



Justis- og beredskapsdepartementet,
lovavdelingen

Telefon +47 95717945

E post ove.myrold@sas.no

om, oslaz, jd.001.17.

23 mars 2017

Forslag til forskrift om god kredittmarkedsføring, - hørings svar fra SAS.

Vi viser til Justis- og beredskapsdepartementets høringsbrev av 3. mars 2017 med forslag til forskrift om god kredittmarkedsføring.

Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden (SAS) anerkjenner at gjeldsproblematikken blant norske forbrukere er en utfordring og kan være et problem for de det gjelder, og at det derfor bør tas tak i. Arbeidet med regelverk, herunder angjeldende forskrift, med formål å motvirke aggressiv markedsføring av kreditter har fra vår side derfor vært positivt imøtesett. Imidlertid er det fremlagte forslag til forskrift etter vårt syn for omfattende og uproporsjonalt ved at det rammer utover det vi forstår som hensikten og ønsket måloppnåelse. Videre mener vi det også rammer forhold som ikke er tilsiktet. SAS har i det videre valgt å begrense sitt hørings svar til forslaget som omhandler forbud tilknyttet markedsføring av kreditt med fordeler i kundelojalitetsprogrammer.

Vi reagerer på at dette ikke er utredet, og vi mener i tillegg at dette er et tiltak som er i strid med tjenestereglene i EØS-avtalen del III, kapittel 3.

SAS har i 25 år hatt et fordelsprogram kalt Eurobonus. Dette fordelsprogrammet er en viktig del av vår forretningsvirksomhet, og bidrar til at våre kunder får et bedre produkt enn de ellers ville hatt. Eurobonus gir våre kunder / medlemmer anledning til opptjening av poeng ved bl. a. kjøp av flyreiser, hotellopphold og leie av leiebil fra SAS sine samarbeidspartnere. SAS har også opptjening av poeng ved bruk av kredittkort hos våre samarbeidspartnere som Mastercard og American Express. Opptjeningen av poeng kan så brukes til kjøp av flyreiser, oppgradering av billetter og kjøp av mat ombord til nytte for våre kunder.

Markedsføringsforbudet knyttet til kundelojalitetsprogrammer vil (langt på vei) innebære et *de facto* forbud mot fordeler og goder i (deler av) lojalitetsprogram hvor fordelene knyttes til kredittkort, ettersom forbrukere ikke vil bli gjort kjent med fordelene uten at en næringsdrivende risikerer å bryte forskriften, og spørsmålet er om det er det som er meningen. Forbudet rammer alle, uavhengig av om det faktisk eksisterer et problem og/eller uavhengig om det representerer et problem. Det rammer med andre ord tilbud av

relativt utbredt gode *vidt* og fremstår, som vi har vært inne på innledningsvis, ikke tilstrekkelig målrettet.

Det foreslåtte forbudet mot å markedsføre kreditt med tilbud om «fordeler i kundelojalitetsprogram» som er inntatt i § 1 i forslaget vil innebære at verken SAS eller de samarbeidende kredittkortselskaper American Express og Mastercard kan markedsføre vårt produkt overfor norske forbrukere. Vi oppfatter dette som en sterk inngripen i en tjeneste vi tilbyr, og mener at dette representerer en ulovlig restriksjon på den frie flyt av tjenester etter EØS avtalens artikkel 36.

Vi viser til vedlagte juridiske vurdering av dette fra advokatfirmaet Arntzen de Besche.

SAS ber derfor om at «fordeler i kundelojalitetsprogram,» i forskriftsforslagets § 1 andre ledd bokstav a, tas ut av forslaget til forskrift. SAS har forståelse for ønsket om å komme raskt i mål med forskriften og ikrafttredelsen av den. SAS ser det uunngåelig for å oppnå en rask ikrafttredelse at nevnte «fordeler i kundelojalitetsprogram» tas ut av forskriften, ettersom det både er for dårlig utredet og i strid med utredningsplikten i forvaltningsloven § 37 og EU/EØS-retten.

