



Justis- og beredskapsdepartementet

Sendt elektronisk

Deres ref.: 17/4746 EP HEA/MEK/bj
Vår ref.: 255501

Dato: 19. desember 2017

Høring - Revisjon av finansavtaleloven

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 7.9.2017 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for bank, finansiering og valuta. Lovutvalget består av Kjersti Tøgard Trøbråten (leder), Rudi Mikal Christensen, Linn Hertwig Eidsheim, Thorbjørn Gjerde, Kjersti Hønstad og Peter Aall Simonsen.

2. Bakgrunn

Advokatforeningen anser at lovforslaget faller i to nokså ulike deler. Den ene delen gjelder implementering av en rekke direktiver, mens den andre delen gjelder forslag om til dels omfattende endringer i avtalerettslig regulering av finansavtaler.

Advokatforeningen har begrensede merknader til direktivimplementeringen. Advokatforeningen merker seg imidlertid at departementet på flere områder velger å utnytte det nasjonale handlingsrommet. På

generelt grunnlag skal det bemerkes at når nasjonale valg benyttes på en måte som skjerper reglene bør vurderingene minst innebære en interesseavveining mellom kryssende hensyn, en vurdering av behovet for å innføre (eller videreføre) strengere regler enn hva direktivet oppstiller, samt mulige konsekvenser for konkurransen. Advokatforeningen registrerer at denne type vurderinger i stor grad mangler i høringsnotatet. Det må også vurderes nøye om noen av regelforslagene går ut over det nasjonale spillerom.

Advokatforeningen er også av den oppfatning at høringsnotatet underkommunerer de mange prinsipielle endringene som foreslås. Som eksempel kan nevnes beskrivelsen på s. 23, 3. avsnitt, hvor det antas at den nye ansvarsmodellen synes å være i overensstemmelse med allerede gjeldende ulovfestet rett.

3. Generelle kommentarer

Advokatforeningens vurdering er at de forslag som fremmes i høringsnotatet kapittel 2 krever en annen lovforberedelsesprosess enn den som er benyttet i dette tilfellet. De forslag som fremmes medfører vesentlige endringer i gjeldende rettssituasjon på finansområdet.

Advokatforeningen deler høringsnotatets antakelse om at det kan være et behov for revisjon av finansavtaleloven ut over det som er nødvendig for å oppfylle Norges EØS-rettslige forpliktelser. Det kan også være behov for å redusere gjeldsveksten og ytterligere beskytte forbrukere mot å oppta risikofylte lån. Advokatforeningen mener imidlertid at denne type forslag fordrer et bredt sammensatt lovutvalg hvor ulike interesser og synspunkter får anledning til å fremme sitt syn i det høringsdokument som skal presenteres overfor høringsinstansene. Et bredere sammensatt lovutvalg ville ventelig også bidratt til større klarhet i deler av lovforslaget. Som eksempel kan nevnes virkeområdet for de rettslige standardene § 4 i forhold til annet regelverk hvor handlingsnormer helt eller delvis også består av rettslige standarder. Et eksempel her er verdipapirhandelloven § 10-11 om god forretningsskikk for verdipapirforetak. Advokatforeningen antar at forholdet til fullharmonisert regelverk på områder som faller innenfor lovforslaget også kunne blitt tydeligere adressert. Et eksempel på dette er MiFID-regelverket og PRIIPS-regelverket.

Advokatforeningen er også usikker på om den faktiske og rettslige kartleggingen gir nødvendig grunnlag for de nokså omfattende endringsforslag som fremmes. Det vises eksempelvis til høringsnotatets omtale av EU-domstolens avgjørelse (C-449/13) og Finansklagenemndas praksis, hvor Advokatforeningen har oppfattet at det er ulike oppfatninger om hva som kan utledes av disse kildene.

Ytterligere uttalte hensyn, spesielt til lovforslaget kapittel 1, er å oppnå rettsavklaring i enkelte sentrale spørsmål for å bedre forutberegnelighet for foretakene og sikre bedre rettsbeskyttelse for forbrukerne (høringsnotatet s. 15). Advokatforeningen er i tvil om det finnes tilstrekkelig empirisk grunnlag som støtter antakelsen om behov for rettsavklaring og økt forbrukerbeskyttelse.

Advokatforeningen mener også at den tolkningstvill som knytter seg til flere av forslagene, se nedenfor, kunne vært redusert eller helt unngått dersom et bredt sammensatt utvalg hadde hatt anledning til å arbeide frem et felles forslag.

