

Finansdepartementet
Postboks 8008 Dep

0030 OSLO

Deres ref.

Vår ref.
Sak nr: 11/1121-2
Saksbehandler: Frode Arnesen
Dir.tlf: 45 21 21 76

Dato:
30.09.2011

NOU 2011:8 - Banklovkomisjonens utredning om ny finanslovgivning

Jeg viser til departementets høringsbrev av 31.05.2011 vedrørende utkast til ny finanslovgivning og vil i det følgende kommentere enkelte nærmere avgransede deler av utredningen.

Markedsadgang og konsesjoner

Betalingstjenester

Det er i den foreslåtte § 2-5 tredje ledd listet opp hva som regnes som "betalingsoverføring og andre betalingstjenester". Av kommentarene til bestemmelsen framgår det på s. 648 at denne listen er hentet fra vedlegget til betalingstjenestedirektivet.

Under bokstav e er det i lovforslaget valgt ordlyden "*betalingsoverføring etter nettbasert ordre om betaling til operatøren av nettverkstjenesten når denne bare er mellommann mellom betaleren og leverandøren av varen eller tjenester*".

Samtidig er det i vedlegget til betalingstjenestedirektivet pkt. 7 valgt følgende ordlyd: "*Gennemførelse af betalingstransaktioner, hvor betalerens samtykke til at gennemføre en betalingstransaktion meddeles ved hjælp af alle former for telekommunikation, digitalt udstyr eller it-udstyr, og betalingen sker til den operatør, der driver telekommunikationssystemet, it-systemet eller netværket, og som kun handler som mellemmand mellem brugeren af betalingstjenesten og leverandøren af varer og tjenesteydelser.*"

Slik jeg ser det har Banklovkomisjonen her valgt en svært forenklet ordlyd sammenlignet med vedlegget til direktivet. Det kan også stilles spørsmål ved om den foreslåtte bestemmelsen virker innskrenkende sammenlignet med direktivet. Eksempelvis kan "nettbasert ordre om betaling" være snevrere enn ordre om betaling som skjer "*ved hjelp af alle former for telekommunikation, digitalt udstyr eller it-udstyr*". Mobiltelefoner brukes i stadig økende grad som betalingsinstrument. Dette er etter mitt syn den viktigste utviklingstendensen innenfor betalingsformidling i dag. Der

mobiloperatøren opptrer som mellommann, jf. pkt. 7 i vedlegget til betalingstjenestedirektivet, krever virksomheten i utgangspunktet tillatelse. Dette bør etter mitt syn tydeliggjøres ved at direktivets "alle former for telekommunikasjon" osv. innarbeides i ordlyden i § 2-5 tredje ledd bokstav e.

§ 2-24 Bruk av oppdragstakere. Salgskanaler

Jeg er i forskrift med om kredittavtaler § 16 gitt tilsyn med finansavtalelovens bestemmelser om markedsføring av kredittavtaler. Gjennom dette tilsynsarbeidet ser jeg flere eksempler på bruk av oppdragstakere i forbindelse med markedsføring av kreditt. Foruten markedsføring fra tradisjonelle låneagenter har jeg de siste årene møtt visse utfordringer knyttet til internettbaserte kredittformidlingssider. Dette er gjerne websider, både norske og utenlandske, som presenterer annonser for ulike kredittyttere. Jeg opplever det tidvis utfordrende å avdekke hvem som står bak websidene, det kan også være vanskelig å oppnå kontakt med disse, og det kan være utfordrende å få dem til å iverksette nødvendige endringer. Websidene markedsfører seg på lik linje med andre lånetilbydere og får på den måten forbrukere til å oppsøke siden. På annonsørens webside får forbrukerne presentert ulike annonser for kreditt og ved å klikke på annonsene blir man ledet til *kredittyters* hjemmeside, gjerne direkte til et søknadsskjema. Websiden får presumptivt en økonomisk kompensasjon for den trafikk de genererer videre til de enkelte kredittyterne.

