

Justis- og beredskapsdepartementet
v/ Justisdepartementets lovavdeling

Sendt per e-post til: lovavdelingen@jd.dep.no

Lysaker, 23. mars 2017

Forslag til nye regler om kredittmarkedsføring – innspill til høring fra Bank Norwegian AS

Bank Norwegian støtter tiltak som er egnet til å begrense uønsket og uansvarlig gjeldsoptak samt regler for hvordan kreditt skal markedsføres. En forskrift som søker å regulere dette bør ta utgangspunkt i:

- Hvor omfattende problemet med overgjeldsetting er.
- Hva risikoen er for at problemet kan vokse i fremtiden.
- Hvilke tiltak som mest effektivt kan hindre overgjeldsetting.
- I hvilken grad det er sammenheng mellom markedsføring og overgjeldsetting.

Andre tiltak, som gjeldsregister, kan fremstå som vesentlig mer effektive tiltak for å begrense uønsket gjeldsvekst. Begrensninger i kredittmarkedsføring kan også være hensiktsmessige tiltak for å begrense uansvarlig låneopptak og bør derfor ikke utelukkes. Dette fordrer at det kan sannsynliggjøres eller dokumenteres at restriksjoner i kredittmarkedsføring vil kunne ha den tilsktede effekt.

Bank Norwegian har foretatt en grundig juridisk vurdering av hjemmelsgrunnlaget til det foreliggende forskriftsforslaget. Denne er vedlagt. Nedenfor følger kommentarer til forslagene i forskriften.

Kommentar til § 1

Kredittkort er et attraktivt betalingsmiddel som gir forbruker mange fordeler. Eksempelvis gir kredittkjøp forbruker et utstrakt vern i kraft av Finansavtaleloven, noe som igjen gir forbruker økt sikkerhet både ved handel på internett, i utlandet, ved fjernsalg, salg der levering av varen ikke sammenfaller med tidspunkt for betaling av varen, og ved handel generelt. De internasjonale betalingssystemer forenkler også handel på tvers av landegrensener og kjøpsplattformer. I tillegg kan utstedere av kredittkort legge inn tilleggs-goder i betalingskortet, typisk forsikringstjenester.

Kredittkort brukes først og fremst som et betalingsmiddel, og flertallet av brukerne betaler hele sitt utestående på forfall. Erfaringstall fra Bank Norwegian viser at ca. 95 % av kortholdernes kredittkortbruk en måned tilbakebetales den påfølgende måneden og før rentebelastning. Forbruker

får opp til 45 dagers utsatt betaling, og mottar en faktura med en god og detaljert oversikt over eget forbruk.

All den tid det fremstår som et ubestridelig gode for forbrukerne å kunne handle med kredittkort, bør begrensning i enkelte av godene og konkurransefortrinn i aktørenes produkter, drøftes og begrunnes grundig. Vi kan ikke se at det foreligger en slik drøfting eller begrunnelse.

Kommentar til § 2

Bank Norwegian er uenig i at å markedsføre at forbruker kan få raskt svar på sin søknad bidrar til uansvarlig låneopptak. Ved å tilby raskt svar gis forbruker mulighet til å områ seg hos flere aktører, innhente tilbud, og selv vurdere innhentede tilbud uten tidspress. Det vesentlige i denne sammenheng må være at forbruker ikke belønnes ved selv å agere raskt.

Kommentar til § 3

Det er god adgang til å reservere seg mot adressert reklame i posten. Ved adressert reklame kan utsendelsen styres unna sårbare grupper. I motsetning til generell markedsføring, vil adressert reklame rettes mot forbrukere med god evne og vilje til å håndtere kreditt. Bank Norwegian kan ikke se hvordan forskriften bidrar til å oppnå sitt formål, tvert imot viser all erfaring at kunder rekruttert ved hjelp av adressert reklame, har lavere mislighold.

Tilsvarende viser erfaringstall for kredittkort solgt via stand, at denne gruppen har det laveste misligholdet. Ved standsalg gis det gode muligheter til å forklare produktegenskapene og å bevisstgjøre forbruker på fordeler og kostnader med produktet. Forbruker får også anledning til å stille relevante spørsmål.

Med vennlig hilsen
Bank Norwegian AS



Pål Svenkerud
Konstituert administrerende direktør

Justis- og beredskapsdepartementet
v/ Justisdepartementets lovavdeling

Sendt per e-post til: lovavdelingen@jd.dep.no

Ansvarlig advokat:
Jan Magne Juuhl-Langseth

Vår ref.:
13420 523 JJU/EKL/OEH

Deres ref.:

Oslo
23. mars 2017

Juridisk vurdering av forslag til nye regler om kredittmarkedsføring (forskrift om god kredittmarkedsføring) – høringsuttalelse fra Bank Norwegian AS og Norwegian Air Shuttle ASA

1 Innledning

1.1 Hovedinnholdet i notatet

Vi representerer Bank Norwegian og Norwegian Air Shuttle ASA ("NAS") i høringen om ny forskrift om kredittmarkedsføring.

Både Bank Norwegian og NAS er positive til deler av forslaget, men mener likevel at det på flere punkter er problematisk både fra et kommersielt og juridisk perspektiv. Dette gjelder spesielt forskriftsforslaget § 1. Vi drøfter nedenfor særlig hvorvidt de foreslåtte forskriftsbestemmelsene er forenlige med Norges materielle EØS-rettslige forpliktelser, og da spesielt EØS-avtalen artikkel 36 om fri bevegelse av tjenester (pkt. 5.4 flg.). Vi drøfter også om det internrettslige hjemmelsgrunnet er tilstrekkelig, og om utredningsplikten er overholdt (pkt. 3 og 4).

Vår konklusjon er at forslaget ikke fullt ut lovlig kan gjennomføres i norsk rett fordi det vil være i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Dette gjelder særlig forskriftsforslagets § 1. Etter vår oppfatning er det også svært tvilsomt om finansavtaleloven¹ § 46 gir hjemmel til å innføre forskriftsbestemmelser med det innhold som foreslås. Videre vurderer vi det slik at grunnleggende, prosessuelle krav til utredning ikke er fulgt. Vi mener dette i seg selv er i strid med forvaltningsloven og Regjeringens egen utredningsinstruks.

Når det gjelder forskriftsforslaget § 1, er det viktig å merke seg at EØS-høringsloven², som gjennomfører EØS-kravene nedfelt i direktivene³ om notifikasjon av tekniske regler som hindrer markedsadgang for varer og tjenester, ikke er hensyntatt av departementet. Den direkte og klare konsekvensen av dette er at forskriftsforslaget, herunder i hvert fall § 1, ikke kan iverksettes på grunn av lovens stillstandsforpliktelse. Dette gjelder selv om forslaget vedtas fordi notifikasjonsprosedyren etter EØS-høringsloven ikke er fulgt, jf. nærmere om dette nedenfor (pkt. 5.1).

¹ LOV-1999-06-25-46 (Finansavtaleloven)

² LOV-2004-12-17-101 (EØS-høringsloven)

³ Direktiv 98/34/EF om en informasjonsprosedyre for standarder og tekniske forskrifter samt regler for informasjonssamfunnstjenester (som endret ved direktiv 98/48/EF), inntatt i EØS-avtalen vedlegg II del II s. 215 flg.

Konklusjonene oppsummeres noe mer utfyllende under pkt. 7.

1.2 Bakgrunnen for forslaget

Departementet uttaler på sine hjemmesider følgende om bakgrunnen for forslaget:

"Den voksende gjeldsbelastningen i privat hushold gir etter regjeringens syn grunn til bekymring. Det er særlig omfanget av kostbar forbrukskreditt som gir grunn til uro. Regjeringen arbeider med flere tiltak for å motvirke problemene. En innstramning av reglene om markedsføring av kreditt er et tiltak som kan forebygge gjeldsproblemer."⁴

Forbrukerombudet viser til at det overordnede formål med forslaget er:

"Å fjerne eller dempe de mest påtrengende markedsføringsbudskapene og markedsføringsmetodene på området for kreditt, samt å gi klare regler for bransjen å forholde seg til."⁵

I utredningen fra Tanja Jørgensen, som er det eneste dokumentet som ligger til grunn for forslaget, i mangel av et formelt høringsnotat fra departementet selv, uttales følgende:

"De foreslåede regler vil med et fokus på at forebygge overgældsætning varetage et sosialt beskyttelsessigte, bidrage til at holde de samfundsmæssige omkostninger, der er forbundet med overgældsætning, nede, og i sidste ende understøtte den finansielle stabilitet."⁶

Det bærende formålet bak forslaget er altså å styrke forbrukerbeskyttelsen på området for kredittjenester, nærmere bestemt for å unngå at den enkelte pådrar seg en ubetjenelig gjeldsbelastning som følge av påtrengende tilbud om og markedsføring av forbrukerkreditt.

Vår konklusjon er, som nevnt innledningsvis, at ikke alle deler av forslaget står seg etter EØS-retten og derfor heller ikke lovlig kan gjennomføres som en del av norsk rett. Resultatet av en gjennomføring av forskriftsforslaget, for de deler som ikke står seg etter EØS-retten, blir en regulering som verken er egnet eller nødvendig til å avbøte det som er formålet. Samtidig hemmer forslaget den virksomme konkurransen i markedet som er til *fordel* for forbrukerne.

2 Kort om fordeler ved bruk av Norwegian-kortet

Bruk av Norwegian-kortet gir følgende opptjening av såkalte CashPoints i Norwegian Reward:

- 20 % av billettprisen i CashPoints på Flex-billetter.
- 5 % av billettprisen i CashPoints på LowFare-billetter.
- 1 % av kjøpesummen i CashPoints på alle andre kjøp med Norwegian-kortet.

Norwegian Reward er et fordelsprogram som tilbys til forbrukere fra flyselskapet Norwegian Air Shuttle ASA ("NAS"). Forbrukere kan bruke opptjente CashPoints (1 CashPoint = NOK 1) til å betale for flyreiser og relaterte tjenester med NAS. Videre kan forbrukere få forsikringer inkludert (reise- og avbestillingsforsikring mv.) når de benytter Norwegian-kortet til betaling av minst 50 % av billettprisen på flyreiser med NAS.

⁴ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---regler-om-merkedsforing-av-kreditt/id2539473/>

⁵ Forbrukerombudets begrunnelse, pkt. 2.1, sitert i utredningen fra Tanja Jørgensen, "Regler om kreditmarkedsføring", på s. 73

⁶ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "Regler om kreditmarkedsføring", på s. 10

En nærmere beskrivelse av Norwegian-kortet er gitt på Bank Norwegians nettsider.⁷ Kortet er et "ordinært" kredittkort som fungerer som internasjonalt betalingsmiddel på lik linje med alle andre kort.

Fordelsprogrammet Norwegian Reward tilbyr de samme fordeler til flyreisende med eller uten "kobling" til Norwegian-kortet som i de to første kulepunktene ovenfor, med unntak av at CashPoints ved kjøp av LowFare billetter er 5 % ved bruk av kortet, og 2 % ved bruk av andre konkurrerende betalingsmidler.

3 Hjemmelsgrunnlaget – finansavtaleloven § 46 tredje ledd

I utredningen legges det opp til at forskriften vil ha tilstrekkelig hjemmel i finansavtaleloven § 46 tredje ledd. Det vises for det første til at den gjeldende forskriften⁸ har fått et bredt innhold. Videre vises det til at Markedsrådet i sak MR-2012-625 har indikert at finansavtaleloven § 46 hjemler en nærmere regulering av kredittmarkedsføring. Endelig vises det i utredningen til at det har vært tradisjon for å ha én forskrift på forbrukerkredittområdet. Utredningen konkluderer dermed med at verken ordlyden eller andre forhold er til hinder for at de foreslåtte bestemmelser hjemles i finansavtaleloven § 46 tredje ledd.⁹

Vi mener det kan stilles spørsmål ved om den foreslåtte forskriften vil ha tilstrekkelig hjemmel i lovens § 46 tredje ledd.

Finansavtaleloven § 46 lyder i sin helhet som følger:

"§ 46. Opplysningsplikt ved markedsføring av kredittavtale

- (1) Enhver form for markedsføring av kredittavtaler skal inneholde opplysning om
- a) kredittkostnadene, herunder effektiv rente med angivelse av kredittbeløp og kredittprofil
 - b) samlet kredittbeløp
 - c) kredittavtalens løpetid
 - d) kontantprisen og størrelsen på en eventuell forskuddsbetaling, dersom det er tale om kreditt i form av henstand med betalingen for en spesifikk vare eller tjenesteytelse
 - e) totalbeløp og størrelsen på eventuelle avdragsbetalinger
 - f) eventuell forpliktelse for kredittkunden til å inngå avtale om en aksessorisk tjenesteytelse, dersom kostnadene ved den aksessoriske avtalen ikke kan beregnes på forhånd.
- (2) Standardopplysningene nevnt i første ledd skal gis på en tydelig måte ved hjelp av et representativt eksempel.
- (3) Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om markedsføring av kreditttilbud. (Vår understreking).

Som det fremgår av overskriften og bestemmelsen for øvrig, regulerer bestemmelsen opplysningsplikt ved markedsføring av kredittavtaler. Forskriftshjemmelen i tredje ledd må forstås på bakgrunn av dette, jf. også ordlyden "*nærmere regler*" som viser tilbake til bestemmelsens første og andre ledd.

Forskriftsforslaget innfører et direkte forbud mot bestemte former for markedsføring. Ordlyden i loven synes ikke å åpne for dette.

