



Finansdepartementet

Sendes elektronisk

Deres ref.: 20/6334

Dato: 11. april 2022

Vår ref.: 317169

## **Høring NOU 2021: 10 Ny lov om folkefinansiering av næringsvirksomhet**

### **1 INNLEDNING**

Advokatforeningens tillitsvalgte advokater utfører et omfattende frivillig og ulønnet arbeid for å ivareta rettsstaten, rettssikkerheten og menneskerettighetene. En del av dette arbeidet består i å utarbeide høringsuttalelser.

Advokatforeningens høringsarbeid er organisert i 27 lovutvalg og 13 faste utvalg, oppdelt etter særskilte rettsområder og rettslige interesseområder. Om lag hundre høringsuttalelser utarbeides av Advokatforeningens tillitsvalgte advokater hvert år.

Alle våre høringsuttalelser er forfattet av advokater med ekspertise innenfor det rettsområdet som lovforslaget gjelder. En ekspertise som ikke er hentet kun fra juridisk teori, men fra advokatenes praktiske erfaring med å bistå sine klienter – i den norske rettsstatens hverdag. Denne høringsuttalelsen er skrevet ut fra Advokatforeningens ønske om å bidra til gode lovgivningsprosesser, og gode lover.

### **2 SAKENS BAKGRUNN**

Vi viser til høringen til Finansdepartementet publisert den 17. januar 2022, med høringsfrist den 17. april 2022.

Dette høringssvaret er i hovedsak utarbeidet av Advokatforeningens lovutvalg for bank, finansiering og valuta. Lovutvalget består av Kjersti Tøgard Trøbråten (leder), Elisabeth Eriksson, Carine Lindman-Johannesen, Hillevi Torngren Myhre og Eirik Solem, som alle har lang erfaring og god kompetanse innfor det aktuelle rettsområdet.

Advokatforeningen mener utredningen om folkefinansiering av næringsvirksomhet gir en god oversikt over det kommende regelverket, og anser også at en rekke viktige praktiske anvendelsesspørsmål er kommentert. Advokatforeningen ønsker imidlertid å knytte enkelte merknader til lovforslaget.

### **3 FORETAK SOM TILBYR FOLKEFINANSIERING I TILLEGG TIL ANNEN REGULERT VIRKSOMHET**

Det forutsettes i forslaget at foretak som driver annen regulert virksomhet – for eksempel finansforetak og verdipapirforetak – kan få tillatelse til å drive folkefinansieringsvirksomhet, så lenge slik virksomhet ikke strider mot de virksomhetsbegrensninger det aktuelle foretaket er underlagt. Det vises eksempelvis til at verdipapirforetak og finansforetak vil kunne få tillatelse til å tilby folkefinansiering, jf. NOU 2021: 10 punkt 3.3.4.2, 3.3.5.2 og 4.2.1.

Advokatforeningen forstår forslaget dithen at når foretak som driver annen regulert virksomhet samtidig driver folkefinansieringsvirksomhet, vil denne delen av virksomheten kun være regulert av folkefinansieringsforordningen og den nye folkefinansieringsloven, og ikke for eksempel finansforetaksloven eller verdipapirhandelloven. Det vises eksempelvis til kommentar i utredningen pkt. 3.3.4.2 og 3.3.5.2, hvor det fremgår at folkefinansieringsvirksomhet verken vil være underlagt MiFID II eller finansforetaksloven. Dette gjelder følgelig også i de situasjoner hvor tillatelse til folkefinansiering gis til foretak som ellers er underlagt MiFID II eller finansforetaksloven.

Videre tolker Advokatforeningen forslaget dithen at både rene folkefinansieringsforetak og andre særregulerte foretak med konsesjon etter folkefinansieringsloven, som for eksempel finansforetak og verdipapirforetak, vil bli regnet som «folkefinansieringsforetak», jf. utredningen pkt. 3.5.2. Dette er nødvendig for at det foreslåtte unntaket i verdipapirhandelloven i § 9-3 skal komme til anvendelse for slike særregulerte foretak slik det nå er foreslått formulert.

