

Justis- og beredskapsdepartementet
Lovavdelingen
Postboks 8005 Dep.
0030 Oslo

Sendt pr e-post til lovavdelingen@jd.dep.no

Vår referanse: 10622696/1
Ansvarlig advokat: Tore Mydske

Oslo, 23. mars 2017

HØRINGSINNSPILL - FORSKRIFT OM GOD KREDITTMARKEDSFØRING

1 INNLEDNING

Det vises til Justisdepartementets høringsbrev 3. mars 2017 vedrørende forslag til forskrift om god kredittmarkedsføring. På vegne av vår klient Nordax Bank AB (publ) ("**Nordax**") ønsker vi med dette å avgi høringsuttalelse i sakens anledning. Vi vil begrense oss til å kommentere forskriftsforslaget § 3 om forbud mot adressert reklame for kreditt uten forutgående uttrykkelig samtykke (heretter omtalt som "**Forbudet**").

Nordax støtter det overordnede formålet med forskriftsforslaget, nemlig å forhindre uforsvarlig låneopptak hos forbrukere. Nordax mener imidlertid at Forbudet er uegnet til å oppnå dette formålet. Vi kommer nærmere tilbake til begrunnelsen for dette nedenfor.

Innledningsvis finner vi også grunn til å rette kritikk mot saksbehandlingen i denne saken.

For det første er utredningen som ligger til grunn for høringsforslaget mangelfull. "Utredning om regler om kredittmarkedsføring" inneholder faktiske feil og udokumenterte påstander om direkte markedsføring. I tillegg inneholder utredningen kun en helt summarisk drøftelse av om tiltakene er i samsvar med EØS-avtalens regler om fri bevegelighet av tjenester og fri etablering. Dette kommer vi nærmere tilbake til nedenfor.

For det andre er høringsfristen uforsvarlig kort. Forslag til forskrift om god kredittmarkedsføring ble sendt på høring med 20 dagers frist for kommentarer. Det følger av instruks om utredning av statlige tiltak (utredningsinstruksen) punkt 3-3 at "*Høringsfristen skal normalt være tre måneder, og ikke mindre enn seks uker*". Vi kan ikke se at det foreligger spesielle forhold som gjør det nødvendig med en såpass vesentlig fravikelse av ordinær høringsfrist, jf. utredningsinstruksen punkt 1-4.

I det følgende vil vi kort presentere Nordax og dets virksomhet (punkt 2). Deretter gjør vi rede for enkelte rettslige utgangspunkter (punkt 3), før vi under punkt 4 drøfter om Forbudet er i samsvar med EØS-reglene om fri bevegelighet av tjenester.

ADVOKATFIRMAET
THOMMESSEN AS

Foretaksregisteret
NO 957 423 248 MVA
thommessen.no

OSLO
Haakon VII's gate 10
Postboks 1484 Vika
NO-0116 Oslo
T +47 23 11 11 11
F +47 23 11 10 10

BERGEN
Vestre Strømkaien 7
Postboks 43 Nygårdstangen
NO-5838 Bergen
T +47 55 30 61 00
F +47 55 30 61 01

LONDON
Paternoster House, 2nd floor
65 St Paul's Churchyard
GB-London EC4M 8AB
T +44 207 920 3090
F +44 207 920 3099

Oppsummert er det vår vurdering at Forbudet vil være i strid med EØS-avtalens artikkel 36 flg. om fri tjenesteyting.

Fastsettelse av nasjonale regler i strid med EØS-avtalen er etter omstendighetene erstatningsbetingende, jf. EFTA-domstolens dom i *Sveinbjörnsdóttir*¹. Vi går ikke nærmere inn på dette i denne sammenheng.

2 KORT OM NORDAX

Nordax er en svensk bank som har hovedkontor i Sverige og er underlagt tilsyn av den svenske Finansinspektionen. Nordax-gruppens aksjer er tatt opp til handel på NASDAQ Stockholm. Nordax yter forbrukslån i Sverige, Norge, Finland og Tyskland. Virksomheten i Norge, Finland og Tyskland drives i henhold til reglene om grensekryssende tjenesteyting i direktiv 2013/36 ("**bankdirektivet**").