Av merknadene til § 46 i forarbeidene fremgår det klart at formålet med bestemmelsen i sin helhet var å regulere *opplysningsplikt* ved kredittavtaler for å gjennomføre forbrukerkredittdirektivet¹⁰ i norsk rett:

"Bestemmelsen regulerer hvilke opplysninger som skal gis ved markedsføring av kredittavtaler, og bygger delvis på lovforslaget § 47 fra utvalgets medlemmer Sæbø, Haraldsen, L'Abée-Lund og Wang. Bestemmelsen gjennomfører [forbrukerkreditt]direktivet artikkel 4."¹¹ (Vår understreking.)

⁷ <https://www.banknorwegian.no/Pages/Kredittkort.aspx>

⁸ FOR-2010-05-07-654 (Forskrift om kredittavtaler mv.)

⁹ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "*Regler om kreditmarkedsføring*", på s. 100

¹⁰ Direktiv 2008/48/EF (Forbrukerkredittdirektivet)

¹¹ Prop.65 L (2009–2010) s. 215

Forbrukerkredittdirektivet artikkel 4 regulerer kun innhold av standardopplysninger ved reklame, og oppstiller ikke noe forbud mot ulike former for markedsføring. Dette blir særlig tydelig i artikkel 4 nr. 4:

"Denne artikkel berører ikke direktiv 2005/29/EF."

Direktiv 2005/29 er direktivet om urimelig handelspraksis ("handelspraksisdirektivet"). Handelspraksisdirektivet inneholder detaljerte regler om hvilken type markedsføring som er tillatt. Dette tydeliggjør at finansavtaleloven § 46, som gjennomfører forbrukerkredittdirektivet artikkel 4 i norsk rett, ikke berører markedsføringstiltak ut over det som fremgår av forbrukerkredittdirektivet selv.

Også Forbrukerombudet er i sitt opprinnelige forslag inne på spørsmålet om forskriftsforslaget vil ha tilstrekkelig hjemmel i § 46 tredje ledd. Forbrukerombudet viser bl.a. til at *"det kan [...] anføres at formålet med forskriftshjemmelen var å gi en forskrift for å implementere forbrukerkredittdirektivets regler om blant annet beregning av effektiv rente"*, og at det *"derfor hevdes at forskriftshjemmelen må tolkes på denne bakgrunn"*.¹² Forbrukerombudet er altså inne på tilsvarende innvendinger, og uttaler at *"en eventuell ny forskriftshjemmel med fordel [vil] kunne gis i markedsføringsloven"*.¹³ På tross av dette mener Forbrukerombudet, på lignende grunnlag som utredningen, at § 46 tredje ledd gir tilstrekkelig hjemmel.

Uttalelsene fra Markedsrådet i sak MR-2012-625, som utredningen viser til, kan ikke tillegges vekt ved vurderingen av hjemmelsspørsmålet. Spørsmålet for Markedsrådet i den saken var ikke rekkevidden av forskriftshjemmelen i finansavtaleloven § 46, men hvorvidt markedsføringen hadde vært i strid med *god forretningsskikk* etter markedsføringsloven. I saken var det heller ingen konkret forskriftsbestemmelse som ble prøvd opp mot forskriftshjemmelen. På generelt grunnlag kan uansett ikke Markedsrådets uttalelser om annet enn markedsføringslovgivning tillegges vekt. Markedsrådet uttaler seg kun om antatte overtredelser av markedsføringsloven, reklameforbudene i kringkastingsloven, alkoholloven og tobakksskadeloven.

Argumentet om at det er har vært en "tradisjon" for å ha én forskrift med et bredt innhold, er det også vanskelig å se at er relevant for vurderingen av hjemmelsspørsmålet. At forskriften har, og har hatt, et bredt innhold, er kun en konstatering av tingenes tilstand. Dette kan ikke være et argument for at hjemmelsgrunnlaget i § 46 er tilstrekkelig for å innføre bestemmelser med det innhold som nå foreslås.

Legalitetsprinsippet oppstiller hjemmelkrav for offentlig myndighetsutøvelse. Dette innebærer at forvaltningen må ha tilstrekkelig hjemmel for å fatte vedtak, herunder forskrifter. Høyesterett har uttalt at hjemmelkravet *"må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes"*.¹⁴ Også Lovavdelingen har tidligere vurdert hjemmelsspørsmål med henvisning til momentene som nevnt her.¹⁵

Et totalforbud mot bestemte former for markedsføring av kreditt er et vedtak som etter sin art virker inngripende, og som vil få store konsekvenser bl.a. for de berørte aktørene i finanssektoren, og for NAS' fordelsprogram. Dette tilsier en skjerping av hjemmelkravet. I tillegg til dette kan overtredelser av de foreslåtte forbudsbestemmelsene sanksjoneres med tvangsmulkt, jf. finansavtaleloven § 56a. At det knyttes administrative sanksjoner til overtredelse av bestemmelsene som foreslås innført, tilsier at kravet til hjemmelens klarhet skjerpes ytterligere.

¹² Forbrukerombudets opprinnelige forslag til nye regler om markedsføring av kreditt, på s. 8

¹³ Forbrukerombudets opprinnelige forslag til nye regler om markedsføring av kreditt, på s. 8

¹⁴ Rt. 1995 s. 530, jf. Rt. 2001 s. 382 (på s. 390)

¹⁵ Jf. bl.a. Lovavdelingens uttalelser av 23. april 2009 (JDLOV-2009-906) og 7. desember 2004 (JDLOV-2004-3179)

På denne bakgrunn mener vi at det er svært tvilsomt om de foreslåtte forskriftsbestemmelsene kan innføres med hjemmel i finansavtaleloven § 46 tredje ledd. I alle tilfeller er hjemmelsspørsmålet ikke utredet på tilfredsstillende måte i utredningen, og det foreligger heller ikke noe eget høringsnotat fra departementet. Utredningen drøfter ikke spørsmålet på grunnlag av det rettslige vurderingstema for hjemmelskravet, slik dette har blitt oppstilt av Høyesterett (jf. sitatet ovenfor), og vi har vanskelig for å se at det kan konkluderes med at det foreligger hjemmel på bakgrunn av de momentene som nevnes.

4 Nærmere om departementets utredningsplikt

4.1 For kort høringsfrist

Justis- og beredskapsdepartementet publiserte invitasjonen til høringsmøte om forskriftsforslaget den 3. mars 2017 på sine nettsider. Høringsmøtet ble avholdt 16. mars, og frist for skriftlige innspill er satt til 23. mars. På høringsmøtet ble det opplyst om at det ikke kan forventes ytterligere høring av det foreliggende forslaget.

Det følger av Regjeringens utredningsinstruks¹⁶ pkt. 3-3 at høringsfristen "*normalt [skal] være tre måneder, og ikke mindre enn seks uker*". Selv om instruksens krav er at høringsfristen *normalt* ikke skal være mindre enn seks uker, må en høringsfrist på 20 dager anses for å være en klar fravikelse av instruksens krav. At en frist som er kortere enn seks uker, generelt sett er en fravikelse av instruksens krav, legges også til grunn i Direktoratet for økonomistyrings veileder til utredningsinstruksens.¹⁷

Etter utredningsinstruksens pkt. 1-4 kan instruksens "*bare fravikes når spesielle forhold gjør det nødvendig*". Det foreligger ikke slike spesielle forhold. I denne sammenheng viser vi særlig til at gjenstanden for høringen utelukkende er forskriftsforslaget fra Tanja Jørgensen med grunnlag i hennes utredning "*Regler om kreditmarkedsføring*". Jørgensens utredning synes å ha foreligget allerede 21. oktober 2016.¹⁸ Når utredningen ser ut til å ha ligget ubehandlet hos departementet i flere måneder, er det vanskelig å forstå hvorfor det skulle være nødvendig å gjennomføre høringen med en frist så kort at den er i strid med instruksens. Vi bemerker også at departementet ikke har publisert en skriftlig begrunnelse for hvorfor instruksens her er fraveket. Dette er et selvstendig brudd på instruksens pkt. 1-4 tredje setning.

Vi bemerker også at vårt brev av 10. mars 2017, hvor vi ba om å få tilsendt begrunnelsen for den korte høringsfristen, ikke er besvart av departementet annet enn ved en kortfattet e-post hvor det heter at:

"Departementet har merket seg deres synspunkt på høringsfristen. ... Forslaget som er på høringen [sic.] ble publisert første gang 21. oktober 2016 på Barne- og likestillingsdepartementets nettsider. Justis- og beredskapsdepartementet legger derfor til grunn at berørte parter har hatt tilstrekkelig med tid til å vurdere forskriftsforslaget og utredningen også i forkant av vår invitasjon til høringsmøte 16. mars 2017."¹⁹

Lovavdelingen legger dermed til grunn at berørte parter har hatt "*tilstrekkelig med tid*" til å vurdere forslaget som ble lagt ut på departementets hjemmesider først den 3. mars 2017 på basis av at utredningen ble publisert på Barne- og likestillingsdepartementets nettsider i oktober 2016. Dette er etter vårt syn ikke en holdbar begrunnelse, fordi publiseringen av utredningen ikke skjedde som ledd i en høringsprosess hvor tredjeparter oppfordres til å uttale seg.

¹⁶ Instruks om utredning av statlige tiltak (utredningsinstruksens), fastsatt ved kgl.res. 19. februar 2016 med hjemmel i instruksjonsmyndigheten.

¹⁷ Se veilederen punkt 1.4.1

¹⁸ Se Barne- og likestillingsdepartementets nettsider: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/vurderer-a-regulere-markedsforing-av-kreditt/id2516931/>

¹⁹ E-post fra lovrådsgiver Hans E. Kaiser, JD, Lovavdelingen, Enhet for privatrett, datert 22. mars 2017 kl. 12:39

4.2 Mangelfull utredning

Forskriftsforslaget er på flere punkter mangelfullt utredet. Utgangspunktet for utredningsplikten finnes i forvaltningsloven²⁰ § 37 første ledd, hvor det fastslås at "[f]orvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes". Dette er nærmere presisert i utredningsinstruksen pkt. 2-2, som sier at utredninger skal "være så omfattende og grundig som nødvendig". Samme sted fremgår det videre at "[d]ersom tiltaket berører prinsipielle spørsmål, skal utredningen drøfte disse på en balansert, systematisk og helhetlig måte". Det følger av dette at kravet til utredningers omfang er forholdsmessig.

I denne forbindelse peker vi på at forskriften, dersom den blir vedtatt som foreslått, vil ha stor betydning for bl.a. finansinstitusjoner, flyselskaper og deres kunder. Finansinstitusjonene vil bli tvunget til å endre sin opptreden på markedet, mens kundene vil måtte orientere seg på nytt i et endret marked. Konkrete eksempler det kan vises til her, er at flyselskapenes fordelsprogrammer må endres, at forbrukerne ikke lenger kan forholde seg til at reiseforsikring tilbys gjennom kredittkortet, men vil måtte kjøpes separat, osv. En så inngripende regulering stiller krav om at utredningen må være grundig.

Jørgensens utredning, foretatt på oppdrag fra departementet, er ikke tilstrekkelig verken hva gjelder de EØS-rettslige vurderingene eller de nasjonale kravene. Dette skyldes trolig bl.a. at utredningens konklusjon er at ingen av de foreslåtte bestemmelsene vil utgjøre en EØS-rettslig restriksjon. Denne konklusjonen er åpenbart ikke holdbar hva gjelder enkelte av de foreslåtte forskriftsbestemmelsene, og da særlig § 1. Det problematiske er at det ikke er foretatt noen konkret vurdering av hvorvidt hver enkelt forskriftsbestemmelse utgjør en EØS-rettslig restriksjon. Dette forplanter seg dermed videre, ettersom utredningen følgelig også mangler en vurdering av restriksjonenes egnethet og nødvendighet for å oppnå de ønskede formålene.

Dersom forskriften vedtas uten at det foretas en nærmere utredning av restriksjonenes egnethet og nødvendighet, har vi vanskelig for å se at det ulovfestede kravet til restriksjoners egnethet og nødvendighet kan være dokumentert tilstrekkelig konkret og spesifikt, jf. nærmere om dette nedenfor. Det er staten som etter EØS-retten har *bevisbyrden* for at kravet til forholdsmessighet er oppfylt, og den mangelfulle utredningen vil derfor i seg selv være et brudd på de EØS-rettslige forpliktelsene.

Så langt om det juridiske handlingsrommet for å fastsette forskriften. Utredningsplikten omfatter langt mer, herunder virkningene for dem som berøres av forskriften, se særlig utredningsinstruksen pkt. 2-1 nr. 4. Også på dette punktet lider utredningen av betydelige mangler. Disse manglene vil fremgå mer eksplisitt av våre konkrete drøftelser nedenfor, men vi peker her på enkelte overordnede hovedtrekk.

Et illustrerende eksempel er utredningens drøftelser av fordeler og ulemper ved forskriftsforslaget § 1 første ledd. Etter å ha redegjort for hvilke fordeler bestemmelsen kan innebære, brukes det kun to setninger på mulige ulemper:

"Den vil hæmme innovation af kreditprodukter og vil kunne ramme etablerede udbydere af sådanne. Dette anses dog som en uundgåelig del af bestemmelsens formål."²¹

Noe nærmere om hva som vil kunne være konsekvensen av en hemmet innovasjon, fremgår ikke, og det nevnes heller ikke noe om andre mulige konsekvenser for de etablerte tilbyderne. Hvorvidt bestemmelsen vil kunne være av betydning for potensielle markedsaktører, dvs. muligheten for å etablere seg på det norske markedet for forbrukerkreditt, drøftes heller ikke, selv om det etter vårt syn ikke kan utelukkes at forslaget vil ha meget store konsekvenser for slike aktører. Ulempene som forskriftsbestemmelsen vil kunne ha for forbrukerne, nevnes heller ikke – ikke en gang den åpenbare konsekvensen at forbrukere ikke lenger vil kunne benytte seg av goder som for eksempel reiseforsikring

²⁰ LOV-1967-02-10 (Forvaltningsloven).

