

Justis- og beredskapsdepartementet
via høringsportal

Vår dato: 15.12.2017
Deres dato: 07.09.2017
Vår referanse:
Deres referanse: 17/4746 EP

Høring: Ny finansavtalelov

Oppsummering av NHOs synspunkter

Finansavtaleloven er en viktig lov for både leverandører og mottakere av tjenester. Reguleringene har direkte betydning for virkemåten i kredittmarkedene, som er sentrale for bedriftene – særlig for SMB. Det er positivt at myndighetene har som mål at vi har en oppdatert og markeditilpasset lovgivning på dette området.

Vi mener loven ikke bør gjelde mellom næringsdrivende (som ikke er finansinstitusjoner o.l.). Overfor forbrukere bør forpliktelsene for slike næringsdrivende ikke være mer omfattende enn i dag. Den utvidelsen av virkeområdet (til alle kredittytelser) og de utvidede forpliktelsene som er foreslått lagt på kredittyttere er så omfattende at de kan ha betydning for både tilbudssiden og etterspørselssiden i de markedene som er berørt. Dette aspektet er ikke berørt i høringsnotatet, og det gjør at flere av forslagene blir vanskelig å vurdere.

Det er selvsagt en stor utfordring å slå sammen reguleringer av både offentligrettslig og privatrettslig karakter, med vesensforskjellige aktører på både tilbudssiden og etterspørselssiden. Videre er det et stort mangfold i de tjenestene man skal regulere, i omfang så vel som i kompleksitet og betydning for den enkelte kunde. Som det går frem nedenfor, mener vi at de mange forslagene som primært er rettet mot forholdet mellom finansinstitusjoner o.l. og forbrukere ikke er egnet for direkte overføring til forholdene næringsdrivende imellom eller til forholdene mellom næringsdrivende og forbrukere.

Uavhengig av hvordan departementet behandler saken videre, mener vi at man bør prioritere gjennomføringen av PSD2.

Begrunnelsen for våre synspunkter fremgår nærmere nedenfor. Et gjennomgående poeng er at virkninger av forslagene i høringsnotatet ikke er godt nok utredet og beskrevet.

Næringsdrivende som kredittyttere

Departementet foreslår i § 1 at loven skal gjelde for enhver kredittytelse. Vi legger til grunn at det betyr at enhver yter av kreditt er omfattet, uavhengig av om yteren er et foretak som driver finansieringsvirksomhet i finansforetakslovens forstand. Det vil igjen si at også en som yter kreditt i egenskap av selger av varer eller tjenester vil være omfattet av finansavtaleloven, selv om

det ikke er snakk om finansieringsvirksomhet etter finansforetaksloven § 2-1 tredje ledd bokstav d eller f.

I dette høringssvaret omtaler vi slike selgere/kredittyttere som "næringsdrivende", mens vi omtaler finansforetak som "finansinstitusjoner o.l." i tråd med gjeldende finansavtalelov.

Forslaget fra departementet vil innebære at enhver avtale der kunden ikke skal betale samtidig med at han mottar realytelsen (varen eller tjenesten) i prinsippet blir omfattet av loven. Ved salg fra næringsdrivende til andre næringsdrivende er det svært vanlig at det ikke er samtidighet mellom ytelsene. Det er tvert imot helt vanlig at kunden betaler etter at varen eller tjenesten er levert. I løpende avtaleforhold – som utviklingsprosjekter – kan det hende at kunden betaler a konto, som innebærer løpende kreditt til eller fra kunden siden man ikke alltid vet om det er samsvar mellom størrelsen på betalingen og det realdebitor har ytt til enhver tid. Beslektet med dette er ulike former for abonnementsordninger, der det ikke uvanlig at kunden betaler på forhånd – det er altså leverandøren/selgeren som mottar kreditt.

At finansavtalelovens anvendelsesområde kan være uklart er det ikke vanskelig å være enig i. For "kreditt mellom næringsdrivende" (annet enn finansinstitusjoner o.l.) er det tre bestemmelser som gjelder:

- § 52 om førtidig forfall
- § 53 om førtidig tilbakebetaling
- § 54 a om avregning av gjeldsposter

Reglene er fullt ut fravikelige, jf. § 2 første og annet ledd. Langt på vei er det snakk om regler som uansett følger av gjeldsbrevloven og ulovfestet kontrakts-/pengekravsrett.

