Høringssvar

Senter for finansregulering ved Handelshøyskolen BI avgir med dette et høringssvar til "Høringsnotat – revisjon av finansavtaleloven" fra Justisdepartementets lovavdeling, Snr. 17/4746, september 2017. Høringssvaret er ingen fullstendig gjennomgang av loven, men konsentrerer seg om noen utvalgte deler, og da særlig de alminnelige bestemmelsene i kapittel en. Dette betyr ikke at flere forhold ikke kunne ha vært kommentert.

Generelt om utkastet

Finansavtaleloven må revideres som følge av det andre betalingstjenestedirektivet, betalingskontodirektivet og boligkredittdirektivet. Det kan også være grunn til å foreta en oppdatering og korreksjon av lovverket etter Høyesteretts behandling av Fokus Bank-, Longvik- og Røeggen-sakene. Utkastet går imidlertid langt utover dette, og inneholder en til dels inngripende nyregulering av store områder som vi ikke kan forutse virkningen av, annet enn at det ganske sikkert vil innføre stor rettslig usikkerhet på et område som i uvanlig grad er avhengig av forutberegnelighet og er sensitivt for uklarhet.

Det overordnete inntrykket er at de problemstillingene som utkastet involverer, med hensyn til virkeområde, erstatningsregler, rettslig systematikk, rettspolitisk orientering, samfunnsøkonomiske virkninger for kredittnivå, m.m. er så omfattende at de fortjener behandling av et bredt sammensatt utvalg med juridisk, mikro- og makroøkonomisk og IT-kompetanse. Det er vår oppfatning at departementet i altfor liten grad har utredet forslagene til de omfangsrike nye reguleringene.

I tillegg bør det utredes nærmere hvorvidt virkningene av de anselige særnorske reguleringsforslagene i utkastet kan føre til at norsk finansrett kan komme i strid med EØS-avtalens forutsetninger om fri bevegelighet av kapital. Dette gjelder særlig reglene om tjenesteyterens ansvar, som er betydelig skjerpet og som ser ut til å gå lengre enn hva europeisk lovgivning gjør. Når norske aktører enklere og enklere kan hente penger i andre land, kan det spørres om det er i overensstemmelse med EØS-avtalen at norske aktører er underlagt strengere regler enn aktører i andre land. Vi kommer nærmere tilbake til dette nedenfor.

Utkastets virkeområde

Rekkevidden av forslaget er uklart, og det favner under enhver omstendighet for vidt, i den forstand at virksomheter og aktiviteter som åpenbart ikke rammes av lovformålet, faller inn under ordlyden og systematikken, med til dels dramatiske virkninger.

§ 1 definerer en finansavtale som en avtale om "betalingsoppgjør, konto, betalingstjenester, kreditt og kausjon". Definisjonen utgjør et koblingsord, som gjør at for eksempel betalingsformidling og kausjon langt på vei underlegges den samme reguleringen. Gjeldende finansavtalelov tar imidlertid også høyde for forskjellen mellom disse ulike virksomhetsområdene, men underkaster dem ikke de samme plikt- og erstatningsreglene. Forslaget begrunner ikke hvorfor det er nødvendig å underkaste disse fem områdende den samme hovedreguleringen.

Utkastet uttaler om denne fellesreguleringen, at "[d]ersom kunden ber sin bank (...) om råd til plassering av midler, vil rådet bli vurdert etter ulike regler avhengig av om kunden faktisk velger å

plassere pengene på henholdsvis innskuddskonto, i finansielle instrumenter eller andre i spareprodukter", s. 14. Dette er alt som sies om det relativt radikale grepet som det er å underkaste disse ulike områdene det samme regimet. Det fremstår som uklart hvorfor rådet ikke nettopp skal vurderes etter ulike regler, alt etter som om kunden velger å bruke pengene på å pusse opp eller investere i høyrisikable derivater. Graden av regulatorisk kompleksitet må som et prinsipielt utgangspunkt avgjøres av kompleksiteten i det forhold som skal reguleres etter en nøye vurdering av de samfunnsmessige virkningene av den. Slike betraktninger mangler i forslaget.

