

Sendt elektronisk via regjeringen.no

Ansvarlig advokat:  
Jan Magne Juuhl-Langseth

Vår ref.:  
70127 504 JJU/OEH

Deres ref.:  
17/4746 EP HEA/MEK/bj

Oslo  
14. desember 2017

## **FORSLAG TIL NY FINANSAVTALELOV – HØRINGSUTTALELSE FRA KLARNA BANK AB**

### **1 Innledning**

Klarna Bank AB (publ) ("Klarna") har bedt oss om å kommentere visse sider av forslaget til ny finansavtalelov som ble sendt på høring 7. september 2017 av Justis- og beredskapsdepartementet ("departementet"). Høringsfristen er satt til 15. desember 2017. Vår vurdering oversendes herved departementet som Klarnas høringsuttalelse til forslaget.

De av de foreslåtte bestemmelsene som vil kommenteres, er:

- Forslaget § 73 om virkeområde;
- Forslaget § 75 om kontantinnsats;
- Forslaget § 76 tredje ledd om kombinasjonssalg;
- Forslaget § 82 andre ledd om signatur.

Høringsdokumentene består av et høringsbrev datert 7. september 2017 og et høringsnotat ("høringsnotatet"). Det fremgår av høringsdokumentene at formålet med den foreslåtte lovendringen i hovedsak er å gjennomføre følgende tre direktiver i norsk rett:

- Direktiv 2014/17/EU ("boliglånsdirektivet");<sup>1</sup>
- Direktiv 2014/92/EU ("betalingskontodirektivet");<sup>2</sup>
- Direktiv 2015/2366/EU ("betalingstjenestedirektivet").<sup>3</sup>

I tillegg fremgår det at forslaget har et forenklingsformål, særlig overfor kundene.<sup>4</sup> Forslaget innebærer betydelige endringer av finansavtalelovens oppbygning og materielle innhold. For oversiktens skyld nevnes allerede her at reglene om kredittavtaler, som i dag er i finansavtaleloven kapittel 3, etter forslaget skal plasseres i kapittel 4.

Bestemmelsene i forslaget har sider til EØS-retten, og det er derfor EØS-rettslige spørsmål som vi i hovedsak vil drøfte i det følgende. For å ta stilling til forslagens forhold til EØS-retten er det likevel

<sup>1</sup> Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/17/EU av 4. februar 2014 om kredittavtaler for forbrukere i forbindelse med fast eiendom til boligformål og om endring av direktiv 2008/48/EF og 2013/36/EU og forordning (EU) nr. 1093/2010.

<sup>2</sup> Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/92/EU av 23. juli 2014 om sammenlignbarhet av kostnader forbundet med betalingskontoer, bytte av betalingskontoer og adgang til å opprette og bruke betalingskontoer med grunnleggende funksjoner.

<sup>3</sup> Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/2366 av 25. november 2015 om betalingstjenester i det indre marked om endring av direktiv 2002/65/EF, 2013/36/EU og 2009/110/EF og oppheving av direktiv 2007/64/EF.

<sup>4</sup> Jf. høringsnotatet s. 9.

nødvendig først å fastlegge hvordan de enkelte bestemmelsene må forstås. For oversiktens skyld vil vi også, etter å ha gitt en kort redegjørelse for Klarnas virksomhet i Norge, gi en oversikt over hvordan de aktuelle spørsmålene er regulert etter gjeldende rett.

## 2 Oppsummering

Oppsummert er våre konklusjoner at forslaget har enkelte problematiske sider:

*For det første* mener vi det er uklart hvordan flere av bestemmelsene i forslaget skal forstås. Dette gjelder både reglene om kontantinnsats, kombinasjonssalg og signatur. Særlig for sistnevnte regel synes det å være lagt opp til en endring av gjeldende rett uten at dette gjenspeiles i ordlyden. Vi vurderer det som uheldig både med tanke på å skape klarhet for lovtolkningen og å gi høringsinstansene tilstrekkelig god mulighet til å uttale seg om spørsmålet. Departementet oppfordres til å klargjøre hvordan bestemmelsene skal forstås.

