

FINANSMARKEDSPROSJEKTET
INSTITUTT FOR PRIVATRETT, UNIVERSITETET I OSLO

Justis- og beredskapsdepartementet

Avgitt digitalt på www.regjeringen.no

Oslo, 29. november 2017.

Høringssvar til forslaget til ny finansavtalelov

Vi viser til høringsbrevet av 7. september 2017 med utkastet til ny finansavtalelov. Høringssvaret sendes inn fra Finansmarkedsprosjektet ved Institutt for privatrett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.

Høringsnotatets behandling av privatrettslige konsekvenser av reguleringslovgivningen holder et høyt faglig nivå. Notatet tar opp spørsmål som er presserende, og som det er en presserende oppgave å få løst gjennom lovgivning.

Vurderingene som er foretatt i høringsnotatet gir uansett grunnlaget for domstolene til å utvikle rettsområdet i tråd med forslagene som følge av alminnelige prinsipper i norsk rett og i EØS-retten, uavhengig av den senere behandlingen av forslagene.

EU- og EØS-rettslige krav til å gjøre finansmarkedsreguleringen effektiv tilsier en klargjøring i norsk rett. Dette er best gjort gjennom utkastet til ny finansavtalelov.

Det er avgjørende for tilliten til nye spareprodukter at forbrukere og investorer i sin alminnelighet får klargjort sine retter på en måte som også innebærer at de kan håndheves. Høyesteretts dom HR-2013-642-S (Røeggen) la ikke (tilstrekkelig) vekt på bankens forpliktelse til å sette kundens interesser først. Dette ble forverret ved sirkelresonnementene rundt «god forretningsskikk» og «urimelig», og unnlattelsen av å gi «forbrukerperspektivet» tilstrekkelig og klar vekt i rimelighetsvurderingen. Dommens begrunnelse var dessuten for konkret i sin begrunnelse til å få konsekvenser for tvisteløsningen i Finansklagenemnda. Høyesterett hadde gjennomført hovedforhandlingen i avdeling før saken gikk til



storkammer. Allikevel er dommen utformet slik at den har kunnet fratras presedensvirkning utover det konkrete saksforholdet den avgjorde. Virkningen av EU/EØS-retten og bestemmelsene i norsk lov- og forskriftsverk for kontrakts- og erstatningsrettslige forpliktelser ble ikke avklart. Røeggen-dommen viser behovet for klargjøring gjennom lovgivning for at Norge skal oppfylle sine EØS-rettslige forpliktelser. Som allerede sagt, Justisdepartementet høringsbrev med høringsnotatet og utkastet fra Lovavdelingen gir uansett grunnlag for domstolene til å utvikle rettsområdet i tråd med forslagene som følge av positiv regulering og alminnelige prinsipper i norsk rett og i EØS-retten, uavhengig av den senere behandlingen av forslagene.

Tilsynsmyndighetenes fokus på institusjons- og soliditetstilsynet forutsetter dessuten effektive privatrettslige sanksjoner. Alternativet til klare regler som gir grunnlaget for en effektiv privatrettslig håndhevelse fra forbrukernes og andre tjenestemottakeres side, er et mer omfattende og intenst offentligrettslig tilsyn enn vi har tradisjon for i Norge. Privatrettslige regler er mindre stat og mer markert på et område hvor dette må være den riktige løsningen. Offentligrettslig regulering av markedet har en særlig rolle der markedet svikter. Det er ingen grunn til å legge privatrettslige regler opp slik at de fører til systematisk svikt i markedet og dets mekanismer.

