

Finanstilsynet
Postboks 1187 Sentrum
0107 OSLO



*Oslo, 25.01.2011
Vår ref. Clp/00.1.4
Deres ref. AKT*

Oppgjør av eiendomshandler gjennom megler

Vi viser til utkast til korrigert endringsforslag vedrørende oppgjør av eiendomshandler gjennom mellommann (megler), der høringsfristen er satt til 20. januar 2011, der vi er innvilget utsettelse til 25. januar 2011.

1. Innledning

Slik Norges Eiendomsmeglerforbund (NEF) forstår det reviderte forslaget, tar Finanstilsynet sikte på å regulere i hovedsak to forhold: 1) Meglers nærmere plikter ved gjennomføring av det økonomiske oppgjøret mellom partene, og 2) (Partenes) kreditorers dekningsrett.

Det reviderte forslaget har ikke på nytt vurdert de prinsipielle sidene ved en nærmere regulering av oppgjørshfasen. Norges Eiendomsmeglerforbund finner likevel grunn til å minne om vår prinsipielle skepsis mot å regulere forhold som berører kjøpsavtalen mellom partene (kjøper og selger i eiendomshandel) i eiendomsmeglingsloven fremfor i den aktuelle loven (avhendingsloven). Begrunnelsen er at kjøper bør ha lik beskyttelse også når avtalen inngås uten bruk av mellommann. Forslaget underbygger behovet for en revisjon av avhendingsloven, noe Finanstilsynet eller Finansdepartementet bør vurdere å påpeke overfor ansvarlig departement (Justisdepartementet). I forhold til reguleringen av meglers plikter i oppgjørshfasen, viser vi for øvrig til vårt høringssvar av 9. september 2009, se vedlegg.

Norges Eiendomsmeglerforbund er positiv til at forslaget omfatter en presisering av dekningsloven § 2-2, da det kan reises spørsmål om hva som anses å være rettstilstanden i dag. Vi vil også påpeke at en manglende presisering av dekningsloven i prinsippet kan undergrave hele mellommannsinstituttet slik vi kjenner det i dag (meglors plikt til å gjennomføre det økonomiske oppgjøret samt meglers inneståelsesansvar).

Ettersom de prinsipielle spørsmål ikke har vært gjenstand for ny vurdering, vil NEF heller ikke gå nærmere inn på de eventuelle innvendinger man på generelt grunnlag kan reise mot forslaget vedrørende meglers plikter. Vi har derfor valgt å fokusere på det lovtekniske og hensynene knyttet til forslaget som regulerer kreditors dekningsrett. Vi vil kun knytte enkelte kommentarer til forslaget og vil i det følgende følge notatets rekkefølge og inndeling.

2. Bakgrunn for lovforslaget

Etter NEFs syn kan det reises spørsmål om behovet for å regulere meglers plikter i oppgjørsfasen i lov og forskrift. Så vidt NEF er kjent med, har eiendomsmeglingsbransjen langt på vei lagt om rutineene ved gjennomføringen av det økonomiske oppgjøret. Finanstilsynets vurdering av hva som anses å være god meglerskikk i oppgjørsfasen, kommer relativt tydelig frem av rundskriv 6/2010. Finanstilsynet bør i samarbeid med Finansdepartementet derfor vurdere det egentlige behovet for en ytterligere presisering i lov og forskrift.

3. Meglers plikter ved gjennomføring av oppgjøret

Finanstilsynet bør vurdere å dele opp og foreta en presisering i det fjerde avsnittet (lyder: "Forslaget setter rammer [..]"). Eksempel:

"Forslaget setter rammer for *oppgjørsavtalen* mellom kjøper og selger når eiendomsoppgjøret skal utføres av eiendomsmeglingsforetak.

De nærmere vilkårene i oppgjørsavtalen og den særskilte oppgjørsinstruksen fra selger vil være bestemmende for meglers disposisjoner etter at vilkårene i forslagets lov § 3-2 annet ledd og tredje ledd er oppfylt."

Det sjette avsnittet (lyder: "Dette forslaget regulerer ikke [..]") bør flyttes slik at det kommer umiddelbart etter vårt foreslåtte nye avsnitt som står i ramme ovenfor. Deretter kommer det som i forslaget er avsnitt fem (lyder: "Dersom kjøper og selger seg i mellom ønsker [..]") osv.

4. Tredjepartskonflikter ved overføringen mellom kjøper og selger

Så vidt NEF er kjent med, er det noe ulike oppfatninger om hva som anses å være gjeldende rett vedrørende tredjepartskonflikter i forbindelse med fast eiendom. Tinglysingsloven har klare regler i forhold til *eiendommen*, herunder hvem som på hvilket tidspunkt kan ta utlegg i eiendommen, frister i forhold til konkurs m.v. Det finnes ikke tilsvarende klare regler for *kjøpesummen*, noe som er uheldig for så vel partene, partenes kreditorer og mellommannen i transaksjonen.