Advokatforeningen har merket seg Regelrådets vurdering, og støtter de vurderinger som der fremkommer.

Advokatforeningen anbefaler på dette grunnlag at lovendringsforslagene som går ut over direktivimplementering utsettes og underlegges et bredt sammensatt lovutvalg.

4. Konkrete merknader

4.1 Til lovforslagets kapittel 1 - Innledende bestemmelser

Det foreslås i §1 å endre lovens virkeområde slik at avtaletypen (finansavtaler) som sådan gjøres til gjenstand for regulering, og at koplingen til ulike former for institusjoner utgår (høringsnotatet s. 15, samt side 41). Advokatforeningen mener denne endringen ikke er tilstrekkelig utredet. Virkeområdet fremstår som skjønnsmessig og uklart, og antas å kunne virke prosessdrivende.

Virkeområdet skal også omfatte "finansoppdrag" (høringsnotatet s. 16). Med finansoppdrag menes en tjenesteavtale i tilknytning til en finansavtale hvor oppdragstakeren selv ikke er part i finansavtalen. Etter ordlyden omfattes blant annet advokater som yter juridisk bistand ved frem forhandling av låneavtaler og andre finansielle tilretteleggere for gjeldsstruktureringer. Også viktige samfunnsinstitusjoner som Nordic Trustee AS (tidligere Norsk Tillitsmann ASA) omfattes etter ordlyden av begrepet. Advokatforeningen stiller spørsmål ved om ordlyden har fått den tiltenkte rekkevidden.

Dersom det har vært intensjonen å omfatte denne type tjenestetilbydere, mener Advokatforeningen at det bør foretas en grundigere analyse av behovet for en slik utvidelse.

Endringen skaper også usikkerhet om hvem som anses som tjenesteyter i ulike sammenhenger, se eksempelvis § 5 første ledd, som til forskjell fra § 4 ikke synes begrenset til tjenesteytere som opptre i næring.

Høringsnotatet klargjør ikke grensesnittet mellom lovforslaget og fullharmoniserte regler, idet investeringstjenester omfattes (høringsnotatet s. 17).

Det foreslås å utvide dagens finansavtalelov til å omfatte IPS (høringsnotatet s. 17). Forslaget er ikke begrunnet, ut over at det "kan være hensiktsmessig". Advokatforeningen mener at utvidelse av virksomhetsområdet må begrunnes.

Det foreslås at alle tilbud rettet til kunden skal baseres på en behovsanalyse. Advokatforeningen mener det er behov for ytterligere veiledning av hva som menes med "tilbud" i denne sammenheng, idet forslaget i praksis innebærer en kartleggings- og rådgivningsforpliktelse, fremfor informasjonsplikt. Forslaget fremgår av § 4 annet ledd siste setning, og er ikke særskilt kommentert i høringsnotatets omtale av § 4.

Nye erstatningsregler synes primært begrunnet i at avtaleloven § 36 ikke utgjør et hensiktsmessig rettsgrunnlag. Advokatforeningen antar at det rettslige grunnlaget som anføres i konkrete tvister vil være avhengig av hva saksøker ønsker dom for. Dersom saksøker ønsker dom for avtalerevisjon vil avtaleloven § 36 være et riktig rettsgrunnlag, også selv om ny lov skulle bli vedtatt i den form det er foreslått.

Forslaget innebærer følgende skjerping av det ulovfestede profesjonsansvaret som i dag gjelder for profesjonelle tjenestetilbydere (høringsnotatet s. 21-31):

- Skjerping av ansvarsgrunnlaget til objektivt ansvar med unntak for en svært streng force majeure-bestemmelse.
- Snudd bevisbyrde ved brudd på plikter etter lov eller forskrift. Dette vil etter ordlyden gjelde for mer skjønnsmessige forpliktelser som eksempelvis omhandlet i forslaget § 4, ikke kun for konkret opplysningsplikt eller rådgivningsplikt
- Svekkelse av beviskraften ved bruk av sertifikat til elektronisk signatur
- Ingen erstatningsrettslig vurdering av om brudd på offentligrettslige regler innebærer at krav til ansvarsgrunnlag er oppfylt
- Ansvar for indirekte tap
- Ingen tapsbegrensningsplikt ved visse overtredelser fra tjenesteyters side, jf §§ 80(2) og 96(2)

Advokatforeningen viser til sine generelle kommentarer, og mener at disse endringene krever et mer gjennomarbeidet forslag fra et lovutvalg som representerer ulike interesser.