Jeg opplever at det i denne gruppen av annonsører er flere aktører som har vanskelig med å etterleve finansavtalelovens bestemmelser. Dette gjelder i særlig grad markedsføring for egen nettside, men også når det gjelder informasjon knyttet til de ulike tilbud man finner på den aktuelle siden. Gjennom å benytte slike samarbeidspartnere kan finansforetakene potensielt oppnå et økt kundetilfang som følge av en pågående, villedende og utilstrekkelig informativ markedsføring.

Bestemmelsen som er foreslått i § 2-24 tredje ledd bør kunne tjene som en hjemmel for å holde foretak ansvarlig i tilfeller hvor oppdragstakere eksempelvis bryter markedsføringsloven eller finansavtaleloven. Dette bør etter mitt syn også gjelde dersom oppdraget utføres gjennom flere ledd, eksempelvis ved at oppdragstaker benytter ulike samarbeidspartnere. Det avgjørende bør etter mitt syn være at foretaket må være ansvarlig for hvordan dets tjenester presenteres for potensielle kunder. Om nødvendig bes det om at dette presiseres i kommentarene til § 2-24.

Godtgjørelsesordninger i finansforetak

Den foreslåtte forskriftshjemmelen i § 13-13 om godtgjørelsesordninger har som siktemål å innføre regler som begrenser og kontrollerer foretakets risiko, jf. § 13-13 første ledd siste setning. En godtgjørelsesordning bør også utformes slik at hensynet til foretakets kunder ivaretas på best mulig måte.

Jeg anser det som prinsipielt problematisk at rådgivere/selgere av finansielle tjenester mottar provisjoner eller bonuser som kan skape egeninteresser som ikke samsvarer med kundens interesser. Jeg viser i denne forbindelse til reglene om interessekonflikter i verdipapirhandelloven og i forslaget til finansforetakslov § 13-19 fjerde ledd. Incentivordninger kan virke styrende for hvilke anbefalinger selgeren gir forbrukeren. Ansatte i finansforetak har tradisjonelt hatt stor tillit hos forbrukerne. Samtidig er produktene som selges ofte kompliserte og vanskelig for en alminnelig forbruker å sette seg inn i og forstå. Svært mange forbrukere vil således være avhengig av at de muntlige anbefalinger og råd de mottar er i samsvar med deres uttrykte ønsker og

økonomiske situasjon. En regulering av adgangen til å operere med "salgsbasert avlønning" vil kunne motvirke rådgivning som ikke samsvarer med kundenes interesser og det vil samtidig kunne bidra til å styrke publikums tillit til bransjen. Jeg mener derfor at også hensynet til foretakets kunder burde vært inkludert i § 13-13 første ledd som et av hensynene som skal ivaretas ved utforming av forskrift om godgjørelsesordninger. Jeg vil også ta til orde for at man utnytter forskriftshjemmelen i § 13-19 femte ledd til å gi nærmere regler om godgjørelsesordninger hos selgere/rådgivere.

Forholdet til kunder

Det fremgår av NOU 2011:8 på s. 867 at Banklovkommisjonen har vurdert om § 13-19 også bør inneholde en regel om frarådningsplikt når det gjelder markedsføring av spareprodukter. Jeg er i utgangspunktet positiv til tanken bak innføring av en frarådningsplikt på dette området. Samtidig ser jeg også enkelte utfordringer knyttet til dette.

For sammenhengens skyld kan man tenke seg en tredeling av salg av spareprodukter. For det første har man de spareprodukter som selges som ledd i investeringsrådgivning eller aktiv forvaltning underlagt kravene i verdipapirhandelloven § 10-11 fjerde ledd med tilhørende forskrifter. For det andre har man salg av spareprodukter som omfattes av verdipapirhandelloven, men som ikke selges som ledd i investeringsrådgivning eller aktiv forvaltning og som reguleres i vphl. § 10-11 fjerde ledd med tilhørende forskrifter. Den tredje kategorien er da enkelt forklart spareprodukter som selges utenfor virkeområdet for verdipapirhandelloven. Hvilken av disse tre kategorier man opererer innenfor er av stor betydning for graden av forbrukerbeskyttelse.

