

KREDITTILSYNET

2. juni 2009

HØRINGSNOTAT

med forslag til endring av
lov 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling
forskrift 23. november 2007 nr. 1318 om eiendomsmegling

INNHOLDSFORTEGNELSE:

1	Bakgrunn og notatets hovedinnhold	2
2	Oppgjør – sikker utveksling av ytelsene	2
2.1	Innledning	2
2.2	Oversikt over regelverket	3
2.3	Hvordan gjennomføre et sikkert oppgjør	5
2.4	Særlig om sikringsobligasjon	7
2.5	Særlig om forskudd	8
2.6	Gjeldende rett	9
2.7	Kredittilsynets vurdering av forskriftsregulering	11
3	Avvikling av eiendomsmeglingsforetak	14
3.1	Bakgrunn	14
3.2	Oppnevning av avvikler	14
3.3	Disponering av sikringsobligasjons m.v.	15
4	Egenhandel	16
5	Kravet til fagansvarlig	17
5.1	Bakgrunn	17
5.2	Nærmere om forslaget	17
5.3	Kredittilsynets forslag	19
6	Innsyn i budjournal	20
6.1	Bakgrunn	20
6.2	Kredittilsynets forslag	21
7	Forslag til lov- og forskriftsendring	21
7.1	Eiendomsmeglingsloven	21
7.2	Eiendomsmeglingsforskriften	22

1 Bakgrunn og notatets hovedinnhold

Kredittilsynet har på grunnlag av erfaring fra den senere tids stedlige tilsyn i eiendomsmeglingsforetak og på bakgrunn av innspill fra aktørene i bransjen, herunder bl.a. fra eiendomsmeglere, sikkerhetsstillere og finansieringsforetak, foretatt en nærmere vurdering av praksisen som omfatter gjennomføringen av det økonomiske oppgjøret i eiendomshandler. Kredittilsynet har i denne forbindelse funnet det nødvendig å vurdere enkelte spørsmål knyttet til kontraktsrettslige regler om ytelse mot ytelse og forholdet til kreditorenes dekningsrett, som står sentralt når det gjelder den økonomiske sikkerheten i oppgjørsfasen, jf. notatets punkt 2.3.

I tråd med eiendomsmeglingsreguleringens formål om å legge til rette for at omsetning av fast eiendom ved bruk av mellommann skjer på en sikker måte, foreslår Kredittilsynet en ny bestemmelse i eiendomsmeglingsforskriften som medfører forbud mot å disponere kjøpers innbetaling av kjøpesummen til fordel for selger før kjøper har fått hjemmel til eiendommen. Dette er behandlet i punkt 2.7.

Videre har Kredittilsynet i den senere tid konstatert visse svakheter ved regleverket når det gjelder den videre håndteringen av eiendomshandlerne når et foretak avvikles. Kredittilsynet foreslår derfor en ny bestemmelse i eiendomsmeglingsloven som gir Kredittilsynet hjemmel til å utpeke en forvalter til å forestå gjennomføring av løpende eiendomsmeglingsoppdrag i tilfeller der foretaket får tilbakekalt tillatelsen til å drive eiendomsmegling. Eiendomsmeglingsforskriften § 3-11 femte ledd regulerer Kredittilsynets disposisjonsrett til klientmidlene ved tilbakekall av tillatelsen til å drive eiendomsmegling. Det foreslås en utvidelse som i praksis også omfatter disposisjonsrett til å forvalte sikringsobligasjoner og tilvarende rettigheter for eiendomsmeglingsforetaket. Dette er nærmere behandlet i kapittel 3.

Det foreslås videre enkelte mindre endringer i eiendomsmeglingsloven § 5-3 om forbud mot egenhandel, jf. kapittel 4.

Det foreslås endringer i eiendomsmeglingsloven knyttet til adgangen for fagansvarlig til å ha fagansvaret for flere foretaket eller flere filialer, jf. kapittel 5.

Etter anmodning fra Finansdepartementet foreslås endring i eiendomsmeglingsforskriftens regler om innsyn i budjournal, jf. kapittel 6.

Endringsforslagene i eiendomsmeglingsloven og eiendomsmeglingsforskriften er inntatt i notatets kapittel 7.

2 Oppgjør – sikker utveksling av ytelsene

2.1 Innledning

I de senere år er det gjennom eiendomsmeglingsforetak, boligbyggelag og advokater formidlet over 100 000 eiendommer pr. år, som samlet utgjør flere hundre milliarder kroner til årlig forvaltning. I de siste ti årene med et godt eiendomsmarked har risikoen forbundet med gjeldende oppgjørspraksis etter Kredittilsynets kjennskap ikke vært aktualisert i stor utstrekning. I et nedadgående eiendomsmarked, og i en tid med ustabilitet i finansmarkedene, må det imidlertid antas at risikoen for økonomisk tap forbundet med oppjøret vil øke.

Megler skal i tråd med god meglerskikk sikre at kjøpers betalingsforutsetninger blir oppfylt, og at kjøper ikke utsettes for risiko for økonomisk tap i forbindelse med dette. Dette omfatter også betalingsforutsetninger som stilles av kjøpers eventuelle långivere og andre. Videre skal megler sikre at selger ikke utsettes for økonomisk risiko i forbindelse med avgivelse av den rettslige og fysiske råderetten over eiendommen. Meglers rolle i denne utvekslingen er altså å sikre begge parter mot risikoen for økonomisk tap.

Normalt vil sikker utveksling av ytelsene innebære at megler ikke overfører hjemmelen til kjøper før kjøper har oppfylt sin betalingsforpliktelse i henhold til kjøpekontrakten, og at selger ikke får råderett over vederlaget før kjøper har fått tinglyst hjemmel til eiendommen, samt at det ikke påhviler eiendommen andre heftelser enn de kjøper etter avtalen skal overta.

En sikker utveksling forutsetter at megler på avtaletidspunktet har kontrollert hjemmels- og heftelsesforholdene på eiendommen og forsikret seg om at kjøpesummen er tilstrekkelig til å innfri heftelsene på eiendommen. Videre skal megler innen overtagelsen motta kjøpesummen fra kjøper til sin klientkonto, påse at overtagelsen gjennomføres og deretter sende skjøtet til tinglysing. Megler skal videre forsikre seg om at skjøtet blir tinglyst og kontrollere at det ikke har kommet på nye heftelser i forhold til opprinnelig oppgjørsplan, før kjøpesummen kan disponeres til fordel for selger. Dersom det på oppgjørstidspunktet blir klart at kjøpesummen ikke vil dekke heftelsene på eiendommen, vil handelen kunne reverseres med den følge at kjøper, eventuelt kjøpers långiver, får tilbakebetalt sin ytelse i forbindelse med et hevingsoppgjør.

2.2 Oversikt over regelverket

Gjennomføring av transaksjoner mellom kjøper og selger er ikke regulert i detalj, verken i lov eller forskrift. Den generelle bestemmelsen om oppgjør i lov 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling (eml.) lyder slik:

§ 6-9. Oppdragstakerens plikter ved gjennomføring av handelen

- (1) Med mindre kjøper og selger ønsker noen annet, skal oppdragstakeren sørge for
 1. utferdigelse og tinglysing av skjøte,
 2. utferdigelse og eventuell tinglysing av andre dokumenter som har sammenheng med handelen,
 3. utferdigelse av konsesjonssøknad og andre søknader, erklæringer e.l. og
 4. gjennomføring av det økonomiske oppgjøret
- (2) Oppdragstakeren som bistår med oppgaver som nevnt i første ledd nr. 1, 2 eller 4 er etter lov 12. desember 1975 nr. 59 om dokumentavgift, lov 6. juni 2003 nr. 39 om burettslag og lov 17. desember 1982 nr. 86 om rettsgebyr, ansvarlig for at avgifter, gebyrer og renter knyttet til tinglysing av skjøte og andre dokumenter som har sammenheng med salget, blir betalt.

Bestemmelsen i eml. § 6-9 er en videreføring av § 3-9 i lov om eiendomsmegling av 1989. Det vises til nærmere gjennomgang av forarbeidene til bestemmelsen nedenfor i punkt 2.3.

Bestemmelsen om god meglerskikk i eml. § 6-3 vil være utfyllende i forhold til meglers plikter ved gjennomføringen av oppgjøret og behandling av betrodd midler:

- (1) Oppdragstaker skal i sin virksomhetsutøvelse opptre i samsvar med god meglerskikk med omsorg for begge parters interesser. Oppdragstakeren må ikke opptre på noen måte som er egnet til å svekke tilliten til oppdragstakerens integritet og uavhengighet.
- (2) Oppdragstakeren skal gi kjøper og selger råd og opplysninger av betydning for handelen og gjennomføringen av denne.

Det vises også til formålsbestemmelsen i eml. § 1-1:

Lovens formål er å legge til rette for at omsetning av fast eiendom ved bruk av mellommann skjer på en sikker, ordnet og effektiv måte, samt å legge til rette for at partene i handelen mottar uhildet bistand.

Det følger av forarbeidene til loven at formålsbestemmelsen bygger på tidligere eiendomsmeglingslov, og departementet slutter seg til lovutvalgets forslag som er begrunnet slik i Ot.prp. nr. 16 (2006-2007) punkt 3.4:

Etter utvalgets syn bør det overordnede formålet med loven fremdeles særlig være å sikre partenes behov for profesjonell og uhildet assistanse, sikker behandling av klientmidler, sikker dekning av krav mot megleren ved brudd på hans handlingsplikter, samt samfunnets interesse i en velordnet eiendomshandel. Samtidig må det sies å være et formål for eiendomsmeglingen, innenfor rammen av de ovennevnte formål, skal være effektiv.

Med hjemmel i eml. § 3-2 er det i forskrift 23. november 2007 nr. 1318 om eiendomsmegling (emf.) §§ 3-8 til 3-12 gitt regler om behandling av betroede midler. Det følger av emf. § 3-9 første ledd at *"midler som noen har innbetalt til eiendomsmeglingsforetaket (klientmidler) i forbindelse med et oppdrag er vedkommendes midler inntil de er brukt overensstemmende med hva som er avtalt."* Eiendomsmeglingsregelverket gir ingen nærmere anvisning på hvem av partene i eiendomshandelen om til enhver tid har råderetten over pengene på meglers klientkonto. Dette vil bero på avtalen mellom partene supplert med kontraktlovgivningens bestemmelser.