Som vi skal se nedenfor, medfører overgangen fra et differensiert til et uniformt regelregime, sammen med frikoblingen fra institusjonstilknytningen, store konsekvenser for anvendelsen av de alminnelige bestemmelsene i loven, ved at det er uklart hvor langt reglene rekker når det gjelder aktører som tidligere ikke var underlagt finansavtalelovens regler i særlig grad. Konsekvensen av dette er at den forståelige intensjonen om å stramme til regelverket for noen aktører, fører til relativt sterke tilstramminger på alle områdene som reguleres av finansavtaleloven, uavhengig av om det er behov for slik tilstramming og uavhengig av eventuelle negative virkninger for disse aktørene. Hvis man eksempelvis ønsker å underkaste investeringstjenestereguleringen en strengere regulering, bør dette gjøres i den loven som gjelder for slike tjenester, etter en analyse av det handlingsrommet norske myndigheter har for en slik avvikende regulering ved gjennomføringen av direktivretten. En slik tilstramming bør ikke under gjennomføres uten en grundig analyse av behovet.

Særlig problematisk i denne sammenhengen er reguleringen av "finansoppdrag" i samme bestemmelse. I henhold til § 1 er finansoppdrag "en tjenesteavtale i tilknytning til en finansavtale hvor oppdragstaker ikke er part i finansavtalen eller en mulig finansavtale i tilknytning til oppdraget". Utfører man finansoppdrag, er man underlagt bestemmelsene i kapittel 1. Etter ordlyden blir for eksempel advokater som yter juridisk bistand i fremforhandlingen av låneavtaler og finansielle tilretteleggere for gjeldsrestruktureringer rammet av dette. Disse står i et avtaleforhold gjennom en "tjenesteavtale i tilknytning til en finansavtale", som de ikke er part i.

Utformingen av "finansoppdrag" vil også etter ordlyden i utkastet kunne inkludere viktige samfunnsinstitusjoner som Nordic Trustee ASA ("NT"), en av Europas ledende agenter for utstedelsen av obligasjonslån, og en sentral finansieringskilde for virksomheten på norsk sokkel. Nordic Trustee er i dag agent for en portefølje på rundt NOK 1200 mrd utstedte obligasjonslån. Hvis denne institusjonen skulle underlegges finansavtalelovens bestemmelser som i utkastet, vil dette ifølge utkastet § 11 innebære at NT får et objektivt ansvar med omvendt bevisbyrde mot sine "kunder", dvs de selskapene som benytter NT som tillitsmann for å hente kapital i det internasjonale obligasjonsmarkedet, og muligens også de internasjonale obligasjonsinvestorene. Det kan også være at NT uten videre vil kunne bli ansett for å være en "tjenesteyter" i lovens forstand, all den tid de er formelle motparter mot selskapene, og representerer obligasjonseierne vis-a-vis disse. Dette betyr at alle bestemmelsene i kapittel en kommer til anvendelse, i tillegg til de ufravikelige bestemmelsene i kapittel 4 og 5. Vi sikter her spesielt til kredittvurderingsplikten i § 80, første ledd. Det gir ingen mening at NT skal kredittvurdere slike selskaper, jf også nedenfor. Vi kommer også nærmere tilbake til ansvarsgrunnlaget nedenfor.

Å eksponere NT for et slikt ansvarsgrunnlag som følger av § 11 er en dramatisk regelendring, og det har neppe vært meningen. Et slikt ansvar er heller ikke noe som følger av direktivene, siden det kun er enkelte særreguleringer, som boligkreditt, betalingstjenester og betalingskonto som er omhandlet i de aktuelle direktivene. Det samme spørsmål kan også reises når det gjelder andre, sentrale norsk finansierings- og garantiinstitusjoner som Eksportfinans, GIEK, DNV, etc. Denne delen av § 1 bør ikke vedtas etter nærmere analyse av innholdet og rekkevidden.

Bestemmelsen om avtaler med "lignende innhold" i § 1, annet ledd er også uheldig. Det er forståelig at det er vanskelig å gi en presis beskrivelse av alle former for finansielle avtaler som bør falle inn under lovens virkeområde. Men all den tid det ikke gis noen føringer på hva som skal være utgangspunktet for vurderingen av hvorvidt en avtale har et lignende innhold, er det problematisk i lys av legalitetsprinsippet å operere med lovgivning som er så generell. Problemet forsterkes ved at omtalen av bestemmelsene helt gjennomgående er knappe, særlig sett i lys av hvor viktige de er.