²¹ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "Regler om kreditmarkedsføring", på s. 74–75

eller medlemskap i lojalitetsprogrammer gjennom sitt kredittkort. Denne måten å drøfte forslaget ulemper på synes å være et mønster for de påfølgende forslagene, det vil si at det maksimalt brukes noen få setninger på ulempene, før det fastslås at forslaget vil være formålstjenlig.²²

Drøftelsene av ulemper blir imidlertid enda kortere, og enkelte steder til og med fraværende, når det kommer til utredningens egne, nye forslag. Her viser vi særlig til utredningens drøftelse av det som i forslaget er § 1 andre ledd bokstav a (gaver og fordeler i kundelojalitetsprogram). Etter å ha vist til at enkelte andre land har tilsvarende forbud, pekes det på risikoen for at forbrukere tar opp kreditt "*alene for at få nogle fordele, som ikke direkte relaterer sig til kreditten*".²³ Utredningen peker riktignok i det følgende på at forbudet kun bør omfatte fordeler som ikke har en direkte forbindelse med kredittavtalen. Men ikke på noe punkt i drøftelsen tas det opp hvilke ulemper den foreslåtte bestemmelsen vil kunne medføre for finansinstitusjoner og forbrukere. Dette til tross for at slike fordeler ikke er uvanlige i dag, og at de dermed i praksis må antas å få stor betydning for aktørene.

Ikke bare gjør slike åpenbare mangler i utredningen at de enkelte forslagene ikke kan anses tilstrekkelig godt utredet – de svekker også tilliten til at de øvrige drøftelsene og utredningen som helhet har den objektiviteten og balansen man må kunne forvente i en slik utredning.

Den korte høringsfristen og manglende utredningen av saken er som nevnt ikke bare i strid med Regjeringens egen utredningsinstruks, men vil også være i strid med forvaltningsloven § 37 første ledd og utgjør dermed et brudd på utredningsplikten. Feilene vil derfor bli å regne som saksbehandlingsfeil i strid med forvaltningsloven og ulovfestede prinsipper om god forvaltningsskikk.

4.3 Virkninger av saksbehandlingsfeil

Etter den ulovfestede ugyldighetslæren kan feil ved saksbehandlingen etter omstendighetene lede til ugyldighet. Det følger imidlertid av forvaltningsloven § 41 at et enkeltvedtak "*likevel [er] gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold*". Bestemmelsen i § 41 gjelder etter sin ordlyd kun enkeltvedtak, men det er ikke tvilsomt at bestemmelsens prinsipp også fullt ut kommer til anvendelse på forskrifter.²⁴

For at forskriften skal være gyldig til tross for saksbehandlingsfeilene, er det følgelig en forutsetning at det ikke er grunn til å regne med at disse feilene har hatt innvirkning på forskriftens innhold. Selv om den korte høringsfristen på selvstendig grunnlag neppe vil kunne medføre ugyldighet her, stiller det seg annerledes når man i tillegg tar i betraktning den mangelfulle utredningen. Det er ikke en gang utarbeidet et høringsnotat i forbindelse med det konkrete forskriftsforslaget. Høyesterett uttalte i Rt. 2009 s. 661 at det "*gjennomgående [skal] nokså lite til*" for å konstatere ugyldighet ved brudd på utredningsplikten. En tilsvarende terskel er lagt til grunn i juridisk teori.²⁵ Det er den samlede virkningen av at det er satt en kort høringsfrist og gjort en mangelfull utredning, ugyldigheten må vurderes på grunnlag av.

Her vil det bli avgjørende at utredningen ikke kan sies å ha foretatt en reell analyse av hvilke virkninger forskriften vil få for næringslivet og forbrukerne. Som det har fremgått ovenfor, bærer utredningen i all hovedsak preg av at den mangler tilstrekkelige vurderinger av ulempene knyttet til de enkelte forslagene. Vi mener at det ikke kan utelukkes at disse saksbehandlingsfeilene vil ha virkning på forskriftens innhold. Dersom forskriften vedtas som foreslått, er vi av den oppfatning at den vil være

²² Se noe tilsvarende hva gjelder forslaget § 2 i utredningen fra Tanja Jørgensen, "*Regler om kreditmarkedsføring*", på s. 77

²³ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "*Regler om kreditmarkedsføring*", på s. 91

²⁴ Jf. bl.a. Rt. 1980 s. 485 på s. 487 og Rt. 2009 s. 661 (avsnitt 77 forutsetningsvis). Det samme er lagt til grunn i juridisk teori, se f.eks. Eckhoff/Smith, *Forvaltningsrett* (2014), s. 467

²⁵ Se Eckhoff/Smith, *Forvaltningsrett* (2014), s. 465 og Woxholth, *Forvaltningsloven med kommentarer* (2011), s. 648–649

ugyldig. Vi legger til at den manglende utredningen også vil ha betydning for den EØS-rettslige proporsjonalitetstesten og de beviskrav som pålegges staten derigjennom, jf. videre nedenfor.

5 EØS-rettslige krav

5.1 Prosessuelle EØS-rettslige krav til reguleringer av denne type

5.1.1 Meldeplikt til EFTAs overvåkningsorgan

Verken utredningen eller høringsbrevet tar opp spørsmålet om én eller flere av bestemmelsene i forslaget må meldes til EFTAs overvåkningsorgan ("ESA") i henhold til EØS-høringsloven.

Etter EØS-høringsloven § 4, i lovens kapittel II, skal "[f]orslag til tekniske regler [...] meldes til EFTAs overvåkningsorgan gjennom departementet". Videre følger det av § 6 at slike forslag "ikke [kan] vedtas før tre måneder etter det tidspunkt EFTAs overvåkningsorgan mottar melding etter kapittel II [...]".

EØS-høringsloven gjennomfører direktiv 98/34/EF i norsk rett.²⁶ Direktivet er gjort til del av EØS-avtalen²⁷, og implementeringen i norsk rett er derfor utslag av Norges EØS-rettslige forpliktelser.

I EØS-høringsloven er "tekniske regler" definert i § 3 nr. 1. Det følger av bestemmelsens bokstav b at begrepet omfatter "krav til informasjonssamfunnstjenester [...] som rettslig eller faktisk må følges for å kunne yte [...] eller bruke slike tjenester i [...] Norge". Det følger videre av bokstav d at begrepet også omfatter "regler som forbyr ytelse [...] eller bruk av en informasjonssamfunnstjeneste".

Direktiv 98/34EF gjelder "tekniske forskrifter", og omfatter dermed krav til "tjenester" som i artikkel 1 nr. 2 er definert som "enhver tjeneste i informasjonssamfundet, dvs. enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemottager".

Tilsvarende defineres informasjonssamfunnstjenester i EØS-høringsloven som "enhver tjeneste som vanligvis ytes mot vederlag og som formidles elektronisk over avstand og etter individuell anmodning fra en tjenestemottaker", jf. § 3 nr. 5. Det er følgende tre vilkår som må være oppfylt for at det skal være snakk om en informasjonssamfunnstjeneste:

- 1) Tjenesten må vanligvis ytes mot vederlag.
- 2) Tjenesten må formidles elektronisk over avstand.
- 3) Tjenesten må formidles etter individuell anmodning fra en tjenestemottaker.

Forskriftsforslagets § 1 vil bl.a. ramme tilbud om og markedsføring av tilleggsfordeler i kundelojalitetsprogram ved bestilling av flybilletter på internett med kredittkort. Bestilling av flybilletter på internett er en informasjonssamfunnstjeneste, da den 1) vanligvis ytes mot vederlag, 2) formidles elektronisk over avstand og 3) formidles etter individuell anmodning fra en tjenestemottaker.²⁸ Også forarbeidene til loven underbygger dette, når det uttales at det er "på det rene at f.eks. markedsføring over Internett er en informasjonssamfunnstjeneste".²⁹

²⁶ Direktiv 98/34/EF om en informasjonsprosedyre for standarder og tekniske forskrifter samt regler for informasjonssamfunnstjenester (som endret ved direktiv 98/48/EF)

²⁷ Jf. EØS-avtalen vedlegg II del II s. 215 flg.

²⁸ EU-kommisjonen har tilsvarende lagt til grunn at bestilling av flybilletter på internett omfattes av direktivet, jf. EU-kommisjonens veiledning: "A guide to the procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations and of rules on Information Society services" (2005) på s. 18

²⁹ Jf. Ot.prp. nr. 95 (2003-2004) på s. 34

Videre vil forbrukerkredittjenester som ytes på internett, også i seg selv regnes som en informasjonssamfunnstjeneste. Eksempler er forbrukslån og andre kredittavtaler som bestilles og signeres elektronisk med BankID. Også her vil lovens vilkår være oppfylt, jf. de tre vilkårene ovenfor. Til støtte for dette vises det til at også utredningen legger til grunn at kredittavtaler som inngås over internett, må oppfylle kravene i e-handelsdirektivet.³⁰ Dette må nødvendigvis forutsette at kredittavtaler inngått over internett er informasjonssamfunnstjenester etter e-handelsdirektivet, som etter artikkel 2 (a) oppstiller samme definisjon av informasjonssamfunnstjenester som i direktiv 98/34.³¹

Forslagets § 1 stiller et krav som f.eks. innebærer at flyreiser ikke kan tilbys og markedsføres på internett sammen med fordeler i et kundelojalitetsprogram som er betinget av at forbrukeren betaler med kredittkort. På denne måten stiller forslagets § 1 "*krav til informasjonssamfunnstjenester*" som rettslig må følges for å kunne yte slike tjenester i Norge. Følgelig utgjør forslagets § 1 en teknisk regel etter EØS-høringsloven § 3 nr. 1. Dette blir også helt klart når man ser på hvilke krav som regnes som tekniske forskrifter etter direktiv 98/34/EF artikkel 1 nr. 11:

"teknisk spesifikasjon eller et annet krav eller en regel som gjelder tjenester, herunder de relevante administrative bestemmelser som det er påbudt å overholde, rettslig eller faktisk, ved markedsføring, tjenesteyting, etableringen av en tjenesteyter eller bruk i en medlemsstat eller i en større del av denne stat, samt medlemsstatenes lover og forskrifter om forbud mot produksjon, import, markedsføring eller bruk av et produkt, eller forbud mot yting eller bruk av en tjeneste eller mot etablering som tjenesteyter, med forbehold for bestemmelsene i artikkel 10." (Vår understreking.)

Krav som må overholdes for å yte og markedsføre informasjonssamfunnstjenester, er altså meldepliktige til ESA etter direktivet og EØS-høringsloven. Også EU-kommisjonen har uttalt at forbud mot å yte finansielle tjenester i direkte tilknytning til andre tjenester som tilbys forbrukere mot betaling på internett, utgjør en informasjonssamfunnstjeneste og dermed er meldepliktig overfor ESA.. I forbindelse med innføring av betalingsformidlingsforbudet knyttet til lotterier og pengespill på internett meldte norske myndigheter dette som en teknisk regel til ESA.³² EU-kommisjonen var enig med norske myndigheter i at denne reguleringen gjaldt krav til informasjonssamfunnstjenester og derfor var meldepliktig. Dette følger av et brev sendt fra EU-kommisjonen til ESA i forbindelse med notifikasjonsprosessen.³³

Konklusjonen må derfor være at det foreliggende forskriftsforslaget er meldepliktig i henhold til EØS-høringsloven § 4. Dette innebærer en stillstandsplikt på minimum tre måneder fra ESA mottar meldingen, jf. lovens § 6.

5.1.2 *Rettsvirkningene av manglende melding*

Rettsvirkningene av manglende melding av tekniske regler og manglende etterlevelse av stillstandsplikten er fastslått og utviklet gjennom flere avgjørelser av EU-domstolen. En teknisk regel som ikke er blitt meldt i henhold til reglene, vil ikke kunne anvendes av nasjonale myndigheter eller domstoler. Dette prinsippet ble første gang fastslått av EU-domstolen i *CIA Security International SA*:

"[b]estemmelserne i artikkel 8 og 9 i direktiv 83/189, som ændret ved direktiv 88/182, skal fortolkes således, at borgerne kan påberåbe sig dem for en national ret, og at det påhviler denne

³⁰ Direktiv 2000/31/EF (E-handelsdirektivet)

³¹ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "*Regler om kreditmarkedsføring*", på s. 33-34

³² Jf. notifikasjon nr. 2008/9001/N

³³ Jf. EU-kommisjonens brev til ESA av 14. april 2008 s. 1

at afslå at anvende en national teknisk forskrift, der ikke er blevet meddelt i overensstemmelse med direktivet."³⁴ (Vår understreking.)

Dette fremgår nå uttrykkelig av EØS-høringsloven § 9, som fastsetter at forskrifter vedtatt i strid med direktivets regelverk ikke kan anvendes. Det følger av dette at forskriftsforslaget § 1 ikke kan iverksettes før prosedyren i EØS-høringsloven er gjennomført.

5.2 Overordnet – den materielle vurderingen etter EØS-retten

EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov og har forrang ved motstrid, jf. EØS-loven³⁵ §§ 1 og 2.