Advokatforeningen har ikke sterke synspunkter på om andre særregulerte foretak, som banker og verdipapirforetak, som også har konsesjon etter folkefinansieringsloven formelt betegnes som "folkefinansieringsforetak", så lenge det klart fremkommer at disse foretakene ikke må forholde seg til «doble» regelverk når de driver folkefinansieringsvirksomhet. Advokatforeningen vil imidlertid nevne at lovgiver ved implementeringen av MiFID II gikk vekk fra å benevne regne banker og kredittforetak med konsesjon etter verdipapirhandelloven som "verdipapirforetak", jf. finansforetaksloven § 2-7 og § 2-8.

Med mindre det anses klart at "verdipapirforetak" skal anses som folkefinansieringsforetak når de også har konsesjon til slik virksomhet, vil en mulig tolkningstvil kunne smitte over på rekkevidden av det foreslåtte unntaket i verdipapirhandelloven § 9-3. Advokatforeningen vil foreslå at proposisjonen klargjør dette spørsmålet, og om nødvendig justerer ordlyden i unntakene slik at det tydeliggjøres at det er virksomheten som sådan som er unntatt fra henholdsvis finansforetaksloven og verdipapirhandelloven.

### **4 FORHOLDET TIL HVITVASKINGSREGELVERKET**

Advokatforeningen vil også nevne at lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering § 4 gjelder for de personer som er nevnt i bestemmelsen, uten referanse til hvilken virksomhet disse tilbyr. Slik Advokatforeningen forstår reglene, er folkefinansiering unntatt fra forpliktelsene etter hvitvaskingsregelverket, jf. utredningen punkt 5.1.3.3. Advokatforeningen foreslår at det innarbeides et uttrykkelig unntak i lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering for virksomhet som er underlagt folkefinansieringsloven, samt at det gjøres klart at foretak som driver folkefinansieringsvirksomhet og også er rapporteringspliktige etter hvitvaskingsloven etter annet regelverk, ikke vil være rapporteringspliktig når foretaket yter folkefinansieringsvirksomhet.

## **5 FINANSFORETAKS DELTAKELSE I LÅNEFINANSIERT FOLKEFINANSIERING**

Utvalget er delt i et flertall og et mindretall i spørsmålet om finansavtaleloven bør komme til anvendelse for finansavtaler hvor et finansforetak opptrer som investor, og låner ut gjennom en folkefinansieringsplattform. *Flertallet* viser til at utlånsvirksomhet som drives av nevnte typer foretak er kjernevirksomhet for flere av disse foretakene. Videre viser flertallet bl.a. til at finansforetak allerede er omfattet av finansavtaleloven, og konkluderer med at det ikke bør gjøres unntak for lån som ytes via en folkefinansieringsplattform. *Mindretallet* mener at finansforetaks kredittgivning via folkefinansieringsplattform bør være underlagt de samme reglene som andre långivere, på samme måte som når finansforetak tegner seg i obligasjonslån. Mindretallet viser bl.a. også til at prosjekteier alltid vil være næringsdrivende, og at en rekke av bestemmelsene i finansavtaleloven således er fravikelige.

Advokatforeningen tar ikke stilling til om finansavtaleloven bør gjelde eller ikke, men stiller spørsmål ved om forholdet er tilstrekkelig utredet. Det vises til at det ikke er foretatt noen reell vurdering av hvilke beskyttelsesregler som i tilfelle vil få anvendelse overfor prosjekteier, og om denne beskyttelsen står i rimelig forhold til den økte kompleksiteten i avtalestrukturen. Det er heller ikke vurdert hvilken betydning det bør ha, om noen, at prosjekteier har valgt å søke finansiering gjennom en folkefinansieringsplattform, og således må være forberedt på at finansavtalelovens regler ikke får anvendelse. Advokatforeningen mener det bør foretas en nærmere analyse av de reelle fordelene og ulempene ved flertallets forslag før en konklusjon om anvendelse av disse reglene trekkes.

## **6 HVILKE TJENESTER SOM KAN YTES AV ET FOLKEFINANSIERINGSFORETAK, FORHOLDET TIL EKSISTERENDE RUNDSKRIV**

Folkefinansieringsforetak er etter forordningen ikke underlagt virksomhetsbegrensninger som sådan, og Advokatforeningen antar derfor at det i praksis vil være reglene om håndtering av interessekonflikter og forsvarlig håndtering av disse som i realiteten kan oppstille grenser for virksomheten.