Det er vanskelig å finne noen egentlig begrunnelse i høringsnotatet for forslaget om at hele loven i prinsippet skal gjelde for all kreditt mellom næringsdrivende. Særlig gjelder disse vanskene for kapittel 1 (uavhengig av fravikelighet).

En begrunnelse er tilsynelatende at det er "vanlig i kontraktlovgivningen ellers" å regulere avtale*typer* i stedet for å knytte reguleringen til hvem som er parter i avtalen. Det er ikke dokumentert nærmere at dette er "vanlig". Heller ikke er overføringsverdien fra "kontraktlovgivningen ellers" til finansavtaler vurdert.

Det er mulig at referansene til definisjonene av finansielle tjenester i angrerettloven og direktivet om forbrukerrettigheter er ment å være dokumentasjon for det som er "vanlig i kontraktlovgivningen". Disse reguleringene tar imidlertid nettopp hensyn til hvem som er parter i slike avtaler (for eksempel "forbruker"). Referansene kan derfor ikke utgjøre dokumentasjon som nevnt.

Bakgrunnen for lovforslaget er angitt å være blant annet at regelverket skal bli "mer tidsmessig og brukervennlig". Departementet begrunner ikke at tidsmessighet eller brukervennlighet gjør at all kreditt mellom næringsdrivende må være omfattet av loven.

En hel rekke finansielle tjenester kan ytes bare av foretak som har offentligrettslig tillatelse. Det er imidlertid ikke nødvendig med tillatelse for å selge varer og tjenester på kreditt eller for å yte finansiering i enkeltstående tilfeller, jf. finansforetaksloven. Selgere har normalt heller ikke den bakgrunnen som er nødvendig for å opptre på den måten den foreslåtte loven legger opp til. Kjøpere har heller neppe grunn til å vente slik opptreden. Balanseforholdet mellom partene tilsier ikke nødvendigvis at loven bør gjelde, og det er i alle fall ikke en vurdering som er gjort i høringsnotatet. Ofte vil kreditten være *alene* i kjøperens interesse – uavhengig av om kunden er næringsdrivende eller forbruker, og det er da ikke gitt at det er riktig å pålegge selger en hel del forpliktelser.

Avhengig av fravikeligheten i en eventuell lov, vil det som nevnt ovenfor være snakk om dobbeltregulering, som vi mener man bør unngå.

Det følger av ovennevnte at vi mener at avtaler der det er næringsdrivende som er avtaleparter ikke bør være omfattet av loven. Dette gjelder selv om reglene er fravikelige.

Når det gjelder næringsdrivendes kredittytelser overfor forbrukere, mener vi det ikke er påvist noe begrunnet behov for å utvide beskyttelsen. Det hører med til dette at det ofte vil være snakk om forhold der selgeren ikke har noen interesse i at betalingen kommer etter at realytelsen er levert. Selger vil tvert imot kunne løpe en lite ønsket kredittrisiko, alene fordi kjøper stiller det som vilkår for å handle. Dette skiller seg fra situasjonen der kreditten er i kredittyters interesse, fordi kredittyters forretning består nettopp i å påta seg kredittrisiko.

Lovens fravikelighet

Om kreditt mellom næringsdrivende skulle bli omfattet av loven vil muligheten til å fravike reglene spille en stor rolle. Som det går frem nedenfor kan denne muligheten bli så komplisert at det i seg selv kan utgjøre et argument for at kreditt mellom næringsdrivende ikke skal være omfattet av loven.

Departementets primære forslag er at loven skal være fravikelig på en del punkter når det er næringsdrivende som yter kreditt til en annen næringsdrivende. En stor del av de reglene som er foreslått å være ufravikelige i kapittel I avsnitt I (§ 4 første og fjerde ledd og §§ 5, 7 og 8), II (§ 10 annet ledd og §§ 11-13) og III (§ 15) må regnes som fremmede – og til dels svært fremmede – i slike avtaleforhold. Behovet for ufravikeligheten er ikke begrunnet. Konsekvensene av dem er heller ikke utredet.