Det er også uklart i hvilken grad det er behov for å endre dagens system på dette punktet, hvor finansoppdrag i gjeldende lov forstås som "oppdrag om finansielle tjenester" knyttet til en finansinstitusjon, jf fvavtl. § 1, og hvor for eksempel finansagenter reguleres særskilt i kapittel 6, med en konkret spesifisering av hvilke plikter som gjelder for slike aktører. Disse pliktene som gjelder for finansagenter er en særs begrenset katalog over opplysningsplikter i avtaleforhold og institusjonens plikter, samt krav på vederlag, jf §§ 86-88. Finansagenter er imidlertid fortsatt regulert i kapittel en, avsnitt IV, men det fremstår som uklart hvorvidt "finansoppdrag" også medfører at finansagenter for fulle plikter etter loven som om de var kredittyter.

At hele kapittel en kommer til anvendelse, har også sammenheng med at lovens begrep om finansavtale frikobles fra institusjonsbegrepet, jf § 1. Dette gjør anvendelsesfeltet langt bredere enn det er i dag, og det er egnet til å fange opp aktører som det neppe er hensiktsmessig å regulere på denne måten. Det er på det rene at også boligkredittdirektivet frikobler virkeområdet fra de tradisjonelle finansinstitusjonene. Men fordi dette direktivet er et offentligrettslig direktiv, inneholder det naturlig nok ingen av de misligholdsbeføyelsene som utkastet legger opp til. Det er altså ikke utelukkende det faktum at virkeområdet for loven foreslås løsrevet fra institusjonene som utgjør problemet, men at dette så kobles med inngripende plikt-, erstatnings- og bevisregler i §§ 4, 7 og 11.

Gitt at dette er en særnorsk løsning på et kjerneområde for EØS-avtalen, er dette ett av flere momenter som gjør at det kan stilles spørsmål ved om forslaget er i overensstemmelse med våre forpliktelser etter EØS-avtalen. Det er ikke uten betydning for den frie flyten av kapital at det er flere plikter og et strengere erstatningsansvar for finansieringsvirksomhet utenfor boligkredittens område.

Det må også bemerkes at dersom formålet med utkastet er å redusere gjeldsgraden i det norske samfunnet, er dette et tema som er uegnet for behandling av Justisdepartementets lovavdeling, siden det utvilsomt forutsetter en mer eksplisitt analyse enn i utkastet.

Sammenheng med andre lover og lovreformer

Rent lovteknisk er samspillet med øvrig lovgiving uklart. I henhold til § 1 gjelder loven når ikke annet følger av eller i medhold av annen lov. Dette skaper rent umiddelbart en konflikt med avtalelovens bestemmelser, og da særlig ugyldighetskapitlet. I denne sammenheng kan det også stilles spørsmål ved hvor stor usikkerhet dette fører med seg i andre sammenhenger. Verdipapirhandellovens bestemmelser om god forretningsskikk og beste resultat synes nærmest å fungere som et forbilde for utkastets § 4, som vil reise spørsmålet om hvilke regler som gjelder i hvilke situasjoner, og om innholdet i de nærmest likelydende formuleringene er det samme. Det må i denne sammenhengen også bemerkes at MiFID II-direktivet og MiFIR er under implementering i norsk rett, og at det er grenser for hvor mye regulatorisk usikkerhet og samtidige, ulike lovgivningsprosjekter en bransje bør utsettes for, jf også nedenfor.

Erstatningsregelen

I utkastets §§ 11-12 er det foreslått nye regler om erstatningsansvar. Forslaget innebærer et objektivt ansvar ved brudd på bindende rettsregler, men med unntak for "usedvanlige omstendigheter".