*For det andre* stiller vi spørsmål ved om flere av endringene forslaget medfører, er tilsiktede. Gjennomgående synes det å være lagt opp til at en rekke av reglene skal få anvendelse også utenfor forbrukerforhold, uten at dette er noe som er konkret begrunnet i forslaget, verken på generell basis eller i tilknytning til de enkelte bestemmelsene. Det er dessuten foreslått en utvidelse av virkeområdet til kapittel 4 uten at det er direkte begrunnet. Forslagets bestemmelser om kontantinnsats, kombinasjonssalg og signatur inneholder også elementer som ikke er direkte begrunnet, og som vi derfor ikke kan utelukke at vil medføre utilsiktede endringer dersom de vedtas. Dersom endringene er tilsiktede, bør disse sidene ved forslagene bør begrunnes nærmere.

*For det tredje* er det et gjennomgående problem at forslagets virkninger og konsekvenser er for dårlig utredet. Dette gjelder samtlige av de bestemmelsene i forslaget som vi her vurderer. Mangelfull utredning er en betydelig ulempe for alle berørte parter og det hemmer dessuten høringsprosessen. Dette er allerede påpekt av Regelrådet i deres høringsuttalelse. Vår anbefaling er at departementet enten ikke går videre med de delene av forslaget som ikke er tilstrekkelig godt utredet, eller gjennomfører en nærmere utredning av disse bestemmelsene.

*For det fjerde* har forslagene i flere henseender sider til Norges EØS-rettslige forpliktelser som er problematiske. Dette gjelder ikke bare flere direktiver innlemmet i EØS-avtalen som forslaget etter våre vurderinger til dels er i strid med. Forslaget utgjør også på flere punkter restriksjoner på EØS-avtalens regler om tjenestefrihet. I høringsnotatet er det ikke foretatt noen restriksjonsvurdering, og dermed mangler også en vurdering av hvorvidt slike restriksjoner på en proporsjonal måte kan forankres i relevante hensyn. Vår vurdering er at de aktuelle bestemmelsene i flere tilfeller antakelig går lenger enn EØS-avtalen gir adgang til, og dermed vil være i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser.

*For det femte* kan vi ikke utelukke at forslaget som følge av prosessuelle krav til EØS-høring delvis vil være underlagt en meldeplikt og stillstandsperiode. Vår anbefaling er derfor at departementet notifiserer forslaget til ESA i henhold til prosedyrene som følger av EØS-høringsloven dersom det går videre med forslaget i dets foreliggende form.

## 3 Klarnas virksomhet på det norske markedet

Klarna er et svensk selskap som tilbyr betalingstjenester på det norske markedet gjennom en rekke norske nettbutikker. Disse betalingstjenestene tilbys i nettbutikker enten som separate betalingsalternativer eller som en del av Klarnas helhetlige kassasystem (Klarna Checkout). Når kunder gjennomfører kjøp i nettbutikker som Klarna har avtale med, kjøper Klarna kravet fra nettbutikken etter en ordinær factoringavtale. Klarna er i finansavtalelovens forstand følgelig kredittgiver/kredittyster overfor forbrukeren i slike tilfeller.

Ved kjøp i nettbutikker som Klarna har avtale med, kan kunden som regel blant annet velge betalingsmåtene Klarna Konto og Klarna Faktura. Førstnevnte er en rammekredittavtale som gir forbrukeren mulighet til å nedbetale et valgfritt beløp hver måned eller et angitt beløp over en valgt periode, vanligvis innenfor 3–36 måneder. Klarna Faktura gir forbrukeren en mulighet til å betale hele kjøpesummen med en mottatt faktura innen 14 dager.