1. Overordnede hensyn og økonomiske konsekvenser

Finansmarkedsprosjektet støtter lovforslaget. Gjeldende finansavtalelov er utdatert og uhensiktsmessig, og dekker ikke behovene for kontraktsrettslig regulering av finansielle tjenester. Ikke minst er det positivt at det foreslås generelle kontraktsrettslige regler i lovens kapittel 1, som også sikrer at samspillet mellom offentligrettslige og privatrettslige sanksjoner blir bedre og mer effektivt.¹

¹ Se om dette samspillet og den privatrettslige gjennomføringen i nasjonal rett av EUs *conduct of business rules* til beskyttelse av forbrukerne i finansmarkedsdirektivene, Mads Andenæs og Federico Della Negra, «Between Contract Law and Financial Regulation: Towards the Europeanisation of General Contract Law» (2017) 28 *European Business Law Review* 499–521 og Mads Andenæs og Iris Chiu *The Foundations and Future of Financial Regulation Governance for Responsibility*, Routledge (2014). Se om den historiske bakgrunnen og de første «conduct of business rules» i EUs finansmarkedsdirektiver som kom i investeringstjenestedirektivet i 1993, Mads Andenæs, «Rules of Conduct and the Principle of Subsidiarity» 1994 *The Company Lawyer* 60.

Dette er helt nødvendig for å sikre kundenes tillit til finansmarkedet. Tillit hos brukerne er av avgjørende betydning for at markedene skal virke etter hensikten, det vil blant annet si å bidra til en effektiv allokering av ressurser og gi mulighet til å omfordele og håndtere risiko. Manglende tillit til markedene kan gå utover deltagelsen i finansmarkedene, og dermed føre til en svekkelse av markedenes evne til å utføre disse funksjonene.²

Velfungerende markeder for finansielle tjenester har avgjørende betydning for den enkelte og for samfunnet. Finansmarkedet danner grunnlaget for velferd, arbeidsplasser og verdiskapning – både for samfunnet og individene. Ikke minst har de senere års finanskriser vist dette med all tydelighet. Det er blitt stadig klarere at informasjonsasymmetrien mellom forbrukere og finansinstitusjoner kan få konsekvenser for systemets stabilitet, institusjonenes risiko-taking og forbrukernes tillit. Manglende tillit til produkter og markeder kan bidra til kriser men også få konsekvenser for økonomisk vekst generelt. Finanskriseutvalget peker på at:

«forbrukerne – og etterspørselssiden mer generelt, står overfor en rekke spesielle utfordringer i finansmarkedet. I kanskje større grad enn i noe annet marked er finansmarkedet preget av informasjonsasymmetri mellom forbrukere og finansinstitusjoner, noe som bl.a. kan føre til bevisst uvørenhet fra institusjonenes side. Forbrukerne har ofte liten mulighet til å vurdere kvaliteten på finansielle tjenester før avtalen er inngått.»

EU foretar jevnlig undersøkelser av forbrukernes tillit til ulike markeder. Disse undersøkelsene viser at forbrukerne i Norge, og EU/EØS for øvrig, har lav tillit til sentrale deler av det finansielle markedet.

Særlig kommer markedet for investeringsprodukter dårlig ut.³

Norske forbrukere har lavere tillit til disse markedene enn den gjennomsnittlige forbruker i EU.

Det er grunn til å tro at den lave tilliten norske forbrukere har til deler av markedet for finansielle tjenester har sammenheng med aggressivt salg av bestemte typer spare- og investeringsprodukter. Dette gjelder særlig sammensatte spareprodukter og salg av unoterte aksjer i eiendomsselskaper. Disse produktene er kjennetegnet ved høy risiko, høye kostnader

² Betydningen av tillit er lagt betydelig vekt på i EU-retten og norsk rett, slik det fremgår av fortalen til direktivene på finansmarkedsområdet og forarbeidene til norsk lovgivning. Se særlig om aksjemarkedene i Luigi Guiso, Paolo Sapienza, Luigi Zingales, «Trusting in stock markets», (2008) 63 *Journal of Finance*, 2257–2260.

³ Se *Consumer Markets Scoreboard Making Markets Work for Consumers* (2016).

og lav forventet avkastning. Praksis fra Finanstilsynet har avdekket til dels omfattende brudd på gjeldende markedslovgivning.