Dette er en sterk skjerpelse av gjeldende erstatningsrett på området. Skjerpelsen består av flere sentrale elementer. For det *første* vil ansvarsgrunnlagets relative karakter opphøre ved innføring av et rent objektivt ansvar. Profesjonsansvaret innebærer i dag at tjenesteyteren både skal vurderes i lys av hva man kunne forvente av en normalt dyktig og samvittighetsfull utøver av profesjonen i en tilsvarende situasjon, og i lys av kundens forhold. Kundens egenrisiko, profesjonalitet og egne forhold får underordnet betydning ved ansvarsvurderingen i forslaget. For det *andre* vil vurderingen av om kundens interesser i det aktuelle regelbruddet har erstatningsrettslig vern, bortfalle ved en ren objektiv erstatningsregel. Det er en rekke rettsregler på finansområdet som ikke nødvendigvis har kundevern som formål. Dette gjelder for eksempel hvitvaskingsregler, og en rekke regler i verdipapirretten som primært skal beskytte markedets integritet og effektivitet. I henhold til det alminnelige uaktsomhetsansvaret og profesjonsansvaret må det foretas en selvstendig vurdering av om brudd på en bindende rettsregel gir krav på erstatning. For det *tredje* vil ikke subjektive unnskyldningsgrunner, som manglende faktisk kunnskap om risikoprofil, være ansvarsbefriende for tjenesteyter ved et objektivt erstatningsansvar. For det *fjerde* vil et objektivt ansvar ikke inneholde et slikt vilkår om relevant tilknytning til den relevante risiko for tjenesteyter. Og for det *femte* bortfaller også den "feilmargin" som det i rettspraksis er innvilget tjenesteyter i profesjonsansvaret, gjerne formulert som at ikke ethvert brudd på bransjenormen vil gi grunnlag for erstatningsansvar. Ethvert brudd gir altså ansvar for både direkte og indirekte tap som kunden har hatt, uavhengig av om bruddet er relevant for kundeforholdet. Dette kan medføre store summer, og det er ikke unaturlig at finansinstitusjonene vil forsikre seg mot denne potensielle risikoen. Slike forsikringer har ofte form av høyere transaksjonskostnader og mindre samfunnsmessig økonomisk effektivitet, utgifter som stort sett alltid blir veltet over på kunden. Vurderingen av slike konsekvenser er totalt fraværende i utkastet.

Til dette kommer at det er vanskelig å se behovet for erstatningsregelen. Den objektive erstatningsregelen knesetter har unntak for usedvanlige omstendigheter utenfor tjenesteyterens kontroll og som vedkommende ikke kunne overvinne, selv med enhver anstrengelse for å unngå dem. Kombinert med den omvendte bevisregelen i § 7 gir dette automatisk et ansvarsgrunnlag for brudd på "enhver bindende rettsregel" generelt, og etter § 4 spesielt. Ansvarsregelen må leses i sammenheng med forslaget til en ny generell handlingsnorm i utkastets § 4 og regelen om omvendt bevisbyrde for oppfyllelse av lovregler i utkastets § 7. I høringsnotatet er det på s. 23 uttalt at forslaget "synes [...] å være i overensstemmelse med det som allerede er gjeldende ulovfestet rett". Det er vi ikke enig i. Forslaget synes snarere å innebære en vesentlig skjerpelse av erstatningsansvaret i forhold til gjeldende rett. Dette erkjennes også i høringsnotatet på s. 116, hvor det påpekes at "Tjenesteyternes erstatningsansvar skjerpes generelt, noe som kan lede til høyere erstatningsutbetalinger, jf. punkt 2.4".

I høringsnotatets punkt 2.4 er det påpekt at konsekvensene av omleggingen til et objektivt ansvar i noen grad avbøtes av de skjønnsmessige vurderingskriteriene som ligger i handlingsnormen i utkastets § 4, i kravet til årsakssammenheng og i adgangen til lemping i utkastets § 12. Etter vår oppfatning endrer dette likevel ikke på at forslaget vil medføre en betydelig skjerpelse av erstatningsreglene. De nevnte modifiserende elementer kan samtidig gi grunnlag for nye tolknings- og rettsanvendelsesproblemer, og dermed bidra til å redusere rettsavklaringseffekten og forutberegneligheten av de nye reglene.

Regelens utforming innebærer også at brudd på bestemmelser som ikke engang er relevante for forholdet mellom kunde og tjenesteyter, vil kunne fungere som grunnlag for ansvarsgrunnlag, siden det ikke er avgrenset til brudd på rettsregler som styrer avtalens innhold eller tilblivelse. Utkastet begrunner ikke hvorfor det akkurat på dette området skal gjelde en slik streng ansvarsnorm. Hvis regulering forstås som reparasjon av markedssvikt, kan det også spørres om hvor mange aktører som ville ha inngått avtale med eksponering for et slikt ansvarsgrunnlag med en slik bevisregel. Dette forsterkes av at § 12 utvisker skillet mellom direkte og indirekte tap, og således utsetter tjenesteyteren for ansvar for "det økonomiske tapet kunden har lidt". Dette er også et sentralt element, all den tid ansvarsgrunnlaget etableres automatisk ved plikt- eller regelbrudd, og det heller ikke presiseres hva "tap" betyr i en investeringssammenheng. Et kursfall på verdipapirer vil også være et "tap", men vi får håpe at det ikke er meningen at foretakene skal bære en slik risiko.

