

**FINANSTILSYNET**THE FINANCIAL SUPERVISORY
AUTHORITY OF NORWAY

10/2702-3

Finansdepartementet
Postboks 8008 Dep
0030 OSLO

18.08.2010

SAKSBEHANDLER:

Anne-Kari Tuv

VÅR REFERANSE:

08/12744

DERES REFERANSE:**DIR.TLF:**

22 93 98 04

ARKIVKODE:

630.1

Eiendomsmegleres formidling av transportkontrakter til fast eiendom

1. Innledning

Det vises til Finansdepartementets brev av 17. juni 2010 vedlagt kopi av henvendelse fra Norges Eiendomsmeglerforbund av 26. mai 2010. Henvendelsen gjelder Justisdepartementets forslag i Prop. 130 L (2009-2010) om endringer i bustadoppføringslova og avhendingslova vedrørende regulering av videresalg av boliger i boligprosjekter.

Departementet ber om Finanstilsynets vurdering av behov for endringer i eiendomsmeglingslov eller -forskrift som følge av forslagene til endringer i bustadoppføringslova og avhendingslova. Forslaget innebærer blant annet et nytt ledd i avhendingslova § 1-1 hvor det eksplisitt fastslås at videresalg av avtaler om kjøp av bolig under oppføring ikke skal anses som avhending av fast eiendom. (Slikt videresalg omtales også som omsetning av kjøperposisjon, transportkontrakter, kjøps- eller kontraktsposisjoner)

Dersom lovforslaget blir vedtatt, kan det reises spørsmål om forslagens rekkevidde for eiendomsmeglingslovens anvendelsesområde, jf. punkt 2. For å fjerne enhver tvil om eiendomsmeglingsloven kommer til anvendelse ved slik formidling, tilrår Finanstilsynet at det i forbindelse med endringene i avhendingslova og bustadoppføringslova presiseres i eiendomsmeglingslovens § 1-2 at mellommannsvirksomhet knyttet til omsetning av kontraktsrettigheter til fast eiendom anses som eiendomsmegling, jf. punkt 3.

2. Finanstilsynets vurderinger

Eiendomsmeglingslovens anvendelsesområde gjelder mellommannsvirksomhet, herunder å forestå oppgjør, i forbindelse med transaksjoner knyttet til ulike rettigheter til fast eiendom, nevnt i § 1-2 annet ledd punkt, alternativene 1) - 5).

Omsetning av kontrakter til fast eiendom er ikke eksplisitt nevnt i noen av bestemmelsenes alternativer, men etter Finanstilsynets vurdering kan ordlyden i nr. 1) "*omsetning av fast eiendom*" dekke slik omsetning basert på at den underliggende ytelsen i kontrakten er fast eiendom.

Av uttalelsene i forarbeidene til eiendomsmeglingsloven om lovens anvendelsesområde, kombinert med hjemmelsbestemmelsen i eiendomsmeglingsloven § 1-4 femte ledd, følger det klart at lovgiver

har ment at formidling av kontrakter til fast eiendom skal omfattes av loven, jf. Ot.prp.nr. 16 (2006-2007), punkt 4.3.4:

”Omsetning av avtaler om erverv av fast eiendom, for eksempel omsetning av avtale om kjøp av leilighet i et bygg under oppføring, er blitt mer vanlig i den senere tid. Tilsvarende gjelder for avtaler om kjøp av atkomstdokumenter til en eiendom, for eksempel borettslagsandeler. Spørsmålet har ikke tidligere vært satt på spissen, men etter departementets vurdering må mellommannsvirksomhet knyttet til slik omsetning anses som eiendomsmegling. Etter omstendighetene kan det være behov for særskilte regler for slik megling. Departementet foreslår derfor en forskriftshjemmel i lovforslaget § 1-4 femte ledd, for slike omsetninger.”

I Høyesteretts avgjørelsen i Rt. 2008-96 ble omsetning av kontraktsposisjon til en bygård ansett å falle inn under ordlyden ”overføring av eiendomsrett” i lov om kommunal forkjøpsrett til leiegårder. Høyesteretts begrunnelse lyder slik (punkt 45 og 46):

”Tolkningsspørsmålet i saken er om også overdragelse av rettighetene etter en avtale om salg av en leiegård omfattes av begrepet overdragelse av eiendomsrett. Det særpregede ved en slik avtale er at den opprinnelige kjøperen overdrar eiendomsrett til eiendommen før overføringen av eiendomsretten til ham er gjennomført. Avtalen har som klart formål å overføre eiendomsrett, men virkningen ligger noe frem i tid, og overføringen er betinget av at selgeren blir i stand til å overføre eiendommen. Dette siste kan blant annet bero på om vilkår for overdragelsen blir oppfylt. En kjøpsavtale har imidlertid de samme karaktertrekk: Også her vil selve overføringen av eiendomsretten skje på et senere tidspunkt - ved utstedelse av skjøte - og det kan være forutsetninger også for en slik avtale. Jeg finner det derfor ikke tvilsomt at en overføring av rettighetene etter en avtale om kjøp av en leiegård faller innenfor en språklig forståelse av begrepet overføring av « eiendomsrett » i første ledd.”