Dette betyr at de foreslåtte bestemmelsene, for lovlig å kunne innføres som del av norsk rett, må være i overensstemmelse med EØS-avtalens hoveddel, herunder artikkel 36 om fri bevegelighet av tjenester, som hører til de grunnleggende frihetene (primærretten), samt være i samsvar med relevante forordninger og direktiver på området (sekundærretten). Utredningen behandler dette forholdet til EØS-retten, og beskriver de overordnede EØS-rettslige rammene på en stort sett adekvat måte, selv om det blir misvisende når det et sted uttales at "*fastleggelsen af den unionsretlige ramme er afgørende for, hvornår norsk ret kan divergere fra unionsretten.*"³⁶ Norsk rett kan ikke fravike (divergere) fra EØS-retten. Spørsmålet er snarere hvilke rettslige rammer for den nasjonale reguleringsadgangen som følger av EØS-retten. Bestemmelser i strid med krav som følger av EØS-retten, kan ikke lovlig gjennomføres.

Når de EØS-rettslige skrankene skal fastlegges, er det naturlig å begynne i sekundærretten. Grunnen til dette er at når man befinner seg på et område som er uttømmende regulert i form av en forordning eller et direktiv som legger opp til totalharmonisering, så skal de nasjonale reglene vurderes utelukkende opp mot sekundærretten og ikke opp mot primærretten.³⁷ Motsetningsvis, dersom sekundærretten overlater et handlingsrom til de nasjonale myndigheter, får primærretten fullt ut anvendelse på de nasjonale bestemmelsene, selv om disse ligger innenfor det handlingsrommet som følger av sekundærretten:

"Det følger heraf, at det pågældende direktiv ikke udtømmende regulerer området for særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvorfor den i hovedsagen omhandlede lovgivning kan bedømmes på grundlag af den primære EU-ret."³⁸ (Vår understreking.)

5.3 Sekundærretten – særlig om forholdet til e-handelsdirektivet

Utredningen har identifisert handelspraksisdirektivet, forbrukerkredittdirektivet³⁹, e-handelsdirektivet og fjernsalgsdirektivet⁴⁰ som den sekundærretten på området for forbrukerkreditt som i utgangspunktet fremstår som mest relevant.⁴¹ Direktivene er inntatt i EØS-avtalen gjennom EØS-avtalens vedlegg.⁴²

Sekundærretten vies forholdsvis mye plass i utredningen, både i den generelle redegjørelsen og ved vurderingen av de enkelte forskriftsbestemmelsene i utkastet. Utredningen konkluderer med at nevnte direktiver ikke er til hinder for å innføre de foreslåtte bestemmelsene.

³⁴ Jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-194/94 (*CIA Security International SA mot Signalson SA og Securitel SPRL*) premiss 55

³⁵ LOV-1992-11-27-109 (EØS-loven)

³⁶ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "*Regler om kreditmarkedsføring*", på s. 15

³⁷ Jf. bl.a. EU-domstolens avgjørelser i sak C-115/13 *Kommissionen mot Ungarn* (premiss 38) og sak C-313/05 *Brzezinski* (premiss 44)

³⁸ Jf. bl.a. EU-domstolens avgjørelse i sak C-115/14 *RegioPost mot Stadt Landau in der Pfalz* (premiss 58-59)

³⁹ Direktiv 2008/48/EF (Forbrukerkredittdirektivet)

⁴⁰ Direktiv 2002/65/EF (Fjernsalgsdirektivet)

⁴¹ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "*Regler om kreditmarkedsføring*", på s. 19-34

⁴² Jf. hhv. EØS-avtalens vedlegg IX pkt. 31e, vedlegg XIX pkt. 7h, vedlegg XI pkt. 5m og vedlegg IX pkt. 31e

Når det gjelder handelspraksisdirektivet, følger dette allerede av direktivets artikkel 3 nr. 9:

"I forbindelse med "finansielle tjenesteydelser", som definert i direktiv 2002/65/EF, samt fast eiendom kan medlemsstatene på det område, hvor der med dette direktiv sker en tilnærming, stille krav, som er mere restriktive eller præsriptive end dette direktiv." (Vår understreking.)

Definisjonen av "*finansielle tjenester*" i direktiv 2002/65/EF omfatter kredittjenester, og EU-domstolen har også uttrykkelig fastslått at nasjonale myndigheter kan innføre strengere regler for markedsføring av finansielle tjenester enn det som følger av handelspraksisdirektivet.⁴³

Vi er enige i at også den øvrige sekundærretten som er identifisert i utredningen, ikke er til hinder for å innføre forslaget, dog med ett viktig unntak: Slik vi ser det, kan det stilles spørsmål ved om ikke deler av forslaget vil være i strid med e-handelsdirektivet som er gjennomført i norsk rett gjennom e-handelsloven.⁴⁴ E-handelsloven § 5 (som gjennomfører direktivets artikkel 3) sier bl.a. følgende:

"En tjenesteyter med etableringssted i en annen stat innenfor EØS har uten hinder av norske regler innenfor det koordinerte regelområdet rett til å tilby informasjonssamfunnstjenester til tjenestemottakere i Norge.

Første ledd er likevel ikke til hinder for at en domstol eller annen myndighet, når dette følger av annen lovgivning, kan begrense adgangen til å tilby en bestemt informasjonssamfunnstjeneste ..."

Med "*det koordinerte regelområdet*" menes "*nasjonale regler som stiller krav til informasjonssamfunnstjenester og til tjenesteyter når det gjelder etablering og drift av informasjonssamfunnstjenester*", jf. e-handelsloven § 3 bokstav d. Tilbud om og markedsføring av forbrukerkredittjenester over internett må følgelig antas å falle innenfor "*det koordinerte regelområdet*" slik dette her er definert.

E-handelsloven § 5 innebærer dermed at tilbydere av informasjonssamfunnstjenester som er etablert i et annet EØS-land, "*uten hinder av norske regler*" skal kunne tilby sine tjenester i Norge. Unntak fra dette kan kun gjelde en "*bestemt informasjonssamfunnstjeneste*". I forarbeidene er dette angitt å gjelde "*en spesiell informasjonssamfunnstjeneste i en bestemt sak. Det er ikke adgang til å gjøre generelle unntak for bestemte typer av tjenester.*"⁴⁵ (vår understreking).

Forskriftsforslaget innfører begrensninger som innebærer at tilbydere av forbrukerkreditt fra andre EØS-land blir hindret ved markedsføringen av sine produkter på det norske markedet, f.eks. vil de ikke kunne markedsføre kredittytelser sammen med slike tilleggsfordeler som er nevnt i forslaget § 1 andre ledd bokstav a. Forslaget innfører generelle forbud og vil derfor ikke kunne omfattes av unntaket i e-handelsloven § 5 andre ledd. Etter vår oppfatning er det dermed svært tvilsomt om forslaget vil være i samsvar med e-handelsloven, som gjennomfører e-handelsdirektivet i norsk rett.

5.4 Primærretten

Særlig primærretten vil utgjøre en EØS-rettslig skranke for de foreslåtte bestemmelsene. Mer spesifikt er det vår oppfatning at et sentralt EØS-rettslig spørsmål er hvorvidt de enkelte bestemmelsene i forslaget utgjør ulovlige restriksjoner på den frie bevegelighet av tjenester etter EØS-avtalen artikkel 36. Dette samsvarer for øvrig med det som står i utredningen om primærretten mer overordnet.⁴⁶

⁴³ EU-domstolens avgjørelse i sak C-265/12 *Citroën* mot FvF, premiss 24

⁴⁴ LOV-2003-05-23-35 (E-handelsloven)

⁴⁵ Ot.prp. nr. 31 (2002–2003) s. 59

⁴⁶ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "*Regler om kreditmarkedsføring*", på s. 15-16

Utredningen konkluderer med at "*ingen af Forbrugerombudets foreslåede bestemmelser [synes] at være i strid med den primære EU-regulering [...]*", og i utredningen vurderes hver enkelt av de foreslåtte bestemmelsene derfor kun opp mot de rammer som oppstilles av den sekundære EØS-retten.⁴⁷

Denne konklusjonen trekkes på et mangelfullt grunnlag. I utredningen er primærretten ikke vurdert for hver enkelt paragraf: Det er kun inntatt en generell redegjørelse for de kravene som primærretten stiller, på s. 15 flg. For å avgjøre hvorvidt nasjonale tiltak er forenlige med tjenestefriheten, er imidlertid en slik generell tilnærming ikke tilstrekkelig. Dette skyldes at spørsmålet om hvorvidt et tiltak utgjør en restriksjon, og i så fall om tiltaket består den EØS-rettslige proporsjonalitetstesten, må vurderes konkret. Vurderingen må se hen til hva det enkelte tiltaket går ut på, hvilke virkninger tiltaket kan tenkes å medføre, samt om tiltaket er egnet og nødvendig for å ivareta det formålet som søkes oppnådd.

Et forsøk på en noe mer konkret vurdering er gjort på s. 73 i utredningen. Der vises det bl.a. til EU-domstolens avgjørelse i *Volksbank*⁴⁸, en sak som gjaldt lovligheten av et rumensk forbud mot visse bankgebyrer. EU-domstolen konkluderte i saken med at et forbud mot visse bankgebyrer ikke utgjorde en restriksjon på tjenestefriheten. Utredningen synes å legge stor vekt på denne avgjørelsen, og det trekkes en slutning om at "*[s]agen indikerer en lignende tolkning ved i hvert fald forbuddet mod rabatter og koblingssalg.*"⁴⁹ Vi har vanskelig for å se at denne avgjørelsen er relevant. For det første har en sak om bankgebyrer ingen direkte overføringsverdi til spørsmål om markedsføring av kreditt. Dette er viktig ettersom restriksjonsvurderingen må gjøres helt konkret, jf. ovenfor. For det andre begrenset tiltaket i *Volksbank* kun antallet av forskjellige bankgebyrer, men uten at tiltaket begrenset størrelsen på de gebyrer som lovlig kunne avkreves totalt sett. EU-domstolen mente derfor at tiltaket ikke gjorde adgangen til markedet mindre interessant, eller attraktivt, for aktører fra andre EU-land, og at tiltaket følgelig ikke utgjorde en restriksjon på tjenestefriheten.⁵⁰ Markedsføringsforbud, herunder forbud mot tilgift og koblingssalg, er tiltak av en helt annen art fordi de griper inn i adgangen for kredittaktører fra andre land innenfor EØS til å markedsføre og tilby sine tjenester på det norske markedet.

Utredningens generelle konklusjon om at forslaget står seg etter primærretten, fremstår på bakgrunn av dette som for bastant, og vurderingen som leder frem til konklusjonen, er mangelfull. Dette er en grunnleggende svakhet ved utredningen. Særlig problematisk blir det når utredningen, på bakgrunn av denne konklusjonen, ikke drøfter tjenestefriheten opp mot de enkelte bestemmelsene i forslaget. I klartekst betyr dette at den EØS-rettslige vurderingen som er foretatt, er ufullstendig.

6 EØS-retten sett opp mot hver enkelt bestemmelse i forskriftsforslaget

6.1 Forslagets § 1

6.1.1 Bestemmelsens rekkevidde

Forslagets § 1 lyder i sin helhet som følger:

"§ 1 Forbud mot visse tilleggsfordeler

Inngåelse av en kredittavtale eller utnyttelse av en allerede inngått rammeavtale kan ikke settes som vilkår for å kunne inngå en annen avtale eller for å få en annen vare eller tjeneste til bedre vilkår enn man ellers ville fått.

Markedsføring av kreditt skal ikke tilby:

a) gaver, fordeler i kundelojalitetsprogram, deltagelse i en eller flere konkurranser, spill, eller

⁴⁷ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "*Regler om kreditmarkedsføring*", på s. 73

⁴⁸ EU-domstolens avgjørelse i sak C-602/10 *Volksbank*

⁴⁹ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "*Regler om kreditmarkedsføring*", på s. 73

⁵⁰ EU-domstolens avgjørelse i sak C-602/10 *Volksbank*, premiss 80

b) særskilte fordeler betinget av at forbrukere eller sammenslutninger av forbrukere bidrar til å skaffe foretaket nye kunder eller til å øke dets utlånsvolum."

Forbrukerombudet viser til at ordlyden i § 1 første ledd innebærer "[a]t eksempelvis en møbelbutikk ikke kan gi kr. 1000,- i rabatt på en sofa, under forutsetning av at kunden betaler med et bestemt kredittkort".⁵¹ Dette eksempelet anser vi for å være i kjernen av det som rammes av forbudet i første ledd, ettersom betaling med et bestemt kredittkort da "settes som vilkår" for å kunne få en annen vare "til bedre vilkår enn man ellers ville fått". Flere av kredittkortene som tilbys på det norske markedet, gir for eksempel forbrukeren en kostnadsfri reise- og avbestillingsforsikring dersom reisen hovedsakelig betales med kredittkortet. Etter vårt syn vil også slike forsikringsfordeler rammes av forbudet i forslagetets første ledd.

Et spørsmål er hvorvidt forslagetets § 1 første ledd også vil ramme kredittkort som knyttes til fordeler i et kundelojalitetsprogram. Det fremgår ikke klart om ordlyden åpner for dette. Forbrukerombudet uttaler riktignok til forslagetets første ledd at "[r]abattkort og lojalitetsprogram [...] dermed ikke [kan] knyttes til kredittkort, med mindre forbrukeren kan velge å knytte dette til et debetkort eller et rent rabattkort som ikke er et betalingskort".⁵² Dette kan tyde på at også kundelojalitetsprogrammer rammes av første ledd. Det skapes imidlertid en uklarhet slik forskriftsforslaget står, fordi det er inntatt en bestemmelse i andre ledd bokstav a som eksplisitt forbyr markedsføring hvor fordeler i kundelojalitetsprogram tilbys.