Vi støtter Finanstilsynet i at kreditorvernet ikke bør bero på partenes avtaleutforming. Vi gjør imidlertid oppmerksom på pantelovens ordning med pant i enkle pengekrav, som er en mulig løsning for å sikre både kjøper og selger mot økonomisk tap som følge av illojale disposisjoner eller kreditorbeslag hos den annen part i handelen. Utfordringen med en slik ordning er imidlertid at partene (og mellommannen) selv må sørge for å oppfylle vilkårene for å etablere slikt pant.

Det er gode grunner for å anføre at separatistrettslæren gjør seg gjeldende i de kritiske situasjoner som ligger til grunn for Finanstilsynets forslag om kreditors dekningsrett. Så vidt NEF er kjent med, er det ikke uvanlig at både partenes kreditorer og eventuelt bobestyrer i konkurs forholder seg til en slik separatistrett for den annen part i avtalen som følge av skyldneres mislighold. Bakgrunnen for dette er prinsippet om at kreditor ikke skal ha bedre rett enn debitor. Som oftest vil vilkårene for separatistrett være oppfylt der det økonomiske oppgjøret skjer ved hjelp av mellommann.

Slik NEF oppfatter gjeldende rettstilstand, vil kreditors dekningsrett langt på vei avgjøres av partenes og mellommannens opptreden og håndtering av handelen. NEF støtter derfor Finanstilsynets forslag om å regulere dette nærmere. Det kan riktignok reises spørsmål om en slik presisering hører hjemme i eiendomsmeglingsloven, eller om dette burde fremgå av annen lov. Vi går imidlertid ikke nærmere inn på en slik vurdering her.

Slik NEF forstår forslaget, tas det sikte på å regulere partenes *kreditorens dekningsrett* og ikke rokke ved *eierforholdet* til kjøpesummen. Utgangspunktet er derfor at råderetten (eierskapet) til kjøpesummen fortsatt går over fra kjøper til selger på det tidspunktet hvor eiendommen fysisk overleveres, jf. prinsippet om ytelse mot ytelse i avhendingsloven. (Som kjent har bustadoppføringsloven et annet skjæringstidspunkt for når selgeren kan kreve betaling dersom avtalen omfatter både tomt og bolig/fritidsbolig, noe som formodentlig gir et annet resultat i forhold til når partenes respektive kreditorer kan ta beslag i kjøpesummen, jf. Justisdepartementets tolkningsuttalelse av 7. mai 1999.)

Ettersom eierforholdet til pengene har en annen tidslinje enn når pengene faktisk *frigis*, kommer problemstillingen på spissen. Man kan tenke seg følgende situasjon:

A (selger) overleverer eiendommen i henhold til avtalt overtagelsesdato den 1. februar 2011. B (kjøper) overtar eiendommen og har samtidig oppfylt sin del av kontrakten ved å innbetale full kjøpesum inkludert omkostninger senest pr. overtagelsen (pengene er valutert meglers klientkonto pr. overtagelsen). Kjøpesummen er finansiert gjennom 50 % frie midler (egenkapital) og 50 % lånefinansiert fra bank X. Fra det tidspunktet overtagelsen har funnet sted, mister kjøper råderetten over kjøpesummen og denne tilhører derfor selgeren. Basert på Finanstilsynets forslag vil imidlertid ikke kjøpesummen frigis til fordel for selger før bl.a. kjøper har fått rettsvern for sitt erverv (det tar normalt rundt én uke basert på tinglysingstiden p.t.). Senest samtidig med oversendelsen av det lånefinansierte beløpet, har X stillet vilkår for overførselen. Normalt stiller kjøpers bank vilkår om å få tinglyst sitt pantedokument i den kjøpte eiendommen og at pantet skal få første prioritets pant innen et visst tidspunkt (normalt innen 6 mnd). Kjøpers pantedokument sendes til tinglysing samtidig med skjøtet, og avhengig av selgers heftelser på eiendommen, skal megler normalt ha kontroll over foranstående heftelser. Når kjøpers pantedokument er tinglyst og *teoretisk* har oppnådd første prioritets pant, samt at kjøper har fått hjemmel til eiendommen, vil normalt vilkårene for frigivelse av kjøpesummen være oppfylt. Det er disse forutsetningene som til sammen utgjør oppgjørsforutsetningene, jf. Finanstilsynets forslag. Det må være ganske klart at i alle fall kjøper og kjøpers bank har beskyttelsesverdige interesser i denne fasen, slik at selgers kreditorer ikke kan ta beslag i kjøpesummen før man er sikker på at kjøper har fått oppfylt alle forutsetningene som ligger til grunn for avtalen. Eventuelt kan man tenke seg at selgers kreditorer tar utlegg i eiendommen, tinglyser konkursbegjæring m.v. som vanskeliggjør/umuliggjør gjennomføringen av handelen. Det må da være klart at kjøper og kjøpers bank bør ha en fortrinnsrett til kjøpesummen for ikke å eksponeres for økonomisk tap som følge av selgers mislighold. Likeledes har selger tilsvarende beskyttelsesverdige interesser ved mislighold fra kjøpers side. Det understrekes at