Videre har Høyesterett i avgjørelse i Rt 2008-586 i relasjon til rettsvernsreglene i tinglysingsloven likestilt kjøp av rett etter en kjøpekontrakt med kjøp av selve eiendommen.

Selv om disse avgjørelsene gjelder et annet regelverk, mener Finanstilsynet at tankegangen er relevant for tolkning av eiendomsmeglingsloven. Når en eiendomsmegler formidler en kontraktsposisjon til fast eiendom, vil formålet være det samme som om det er eiendommen som omsettes, og partenes behov for eiendomsmeglerens fagkunnskap om fast eiendom og vern etter eiendomsmeglingsreguleringen vil være den samme.

Samme tankegang synes å ligge til grunn for Justisdepartementets forslag til regulering i avhendingslovas § 1-1 om at videreselger beholder risikoen for utbyggers levering frem til kjøperen har fått overta og fått rettsvern til eiendommen, jf. Prop. 130 L punkt 6.1:

”Sjølvsagt om det her er tale om avtaler som etter framlegget til nytt fjerde ledd første punktum ikke skal reknast som avhending av fast eiendom, er disse føresegnene så nært knytt til bustaden som underliggjande formuesgode at departementet finn det er naturleg å plassere dei i avhendingslova.”

I samme retning taler hensynet til en forutberegnelig rettsstilling. En rettstilstand som innebærer at mellommannsvirksomhet ved salg av fast eiendom (direkte) skal anses som eiendomsmegling, mens formidling av kjøpsavtale som indirekte formidler den samme eiendommen ikke vil være eiendomsmegling, vil skape en uholdbar situasjon med svært usikre rammebetingelser, ikke bare for eiendomsmeglere og deres kunder, men også andre aktører som har tilknytning til eiendomstransaksjoner, for eksempel finansieringsselskap som tilbyr boliglån og forsikringsselskap som stiller sikkerhet for eiendomsmeglervirksomheten.

Dette forsterkes ytterligere av at det i praksis vil bero på en konkret vurdering av det enkelte kontraktsforhold hvorvidt formidlingsmonopolet og eiendomsmeglernes sikkerhetsstillelse kommer til anvendelse, jf. Justisdepartementet presiserer i ovennevnte merknadene til forslaget:

”Departementet presiserer at framlegget til nytt fjerde ledd berre tek sikte på å regulere tilfelle der ein etter ei tolking av den konkrete vidaresalsavtalen må leggje til grunn at det er kontraktposisjonen til forskjell frå sjølv bustaden som er gjenstanden for avhendinga.”

Det vises også til Finanstilsynets tilsynserfaring når det gjelder eiendomsmegleres formidling av videresalgsavtaler, hvor det blant annet i salgsprospekt, annonser mv. (naturlig nok) *fremstår* som om det er boligen og ikke kontrakten som formidles. Det er Finanstilsynets klare oppfatning at den ordinære boligkjøperen ikke har grunnlag for å forstå hvorvidt avtalen som inngås gjelder boligkjøp direkte eller indirekte ved transportkontrakt, jf. Finanstilsynets rundskriv 9/2007 punkt 7.

Dersom videresalg faller utenfor eiendomsmeglingsbegrepet, vil det åpne for enkle muligheter til å omgå eiendomsmeglingsloven og dermed sterkt undergrave eiendomsmeglingsreguleringens formål.

Hensynet til en forutberegnelig rettsstilling og å motvirke omgåelser av eiendomsmeglingslovens konsesjonskrav må etter Finanstilsynets vurdering veie tungt i tolkningsspørsmålet.

Finanstilsynet vil også bemerke at etter forslaget er det bare videresalg av bolig *under oppføring* som omfattes av reguleringen. Transportmodellen benyttes imidlertid også i andre forhold enn ved salg av nye boliger. Se for eksempel sakene i Høyesterett nevnt ovenfor som begge gjaldt omsetning av kontraktsrettigheter til fast eiendom med eldre bebyggelse. Generelt har transportmodellen ofte vært benyttet ved spekulasjon i fast eiendom, såkalt ”svingdørssalg”. I relasjon til eiendomsmeglingsloven er det ikke grunnlag for en sontring mellom fast eiendom generelt og bolig under oppføring.