Det er imidlertid påfallende at dette *ikke* korresponderer med vedtak i Finansklagenemnda Bank eller avgjørelser i domstolene som har gitt kundene som er rammet av dette erstatning for det tapet de er påført som følge av foretakenes opptreden. Tvert imot viser praksis fra Finansklagenemnda og domstolene at det har vært vanskelig for kundene å nå frem med sine krav.

Det er helt avgjørende for tilliten til nye spareprodukter at forbrukere og investorer i sin alminnelighet får klargjort sine rettigheter på en måte som også innebærer at de kan håndheves.

Både økonomiske og rettsvitenskapelige forskere har påpekt at den privatrettslige forbrukerbeskyttelsen har sviktet i praksis.⁴ Det er på denne bakgrunn helt nødvendig med tiltak som kan gjenopprette kundenes tillit til at de har tilgang til privatrettslige sanksjoner. Lovforslaget er et kjærkomment bidrag i så henseende. Forslaget § 4 om tjenesteyterens plikter og § 11 om erstatning er særlig viktige og positive tiltak.

I det følgende vil utvalgte deler av lovforslaget kommenteres særskilt.

2. Til § 1 Lovens virkeområde

⁴ Se Marte Eidsand Kjørven, *Ytelse av investeringstjenester til forbruker*, Oslo 2017, kapittel 8. I flere kronikker og medieoppslag har akademikere på området uttalt seg om sviktende forbrukerbeskyttelse. Se to kronikker i Dagens Næringsliv, av Marte Eidsand Kjørven, Mads Andenæs, professor (UiO), Hans Fredrik Marthinussen, professor (UiB), Jan-Ove Færstad, førsteamanuensis (UiB) Trond Døskeland, førsteamanuensis (NHH), og Dag Jørgen Hveem, advokat og økonom (BI), «Nevnd gir ikke beskyttelse» Dagens Næringsliv 24. februar 2015 <http://www.dn.no/meninger/debatt/2015/02/24/2153/Finans/nevnd-gir-ikke-beskyttelse> og «Inkonsekvent og feil» Dagens Næringsliv 4. mars 2015 <http://www.dn.no/meninger/debatt/2015/03/04/2152/Finans/inkonsekvent-og-feil>. Se også kronikk av Dag Jørgen Hveem om Finansklagenemndas praksis i rådgivningssaker «Kaster blå i øynene på folk» i E24 20. januar 2014, og kronikk av Trude Myklebust, «Uheldig prosess» i Dagens Næringsliv 17. mars 2015. Se også redaksjonelle saker i Dagens Næringsliv, «Ny klage på klagenevnd», 29. august 2014 <http://www.dn.no/nyheter/finans/2014/08/29/2157/Finansklagenemnda/ny-klage-p-klagenevnd>, hvor professor Johan Giertsen uttaler seg kritisk om Finansklagenemndas sammensetning, og 24. februar 2015, «På grensen til svindel fra finansbedriftenes side og nevnden lar det passere», hvor professor Hans Fredrik Marthinussen uttaler seg om Finansklagenemndas praksis.

Finansmarkedsprosjektet er positive til forslaget om omformulering av regelen om lovens virkeområde. Fjerningen av vilkåret om at avtalen må inngås med «finansinstitusjoner eller lignende institusjoner» medfører i realiteten ingen endring i lovens virkeområde slik det er i dag. Dette fordi ytelse av de tjenestetypene som omfattes av loven i praksis krever tillatelse som finansinstitusjon eller lignende institusjon.

Vi er videre positive til at loven skal gis anvendelse på avtaler om individuell pensjonsordning og avtaler om investeringstjenester, så langt disse ikke er regulert i annen lov eller forskrift. Praksis fra Finansklagenemnda Bank og domstolene viser, som beskrevet i høringen, at tvister i tilknytning til ytelse av investeringstjenester og salg av ulike investeringsprodukter i praksis ofte er blitt løst etter avtaleloven § 36. Bestemmelsen er i praksis uegnet for å løse slike tvister. Det er derfor positivt at disse avtalene isteden omfattes av forslagene til generelle kontraktsrettslige regler i finansavtaleloven kapittel 1.