Det bør ved vurderingen av innføring av en eventuell frarådningsplikt være naturlig å se hen til dagens regulering av en investeringsrådgivers plikter overfor kunder etter verdipapirhandelloven. Ut fra prinsippene i verdipapirhandelloven med forskrifter skal en investeringsrådgiver tilby kunden produkter som er egnet for vedkommende ut fra en kartlegging av kundens investeringsmålsetninger, jf. bl.a. vphl. § 10-11 fjerde ledd. Et produkt som må frarådes vil etter mitt syn aldri oppfylle verdipapirhandellovens krav til "egnethet". Gitt at investeringsrådgivning foregår i samsvar med reglene i verdipapirhandelloven vil det ikke være passende å ha en parallell frarådningsplikt. Det vil derfor være noe uheldig å oppstille en frarådningsplikt i situasjoner som omfattes av vphl. § 10-11 fjerde ledd.

Det kan imidlertid diskuteres hvorvidt det burde innføres en regel om frarådningsplikt for spareprodukter som ikke tilbys som ledd i investeringsrådgivning eller aktiv forvaltning. Jeg stiller meg i utgangspunktet positiv til dette. På verdipapirhandellovens område følger en slik frarådningsplikt i dag av vphl. § 10-11 femte ledd.

For salg av spareprodukter som faller utenfor verdipapirhandellovens virkeområde mener jeg at det i de krav som stilles til god forretningsskikk, jf. den forslåtte § 13-1 tredje ledd, ligger en plikt til ikke å råde forbrukere til å kjøpe spareprodukter som i tilfelle skulle vært frarådet. En lovbestemt frarådningsplikt vil således kunne fremstå som en adgang til å tilby uegnede produkter, i strid med god forretningsskikk, hvorpå frarådningsplikt vil kunne fri foretaket for ansvar. Det vil isolert sett være uheldig og svekke forbrukerens beskyttelse.

Videre vil en generell frarådningsplikt kunne være aktuell ved formidling av spareprodukter som har egenskaper som avviker fra hva som må anses vanlig,

uavhengig av kundens individuelle forhold. Eksempelvis vil dette kunne gjelde produkter som er eksponert for svært høy risiko, produkter som er helt eller delvis lånefinansiert eller som er underlagt bindingstid eller på annen måte har en usikker likviditet. I slike tilfeller kan en frarådningsplikt være et positivt bidrag til en styrket forbrukerbeskyttelse på området. Uavhengig av en frarådningsplikt burde foretakene pålegges en særlig informasjonsplikt som tydelig fremhever egenskaper ved spareprodukter som skiller dem fra hva forbrukerne normalt vil forvente av et spareprodukt.

Uavhengig av de over berørte spørsmål om i hvilke tilfeller og ved hvilken terskel en eventuell frarådningsplikt skulle inntre er jeg positiv til å lovfeste sivilrettslige konsekvenser for foretak som selger spareprodukter som skulle vært frarådet.

Dersom spørsmålet om frarådningsplikt tas opp til vurdering vil jeg på bakgrunn av overnevnte understreke viktigheten av at man i vurderingen også ser hen til de eksisterende krav til god forretningsskikk og reglene i verdipapirhandelloven. Dette for å unngå at en "frarådning" ikke kan bli utnyttet som en adgang til å legitimere brudd på god forretningsskikk. Jeg vil også understreke at det bør være en målsetning at nivået på forbrukerbeskyttelsen ikke bør legges lavere enn nivået i verdipapirhandelloven når det er tale om lignende eller tilsvarende tjenester.