Nordax har om lag 140,000 kunder og 220 ansatte. Utlånsvirksomheten til Nordax finansieres i det vesentligste av innskudd, sikrede lånefasiliteter fra internasjonale banker og utstedelse av obligasjoner, bl.a. i det europeiske finansmarkedet med sikkerhet i bankens utlån (dette omtales gjerne som "verdipapirisering"). Slike obligasjoner (og i en viss utstrekning også lånefasilitetene) rates av internasjonalt anerkjente ratingbyråer, jf. nærmere om dette nedenfor.

Nordax har drevet virksomhet i Norge siden 2005, og hadde ved årsskiftet om lag NOK 4,6 milliarder utestående lån til norske kunder. Dette er utelukkende usikrede forbrukslån. Nordax tilbyr ikke kredittkort eller kredittkjøp og lånene kan heller ikke benyttes til boligkjøp. Nordax er underlagt finansavtaleloven fullt ut ved markedsføring av sine produkter i Norge, og er medlem av Finansieringsselskapenes forening. Dette innebærer blant annet at Nordax fullt ut gjennomfører den nye bransjestandarden for markedsføring av kredittkort og forbrukslån.

Nordax ønsker betalingsdyktige kunder. Dette er viktig for banken siden det reduserer kreditttap og sikrer konkurransedyktig funding/finansiering, og det er viktig for bankens kunder ved at de ikke pådrar seg gjeld de ikke kan betjene. Banken benytter flere virkemidler for å sikre seg betalingsdyktige kunder:

- (i) For det første gjennomføres en segmentering av hvilke kunder banken henvender seg til. Nordax yter lån til kunder uten betalingsanmerkninger og i hovedsak til aldersgruppen 35-60 år. Kundene har et inntektsnivå på linje med eller over det nasjonale gjennomsnittet, og de fleste eier sin egen bolig. Det typiske Nordax-lånet benyttes til finansiering av utgifter i den mest aktive perioden av livet hvor utgiftene typisk overstiger inntektene, f.eks. frem til tiden hvor barn flytter hjemmefra og kostnadene synker, eller frem til aktivitetsnivået synker naturlig pga. for eksempel alder.
- (ii) For det andre gjennomføres strenge kredittvurderinger av den enkelte lånesøker. Nordax ble etablert av personer med lang erfaring med kredittvurderinger i det nordiske markedet. Denne erfaringen benyttes til å sette opp prosessen for en grundig kredittvurdering som består av i) et regelverk, ii) vurdering og kalkulasjon av gjeldsbelastning og levekostberegninger basert på kundens inntekt og utgifter, og iii) en kredittscore/kredittmodell. I tillegg henter Banken inn dokumenter som

¹ Sak E-9/97, EFTA Court Report 1998, s.95.

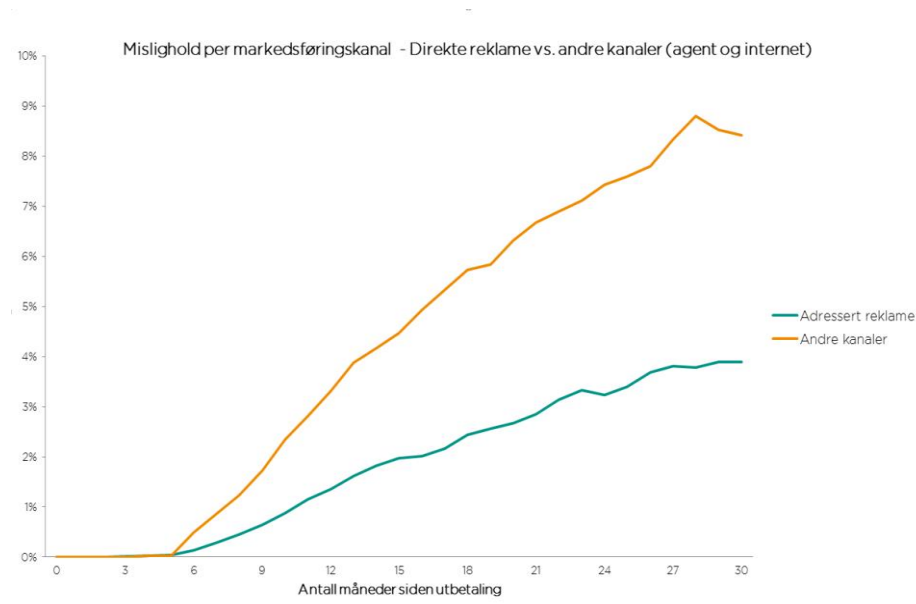
skal bekrefte opplysninger knyttet til inntekt og gjeld, som for eksempel lønsslipp og selvangivelse. Kredittvurderingen er tilpasset de ulike landene Nordax opererer i, og utvikles og oppdateres løpende. I 2016 utbetalte Banken bare 6 % av det totale lånebeløp som ble søkt om i løpet av året. Dette viser at bankens kredittrutiner er restriktive og ansvarsfulle.