Et alternativt forslag i høringsnotatet er at loven skal være ufravikelig overfor forbrukere og overfor mikroforetak. Det er ikke gitt noen begrunnelse i høringsnotatet i det hele tatt for hvorfor mikroforetak skal bli behandlet på noen annen måte enn andre bedrifter. Heller er det ikke beskrevet hvilke konsekvenser det kan ha å gjennomføre et slikt forslag. Det kan hende at det kunne være grunnlag for den sontringen som er foreslått. Det er likevel ikke mulig å vurdere det når ingen begrunnelse er gitt i høringsnotatet.

I den grad regler er fravikelige – i en forstand frivillige – kan man hevde at næringsdrivende som ikke ønsker å bruke reglene seg imellom enkelt kan avtale at reglene ikke skal gjelde i avtaleforholdet.

Ankepunktet mot dette er for det første at næringsdrivende må vite at reglene finnes for å være i stand til å velge seg bort fra dem. Vi frykter at det vil ta lang tid – om det noen gang vil skje – før næringsdrivende blir kjent med at det er kommet så særegne regler om kreditt som det som er foreslått. Også næringsdrivende som bruker egne, standardiserte vilkår – i motsetning til individuelt fremforhandlede – vil kunne bli påført risiko ved ikke å ta stilling til lovreglene, fordi de ikke er kjent. Reglene kan altså virke som en "felle" for de som ikke er kjent med at reglene finnes, både på kreditorsiden og debitorsiden. Dette taler imot at reglene i det hele tatt bør gjelde mellom næringsdrivende.

Et annet ankepunkt er at næringsdrivende må sette seg godt inn i innholdet i reglene for å vite hva de kan eller bør avtale seg ut av og for å vurdere den risikofordelingen reglene legger opp til. Det vil også være snakk om å reformulere mange standardvilkår. Som det fremgår nedenfor, mener vi at forslaget innfører en hel rekke nye lovregler, som avviker fra det som følger av alminnelig, ulovfestet kontraktsrett.

Når kreditten – betalingsutsettelsen – er over 90 dager er det etter § 73 tredje ledd "bare § 76 første og annet ledd og §§ 86-88" i kapittel 3 som skal gjelde, og de skal være fravikelige. Betingelsen er at både yter og mottaker av kreditt "opptrer innenfor rammen av sin næringsvirksomhet".

Vår vurdering er at målet om "å gjøre regelverket og terminologien enklere tilgjengelig for brukerne av de tjenester loven regulerer, og da særlig kundene" (høringsnotatet punkt 1.1) ikke er nådd når det gjelder den reguleringen som er foreslått i kapittel 4. En så komplisert lovstruktur trekker alene i retning at kreditt mellom næringsdrivende ikke bør være omfattet av loven.

Når det gjelder fravikelighet føyer vil til at fravikelse av reglene forutsetter en avtale eller noe annet som er bindende mellom partene. En del av reglene gjelder forpliktelser *før* det foreligger noen avtale eller noe kundeforhold. Da kan det være vanskelig å avtale at før-kontraktuelle forpliktelser skal fravikes.

Uavhengig av hvilke kredittyttere som skal være omfattet, mener vi nivået på beskyttelsen av kundene burde vært drøftet nærmere ut fra et konkurransesynspunkt. En situasjon der kredittyttere kan konkurrere om å gi den beste kundebeskyttelsen, ville etter vår mening være positiv for markedet. Med det nivået som er foreslått i høringsnotatet tror vi imidlertid den situasjonen ikke oppstår.

Nærmere om forslagene i høringsnotatet

Skal loven gjelde for næringsdrivende som kredittyttere vil omfanget av og innholdet i de materielle forpliktelsene være viktig for dem. De er ikke finansinstitusjoner, og det vil koste dem mye å bli i stand til å etterleve forpliktelser som er tilpasset finansinstitusjoner.