Utenrettslig tvisteløsning

Det er i § 13-21 forslått regler for utenrettslig behandling av tvister. Jeg har de senere årene sett flere eksempler på forbrukere som har hatt en tvist med finansforetak, men som ikke har hatt mulighet til å bringe saken inn for Finansklagenemnda da foretaket ikke har vært tilsluttet denne. Den risiko for ytterligere omkostninger man løper ved å ta saken til de alminnelige domstoler vil nok i slike tilfeller føre til at forbrukeren velger ikke å prøve dette. Dette opplever jeg som et problem med tanke på forbrukernes rettsikkerhet. Jeg stiller meg derfor svært positiv til at det nå foreslås en adgang til å kreve nemndsbehandling også dersom finansforetaket ikke har sluttet seg til klagenemnda. Etter mitt syn burde også nemndstilknytning være et konsesjonsvilkår for finansforetak, slik tilfelle er i inkassobransjen. Et slikt konsesjonsvilkår ville skape en mer helhetlig regulering og også kunne bidra til å sikre en rettfærdig fordeling av kostnadene ved nemndsordningen mellom foretakene.

Jeg vil også vise til mine hørings svar til NOU 2011:1 "Finanskriseutvalgets utredning" og NOU 2010:11 "Nemndsbehandling av forbrukertvister" hvor jeg tar til orde for et lovkrav om dekking av forbrukerens saksomkostninger i retten ved ikke etterlevde nemndsvedtak i forbrukerens favør. På området for finansielle tjenester vil et slikt lovkrav være særlig aktuelt ettersom tvistene her ofte dreier seg om store beløp. Jeg mener derfor at en slik bestemmelse bør vurderes inntatt i den foreslåtte § 13-21 uavhengig av behandlingen av de to overnevnte saker.

Flere av de henvendelser jeg mottar viser at forbrukerne ofte ikke er kjent med de utenrettslige tvisteløsningsordningene. Dette til tross for at foretakene opplyser om dette ved avtaleinngåelsen, jf. blant annet finansavtaleloven § 15 annet ledd bokstav g nr. 2. Jeg ser derfor et behov for å lovfeste en plikt for foretaket til å opplyse om utenrettslige tvisteløsningsordninger "dersom et finansforetak helt eller delvis avviser et krav eller en klage fra en forbruker og tvisten ligger innenfor nemndas virkeområde".

§ 13-11 om Tilsyn, retting og pålegg

Jeg viser til den foreslåtte § 13-11 annet ledd og vil stille spørsmål ved bakgrunnen for ordlyden "bestemmelsene i avsnitt I". Slik dette står i forslaget kan tolkes som en begrensning av tilsynsområdet slik at tilsynet eksempelvis ikke omfatter avsnitt II og III. En slik fortolkning harmonerer for øvrig dårlig med den videre ordlyden som viser til bestemmelser "i lovgivningen forøvrig". Både avsnitt II og III inneholder viktige bestemmelser som må inngå som en naturlig del av tilsynet med foretakene. Slik ordlyden i § 13-11 annet ledd er utformet er dette ikke tilstrekkelig klart. Jeg vil understreke at tilsynet også må omfatte avsnitt II og III og ber om at dette tydeliggjøres ved at henvisningen til "avsnitt I" strykes.

Utteksling av kundeinformasjon mellom konsernforetak - § 15-5

Jeg legger til grunn at Datatilsynet gjennomgår og eventuelt kommenterer bestemmelsens forhold til personopplysningsloven.

Jeg vil imidlertid peke på at Banklovkommissjonen i merknadene til bestemmelsen på s 928 i utredningen har vist til at konsernforetakets videre bruk av kundeopplysningene vil måtte skje innenfor rammene av markedsføringsloven kap. 3. Dette er en meget viktig presisering som jeg mener burde komme direkte til uttrykk i lovteksten. Bakgrunnen for dette er for det første at utveksling av kundeinformasjon svært ofte vil skje nettopp med det formål å rette markedsføring mot de aktuelle kundene. For det andre kan det på ingen måte settes noe likhetstegn mellom adgang til utveksling av kundeinformasjon og adgang til å rette markedsføring mot en forbruker. Her vil markedsføringsloven sette klare skranker, blant annet med tanke på adgangen til å reservere seg mot telefonsalg og adressert reklame og krav om forhåndssamtykke for utsendelse av reklame på e-post og SMS.