- (iii) For det tredje søker banken å benytte markedsføringskanaler som minimerer risikoen for tap, og som legger til rette for å innrette kredittgivningen til betalingsdyktige kunder, herunder adressert reklame.

I Norge deler Nordax inn sine markedsføringskanaler i tre grupper: adressert reklame, uadressert reklame og andre markedsføringskanaler. Den siste kategorien inkluderer salg via agenter og nettbasert reklame, og har generelt økt sterkt i betydning i det norske markedet de senere årene.

Adressert reklame utgjør imidlertid den viktigste distribusjonskanalen for Nordax, og her skiller således Nordax seg fra andre aktører i det norske markedet. I 2016 ble ca. 50 % av nye lån ytt gjennom adressert reklame. Bruken av adressert reklame har helt siden sin oppstart i 2004 vært en bevisst strategi fra Nordax' side. Adressert reklame legger til rette for seleksjon av potensielle kundegrupper basert på blant annet geografi og alder. Markedsføringen kan med andre ord innrettes mot de kundegrupper som tradisjonelt sett har evne til å ta opp og betjene lån. I tillegg gis kundene god tid til å vurdere om de ønsker å ta opp lån. Dette innebærer en betydelig bedre kvalitet i låneporteføljen, jf. nedenfor. Verken uadressert reklame, salg via agenter eller nettbasert reklame gir anledning til å foreta forhåndsseleksjon.

Nordax analyserer løpende hvilke distribusjonskanaler som gir høyest sannsynlighet for mislighold og tap. Disse analysene viser at det er mer enn dobbelt så høy sannsynlighet for mislighold av lån som ytes som følge av agenter og nettbasert reklame enn lån som ytes som følge av adressert reklame. Risikoen for betalingsmislighold for kunder som er distribuert gjennom adressert reklame er således vesentlig lavere enn ved andre distribusjonskanaler. Grafen nedenfor illustrerer dette. Grafen er basert på Nordax' analyse av markedskanaler gjennom de siste 30 måneder.



Den gode kredittkvaliteten i låneporteføljer som er solgt gjennom adressert reklame, reflekteres også i de krav som stilles i bankens innlånsprogrammer. Som nevnt ovenfor, finansierer Nordax sin utlånsvirksomhet blant annet gjennom utstedelse av obligasjoner i det europeiske finansmarkedet med sikkerhet i bankens utlån. Disse obligasjonene rates av internasjonalt anerkjente ratingselskaper. Ved den siste utstedelse av obligasjoner i 2014, var kreditstrukturen, som ble ratet av Fitch Ratings og Standard & Poors, slik at minst 50 % av utlånene i banken skulle være distribuert gjennom adressert reklame.

Vi finner det derfor oppsiktsvekkende at norske myndigheter vurderer å innføre et reelt forbud mot markedsføring av kreditt gjennom adressert reklame. Forbudet vil medføre at en økt andel av distribusjonen vil skje gjennom markedsføringskanaler som ikke legger til rette for forhåndsseleksjon og som ikke gir kunden samme tid til å vurdere nytten i lånetilbudet eller tid til å reflektere over hvordan dette kommer til å påvirke den personlige økonomien. Dette vil gi økt mislighold i låneporteføljen, med påfølgende ulemper for både kunden og kundens familie, samt kredittgiver og alle andre kunder som overholder tilbakebetalingsplanen normalt. Den rettslige relevansen av dette kommer vi nærmere tilbake til dette nedenfor.