At mellommannsvirksomhet ved formidling av transportkontrakter til fast eiendom anses å ligge innenfor eiendomsmeglingsmonopolet, og dermed vært omfattet av meglers lovpålagte sikkerhetsstillelse, har hittil vært fulgt av bransjen og blitt lagt til grunn i tilsynets praksis både etter tidligere og gjeldende eiendomsmeglingslov.

Etter det Finanstilsynet kan se, er det ingen holdepunkter i Justisdepartementets lovproposisjon som tyder på at forslaget tar sikte på å endre forholdet til eiendomsmeglingslovens virkeområde, slik dette hittil har vært praktisert. Det har formodningen mot seg at mellommannsvirksomhet knyttet til formidling av kontrakter til nye boliger - hvor sluttkjøper i de aller fleste tilfellene er boligkjøper i egenskap av forbruker, er ment å skulle overlates til uregulert formidlingsvirksomhet.

Oppsummeringsvis mener Finanstilsynet at klare uttalelser i forarbeidene til eiendomsmeglingsloven, formålsbetraktninger og sterke reelle hensyn samlet utgjør et tilstrekkelig holdepunkt for at transportkontrakter til fast eiendom anses å være ”*omsetning av fast eiendom*” i relasjon til eiendomsmeglingsloven, uavhengig av om gjenstand for avtalen anses som *fast eiendom* etter avhendingslova eller *rettighet til fast eiendom* etter kjøpsloven.

3. Behov for endringer i eiendomsmeglingsloven

For å fjerne enhver tvil om lovens rekkevidde for mellommannsvirksomhet knyttet til videresalg av fast eiendom, tilrår Finanstilsynet at det i forbindelse med endringene i avhendingslova og bustadoppføringslova presiseres i eiendomsmeglingslovens § 1-2 at mellommannsvirksomhet knyttet til omsetning av rett til kjøp av fast eiendom mv. anses om eiendomsmegling.

Lovteknisk kan dette tas inn i et nytt punkt i § 1-2. I tråd med ordlyden i eiendomsmeglingsloven § 1-4 femte ledd, foreslår Finanstilsynet følgende ordlyd:

6. omsetning av avtale om erverv som nevnt i bestemmelsen her.

Finanstilsynet har i denne omgang ikke vurdert behovet for forskrifter etter eiendomsmeglingsloven § 1-4 femte ledd.

Forholdet til eiendomsmeglingsloven ble som nevnt ikke kommentert i Justisdepartementets høringsforslag. Etter utredningsinstruksen (FOR 2000-02-18 nr 108) punkt 5.5, som gjelder saker som har vært til høring, skal en sak sendes på ny høring til de mest berørte instanser dersom det er forhold som fører til *"vesentlige endringer i saken"*.

På generelt grunnlag er en endring av eiendomsmeglingslovens anvendelsesområde ikke et uvesentlig forhold. Imidlertid mener Finanstilsynet forslaget er en presisering av gjeldende rett, jf. punkt 2, noe som skulle tilsi at ny høring ikke er påkrevet. Det understrekes at endringen stadfester den praksis som i dag følges, både av bransjen selv, deres sikkerhetsstillere og fra tilsynets side. Finanstilsynet vil likevel gi uttrykk for tvil om forslaget likevel bør sendes på høring til de mest berørte instanser. Aktuelle mottakere vil etter Finanstilsynets vurdering i så fall være Norges Eiendomsmeglerforbund, Den norske Advokatforening, Eiendomsmeglerforetakenes Forening, Finansnæringens Fellesorganisasjon og Forbrukerrådet, samt aktuelle departementer.

Dersom departementet mener den foreslåtte presiseringen i eiendomsmeglingsloven ikke er nødvendig, ser Finanstilsynet det som hensiktsmessig dersom det i forarbeidene til endringen i avhendingslova bemerkes at forslaget ikke endrer gjeldende praksis i relasjon til eiendomsmeglingsloven.

4. Vurdering av forslaget fra Norges Eiendomsmeglerforbund

Slik Finanstilsynet forstår henvendelsen fra Norges Eiendomsmeglerforbund, mener forbundet at Justisdepartementet i sitt lovforslag klargjør at salg av kjøperposisjon ikke skal regnes for å være salg av fast eiendom, og at dette automatisk medfører at forholdet faller utenfor virkeområdet til eiendomsmeglingsloven, jf. § 1-2. Videre mener forbundet at formidling av denne type avtaler heller ikke er forenlig med eiendomsmeglingsloven § 5-1 om eiendomsmegleres adgang til å drive annen næringsvirksomhet enn eiendomsmegling, og foreslår at det i eiendomsmeglingsforskriften § 5-1 første ledd inntas en bestemmelse om at slik formidling skal være tillatt annen næringsvirksomhet.