Men det er uheldig dersom kunder skal få en utstrakt mulighet til å velge ut de produktene kunden har i sin portefølje som har gått med tap, for så å lete etter pliktbrudd hos tjenesteyter for å få vedkommende til å bære dette tapet. Sagt annerledes, bestemmelsen står i fare for å velte investeringsrisikoen over på tjenesteyter. Dette kan ikke være meningen.

Gjeldende rett etter Fokus Bank- og Røeggen-sakene innebærer at brudd på offentligrettslige normer er et naturlig utgangspunkt for å vurdere om det foreligger et ansvarsgrunnlag, men slik at det eventuelle bruddet ikke automatisk fører til ansvarsgrunnlag. Dette synes å være et fornuftig utgangspunkt, og det innebærer også at finansavtaleloven ikke får anvendelse på områder utover det den var tiltenkt, ved at bruddet må være relevant for ansvaret. Et slik relevanskrav følger ikke av utkastets forslag, slik det nå er formulert.

Medhjelperansvaret som foreslås i utkastets § 13, er også en betydelig skjerpelse av ansvaret for tjenesteytere. Dette gjelder særlig ettersom ansvaret også er foreslått å gjelde for medhjelpere som ikke står i noe kontraktsforhold med tjenesteyteren. Ansvaret går således betydelig lenger enn kontraktshjelperansvaret i kontraktsretten. Det er etter vår oppfatning ikke tilfredsstillende begrunnet i høringsnotatet hvorfor det er nødvendig med en slik bestemmelse, eller vurdert nærmere hvilke konsekvenser dette kan få for strukturen i kapitalmarkedene.

Hvis meningen er at det skal bli lettere å saksøke og å vinne fram for alle låntakere mot enhver långiver – uavhengig av hvorvidt låntaker er profesjonell, og uavhengig av hvorvidt långiver er en bank eller en næringsdrivende som også yter kreditt – bør virkningene av et slikt formål utredes i langt større grad. Utkastet inneholder ingen vurderinger av hvorvidt renter og transaksjonskostnader i forbindelse med kreditt vil endre seg, noe det er all grunn til å tro vil skje.

Regelen i § 11 følger heller ikke av EU-retten. En objektiv ansvarsregel følger riktignok av PSD II, art 93, men den er av åpenbare grunner ikke naturlig overførbar til andre rettsområder. Å ta på seg ansvaret for å opprettholde betalingssystemer, innebærer at man underlegger seg et strengt erstatningsansvar for disse kritiske systemenes funksjonalitet. Hvis betalingssystemene stopper opp, stopper også hele økonomien opp. Det er altså legislative helt konkrete begrunnelser for erstatningsregelen i PSD II, art 93, som ikke sømløst bør overføres til andre rettsområder, slik det gjøres i lovforslaget.

Forslagene i §§ 4, 7, 11, 12 og 13 inneholder dessuten flere uklarheter og tolkningsutfordringer. Dette gjelder både virkeområdet til reglene (hvem som er ansvarlig, hvem som har krav på erstatning og hvilke oppdragstyper omfattes), hvilke normer som skal legges til grunn ved normkollisjoner, det nærmere innholdet av de mange nye handlingsnormer, rekkevidden av den

omvendte bevisbyrde osv. Med all sannsynlighet vil disse temaene føre til årevis med rettsavklaringer i domstolene, noe ingen er tjent med.

Forøvrig støtter Senter for finansregulering en utvidet adgang for forbrukere til å tvinge institusjonene til å produsere dokumentasjon slik at kunden kan lettere settes i stand til å dokumentere at banken har opptrådt klanderverdig. Det kan godt tenkes at mange berettigete søksmål ikke blir reist av rene dokumentasjonshensyn, hvilket er uheldig.

Tjenesteyters plikter

Utkastet inneholder en ny og generell regel i § 4, om tjenesteyterens plikter. I første ledd, som er ufravikelig også i næringsforhold, plikter tjenesteyteren å opptre i kundens beste interesse.

Det er vanskelig å forstå hvorfor den ene parten ensidig skal pålegges å handle i den andre partens beste interesse når begge parter er profesjonelle. Mellom profesjonelle parter er dette en spesiell obligasjonsrettslig nyvinning, og det er vanskelig å se behovet for å fravike det ordinære skyldansvaret i slike forhold. Det er enda vanskeligere å overskue konsekvensene av dette, dersom det er tenkt som grunnlag for et erstatningsrettslig krav, noe det ser ut som om det er.