3 RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER

Ved fastsettelse av nytt regelverk for finanssektoren må norske myndigheter overholde sine forpliktelser etter EØS-avtalen. Dette innebærer dels en plikt til *aktivt å gjennomføre* de detaljerte kravene til finansforetak og deres virksomhet som oppstilles i EUs sekundærlovgivning (direktiver og forordninger), og dels en plikt til å *la være å gjennomføre* nasjonale tiltak i strid reglene om fri bevegelighet av kapital, etablering, tjenester og personer i EØS-avtalens hoveddel.

I det følgende vil vi fokusere på spørsmålet om Forbudet vil være i samsvar med EØS-avtalens artikkel 36 følgende om grensekryssende tjenesteyting. Denne bestemmelsen gjelder som norsk lov, jf. EØS-loven § 1.

Det følger av EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis at en restriksjon på fri tjenesteyting, må oppfylle nærmere bestemte vilkår for å kunne opprettholdes i nasjonal rett. For banker er det gitt ytterligere veiledning i en tolkingsuttalelse fra EU-kommisjonen fra 1997 som fortsatt er relevant ("*Commission Interpretative Communication, Freedom to provide services and the interest of the general good in the second banking directive*", SEC (97) 1193 Final)², hvor EU-kommisjonen går gjennom hva som skal anses som en restriksjon på bankområdet og hvilke vilkår som må oppfylles for at slike restriksjoner skal være lovlige. Det foreligger en rekke dommer avgitt i etterkant av denne tolkingsuttalelsen, men den inneholder fortsatt uttalelser og prinsipper som etter vårt syn gir uttrykk for gjeldende rett.

Dersom Forbudet anses som en restriksjon på reglene om fri bevegelighet av tjenester, er spørsmålet om Forbudet oppfyller de nærmere vilkår som må oppfylles for at slike restriksjoner kan opprettholdes. Mer konkret må Forbudet oppfylle følgende vilkår:

- (i) Forbudet må ikke anvendes på en diskriminerende måte.
- (ii) Forbudet må ikke regulere et område som allerede er harmonisert i EU/EØS-retten.
- (iii) Forbudet må søke å oppnå et lovlig allment hensyn.

² http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/sec-1997-1193/sec-1997-1193_en.pdf

- (iv) Forbudet må være egnet til å oppnå sitt formål.
- (v) Forbudet må ikke gå lenger enn nødvendig for å oppnå sitt formål.

Vi registrerer for øvrig at utredningen som ligger til grunn for forslaget om å innføre Forbudet, nøyer seg med å gjøre generelt rede for EU-reglene om fri tjenesteytelse på side 15-18. Med unntak av et par generelle synspunkter på side 73 i utredningen, drøfter ikke utredningen om de nærmere vilkår for å opprettholde denne type restriksjoner er oppfylt i foreliggende sak. Utredningen svarer dermed ikke på mandatet. I mandatet fremgår det at forslagene "må ikke være i konflikt med kravet om fri bevegelse av varer og tjenester eller forbudet mot handelshindrende tiltak" og at det bes vurdert "om de kan gjennomføres innenfor de skranker EU-retten setter". Disse punktene er ikke tilstrekkelig vurdert i utredningen. Etter vår vurdering viser en nærmere vurdering av punktene i mandatet at forslagene er i konflikt med kravet om fri bevegelse av tjenester, og kan ikke gjennomføres innenfor de skranker EØS-retten setter.

Vi vil gå nærmere gjennom begrunnelsen for dette i det følgende.

4 NÆRMERE OM REGLENE OM FRI TJENESTEYTING

4.1 Utgjør Forbudet en "restriksjon" på Nordax' adgang til fri tjenesteyting?

EØS-avtalen artikkel 36 slår fast at

"Within the framework of the provisions of this Agreement, there shall be no restrictions on freedom to provide services within the territory of the Contracting Parties in respect of nationals of EC Member States and EFTA States who are established in an EC Member State or an EFTA State other than that of the person for whom the services are intended."