Styret i eiendomsmeglingsforetaket har etter eml. § 3-3 ansvar for *"at det utarbeides rutiner for hvordan meglingen skal utføres og at disse oppdateres ved behov."*

Internkontrollforskriften av 1997 ble med virkning fra 1. januar 2008 gjort gjeldende for eiendomsmeglingsforetak, jf. § 1-1 nr. 14. Forskriften blir med virkning fra 1. januar 2009 opphevet og erstattet av forskrift 22. september 2008 nr. 1080 om risikostyring og internkontroll. Etter forskriften skal styret påse at risikostyring og internkontroll har et tilstrekkelig omfang for å sikre forsvarlig drift. Herunder er også omfattet ivaretagelse av kundens interesser, inkludert foretakenes overholdelse av generelle god skikk-regler som gjelder for de foretak som driver mellommannsvirksomhet eller forvalter klientmidler, jf. Kredittilsynets rundskriv 3/2009 kapittel 2.

I tillegg vil en rekke bestemmelser i særlovgivning knyttet til eiendommen som formidles være relevant i forhold til meglers utveksling av ytelsene. Det vises til Kredittilsynets rundskriv 9/2007 om eiendomsmegleres plikter ved formidling av nye boliger/boliger under oppføring, som særlig gjelder spørsmål knyttet til formidling av boliger etter lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova). I det følgende behandles bare formidling som faller inn under lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingsloven). I praksis vil dette i all hovedsak være all eiendomsomsetning som ikke faller inn under bustadoppføringslovas anvendelsesområde.

En kritisk faktor i eiendomsoppgjøret er forholdet til partenes kreditorer og deres beslagsrett i eiendeler som tilhører skyldneren. Dette reguleres blant annet av lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshaveres dekningsrett (dekningsloven) § 2-2. Videre har lov av om tinglysing av 7. juni 1935 i §§ 20 til 24 relevante bestemmelser om rettsvernsvirkninger av disposisjoner i fast eiendom, herunder ved utlegg og konkurs.

Kredittilsynet vil bemerke at avhendingsloven, dekningsloven og tinglysingsloven ikke ligger under Kredittilsynets forvaltningsområde. Kredittilsynet har likevel i denne sammenheng

funnet det nødvendig å peke på og delvis ta stilling til enkelte tolknings spørsmål dette regelverket reiser.

2.3 *Hvordan gjennomføre et sikkert oppgjør*

Avhendingslovens (deklaratoriske) regulering av *overtakelse* bygger på prinsippet om ytelse mot ytelse, jf. § 2-3:

Når kjøperen har oppfylt sine skyldnader etter avtala, kan kjøperen krevje skjøyte av seljaren. På samme vilkår kan kjøperen krevje å overta bruken av eiendommen (...).

Det vises også til § 5-5 som presiserer ytelse mot ytelse prinsippet ved at selger har tilbakeholdsrett i sin ytelse (både bruken og skjøtet) dersom kjøperen ikke oppfylder sin forpliktelse. Videre følger det av § 2-4 at risikoen for eiendommen går over til kjøper ved bruksovertagelse. Dette gjelder altså uavhengig av om kjøper har fått skjøte på eiendommen. Bruksovertagelsen er også avregningstidspunktet for eiendommens inntekter og kostnader, jf. § 2-5.

For kjøpers vedkommende vil ytelsen være levert når kjøpesum er innbetalt til meglers klientkonto. For selgers vedkommende er spørsmålet om ytelsen er erlagt ved bruksovertakelse kombinert med utlevering av tinglysklart skjøte, eller først når hjemmelen faktisk er overført til kjøper ved tinglysning av skjøtet i grunnboken. Etter Kredittilsynets vurdering følger det ikke av lovteksten ovenfor at hjemmelsoverføring er en forutsetning for at selger har levert sin ytelse. Forarbeidene til avhendingsloven gir heller ingen veiledning til dette spørsmålet.

Selv om avhendingsloven bygger på et prinsipp om ytelse mot ytelse, fremstår det for Kredittilsynet som om lovgiver ikke har vurdert konsekvensene av en tidsforskyvning mellom overføringen av den faktiske råderetten (bruksovertagelsen) og overføring av den rettslige råderetten (hjemmelsoverføringen). Ideelt sett bør skjøtet tinglyses samme dag som råderetten til kjøpesummen går over til selger. Av flere grunner viser det seg at dette tidsrommet i praksis vil variere. Det kan som eksempel nevnes postgang og saksbehandlingstiden hos Statens kartverk, interne organisasjonsforhold i det enkelte meglerforetaket og eventuelle feil og mangler ved innsendelsen som medfører retur av dokumentene.

Statens kartverk fører statistikk over retur av ikke tinglyste dokumenter i fast eiendom og borettslag. For 2008 utgjorde antall returnerte dokumenter i fast eiendom 99.842 av totalt antall rettsstiftelser dette året på 1.160.872, dvs. en andel på 8,6 %. Det er opplyst fra Statens kartverk at om lag halvparten av manglene kommer fra profesjonelle brukere.

I spørsmålet om hvem som har råderetten til kjøpesummen innestående på meglers klientkonto i perioden mellom bruksovertagelsen og hjemmelsoverføringen vises det til Justisdepartementets uttalelse om partenes instruksjonsrett over klientmidlene, inntatt i forarbeidene til eiendomsmeglingsloven av 1987: NOU 1987:14 på side 78 og Ot.prp. nr. 59 (1988-89) på side 46:

Betaler kjøperen før tiden og det ikke er forutsatt at beløpet straks skal overføres selgeren, synes det nærliggende å se det slik at megleren foreløpig sitter med beløpet på kjøperens vegne og undergitt kjøpers instruksjonsrett. Når ikke annet er avtalt, må meklerne ved oppgjøret iaktta prinsippet om ytelse mot ytelse. Vi forstår at det kan variere noe i hvordan prinsippet gjennomføres i praksis. Vanligvis vil det innebære at mekleren ikke skal utbetale kjøpesummen uten at eiendommen stilles til kjøperens disposisjon og/eller at skjøtet overleveres. Når tidspunktet for utveksling av ytelse er kommet og mekleren har utført sin kontroll i den forbindelse, synes forholdet naturlig å måtte ses slik at mekleren nå sitter med kjøpesummen på vegne av selgeren.

I samme utredning på side 78 uttaler Falkangerutvalget følgende:

Det følger av dette at kjøpers "stansningsrett", hans adgang til å instruere megleren om å holde pengene tilbake, må være avskåret fra det tidspunktet kjøtet er tinglyst (eventuelt fra tidspunktet kjøperen får overlatt tinglysningsklart kjøte).

Falkangerutvalgets begrunnelse for primært å legge hjemmeloverføring til grunn som skjæringstidspunkt for instruksjonsrettens overgang synes å være hensynet til å sikre partene mot konkursbeslag. Det bemerkes at kravet om hjemmeloverføring i bustadoppføringslova har samme begrunnelse.

Høyesterett synes imidlertid å ha lagt til grunn at kjøpers instruksjonsrett over kjøpesummen er avskåret fra tidspunktet eiendommen er overlevert kjøperen, jf. Rt. 2006 side 31 (avsnitt 29):

Det rettslige utgangspunkt er således at når kjøper har innbetalt kjøpesummen til megleren og på det grunnlag fått overta eiendommen, mister kjøperen sin rådighet over kjøpesummen og kan ikke lenger instruere megler om å holde tilbake deler av beløpet på grunn av mangler.

I spørsmålet om det er bruksovertagelsen eller hjemmeloverføringen som er skjæringstidspunktet (utvekslingstidspunkt) for råderettsoverføringen av kjøpesummen, fremstår - etter Kredittilsynets vurdering av ovennevnte rettskildemateriale - *bruksovertagelsen* av eiendommen som den best funderte konklusjonen. Dette faller sammen med både risikoens overgang og skjæringstidspunktet for beregning av eiendommens inntekter og kostnader. Det vil da være naturlig å se megler rolle slik at etter bruksovertagelsen oppbevarer megler kjøtet på vegne av kjøper, og har etter eml.§ 6-9 plikt til å sørge for tinglysning.

Dersom instruksjonsretten over kjøpesummen går over fra kjøper til selger ved bruksovertagelsen, kan dette neppe lede til at selger kan instruere megler til å utbetale kjøpesummen før kjøtet er tinglyst (med mindre dette uttrykkelig er avtalt mellom partene). Kredittilsynet antar at det vil følge av den fullmakt partene gir til megler om å forestå oppgjøret mellom partene at selger er forhindret fra å råde over kjøpesummen før kjøper har fått hjemmel til eiendommen. Slik fullmakt tas vanligvis inn i kjøpekontrakten mellom partene.

Det kan reises spørsmål om ikke dette også følger forutsetningsvis av eml. § 6-9 første ledd nr. 4. Det vil kunne hevdes å ligge implisitt i meglerrollen at begge parter må respektere at i den kritiske utvekslingsperioden inntil kjøper har fått rettslig råderett etter avtalen og dermed rettsvern mot kolliderende disposisjoner, er klientmidlene unntatt fra partenes instruksjon.

Selv om selger i forhold til megler på bakgrunn av avtale vil være avskåret fra å disponere over kjøpesummen før kjøtet er tinglyst, er en slik avtaleforpliktelse ikke nødvendigvis bindende for selgers kreditorer, herunder utleggstakere og konkursbo. Slik Kredittilsynet forstår dekningsloven § 2-2, vil kreditorenes beslagsrett i kjøpesummen som utgangspunkt være sammenfallende med hvem av partene pengene på meglers klientkonto til enhver tid tilhører. Spørsmålet blir da om kreditorene må respektere partenes avtalte råderettsbegrensning over pengene i perioden mellom utvekslingen av ytelsene og inntil kjøper har fått rettsvern i grunnboken. Dette er slik Kredittilsynets ser det ikke direkte løst i lovgivningen eller rettspraksis. Kredittilsynet er heller ikke kjent med konflikter som har oppstått som følge av at selgers kreditorer har begjært dekning i inntående beløp på meglers klientkonto.

Etter Kredittilsynet vurdering har det gode grunner for seg å se anse den avtalte råderettsbegrensningen i pengene på meglers konto som en *deponering* til sikkerhet for riktig oppfyllelse av kjøpekontrakten. Det vises som eksempel til reglene om depositum i utleieforhold, jf. lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler § 3-5, hvor deponering på depositumskonto bygger på avtalegrunnlag. I forarbeidene til husleieloven, NOU 1993:4 punkt 2.3.5 fremgår følgende:

En annen viktig målsetting med reglene må være å forhindre at leierne lider økonomisk tap, enten ved urettmessige disposisjoner fra utleiers side, eller ved at utleiers kreditorer tar beslag i beløpet. På samme måte må utleieren ha vern mot urettmessige disposisjoner og kreditorbeslag på leierens side.