3. Til § 4 *Tjenesteyterens plikter*

Det er positivt at de mest sentrale pliktene ved ytelse av finansielle tjenester samles i en overordnet bestemmelse. Vi stiller oss bak vurderingene av dette i høringsnotatets punkt 2.3.3. Vi har enkelte kommentarer til utformingen av regelen.

Det følger av annet ledd tredje punktum at dersom det betales «særskilt vederlag, skal veiledningens omfang, pris og anbefalingene fremgå av et skriftlig dokument som gis kunden». Etter vårt syn bør kravet om å nedfelle grunnlaget for en anbefaling gjelde uavhengig av om kunden har betalt særskilt vederlag for rådgivningen. En annen løsning vil åpne for omgåelser og uansett skape ny uklarhet. Det er bakgrunnen for reguleringen i direktivene som gir en klar løsning på spørsmålet i tråd med vårt syn.

Det nye verdipapirmarkedsdirektivet (MiFID II) artikkel 25 nr. 6 annet avsnitt oppstiller et krav om å nedfelle grunnlaget for investeringsrådgivning i et skriftlig dokument. Det følger av samme direktiv artikkel 2 nr. 4 at «investeringsrådgivning» i direktivets forstand ikke forutsetter at kunden betaler særskilt vederlag eller at rådet på andre måter er objektivt og uavhengig. Tilsvarende gjelder i forsikringsdistributionsdirektivet (IDD). Også dette direktivet oppstiller et krav om at enhver personlig anbefaling nedfelles i et skriftlig dokument, som begrunner hvorfor det anbefalte produktet er det som på best måte oppfyller kundens krav og behovet. Plikten er ikke knyttet til hvorvidt kunden betaler særskilt vederlag eller ikke.

For å sikre best mulig sammenheng i reglene for ytelse av ulike typer finansielle tjenester, bør heller ikke finansavtaleloven stille krav om særskilt vederlag for å utløse plikten til å begrunne og dokumentere en anbefaling. Dette har også en side til forslaget til regulering av finansoppdrag, se kommentarer til dette nedenfor i punkt 8.

4. Til § 7 *Bevisbyrde*

Vi er positive til at det oppstilles en generell regel om at yteren av finansielle tjenester har bevisbyrden for oppfyllelse av plikter etter lov eller forskrift. Det kan imidlertid spørres om forslaget går tilstrekkelig langt. Forslaget innebærer ikke at bevisbyrden generelt er snudd til fordel for kunden. Det er kun bevisbyrden for oppfyllelse av lov- og forskriftsfastsatte plikter som er pålagt tjenesteyteren. Forslaget innebærer ingen regulering av bevismessige problemstillinger i tilknytning til for eksempel å påvise en årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnet og kundens økonomiske tap. Her vil det i praksis kunne oppstå vanskelige bevismessige spørsmål. Det kan derfor spørres om man heller burde hatt regler om generelt snudd bevisbyrde i visse typetilfeller.

Vi har flere steder i dette høringssvaret pekt på at informasjons- og kunnskapsasymmetrier mellom tilbydere av finansielle tjenester og kundene medfører at det er vanskelig for kundene å oppdage at tjenesteyteren har brutt sentrale plikter. Tjenesteyteren vil ha kunnskap om sin oppfyllelse av lov- og forskriftsfastsatte plikter som er pålagt tjenesteyteren. Det følger av de samme og andre tilsynsmessige plikter at tjenesteyteren må ta stilling til, vurdere og dokumentere sin oppfyllelse av lov- og forskriftsfastsatte plikter. Det taler for regler om generelt snudd bevisbyrde ikke bare i visse typetilfelle men i sin alminnelighet.