EU-domstolen har slått fast at den tilsvarende bestemmelse i EU-traktaten (TFEU Artikkel 56, tidligere EF artikkel 49) både omfatter direkte og indirekte diskriminering og tiltak som er egnet til å påvirke markedsadgangen.³

I Alpine Investment-saken ble nederlandske regler som forbød tilbydere av finansielle tjenester å markedsføre seg gjennom telefonsalg til potensielle kunder, ansett som en restriksjon. Avgjørelsen er fulgt opp i senere praksis fra EU-domstolen.⁴

Praksisen fra EU-domstolen viser at tiltak som hindrer markedsadgangen for aktører i markedet, og tiltak som gjør et marked mindre attraktivt, utgjør en "restriksjon" jf. EØS-avtalen artikkel 36.

Etter vårt syn er det lite tvilsomt at Forbudet må anses som en slik "restriksjon". Forbudet vil opplagt påvirke markedsadgangen til norske og utenlandske kreditttilbydere. Mer konkret vil Forbudet påvirke Nordax' mulighet til å markedsføre kreditt inn i Norge, ved at deres mest brukte markedsføringskanal inn i Norge i realiteten stenges.

I det følgende drøftes om vilkårene for å opprettholde en slik restriksjon er oppfylt i foreliggende sak. Det understrekes at vilkårene er kumulative, og at samtlige vilkår må være oppfylt for at en slik restriksjon skal være lovlig.

³ Jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-384/93, *College van Beroep voor het Bedrijfsleven – Netherlands* ("Alpine Investment"), ECLI:EU:C:1995:126, premiss 38.

⁴ Jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-518/06, *Kommisjonen mot Italia*, ECLI:EU:C:2009:270, premiss 62-64.

4.2 Forbudet må søke å oppnå et lovlig allment hensyn

Formålet med Forbudet er å forhindre uforsvarlig låneopptak hos forbrukere gjennom å oppstille særlige krav til markedsføring av forbrukerkreditt. Dette innebærer ivaretagelse av forbrukerhensyn. Det er ikke tvilsomt at ivaretagelse av forbrukerhensyn er et lovlig allment hensyn etter EU-domstolens praksis.⁵ Dette vilkåret er således oppfylt.

4.3 Forbudet må ikke anvendes på en diskriminerende måte

Det følger av EU-domstolens avgjørelse i Case C-205/07 at nasjonale tiltak som rammer utenlandske foretak hardere enn nasjonale foretak utgjør en ulovlig restriksjon. Dette gjelder uavhengig av om regelen formelt sett likestiller nasjonale og utenlandske tilbydere.⁶

Som nevnt i punkt 2 ovenfor, utgjør adressert reklame den viktigste distribusjonskanalen for Nordax. Vi er ikke kjent med om norske banker i samme grad som Nordax baserer sin markedsføring på adressert reklame. Dette inntrykket ble også bekreftet på høringsmøtet som ble arrangert 16. mars 2017.

I foreliggende sak er det derfor rimelig opplagt at Forbudet reelt sett vil ramme Nordax hardere enn norske tilbydere av kreditt, jf. også EU-domstolens drøftelse i CaixaBank France C-442/02 premiss 12-14.

Forbudet vil således være i strid med EØS-avtalens artikkel 36 om fri tjenesteyting, jf. også artikkel 4 om forbudet mot direkte og indirekte diskriminering.

4.4 Forbudet må ikke regulere et område som allerede er harmonisert i EU/EØS-retten

Det følger av EU-domstolens avgjørelse at det i liten grad tillates et høyere nasjonalt beskyttelsesnivå hvor det allerede foreligger en delvis eller full harmonisering på EU-nivå.⁷

I foreliggende sak synes det ikke å foreligge sekundærrett (direktiver eller forordninger) som direkte regulerer adgangen til å sende ut adressert reklame. Som også utredningen til Tanja Jørgensen er inne på, synes direktiv om fjernsalg av finansielle tjenester å bygge på en forutsetning om at direktivet ikke stenger for å oppstille samtykkekrav for å sende adressert post til forbrukere. Dette innebærer at Forbudet trolig må anses å regulere et forhold som ikke er totalharmonisert i sekundærretten, og at dette vilkåret isolert sett er oppfylt.