Det vises også til den deponeringsordningen som følger av bustadoppføringslova § 49. Det synes å være forutsatt i forarbeidene at slik deponering gir vern mot partenes kreditorer. Kredittilsynet antar at deponering av kjøpesummen på meglers klientkonto vil innebære at kjøpers krav som følge av manglende rettslig oppfyllelse av kjøpekontrakten vil ha prioritet foran utleggsforretninger og konkursbeslag fra selgersiden etter et alminnelig prinsipp om først i tid best i rett. I den grad det vil være krav om forankring av et slikt depositumssynspunkt i pantloven (lov av 8. februar 1980 nr. 2), antar Kredittilsynet at slik deponering faller inn under enten reglene om håndpant i § 3-2 eller pantsettelse av enkle krav i § 4-5.

Kredittilsynet vil særlig bemerke at i forhold til kreditorvern står hensynet til bevis og notoritet sentralt. Det vil derfor kunne være viktig at avtale om deponering fremgår tilstrekkelig klart av kjøpekontrakten.

Kredittilsynet vil for fullstendighetens skyld bemerke at ovennevnte oppgjørspraksis også gir tilstrekkelig sikkerhet for selger når det gjelder forholdet til kjøpers kreditorer. Kjøpers kreditorer vil være avskåret fra å ta beslag i kjøpesummen etter at bruksovertagelsen og utvekslingen av penger og skjøtet har funnet sted.

2.4 Særlig om sikringsobligasjon

Når det gjelder råderetten over eiendommen isolert sett, avgir selger normalt en urådighetserklæring til fordel for meglerforetaket, som har den virkning at selger ikke kan forføye over eiendommen uten samtykke fra meglerforetaket. Slik erklæring kombineres normalt med en pantsettelse til fordel for meglerforetaket - såkalte *sikringsobligasjon* - som i praksis tinglyses på eiendommen senest i forbindelse med kontraktsinngåelsen. Selv om urådigheten gir vern mot frivillige disposisjoner fra selgers side, forhindrer den ikke at selgers kreditorer tar beslag i eiendommen. Tanken bak pantsettelsen er at kjøpers eventuelle krav på tilbakebetaling av kjøpesummen ved reversering av avtalen vil få sikkerhet i eiendommen med prioritet etter eventuell legalpant og andre heftelser som er tinglyst på et tidligere tidspunkt men foran senere utleggspant. Videre ligger det som en forutsetning at boet må respektere panteretten ved konkurs hos selger.

Etter det Kredittilsynet forstår er det i dag en utbredt praksis at det på bakgrunn av sikringsobligasjonen foretas utbetaling av kjøpesummen til selger og/eller selgers panthavere før skjøtet tinglyses. **Det er på det rene at denne praksisen medfører en risiko for kjøper ved at selgers fordringshavere kan ta beslag i eiendommen i til tross for at kjøpesummen er utbetalt til selger.**

Dersom selgers kreditorer får utleggspant i eiendommen før hjemmelen blir overført, er kjøpers betalingsforutsetning (om heftelsesfritt skjøte) ikke oppfylt, jf. tinglysingsloven § 20 som innebærer at utlegget får prioritet foran kjøpers krav på eiendommen (og foran eventuelle pantobligasjoner for kjøpers lån som megler har forpliktet seg til å tinglyse med rett prioritet). Utleggstaker har i en slik situasjon rett til å kreve eiendommen tvangssolgt. Etter det Kredittilsynet har fått opplyst fra bransjehold, velger utleggstakere i større grad enn tidligere å begjære tvangssalg til tross for at sikkerhetsobligasjonens pantekrav vil innebære at utleggstaker ikke får dekning for sitt krav. Dersom kjøpesummen på dette tidspunktet er disponert til fordel for selger eller selgers kreditorer, vil megler ikke være i stand til å tilbakebetale kjøpesummen til kjøper. Tanken bak sikringsobligasjonen er at kjøper via megler har pant i eiendommen for det beløp selger har fått utbetalt. Men kjøper vil i så fall bare få dekket sitt krav i den utstrekning det ved tvangssalg oppnås en salgssum som dekker kjøpers vederlag med tillegg av rentetap mv. Under enhver omstendighet vil en tvangssalgsprosess være belastende for en uforskyldt kjøper.

Dersom selger går konkurs vil eiendommen gå inn i konkursboets beslag, med mindre hjemmelsoverføringen er dagbokført i grunnboken senest dagen før konkursåpningen, jf. tinglysingsloven § 23. Eiendommen vil da tilhøre konkursboet og boet behøver ikke tre inn i avtalen med kjøper, jf. dekningsloven § 7-3. Videre vil vederlag som er utbetalt til selger før konkursåpningen inngå i boets beslag. Kjøper vil riktignok ha et krav mot konkursboet på tilbakebetaling av kjøpesummen. Dette kravet er antatt å være pantsikret i eiendommen ved sikringsobligasjonen, som meglerforetaket i så fall må gjøre gjeldende på vegne av kjøperen. Dersom konkursboets salg av eiendommen ikke gir kjøper full dekning, vil kjøpers krav måtte gjøres gjeldende som dividendekrav i boet. I et stigende marked vil kjøper også ha krav på å få dekket den positiv kontraktsinteressen (i praksis få dekket prisstigningen).

Det er i den senere tid fra flere hold stilt spørsmål til om kjøpers krav som følge av selgers mislighold vil kunne fylle opp sikringsobligasjonen. I en konkret sak Kredittilsynet er gjort kjent med hevder kemneren som utleggstaker at sikringsobligasjonen er tom, slik at kjøpers krav på kjøpesummen ikke står seg ovenfor utlegget, jf. tinglysingsloven § 20. I en kjennelse fra Borgarting lagmannsrett LB-2005-175564 som gjaldt tvangssalg av eiendom, kom retten til at det ikke var sannsynliggjort at sikringsobligasjonen var effektiv med noe beløp. Det ble da lagt vekt på at kjøper og selger hadde gjennomført handelen og kjøper hadde fått skjøtet. Kjøper hadde ventet to år med å tinglyse hjemmel, og selgers kreditorer hadde i mellomtiden fått tinglyst utlegg på eiendommen. Retten uttalte imidlertid at en slik obligasjon i utgangspunktet skal *"sikre kjøper og kjøpers långiver i tiden fra innbetaling av kjøpesummen til tinglysing av kjøpers hjemmel."* Kjennelsen kan tyde på at domstolene vil trekke opp en grense for hvor lang tid det kan gå fra handelen gjennomføres til skjøtet tinglyses. I en avgjørelse fra Eidsivating lagmannsrett LB-2004-57225 som gjaldt spørsmålet om tvangssalg skulle fremmes, viser retten til Falkanger og slår fast at den mulighet man har til å stoppe tvangssalget er *"begrenset til de klare tilfellene"*. Det pekes også på at det kan være usikkert hvor stort krav som konkret kan fremsettes fra megler/kjøper under sikringsobligasjonen. Imidlertid la retten til grunn at kjøpers krav bidro til å fylle opp sikringsobligasjonen med et underliggende krav

Kredittilsynet konstaterer at det p.t. hersker noe usikkerhet rundt spørsmålet sikringsobligasjonens rettslige funksjon, men vil imidlertid påpeke at det uansett er viktig med tilstrekkelig avtalegrunnlag for det underliggende pantekravet. Kredittilsynet antar det vil være tilstrekkelig at det i kjøpekontrakten mellom partene er avtalt at sikringsobligasjonen dekker ethvert krav fra kjøper mot selger som følge av manglende oppfyllelse av plikten til å levere eiendommen uten andre heftelser enn de som kjøper etter avtalen skal overta.

2.5 Særlig om forskudd

Når kjøper innbetaler et beløp (gjerne 10 % av kjøpesummen) kan dette enten betraktes som depositum eller som avdrag på kjøpesummen. Dersom det er avtalt *forskuddsbetaling*, er dette

normalt å forstå som avdrag på kjøpesummen, dvs. en kredittytelse fra kjøper til selger som er en fravikelse av prinsippet om ytelse mot ytelse.

Det bemerkes avhendingslovens bestemmelser er ufravikelig når det gjelder forbrukerkjøp av nyoppført bolig som ikke har vært brukt som bolig i mer enn ett år på avtaletiden, dersom selgeren er næringsdrivende, jf. avhendingslova § 1-2 annet ledd første punktum. I slike handler er det ikke adgang til å avtale at kjøper skal betale avdrag på kjøpesummen før overtagelsen.

En årsak til praksisen med forskuddsbetaling er meglerforetakenes behov for å kunne dekke eget krav på vederlag og utlegg i klientmidlene, noe som har betydning for meglerforetakenes likviditet og økonomi. Dersom megler ikke får dekket krav på utlegg og vederlag i kjøpers innbetaling, vil alternativet være å fakturere selger for kravet i forbindelse med at handelen kommer i stand, jf. eml. § 7-4 første ledd. Dersom selgeren er avhengig av å kunne disponere kjøpesummen for å dekke meglers krav på vederlag og utlegg, vil megler først kunne få innbetalt sitt tilgodehavende ved sluttoppgjøret i forbindelse med overtagelsen.

Selv om kjøper avtalerettslig står fritt til å reservere seg mot forskuddsbetaling, er det Kredittilsynets inntrykk at mange kjøpere oppfatter dette som et ufravikelig vilkår for å få kjøpt eiendommen. Kredittilsynet har ved tilsyn også avdekket at vilkår om forskuddsbetaling ikke alltid fremkommer tilstrekkelig klart i salgsoppgaven.

2.6 Gjeldende rett

Generelt innebærer en tilrettelegging fra meglers side om fravikelse av avhendingslovens normalordning et skjerpet aktsomhetskrav til megler og utvidet opplysningsplikt overfor kjøper med hensyn til risiko. Opplysninger må gis kjøper før handel slutes, jf. eml. § 6-7 første ledd. Det skal også bemerkes at både Kredittilsynet og Reklamasjonsnemnda for eiendomsmeglingstjenester flere ganger har slått fast at det etter omstendighetene kan være i strid med god meglerskikk å foreslå for partene, eller på annen måte tilrettelegge for partene, avtalevilkår som avviker fra avhendingslovens fravikelige regler. En slik fravikelse skal være godt begrunnet, og partene skal klart og tydelig orienteres om at normalordningen fravikes og begrunnelsen for dette.

Dersom kjøpesummen i det konkrete tilfellet ikke er tilstrekkelig til å dekke heftelsene på eiendommen med tillegg av forskuddet, vil det normalt innebære brudd på god meglerskikk å legge til rette for en slik avtale av hensyn til sikkerheten for kjøper. Dersom handelen av ulike årsaker blir annullert, med den konsekvens at kjøper skal få tilbakebetalt forskuddet, vil det ikke foreligge tilstrekkelig sikkerhet for slik tilbakebetaling. Dette gjelder også om kjøpers innbetaling bare disponeres til dekning av meglers krav mot selger på utlegg og vederlag. Dette fordi beløp som overføres til meglers driftskonto ikke vil være beskyttet mot meglers kreditorer og vil kunne gå tapt ved utleggsforretninger eller konkurs hos megler.