Forslaget legger opp til "digitalt førstevalg" (høringsnotatet s. 33-34). Forslaget innebærer at tjenesteyter skal kunne kommunisere elektronisk uten forutgående samtykke. Samtidig foreslås det at dersom kunden ikke har samtykket, har tjenesteyter risikoen for at informasjonen faktisk når frem til kunden. Forslaget legger opp til at informasjonen skal komme til kundens kunnskap. Advokatforeningen antar at det kan være svært utfordrende å sikre at elektronisk kommunikasjon har kommet til noens kunnskap, da det ikke er gitt at e-postkasser mv. disponeres av kunden alene. Idet tillit til elektronisk signatur også svekkes, er Advokatforeningen i tvil om denne del av bestemmelsen i praksis kan benyttes av tjenesteyter. Advokatforeningen savner en vurdering av om eksempelvis en løsning med passivt samtykke (eksempelvis har kunden kontakter tjenestetilbyder via e-post, inngår avtalen elektronisk eller oppgir sin e-post) kan være mer egnet.

I høringsnotatet (side 35) bes det om høringsinstansenes innspill på om uavhengighetskravet for meglere også bør gjelde finansagenter og finansrådgivere. Advokatforeningen antar at spørsmålet reelt sett gjelder hvorvidt det er behov for at kunder kan ha representanter som først og fremst har kundens interesse for øye (rådgivere) og at tjenestetilbydere kan ha eksterne representanter som anses som en forlenget arm av tilbydereren selv (agenter). Advokatforeningen kan ikke se at det er identifisert noen hensyn som tilsier at slike representanter ikke bør kunne oppnevnes.

Advokatforeningen anbefaler for øvrig at begrepsbruken for mellommannsfunksjoner i finansforetaksloven, forsikringsformidlingsloven og finansavtaleloven harmoniseres. Det benyttes begreper som "formidler", "agent", "megler" og "rådgiver" uten noen klar og enhetlig forståelse. Begrepet "formidler" brukes eksempelvis som et samlebegrep på meglere og agenter i forsikringsformidlingsloven, mens "formidler" finansforetaksloven tilsynelatende skal forstås synonymt med megler.

I §17 foreslås at Forbrukerombudet og Markedsføringsrådet skal føre tilsyn med loven og tilhørende bestemmelser. Advokatforeningen mener det bør foretas en bredere analyse av tilsynsansvaret, herunder grensesnittet mellom de relevante tilsynsorganene, særlig i lys av den foreslåtte erstatningsmessige betydningen av offentligrettslige brudd.

4.2 Til lovforslagets kapittel 3 - Kontoavtaler og betalingstjenester

I høringsnotatet (s. 43) bes det om høringsinstansenes syn på om begrepet "innskudd" bør beholdes, og om dagens unntak i finansavtaleloven § 10 bør videreføres. Advokatforeningen mener begrepet "innskudd" bør beholdes, idet dette bidrar til klarhet i loven. Tilsvarende gjelder unntaket i finansavtaleloven § 10. Verdipapirfondloven benytter eksempelvis begrepet "kapitalinnskudd" i definisjonen av verdipapirfond. Det synes unødvendig å skape tolkningstvil her.

I høringsnotatet (s. 48) bes det om høringsinstansenes syn på om grunnleggende betalingskonto bør være en særskilt produktkategori. Høringsnotatet synes ikke å identifisere hensyn som tilsier at det er nødvendig med en slik regulering, og Advokatforeningen antar dermed at dette ikke er nødvendig.

Det bes også om høringsinstansenes syn på om det bør inntas unntak for begrensede betalingskort (høringsnotatet s. 94). Advokatforeningen kan ikke se at høringsnotatet identifiserer hensyn som tilsier at unntaket ikke bør implementeres, og antar derfor at unntaket bør inntas i loven.

4.3 Til lovforslaget kapittel 4 - Kredittavtaler

Høringsnotatet legger opp til en vesentlig innstramning i avtalefriheten mellom finansforetak og næringsdrivende og næringsdrivende imellom uten at dette er tilstrekkelig begrunnet. Advokatforeningen anser en slik tilnærming, uten at det er foretatt en konsekvensvurdering og bredere forankring, som uheldig.