Samtidig er det viktig å understreke at en slik forutsetning om nasjonal valgfrihet i et direktiv ikke gir medlemslandene en fri adgang til å oppstille nasjonale særkrav. Ethvert nasjonalt tiltak som innebærer en restriksjon, må oppfylle de generelle vilkår som oppstilles til en lovlig restriksjon på fri tjenesteytelse. Dette mener vi ikke er oppfylt i denne saken, jf. nedenfor.

Videre er det viktig å understreke at det store antall detaljregler om markedsføring av kreditt i sekundærretten begrenser adgangen til å innføre nasjonale tiltak som går lengre i å regulere markedet og derved begrense næringsdrivendes adgang til markedet, ved at slik

⁵ Jf. blant annet Canal Satellite (C-390/99).

⁶ Se dommens premiss 41-44. Direkte gjaldt saken fri bevegelighet av varer, men samme prinsipp vil gjelde for tjenester.

⁷ Se sak C-500/06 Dermoestética [2008] ECR I-5785 premiss 31; sak C-205/07 Lodewijk Gysbrechts and Santurel Inter BVBA [2008] ECR I-9947 premiss 33 og 34; sak C-205/07 Gysbrechts [2008] ECR I-9947' (2010) 47 CML Rev 509-20, sak C-346/06 Dirk Ruffert v Land Niedersachsen [2008] ECR I-1989 premiss 33 og Gschwandtner, S., 'National Private Law Rules as Restrictions to Market Freedoms' EUI Law Working Paper No. 22/2009 http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/13114/1/LAW_2009_22.pdf

sekundærlovgivning gjør det mer krevende for nasjonale myndigheter å dokumentere at tiltaket er forholdsmessig, jf. nedenfor.

4.5 Forbudet må være egnet til å oppnå sitt formål

Det følger av EU-domstolens avgjørelser, at nasjonal lovgivning som innebærer restriksjoner på den fri bevegelse av varer og tjenester:⁸

"must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue; and they must not go beyond what is necessary in order to attain it."

Det er også viktig å understreke at bevisbyrden om at tiltaket vil ha en slik reell betydning, påhviler myndighetene. Denne bevisbyrden praktiseres strengt, slik EU-domstolens avgjørelse i sak C-565/12 Le Credit Lyonnais viser.

I foreliggende sak er verken bevisbyrden oppfylt eller Forbudet egnet til å oppnå formålet. Vi kan ikke se at myndighetene har søkt å dokumentere hvordan Forbudet vil forhindre uforsvarlig låneopptak hos forbrukere, verken i departementets høringsbrev eller i utredningen som ligger til grunn for Forbudet.

Det sentrale i denne sammenheng er imidlertid at Forbudet objektivt sett ikke er egnet til å ivareta sitt formål. Det vises i den anledning til følgende:

- (i) Empiriske data viser at risikoen for betalingsmislighold er vesentlig mindre for forbrukere som opptar lån som følge av adressert reklame, sammenlignet med forbrukere som opptar lån basert på andre markedsføringstiltak, jf. ovenfor punkt 2. Dette skyldes at mottakere av direkte adressert reklame kan vurdere låneopptaket i fred og ro, slik at kredittbeslutningen er langt mer veloverveid sammenlignet med kredittbeslutningen der andre distribusjonskanaler benyttes. Dette dokumenteres også av uavhengige og profesjonelle parter. Kredittstrukturene i Nordax' strukturerte finansiering, som rates og gjennomgås grundig av internasjonalt anerkjente ratingselskaper og banker, oppstiller krav om at minst 50 % (i enkelte tilfeller 60 %) av låneporteføljen som "verdipapiriseres" (etter svenske regler om dette) eller som stilles som sikkerhet for lån fra store internasjonale banker er generert gjennom direkte adressert reklame, nettopp fordi slike porteføljer har en vesentlig lavere risiko for mislighold, jf. punkt 3.

Forbudet vil derfor ha motsatt effekt enn sitt uttalte formål, ved at Nordax og andre kredittyttere som benytter adressert post i sin markedsføring vil måtte benytte andre og uregulerte markedsføringsformer for sine produkter og tjenester (herunder nettbaserte løsninger). Sammenlignet med adressert reklame, vil slike andre distribusjonskanaler fremstå som mer aggressive og de vil ha en begrenset mulighet for forhåndsseleksjon av potensielle kunder.

