Det blir unaturlig å si at kjøper under denne tiden eier både eiendommen og kjøpesummen, eller at ingen av partene eier kjøpesummen. Kjøpesummen tilhører selger, men bør likevel sikres mot selgers kreditorers beslagsrett i tiden fra bruksovertakelse til tinglyst heftelsesfritt skjøte er levert, dersom sistnevnte er en betingelse for frigivelse av kjøpesummen til selger. Finanstilsynets lovforslag bør også i størst mulig utstrekning hensynta dette.

Det er vår oppfatning at separatistretten om enkelte vilkår er oppfylt også må omfatte disse tilfellene, og fungere som en særrett for rettighetshaverne selv om beløpet kan sies å ha gått over til debitor, så lenge beløpet står frosset på en klientkonto øremerket kreditorlojale kontraktsbetingelser som alle parter er kjent med, og som har full notoritet.

Iht. Opsahl omfatter separatistretten i enkelte tilfeller også forhold hvor beløpet har gått over til debitor men hvor det er rettsstridig av debitor å beholde pengene, for eksempel ved ugyldighet, feilbetalinger mv. (TfR 1953 s. 267, på s. 282). Dersom et eiendomsmeglerforetaks utbetaling av midler til debitor, det være seg til kjøper eller selger, ville være i strid med de instruksjer megler har fått / betingelser som er stillet ved innbetalingen, i kjøpekontrakten eller i lovregler, taler mye for at utbetalingen må anses rettsstridig. Debitor hadde ikke krav på å få midlene, og debitors kreditorer ville få en tilfeldig fordel dersom de fikk en andel av midlene fremfor rette mottaker av midlene. Kreditor bør da heller ikke ha rett til å beslaglegge midlene som megler er uberettiget til å overføre til / frigi til debitor.

Separatistrett i midler som står på konto i debtors navn synes lagt til grunn i forarbeidene til lov om husleieavtaler § 3-5 om depositum:

*"Når beløpet blir satt inn på særskilt konto i finansinstitusjon, er innestående beskyttet mot utleiers kreditorer; pengene tilhører ikke utleieren, og de er holdt avsondret fra hans midler.*

*Skulle leieren bli utsatt for kreditorpågang, er utleiers interesser sikret på samme måte. Såvel leierens konkursbo som enkeltforfølgende kreditor må respektere utleiers fortrinnsrett til å søke dekning i depositumet. Leierens kreditorer kan bare søke dekning i det beløp som er tilbake etter at utleieren har fått det som tilkommer ham, og de kan ikke kreve dekning i depositumet før leieforholdet er brakt til opphør."*  
(NOU 1993 nr. 4, s. 126)

Problemstillingen med boets beslagsrett i midler deponert på depositumskonto oppstår i svært mange konkursboer, og respekteres etter det vi er kjent av boene. Vi har ikke funnet eksempler i rettspraksis på tilfeller hvor beslag er tillatt i strid med forarbeidenes uttalelser.

Vi vil ikke foreta noen grundig gjennomgang av rettskildene her, men nøyer oss med å også vise til Opsahl, TfR 1953 s. 267, på s. 286, samt LH-2003-330. I nevnte dom ble banken gitt separatistrett foran selgers kreditorer etter som betingelsen om første prioritets pant ikke var oppfylt, selv om kjøper hadde overtatt bruken.

Dommen synes riktignok å legge til grunn at selgeren ikke var eier av kjøpesummen før denne var frigitt for overførsel fra klientkonto til selgerens øvrige formuessfære, selv om overtakelse av eiendommen var gjennomført. Dette synspunktet må imidlertid sees i sammenheng med at lagmannsretten synes å ha referert Brækhus' dom uriktig/upresist. Retten angir under

henvisning til Brækhus' avgjørelse som første vilkår for separatistrett at selger ikke må ha vært eier av beløpet. Brækus angir imidlertid som første vilkår:

*"Debitor må ha vært uberettiget til å trekke beløpet inn i sin egen omsetning. Dette vilkår formuleres ofte positivt dithen at debitor må ha vært forpliktet til å holde beløpet atskilt fra sine øvrige aktiver." (RG 1985 s. 400, på s. 406)*

Poenget er ikke hvorvidt selgeren er eier eller ikke, men at selgeren er uberettiget til å råde over beløpet, trekke dette inn i egen formuessfære og blande det sammen med sine øvrige aktiver. Lagmannsretten skriver også senere i samme avgjørelse:

*"All den tid midlene ikke var blandet sammen med [selgers] øvrige midler, er for øvrig spørsmålet uten betydning for saken."*

Det vises også til Opsahls artikkel om separatistrett til penger:

*"Forutsetningen for vindikasjon av penger bør legislativt være at de av eieren ikke er ment å skulle slippe ut i sirkulasjon, og heller ikke faktisk mot hans vilje, er revet med i omsetningsstrømmen." (TfR 1953 s. 267, på s. 273)*

Vi foreslår at nye bestemmelser i eiendomsmeglingsloven legges opp slik det er gjort i husleieloven § 3-5: Lovbestemmelse(n) legger til rette for ivaretagelse av de momenter som skal til for at separatistretten slik den gjelder i dag kommer til anvendelse, mens presiseringen om at midlene med dette anses sikret mot partenes kreditorers beslag eventuelt foretas i forarbeidene.

Viktige momenter for at det skal foreligge en separatistrett er følgende:

- Separatistrettens hovedvilkår 1: Debitor skal være uberettiget til / avskåret fra å trekke midlene inn i sin egen omsetning og forføye over disse. Dette er gjentatt i en rekke dommer og i litteraturen, især nevnes RG 1985 s. 400 med Sjur Brækhus som enedommer, på side 406. Det er viktig at det kommer klart frem når debitor (dvs. kjøper og selger) kan trekke beløpet inn i egen omsetning, og at debitor frem til dette tidspunktet ikke er berettiget til dette.
- Separatistrettens hovedvilkår 2, hensynet til notoritet: Midlene skal rent faktisk være holdt atskilt og være klart identifiserbare, jf. bl.a. RG 1984 s. 400. Dette vilkåret synes ivaretatt gjennom ulike bestemmelser i forskrift til eiendomsmegling.
- Det kan synes å være et vilkår at det forhold at midlene er holdt atskilt til et bestemt formål bør være notifisert de relevante parter, jf. bl.a. Opsahl TfR 1953 s. 267, på s. 298 med videre henvisning til Rt. 1931 s. 202. Megler som håndterer midlene må være notifisert. Videre bør rettighetshaveren ha en berettiget forventning om en særrett til midlene som har prioritet foran andre kreditorer, noe vedkommende ikke vil ha dersom han er ukjent med at midler er avsatt til ham. Antakelig må også midlene være avsatt for annet formål enn alene å forrykke prioritetsrekkefølgen mellom kreditorene, for eksempel for å oppfylle en gjensidig bebyrdende avtale som en eiendomstransaksjon vil være.

- Betalingen/midlene skal ikke være en kreditt fra kjøper til selger. Kjøperen må ikke ha ment å gi mottakeren kreditt. I så fall har mottakeren bevisst tatt en risiko for mottakers solvens, og kan ikke forvente særbehandling i forhold til andre kreditorer.

Om det var mulig, ville innbetaling av kjøpesummen, bruksovertakelsen, sletting av pengeheftelser på selgers hånd, etableringen av heftelse for kjøpers långiver og overlevering av tinglyst skjøte til kjøper fritt for pengeheftelser på selgers hånd skje samtidig. Etter som dette imidlertid ikke er praktisk mulig, deponeres midlene hos megler mens megler forestår gjennomføringen av disse formalia. Kjøper mener m.a.o. ikke å gi selgeren kreditt mht. innbetaling av kjøpesummen kort tid forut for / ved bruksovertakelsen. Man kan stille spørsmål ved om det imidlertid kommer inn et kredittlement hvor det betales forskudd flere måneder før overtakelse, selv om forskuddet anses deponert hos megler og følgelig er utenfor partenes rådighet frem til hele kjøpesummen kan frigis. Som nevnt under pkt. 1 ovenfor vil imidlertid forskudd innbetalt som frie midler til selger innebære en kreditttelse, og neppe være omfattet av separatistretten selv om betalingen skjer til meglers klientkonto.