Vi er for øvrig enige i departementets tolkning av det nye betalingstjenestedirektivet (PSD II) artikkel 72 om krav til bevis for at kunden har opptrådt grovt uaktsomt i tilknytning til en uautorisert betalingstransaksjon. Direktivet innebærer at betalingstjenesteyteren må bevise at kunden har opptrådt grovt uaktsomt. I denne sammenhengen er det neppe tilstrekkelig å vise til at PIN-koden for kortet er brukt. Dette er en av flere eksempler på departementets autoritative tolkning, som vi slutter oss til, og som må følges av domstoler og nemnder.

5. Til § 10 *Reklamasjon og heving ved mislighold*

I lovforslaget § 10 oppstilles det en reklamasjonsfrist på to måneder for «mislighold». Det er uklart hva som utgjør «mislighold» i denne sammenhengen, og dette bør presiseres. Videre fremstår to måneders reklamasjonsfrist som svært kort. Til sammenligning følger det av forbrukerkjøpsloven § 27 at «fristen for å reklamere kan aldri være kortere enn to måneder fra det tidspunktet da forbrukeren oppdaget mangelen». Mens reklamasjonsfristen etter forbrukerkjøpsloven altså aldri skal være kortere enn to måneder, bygger forslaget til finansavtalelov på en reklamasjonsfrist som aldri vil overstige to måneder. Fristen synes å være urimelig kort, og henger dårlig sammen med forbrukerkontraktslovgivningen for øvrig.

Vi viser igjen til informasjons- og kunnskapsasymmetrier mellom tilbydere av finansielle tjenester og kundene. De medfører ikke bare at det er vanskelig for kundene å oppdage at tjenesteyteren har brutt sentrale plikter, men omfanget av disse.

Det er ikke vist til grunner som er tilstrekkelige til å kunne rettferdiggjøre en så kort frist.

6. Til § 11 Erstatning og § 12 Erstatningens omfang

Vi er positive til forslaget om regler om erstatning i § 11 og § 12. Det er i denne sammenhengen særlig viktig at forslaget knytter privatrettslige sanksjoner til brudd på plikter som er gjennomført i markedslovgivningen. Empirisk forskning viser omfanget av tap som oppstår som følge av at finansinstitusjoner ikke har overholdt regulatoriske plikter. En av undersøkelsene gjelder finansiell rådgivning, og er gjennomført på oppdrag fra Kommisjonen.⁵ I undersøkelsen ble det gjennomført 1200 såkalte «mystery shops», eller prøvekjøp, i 27 medlemsland. Undersøkelsen viste at kunden i 57 % av tilfellene ble anbefalt et produkt som ikke var egnet for kunden (og dermed i strid med gjeldende regulering). Noe overraskende fant undersøkelsen at det i land med høyt utviklet finansindustri var flest tilfeller av dårlig finansiell rådgivning. I Danmark ble 68 % av rådene funnet uegnet for kunden, mens tallet i Sverige var 58 %. Forbrukerrådet fant tilsvarende tall i Norge i en undersøkelse av finansielle rådgivningstjenester.⁶ I rapporten konkluderes det med at

«kravene som er formulert i gjeldende regulering, ikke etterleves godt nok i flertallet av prøvekjøpene».

⁵ Se «Synovate Research Reinvented, Consumer Market Study on Advice within the Area of Retail Investment Services – Final Report Prepared for the European Commission», Directorate-General Health and Consumer Protection, 2011.

⁶ Se Forbrukerrådets undersøkelse av finansielle rådgivningstjenester «Rydd opp i sparemarkedet!», Oslo, februar 2012.