Forhold som behov for fleksibilitet i avtalestrukturen, hvem av partene som eventuelt skal være pålagt omsorgsplikt for den andre er ikke tilstrekkelig utredet og drøftet, blant annet sett hen til at lovens kobling mot institusjonene foreslås opphevet.

Høringsinstansene bes i høringsnotatet side 103 om å uttale seg om hvorvidt et forbud mot markedsføring i sosial media er hensiktsmessig, og om eventuelle konsekvenser av slikt forbud. Advokatforeningen vil anta at i tillegg til den mulige utfordringen med å definere hva som skal anses som sosiale media vil et slikt forbud blant annet ha sider mot konkurransen i markedet som må vurderes nærmere.

Advokatforeningen vil også bemerke at avståelsesplikt ut over Boliglånsdirektivets rekkevidde med fordel kunne vært underlagt en bredere analyse, hvor også forholdet til tilgrensende lovgivning bør klargjøres.

Det er videre en begrepsbruk som «boliglån» og «realkreditt» som bes presiseres nærmere og likeledes sammenhengen med boliglånsforskriften som favner videre enn forbrukere slike den er innrettet i dag. Advokatforeningen tillater seg å påpeke at anvendelsesområdet bør vurderes begrenses til det boligkredittdirektivets primære formål, å regulere boliglån til forbrukere, jf MCD art 3.

4.4 Til lovforslaget kapittel 5 - Kausjon

Advokatforeningen viser til den utvidede anvendelse (side 114 i høringsnotatet) for reglene til å gjelde næringsdrivende så vel som forbrukere. Det bør vurderes nærmere hvilke konsekvenser dette kan få hensyntatt at næringsdrivende ofte har organisert sin virksomhet gjennom flere rettssubjekt, sett opp mot de plikter som nå oppstilles for finansnæringen. Se særlig dette også i sammenheng med § 96 hvor

tilsvarende regel som for § 80 og kredittytting om kredittvurdering gjelder ved kausjon.

Advokatforeningen vil imidlertid også peke på de potensielt negative følgene av kravet i § 4 (1) om at tjenesteyter skal opptre i kundens interesse. En kausjon vil sjeldent være i kundens (kausjonistens) interesse. Kausjonen er avledet av kredittkundens interesser. Det vil derfor være en reell risiko for at en kausjonist i ettertid når kausjonen eventuelt gjøres gjeldende, vil påberope seg denne bestemmelsen og kreve erstatning eller lemping av sitt ansvar.

Andre eksempler på bestemmelser som i for stor grad synes å innskrenke avtalefriheten er bl.a. lovforslaget § 103(4) om tidsbegrensning for kausjonsansvaret som nå er foreslått ufravikelig også i næringsforhold, samt utvidet varslingsplikt i lovforslagets § 99 som etter lovforslagets § 103 (3) kan føre til reduksjon i kausjonistens ansvar. Det er vanskelig å se begrunnelsen for at næringsdrivende ikke skal ha anledning til å fravike nevnte tidsbegrensninger og varslingskrav.

Vi bemerker på den annen side at forslaget i §§ 97 (3), jf. 94 (1) om at krav til maksimumsbeløp for kausjoner skal kunne fravikes i næringsforhold innebærer en praktisk forenkling, som på en fornuftig måte kan avhjelpe dagens praksis med et kunstig høyt kausjonsbeløp for bl.a. å sikre dekning for utgifter til mislighold.

4.5 Til lovforslaget kapittel 6 - Avsluttende bestemmelser

Høringsinstansene bes vurdere om det er behov for overtredelsesgebyr, og i tilfelle hvilke bestemmelser hvor brudd bør sanksjoneres med et slikt gebyr. Advokatforeningen mener dette punktet ikke er egnet for frie innspill fra høringsinstansene, men burde vært utredet med konkret forslag. For det tilfelle at departementet velger å fremme forslag fra en høringsinstans som del av lovforslaget, vil det innebære at lovforslaget ikke har vært gjenstand for høring fra øvrige instanser. Advokatforeningen anbefaler ikke en slik fremgangsmåte.

4.6 Til lovforslaget kapittel 8 - Økonomiske- og administrative konsekvenser

Høringsnotatet legger til grunn at lovforslaget vil ha begrensede konsekvenser for domstoler og tilsynsorganer (s. 115-116). Advokatforeningen er i tvil om dette er en treffende vurdering. Det vises til at virkeområdet for loven fremstår som vanskelig tilgjengelig og grensedragningen mot annen lovgivning er uklar. Til dette kommer at kunden i lovforslaget vil ha reduserte incentiver til å opptre aktsomt under det foreslåtte regimet. Advokatforeningen antar dermed at det er vanskelig å forutse konsekvensene for domstoler og tilsynsorganer, men heller mot at de nye reglene vil medføre en økning i tvister og prosesser – i alle fall i en overgangsperiode.