Kommentarer til utkastet til lov som viderefører gjenstående deler av finansieringsvirksomhetsloven

Forskrift om produktpakker

Det er i § 2-14 foreslått videreført en hjemmel til å gi forskrifter som begrenser adgangen til å operere med såkalte produktpakker. Jeg anser det som viktig å beholde forskrift om produktpakker og at denne aktivt håndheves. Både for å sikre mobilitet i markedet og for muligheten til å kunne sammenligne priser er det viktig at forbrukerne ikke låses til enkelte institusjoner, men står fritt til å kjøpe ulike tjenester fra ulike tilbydere. Jeg anser det også som en forutsetning for at Finansportalen skal ha den tilsiktede funksjon at forbrukerne opplever at de står fritt til å bytte bank og forsikringsforbindelse og ikke forpliktes til å samle alle tjenestene hos et foretak.

Opplysningsplikt og låneavtaler med forbrukere

Bestemmelsene i § 2-12 og § 2-12 a omhandler opplysningsplikt overfor låntakere og regler for låneavtaler med forbrukere. Dette er allerede regulert i finansavtaleloven hvor også forbrukerkredittdirektivet er implementert. Finansavtalelovens regler er mer detaljerte og går i noen grad lenger enn finansieringsvirksomhetsloven i å pålegge institusjonene plikter. Det er klart at finansavtaleloven ved eventuell motstrid med finansieringsvirksomhetsloven vil gå foran, jf. blant annet prinsippene for lex posterior og lex specialis. At finansavtaleloven gis forrang framgår også eksplisitt av § 2-12 i.f., men ikke av § 2-12a. Jeg anser det likevel uheldig at bestemmelser i to ulike lover regulerer det samme, samtidig som det materielle innholdet i bestemmelsene er noe ulikt. Dette kan skape usikkerhet rundt hvilke krav som stilles. Jeg finner det samtidig

hensiktsmessig at det i virksomhetslovgivningen understrekes at krav til opplysningsplikt og til låneavtaler skal overholdes.

Jeg vil derfor ta til orde for at § 2-12 og § 2-12a utformes som en plikt til å oppfylle finansavtalelovens bestemmelser om opplysningsplikt og krav til utforming av låneavtaler. Eksempelvis kunne dette vært løst som følger: "En finansinstitusjon som tilbyr eller innvilger lån til andre låntakere enn finansinstitusjoner skal gi opplysninger i samsvar med reglene i finansavtaleloven kap. 3 med tilhørende forskrifter. Låneavtaler med forbrukere skal utformes i samsvar med finansavtalelovens regler."

Jeg kan ikke se at virkeområdet for §§ 2-12 og 2-12a er videre enn bestemmelsene i finansavtaleloven. For det tilfelle at § 2-12 er tiltenkt også å komme til anvendelse også utover finansavtalelovens virkeområde vil jeg ta til orde for at bestemmelsen utformes som en spesialbestemmelse for disse tilfellene.

Annet

Konsesjon for private gjeldsrådgivere

Selv om det ikke direkte vedrører utformingen av den nye finansforetaksloven vil jeg peke på et behov for et krav om konsesjon for å drive privat gjeldsrådgivning. Dette er i dag et uregulert område som omfatter tjenester av stor økonomisk betydning for en gruppe særlig sårbare forbrukere. Jeg vil oppfordre departementet til å se nærmere på mulighetene for å utforme en regulering av gjeldsrådgivernes virksomhet, herunder et mulig krav om konsesjon. Denne problemstillingen kan også ha en parallell til finansforetaksloven da gjeldsrådgivning er en tjeneste som kan tenkes tilbudt av finansforetak som et ledd i deres virksomhet.

Med vennlig hilsen

Gry Nergård
forbrukerombud