Når det gjelder forbrukerforhold, kan det også stilles spørsmål ved hvor gjennomtenkt bestemmelsen er, iallfall når det ikke forsøkes presisert nærmere hvilke interesser tjenesteyteren skal ivareta hos kunden. Det bør ikke overlates til rettspraksis å definere nærmere innholdet i hvilke interesser det er snakk om.

Dette forsterkes gjennom siste punktum i annet ledd, hvoretter tjenesteyteren må gi kunden "det beste tilbudet tjenesteyteren tilbyr tilsvarende kunder". Gjeldende finansavtalelov inneholder i § 49 (3) en regel om at det ikke må skje urimelig forskjellsbehandling mellom kundene ved rentefastsettelse eller gebyrer. Denne bestemmelsen er imidlertid annerledes enn den foreslåtte, på flere måter. For det første står gjeldende bestemmelse i kapitlet om "endringer av lånevilkår". Dette gjelder altså ikke tilbudet, slik det nye forslaget omhandler. Forskjellen er ikke uvesentlig, siden rentetilbud oftere vil være ledd i markedsføring enn renteendring. For det andre, og mer alvorlig, er det en forskjell på "urimelig" forskjellsbehandling og krav om "det beste tilbudet" som tilbys "tilsvarende kunder". Formuleringen i forslaget senker terskelen i forhold til gjeldende rett. Dette medfører en avgjort tilstramming av regelverket, og det kan virke som at rommet for individuelle renteforhandlinger blir snevret dramatisk inn. I tillegg kommer spørsmålet om de konkurransemessige virkningene av forslaget, hvis bankene pålegges å gi samme rente til en stor gruppe kunder.

Hvis bestemmelsen tas på ordet, vil en kunde som oppdager at en annen tilsvarende kunde har fått bedre betingelser på tilsvarende låneavtaler, kunne reise et erstatningskrav mot banken for rentedifferansen siden det tidspunktet forskjellen mellom rentesatsene oppsto. Dette vil inkludere rentes rente, og utgjøre potensielt ikke uvesentlige summer. Både tap og årsakssammenheng følger direkte av renteforskjellen, og med et slikt objektivt ansvar som foreslås, vil banken uten videre måtte utbetale alle de tilsvarende kundene en rentedifferanse fra deres beste kunde. Kunder vil i dette regimet ha motivasjon til verken å forhandle eller å passe på at de har det beste tilbudet som tilbys tilsvarende kunder. De kan bare lene seg tilbake, og ansette en lånemegler som gjennomgår tilsvarende kunders betingelser. Med omvendt bevisebyrdekrav og opplysningsplikter, vil også banken måtte dokumentere hva de andre kundene får av betingelser, slik at arbeidsvilkårene til lånemeglerne blir spesielt gunstige. Dette kan ikke være hensikten, og bestemmelsen bør gjennomgås på nytt i sin helhet, dersom den fortsatt skal gjelde. Selv om dette

neppe er hensikten, er det grunn til å anta med stor grad av sannsynlighet at bestemmelsen vil generere en anselig mengde med (ubegrunnete) søksmål, samt ha uante konsekvenser for konkurransen mellom bankene.

Ufravikelighet

Selv om innvendingene over gjelder uavhengig av kundekategori, er det spesielt uheldig at begrensningene i avtalefriheten er så inngripende som de er i § 2. Dette forsterker uklarheten rundt lovutkastets rekkevidde, siden det fører til at uoverskuelige avtalerelasjoner underlegges plikt-, erstatnings- og bevisbyrdereglene. Dette henger sammen med innvendingen mot oppgivelsen av et differensiert regime, hvor reglene kalibreres i henhold til hvilke områder og produkter reglene skal anvendes på, jf over. Det kan ikke være lovgivningsmessig og regulatorisk heldig at høyprofesjonelle obligasjonsinvestorer og forbrukerkunder skal underlegges samme bestemmelser, når bestemmelsene ikke inneholder den nødvendige fleksibiliteten til å hensynta denne forskjellen. Særlig bør §§ 4, 7, 11 og 13 gjøres fravikelig i næringsforhold, samt at § 80 bør begrenses til forbrukerforhold. Det er nærmest uforståelig at det skal gjelde en kredittvurderings- og avslagsplikt overfor profesjonelle, industrielle låntagere.