Det er på det rene at slike brudd på lov- og forskriftsfastsatte plikter kan påføre kundene betydelige tap. Den EU-baserte markedsreguleringen har til formål å begrense dette tapet gjennom ulike virkemidler, blant annet ved krav til offentligrettslig tilsyn og kontroll. For å sikre effektiv forbrukerbeskyttelse er det imidlertid viktig med en kombinasjon av offentligrettslige og privatrettslige virkemidler. Det offentliges tilsyn og kontroll med overholdelse av regelverket skal beskytte forbrukerne *ex ante*. Dersom denne beskyttelsen svikter er det imidlertid viktig med privatrettslige sanksjoner som sikrer den enkelte forbruker *ex post*. Tilsynsmyndighetenes fokus på institusjons- og soliditetstilsynet forutsetter dessuten effektive privatrettslige sanksjoner. Alternativet til en effektiv privatrettslig håndhevelse fra forbrukernes og andre tjenestemottakeres side er et mer omfattende og intenst offentligrettslig tilsyn enn vi har tradisjon for i Norge. Privatrettslige regler er mindre stat og mer marked på et område hvor dette må være den riktige løsningen. Offentligrettslig regulering av markedet har en særlig rolle der markedet svikter. Det er ingen grunn til å legge privatrettslige regler opp slik at de fører til systematisk svikt i markedet og dets mekanismer.

Det bemerkes for øvrig at forslaget til erstatningsregel i seg selv ikke avhjelper de grunnleggende problemene med informasjons- og kunnskapsasymmetrier som gjør seg gjeldende på markedet. Det har sammenheng med at finansielle tjenester er tillitsytelser med egenskaper som gjør det vanskelig for kundene å oppdage erstatningsbetingende forhold. Det er på det rene at det er svært utfordrende for ikke-profesjonelle kunder å forfølge rettmessige krav. Det kan i den forbindelse for eksempel vises til en undersøkelse foretatt av den europeiske interesseorganisasjonen *Better Finance*. Undersøkelsen har tittelen «*A major enforcement issue: the mis-selling of financial products*», og tar for seg problemer med sanksjonering av plikter ved salg av finansielle produkter og tjenester. Det pekes på at

«[o]ur experience demonstrates that individuals as financial users are not equipped to assess their detriment, and even less equipped to obtain redress in court on their own: it is very often too technical and too costly for them.»

I en norsk kontekst er det samme fremholdt i Marte Eidsand Kjørvens doktoravhandling⁷ som er viktig pionerarbeid i norsk privatrett, og som har høstet stor anerkjennelse. Kjørven er i dag førsteamanuensis ved Institutt for privatrett.

I likhet med Finanskriseutvalget peker Kjørven på at informasjons- og kunnskapsasymmetrier mellom tilbydere av finansielle tjenester og kundene medfører at det er vanskelig for kundene å oppdage at tjenesteyteren har brutt sentrale plikter.

⁷ Marte Eidsand Kjørven, *Ytelse av investeringstjenester til forbruker*, Oslo 2017, kapittel 2.3.2 og kapittel 8, med videre henvisninger.

Kjørven peker på at dette trolig medfører at mange rettmessige krav aldri blir prøvd for Finansklagenemnda eller domstolene. Hun peker videre på at også Finansklagenemnda står overfor flere av de samme problemene som kundene.

De foreslåtte erstatningsreglene endrer ikke på disse underliggende problemene med informasjons- og kunnskapsasymmetrier mellom tjenesteyterne og kundene. For å sikre kundenes tillit til markedet er det imidlertid svært viktig at i de tilfeller der erstatningsbetingende forhold faktisk avdekkes og kunden har kunnskaper og ressurser til å forfølge sitt krav, er det klare privatrettslige regler som ivaretar kundens interesser.

Vi stiller oss for øvrig bak departementets vurdering av at forslaget, til tross for en utradisjonell utforming, er i samsvar med gjeldende ulovfestet rett. Profesjonsansvaret vil i praksis innebære de samme vurderingene som lovforslaget § 11 bygger på. I praksis synes imidlertid ikke Finansklagenemnda Bank å ha fulgt denne linjen. Derfor er det viktig med lovfesting av en erstatningsregel. Dette er særlig viktig for å gjenopprette kundenes tillit, jf. det som er sagt innledningsvis om dette. Domstoler og klagenemnder må nå uansett bygge på departementets syn på gjeldende rett, og gradvis bidra til en avklaring uten å vente på noe lovvedtak.