Forholdet mellom forslagetets § 1 første ledd og andre ledd er derfor ikke helt klart.

Én mulig tolkning er at kundelojalitetsprogrammer og andre fordeler som nevnt i andre ledd bokstav a, som ikke blir realisert umiddelbart i kjøps situasjonen, faller utenfor forbudet i første ledd. En slik forståelse kan også finne noe støtte i utredningen, hvor det fremgår at andre ledd bokstav a er ment å supplere første ledd.⁵³

En annen mulig tolkning er at første ledd rammer *avtalevilkår*, dvs. vilkår hvor inngåelse eller utnyttelse av en avtale om kreditt knyttes til tilleggsfordeler, mens andre ledd rammer *markedsføring* av bestemte tilleggsfordeler. Forstått på denne måten rammer første og andre ledd to ulike situasjoner. Dette støttes av Forbrukerombudets uttalelser til første ledd nevnt ovenfor. Det har i tillegg støtte i ordlyden, som bruker betegnelsen "*vilkår*" i første ledd og "*markedsføring*" i andre ledd. Også utredningen støtter en slik tolkning når den viser til at "[s]om bestemmelsen [i første ledd] er udformet, udgør den snarere en begrensning af aftalevilkår end af selve markedsføringen"⁵⁴, og til at andre ledd er foreslått innført som en supplerer "*for at rumme [...] markedsføringstiltag*".⁵⁵ Denne tolkningen synes mest nærliggende.

Det hadde vært ønskelig at forslagetets § 1 var tydeligere på hva som vil rammes av de ulike delene av bestemmelsen. For den EØS-rettslige vurderingen er det nødvendig å fastslå rekkevidden av de enkelte forbudene, jf. vår merknad ovenfor om at ethvert tiltak må vurderes helt konkret. I det følgende legger vi til grunn at forslagetets § 1 første ledd rammer både forsikringer og fordeler i kundelojalitetsprogram som ytes som tilleggsfordeler på vilkår om inngåelse eller utnyttelse av en kredittavtale ("*inngått rammeavtale*"). Det særskilte markedsføringsforbudet i § 1 andre ledd vil dessuten ramme markedsføringstiltak som tilbyr fordeler i kundelojalitetsprogrammer, kostnadsfrie reise- og avbestillingsforsikringer og øvrige tilleggsfordeler som står oppført i den uttømmende opplistingen i andre ledd og markedsføres i forbindelse med kreditt.

⁵¹ Forbrukerombudets uttalelser, sitert i utredningen fra Tanja Jørgensen, "Regler om kreditmarkedsføring", på s. 74

⁵² Forbrukerombudets uttalelser, sitert i utredningen fra Tanja Jørgensen, "Regler om kreditmarkedsføring", på s. 74

⁵³ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "Regler om kreditmarkedsføring", på s. 92

⁵⁴ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "Regler om kreditmarkedsføring", på s. 74

⁵⁵ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "Regler om kreditmarkedsføring", på s. 92

6.1.2 Restriksjonsvurderingen under EØS-avtalen artikkel 36

EØS-avtalen artikkel 36 oppstiller et generelt forbud mot restriksjoner på fri bevegelighet av tjenester. Det følger av rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen at restriksjonsbegrepet ikke bare omfatter tiltak som faktisk eller rettslig virker diskriminerende, men også ethvert tiltak som gjør det mindre interessant, eller attraktivt, for aktører innenfor EØS å tilby tjenester på det norske markedet.

EFTA-domstolen har uttalt følgende bl.a. i *STX Norway Offshore AS mot Norge*:

"Ifølge fast rettspraksis krever EØS-avtalen artikkel 36 ikke bare at all diskriminering på grunnlag av nasjonalitet av tjenesteytere som er etablert i en annen EØS-stat fjernes, men også at enhver restriksjon avskaffes, også om den ikke skiller mellom innenlandske tjenesteytere og tjenesteytere fra andre EØS-stater. En slik restriksjon kan medføre at virksomheten til en tjenesteyter som er etablert i en annen medlemsstat der han lovlig yter tilsvarende tjenester forbys, hemmes eller gjøres mindre interessant (se, for sammenligning, Arblade m.fl., som omtalt over)."⁵⁶ (Vår understreking.)

EU-domstolen har tilsvarende uttalt, bl.a. i *Strojirny Prostetov m.fl. mot Odvolaci*:

"Nationale foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gjør udøvelsen af den frie udveksling af tjenesteydelser mindre attraktiv, udgør restriktioner for denne frihed."⁵⁷

EU-domstolen har i *Citroën mot FvF*⁵⁸ tatt stilling til spørsmålet om hvorvidt et nasjonalt forbud mot å kombinere finansielle tjenester med andre varer eller tjenester utgjorde en restriksjon på tjenestefriheten etter TFEU artikkel 56 (som tilsvarer EØS-avtalen artikkel 36). Saken gjaldt et belgisk forbud mot å kombinere finansielle tjenester med andre varer eller tjenester (tilgift). Konkret dreide saksforholdet seg om at bilimportøren Citroën Belux NV i en reklamekampanje tilbød seks måneders gratis forsikring (som er en finansiell tjeneste, jf. direktiv 2002/65/EF) ved kjøp av kjøretøy av merket Citroën i Belgia.

EU-domstolen konkluderte med at forbudet utgjorde en restriksjon, og uttalte følgende:

"Et forbud som det i hovedsagen omhandlede [...] kan dog føre til, at det bliver mindre tiltrækkende at yde finansielle tjenesteydelser på det belgiske område for virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater, der ønsker at tilbyde salg med tilgift, hvoraf mindst en af ydelserne er en finansiell tjenesteydelse. Disse virksomheder vil således ikke være i stand til at tilbyde disse salg på det belgiske marked og vil i øvrigt være nødt til at undersøge, om disse er i overensstemmelse med belgisk ret, hvor et sådant skridt ikke er nødvendigt i andre medlemsstater."⁵⁹ (Vår understreking.)

Helt tilsvarende vil et norsk forbud mot å markedsføre og tilby tilleggsfordeler til kreditt gjøre det mindre interessant for finansielle institusjoner i andre EØS-land å tilby tjenester i Norge. Eksempelvis vil en utenlandsk bank som tilbyr gratis reiseforsikring ved betaling for reiser ved bruk av kredittkort, ikke lenger kunne gjøre dette, og dermed begrenses fra å markedsføre og tilby slike tjenester i Norge.

Det følger av dette at forslaget § 1 utgjør en restriksjon på tjenestefriheten i EØS-avtalen artikkel 36.

Citroën-avgjørelsen er ikke nevnt i utredningen. Den fremstår som sentral for vurderingen av restriksjonsspørsmålet. Avgjørelsen viser med tydelighet at det blir feil å slutte fra *Volksbank*, som gjaldt et helt annet saksforhold, at forslaget § 1 ikke utgjør en restriksjon.

⁵⁶ EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-2/11 *STX Norway Offshore AS mot Norge*, premiss 75

⁵⁷ EU-domstolens avgjørelse i forente saker C-53/13 og C-80/13 *Strojirny Prostetov m.fl. mot Odvolaci*, premiss 35 (med videre henvisninger)

⁵⁸ EU-domstolens avgjørelse i sak C-265/12 *Citroën mot FvF*

⁵⁹ EU-domstolens avgjørelse i sak C-265/12 *Citroën mot FvF*, premiss 36

6.1.3 Proporsjonalitetstesten

Det følger av rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen at en restriksjon, for å være forenlig med EØS-avtalen, må bestå den EØS-rettslige proporsjonalitetstesten. Dette innebærer at restriksjonen må være begrunnet i tvingende allmenne hensyn, den må være egnet til å ivareta hensynet, og endelig må restriksjonen ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å ivareta dette hensynet.⁶⁰

Et viktig utgangspunkt for proporsjonalitetsvurderingen, som er fastslått i praksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen, er at ethvert avvik fra de grunnleggende prinsippene i EØS-avtalen skal fortolkes restriktivt.⁶¹

Forbrukerbeskyttelse er anerkjent i EU-domstolens praksis som et legitimt tvingende allment hensyn som kan rettferdiggjøre en restriksjon på tjenestefriheten. Dette ble bl.a. uttalt i den nevnte *Citroën*-saken.⁶²

Som nevnt innledningsvis synes det bærende formål bak forslaget å være å styrke forbrukerbeskyttelsen på området for kredittjenester, nærmere bestemt for å unngå at den enkelte pådrar seg en ubetjenelig gjeldsbelastning. Dette er et legitimt formål etter EØS-retten, hvilket også utredningen er inne på.⁶³ Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig, fordi restriksjonen også må være egnet og nødvendig i EØS-rettslig forstand.

For at forbudet i § 1 skal være egnet til å ivareta dette formålet, må det faktisk bidra til å redusere faren for at forbrukere pådrar seg ubetjenelig gjeldsbelastning som følge av kredittopptak. En helt nødvendig forutsetning for dette er at det som foreslås forbudt etter forslagets § 1, per i dag faktisk fører til en ubetjenelig gjeldsbelastning for forbrukere. Det avgjørende spørsmålet blir dermed hvorvidt det som foreslås forbudt, øker risikoen for at forbrukere pådrar seg en gjeld som de ikke vil klare å betjene.

I denne sammenheng nevner vi at forslagets § 1 omfatter både "*inngåelse*" av en kredittavtale og "*utnyttelse*" av en "*allerede inngått*" rammeavtale om kreditt. Et forbud mot utnyttelse av en eksisterende kredittramme for ordinære kjøp som gir begrenset løpende opptjening i et fordelsprogram, kan vanskelig sies å kunne være egnet eller nødvendig for begrense låneopptak i private husholdninger, og er av de grunner det redegjøres for nedenfor, et disproporsjonalt inngripende tiltak.

Løpende fordeler som ledd i et ordinært fordelsprogram vil først og fremst være en konkurranseparameter i det totale bildet når forbrukeren velger mellom ulike betalingsløsninger.

Vi ser likevel at fordeler som gis i tilknytning til selve *inngåelsen* av avtalen potensielt kan gi incentiver til å ta opp kreditt, typisk ved at det gis en "sign on" bonus av en størrelse som i seg selv kan være motiverende for å ta opp kreditten. Dette er imidlertid ikke tilfelle for Norwegian-kortet, eller for den saks skyld andre fordelsprogrammer, hvor det er ulike former for løpende goder i selve fordelsprogrammet som er det sentrale, dvs. opptjening av poeng som senere kan benyttes til kjøp av varer eller tjenester. At det ikke skilles mellom disse typetilfellene (dvs. "sign on" bonus og løpende fordeler som følge av fordelsprogrammet) i utkastet, virker lite hensiktsmessig, gitt at bestemmelsen har som formål å begrense uansvarlige låneopptak, ikke å begrense konkurransen på en slik måte at forbrukergoder som ikke medfører uansvarlige låneopptak, rammes. Løpende goder i et fordelsprogram kommer forbrukerne direkte til gode, og forbys etter forslaget uten noen holdbar begrunnelse.

⁶⁰ Jf. bl.a. EU-domstolens avgjørelse i sak C-341/05 *Laval un Partneri*, premiss 101

⁶¹ EFTA-domstolens avgjørelse i E-10/4 *Paolo Piazza og Paul Schurte AG*, premiss 42

⁶² EU-domstolens avgjørelse i sak C-265/12 *Citroën mot FvF*, premiss 38

⁶³ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "*Regler om kreditmarkedsføring*", på s. 18

Dersom fordelsprogrammer har den effekten på forbrugeratferden som udokumentert synes å legges til grunn, må det også tas stilling til hvordan ønsket om å oppnå fordeler gir incentiver til tilbakebetaling av kreditt. For å kunne oppnå løpende fordeler på vare- og tjenestekjøp, må forbrukeren ha tilgjengelig kreditt. Dersom forbruker ikke betjener og tilbakebetaler sitt utestående, vil han eller hun heller ikke ha anledning til ytterligere bonusopptjening i det aktuelle fordelsprogrammet. CashPoints-opptjening som følge av bruk av Norwegian-kortet er dermed ikke egnet til å påvirke kundeadferd slik at det leder til uansvarlig låneoptak.

Forslaget kan ikke anses som egnet for å oppnå formålet med mindre det foreligger tilstrekkelig konkret og spesifikk dokumentasjon som underbygger at tilleggsfordeler ved bruk av kredittkort tilknyttet et fordelsprogram øker risikoen for at forbrukeren pådrar seg ubetjenelig gjeldsbelastning, jf. EU-domstolen og EFTA-domstolens praksis:

"The reasons which may be invoked by an EEA State by way of justification must be accompanied by an analysis of the appropriateness and proportionality of the restrictive measure adopted by that State and specific evidence substantiating its arguments." ⁶⁴ (Vår understreking.)

Og det er den regulerende myndighet, i siste instans staten, som har bevisbyrden for å påvise dette:

"De restriktive tiltakene som partene treffer, må imidlertid oppfylle de kravene til proporsjonalitet som er nedfelt i både EFTA-domstolens og EF-domstolens rettspraksis. [...] Bevisbyrden for at disse kravene er oppfylt, ligger på staten som er ansvarlig for restriksjonen." ⁶⁵ (Vår understreking.)