Et stykke på vei gjelder også dette for virkeområdet til kapittel 4, Kredittavtaler. Kapitlet får anvendelse på kredittavtaler når kredittyteren "opptrer i næringsvirksomhet", uten noen særlige nærmere begrensninger, med unntak av faktoring, arbeidsgiverlån etc. Også gjeldende finansavtalelov har en lignende formulering for virkeområdet til kredittavtalekapitlet, men med den forskjell at der begrenses frikoblingen fra institusjonstilknytningen til kredittavtaler med forbrukere, slik at man ikke må være en finansinstitusjon for å bli rammet av lovens regler dersom man yter kreditt til en forbruker. Denne forskjellen gjør at loven kan forstås som å ramme store industriforetak som for eksempel yter et selgerlån i forbindelse med oppkjøp. Det kan neppe være intensjonen, men illustrerer hvor uoversiktlig en slik bestemmelse kan være med hensyn til dens virkeområde og ufravikelighet.

Avslags- og kredittvurderingsplikt § 80

Det innføres en avslagsplikt i § 80, annet ledd. Denne avslagsplikten følger av boligkredittdirektivet, art. 18, men den har fått både en noe annen utforming og et annet virkeområde i norsk versjon. Mens den i direktivversjonen inntreffer når det er "sannsynlig" at kunden ikke vil kunne tilbakebetale lånet, er det tilsvarende kravet "trolig" i norsk utforming. Det er ikke sikkert at det er tilsiktet noen realitetsendring i dette, ved at "trolig" kan forstås som "sannsynlig". På den annen side kan det også spørres hvorfor man i norsk versjon aktivt velger et annet uttrykk enn det danske "sandsynlig" og det engelske "likely". Erfaringer fra andre rettsområder har vist at det er prosessdrivende å operere med uttrykk som ikke er nøyaktige oversettelser, der slike oversettelser er tilgjengelige.

Første ledd i samme bestemmelse, samt § 96, første ledd for kausjoners og forretningsgarantiers del, innfører også en kredittvurderingsplikt, som til alt overmål er ufravikelig i næringsforhold. Dette betyr at høyprofesjonelle parter skal kredittvurdere hverandre dersom de driver med virksomhet som faller inn under lovens beskrivelse, noe som fører til at obligasjonseiere må kredittvurdere store industriforetak hvis de skal tegne seg i obligasjonsemisjoner. Siden det allerede eksisterer store kredittvurderingsbyråer, som Moody's, Fitch og Standard and Poor som allerede kredittvurderer større foretak, kan dette neppe være meningen. Men det er også vanskelig å se begrunnelsen for at næringsdrivende skal påføres en egen erstatningsanksjonert plikt om å kredittvurdere motparten, all den tid dette formodentlig er noe de gjør i egen interesse.

Ser man § 80, første ledd og kravet i § 4, første ledd under ett, er det da altså slik at banker må kredittvurdere sine kunder og handle i deres beste interesser i store milliardtransaksjoner når det gjelder innhenting av fremmedkapital til industrien. Det er uheldig at kundebegrepet ikke er avgrenset tydeligere til å gjelde de klassiske bankkundene på forbrukerområdet.

I boligkredittdirektivet er dette derimot begrenset til nettopp å gjelde avtaler om lån med pant i fast eiendom til boligformål. Det er et langt snevrere område enn den foreslåtte regelen, og plikten er heller ikke underlagt et erstatningsrettslig regime. Den foreslåtte reguleringen her synes å fremstå som en særnorsk regel som er rettspolitisk motivert, uten at det er tilstrekkelig grunnlag for en slik motivasjon i forpliktelsene i EØS-avtalen

Avsluttende betraktninger

Det er et omfattende lovarbeid som implementeringen av tre direktiver, samt en tradisjonell norsk oppdatering av en omfangsrik lov, medfører.

Det er på det rene at de tre direktivene må implementeres i norsk rett. Det fremgår derimot ikke av utkastet hvorfor direktivene skal gis erstatningsrettslige konsekvenser, og det er også langt fra klart hvorfor resten av finansavtaleloven skal underlegges en så omfattende revisjon. Gjeldende lov har blitt løpende oppdatert siden dens vedtakelse i 1999, og det er heller ikke innlysende hvorfor det er påkrevet å endre etablerte begreper. Det er ikke vist til noen undersøkelser som godtgjør at 1999-loven er lite brukervennlig, hvis vi skal holde oss til den offisielle begrunnelsen for forslaget. Det kan derimot spørre om ikke den reelle begrunnelsen for å utvide ansvaret for finansielle tjenesteytere er en rettspolitisk vurdering, men denne vurderingen fremkommer ikke i lovutkastets begrunnende del. Dette er uheldig, og forsterker et gjennomgående inntrykk av at dette burde blitt behandlet av et bredt sammensatt utvalg.