Behov for beskyttelse av forbrukere er et anerkjent politisk hensyn i reguleringer. Når næringsdrivende yter kreditt til forbrukere må det likevel vurderes om balansen mellom dem tilsier så omfattende beskyttelse som forslaget legger opp til. Samtidig er det neppe en god løsning at forbrukerbeskyttelsen for samme type kredittytelse er ulik avhengig av hva slags kredittyster det er snakk om.

Ovenstående kan tilsi at forpliktelsene på kredittyster bør være mindre omfattende enn det forslaget går ut på, slik at etterlevelse for næringsdrivendes del ikke blir for kostbar.

Vi har ikke anledning til å gjennomgå det lange høringsnotatet i detalj. Vi regner med at andre høringsinstanser vil peke på ganske mange og store uklarheter og uavklarte spørsmål. Likevel finner vi grunn til å påpeke enkelte forhold.

Kapittel 1. Innledende bestemmelser

I den grad loven skal gjelde for næringsdrivende som kredittyttere, går § 4 svært langt i å pålegge kredittyster forpliktelser overfor kunder. Fra en forbrukers ståsted er det selvfølgelig en fordel å kunne regne med at tjenesteyteren ivaretar vedkommendes interesse. Spørsmålet er likevel om de kredittytelsene en forbruker faktisk mottar fra en næringsdrivende er av en slik karakter og et slikt omfang at det er realistisk at næringsdrivende kan ha kompetanse til å drive så omfattende rådgivning som forslaget legger opp til. Resultatet kan bli at tjenestene ikke blir ytt. Det er i så fall en effekt på tilbudssiden som bør utredes nærmere.

Høringsnotatet omtaler ikke den generelle lojalitetsplikten som gjelder i alle kontraktsforhold. Denne utelatelsen gjør at det ikke er mulig å vurdere hvilken forskjell departementet eventuelt mener at det er mellom gjeldende rett og det de foreslår. Mener departementet at de ikke er noen forskjell, burde det fremgå tydelig.

I spesialmerknadene (side 118-119) er det riktignok skrevet at bestemmelsen "innebærer en kodifisering av kravet om at tjenesteyteren skal kjenne sin kunde og tilpasse tilbudene som gis deretter". De eksemplene på lovbestemmelser som er nevnt, gjelder imidlertid kun finansinstitusjoner o.l. For andre foretak – som etter forslaget vil være omfattet av loven – gjelder disse eksemplene ikke. Forslaget blir dermed stående uten begrunnelse for deres del.

Vi legger til grunn at enhver yter av for eksempel kreditt vil være en tjenesteyter etter § 4. Ved ethvert tilfelle der kunden ikke betaler samtidig som ytelsen mottas skal realdebitor dermed "opptre ærlig, redelig og profesjonelt" og "i kundens beste interesse". Forslaget går etter vår mening utover det både det som følger av den generelle, ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold og det som gjelder etter de reglene som er regnet opp på side 118-119. Det er ikke gitt noen begrunnelse for utvidelsen. Det er ikke mulig å vurdere om forslaget er egnet til å løse det problemet forslaget er ment å løse.

For næringsdrivende som selger varer og tjenester på kreditt, vil forpliktelsene etter loven gjelde for kredittytelsen. Den vil ikke gjelde for ytelsen som består i varer eller tjenester, da vil for eksempel forbrukerkjøpsloven, håndverkertjenesteloven og kjøpsloven gjelde. At en selger skal

følge to ulike regelsett for det som for både selger og kjøper er én og samme transaksjon, er både tungvint og egnet til å skape uklarheter for begge parter.

Selv når det er snakk om finansinstitusjoner o.l. som kredittyttere mener vi forpliktelsene går langt. Kan hende er det hensiktsmessig med svært sterk kundebeskyttelse for enkelte tjenester, men man må vurdere hvilke markedsmessige konsekvenser slike beskyttende regler har. Særlig for mindre finansinstitusjoner o.l. er det mulig at forpliktelsene blir så tyngende at de lar være å tilby i alle fall enkelte tjenester hvis etterspørselen etter dem ikke er stor nok til at det blir regningssvarende å tilby dem. Redusert tilbudsside – dvs. redusert konkurranse – er åpenbart en konsekvens som burde bli vurdert.