En vanlig årsak til at en kjøpsavtale blir annullert er dersom avtalen har betingelser som forutsettes oppfylt før avtalens gjennomføring. Som eksempler på betingelser knyttet til kjøperen kan nevnes forbehold om godkjennelse av kjøper, at eventuell forkjøpsrett ikke blir benyttet eller at det fra kjøpers side tas finansieringsforbehold. Selger kan også ha knyttet ulike former for betingelser til aksepten. Etter Kredittilsynets vurdering vil avtaler om forskuddsbetaling som forfaller før slike forbehold er bortfalt normalt ikke være forenlig med god meglerskikk.

Dersom kjøpers første innbetaling er betinget av lån og långiver betinger seg sikkerhet i selgers eiendom (bundet mandat), vil vilkåret om forskuddsbetaling i de fleste tilfeller ikke kunne oppfylles fra kjøpers side. Etter det Kredittilsynet har erfart, formulerer de ulike långivere utbetalingsbetingelsene overfor megler på forskjellige måter. Ett eksempel lyder slik:

Beløpet gjelder forskuddsbetaling vedrørende ovennevnte oppdrag og stilles til deres disposisjon under forutsetning av at vårt pantedokument pål. Kr. 2.500.000 gnr. [...] bnr. [...] i [...] kommune blir tinglyst uten foranstående heftelser. Vårt pantedokument vil bli oversendt ved overtakelsesdato [...].

Dersom det mellom partene er avtalt forskuddsbetaling (som en ren kredittytelse), vil forskuddsbeløpet normalt falle inn under selgers instruksjonsrett (eventuelt faller inn under beslagsretten til selgers fordringshavere) på tidspunktet beløpet kommer inn på meglers klientkonto. Megler vil først kunne oppfylle långivers forutsetning i forbindelse med sluttoppgjøret, og bare dersom begge parter oppfyller avtalen som forutsatt. Etter Kredittilsynets vurdering vil meglers disponering av forskuddsbeløpet til fordel for selger i et tilfelle som ovennevnte være i strid med bankens betalingsforutsetning.

Når forskuddet ikke kan disponeres til fordel for selger uten å komme i konflikt med betalingsforutsetningen til långiver, er ikke vilkåret om forskudd oppfylt fra kjøpers side, og kjøper kommer i kontraktsmislighold overfor selger. Kredittilsynet har registrert at det i enkelte salgsoppgaver forutsettes at forskuddet må være fri egenkapital eller at sikkerhet må stilles på annen måte enn i eiendommen som avhendes.

Ovennevnte vurderinger av kjøpsavtaler med vilkår om forskuddsbetaling av kjøpesummen knytter seg utelukkende til forhold der forskuddsbeløpet kan eller blir disponert til fordel for selger før hjemmeloverføringen. Det er ikke ment å begrense en eventuell avtale om *sikkerhetsstillelse* fra kjøpers side, hvor beløpet deponeres på meglers klientkonto inntil begge parter har oppfylt avtalen. Kredittilsynet vil i den forbindelse understreke viktigheten av at vilkårene for at disponering av et slikt depositum er tilstrekkelig regulert mellom partene.

Som tidligere nevnt er ikke den nærmere gjennomføringen av oppgjøret regulert i eiendomsmeglingslovgivningen utover de prinsipper som følger av god meglerskikkbestemmelsen. Kredittilsynet legger til grunn at utbetaling av oppgjør til selger før kjøper har fått tinglyst hjemmel, samt tilrettelegging for avtalevilkår om forskuddsbetaling, etter nærmere konkrete omstendigheter vil kunne være i strid med god meglerskikk. Det vises i den anledning til lærebok i *Oppgjør og oppgjørskuiner* utgitt av Norges eiendomsmeglerforbund i 2008 hvor det i kapittel 15 fremgår følgende:

Eiendomsmegler må alltid sjekk grunnboken på oppgjørsdagen for å forsikre seg om at kjøper har fått hjemmel og at kjøpers eventuelle pantedokumenter er tinglyst, samt sjekke at det ikke er kommet noen ufrivillige heftelser på eiendommen som selger svarer for, eksempelvis tvangsutlegg, konkursanmerkninger eller lignende.

Videre følger det av bokens kapittel 10 at:

Dersom eiendomsmegler har tinglyst sikringsdokumentet, er det i utgangspunktet ikke noe som hindrer at oppgjør til selger foretas selv om skjøtet til kjøper og kjøpers eventuelle pantedokumenter ennå ikke er tinglyst. Siden vi vet at tvangsutlegg, konkurs og lignende tinglyses på eiendommen selv om vi har tinglyst sikringsdokumentet, anbefales det at eiendommen overskjøtes og kjøpers eventuelle pantedokument tinglyses før oppgjøret utbetales. Det er først når kjøper har fått hjemmel at eiendomsmeglingsforetaket kan garantere at kjøper har fått overdratt en heftelsesfri eiendom. Dette er en risikoavveining som hvert enkelt eiendomsmeglingsforetak må foreta på det enkelte oppdrag.

Kredittilsynet ser det som svært sannsynlig at et økonomisk tap som oppstår som følge av at kjøpesummen disponeres før hjemmelsoverføring, vil falle inn under eiendomsmegleransvaret i de fleste tilfeller som gjelder forbrukerforhold. Som det fremgår av ovennevnte lærebok, må det for hvert enkelt oppdrag gjennomføres en konkret risikovurdering som normalt vil måtte foretas i forbindelse med oppdragsavtalen og eventuelt revurderes underveis i oppdragsutførelsen for det tilfelle nye forhold inntreffer. De nærmere kriterier for slik risikovurdering kan være fastsatt i forsikringsvilkårene til meglerforetakets sikkerhetsstiller. Styret i eiendomsmeglingsforetakene har det overordnede ansvaret for at foretakets interne arbeidsrutiner i tilstrekkelig grad ivaretar nødvendig konkrete risikovurderinger, jf. eml. § 3-3. Videre legger Kredittilsynet til grunn at ansvaret for den konkrete risikovurderingen ligger på oppdragsansvarlig, jf. eml. § 6-2 annet ledd, likevel slik at fagansvarlig må overvåke og kontrollere at rutineene følges opp på en forsvarlig måte, jf. emf. § 2-8. Dersom oppgjøret settes ut til kontraktsmedhjelper i medhold av eml. § 3-5, antar Kredittilsynet at fagansvarlig for oppgjøreselskapet på selvstendig grunnlag må evaluere risikovurderingen før utbetaling til selger gjennomføres. Det vil derfor være nødvendig at eiendomsmeglingsforetaket og oppgjørsselskapets kriterier for risikovurdering er sammenfallende.

Kredittilsynet har fått seg forelagt spørsmålet om gjeldende praksis hvor megler innfrir pantheftelser på eiendommen ved å sende innfrielsesbeløpet til långiver på vilkår om at långivers pant blir slettet i grunnboken, jf. dr. juris Kåre Lilleholt ”Trygt oppgjør gjennom eiendomsmeklar?” i Tidsskrift for Eiendomsrett nr. 4/2008.

Når utbetalingen skjer til finansinstitusjoner med tillatelse til å drive slik virksomhet i Norge, er Kredittilsynet av den oppfatning at dersom megler forsvarlig forsikrer seg om at pantekravets rettighetshaver og opplysningene om restsaldo og renter er korrekt, samt at det overfor långiver i forbindelse med innfrielsen tas uttrykkelig forutsetning om sletting av pantebrevet, er det vanskelig å se at en slik praksis innebærer økonomisk risiko for partene i eiendomshandelen. Det vises også til finansavtaleloven (lov 25. juni 1999 nr. 46) § 6 som regulerer finansinstitusjonens plikt til å slette pant i forbindelse med innfrielse av fordringen. Kredittilsynet ser at forsinkelse fra finansinstitusjonen i forbindelse med sletting av pantet vil kunne påføre kjøpere ekstra bryderi. Kredittilsynet legger til grunn at finansinstitusjonen etter omstendighetene vil måtte erstatte kjøpers eventuelle kostnader i den forbindelse. Etter det Kredittilsynet kjenner til er dette imidlertid ikke et utbredt problem i bransjen. Kredittilsynet vil derfor ikke i denne omgang foreslå endringer av praksis på dette feltet, men vil kunne vurdere dette spørsmålet på nytt dersom høringsinstansene gir uttrykk for en annen oppfatning.

Det bemerkes for ordens skyld at det ikke anses forsvarlig å innfri krav til andre enn finansinstitusjonene, verken til foretak eller personer, uten at megler på forhånd har fått utlevert pantebrevet kvittert til avlysning av personer som er legitimert til dette i henhold til legitimasjon eller firmaattest.

2.7 Kredittilsynets vurdering av forskriftsregulering

Det er Kredittilsynets inntrykk - basert på erfaring fra tilsyn - at avvikende avtalevilkår om forskudd i mange meglerforetak benyttes ukritisk, også i saker der det ikke vil anses forsvarlig, blant annet fordi eiendommen er for høyt belånt, det er stilt vilkår i forbindelse med avtaleinngåelsen som medfører at avtalen ikke er endelig bindende, eller kjøpers forskudd er innbetalt med bundet mandat, jf. ovenfor i punkt 2.6. Når det gjelder avtalevilkår om forskudd, kan det - slik Kredittilsynet ser det - konstateres at unntak fra hovedprinsippet

om ytelse mot ytelse har utviklet seg til å bli rådende praksis hos et flertall av eiendomsmeglingsforetakene.

Videre konstaterer Kredittilsynet at den tradisjonelle praksis i eiendomsmeglingsforetak med sluttoppgjør etter hjemmelsoverføring, de senere årene er fraveket med grunnlag i en antagelse om at sikringsobligasjonen gir tilstrekkelig beskyttelse mot økonomisk risiko for kjøper.

Kredittilsynet stiller seg skeptisk til at det i praksis er mulig å gjennomføre tilstrekkelig forsvarlige risikovurderinger i den enkelte formidling. Belåningsgraden på eiendommen lar seg kontrollere, men øvrige opplysninger knyttet til partenes økonomiske forhold vil normalt ikke være tilgjengelige for megler. Uansett vil slike skjønsmessige vurderinger resultere i ulik praksis mellom foretakene og mellom meglere innenfor det enkelte foretak. Kredittilsynet er også kjent med at forsikringsselskapene som tilbyr eiendomsmeglingsforsikring opererer med ulike sikkerhetsvilkår for gjennomføringen av oppgjørene.