Når det gjelder de øvrige tiltak som beskrives i forskriftsutkastet, tar SAS ikke stilling til disse. Imidlertid er vi generelt positiv til at det gjøres tiltak som hindrer uansvarlige låneopptak. SAS erfaringer med kredittkort tilknyttet vårt lojalitetsprogram er positive i så måte, da det er meget liten andel av våre Eurobonus medlemmer som misligholder sine kreditter. Det er å bemerke at ingen gis kreditt uten en vurdering i forkant.

Vi viser ellers til hørings svar fra NHO Luftfart som vi stiller oss fullt ut bak.

Vennlig hilsen

Scandinavian Airlines System

Ove Myrøld
Direktør Public Affairs and Infrastructure

1 vedlegg

NOTAT

Til: SAS AB
v/ Christian Schumacher
Fra: Arntzen de Besche Advokatfirma AS
v /Frida May Behrens og Espen I. Bakken

Oslo, 23. mars 2017
Ansvarlig advokat: Espen I. Bakken
E-post: eib@adeb.no
Vår ref: FMB/ 6790885.1
117867 /89102

FORSLAG TIL FORSKRIFT OM GOD KREDITTMARKEDSFØRING – EU/EØS-RETTSLIG VURDERING

1 INNLEDNING

1.1 Forbudet mot markedsføring av kreditt med fordeler i kundelojalitetsprogram

Vi viser til Justis- og beredskapsdepartementets høringsbrev av 3. mars 2017 med forslag til forskrift om god kredittmarkedsføring («forslaget»). Arntzen de Besche Advokatfirma AS representerer Scandinavian Airlines System («SAS») i anledning forslaget til forskrift, og er gitt i oppdrag å vurdere de EU/EØS-rettslige problemstillingene i tilknytning forbudet i § 1 andre ledd bokstav a vedrørende markedsføring av fordeler i kundelojalitetsprogrammer.

Forslaget til forskrift om god kredittmarkedsføring nedlegger forbud mot ulike former for markedsføringstiltak av kredittprodukter. Et av forbudene er titulert «Forbud mot visse tilleggsfordeler», og er inntatt som § 1 i forslaget:

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

I § 1 andre ledd bokstav a, nedlegges et forbud mot at markedsføring av kreditt tilbyr fordeler i kundelojalitetsprogram («forbudet»). Inneværende notat vil knytte bemerkninger til de EU/EØS-rettslige vurderingene som ligger til grunn for dette konkrete forbudet, gjennomført av professor Jørgensen i utredningen «Regler om kredittmarkedsføring» («utredningen»), samt komme med nærmere vurdering av forbudet holdt opp mot EØS-avtalens tjenesteregler. Notatet vil ikke ta stilling til øvrige deler av forslaget til forskrift.

1.2 SAS EuroBonus

SAS tilbyr sine kunder et kundelojalitetsprogram, SAS EuroBonus, hvorved kunder kan opptjene bonuspoeng som senere kan benyttes til å betale for eller oppgradere flyreiser med SAS. SAS



EuroBonus-poeng kan kundene opptjene bl.a. ved kjøp av flyreiser, hotellopphold og leie av leiebil fra SAS' samarbeidspartnere. SAS har også knyttet opptjening av SAS EuroBonus til kredittkort hos American Express og MasterCard. Kunder med SAS EuroBonus kredittkort hos American Express og/eller MasterCard, kan benytte kredittkortet til kjøp hvor som helst, og opptjene SAS EuroBonus på ethvert kjøp.

Det overnevnte forbudet vil innebære at verken SAS eller de samarbeidende kredittselskapene American Express og MasterCard kan markedsføre et slikt kredittprodukt overfor norske forbrukere. Det er derfor SAS' oppfatning at forbudet, slik det nå er begrunnet, utredet og dokumentert, vil representere en ulovlig restriksjon på den frie flyt av tjenester etter EØS-avtalen art. 36.

1.3 Mangelfull utredning

Som notatet i det videre vil forklare, vil det aktuelle forbudet i forslaget § 1 andre ledd bokstav a, etter vår oppfatning være i strid med EØS-avtalens tjenesteregler først og fremst på bakgrunn av manglende utredning og dokumentasjon på forbudets egnethet og nødvendighet.