I § 1 annet ledd er det foreslått at loven skal gjelde for avtaler med "lignende innhold som" finansavtaler. Det er en avgrensning som er for uklar.

Avsnitt II om mislighold og erstatning er upraktisk og skaper usikkerhet om hva som gjelder i selgerkreditttilfellene, jf. det vi har skrevet om ovenfor om ulike regelsett som gjelder for forskjellige deler av ytelser fra selger. Dette gjelder ikke minst for de bestemmelsene – § 10 annet ledd, §§ 11, 12, 13 og 15 – som er foreslått som ufravikelige i § 2 tredje punktum. En kunde skal altså kunne heve kredittavtalen overfor en håndverker som ikke har rådgitt godt nok rundt kreditten ved inngåelsen etter § 4. En slik hevning vil da gjelde kredittavtalen, som føre til at kreditten faller bort, og kunden må betale tjenesten umiddelbart.

Når det gjelder erstatning er vi enig i departementets uttalelse om at man bør være tilbakeholdne med å innføre særregler for én profesjon når det gjelder klare avvik fra alminnelige erstatningsrettslige regler, jf. høringssvaret til Finansdepartementet 1. desember 2017 (om revisorloven). Dette synspunktet mener vi gjelder like mye i det spørsmålet som nå er på høring.

Drøftelsen i høringsnotatet gjelder i hovedsak forholdene rundt finansinstitusjoner o.l. i egenskap kredittyttere og forbrukere som kredittkunder. Uavhengig av synet på drøftelsene og konklusjonene i høringsnotatet er det neppe grunnlag for å si at slike andre næringsdrivende har det samme profesjonsansvar som finansinstitusjonene o.l. Når departementet har latt være å drøfte blant annet dette forholdet er det ikke mulig å vurdere forslaget nærmere.

Kapittel 2. Betalingsoppgjør

Det er foreslått at regelen i straffelovens ikrafttredelseslov § 12 skal videreføres i § 29 i den nye loven. Det ser ut til at det er en forskjell i ordlydene som gjør at de aktuelle fordringene anerkjennes som gyldige etter § 29 ("Fordringer oppstått..." og "forfalt fordring") mens de etter ordlyden i straffelovens ikrafttredelseslov ser ut til ikke å ha oppstått. Dette betyr at man med en ny lov blant annet vil kunne kreve fastsettelsesdom for de aktuelle kravstypene. Hvis dette er en riktig forståelse av forslaget, savner vi en begrunnelse for endringen.

Kapittel 3. Kontoavtaler og betalingstjenester

Vi legger til grunn at kapittel 3 ikke er ment å gjelde næringsdrivende. Paragraf 30 bør vise til virkeområdet for "reglene i dette kapitlet" eller tilsvarende, på samme måte som i § 73 for kapittel 4s del, i stedet for å vise til "Reglene" med referanse kun til definisjonene i § 32.

Kapittel 4. Kredittavtaler

Departementet har foreslått at kapittel 4 ikke skal gjelde når kredittiden er ment å være kortere enn 90 dager, jf. § 73 annet ledd første punktum. Departementet foreslår at dette knyttes til tilfeller av "kreditt i form av betalingsutsettelse".

Det er uklart hva som skiller betalingsutsettelse fra andre former for kreditt. En nærliggende forståelse kan være at fordringshaveren lar skyldneren betale på et senere tidspunkt enn det som har vært avtalt – det vil være en typisk "utsettelse". Dette kan tyde på at man sikter til situasjoner med mislighold. Da passer det ikke så godt med reguleringen av fasen *før* avtaleinngåelse i avsnitt II. En annen mulig forståelse er at man sikter til transaksjoner der realytelse og betaling ikke ytes samtidig, jf. prinsippet i kjøpsloven § 10 for så vidt gjelder kjøp av "ting". I slike tilfeller – der betalingstidspunktet er avtalt å være etter at realdebitor har levert – er det etter vår vurdering ikke naturlig å referere til dette som en "utsettelse", og i alle fall ikke som noe annet enn ordinær kreditt. Ytterligere en forståelse kan være at man sikter til tilfeller der debitor betaler en tid etter levering, men uten å yte vederlag (rente) for denne fordel. Heller ikke det er noen nærliggende forståelse, siden kredittelementet fort vil være en del av den prisen kjøper betaler, jf. også departementets synspunkter i tolkningsuttalelse til Fylkesmannen i Oslo og Akershus 2. juni 2000 punkt 3.