Bruk av kredittkort tilknyttet et fordelsprogram er ikke i seg selv problematisk. Et ønske om å begrense bruken av kredittkort tilknyttet fordelsprogram er ikke i seg selv et legitimt formål under EØS-avtalen, og er da heller ikke formålet med forslaget. Ettersom forbudet ikke vil være til hinder for at forbrukere fortsetter å betale med kredittkort (men da uten å motta slike fordeler som foreslås forbudt), vil forbudet ikke være egnet til å redusere gjeldsbelastningen. I en kjøpsituasjon vil forbrukeren uansett kunne handle på kreditt. Forbudet mot markedsføring av fordelsprogrammer vil dermed utelukkende påvirke forbrukerens valg av kredittkort i kjøpsituasjonen. En forbrukers gjeldsbelastning vil bli den samme uavhengig av om vedkommende bruker et kredittkort med eller uten tilleggsfordeler.

Forbrukeren vil fortsatt ha et valg mellom å betale med kreditt- eller debetkort. Det er imidlertid ingen grunn til å tro at forbrukere som per i dag benytter seg av betaling på kreditt, og som er eksponert for å pådra seg ubetjenelig gjeldsbelastning (personer med utfordringer knyttet til styring av privatøkonomi), vil gå over til å betale uten kreditt dersom tilleggsfordelene ved kredittkortet forsvinner. For å kunne hevde noe annet måtte det være slik at det bærende incentivet for å bruke kredittkort, for personer i risikogruppen, er å oppnå tilleggsfordeler. Dette har en sterk formodning mot seg, og er ikke underbygget eller forsøkt bevist i utredningen.

Utredningen overspiller etter vår oppfatning de incentiveeffektene som kan følge av tilleggsfordeler ved kreditt. Et sted hevdes det f.eks. at "*forbrugere i visse tilfælde kan vælge at ansøge om lån alene for at få nogle fordele (varer, tjenester eller andre ydelser), som ikke direkte relaterer sig til lånene.*"⁶⁶ Eksempelet fremstår som konstruert og påstanden som fremsettes, er uansett ikke underbygget med noen form for dokumentasjon hva gjelder kunders bruk av kort tilknyttet fordelsprogrammer. Dette er i strid med EØS-rettens krav til bevis for proporsjonaliteten av restriksjoner. Statistikken viser at kunder rekruttert via flyselskapet NAS, dvs. som blir kunder som følge av Rewards-medlemskap, har en langt lavere misligholdsgrad (< 1 %) enn for kunder som kommer fra andre salgskanaler.

⁶⁴ EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-9/11 *ESA mot Norge*, premiss 89 (med videre henvisninger)

⁶⁵ Jf. bl.a. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-3/06 *Ladbrokes*, premiss 42

⁶⁶ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "*Regler om kreditmarkedsføring*", på s. 54 (se også tilsvarende formulering på s. 91)

Det er mer nærliggende å anta at bruk av kredittkort i risikogruppen er motivert av et ønske om å kunne kjøpe selve hovedvaren eller tjenesten. En forbruker som er avhengig av kreditt for å foreta et kjøp, vil i en kjøpsituasjon derfor kjøpe hovedvaren eller tjenesten på kreditt, selv om tilleggsfordelene forsvinner. Ettersom kreditttjenester uten tilleggsfordeler kan være like omkostningstunge som kredittytelser med tilleggsfordeler, synes det ikke å være tilstrekkelig grunnlag for å anta at et forbud mot tilleggsfordeler er egnet til å redusere risikoen for at forbrukere pådrar seg gjeld som de ikke klarer å betjene.

Vi bemerker at forslaget skiller seg fra den belgiske bestemmelsen i den nevnte *Citroën*-avgjørelsen på avgjørende punkter når det gjelder spørsmålet om egnethet. Den konkrete saken handlet om en kobling mellom et bilkjøp og en forsikringsytelse. EU-domstolen tok så stilling til om det nasjonale forbudet, som rammet en slik kobling, var egnet til å gjøre kjøpsbetingelsene mer transparente. Problemet i den aktuelle saken besto i at forbrukeren kunne bli villedet gjennom koblingsalget fordi det ble vanskelig å sammenligne ulike tilbud. EU-domstolen mente at forbudet kunne hindre dette, og dermed styrke forbrukerbeskyttelsen.⁶⁷

For det foreliggende forskriftsforslaget er spørsmålet av en helt annen art, nemlig om forbudet mot tilleggsfordeler ved kredittavtaler øker risikoen for ubetjenelig gjeldsbelastning. Som det fremgår av vår vurdering ovenfor, synes det ikke å være tilstrekkelige holdepunkter for å fastslå dette. Til dette kommer også at det på området for forbrukerkreditt allerede er gitt bestemmelser i finansavtaleloven kap. 3 med tilhørende forskrift, som skal ivareta forbrukeres behov for klarhet og transparens knyttet til vilkårene i avtaler om forbrukerkreditt. Også dette skiller egnethetsvurderingen i denne saken fra *Citroën*-saken.

Det følger av dette at forskriftsforslagets § 1 ikke er egnet til å oppfylle formålet som ligger til grunn for høringsforslaget, dvs. ønsket om å redusere ubetjenelig gjeldsbelastning blant norske forbrukere.

Allerede av denne grunn er forslagens § 1 en restriksjon som er uforenlig med EØS-avtalen artikkel 36.

Gitt at den foreslåtte bestemmelsen hadde vært egnet, blir det videre et spørsmål om den er nødvendig for å oppnå formålet om å beskytte forbrukere mot risiko for ubetjenelig gjeldsbelastning. Avgjørende er hvorvidt dette formålet kan oppnås på en like effektiv måte ved mindre inngripende tiltak.⁶⁸

Når det gjelder nødvendigheten, vises det til at forslaget har et vidt omfang. Det foreslås i første ledd et helt generelt forbud mot vilkår som gjør tilleggsfordeler betinget av inngåelse eller utnyttelse av en kredittavtale. Forbudet vil med andre ord ramme enhver tilleggsfordel som følge av kredittkortbruk til tross for at det er store forskjeller mellom ulike typer tilleggsfordeler som tilbys. I den grad tilleggsfordeler i det hele tatt kan påvirke forbrukere til å pådra seg ubetjenelig gjeldsbelastning (noe vi mener det ikke er grunnlag for å hevde, jf. ovenfor), vil tilleggsfordelene, og graden av påvirkning, i svært stor grad variere.

Enkelte tilleggsfordeler kan f.eks. være av så ubetydelig verdi sammenlignet med den hovedvaren eller tjenesten som forbrukeren ønsker å kjøpe, at de uansett ikke kan påvirke forbrukerens beslutning, mens andre fordeler kan være betydelige og dermed innebære større risiko for uheldige incentiveeffekter som i enkelttilfeller kan føre til at forbrukere pådrar seg ubetjenelig gjeld.

Et eksempel på en tilleggsfordel som per i dag tilbys for Norwegian-kortet, er opptjeningen av 1 % av kjøpesummen i CashPoints på alle kjøp med dette kortet. Vi har vanskelig for å se at f.eks. opptjening av

⁶⁷ EU-domstolens avgjørelse i sak C-265/12 *Citroën* mot FvF, premiss 39

⁶⁸ Jf. bl.a. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-1/06 *Spilleautomater*, premiss 49 (med videre henvisninger)

CashPoints til en verdi av NOK 100 ved et kjøp av en vare eller tjeneste til NOK 10 000 gir så sterke incentiver til kredittkjøp at dette i seg selv øker risikoen for opptak av ubetjentlig gjeld.

Andre tilleggsfordeler kan være av større verdi, men så nært tilknyttet hovedvaren eller tjenesten som forbrukeren ønsker å kjøpe, at det fremstår som uforholdsmessig å forby en finansiell institusjon å tilby eller markedsføre tilleggsfordelen ved kredittytelsen. Særlig kan dette gjelde der hvor den nære tilknytningen i tillegg består av at kredittytelsen og tilleggsfordelen ytes av én og samme virksomhet.

Et eksempel på en slik tilleggsfordel som per i dag tilbys for Norwegian-kortet, er opptjeningen av 5 % og 20 % av billettprisen i CashPoints ved kjøp av hhv. LowFare- og Flex-flybilletter. CashPoints, som kan innløses for kjøp av flybilletter, er med andre ord en tilleggsfordel som gjelder nøyaktig samme type tjenester (persontransport med fly) som hovedtjenesten.

Når det gjelder tilleggsfordeler knyttet til opptjening av CashPoints, viser vi også for ordens skyld til at slike fordeler er transparente (verdien av 1 CashPoint = NOK 1). Dermed vil slike fordeler heller ikke føre til at forbrukere blir villedet og ikke klarer å sammenligne ulike tilbud, ulikt *Citroën*-saken.

Det helt generelle forbudet i forslaget § 1 første ledd mot å tilby tilleggstjenester på vilkår om inngåelse eller utnyttelse av en kredittavtale reflekterer ikke disse forskjellene mellom ulike typer tilleggsfordeler. Samme innvending kan reises mot markedsføringsforbudet i § 1 andre ledd bokstav a, for så vidt gjelder forbudet mot markedsføring som tilbyr tilleggsfordeler i form av fordeler i kundelojalitetsprogram.

Dette er en avgjørende forskjell mellom forslaget § 1 og det belgiske forbudet som ble vurdert av EU-domstolen i *Citroën*-saken. I den saken var det nettopp det faktum at lovgiver hadde vurdert og gjort unntak, basert på at det i visse tilfeller ikke var nødvendig å forby tilleggsfordeler, som gjorde at EU-domstolen konkluderte med at forbudet var nødvendig og forholdsmessig under proporsjonalitetstesten.

EU-domstolen uttalte:

"Det bemærkes hvad angår restriktionens forholdsmæssighed, at [det belgiske forbudet] tillader visse undtagelser til det generelle forbud mod salg med tilgift, hvoraf mindst en af ydelserne er en finansiell tjenesteydelse. Disse undtagelser viser, at den belgiske lovgiver har vurderet, at det i visse tilfælde ikke er nødvendigt at beskytte forbrugeren yderligere."⁶⁹ (Vår understreking.)

Det var bl.a. gjort unntak fra forbudet for:

- "- Finansielle tjenesteydelser og farvefotos, klæbemærker og øvrige bilder med ringe handelsverdi.
- Finansielle tjenesteydelser og værdikuponer i form af dokumenter, der efter erhvervelse af et vist antal tjenesteydelser giver ret til en tilsvarende tjenesteydelse, som er gratis eller sælges til reduceret pris, for så vidt som denne begunstigeelse gives af samme virksomhed og ikke overstiger en tredjedel af prisen på de tidligere erhvervede tjenesteydelser."⁷⁰ (Vår understreking)

Forslagets § 1 inneholder ingen unntak. Utredningen inneholder i det hele tatt ingen spor av at tilsvarende, mindre inngripende tiltak, er vurdert. Et sted drøftes det riktignok om det bør innføres et krav om at fordeler i lojalitetsprogram mv. listet opp i forslaget § 1 andre ledd bokstav a må være egnet til å påvirke forbrukerens kjøpsbeslutning for å være forbudt, men utredningen anbefaler ikke dette.⁷¹ Når det ikke tas inn en slik terskel, må forutsetningen for at forbudet skal være forholdsmessig, være at

⁶⁹ EU-domstolens avgjørelse i sak C-265/12 *Citroën* mot *FvF*, premiss 41

⁷⁰ EU-domstolens avgjørelse i sak C-265/12 *Citroën* mot *FvF*, premiss 6

⁷¹ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "Regler om kreditmarkedsføring", på s. 92

enhver tilleggfordel (som alle rammes av bestemmelsen) faktisk fører til økning i ubetjenelig gjeldsbelastning. Som vi har vist ovenfor, er det ikke grunnlag for å hevde dette. Et generelt forbud går derfor for langt.

Et mindre inngripende tiltak, som ville være like effektivt for å oppnå formålet om å hindre ubetjenelig gjeldsbelastning, ville etter vårt syn for eksempel være å innføre unntak etter tilsvarende prinsipper som den belgiske regelen, jf. for eksempel de to unntak som er sitert ovenfor, eller konkret å skille mellom "sign on" bonuser ved inngåelse av kredittavtale og løpende fordeler i et fordelsprogram ved bruk av et bestemt betalingsmiddel. Slike unntak har ikke blitt vurdert.

Det følger av dette at forskriftsforslagets § 1 ikke er nødvendig for å oppnå formålet som ligger til grunn for høringsforslaget, dvs. ønsket om å redusere ubetjenelig gjeldsbelastning blant norske forbrukere.

Også av denne grunn er forslaget § 1 en restriksjon som er disproporsjonal og dermed uforenlig med EØS-avtalen artikkel 36.

Forslagets svært inngripende karakter, dvs. et absolutt forbud, gjør at særlig denne delen av forskriftsforslaget må utsettes gjennomført og utredes nærmere.

6.2 Forslagets § 2

6.2.1 Bestemmelsens rekkevidde

Den foreslåtte bestemmelsen lyder slik:

"§ 2 Forbud mot markedsføring som oppfordrer til uansvarlig låneopptak

Markedsføring av kreditt skal ikke oppfordre til uansvarlig låneopptak, herunder skal den ikke fokusere på ett eller flere av de følgende elementer:

- a) Hvor hurtig kreditten kan gis eller hvor lett tilgjengelig den er
- b) Hvor raskt man kan få svar på en kredittsøknad
- c) Framheve at terskelen for å få innvilget kreditt er særlig lav
- d) Framheve hvor enkel søkeprosessen er

Bestemmelsen i bokstav b gjelder ikke for kreditt til boligformål.