Mangelfull utredning og begrunnelse for forbudet er imidlertid ikke kun av betydning ut fra et EU/EØS-rettslig perspektiv. Etter forvaltningsloven kap. VII om forskrifter, § 37 første ledd, skal en forskrift være så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Utredningen til professor Jørgensen gjennomfører ikke en vurdering og utredning av de positive og negative virkningene av det konkrete forbudet i § 1 andre ledd bokstav a om fordeler i lojalitetsprogrammer. Ei heller er de EU/EØS-rettslige vurderingene i utredningen av tilfredsstillende kvalitet og grundighet. Forbudet burde nok så åpenbart vært utredet bedre, særlig sett hen til de EU/EØS-rettslige implikasjonene ved forbudet.

Det er vår oppfatning at Justis- og beredskapsdepartementet ved eventuell vedtakelse av forslaget til forbud slik det står ved høringsfristen, vil handle i strid med utredningsplikten i forvaltningsloven § 37 første ledd. En grundigere utredning av særlig de EU/EØS-rettslige problemstillingene forbudet reiser, ville etter vår oppfatning klart påvirket både beslutningsgrunnlaget og innholdet i forskriften. Det er derfor vår oppfatning at vedtakelse av forslaget til forbud slik det står ved høringsfristen, vil kvalifisere til ugyldighet etter forvaltningsloven § 41.

2 EØS-AVTALENS TJENESTEREGLER

2.1 Restriksjon

Vi er av den oppfatning at det konkrete forbudet i § 1 andre ledd bokstav a mot markedsføring av kreditt med fordeler i kundelojalitetsprogram, er i strid med tjenestereglene i EØS-avtalen del III, kapittel 3.

Det følger av EØS-avtalen art. 36 at «det ikke [skal] være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager».

Formålet med tjenestereglene i EØS-avtalen art. 36 er på den ene siden å beskytte utenlandske tjenesteyteres mulighet til å tilby tjenester til norske forbrukere, og på den andre siden å sikre norske forbrukeres rett til å motta tjenester fra utenlandske tjenesteytere. Enhver restriksjon på disse to tilknyttede rettighetene til den frie flyt av tjenester, vil i utgangspunktet være i strid med EØS-avtalen art. 36.



Hvor vidt et nasjonalt tiltak utgjør en restriksjon på frihetene i EØS-avtalen, vil avgjøres ut fra en isolert vurdering av det konkrete tiltaket. Hva gjelder forslaget til forskrift om god kredittmarkedsføring, er det følgelig ikke tale om en vurdering av forslaget i sin helhet, ei heller flere forbud sett i sammenheng. Hvert enkelt forbud i forslaget må vurderes isolert ved spørsmålet om det utgjør en restriksjon. Dette er ikke gjort i utredningen som ligger til grunn for forslaget til forskrift.

Fast rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen, har slått fast at restriksjonsforbudet vil omfatte ethvert nasjonalt tiltak som – selv om tiltaket ikke er diskriminerende – er egnet til å medføre ulemper for eller gjøre utøvelse av fri tjenesteutveksling mindre interessant, jf. eksempelvis C-55/94 premiss 37 og C-602/10 premiss 73.

Det er videre anerkjent av EU-domstolen at nasjonale begrensninger i friheten til markedsføring kan utgjøre en restriksjon på friheten til å tilby tjenester i den aktuelle medlemsstat, jf. eksempelvis C-384/93 premiss 28 og 35, samt C-34-36/95 premiss 50. Dette fordi begrensninger i adgangen til markedsføring direkte påvirker adgangen markedet for tjenesteytelse. Det er imidlertid ikke påkrevet at markedsadgangen blir blokkert for at det skal være tale om en restriksjon. Det er tilstrekkelig at tiltaket utgjør en ulempe for markedsadgangen ved at den eksempelvis forbyr en av flere mulige grenseoverskridende markedsføringsmetoder, slik C-384/93 er et eksempel på.