Det er altså en del uklarheter rundt når kapittel 4 skal gjelde. Reglene følger allerede langt på vei av andre regler. De er dessuten fravikelige. Paragraf § 76 skal imidlertid ikke kunne fravikes, jf. § 2.

Kapittel 5. Kausjon

Kapittel 5 om kausjon vil være relevant mellom næringsdrivende der selskaper i et konsern for garantier for andre konsernselskapers forpliktelser. En selger av varer og tjenester på kreditt der for eksempel kjøpers morselskap gir selger garanti for at betaling vil bli mottatt, vil da kreve at selger først kredittvurderer morselskapet. Det er ikke gitt noen begrunnelse for behovet for denne kredittvurderingen.

Næringsdrivende som yter selgerkreditt med kausjon vil normalt ikke ha forutsetninger for den type kredittvurderinger det er snakk om.

Vurderingene i høringsnotatet av konsekvensene av forslagene

Som det går frem ovenfor, mener vi at en del av forslagene ikke er tilstrekkelig begrunnet eller utredet på en måte som gjør det mulig for høringsinstansene å vurdere forslagene.

Det utvidede virkeområdet som er foreslått vil føre til at flere kredittytelser blir omfattet. Dette vil alene føre til økte kostnader for kredittyttere. Det er uklart hvordan departementet vurderer disse kostnadene (punkt 8.3). Vurderingen *kan* leses slik at nettoeffekten "på sikt" (etter en "overgangsfase") vil være reduserte kostnader, begrunnet med effektiviseringstiltak på grunnlag av "mer ensartet lovgivning og administrative forenklinger i regelverk". I alle fall for næringsdrivende kredittytters del er det ikke enkelt å få øye på en slik mulig effekt. Det er mer sannsynlig at et utvidet virkeområde får betydning for næringsdrivendes evne og vilje til å yte kreditt, blant annet fordi kostnadene øker. En slik konsekvens – som vil ha betydning for konkurransen i de aktuelle markedene – burde vært vurdert nærmere.

Noe tilsvarende gjelder de foreslåtte mer omfattende forpliktelsene for kredittyttere, uavhengig av om de er næringsdrivende eller finansinstitusjoner e.l.

Norske bedrifter er selvsagt helt avhengig av å motta kreditt og andre finansielle tjenester som er omfattet av finansavtaleloven. Dette behovet var noe av bakgrunnen for at Kapitaltilgangutvalget ble nedsatt i april 2017. Dette utvalgets vurderinger må ses i sammenheng med det departementet har foreslått i høringsnotatet.

Også overfor forbrukere er det sannsynlig at det kan bli effekter på tilbudssiden. Slike effekter burde vært vurdert nærmere i høringsnotatet.

Norske bedrifter konkurrerer med utenlandske. Det burde vært vurdert nærmere hvilke konsekvenser forslagene vil ha for disse konkurranseforholdene når det gjelder både næringsdrivende i egenskap av ytere så vel som mottakere av kreditt og for finansinstitusjoner o.l. som tilbydere. For norske bedrifter – særlig SMB – som kredittmottakere, er det avgjørende å ha tilgang til konkurransedyktige leverandører i det norske markedet. Blir tilbudet mindre fra norske finansforetak, kan man ikke regne med at utenlandske tilbydere bidrar til å øke tilbudet i et marked som vil fremstå som relativt begrenset for dem, blant annet fordi etterspørselen gjelder norske kroner.

Med vennlig hilsen
NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON
Næringspolitisk avdeling

Per Øyvind Langeland
avdelingsdirektør

Halvor E. Sigurdson
fagleder næringsjuridisk