Finanstilsynets rundskriv om lånebasert folkefinansiering (rundskriv 10/2017) inneholder en rekke begrensninger i hvilke tjenester og funksjoner et låneformidlingsforetak som driver lånebasert folkefinansieringsforetak antas å være underlagt. Flere av disse synes å være begrunnet i hensynet til håndtering av interessekonflikter og mellommannsrollen. Advokatforeningen registrerer at rundskrivet er beskrevet av utvalget, men uten noen klar beskrivelse av hvorvidt de eksisterende begrensningene helt eller delvis anses bortfalt ved innføring av nytt regelverk. Den formelle hjemmelen for de fleste av begrensningene, finansforetaksloven § 2-18, vil ikke få anvendelse, jf. utkastet til § 2-18 nytt tredje ledd. Spørsmålet er om begrensningene som følger av rundskrivet likevel i noen grad vil bli ansett utledet av de generelle kravene til interessekonflikter.

Enkelte av begrensningene vil åpenbart bortfalle, så som forbudet mot å treffe beslutning om å yte et lån på vegne av långiver, men for en rekke av de øvrige begrensningene er det uklart om utvalget mener at disse fortsatt kan og i så fall bør videreføres. Som eksempel kan nevnes forbudet mot å gi råd opp mot kravet til simulering i artikkel 21, kravet om at partene må kjenne hverandres identitet, kravet om at låneavtalene må være bilaterale, at det ikke er adgang til syndikering, forbud mot å være tillitsmann eller sikkerhetsagent, fordeling av tap mv. Advokatforeningen mener det ikke bør herske usikkerhet rundt slike helt sentrale funksjoner, og mener veiledningsbehovet forsterkes ved at dagens rundskriv er så vidt

klar i sin forståelse av mellommannsrollen. Advokatforeningen anbefaler følgelig at proposisjonen gir veiledning om relevansen av det aktuelle rundskrivet etter at nye regler trer i kraft.

## **7 ADGANG TIL GRENSEKRYSSENDE VIRKSOMHET VED FILIALETABLERING MV.**

Folkefinansieringsforordningen artikkel 12 nr. 12 oppstiller et forbud mot at en medlemsstat krever fysisk tilstedeværelse ved grensekryssende virksomhet. I utredningen pkt. 9.5 fremgår det at utvalget vurderer det slik at folkefinansieringsforordningen ikke åpner for filialetablering eller bruk av tilknyttede agenter i vertsstaten.

Advokatforeningen støtter ikke denne tolkningen av forordningen. Det er ikke grunnlag for å tillegge bestemmelsen innhold utover ordlyden, som kun sier at en medlemsstat ikke kan kreve fysisk tilstedeværelse. Det er ikke dekning for å tolke denne bestemmelsen dithen at det ikke skal være adgang til å drive virksomhet via filial. Et slik tolkning utfordrer de generelle reglene om etableringsfrihet i EU, og krever i tilfelle nærmere utredning.

Det er ikke ukjent fra annet EU-regelverk at direktiver ikke inneholder eksplisitte regler om filialer. Et nærliggende eksempel er Direktiv 2011/61 (AIFMD) som kun inneholder regler om filialetablering dersom filialen yter grensekryssende forvaltning. Med grensekryssende forvaltning menes forvaltning av et alternativt investeringsfond som er etablert i en annen jurisdiksjon enn forvalter. Kontorer i andre EØS-land enn etableringslandet som dermed (i) kun markedsfører alternative investeringsfond og/eller (ii) forvalter fond som er etablert i samme jurisdiksjon som forvaltningsselskapets hovedkontor, er ikke gjenstand for meldeplikt, men kan fritt etableres uten notifisering.