Videre kan det konstateres at fordelene med forskuddsbetaling og utbetaling til selger før hjemmelsoverføring retter seg mot selger. En liberal praksis i selgers favør får dermed betydning for meglerforetakenes oppdragstilgang og derigjennom konkurransemessig betydning.

For å imøtekomme behovet for klar og enhetlig praksis med et minimum av vurderinger basert på skjønn, anser Kredittilsynet det som formålstjenlige med et forbud mot at vederlaget fra kjøper kan disponeres til fordel for selger før hjemmel til eiendommen er overført kjøper. Et slik forbud kan gis i forskrifts form med hjemmel i eml. § 3-2 om behandling av betrodde midler, jf. forslaget nedenfor i kapittel 7.

For handler som omfattes av bustadoppføringslova, er dette forholdet regulert i §§ 46 og 47 ved at det kreves hjemmelsoverføring eller selvskyldnergaranti fra bank m.v. før hele eller deler av kjøpesummen kan utbetales selger. Forslaget omfatter derfor bare eiendomshandler som ikke reguleres av bustadoppføringslova. I praksis vil dette være handler som reguleres av avhendingsloven.

Kredittilsynet er av den oppfatning at de hensyn som begrunner en slik bestemmelse ikke gjør seg gjeldende med samme tyngde der det dreier seg om næringsmegling. Kredittilsynet foreslår derfor at forbudet mot å disponere over kjøpers vederlag forut for hjemmelsoverføring kan fravikes i avtalen ved oppdrag som gjelder eiendom som ikke helt eller delvis er egnet brukt til bolig- eller fritidsformål. Av samme hensyn foreslås det unntak ved formidlinger der kjøper ikke opptrer som forbruker. Det bemerkes imidlertid at kravet til god meglerskikk likevel etter konkrete omstendigheter vil kunne innebære at megler må iaktta de samme sikkerhetshensyn. Under enhver omstendighet vil det være av sentral betydning for megleransvaret hvorvidt partene har fått tilstrekkelig informasjon om og uttrykkelig aksepterer risikoen forbundet med avtalereguleringen.

Det er også foreslått unntak for oppdrag som gjelder eiendom beliggende i utlandet. Begrunnelsen for dette er at andre land ikke nødvendigvis har tilsvarende ordning for hjemmelsoverføring, samt at kontraktslovgivningen for eiendomshandel vil variere fra land til land. Det understrekes også her at kravet til god meglerskikk og forsvarlig interne rutiner vil innebære at megler likevel må iaktta de samme hensyn til sikker utveksling av ytelsene som gjelder for eiendom beliggende i Norge.

Kredittilsynets finner det også nødvendig å gjøre unntak fra forbudet der initiativet til å fravike avhendingslovens normalordning er tatt av kjøper. Kredittilsynet har i denne sammenheng også vurdert om det bør gjøres unntak for oppdrag som kun gjelder oppgjør, med den begrunnelse at avtalevilkår om å fravike avhendingslovens prinsipp om ytelse mot ytelse da vil være fremforhandlet uten meglers medvirkning. Av hensyn til faren for omgåelse, vil Kredittilsynet imidlertid ikke foreslå et slik unntak. Med mindre meglerforetaket har forsikret seg om at et vilkår om forskuddsbetaling utelukkende er stilt fra kjøpers side, må meglerforetaket i en slik situasjon kreve at partene endrer kjøpsavtalen før avtale om oppgjørsoppdrag kan inngås. Det samme vil gjelde for vilkår om utbetaling av sluttoppgjør til selger uten at skjøtet tinglyses. Et praktisk eksempel som unntaket i forslaget punkt c) er ment å ivareta kunne være at kjøper forbeholder seg rett til å få overlevert skjøtet uten at det tinglyses eller få utsted blanskjøte. Kredittilsynet vil imidlertid generelt advare mot en slik oppgjørsløsning, jf. omtalen av sikringsobligasjon ovenfor i punkt 2.4, og antar at megler i en slik situasjon uttrykkelig må fraskrive seg ansvaret overfor kjøper.

Forslaget tar ikke hensyn til meglerforetak som ønsker en mer fleksibel ordning basert på meglers egen konkrete og skjønsmessige risikovurdering. Kredittilsynet har vurdert som alternativ en regel som åpner for unntak dersom det er dokumentert for den enkelte formidling at megler har foretatt en konkret risikovurdering. Av hensynet til behovet for en regel som er enkel og praktisere, samt behovet for enhetlig praksis i bransjen og internt i hvert foretak, har Kredittilsynet likevel ikke villet foreslå en slik regel.

Videre vil endring av en praksis med forskuddsbetaling som er fulgt gjennom lang tid få konsekvenser for eiendomsmeglingsforetakenes likviditet, ved at meglerforetaket i mange tilfeller vil få utsatt innbetalingen av utlegg og vederlag til sluttoppgjørstidspunktet. Selv om likviditetsbelastningen kan anses som et overgangsproblem, vil dette likevel medføre økte finansieringskostnader for eiendomsmeglingsforetakene. De nærmere ringvirkninger og eventuelle konkurransemessige konsekvenser av dette er ikke nærmere utredet. Kredittilsynet stiller seg imidlertid tvilende til at hensynet til meglerforetakenes økonomi kan tillegges betydning foran kravet til sikker og ordnet og eiendomsomsetning, jf. eml. § 1-1. Problemstillingen er heller hva som skal aksepteres som *tilstrekkelig* sikker og ordnet oppgjørspraksis. Dette har igjen en side til hva som er uakseptabel risiko for sikkerhetsstillers ansvar.

Den fleksibilitet til fordel for meglers saksbehandlingstid som i dag ligger i at hjemmelsoverføringen kan skje etter at selger har mottatt sluttoppgjør, vil etter forslaget bortfalle. Megler vil med andre ord få et økt press på å gjennomføre tinglysningen snarest mulig etter bruksovertagelsen.

Det kan også rettes prinsipielle innvendinger mot at den avtalefrihet som lovgiver har vedtatt for eiendomshandler innenfor avhendingslovens anvendelsesområde, settes til side ved forskrift, og da bare for eiendomshandler i den utstrekning de formidles av eiendomsmeglingsforetak. Dette vil medføre at megler blir avskåret fra å bistå selger i en eiendomshandel med - i og for seg - lovlige avtalte vilkår. Imidlertid vil eiendomsmeglingsreguleringens formål om sikker og ordnet eiendomshandel være et argument mot dette synspunktet. Avtalefriheten i avhendingslova er begrunnet i hensynet til at det i disse handlene ofte er forbrukerforhold både på kjøper- og selgersiden. Ved handel gjennom megler kan det - slik Kredittilsynet ser det - argumenteres for at styrkeforholdet

mellom partene endres som følge av at det er eiendomsmegleren som profesjonell yrkesutøver som utarbeider standard kontraktsvilkår for eiendomshandlene.

Forslaget gjelder ikke for omsetning av andeler i boligselskap som ikke omfattes av lov om lov 6. juni 2003 nr. 39 om burettslag. I praksis vil dette kunne være aksjeleiligheter. Begrunnelsen for dette er at rettsvern oppnås ved overlevering av adkomstdokumenter til panthaver samt ved melding til boligselskapet, jf. panteloven § 4-3. Forslaget vil derfor ikke være tilpasset oppgjør av denne type eiendomshandler.

3 Avvikling av eiendomsmeglingsforetak

3.1 Bakgrunn

Ved frivillig avvikling av eiendomsmeglingsvirksomheten i et foretak med tillatelse etter eml. § 2-3 gjelder bestemmelsen i emf. § 2-10, som innebærer at foretaket skal gi melding til Kredittilsynet om hvem som skal ha ansvaret for oppbevaringspliktige dokumenter. I tillegg skal foretakets revisor avgi skriftlig bekreftelse på at det ikke finnes klientmidler eller regnskapsført klientansvar i foretaket.

Når et foretak får tilbakekalt tillatelsen, opphører normalt foretakets rett til å drive eiendomsmegling umiddelbart ved at Kredittilsynet pålegger stans av eiendomsmeglingsvirksomheten. I enkelte tilfeller gir Kredittilsynet utsatt iverksettelse i den forstand at foretaket får anledning til å avvikle løpende oppdrag. Dette forutsetter blant annet at de sentrale vilkår for tillatelsen fortsatt er oppfylt, herunder at foretaket har positiv egenkapital, at fagansvarlig ikke har trukket seg, at sikkerhetsstillelsen fortsatt gjelder m.v. I mange tilfeller vil dette ikke være tilfelle, for eksempel fordi foretaket går konkurs. I slike tilfeller må avvikling av løpende saker overføres til andre som etter eml. § 2-1 har rett til å drive eiendomsmegling. Det følger av emf. § 2-3 femte ledd at sikkerheten også skal dekke kostnader i denne forbindelse.

I tilfeller der foretaket pålegges umiddelbar stans, blir foretakets klientkonti sperret i medhold av emf. § 3-11 femte ledd. Samtidig varsles foretakets sikkerhetsstiller om Kredittilsynets vedtak om tilbakekall av tillatelse. Sikkerhetsstiller vil normalt bidra i forbindelse med inngåelse av avtale om avvikling av løpende eiendomsmeglingsoppdrag, og Kredittilsynet overfører disposisjonsretten i tråd med sikkerhetsstillers samtykke, forutsatt at avviklerforetaket har tillatelse til å drive eiendomsmegling.

3.2 Oppnevning av avvikler

Kredittilsynet ser det som en viktig del av tilsynet med eiendomsmeglingsvirksomhet å medvirke til en forsvarlig avvikling av løpende eiendomshandler ved opphør av eiendomsmeglingsvirksomhet. Gjeldende praksis bygger på en underforstått forutsetning om at Kredittilsynet ved å samtykke til å disponere over klientmidlene indirekte deltar i beslutningen om å oppnevne en forvalter til å avvikle eiendomsmeglingsoppdragene.

Etter Kredittilsynets oppfatning bør denne praksisen ha uttrykkelig hjemmel, og foreslår at dette tas inn i eiendomsmeglingsloven kapittel 8, jf. forslag til § 8-2 nytt tredje ledd. Forslaget gir Kredittilsynet hjemmel til å utpeke en forvalter til å forestå gjennomføringen av oppdrag som ikke er avsluttet når et foretak for tilbakekalt tillatelsen i medhold av bestemmelsens første ledd, jf. lovendringsforslaget til § 8-2 nedenfor i kapittel 7. Det foreslås også en forskriftshjemmel for departementet til nærmere å regulere rettighetene og pliktene til en forvalter, samt hjemmel til i forskrift eller enkeltvedtak å gjøre unntak fra lovens øvrige krav.