Finanstilsynets vurdering nedenfor er subsidiær for det tilfelle forslaget til endring av eiendomsmeglingsloven ikke vedtas og/eller formidling av kontraktsposisjoner tolkes til ikke å være omfattet av eiendomsmeglingsloven, jf. punkt 2 og 3 ovenfor.

Eiendomsmeglingsloven § 5-1 oppstiller to vilkår for tillatt tilleggsvirksomhet som begge må være oppfylt. Virksomheten må ha naturlig sammenheng med eiendomsmegling og ikke være egnet til å svekke tilliten til foretakets integritet og uavhengighet.

Under forutsetning av at formidling av transportkontrakter til fast eiendom faller utenfor eiendomsmeglingslovens anvendelsesområde, er det etter Finanstilsynets vurdering åpenbart at slik

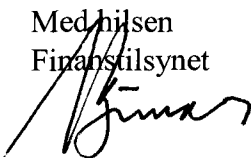
formidling har naturlig sammenheng med mellommannsvirksomhet knyttet til omsetning av fast eiendom. Spørsmålet blir da om virksomheten faller inn under det andre alternative vilkåret i bestemmelsen.

Hittil har det i tolkning og praktisering av denne bestemmelsen vært lagt til grunn at tjenestevirksomhet som i praksis går ut på å formidle fast eiendom, men som ikke faller inn under eiendomsmeglingsloven, lett kommer i konflikt med den integritet og uavhengighet som bestemmelsen forutsetter. Meglers undersøkelses- og opplysningsplikt vil ikke uten videre gjelde for formidlingen, megler vil ikke ha ansvar for den videre gjennomføringen av oppgjør og tinglysing, og generelt ingen omsorgsplikt for kjøper. Også overfor sin oppdragsgiver (selger) vil megler kun ha en alminnelig lojalitetsplikt. Meglers rolle ved slik formidling vil med andre ord være en helt annen enn den rolle megler har som mellommann med uttrykkelig krav til uavhengig og nøytral håndtering overfor begge parter, jf. eiendomsmeglingsloven § 6-3. Meglers sikkerhetsstillelse vil heller ikke gjelde for slik formidling, og virksomheten vil ikke være underlagt offentlig tilsyn og kontroll. Denne forskjellen er – slik Finanstilsynet vurderer det – egnet til å gi publikum falsk trygghet – og vil være særlig betenkelig i forbrukerforhold, hvor aktørene ikke nødvendigvis oppfatter denne forskjellen når de forholder seg til et eiendomsmeglingsforetak med offentlig tillatelse. Det vises til bestemmelsen i eiendomsmeglingsforskriften 5-1 annet ledd bokstav b) om såkalt agentvirksomhet som bygger på samme synspunkt. Det samme gjelder Finansdepartementets vedtak i klagesak 08/5657 av 5. mai 2010 som gjaldt annonsering på egne nettsider av eiendommer for utenlandske eiendomsformidlere, samt Finanstilsynets tolkning knyttet til oppsplitting av tomtekjøpsavtaler og byggekontrakter i rundskriv 14/2009.

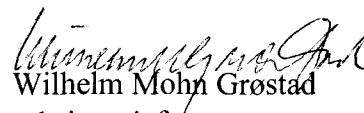
På dette grunnlag anser Finanstilsynet at i den grad formidling av kontraktsposisjon faller utenfor eiendomsmeglingslovens anvendelsesområde, er virksomhet knyttet til slik omsetning ikke tillatt virksomhet etter eiendomsmeglingsloven § 5-1.

Slik Finanstilsynet tolker forarbeidene til loven, er det ikke forenlig med bestemmelsens formål i enkeltvedtak eller forskrift å tillate tilleggsvirksomhet som er egnet til å svekke tilliten til foretakets integritet og uavhengighet. I den grad formidling av kontraktsposisjoner ikke er å anse som eiendomsmegling etter loven, vil ikke Finanstilsynet tilrå at det i forskrift gis tillatelse til at eiendomsmeglingsforetak får påta seg denne type oppdrag.

Med hilsen
Finanstilsynet



Eirik Bunæs
direktør for markedstilsyn



Wilhelm Mohn Grøstad
seksjonssjef