Opplistingen i bokstav a til d er ikke uttømmende."

Vi forstår forslaget slik at den første passusen i første ledd skal fungere som en "generalklausul" som forbyr alle former for oppfordring til uansvarlig låneopptak i markedsføring, og at oppramsingen i bokstav a–d er eksempler på elementer som det ikke kan fokuseres på ved markedsføring av forbrukerkreditt. Oppramsingen må forstås med den begrensning at forbudet kun retter seg mot markedsføring som *fokuserer* på rask og enkel tilgang til kreditt. Det må være klart at aktørene fortsatt lovlig vil kunne gi opplysninger om f.eks. forventet svartid og stegene i søknadsprosessen. At bestemmelsen må forstås på denne måten, følger også av bakgrunnen for forslaget, som er ment å kodifisere Forbrukerombudets tidligere praksis, da denne viste seg ikke å ha tilstrekkelig hjemmel, jf. MR-2012-625.⁷² En slik tolkning av bestemmelsens rekkevidde er også i samsvar med de formuleringene som ble ansett særlig problematiske i praksis, herunder den nevnte saken fra Markedsrådet. Der var det i markedsføringen brukt uttalelser som "*Forbrukslån på dagen*", "*Lån uten sikkerhet på 5 min*" osv.⁷³

⁷² Forbrukerombudets begrunnelse, sitert i utredningen fra Tanja Jørgensen, "*Regler om kreditmarkedsføring*", på s. 76–77

⁷³ Markedsrådets avgjørelse i MR-2012-625, på s. 2

6.2.2 Restriksjonsvurderingen under EØS-avtalen art. 36

Vi viser her til det som fremgår ovenfor i punkt 6.1.2 om hva som omfattes av restriksjonsbegrepet.

Det følger av EU-domstolen og EFTA-domstolens praksis at generelle forbud mot markedsføring av bestemte typer varer og tjenester utgjør en restriksjon.⁷⁴ Forskriftsforslagets § 2 oppstiller imidlertid ikke et forbud mot all markedsføring av kredittjenester i Norge, men innebærer kun begrensninger knyttet til innholdet i markedsføringen, nærmere bestemt ulike typer oppfordringer til uansvarlig låneopptak.

Også nasjonale bestemmelser som begrenser innholdet i markedsføring kan utgjøre restriksjoner på tjenestefriheten. Det følger av EU-domstolens praksis at slike innholdsmessige begrensninger utgjør en restriksjon der de eliminerer, begrenser muligheten for eller gjør det mindre interessant for tjenesteytere etablert i EØS å tilby sine tjenester i et annet EØS-land.⁷⁵ Spørsmålet er altså om den begrensningen som forskriftsforslagets § 2 setter på markedsføringen av kreditt, gjør det mindre interessant (attraktivt) for tjenestetilbydere etablert i EØS å tilby forbrukerkredittjenester på det norske markedet.

Forbudet vil begrense muligheten til å markedsføre sine kredittjenester på en måte som oppfordrer til uansvarlig låneopptak. Markedsføring som forleder forbrukere til å oppta en kreditt som de ikke greier å betjene og derfor må anses uansvarlig, kan tenkes å være et ledd i en forretningsstrategi for useriøse aktører på forbrukerkredittmarkedet. Grunnen til dette er at aktørene på markedet profitterer på kunder som ender opp med å måtte betale høye kredittkostnader (særlig renter). Forslaget vil redusere mulighetene for fortjeneste i slike kundeforhold hvor forbrukeren opptar uansvarlig kreditt. I tillegg vil forslaget medføre at enkelte aktører må tilpasse sin markedsføring av kreditt særskilt for norske forhold, og dermed må oppgi et markedsføringssystem basert på "single branding" og konsept på tvers av flere EØS-land.⁷⁶

Vår oppfatning er på denne bakgrunn at forslaget gjør det mindre interessant for tilbydere av forbrukerkreditt innenfor EØS å tilby sine tjenester i Norge, og derfor utgjør en restriksjon.

6.2.3 Proporsjonalitetstesten

Det vises til det som er sagt ovenfor i punkt 6.1.3 om innholdet i proporsjonalitetstesten mer generelt.

Siden forslagens § 2 synes å være begrunnet i de samme hensyn som § 1, blir det første spørsmålet om det foreslåtte markedsføringsforbudet er egnet til å begrense forbrukeres ubetjenelige gjeldsbelastning.

Som nevnt ovenfor, er en forutsetning for egnetheten av forbudet i forslagens § 2 at forbudet mot den typen markedsføring som rammes av forslaget, faktisk vil redusere omfanget av slik gjeldsbelastning. Vi bemerker i denne sammenheng at verken utredningen eller Forbrukerombudets begrunnelse viser til noen dokumentasjon på en slik årsakssammenheng, i strid med EØS-rettens krav, jf. ovenfor.

Forslagets § 2 bokstav c har vi ingen kommentarer til. Til de øvrige delene av bestemmelsen er vårt overordnede syn at låneprodukter hvor det foretas en kredittvurdering tett opp til tidspunktet hvor lånebehovet identifiseres, er det beste for både låntaker og långiver. Dette hjelper kundene til å søke og å ta opp lån når lånebehovet oppstår. Å kunne gi forbruker rask tilbakemelding på pris og forsvarlig lånebeløp gir forbruker anledning til å områ seg og vurdere flere tilbud fra seriøse aktører. Et forbud mot å fokusere på rask behandlingstid og tilgang til kreditt (effektive låneprodukter) kan således skade forbrukerne, hvilket det ikke er noen grunn til når forsvarlige kredittvurderinger ligger til grunn for

⁷⁴ Jf. bl.a. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-04/04 *Pedicel*, premiss 49 (med videre henvisninger), EU-domstolens avgjørelse i sak C-176/11 *HIT hoteli m.fl. mot Bundesminister für Finanzen*, premiss 16-17 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-405/98 *Gourmet*, premiss 39

⁷⁵ Sml. C-34-36/95 *De Agostini* premiss 50 og C-239/02 *Douwe Egberts* premiss 54

⁷⁶ Sml. EU-domstolens avgjørelse i sak C-239/02 *Douwe Egberts*, premiss 52.

kredittavtalen. For å konkretisere dette noe nærmere viser vi til at restriksjoner på bankenes mulighet til å selge annuitetslån som raske og effektive låneprodukter vil kunne gi utilsiktede konsekvenser:

- Dreining mot rammekreditter (enten i form av usikrede kreditter eller boligkreditter) fremfor låneopptak ved konkrete behov.
- Dreining av markedsføring mot agentkanalen, da låneagentene vil kunne gi forbruker "raskt svar" fra flere aktører samtidig, samt dirigere forbruker mot den aktøren som kan møte lånebehovet.

Under halvparten av innvilgede forbrukslån ender opp med utbetaling. En god synliggjøring av kostnaden ved å ta opp lån gjør at forbruker gis gode forutsetninger for å vurdere tilbudet, vurdere sitt reelle behov og veie sitt behov opp mot kostnaden ved ta opp kreditt. Skulle forskriften dreie forbrukerne vekk fra bankenes søknadsskjema og tradisjonelle nedbetalingslån, kan forskriften få den motsatte effekten av det myndighetene søker å oppnå. En dreining mot rammelån, uavhengig av om disse er sikrede eller usikrede, hvor forbruker kan benytte innvilget ramme uten å gjøre en realitetsvurdering av hvilke kostnader dette medfører, vil kunne være uheldig.

Videre vil en dreining mot distribusjon via låneagenter, slik lånedistribusjon til dels foregår i Sverige, også kunne tjene mot sin hensikt. I Norge opererer låneagenter uten konsesjon og uten noe kredittansvar eller eierskap til kundene. Inntjening øker med formidlet volum, og agentene er tjent med å ha mange samarbeidsbanker som er klare til å ta imot lånesøkerne. Lånesøkere vil få prøvd sin søknad hos mange aktører samtidig, og vil veiledes mot de aktørene som eventuelt er villige til å gi lån. En lånesøker som har et kundeforhold hos flere aktører, eller har en kredittprofil som erfarne aktører med utprøvde kredittmodeller vil avvise, vil kunne kanaliseres mot nye aktører eller aktørene med de svakeste kredittvurderingsmodellene.

En slik dreining av søkermassen fra bankenes egne salgskanaler, og over til uregulerte aktører, før et eventuelt gjeldsregister er på plass, vil vesentlig kunne øke spesielt utsatte forbrukeres tilgang til, og kjennskap til, aktører som kan tilby å innvilge deres lånesøknad.

På denne bakgrunn mener vi at det er tvilsomt om forslaget § 2 i sin helhet er egnet til å ivareta det ønskede formålet. Som det fremgår, kan særlig forslaget § 2 bokstav a, b og d få utilsiktede konsekvenser som tvert imot strider mot formålet. Følgelig er det vår konklusjon at det er tvilsomt om forslaget § 2 i sin helhet kan gjennomføres i norsk rett uhindret av EØS-avtalen artikkel 36.

6.3 Forslagets § 3

6.3.1 Bestemmelsens rekkevidde

Forslaget til § 3 lyder slik:

"§ 3 Forbud mot direkte markedsføring av kreditt

Kredittavtaler skal ikke markedsføres direkte til forbrukere ved hjelp av adressert reklame eller telefonsalg uten mottagerens forutgående uttrykkelige samtykke. Kredittavtaler skal ikke markedsføres direkte til forbrukere ved hjelp av dørsalg eller standsalg."

Det foreslåtte forbudet i § 3 er fra Forbrukerombudets side ment å redusere salg av kreditt på "*en så pågående måte som disse salgsmåtene legger opp til*".⁷⁷ Forbrukerombudet viser til at en beslutning om å ta opp kreditt bør komme som et resultat av "*grundige overveielser og analyser av eget behov*", noe som de angitte former for salg ikke ivaretar etter Forbrukerombudets syn. Forbrukerombudet viser også til at forbudet ikke vil omfatte "*alminnelige annonser i aviser, nettaviser, på søkemotorer o.l.*".

⁷⁷ Forbrukerombudets begrunnelse, sitert i utredningen fra Tanja Jørgensen, "*Regler om kreditmarkedsføring*" på s. 80

I markedsføringsloven § 15 finnes det i dag et forbud mot blant annet markedsføring per elektronisk post uten "mottakerens forutgående samtykke", jf. bestemmelsens første ledd. Elektronisk post er definert i § 15 fjerde ledd og omfatter bl.a. også "tekst- og multimediemeldinger til mobiltelefon". Som følge av dette eksisterende forbudet, omfatter den foreslåtte § 3 verken e-post eller sistnevnte type markedsføring, f.eks. mobilreklame på SMS. Selv om dette fremgår av Forbrukerombudets begrunnelse⁷⁸, er det i alle tilfeller ønskelig med en klargjøring eller presisering av dette. Dette kan for eksempel gjøres ved å benytte seg av samme terminologi som i markedsføringsloven. I markedsføringsloven § 13 er begrepene telefon eller "adressert post" benyttet. Begrepet "adressert post" inkluderer ikke elektronisk post, som er regulert i markedsføringsloven § 15, jf. over. Ordlyden "adressert post" vil følgelig gi en mer presis regulering enn dersom terminologien "adressert reklame" blir stående.

Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd markedsføring både overfor eksisterende og nye kunder. Vi antar at de forskjellige typene av salg vil være av varierende relevans for de forskjellige kundegruppene som er mål for markedsføringen, da det trolig vil være enklere å få et forutgående, uttrykkelig samtykke fra en eksisterende kunde enn fra potensielle kunder. Motsatt antas det at det er mer aktuelt å markedsføre ved hjelp av standsalg overfor potensielt nye kunder. Dørsalg antas lite aktuelt uansett, og vi behandler derfor ikke dette spesifikt.

6.3.2 Restriksjonsvurderingen

Vi viser igjen til det som fremgår ovenfor i pkt. 6.1.2 om hva som omfattes av restriksjonsbegrepet.

Til forskjell fra forslaget § 2 gjelder § 3 et forbud mot selve *kommunikasjonsmåten* ved markedsføring av forbrukerkreditt, og ikke *innholdet* i slik markedsføring. Det må derfor vurderes om forbud mot de ulike kommunikasjonsmåtene utgjør en restriksjon på tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36.

Et tilsvarende spørsmål var tema i EU-domstolens avgjørelse i *Alpine Investment*.⁷⁹ Spørsmålet i den saken var hvorvidt et forbud om å ta kontakt med potensielle kunder i en annen medlemsstat per telefon uten kundens forutgående samtykke (såkalt "cold calling") utgjorde en restriksjon på tjenestefriheten. Utredningen viser til denne avgjørelsen flere steder, bl.a. i beskrivelsen av primærretten på s. 73.

I EU-domstolens vurdering av restriksjonsspørsmålet ble det vist til at "et sådant forbud [fratager] de berørte virksomheder muligheden for hurtigt og direkte at kunne reklamere og tage kontakt med potentielle kunder i andre medlemsstater", og derfor var "egnet til at udgøre en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser af grænseoverskridende karakter".⁸⁰

EU-domstolen konkluderte med at forbudet utgjorde en restriksjon på tjenestefriheten:

"Et forbud som det i den foreliggende sag omhandlede hidrører fra tjenesteyderens etableringsmedlemsstat og vedrører ikke blot tilbud rettet til modtagere etableret i denne stat, eller som indfinder sig dér for at modtage tjenesteydelsen, men tillige tilbud rettet til modtagere på en anden medlemsstats område. Forbuddet påvirker således direkte adgangen til at udføre tjenesteydelser i de andre medlemsstater. Det er derfor egnet til at hindre udvekslingen af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne."⁸¹ (Vår understreking.)