Når det gjelder den nærmere utformingen av bestemmelsen skal det bemerkes at rettsregler etter sin natur er bindende. Det vesentlige bør være å knytte erstatningssanksjonen opp mot brudd på regler fastsatt i lov eller forskrift.

7. Til § 14 Misbruk av elektronisk signatur, egenandeler

Vi støtter forslaget om å likestille misbruk i form av uautoriserte betalingstransaksjoner med andre former for misbruk av elektronisk signatur, for eksempel til å inngå kredittavtaler i en annens navn.

8. Til kapittel 1 IV. Finansoppdrag

Når det gjelder forslagene til regulering av finansoppdrag i kapittel 1 del IV, vil vi påpeke viktigheten av å samordne forslaget til ny finansavtalelov med virksomhetsreguleringen. Dette omfatter særlig en samordning med forsikringsrettslige regler, herunder nye regler i IDD (forsikringsdistributionsdirektivet), og regler om investeringstjenester.

Når det gjelder reguleringen av finansmeglere skal det i denne sammenhengen særlig bemerkes at en forsikringsmegler ikke er uavhengig av begge parter i forsikringsavtalen. En forsikringsmegler skal være uavhengig fra forsikringsselskapet, men ikke nødvendigvis fra kunden. Tvert imot vil forsikringsmegleren ofte representere forsikringstakeren.

Hva gjelder forslaget til § 20 om finansrådgivere, henger dette dårlig sammen med både IDD og MiFID II. Forslaget bygger på en regulering av finansrådgivning som går på tvers av systemet i disse to direktivene. Forslaget, når dette ses i sammenheng med forslaget i § 4, bygger på at det er to nivåer av veiledning/rådgivning. Det oppstilles generelle veiledningsplikter i enhver avtale. I tillegg stilles det særlige krav til det loven definerer som «rådgivning». Rådgivning defineres som uavhengig rådgivning som det betales særskilt vederlag for.

Både IDD og MiFID II (og MiFID I) bygger derimot på tre nivåer av veiledning/rådgivning. I IDD oppstilles det et generelt krav om at ethvert *tilbud* til kunden skal være i overensstemmelse med kundens ønsker og behov. Et slikt personlig tilbud innebærer rådgivning i direktivets forstand dersom det fremstår som en personlig *anbefaling*. I så fall utløses det et krav om å dokumentere og begrunne hvorfor det anbefalte produktet er det som best oppfyller kundens ønsker og behov, jf. ovenfor om dette. Det er ikke noe krav om at kunden betaler for anbefalingen for at det skal være rådgivning i direktivets forstand. Tilsvarende gjelder for MiFID II. Begge direktivene inneholder i tillegg særlige krav til *uavhengig* rådgivning. Dersom tjenesteyteren gir uttrykk for at rådgivningen er objektiv eller uavhengig stilles det krav om at anbefalingen bygger på en sammenligning av et bredt utvalg av produkter.

Etter vårt syn bør finansavtaleloven operere med tilsvarende tre nivåer av veiledning/rådgivning. Dette kan gjøres ved å endre § 4 om tjenesteyterens plikter i samsvar med forslaget over, samt endre § 20 til å regulere rådgivning som er *uavhengig*.

9. Om Regelrådets høringsuttalelse

Regelråd for næringslivet ble opprettet i 2016 med hjemmel i kgl res. av desember 2015. Rådet er et organ for kvalitetskontroll av utredninger av nytt regelverk som påvirker næringslivets byrder.

Regelrådet høringsuttalelse er fra 8. november 2017.

Høringsuttalelsen reflekterer Regelrådets oppgave i å fremme forenkling. Rådet skal ikke bare bidra til å redusere eksisterende unødvendig byrdefulle regler, men også hindre at nye byrder legges til. Det skal vurdere nye forslag til regelverk med tanke på hvorvidt konsekvensene for næringslivets byrder er tilstrekkelig utredet, og om nye regler er utformet slik at de oppnår sitt mål til en, relativt sett, lav kostnad for næringslivet.