Dersom et nasjonalt tiltak utgjør en ulempe for adgangen til det nasjonale markedet, vil det være tale om en restriksjon uten at det er nødvendig å påvise at den nasjonale regelen er diskriminerende. Det vil altså være tale om en restriksjon selv om den nasjonale regelen ikke pålegger større byrder på utenlandske aktører enn nasjonale.

Når forbudet i § 1 andre ledd bokstav a, nedlegger et absolutt forbud mot enhver form for markedsføring av kreditt med tilbud om fordeler i kundelojalitetsprogrammer, kan det derfor ikke være tvilsomt at dette utgjør en restriksjon på friheten til å tilby slike kredittprodukter i Norge.

Forbudet vil etter vår oppfatning følgelig være en restriksjon etter EØS-avtalen art. 36, og derfor i utgangspunktet i strid med EØS-avtalen.

2.2 Nasjonal begrunnelse

2.2.1 Lovlige restriksjoner

Restriksjoner på friheten til å yte tjenester etter art. 36, er kun lovlig dersom det kan påvises at restriksjonen forfølger et legitimt formål, og er et egnet og nødvendig virkemiddel for å oppnå dette formålet. Dette følger av fast rettspraksis fra så vel EFTA-domstolen, som EU-domstolen.

Det er de nasjonale myndighetene som har bevisbyrden og dokumentasjonsplikten i denne sammenheng. Restriksjonens påberopte mål og nærmere begrunnelse, må være ledsaget av en analyse av hensiktsmessigheten og forholdsmessigheten av restriksjonen, samt konkrete bevis som underbygger argumentasjonen. Det vises til EFTA-domstolens sak E-12/10 premiss 57, og EU-domstolens sak C-8/02 premiss 45-46.

2.2.2 Legitimt formål

Det overordnede formålet bak forslaget til forskrift om god kredittmarkedsføring, er å motvirke gjeldsbelastningen for private husholdninger, herunder særlig kostbar forbrukskreditt, ved å stramme inn reglene om markedsføring av kreditt og forbrukslån. De mer konkrete formålene bak forskriften er å fjerne eller dempe aggressiv markedsføring av kreditt og forbrukslån, herunder først og fremst å forhindre kredittkunders impulsive gjeldsoptak som følge av dette. Dette er understreket en rekke ganger i utredningen og i høringsmøtet 16. mars 2017. Disse formålene og hensynene kan samles



under paraplyen forbrukerhensyn og forbrukervern. Det anerkjennes at forbrukerhensyn og forbrukervern er legitime formål som kan begrunne en restriksjon på den frie flyt av tjenester.

2.2.3 Egnethet

Det finnes imidlertid ikke dokumentert og bevist at forbudet mot markedsføring av kreditt med fordeler i kundelojalitetsprogrammer er egnet til å oppnå et slikt formål. Dette dels fordi hensynet til å motvirke aggressiv markedsføring av kreditt og forbrukeres impulsive kredittopptak ikke synes å kunne motvirkes ved et slikt forbud. Markedsføringen av kreditt kan vanskelig sies å være aggressiv markedsføring kun fordi kreditt knyttes til kundelojalitetsprogrammer, og markedsføring av lojalitetsprogrammene kan ikke sies å spille på forbrukerens impulsivitet. Forbudet synes derfor ikke å være treffende.

Videre er det påpekt i utredningen at «[n]år der knyttes særlige fordele til kredittopptak, kan det få forbrukeren til å fokusere på å oppnå disse og derved i utilstrækkelig grad vurdere de foreslåede kredittvilkår og sit behov for lånoptagelse.» (vår uthevn.), s. 91. Det bestrides ikke at det kan være tilfellet at enkelte kunders interesse i å opptjene fordelene overskygger kundens fornuftige vurdering av kredittvilkårene. Det er imidlertid ikke fremlagt dokumentasjon på at fordeler i kundelojalitetsprogrammer har en slik uheldig påvirkning på forbrukerne, herunder ingen dokumentasjon på at dette er et reelt problem. Forbudet bygger tilsynelatende kun på en hypotese om at lojalitetsprogrammer stimulerer til uansvarlig kredittopptak, hvilket ikke er tilstrekkelig til å oppfylle dokumentasjonsplikten.