forbehold utover de alminnelige forutsetningene fra kjøpers bank kan gi grunnlag for mislighold, eventuelt reforhandling dersom forbeholdene blir kjent for selger først etter at bindende avtale er inngått.

Vi kan tenke oss en annen situasjon som er ganske lik den overnevnte, men der det er avtalt at kjøper skal få overdratt eiendommen in-blanco. Det er ikke tinglyst heftelser på eiendommen, så selger skal i prinsippet få utbetalt hele kjøpesummen direkte til seg. Kjøpers bank har akseptert at eiendommen ikke overhjemles, men har forutsatt å få første prioritets pant i eiendommen, til tross for at hjemmelshaver er en annen enn lånekunden. I et slikt tilfelle vil selgers ytelse være oppfylt pr. overlevering av eiendommen og utstedelse av et heftelsesfritt in-blanco skjøte. Det er altså kjøpers egne forhold (kjøpers banks forutsetning om tinglysing av pantedokument) som utsetter tidspunktet for når kjøpesummen (i alle fall den lånefinansierte delen) kan frigis til selger. Selgers kreditorer vil altså være avskåret fra å ta beslag i hele eller deler av kjøpesummen frem til beløpet er frigitt, jf. Finanstilsynets forslag. Dette reiser to spørsmål: 1) Er det ønskelig å gi selgers kreditorer en "dårligere" stilling enn det de egentlig har i forhold til hvem som eier kjøpesummen fra overtagelsestidspunktet? Beslagsretten begrenses riktignok i et relativt kort tidsrom. 2) Er det heldig at selger blir "tvunget" til å akseptere frigivelse av kjøpesummen på et senere tidspunkt fordi deler av beløpet er lånefinansiert?

NEF ser grunn til å påpeke det vi oppfatter som noe uheldige formuleringer i forslaget § 3-2:

- Første ledd: Ingen kommentarer
- Annet ledd: Ordlyden kan tas til inntekt for at eierforholdet til kjøpesummen ikke samsvarer med avhendingslovens skjæringstidspunkt. Etter vårt syn bør derfor Finanstilsynet vurdere å omformulere denne, eventuelt sløyfe denne bestemmelsen fordi formålet kan ivaretas gjennom en annen bestemmelse om når kjøpesummen kan frigis.
- Tredje ledd: Ordlyden kan gi inntrykk av at kjøpesummen i et begrenset tidsrom ikke eies av verken selger eller kjøper, noe som er uheldig og ikke i samsvar med verken avhendingsloven eller forutsetningene for Finanstilsynets forslag.

Finanstilsynet bør utforme forslaget til endring i lovens § 3-2 på en annen måte. Etter NEFs syn er det viktig å ivareta følgende hensyn:

- Ikke rokke ved skjæringstidspunktet for når kjøpesummen går over fra kjøpers råderett til selgers råderett (eierforholdet).
- Sørge for at kjøpesummen ikke frigis til selgeren før de betingelser som gjelder for frigivelse av beløpet er oppfylt.
- Hindre kreditorbeslag hos begge parter frem til vilkårene for frigivelse av beløpet er oppfylt.
- Være tydelig på om en regulering av beslagsretten omfatter alle former for kreditorbeføyelser.
- Ta høyde for beløp som eventuelt sperres på meglers klientkonto, enten ved ordinært tilbakehold fra kjøper, jf. avhendingsloven § 4-6 eller ved avtale mellom selger og kjøper.



Øvrige kommentarer

Avslutningsvis anmodes Finanstilsynet om å presisere at forslaget ikke endrer reglene om renteberegning av klientmidler (hvem som på hvilket tidspunkt skal godskrives renter og av hvilket beløp), jf. eiendomsmeglingsforskriften § 3-10 jf. § 3-9 (forslagets lov § 3-2 annet ledd), ettersom forslaget ikke endrer partenes eierforhold til kjøpesummen, men kun begrenser råderetten samt presiserer partenes kreditorers dekningsrett.

Med vennlig hilsen
Norges Eiendomsmeglerforbund

Finn Tveten
Direktør

Christina Lyngtveit-Petersson
Juridisk rådgiver

Vedlegg: NEFs høringssvar av 9. september 2009