Folkefinansieringsforordningen regulerer grensekryssende virksomhet dels gjennom notifikasjonskrav hvor blant annet de juridiske og fysiske personer som er ansvarlige for virksomheten i et gitt land skal angis, dels gjennom regulering av tilsynsansvaret. I folkefinansieringsforordningen løses dette gjennom at hjemstatsstilsynet har tilsynsansvaret, jf. artikkel 15 nr. 1, at hjemstatsstilsynet utpeker et kontaktpunkt, og også gjennom bestemmelser som sikrer at effektivitet i tilsynet. Advokatforeningen viser spesielt til artikkel 31 nr. 4. I henhold til denne bestemmelsen skal tilsynsmyndigheten i ett land kunne be om bistand fra tilsynsmyndighet i ett annet land for å kunne gjennomføre stedlige tilsyn. Bestemmelsen er nøytralt utformet, og leses naturlig slik at den er relevant der et folkefinansieringsselskap er fysisk etablert i mer enn ett medlemsland. Dersom forordningen skulle leses slik at det er et forbud mot å etablere filialer i et annet medlemsland, ville artikkel 31 få et svært snevert innhold. Bestemmelsen ville i så fall kun regulere den situasjon at tilsynsmyndighetene i et land hvor tjenestene markedsføres ønsker å gjennomføre tilsyn ved hovedkontoret i foretakets hjemstat. Ordlyden støtter ikke en slik restriktiv forståelse.

Advokatforeningen vil også anføre at et forbud mot filialetablering virker lite effektivt. Folkefinansieringsvirksomhet kan ytes både av finansforetak, herunder betalingsforetak og verdipapirforetak, samt av spesialiserte folkefinansieringsforetak. Både verdipapirforetak og finansforetak kan etablere filialer. Et mulig forbud mot stedlig etablering ville medføre avgrensingsproblematikk med hensyn til organiseringen av virksomheten, eksempelvis markedsføring av institusjonens tjenestespekter. Advokatforeningen viser videre til at folkefinansieringsforetak lovlig kan utkontraktere virksomhet, jf. artikkel 9. Det er ingen begrensninger knyttet til hvilket land oppdragstaker kan være etablert i, eller hvilke oppgaver som kan utkontrakteres (ut over at konsesjonspliktige deler av virksomheten naturlig nok

må utkontrakteres til et annet foretak med konsesjon). Det gir liten mening å åpne for kjøp av tjenester fra aktører i andre EØS-land, men forby at foretaket selv kan levere de samme tjenestene internt gjennom et stedlig kontor.

Advokatforeningen mener også at reelle hensyn taler imot den forståelsen som kommer til uttrykk i utredningen. Det må antas at nærhet til prosjekteier og investorer er egnet til å øke kvaliteten på de tjenester som tilbys.

Et mulig forbud mot etablering av filial må følgelig vurderes i lys av mulig adgang til å fastsette eventuell nasjonal regulering. Advokatforeningen viser til fortalen pkt. 33, jf. artikkel 1, som forhindrer medlemsstatene i å pålegge restriksjoner ut over de som følger av forordningen. Advokatforeningen antar at et eventuelt nasjonalt forbud mot filialetablering utenfor Norge, og et forbud mot at utenlandske plattformer kan etablere filial i Norge, må vurderes opp mot at forordningen i hovedsak representerer et fullharmonisert regelverk.

I forlengelsen av at tilsynet med et folkefinansieringsforetak etter forordningen påhviler hjemstaten, kan det være en fordel om virkeområdet til folkefinansieringsloven, jf. lovutkastet § 1-2, utformes slik at det allerede her fremgår at loven gjelder for norske foretaks virksomhet i utlandet, sml. finansforetaksloven § 1-2 første ledd.

## 8 SANKSJONER

Lovforslaget § 3-1 inneholder regler om overtredelsesgebyr. Forordningen angir i artikkel 39 nr. 1 hvilke bestemmelser som et minimum skal kunne sanksjoneres. Advokatforeningen mener uttalelsene i utredningen pkt. 8.4.3.1, og den foreslåtte ordlyden, er egnet til å skape usikkerhet om rekkevidden av bestemmelsen. Det bør klart fremkomme om også andre deler av folkefinansieringsforordningen kan sanksjoneres. Forordningen gir nasjonalt handlingsrom for å sanksjonere også andre deler av forordningen enn de som er uttrykkelig nevnt, men utnyttelse av et slikt handlingsrom må i tilfelle drøftes og begrunnes. Advokatforeningen kan ikke se at det er foretatt en slik vurdering.

Vennlig hilsen



Jon Wessel-Aas  
leder



Merete Smith  
generalsekretær

Saksbehandler: Hedda Emilie Berntsen  
heb@advokatforeningen.no