Uavhengig av om slike fordeler stimulerer til uansvarlig kredittopptak, er det heller ikke dokumentert at kredittkort tilknyttet lojalitetsprogrammer er en reell årsak til *gjeldsproblematikk* hos norske husholdninger. SAS er av den oppfatning at de fleste kunder tar i bruk kredittkortene for på en fullt ut forsvarlig måte å kunne dra nytte av og motta økonomiske fordeler gjennom kredittselskapets samarbeid med andre aktører. Bruk av kredittkort og kredittopptak på dette grunnlag er ikke i seg selv problematisk. Det må skilles mellom alminnelige insentiver til bruk av kredittkort, og faktiske årsaker til alvorlig mislighold og gjeldsproblematikk.

Samlet sett kan vi ikke se at det er gjennomført noen form for reell behovsprøving av et forbud slik det er lagt frem i forslaget til forskrift. Det er derfor tvilsomt om forbudet faktisk vil ha den tiltenkte effekten. Forbudet er ikke ledsaget av analyser som påviser at restriksjonen er hensiktsmessig for å oppnå de ellers legitime formålene bak forslaget til forskrift, slik krevet i rettspraksis fra EFTA- og EU-domstolene.

2.2.4 Nødvendighet og proporsjonalitet

Videre kan vi heller ikke finne det dokumentert og bevist at forbudet er nødvendig. I nødvendighetskravet ligger det et krav om proporsjonalitet mellom mål og middel. Restriksjonen må ikke gå lenger enn nødvendig, og nasjonale myndigheter må påvise at restriksjonens ellers legitime formål ikke kan oppnås ved andre, mindre inngripende virkemidler.

I proporsjonalitetsvurderingen ligger det en grad av overprøving av de nasjonale myndigheters ønskede *beskyttelsesnivå*. Spørsmålet er om nasjonale myndigheter har gått for langt i å prioritere de legitime hensynene på bekostning av hensynet til fri bevegelse.

Målestokken for hva som er rimelig forbrukerbeskyttelse holdt opp mot hensynet til fri bevegelse, har langt på vei blitt klarlagt av EU-domstolen. I saker vedrørende nasjonale bestemmelser som skulle beskytte forbrukere mot villedende betegnelser, varemerker eller opplysninger i reklame, har det blitt lagt til grunn at rimelig beskyttelsesnivå skal ta utgangspunkt i:



«[...]den formodede forventning hos en almindelig oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger» (Sak C-210/96, premiss 31).

Se også EU-domstolens saker C-220/98 og C99/01. Målestokken har klar overføringsverdi til det aktuelle forslaget til forbud. Hva som er proporsjonale tiltak for å motvirke norsk gjeldsproblematikk, herunder beskytte mot aggressiv markedsføring og impulsivt gjeldsopptak, må ta utgangspunkt hva som er nødvendig for å verne den alminnelige, opplyste, rimelig oppmerksomme og velinformerte forbruker.

Det er vanskelig å se hvordan den alminnelige, opplyste forbruker kan oppleve markedsføring av kredittkort med tilknyttet fordeler i kundelojalitetsprogrammer i seg selv som aggressiv og påtrengende markedsføring. Som nevnt, finner vi det heller ikke dokumentert, og for øvrig usannsynlig, at det er nødvendig å forby markedsføring av kreditt med tilknyttede fordeler i kundelojalitetsprogrammer for å beskytte den alminnelige, opplyste forbruker mot impulsivt kredittopptak og gjeldsproblemer.

Vi er av den oppfatning at forslaget, og særlig forslaget til det aktuelle forbudet, favner langt videre enn hva som er nødvendig for å beskytte den alminnelige forbruker. Det beskyttelsesnivået forslaget legger opp til, står derfor ikke i et proporsjonalt forhold til hensynet til fri bevegelse av tjenester. I ingen tilfeller er eventuell proporsjonalitet mellom mål og middel dokumentert eller sannsynliggjort.