Når det gjelder advokaters tillatelse til å drive eiendomsmegling i kraft av advokatbevillingen, reguleres avviklingen av slik virksomhet som utgangspunkt av domstoloven § 228.

Bestemmelsen gir Tilsynsrådet adgang til å oppnevne forvalter for advokatvirksomheten dersom advokaten dør, blir fradømt retten til å utøve advokatvirksomhet etter straffeloven § 29, advokatbevillingen blir tilbakekalt eller suspendert eller advokatvirksomheten for øvrig ikke utøves på forsvarlig måte. Kredittilsynet legger til grunn at advokatens eiendomsmeglingsoppdrag vil falle inn under slik forvaltning, forutsatt at forvalteren har stilt sikkerhet etter eml. § 2-7.

For det tilfelle advokaten får forbud mot å drive eiendomsmeglingsvirksomhet i medhold av eml. § 8-3, men fortsatt innehar advokatbevilling, foreslås det i § 8-3 i et nytt annet ledd en tilsvarende bestemmelse som foreslått for eiendomsmeglingsforetak.

Kredittilsynet har også erfart at eiendomsmeglingsloven § 8-3 er uklart når det gjelder vilkår for å forby advokat å drive eiendomsmegling dersom advokaten ikke oppfyller kravet om solvens, jf. tidligere eiendomsmeglingsloven av 1989 § 2-8 fjerde ledd nr. 2. I gjeldende lovs bestemmelse er det kun en henvisning til § 2-6 første ledd som gjelder krav til økonomi i foretak som driver eiendomsmegling. Kredittilsynet antar henvisningen i bestemmelsen bygger på en inkurie, da § 2-6 annet ledd regulerer solvenskravet for advokater som driver eiendomsmegling. Kredittilsynet foreslår på dette grunnlag endring av eiendomsmeglingsloven § 8-3 første ledd nr. 2.

3.3 Disponering av sikringsobligasjons m.v.

Basert på senere tids erfaring viser det seg at i tillegg til å få kontroll med foretakenes klientkonti i en situasjon hvor et eiendomsmeglingsforetak mister retten til å drive eiendomsmegling, er det også nødvendig å kunne få kontroll over alle rettigheter som er gitt eiendomsmeglingsforetaket når det gjelder rett til å disponere over eiendommen oppdraget gjelder, samt eventuelle klientmidler utover bankinnskudd. Dette vil normalt være sikringsobligasjoner, men også rene urådighetserklæringer, generalfullmakter, blancoskjøter og lignende som eiendomsmegleren oppbevarer og eventuelt er legitimert til å disponere over på vegne av partene i eiendomshandelen, jf. emf. § 3-8.

Som nevnt i punkt 2.4 ovenfor, er det vanlig at selger utsteder urådighetserklæring til oppdragstaker (meglerforetaket) som tas inn i et pantedokument. Dette skaper imidlertid formelle problemer når et annet foretak enn opprinnelig rettighetshaver til de tinglyste dokumentene skal avvikle oppdragene. Dette medfører at oppgjørsprosessen stopper opp, eventuelt i påvente av at foretaket blir tatt under konkursbehandling.

For å forbygge en slik situasjon, ser Kredittilsynet det som hensiktsmessig at urådighetserklæringer til fordel for meglerforetaket i forbindelse med denne type opphør av eiendomsmeglingsvirksomhet er underlagt samme regulering som midler innestående på klientkonti.

Det foreslås en tilføyelse til emf. § 3-11 femte ledd som innebærer at Kredittilsynet kan utpeke én eller flere personer til å foreta nødvendige rettslige disposisjoner i forbindelse med gjennomføring av oppgjøret. Dette kan for eksempel være å samtykke til tinglysning på eiendommen, samt slette rettigheter som er gitt eiendomsmeglingsforetaket i forbindelse med oppdraget.

Kredittilsynet legger til grunn at et vedtak fra Kredittilsynet i medhold av endringsforslaget, vil gi tilstrekkelig legitimasjon ovenfor tinglysningsmyndigheten.

4 Egenhandel

Det vises til Kredittilsynets høringsnotat til Finansdepartementet av 26. mars 2008, vedrørende forslag til forskriftsregulering i medhold av eiendomsmeglingsloven § 5-3 åttende ledd og forbudet mot egenhandel. Kredittilsynet foreslår i høringsnotatet regulering av to problemstillinger.

Når det gjelder den første problemstillingen vises det til høringsnotatet kapittel 9, hvorfra hitsettes:

Loven § 5-3 første og annet ledd forbyr ansatte mv - samt disses nærmeste nærstående – å kjøpe eller selge egen eiendom gjennom det foretak de har tilknytning til. Blant de nærmeste nærstående regnes også selskap hvor den ansatte eller nærmeste nærstående har bestemmende innflytelse, jfr. § 5-3 annet ledd nr. 3.

Det følger videre at eiendomsmeglingsforetak ikke kan motta oppdrag fra den ansattes alminnelige nærstående, jfr. loven § 5-3 femte ledd nr. 2 og 3. Her er det imidlertid ikke tatt inn forbud mot å motta oppdrag fra selskap hvor den ansattes alminnelige nærstående har bestemmende innflytelse. Et foretak vil dermed på den ene siden ikke kunne motta oppdrag fra meglers bror, jfr. femte ledd nr. 2, mens bestemmelsen på den annen side ikke er til hinder for at foretaket mottar oppdrag fra et aksjeselskap hvor meglers bror eier alle aksjene.

Ovennevnte eksempel ville vært omfattet av egenhandelsforbudet i 1989-loven, og Kredittilsynet antar at en slik forskjell ikke har vært tilsiktet i gjeldende lov. Det foreslås derfor en bestemmelse som innebærer at eiendomsmeglingsforetak mv. ikke kan motta oppdrag fra foretak hvor de alminnelig nærstående - alene, eller sammen med andre nærstående (eller den ansatte selv) - har bestemmende innflytelse. Det vises til forslaget § 5-5 første ledd i forskriften. Forslaget innebærer en utvidelse av egenhandelsforbudet hva angår kretsen av nærstående. Kredittilsynet antar dette ligger innenfor forskriftshjemmelens ordlyd.

Justis- og politidepartementet reiser i sin høringsuttalelse av 26. juni 2008 spørsmål om § 5-3 åttende ledd hjemler en slik utvidelse av egenhandelsforbudet som Kredittilsynet foreslo. Det pekes også på at det er uheldig at reglene om forbud mot egenhandel plasseres delvis i eiendomsmeglingsloven § 5-3 og delvis i forskriften.

Etter Kredittilsynets vurdering vil det derfor være hensiktsmessig å implementere ovennevnte endring i egenhandelsforbudet i selve lovbestemmelsen.

Tilsvarende foreslår Kredittilsynet en endring av eiendomsmeglingsloven § 5-3 når det gjelder den andre problemstillingen som tas opp i kapittel 9 i vårt høringsnotat, hvorfra hitsettes:

Det såkalte filialunntaket i forskrift til 1989-loven § 8-4 første ledd bokstav a), innebar blant annet at forbudet mot egenhandel i 1989-loven § 2-12 andre ledd ikke gjaldt for ansatte i andre avdelinger eller filialer enn den som utførte oppdraget. Unntaket innebar at både ansatte og nærstående kunne kjøpe og selge eiendom gjennom eget foretak, såfremt oppdraget ble håndtert av en annen (fysisk adskilt) filial enn den man var tilknyttet.

I loven § 5-3 sjette ledd nr. 1 er filialunntaket videreført i relasjon til forbudet i første, annet og fjerde ledd, men ikke for tredje og femte ledd. Tilsvarende unntak er nå også gjort for ansatte i rene oppgjørsforetak, jf loven § 5-3 sjette ledd nr. 2. Slik lovteksten er formulert, omfatter unntaket forbudet mot kjøp og salg av egen og nærståendes eiendom gjennom foretaket, men ikke forbudet mot å motta oppdrag fra disse eller formidle bud eller på annen måte opptre som mellommann. Slik loven nå er

formulert, vil foretakets avdeling i for eksempel Alta ikke kunne motta salgsoppdrag fra en ansatt i foretakets avdeling eksempelvis i Kristiansand, eller på annen måte opptre som mellommann.

Det er ingenting i Ot. prp. nr. 16 (2006-2007) som skulle tyde på at filialunntaket ikke skulle videreføres i den nye loven og Kredittilsynet antar formuleringen i sjettede ledd beror på en inkurie. Departementet er i loven § 5-3 åttende ledd gitt hjemmel til å gi nærmere regler om - eventuelt gjøre unntak fra - egenhandelsbestemmelsen. Kredittilsynet har derfor utarbeidet utkast til ny forskriftsbestemmelse som vil kunne inntas som § 5-5 annet ledd.

Kredittilsynet foreslag til endring av eiendomsmeglingsloven § 5-3 er inntatt nedenfor i kapittel 5.

5 Kravet til fagansvarlig

5.1 Bakgrunn

Kredittilsynet vises til Finansdepartementets brev av 15. april 2009, hvor Finansdepartementet konkluderte med at eiendomsmeglingsloven § 2-9 annet ledd må forstås slik at samme person ikke kan være fagansvarlig for mer enn ett eiendomsmeglingsforetak eller én filial.

Bakgrunnen for Finansdepartementets brev var en forespørsel fra Kredittilsynet i brev 23. mai 2008. Kredittilsynet la på dette tidspunkt til grunn at eiendomsmeglingsloven § 2-9 annet ledd ikke utelukket at samme person kunne være fagansvarlig for mer enn én filial eller ett foretak, men at det i det enkelte tilfellet måtte foretas en forsvarlighetsvurdering, jf eiendomsmeglingsloven § 2-9 annet ledd annet punktum, som sier at den fagansvarlige skal være *”egnet til å sikre at foretaket drives i samsvar med lover, forskrifter og god meglerskikk”*. Kredittilsynet har nå tatt departementets konklusjon til etterretning, slik at det ikke lenger tillates at samme person er fagansvarlig for mer enn ett foretak eller én filial.

På bakgrunn av Finansdepartementets tolkning mener Kredittilsynet imidlertid at det er behov for forslag om en endring av eiendomsmeglingsloven § 2-9 som vil innebære at det ikke lenger er utelukket at samme person er fagansvarlig for mer enn ett foretak eller én filial.