Som det fremgår er det sentrale 1) at kreditorenes berettigelse til å forvente å få dekning av beløpet må veies opp mot rettighetshaverens berettigelse til å få ut midlene særskilt fra debtors bo, og 2) at forholdet skal være etterprøvbart.

Som det fremgår ovenfor mener vi det er klart at midler som ikke tilhører debitor, som debitor er pliktig å holde atskilt og som faktisk er holdt atskilt, omfattes av separatistretten og er utenfor debtors kreditors beslagsrett. Det er også vår oppfatning at kjøpesummen vil være unntatt kjøpers kreditors beslagsrett før den går over til selger, og selgers kreditors beslagsrett etter at den har gått over til selger, så lenge det er klart regulert og kjent for megler, kjøper og selger at partene ikke har rådighet over beløpet i denne tiden, at de er pliktige å holde beløpet atskilt og at beløpet faktisk er holdt atskilt, så lenge disposisjonen ikke bærer preg av å være kreditorskadelig.

Dersom Finanstilsynet ønsker å søke ytterligere å redusere risikoen for beslag i kjøpesummen mens denne står på klientkonto, men uten å regulere selve separatistretten, kan et alternativ være at det inntas en lovbestemmelse i tråd med lov om husleieavtaler § 3-5 som legger til grunn at kjøpesummen *deponeres* på meglers klientkonto under den tid megleren gjennomfører oppgjøret. Det må være irrelevant i forhold til hensynene bak separatistrettslæren og vilkårene for denne, hvorvidt pengene oppbevares på en særskilt bankkonto eller på en eiendomsmeglars klientkonto. Betraktningene i forarbeidene til lov om husleieavtaler § 3-5 må gjelde begge disse tilfellene. Et eventuelt lovforslag basert på en deponeringsordning bør antakelig inneholde følgende elementer:

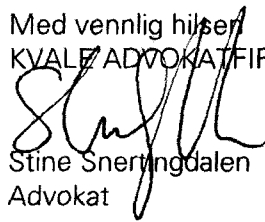
- Midler som innbetales på et meglerforetaks / advokatens klientkonto i forbindelse med et eiendomsoppgjør anses som deponert i meglerens forvaring inntil de betingelser partene og den/de som har innbetalt beløpet har satt for frigivelse er oppfylt;
- Ingen av partene får beløpet frigitt til seg eller får rådighet over dette før betingelsene er oppfylt;
- Regelen må ta høyde for kjøpers stansingsrett og kjøpers rett til å få frigitt hele eller deler av kjøpesummen og tilbakeført denne til seg ved selgers mislighold, ikke bare kjøpers rett til å få frigitt beløpet gitt visse vilkår;
- Det vil øke forutsigbarheten dersom noen av betingelse for frigivelse kan gis i loven, eventuelt med mulighet til å avtale noe annet, for eksempel at midlene først kan

frigis til selger når tinglyst skjøte fritt for pengeheftelser på selgers hånd er overlevert til kjøper.

- Det bør tas stilling til hvorvidt man skal legge opp til mulighet for forskuddsbetaling i form av et deponert forskudd (dvs. ikke frigitt til selger), selv om dette har et større kredittelement enn innbetalingen av kjøpesummen før /ved bruksovertakelse;
- Vi anbefaler at begrepet "oppgjørsetninger" ikke benyttes med mindre begrepet nærmere defineres;

Vi stiller oss til ytterligere disposisjon dersom eventuelle nye utkast til lovtekst ønskes diskutert.

Med vennlig hilsen  
KVALE ADVOKATFIRMA DA



Stine Snertingdalen  
Advokat