En kunne sett for seg en vurdering av om forbudet i § 1 andre ledd bokstav a, kunne aksepteres under det EU/EØS-rettslige «føre-var-prinsippet». Prinsippet innebærer en mulighet for å gripe inn med restriksjoner på den frie bevegelse i tilfeller hvor et skadepotensial eller en skaderisiko er mulig, men rent forskningsmessig fortsatt er usikker. Med andre ord, hvor det nødvendige beskyttelsesnivået er usikkert. Anvendelsen av prinsippet forutsetter imidlertid at et skadepotensial eller en skaderisiko er utredet og identifisert. I utredningen til professor Jørgensen, er de negative virkningene av markedsføring av kreditt med fordeler i kundelojalitetsprogrammer ikke isolert utredet. Manglende dokumentasjon på proporsjonalitet mellom mål og middel kan derfor i dette tilfellet ikke rettferdiggjøres med henvisning til «føre-var-prinsippet».

Den andre siden av proporsjonalitetsvurderingen er overprøving av *beskyttelsesmåten*, altså om målet kan oppnås ved andre, mindre inngripende virkemidler.

Det ble opplyst på høringsmøtet 16. mars 2017, med henvisning til «Sterk vekst i forbrukslån» (Norges Bank, 2017), at kun 0,2 % av norske husholdninger anses å være sårbare hva gjelder gjeldsproblemer. Dette gjelder husholdninger med svak likviditet, høy rentebelastning og lite sikkerhet. Selv om antallet er beskjedent, anerkjennes det at gjeldsproblemer utvilsomt rammer de utsatte svært hardt. Antallet utsatte husholdninger er imidlertid så beskjedent, at de vidtrekkende forbudene som forslaget til forskrift legger frem, vanskelig kan oppfattes strengt nødvendig uten nærmere dokumentasjon og utredning. Det nevnes i denne sammenheng at de ulike forbudene i forslaget til forskrift, og øvrige foreslåtte tiltak mot den norske gjeldsproblematikken, bør vurderes og analyseres i sammenheng. Vi kan vanskelig se at et forbud mot markedsføring av fordeler i kundelojalitetsprogram etter en slik vurdering vil anses nødvendig for å beskytte den alminnelige, opplyste forbruker.

Til dette kommer også at seriøse kredittselskaper gjennomfører en reell vurdering av kundenes kredittverdighet, setter reelle og effektive kredittgrenser, og forhindrer dermed at kredittopptak står i et misforhold til inntekt. Resultatet er at kundenes eventuelle ønske om uansvarlige og impulsive kredittopptak ikke blir noen realitet. De problemene forslaget søker å motvirke gjennom forbudet mot markedsføring, er derfor allerede tatt hånd om hos seriøse kredittselskaper. Å forby markedsføringen vil derfor ikke være en proporsjonal beskyttelsesmåte overfor norske forbrukere og kunder av seriøse kredittselskaper.



Av denne grunn etterlyses en nærmere analyse av egnede, mindre inngripende virkemidler, herunder dokumentasjon på at slike virkemidler ikke eksisterer og at forbudet i forslaget følgelig er nødvendig for å oppnå forskriftens formål. Inntil slik analyse foreligger, vil ikke kravene til nasjonal begrunnelse, herunder nasjonale myndigheters bevisbyrde og dokumentasjonsplikt, være oppfylt. Resultatet vil være at forskriften er i strid med EØS-avtalens tjenesteregler.

3 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Det anerkjennes at gjeldsproblematikken blant norske forbrukere er et alvorlig problem for de det gjelder, og utvilsomt er et problem som bør tas tak i. Forslaget til forskrift fremmer gode formål ved å motvirke aggressiv markedsføring og sårbare forbrukeres impulsive gjeldsopptak, og er derfor et velkomment tiltak.

Arntzen de Besche er imidlertid av den oppfatning at forskriften går for langt ved å forby markedsføring av kreditt tilknyttet lojalitetsprogrammer, især så fremt forbudet ikke er bedre begrunnet, utredet og dokumentert enn hva det er per høringsfrist.

Med vennlig hilsen

ARNTZEN de BESCHE ADVOKATFIRMA AS

Espen I. Bakken