5.2 Nærmere om forslaget

En tolkning av eiendomsmeglingsloven som forbyr samme person å være fagansvarlig for flere eiendomsmeglingsforetak/filialer, vil etter det Kredittilsynet erfarer kunne skape til dels betydelige praktiske problemer for enkelte eiendomsmeglingsforetak eller filialer. Dette problemet antas særlig å gjøre seg gjeldende i distriktene. Det fremgår av eiendomsmeglingsloven § 2-9 annet ledd at den fagansvarlige enten må ha eiendomsmeglerbrev, advokatbevilling eller ha særskilt juristtillatelse etter eiendomsmeglingsloven § 4-3. Etter det Kredittilsynet erfarer, kan det by på problemer å få tak i en person med nevnte kompetanse på alle de steder hvor eiendomsmeglingsvirksomhet i dag drives eller ønskes etablert.

I Ot. prp. nr. 16 (2006-2007) pkt. 5.3.2 uttaler departementet at en ikke kan se *”at et slikt krav kan være særlig tyngende for foretakene i og med at kravene til kvalifikasjoner hos fagansvarlig ikke er andre enn de som stilles til ansvarlige meglere som enhver filial/avdelingskontor må ha etter departementets forslag”*. Kvalifikasjonskravene til fagansvarlig er imidlertid strengere enn de krav som stilles til ansvarlige meglere. Meglere godkjent etter den såkalte overgangsordningen, jf. forskrift 23. november 2007 nr. 1282 § 5, vil ikke kunne være fagansvarlig person i et eiendomsmeglingsforetak. Fagansvarlig person må således ha formell kompetanse i form av eiendomsmeglerbrev, advokatbevilling eller juristtillatelse, jf. eiendomsmeglingsloven § 2-9 annet ledd. Kredittilsynet ser ikke bort i fra at

problemer i tilknytning til rekruttering av kvalifisert personell til stillingen som fagansvarlig vil kunne medføre nedleggelse, eventuelt unnlatt opprettelse av eiendomsmeglingsforetak eller enkeltfilialer, særlig i distriktene.

Kredittilsynet har gjennom stedlige tilsyn og øvrig kontakt med bransjen sett en økt grad av profesjonalisering av rollen som fagansvarlig i eiendomsmeglingsforetakene. Tidligere var det gjerne slik at faglig ledelse ble ivaretatt av en ansatt i meglingsforetaket, i tillegg til at vedkommende formidlet fast eiendom på lik linje med de andre ansatte i foretaket. Det synes imidlertid nå å være en utvikling i retning av at man i foretakene i stadig større grad engasjerer personer som kun er fagansvarlig og således har en controller-rolle, uten at disse utfører aktivt salgsarbeid i tillegg.

Dette er en utvikling Kredittilsynet ser positivt på, idet vi antar at en slik utvikling vil gi en kvalitativt bedre og mer effektiv oppfyllelse av de plikter som påhviler den fagansvarlige. Der den fagansvarlige i tillegg formidler fast eiendom vil det alltid kunne være en fare for at salgsarbeidet prioriteres foran oppgavene som fagansvarlig. Dette gjelder særlig dersom vedkommende mottar fastlønn som fagansvarlig, men mottar provisjonsinntekter av eget salg. Det kan riktignok hevdes at det for fagansvarlig er viktig å være tett på salgsarbeidet, men Kredittilsynet antar at man med en aktiv tilstedeværelse i foretaket/filialen vil kunne oppnå det sammen, uten nødvendigvis å selv måtte formidle fast eiendom i tillegg til å utføre fagansvarlig oppgavene. Økt profesjonalisering av rollen legger etter Kredittilsynets vurdering i større grad til rette for dedikerte fagansvarlige, og at kvalitetssikring av den faglige utførelsen av eiendomsmeglingsvirksomheten blir underlagt en høyere prioritet.

I foretak eller filialer med begrenset omsetning vil det imidlertid ikke være økonomisk forsvarlig eller mulig å ansette en eiendomsmegler, advokat eller jurist i en fulltidsstilling som fagansvarlig. Dersom eiendomsmeglingsloven åpnet for delt fagansvar, vil dette imidlertid kunne løses ved at to foretak eller filialer har samme person som fagansvarlig.

Et flertall av norske eiendomsmeglingsforetak og filialer er underlagt én eller annen form for kjedetilknytning, franchiseordning eller lignende. Styrken av kjedetilknytning varierer fra kjede til kjede, og det samme gjelder hvilke fellestjenester kjeden eller franchisegiver yter til det enkelte foretak eller den enkelte filial. Kjedeledelsen/franchisegiver har imidlertid ofte en overordnet fagavdeling som fastsetter eiendomsmeglings- og internkontrollrutiner som skal gjelde for alle foretak eller filialer tilknyttet kjeden. Den enkelte fagansvarlige må deretter gå gjennom disse rutinene, og foreta lokale tilpasninger i forhold til eventuelle særlige forhold knyttet til den filial eller det foretak vedkommende er fagansvarlig for.

Som nevnt over, vil det ikke alltid være økonomisk forsvarlig for et foretak eller en filial å ansette noen i en fulltidsstilling som fagansvarlig. Å åpne for delt fagansvar vil imidlertid kunne bøte på dette problemet, uten at vedkommende skulle være noe mindre egnet *"til å sikre at foretaket drives i samsvar med lover, forskrifter og god meglerskikk"*, jf. eiendomsmeglingsloven § 2-9 annet ledd. Dersom to foretak tilknyttet samme kjede har samme fagansvarlig, vil vedkommende langt på vei kunne implementere de samme rutiner og kontrollsystemer i begge foretakene, noe som vil virke ressursbesparende uten å gå utover kvaliteten på utførelsen av den fagansvarliges oppgaver. Tvert i mot – det kan hevdes at fagansvarlig gjennom implementering av lignende kontrollsystem og rutiner i flere foretak får økt kompetanse og bedre kunnskap om bruken av dem, og at utøvelsen av fagansvaret derfor får et kvalitativt løft for det enkelte foretak.

Selv om det er rekrutteringsutfordringene og profesjonalisering av fagansvarligrollen som etter Kredittilsynets oppfatning er de mest tungtveiende hensyn for å åpne for delt fagansvar, er det også enkelte andre forhold som kan tilsi en oppmykning av eiendomsmeglingsloven på dette området.

Et lite hensiktsmessig utslag av lovens system i dag er at samlokaliserte eiendomsmeglingsforetak må ha hver sin fagansvarlig, uavhengig av den enkelte virksomhetens størrelse. Videre kan det være særlige forhold i tilknytning til det enkelte foretak eller filial, hvor det hadde vært hensiktsmessig med en noe større fleksibilitet når det gjelder muligheten for å tillate delt fagansvar enn hva tilfelle er i dag. Lengre tids fravær fra den fagansvarliges side, for eksempel som følge av svangerskapspermisjon eller lengre tids sykdom, innebærer at foretaket/filialen må skaffe en ny fagansvarlig i fraværperioden.

Et annet typetilfelle hvor det er et behov for å kunne tillate delt fagansvar, er i forbindelse med opphør av eiendomsmeglingsvirksomhet. Ved opphør av eiendomsmeglingsvirksomhet skal Kredittilsynet motta enkelte opplysninger fra foretaket vedrørende klientmidler, klientansvar og oppbevaring av oppbevaringspliktige dokumenter, jf. eiendomsmeglingsforskriften § 2-10. Konesjonskravene, herunder kravet til fagansvarlig, gjelder fullt ut for eiendomsmeglingsvirksomheten helt frem til Kredittilsynet har mottatt ovennevnte opplysninger, selv om det ikke lenger drives aktiv eiendomsmegling i foretaket. Den fagansvarliges plikter i disse foretakene vil i vesentlig grad begrense seg til avvikling av foretaket og fremskaffelse av de opplysninger Kredittilsynet skal ha etter eiendomsmeglingsforskriften § 2-10. I enkelte tilfeller vil det også være snakk om å avvikle saker foretaket har hatt oppdrag i. I slike tilfeller vil det etter Kredittilsynets oppfatning kunne være fullt forsvarlig at samme person er fagansvarlig for flere foretak. Eiendomsmeglingsloven gir imidlertid i dag ingen åpning for dette.

Etter Kredittilsynets oppfatning er det lite hensiktsmessig at eiendomsmeglingsloven § 2-9 annet ledd utelukker at samme person er fagansvarlig for mer enn ett foretak eller én filial. Problemer knyttet til rekruttering av kvalifisert personell, utfordringer knyttet til samlokaliserte foretak, foretak under opphør og lengre tids fravær for fagansvarlig, tilsier etter Kredittilsynets oppfatning at en bør vurdere en oppmykning av regelverket som muliggjør delt fagansvar.

Delt fagansvar behøver ikke å gå på bekostning av kvaliteten på de faglige fellesfunksjoner ved det enkelte foretak/filial. Tvert i mot; den profesjonalisering av fagansvarligrollen som synes å ha skjedd, og som må antas å ha bedre grunnlag for videre utvikling dersom samme person har mulighet til å være fagansvarlig for flere foretak eller filialer, vil kunne bidra til å øke kvaliteten innenfor ansvarsområdet for den fagansvarlige.

5.3 Kredittilsynets forslag

Hvorvidt det vil være forsvarlig og hensiktsmessig med delt fagansvar vil måtte avgjøres konkret i det enkelte tilfellet. Kredittilsynet ser det derfor som mest hensiktsmessig at loven har som utgangspunkt at samme person bare kan være fagansvarlig for ett foretak eller én filial. Kredittilsynet foreslår imidlertid et unntak fra dette med en bestemmelse om at Kredittilsynet etter søknad kan gi tillatelse til at samme person kan være fagansvarlig for mer enn ett foretak eller én filial når Kredittilsynet finner det forsvarlig, jf. forslaget til endring av § 2-9 i kapittel 7.

Ved forsvarlighetsvurderingen vil det overordnede vurderingstemaet være hvorvidt vedkommende fagansvarlig vil være egnet til å sikre at de foretak det søkes om delt fagansvar for drives i samsvar med lover, forskrifter og god meglerskikk, jf. eiendomsmeglingsloven § 2-9 annet ledd. Her vil det være relevant å se på den fagansvarliges eventuelle tidligere erfaring som fagansvarlig, virksomhetens art, omfang, antall ansatte, de ansattes kvalifikasjoner, samt den fagansvarliges planlagte tilstedeværelse i de foretak eller filialer som det søkes om delt fagansvar for.

Kredittilsynet kan stille vilkår i forbindelse med vedtak om delt fagansvar, i den grad Kredittilsynet anser dette som hensiktsmessig. Det anses imidlertid unødvendig å innta dette i lovteksten.