Høringsnotatet legger videre til grunn at forslaget virker rettsavklarende for næringsdrivende (s. 117). Advokatforeningen er i tvil om så er tilfelle. Det vises særlig til at lovens kobling opp mot spesifikke foretakstyper foreslås opphevet.

5. Tekniske merknader

Advokatforeningen bemerker at utkast til lovtekst synes å inneholde enkelte henvisninger som ikke er korrekte, samt skrivefeil etc. Som eksempler nevnes:

1. Henvisningen i § 2 til § 10 annet ledd.
Vi antar at referansen til § 10 annet ledd skal flyttes til mellom § 8 og § 11. "Følgende bestemmelser skal ikke fravikes til skade for noen kunde: § 4 første og fjerde ledd, § 5, § 10 annet ledd, § 7, § 8, § 11, § 12, § 13, § 15 § 18, § 19, § 20, § 21 annet ledd, § 26 annet ledd annet og ..."

2. Henvisningen i § 2 til § 26 (2) annet og tredje punktum
I utkastet § 2 er § 26 (2) annet og tredje punktum listet opp som en ufravikelig bestemmelse. § 26 (2) har kun ett punktum, slik at denne henvisningen er feil. Det er sannsynlig at meningen har vært å henvise til § 26 (1) annet og tredje punktum. § 26 (1) viderefører gjeldene finansavtalelov § 39 b (1) (hvor annet punktum er ufravikelig) og i kommentaren til § 26 i lovutkastet heter det at "Bestemmelsen er i hovedsak en videreføring av gjeldende § 39 b, men med noen endringer."

En henvisning til bestemmelsen tredje punktum er imidlertid overflødig, i og med at dette dreier seg om forbrukerbeskyttelse – punktet er dermed ufravikelig allerede etter utkastet § 2 første punktum.

3. Henvisningen i § 31 til § 32 (f) og (g)
Vi antar at det skal vises til § 32 annet ledd (f) og (g) da f og g er opplistet i annet ledd.

4. Henvisningen i § 43 (4)
I § 43 (4) heter det at "Fjerde ledd gjelder tilsvarende dersom kunden hever i samsvar med § 10." Dette må bero på en feil, og det er sannsynlig at henvisningen skal være til tredje ledd. Dette samsvarer i det vesentlige med gjeldende rett, se finansavtl. § 20 (4). Kostnader er feilskrevet som "kostander" (dette gjelder flere steder i høringsnotatet).

5. Henvisningen i § 64 (3) til § 57 (2)
I utkastet § 64 (3) heter det at "Kunden svarer med en egenandel på inntil 12 000 kroner dersom tapet skyldes at kunden grovt uaktsomt har unnlatt å oppfylle sine plikter etter § 57 annet ledd (...)" Bestemmelsen svarer til gjeldende § 35 (3).

Av § 57 (2) følger det imidlertid ingen plikter for kunden, men for utsteder, slik at denne henvisningen antas å være feil. Det er sannsynlig at henvisningen egentlig er ment å være til § 57 (1), hvilket samsvarer med gjeldende rett, hvor det i finansavtl. § 35 (3) vises til kundens plikt etter § 34 (1), som i det vesentlige tilsvarende utkastet § 57 (1). Det nevnes at det her også er en feil i lovspeilet, hvor det står at utkastet § 34 tilsvarende loven § 34 – utkastet § 34 gjelder "elektroniske småpenger".

Som et strukturelt innspill bemerkes at enkelte bestemmelser ikke nødvendigvis er intuitivt/logisk plassert i lovutkastet, så som f.eks. § 28 Sletting av pant og § 29 *Fordringer oppstått ved spill og veddemål* (i kapittel 2 Betalingsoppgjør). Muligens er disse bedre plassert i, f.eks., kapittel 1.

Hva gjelder harmonisering: I kapitlet om kausjon kunne dette gjerne, hvis det skal speile kapitteloppbyggingen for kredittavtaler (og kontoavtaler), også inneholde et underkapittel *kalt "III Etter at kausjonsavtale er inngått"*.



Jens Johan Hjort
leder

Vennlig hilsen



Merete Smith
generalsekretær

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no