Særlig gjelder dette innenfor kreditt og betalingssystemsområdet, som er et felt med store samfunnsøkonomiske konsekvenser for finansiell stabilitet og rentenivå. Lovreformen passer etter vår mening ikke til utelukkende å bli håndtert av jurister. Det er vanskelig å se andre reformer som er mer egnet til å bli behandlet i et bredt sammensatt offentlig utvalg, bestående av jurister, økonomer og IT-eksperter i en tid der disse tre kompetansene sjelden har reist større samspillsproblematikk. Det er derfor vår klare anbefaling av det nedsettes et offentlig utvalg for å lage et lovforslag, og at man nå kun inkorporerer det mest nødvendige av direktivene, som PSD II.

Ifølge utkastets § 17 er tilsynet med loven lagt til Forbrukerombudet og Markedsrådet. Dette mener vi er svært uheldig, all den tid det er snakk om relativt komplekse rettsregler, som må ses i lys av andre, tilliggende lover. Dette utgjør i seg selv en juridisk utfordring som forbrukerombudet og markedsrådet ikke er skikket for. Det kan også føre til regulatorisk "shopping" ved at flere tilsyn skal ha ansvar for langt på vei de samme aktivitetene hos samme aktører. Det er ikke heldig om Finanstilsynet skal ilegge administrative sanksjoner og Forbrukerombudet behandle de privatrettslige sidene ved en og samme overtredelse, i henhold til juridiske begreper med relativt lik utforming, men med ulikt virkeområde og med andre formål. Det samme juridiske begrepet, som for eks "kundens interesse" kan derfor med dette forslaget få én betydning i en privatrettslig kontekst, håndhevet av Forbrukerombudet, og én betydning i en offentligrettslig kontekts, håndhevet av Finanstilsynet, med behov for klargjøring av respektive virkeområder. Dette er ikke heldig.

Dette leder over til det siste poenget i denne sammenhengen. Det foreslåtte regelverket griper på avgjørende måte inn i andre regelsett, som kjøpsloven, verdipapirhandelloven, forsikringsavtaleloven, finansforetaksloven, IPS-loven, hvitvaskingsreglene, personvernreglene, etc. Flere av disse lovene er under, eller har nettopp vært gjenstand for, omfattende oppdateringer og endringer som følge av EU-direktiver og –forordninger. Å innføre en ny lov som griper inn i, og konkurrerer med, disse lovene og reformprosjektene, vil føre til en kaotisk regulatorisk situasjon med flere tilsynsmyndigheter. Norge har nå kommet relativt langt i å håndtere den store regelproduksjonen fra EU etter finanskrisen. Flere av disse har lojalitet til EU-direktivene som overordnet formål, som for eks verdipapirlovutvalgets tre utredninger. Det er spesielt uheldig hvis det samtidig skulle igangsettes en reform av finansavtaleloven som har et særnorsk rettspolitisk preg, underlagt strenge plikt-, erstatnings- og bevisregler, og som kommer i tillegg og ligger "oppå" et vel etablert rammeverk. Det hadde vært en fordel om disse reformprosjektene hadde fått etablert seg før man gikk lenger enn en hva en lojal implementering av de tre EU-direktivene medfører, særlig når departementet ikke har dokumentert noe behov for denne reformen. I denne sammenheng kan nevnes at EU også har kommet relativt langt med sitt kapitalmarkedsunionsprosjekt (CMU), som nettopp har sitt formål å stimulere kredittmarkedene for små og mellomstore bedrifter, og å stimulere investeringsmarkedet for forbrukere. Departementets forslag vil sette alvorlige hindringer i veien for et slikt prosjekts mulighet for å kunne virke i Norge. Det kan godt være dette er rettspolitisk ønskelig, men igjen burde dette bli håndtert av et større og bredere sammensatt utvalg.

***

Professor, dr. juris, Morten Kinander
Leder Senter for finansregulering ved Institutt for rettsvitenskap og styring/Handelshøyskolen BI