- (ii) Det anføres i utredningen til at man særlig har ønsket å ramme aggressiv markedsføring rettet mot unge, og hvor forbruker oppfordres til en rask kredittbeslutning. Markedsføring via adressert reklame har ingen av disse egenskapene. Nordax gir som hovedregel ikke lån til personer under 30 år. En slik seleksjon basert på alder er mulig allerede i markedsføringsfasen, nettopp fordi

⁸ Sak C-55/94 Reinhard Gebhard v Consiglio dell' Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano [1995] ECR I-4165, premiss 37.

Nordax benytter direkte adressert reklame. Adressert reklame kan uansett ikke omtales som særlig aggressiv sammenlignet med andre distribusjonskanaler, herunder reklame basert på algoritmer og "big data" i sosiale medier (som ikke er dekket av forslaget til ny forskrift).

- (iii) Under enhver omstendighet stammer veksten i forbrukslån de senere årene nesten utelukkende fra vekst i agentbasert og nettbasert markedsføring av forbrukerkreditt. Volumet fra adressert reklame står for en forsvinnende liten andel (ifølge Nordax' vurdering langt under 5 %) av det totale volumet innenfor forbruksfinansiering de siste 3 årene.

Forbudet er således totalt uegnet til å ivareta sitt formål (begrense uforsvarlige låneopptak), og er derfor av den grunn alene i strid med EØS-avtalen artikkel 36.

4.6 Forbudet må ikke gå lenger enn nødvendig for å oppnå sitt formål

Selv om man skulle legge til grunn at Forbudet ikke virker diskriminerende og at det objektivt sett egnet til å forhindre uforsvarlig låneopptak (noe vi mener det opplagt ikke er), vil Forbudet likevel være ulovlig dersom det finnes mindre inngripende måter å oppnå det samme formålet på. Det vises i den sammenheng til EU-domstolens avgjørelse i Gebhard (sitert over).⁹

EU-domstolen¹⁰ har tidligere påpekt at selv om tiltaket kan ha visse fordeler for forbrukeren, så er kravet til begrunnelse ikke oppfylt dersom andre og mer lempelige tiltak kan iverksettes.

I den nærmere vurdering av Forbudets forholdsmessighet, er det etter EU-domstolens praksis relevant å vurdere blant annet følgende forhold:

- (i) Hvorvidt formålet kunne oppnås gjennom mindre inngripende tiltak: Dersom formålet kan oppnås på en mindre inngripende måte, vil Forbudet etter EU-domstolens praksis utgjøre en ulovlig restriksjon. I foreliggende tilfelle har myndighetene ha til sin disposisjon en rekke mindre inngripende tiltak som på en mer målrettet måte vil motvirke uforsvarlig låneopptak.

Alternative tiltak for å unngå uforsvarlige låneopptak omfatter blant annet følgende (ikke uttømmende):

- *Videreføre gjeldende adgang til å reservere seg mot adressert reklame:* Etter regler i markedsføringsloven § 15 har forbrukere anledning til å reservere seg mot å motta adressert reklame. Vi kan ikke se at det er godtgjort noe behov for særregler på dette området for markedsføring av

⁹ Jf. Sak C-390/12 Robert Pflieger and others [2014] premiss 58, Sak C-442/02 CaixaBank France v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie [2004] ECR I-08961 premiss 17-23, Sak C-176/11 HIT hoteli and HIT LARIX v Bundesminister für Finanzen [2012] ECLI:EU:C:2012:454 premiss 22, Sak C 390/99 Canal Satélite [2002] ECR I-00607 premiss 33

¹⁰ jf. Sak C-244/02 CaixaBank France v Ministère de l'Économie, des Finances and de l'Industrie [2004] ECR I-08961

kreditt. Gjeldende reservasjonsadgang fungerer etter hensikten. Reservasjonsregisteret inneholder allerede 1,3 millioner navn som har reservert seg mot å motta denne type henvendelser. I tillegg har en anledning til å reservere seg hos den som sender ut adressert reklame, som er pliktig å opprettholde et register over de som har reservert seg. Nordax har i sitt register over 33.000 personer som har reservert seg. Disse reglene ivaretar fullt ut de hensyn Forbudet skal ivareta.