Av forskriften til eiendomsmeglingsloven av 1989 fremgikk det i § 5-2 at Kredittilsynet kunne gi tillatelse til at samme person kunne være faglig leder for to foretak eller filialer. Bestemmelsen åpnet imidlertid ikke for at samme person kunne være faglig leder for flere foretak/filialer enn dette. Kredittilsynet har ikke funnet det hensiktsmessig å foreslå en videreføring av en slik begrensning. Slik Kredittilsynet ser det, er det ikke først og fremst antall foretak eller filialer man er fagansvarlig for, som er avgjørende for kvaliteten i utførelsen av arbeidsoppgavene som tilhører fagansvarligrollen. Dersom den fagansvarlige for eksempel har jobbet som fagansvarlig tidligere, og det er snakk om mindre foretak/filialer med beskjeden omsetning og få ansatte med lang arbeidserfaring, vil det kunne være fullt forsvarlig at vedkommende har fagansvar for tre foretak/filialer. Det vises her også til at Kredittilsynet i det enkelte tilfellet vil kunne stille nærmere vilkår til en eventuell tillatelse. Et annet eksempel er eiendomsmeglingsvirksomhet under avvikling, hvor fagansvarliges arbeidsoppgaver vil kunne være svært begrenset. Det vil her kunne være forsvarlig at samme person er fagansvarlig for vesentlig mer enn 2-3 foretak/filialer.

6 Innsyn i budjournal

6.1 Bakgrunn

Det vises til brev fra Finansdepartementet av 28. mai 2009 hvor Kredittilsynet bes vurdere problemstillinger knyttet til innsyn i meglers budjournal og komme med forslag til endring av reglene.

Etter det opplyste har departementet blitt gjort kjent med at kopi av budjournaler i enkelte tilfeller har blitt omsatt for større pengebeløp. Kjøpere av budjournaler har formodentlig hatt som formål å kontakte interessenter som ikke nådde frem med sine bud, slik at salg av tilsvarende eiendom kan skje uten bruk av eiendomsmegler. Etter departementets syn er salg av budjournaler en utilsiktet og uønsket virkning av bestemmelsen i eiendomsmeglingsforskriften § 6-4 første ledd, og departementet har derfor bedt Kredittilsynet om å utarbeide et forslag til endring av reglene om kjøpers og selgers innsyn i budjournalen.

Med hjemmel i eiendomsmeglingsloven § 6-10 er det gitt forskrifter om budgivning og om innsyn i budjournal i eiendomsmeglingsforskriften §§ 6-3 og 6-4. Eiendomsmeglingsforetaket plikter etter § 6-4 første ledd å uoppfordret gi kjøper og selger kopi av budjournalen uten ugrunnet opphold etter at handel er kommet i stand. Andre budgivere enn kjøper kan etter annet ledd kreve kopi av budjournalen i anonymisert form.

Fra 1. juni 2004 til gjeldende eiendomsmeglingsforskrift trådte i kraft 1. januar 2008, kunne kjøper be om innsyn i budjournalen på eiendomsmeglingsforetakets kontor, eller på annen avtalt måte, forutsatt at kjøperen skriftlig bekreftet å ha fått innsyn, samt at opplysningene om budgiverens identitet ikke skulle brukes til annet enn å ivareta kjøperens interesser i saken. For andre budgivere enn kjøper gjaldt tilsvarende regel som etter dagens forskrift.

Kravet om at megler uoppfordret skal gi kjøper og selger kopi av budjournalen blir i forarbeidene begrunnet med at dette vil føre til økt åpenhet rundt meglers utførelse av oppdraget, og at regelen derigjennom vil kunne bidra til å øke partenes tillit til meglers uavhengighet i oppdragsutførelsen, jf. ot.prp. nr. 16 (2006-2007) s. 164.

6.2 Kredittilsynets forslag

Departementet signaliserer at det fortsatt anses mest hensiktsmessig med en ordning der kjøper og selger uoppfordret får kopi av budjournalen når handel er kommet i stand. Kredittilsynet har vurdert en ordning hvor kjøper og selger fortsatt uoppfordret skulle få kopi av budjournalen, men hvor det i forskriften skulle inntas et eksplisitt forbud mot videresalg av budjournal, kombinert med en plikt for eiendomsmeglingsforetaket til skriftlig å opplyse om dette ved oversendelse av budjournalen. Etter Kredittilsynets oppfatning bør det imidlertid utvises varsomhet med å innta forbud som retter seg direkte mot kjøper og selger i eiendomsmeglingsforskriften. Det kan også reises spørsmål om hvorvidt eiendomsmeglingsloven § 6-10 hjemler en slik bestemmelse.

Kredittilsynet foreslår istedenfor en bestemmelse som innebærer at eiendomsmeglingsforetaket uoppfordret plikter å tilby kjøper og selger kopi av budjournalen, mot at disse skriftlig bekrefter at opplysninger om eventuelt andre budgiverens identitet ikke skal brukes til annet enn å ivareta partens interesser i anledning handelen. Selv om den selger eller kjøper som omsetter budjournalen neppe vil kunne bli møtt med sanksjoner, erstatningskrav eller lignende, antar Kredittilsynet at det å signere en slik bekreftelse i seg selv vil ha en preventiv virkning i forhold til salg av de opplysninger som fremgår av en budjournal. Bestemmelsen antas således å avdempe de utilsiktede og uønskede virkninger av bestemmelsen, samtidig som den fortsatt ivaretar hensynet til åpenhet og tilliten til meglers uavhengighet. Det vises til forslag til endring av eiendomsmeglingsforskriften § 6-4 første ledd nedenfor i kapittel 7.

Eiendomsmeglingsforetakets tilbud om kopi av budjournal bør skje skriftlig, slik at det for ettertiden kan dokumenteres at eiendomsmeglingsforetaket har oppfylt sin plikt etter bestemmelsen.

7 Forslag til lov- og forskriftsendring

7.1 Eiendomsmeglingsloven

I lov 29. juni 2007 nr. 73 om eiendomsmegling er det foreslått følgende endringer:

§ 2-9 annet ledd skal lyde:

(2) Foretaket skal ha en fagansvarlig person (fagansvarlig), som enten har eiendomsmeglerbrev, jf. § 4-2, advokatbevilling eller tillatelse etter § 4-3. Vedkommende skal være egnet til å sikre at foretaket drives i samsvar med lover, forskrifter og god meglerskikk. Dersom foretaket har en eller flere filialer skal hver av disse ha en fagansvarlig som oppfyller kravene etter første og annet punktum.

Kredittilsynet kan gi tillatelse til at samme person er fagansvarlig for mer enn ett foretak eller én filial når Kredittilsynet finner det forsvarlig.

§ 5-3 femte og sjette ledd skal lyde:

- (5) Foretak og advokater som driver eiendomsmegling, jf. § 2-1, kan ikke motta oppdrag fra
1. personer og foretak som nevnt i første og annet ledd,
 2. slektninger i opp- og nedstigende linje og søsken til personer som nevnt i første ledd, eller
 3. ektefelle og person som bor i ekteskapslignende forhold med slektninger som nevnt i nr. 2.
 4. **foretak hvor personer eller foretak som nevnt i dette ledd, alene eller sammen, har slik innflytelse som nevnt i aksjeloven og allmennaksjeloven § 1-3 annet ledd eller selskapsloven § 1-2 annet ledd.**

(6) Forbudet i første til femte ledd omfatter ikke

1. ansatte i andre filialer, jf. § 2-2, i foretaket eller advokatvirksomheten enn den filialen som utfører oppdraget, eller
2. ansatte i filialer, jf. § 2-2, i foretaket eller advokatvirksomheten som kun forestår oppgjør.

§ 8-2 nytt tredje ledd skal lyde:

(3) I tilfelle som nevnt i første ledd kan Kredittilsynet oppnevne en forvalter som selv har tillatelse til å drive eiendomsmegling etter § 2-1 første ledd til å slutføre oppdrag som omfattes av denne lov. Departementet kan i forskrift fastsette nærmere bestemmelser om rettigheter og plikter til forvalteren, samt i forskrift eller enkeltvedtak gjøre unntak fra lovens øvrige bestemmelser.

§ 8-3 skal lyde:

(1) Kredittilsynet kan forby advokater som driver eiendomsmegling, jf. § 2-1 første ledd nr. 2, dersom det finnes utilrådelig å la eiendomsmeglingsvirksomheten drives videre fordi advokaten:

1. ikke lenger har advokatbevilling,
2. ikke lenger oppfyller kravet i § 2-6 **annet** ledd,
3. har latt være å etterkomme pålegg gitt av Kredittilsynet eller Tilsynsrådet for advokatvirksomhet,
4. grovt eller gjentatte ganger har overtrådt sine plikter etter lov eller forskrift,
5. har gjort seg skyldig i mislige forhold som gir grunn til å frykte at en fortsettelse av eiendomsmeglingsvirksomheten kan være til skade for allmenn interesser, eller
6. ikke innen den frist som er fastsatt av Kredittilsynet oppfyller pålegg om å slutte seg til nemndsordning som nevnt i § 8-8.

(3) I tilfelle som nevnt i første ledd gjelder § 8-2 tredje ledd tilsvarende for advokatens oppdrag som omfattes av denne lov.

7.2 Eiendomsmeglingsforskriften

I forskrift 23. november 2007 nr. 1318 om eiendomsmegling er det foreslått følgende endringer:

§ 3-9 nytt tredje ledd skal lyde:

(3) For formidlinger som ikke omfattes av lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m, kan midler som kjøper har innbetalt til eiendomsmeglingsforetaket til dekning av kjøpesummen ikke disponeres til fordel for selger før kjøper har fått hjemmel til eiendommen i grunnboken. Dersom handelen gjelder andel i borettslag gjelder tilsvarende for registrering i medhold av lov 6. juni 2003 nr. 39 om burettslag § 6-2. Bestemmelsen kan fravikes dersom

- a) kjøper hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet,
- b) oppdraget er omfattet av eiendomsmeglingsloven § 1-4 tredje og fjerde ledd,
- c) avvikende vilkår er stilt av kjøper i forbindelse med avtaleinngåelsen

Overskriften i § 3-11 skal lyde:

§ 3-11 Disponering av klientmidler

§ 3-11 femte ledd skal lyde:

(5) I tilfeller nevnt i annet og tredje ledd kan Kredittilsynet sperre klientkontoen eller gi én eller flere personer disposisjonsrett over denne. **Tilsvarende gjelder for overføring av eiendomsmeglingsforetakets rettigheter til å disponere over eiendommen oppdraget gjelder.**

§ 6-4 første ledd skal lyde:

(1) Kjøper og selger skal uten ugrunnet opphold etter at handel er kommet i stand tilbys kopi av budjournalen mot skriftlig å bekrefte at opplysninger om budgiveres identitet ikke skal brukes til annet enn å ivareta partens interesser i saken.