Regelrådet kan være mindre egnet til å uttale seg om kontraktsrettslig lovgivning enn om markedslovgivning.

Kontraktsrettslig lovgivning innebærer en avveining av kontraktspartenes interesser. Regelrådet er opptatt av den ene partens interesser.

De økonomiske konsekvensene for kundene av manglende kontraktsrettslig regulering har vært meget høy.

Regelrådets vurdering har fått fargen «Rød». Det indikerer at etter Regelrådets vurdering er forslaget ikke tilstrekkelig utredet. Denne vurderingen beror på en misforståelse.

Mye av det som står under punkt «1. Overordnede hensyn og økonomiske konsekvenser» angår Regelrådets kritikk om økonomiske og administrative kostnader.

Regelrådet har misforstått regelen om lovens anvendelsesområde. Lovens anvendelsesområde er foreslått utvidet, og Regelrådet kritiserer at konsekvensene av dette ikke er tilstrekkelig utredet. Det synes å være særlig opptatt av at vilkåret om inngåelse av avtale med "finansinstitusjon eller lignende institusjon" er tatt ut av loven.

Tjenestetypene som omfattes av loven er imidlertid omfattet av krav til konsesjon som finansforetak eller verdipapirforetak. Det er altså ikke slik at alle andre næringsdrivende plutselig blir omfattet av loven.

Det nye av betydning i denne forbindelse er at verdipapirforetak vil være omfattet av reglene i del 1. All den tid det ikke finnes kontraktsrettslig regulering av avtaler om investeringstjenester, og finansklagenemnda og domstolene derfor har måttet ty til avtaleloven § 36 i disse sakene, synes behovet for utvidelse i så henseende å være klart nok.

Uansett er det tale om å gjennomføre EØS-rettslige forpliktelser på en måte som gjør disse effektive.

Lovutkastet i høringsbrevet klargjør og forenkler. Det minsker usikkerheten for alle aktører. Det må fremme de formål som er satt for Regelrådets virksomhet. Det er ikke tale om nye byrder. Det er ingen ny offentligrettslige regulering men klargjøring av privatrettslige forhold. Forslaget fremmer klarhet og forutberegnelighet.

Det viktigste er imidlertid at høringsutkastet vil fremme tilliten til marked og produkter slik dette er behandlet ovenfor, særlig under punkt «1. Overordnede hensyn og økonomiske konsekvenser».

Etter vårt syn er det en omfattende og presis utredning som er sendt på høring.

Konsekvensene for næringslivets byrder er tilstrekkelig utredet.

Reglene i høringsutkastet er utformet slik at de oppnår sitt mål til en, relativt sett, lav kostnad for næringslivet. Ingen lovgivning eller andre regler som klargjør mindre effektivt, vil innebære at domstolene skrittvis må finne frem til løsninger innenfor de rammer som gjelder i sivile saker, og som gradvis vil nærme seg løsninger som i lovutkastet. Et slikt alternativ, med usikkerhet og manglende tillit til markeder og produkter, medfører langt høyere kostnader slik vi har redegjort for ovenfor, særlig under punkt «1. Overordnede hensyn og økonomiske konsekvenser».

Vi vil til slutt også vise til det vi har sagt ovenfor om forholdet til tilsynsmyndighetenes virksomhet. Tilsynsmyndighetenes fokus på institusjons- og soliditetstilsynet forutsetter effektive privatrettslige sanksjoner. Alternativet til klare regler som gir grunnlaget for en effektiv privatrettslig håndhevelse fra forbrukernes og andre tjenestemottakeres side, er et mer omfattende og intenst offentligrettslig tilsyn enn vi har tradisjon for i Norge.

Privatrettslige regler er mindre stat og mer marked på et område hvor dette må være den riktige løsningen. Offentligrettslig regulering av markedet har en særlig rolle der markedet svikter. Det er liten grunn til å legge privatrettslige regler opp slik at de fører til systematisk svikt i markedet og dets mekanismer.

Med vennlig hilsen