⁷⁸ Utredningen fra Tanja Jørgensen, "Regler om kreditmarkedsføring", på s. 80 og 81

⁷⁹ EU-domstolens avgjørelse i sak C-384/93 *Alpine Investment*

⁸⁰ EU-domstolens avgjørelse i sak C-384/93 *Alpine Investment*, premiss 28

⁸¹ EU-domstolens avgjørelse i sak C-384/93 *Alpine Investment*, premiss 38

Tilsvarende vil det foreslåtte forbudet i § 3 kunne ramme finansielle institusjoner i andre EØS-land som måtte ønske å markedsføre sine kreditttilbud overfor norske forbrukere. Selv om avgjørelsen i *Alpine Investment* gjaldt adgangen for tjenesteytere lokalisert i medlemsstaten til å markedsføre sine tjenester overfor tjenestemottakere i andre land, må vurderingen bli tilsvarende for spørsmålet om det foreslåtte forbudet i § 3 utgjør en restriksjon. Forskriftsforslaget vil hindre tjenesteytelse mellom ulike EØS-land, og må derfor anses for å utgjøre en restriksjon på tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36.

6.3.3 Proporsjonalitetstesten

Det vises igjen til det som fremgår ovenfor i pkt. 6.1.3 generelt om proporsjonalitetstesten.

Tilsvarende ovenfor blir det første spørsmålet om et forbud mot markedsføring av kreditttilbud gjennom adressert reklame, telefonsalg, dørsalg eller standsalg i § 3 vil være egnet til å redusere forbrukeres ubetjenelige gjeldsbelastning. Det bemerkes også her at verken utredningen eller Forbrukerombudets begrunnelse inneholder noen spesifikk og konkret dokumentasjon på en slik årsakssammenheng.

Ved vurderingen av proporsjonaliteten av forslaget § 3 må det etter vårt syn tas i betraktning at det i finansavtaleloven er innført særlige krav til avtaleinngåelsen for kredittavtaler, som er ment å hindre låneopptak på impuls. Etter finansavtaleloven § 48 første ledd andre punktum er ikke en kredittavtale bindende for forbrukeren med mindre avtalen er skriftlig og undertegnet av forbrukeren. Dette kravet kommer i tillegg til det som gjelder opplysningsplikten for kredittmarkedsføring og forut for inngåelsen av kredittavtalen, jf. §§ 46 og 46b, samt plikten til å vurdere forbrukerens kredittverdighet og å gi forbrukeren fyllestgjørende forklaringer, jf. §§ 46b og 46c.

Endelig understrekes det at forbrukere etter angrenerettloven⁸² kap. 8 har rett til å gå fra kredittavtaler, med unntak av boligkreditt, innen 14 dager. Kredittgiveren har plikt til å opplyse forbrukeren om angreneretten.

Formene for markedsføring som foreslås forbudt i § 3 er av forskjellig art og må derfor vurderes separat.

Når det gjelder forbudet mot adressert reklame, innebærer denne typen markedsføring at forbrukeren vil motta skriftlig informasjon. Forbrukeren vil dermed ha mulighet til å overveie tilbudet uten et nært tidspress, og en eventuell avtaleinngåelse vil deretter skje på forbrukerens eget initiativ. Når slik markedsføring ikke oppfordrer til uansvarlig låneopptagelse, og den i tillegg inneholder all informasjon som er påkrevd etter finansavtaleloven, i tillegg til en kredittsjekk, er det vanskelig å se at et forbud mot slik markedsføring skulle være egnet til å redusere den ubetjenelige gjeldsbelastningen hos forbrukere.

For telefonsalg (spesielt "cold calling") er situasjonen annerledes, ettersom forbrukeren der risikerer å bli utsatt for et større press om å fatte en samtidig kjøpsbeslutning. Dette vil avhjelpe noe av kravet til at kredittavtaler skal være signert for å være bindende for forbrukeren, jf. finansavtaleloven § 48 første ledd andre punktum. Forbrukeren vil på denne måten uansett få anledning til å avvende den endelige beslutningen inntil kredittavtalen skal signeres. For enkelte forbrukere, særlig forbrukere i risikogruppen som forslaget må antas å være rettet mot, er det likevel nærliggende å anta at selve kjøpsbeslutningen i realiteten blir tatt på telefon, og at den senere signeringen av kredittavtalen fremstår som en "formalitet", dvs. at avtalen signeres uten at forbrukeren foretar noen nærmere overveielser av avtalevilkårene og sin egen betalingsevne. Til dette kommer at det ved telefonsalg, til forskjell fra adressert reklame, vil være vanskeligere å påvise at en aktør oppfordrer til uansvarlig låneopptagelse, jf. forslaget § 2, ettersom denne kommunikasjonsformen er muntlig. Det vil derfor muligens være enklere for en useriøs aktør å oppfordre til uansvarlig låneopptak per telefon, med den følge at den beskyttelsen som allerede ligger i forslaget § 2 ikke fullt ut avhjelper den risikoen som denne kommunikasjonsformen utgjør. På denne bakgrunn fremstår forbudet mot telefonsalg etter vårt syn som egnet til å oppfylle formålet om å redusere ubetjenelig gjeldsbelastning, selv om det er mulig å argumentere for det motsatte.

⁸² LOV-2014-06-20-27 (Angrenerettloven)

Av tilsvarende grunner er det også nærliggende å anta at et forbud mot dørsalg er egnet til å oppnå formålet om å redusere ubetjenelig gjeldsbelastning. Som nevnt ovenfor, antas imidlertid dørsalg som lite aktuelt uansett, og vi behandler derfor ikke dette nærmere.

Spørsmålet er så om formålet kan oppnås på en like effektiv måte ved mindre inngripende tiltak.

Også til dette vil vi bemerke at forslaget § 2, kravene i finansavtaleloven og angreretten, i noen grad ivaretar det ønskede formålet. Ettersom det likevel kan oppstå situasjoner hvor forbrukeren kan forledes til å inngå en kredittavtale i en salgssituasjon, og det er vanskelig å se at noen mindre inngripende tiltak skulle kunne avhjelpe dette, mener vi at forbudet mot dørsalg og telefonsalg vil kunne anses nødvendig.

I forlengelsen av det som er nevnt for telefonsalg ovenfor, skulle man muligens tro at også et forbud mot standsalg er egnet til å redusere den ubetjenelige gjeldsbelastningen hos forbrukere. Forbrukeren vil i slike markedsføringssituasjoner, i teorien, kunne risikere å bli utsatt for et press om å fatte en umiddelbar avgjørelse. I tillegg vil alle nødvendige opplysninger kunne gis i salgøyeblikket, og kredittavtalen vil kunne signeres og bli bindende for forbrukeren der og da. Dette vil etter omstendighetene, i alle fall teoretisk, kunne gjøre at forbrukeren inngår kredittavtaler på impuls, noe som igjen vil kunne bidra til å øke forbrukernes ubetjenelige gjeldsbelastning.

Konkrete tall fra Bank Norwegian viser imidlertid det *motsatte* bildet: For kunder som rekrutteres på stand, er andelen kunder som misligholder 0,44 %, den klart laveste misligholdsandelen blant bankens kunder. Kunder som rekrutteres fra flyselskapet NAS, har også en lav misligholdsgrad med mindre enn 1 % mislighold. Blant det svært lave antallet som misligholder, er flere også i stand til å gjøre opp for seg, dvs. det er ikke slik at disse tallene er ensbetydende med tall for ubetjenelig gjeldsbelastning. For øvrig er omfanget av kredittbruk som betales tilbake før det blir rentebærende, vesentlig høyere for kort solgt via stand. Gjennomsnittlig rentebærende saldo er ca. en tredel av gjennomsnittet for kort utstedt i andre kanaler. Bank Norwegian har distribuert i overkant av 90.000 kredittkort via standsalg. Gjennomsnittlig rentebærende balanse på disse kortene er i overkant av 3.000 kroner per utstedte kort. Vi kan ikke se at det sannsynliggjøres at denne distribusjonsformen i særlig grad bidrar til en ubetjenelig gjeldsbelastning blant forbrukere. Statistikken viser med tydelighet at disse to kundegruppene (Rewardkortkunder samt kunder med kort fra standsalg) har den klart laveste misligholdsgraden, og forbud mot denne type markedsføring synes av denne grunn å være lite egnet til å oppnå det ønskede formålet.

For kunder som rekrutteres fra låneagenter (altså kunder som søker kredittkort via agentsider på internett mv.), er graden av mislighold til sammenlikning langt høyere. Bank Norwegian har for øvrig avvirket denne salgskanalen i sin helhet. En langt mindre inngripende regulering som omfatter salg av kredittytelser på internett via låneagenter, fremstår, basert på den dokumentasjonen som Bank Norwegian sitter på, som et langt mer egnet tiltak enn det som ligger i forslaget.

Når dokumentasjonen som Bank Norwegian sitter på, tyder på at et forbud mot standsalg ikke består den EØS-rettslige proporsjonalitetstesten, må det i det minste kreves at departementet foretar en nærmere analyse og fremlegger konkret dokumentasjon som viser at et slikt forbud er egnet og nødvendig, jf. det som er nevnt ovenfor om kravet til konkret og spesifikk dokumentasjon under proporsjonalitetstesten.⁸³

På denne bakgrunn mener vi at det fremstår som svært tvilsomt om det foreslåtte forbudet mot adressert reklame og standsalg er i samsvar med EØS-avtalen artikkel 36, mens et forbud mot dørsalg og telefonsalg kan være egnet og nødvendig og dermed være i samsvar med EØS-avtalen artikkel 36.

⁸³ EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-9/11 *ESA mot Norge*, premiss 89 (med videre henvisninger)

7 Konklusjoner

På bakgrunn av vår redegjørelse ovenfor er våre konklusjoner som følger:

- Hjemmelsspørsmålet:
Det er svært tvilsomt om det foreligger tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for en så omfattende regulering som ligger i forslaget. Hjemmelsspørsmålet er uansett mangelfullt utredet fordi den vurderingen som Forbrukerombudet og utredningen har foretatt, ikke er basert på det relevante rettslige vurderingstema knyttet til hjemmelens klarhet, som er oppstilt av Høyesterett.
- Utredningsplikten:
Etter vårt syn er det ikke tvil om at departementets høringsprosess har foregått i strid med Regjeringens utredningsinstruks og utredningsplikten i forvaltningsloven § 37. Dette skyldes både den korte høringsfristen og den mangelfulle utredningen som ligger til grunn for forslaget. Det kan derfor stilles spørsmål ved om forskriften vil være gyldig dersom den innføres uten at disse forholdene rettes.
- EØS-høringsloven:
Forslaget er heller ikke notifisert til ESA i tråd med EØS-høringslovens bestemmelser, og kan derfor ikke lovlig iverksettes før forslaget er meldt til ESA og stillstandsperioden er utløpt.
- E-handelsloven:
Det er også tvilsomt om forslaget, særlig forslagets § 1, er i samsvar med e-handelsloven som gjennomfører e-handelsdirektivet i norsk rett. En innføring av det foreliggende forslaget kan derfor være i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.
- Forholdet mellom forslagets § 1 og EØS-avtalen artikkel 36:
Forslagets § 1 kan ikke lovlig gjennomføres i norsk rett. Grunnen til dette er at forbudet mot å tilby og å markedsføre tilleggsfordeler i form av et kundelojalitetsprogram utgjør en restriksjon på tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36. Restriksjonen er verken egnet eller nødvendig for å beskytte forbrukerne mot ubetjenelig gjeldsbelastning, og er følgelig uforenelig med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, jf. EØS-loven §§ 1 og 2. Spørsmålet byr etter vårt syn ikke på tvil, og det er uansett mangelfullt utredet da det ikke er vurdert opp mot primærretten.
- Forholdet mellom forslagets § 2 og EØS-avtalen artikkel 36:
Vi mener det er tvilsomt om forslagets § 2 i sin helhet lovlig gjennomføres i norsk rett. Forbudet utgjør en restriksjon på tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36, og det fremstår som tvilsomt om forbudet i sin helhet er egnet og nødvendig for å ivareta formålet om å beskytte forbrukerne mot ubetjenelig gjeldsbelastning. Tilsvarende som for forslagets § 1 er denne bestemmelsen heller ikke utredet på tilstrekkelig måte.

- Forholdet mellom forslagets § 3 og EØS-avtalen artikkel 36:
Forslagets § 3 er det som etter vår mening byr på mest tvil når det gjelder foreneligheten med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Vi mener at det fremstår som ytterst tvilsomt om forbudet mot adressert reklame og standsalg er i samsvar med EØS-avtalen artikkel 36. Et slikt forbud utgjør en restriksjon, og det er svært tvilsomt om forbudet er egnet og nødvendig for å oppfylle formålet om å redusere forbrukernes ubetjenelige gjeldsbelastning. Spørsmålet er uansett mangelfullt utredet da det ikke er vurdert opp mot primærretten. Et forbud mot dørsalg og telefonsalg utgjør også en restriksjon, men synes på den annen side å kunne være egnet og nødvendig, og derfor i samsvar med EØS-retten.

Med vennlig hilsen
Simonsen Vogt Wiig



Jan Magne Juuhl-Langseth
Partner – Advokat
jju@svw.no



Anders Thue
Partner - Advokat
ant@svw.no