- *Opprettelse av et nasjonalt gjeldsregister:* Nordax har i lengre tid støttet opprettelsen av et nasjonalt gjeldsregister i Norge. Dette er det tiltaket som etter vår vurdering er den mest målrettede og adekvate metoden for å motvirke uforsvarlig låneopptak. Innføringen av gjeldsregister i Sverige, har vist seg å være vellykket. Med et gjeldsregister kan myndighetene ansvarliggjøre bransjen i større grad og sørge for at frarådningssplikten blir brukt på en bedre måte ved å bekrefte den finansielle situasjonen til den enkelte kunde. Det er også grunn til å tro at veksten i uforsvarlig gjeld ikke ville vært så stor med et gjeldsregister de siste tre årene.
- *Gjennomføring av de tiltak som følger av bransjenormen fastsatt av Finans Norge og Finansieringsselskapenes forening:* Et mindre inngripende tiltak som på en adekvat måte ville adressert de formål Forbudet skal ivareta, ville vært å fastsette den nylig vedtatte bransjestandarden fra Finans Norge og Finansieringsselskapenes forening som forskrift.

- (ii) Hvorvidt det foreligger sekundærlovgivning som hensyntar forbrukerinteresser på området: Som nevnt under punkt 3, foreligger et stort antall EU-direktiver om ytelse av forbrukerkreditt, herunder forbrukerkredittdirektivet. Det er ikke riktig – som anført i utredningen – at dette direktivet har som hovedformål å styrke konkurransen. Dette direktivet skal også sørge for et likt beskyttelsesnivå for europeiske forbrukerkredittkunder. Til tross for at bruk av adressert reklame ikke er eksplisitt adressert i dette direktivet, gir direktivet uttrykk for at europeiske forbrukerkredittkunder vil beskyttes på en adekvat måte gjennom harmoniserte krav til informasjon før og i forbindelse med inngåelse av kredittavtaler. Eksistensen av slike harmoniserte tiltak vil etter EU-domstolens praksis i betydelig grad skjerpe den forholdsmessighetsvurdering som må foretas av nasjonale tiltak på området. Det vises til nærmere omtale ovenfor.

Vi er for øvrig kjent med at EU-kommisjonen i nær fremtid vil fremme en konkret "Action Plan" for å skape et reelt indre marked for finansielle tjenester for forbrukere innen EU. Planen vil følge opp EU-kommisjonens "Green Paper on retail financial services – Better products, more choice, and greater opportunities for consumers and businesses". Dette dokumentet understreker blant annet at forbrukerne skal beskyttes gjennom krav til transparens, bedre rådgivning og informasjonskrav. Dokumentet viser også EUs mål om å øke konkurransen i markedet, slik at tilbudet til kundene forbedres. Dersom EU-kommisjonen følger opp med konkrete tiltak om markedsføring av forbrukerkreditt, vil dette ytterligere innskrenke norske myndigheters handlingsrom på området. Dette bør hensyntas før en eventuell forskrift fastsettes.

Samlet sett mener vi at andre tiltak enn Forbudet er bedre egnet til å motvirke hensynet til uforsvarlige låneopptak på mindre inngripende måter enn Forbudet. Vilkåret om at slike tiltak ikke må gå lenger enn det som er nødvendig er derfor ikke oppfylt, og Forbudet er av den grunn alene en ulovlig restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 36.

5 KONKLUSJON

Foreliggende forslag til forbud mot adressert reklame for kreditt uten forutgående uttrykkelig samtykke innebærer en ulovlig restriksjon i strid med EØS-avtalen artikkel 36. Forslaget virker diskriminerende, det er totalt uegnet til å nå sitt formål og det går uansett lenger enn det som er nødvendig for å nå dette formålet. Hvert av disse punktene innebærer at tiltaket er i strid med våre EØS-forpliktelser.

Det bes derfor om at Forbudet ikke medtas i endelig forskrift.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Thommessen AS



Tore Mydske
Advokat