## 4 Kort om gjeldende rett

### 4.1 Virkeområde

Reglene som er foreslått endret i høringsforslaget, reguleres av, eller er hjemlet i, lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven). Det er finansavtaleloven kapittel 3, som gjennomfører forbrukerkredittdirektivet (direktiv 2008/48/EF),<sup>5</sup> som er av interesse her. Kapitlets virkeområde er definert i § 44, og gjelder for kredittavtaler mellom kredittgivere og kredittkunder, men det er blant annet oppstilt unntak for rente- og kostnadsfrie kredittavtaler og kredittavtaler som innebærer en rente- og kostnadsfri betalingsutsettelse for en eksisterende forpliktelse.<sup>6</sup> Denne unntaksbestemmelsen innebærer at de spesifikke kravene til opplysninger og avtalen ikke gjelder for ordinær fakturakreditt, hvor en kunde f. eks. får en faktura med 30 dagers betalingsfrist etter et kjøp.<sup>7</sup>

### 4.2 Kontantinnsats

Forskrift 7. mai 2010 nr. 654 om kredittavtaler mv. (kredittavtaleforskriften) stiller i kapittel 6 krav til kontantinnsats for kjøp på kreditt i forbrukerforhold. Bestemmelsene er hjemlet i finansavtaleloven § 56 b, og begrensningene i virkeområdet til finansavtaleloven kapittel 3 må derfor også gjelde for kredittavtaleforskriftens krav til kontantinnsats.<sup>8</sup> Lovbestemmelsen har i dag følgende ordlyd:

"Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om at minst 20 prosent av varens kontantpris skal betales kontant ved kjøp på kreditt i forbrukerforhold, såfremt varens kontantpris overstiger 20 prosent av folketrygdens grunnbeløp og kreditten gis for mer enn 30 dager regnet fra utløpet av leveringsmåneden."

Av forskriften § 14 fremgår det dessuten at reglene kun gjelder ved kjøp når varens kontantpris overstiger 20 % av grunnbeløpet, dvs. i overkant av 19.000 kr i skrivende øyeblikk, og når kreditten gis for mer enn 30 dager fra utløpet av leveringsmåneden. Det er oppstilt unntak for "kontokjøp", bøker og byggesett til ferdighus.

Kontokjøp er ikke nærmere definert i forskriften, men vi viser til at begrepet i den tidligere kredittkjøpoven var definert som "*kredittkjøp der kjøpesummen helt eller delvis dekkes på grunnlag av avtale mellom kjøperen (kontohaveren) og kredittyteren om løpende kreditt (kontokredittavtale)*".<sup>9</sup> Bestemmelsen om kontantinnsats i kredittavtaleforskriften avløste §§ 1 og 2 i forskrift 15. juli 1986 nr. 1616 til kredittkjøpoven, som var hjemlet i kredittkjøpoven § 7. Ettersom finansavtaleloven § 56 b avløste kredittkjøpoven § 7, jf. forarbeidene,<sup>10</sup> antar vi at samme betydning av kontokjøp kan legges til grunn i dag, dvs. at kjøp hvor forbrukeren trekker på en løpende kredittavtale, ikke er omfattet.

<sup>5</sup> Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/48/EF av 23. april 2008 om forbrukerkredittavtaler og opphevelse av rådsdirektiv 87/102/EØF.

<sup>6</sup> Jf. finansavtaleloven § 44 andre ledd bokstav a.

<sup>7</sup> Se Prop. 65 L (2009–2010) s. 210.

<sup>8</sup> Jf. finansavtaleloven § 44.

<sup>9</sup> Jf. lov 21. juni 1985 nr. 82 om kredittkjøp m.m. (kredittkjøpoven) § 3 2).

<sup>10</sup> Jf. Prop. 65 L (2009–2010) s. 225–226.

Etter kredittavtalesforskriften § 15 kreves det at kontantinnsatsen minst utgjør 35 % av varens kontantpris. Det er presisert i bestemmelsens andre ledd at denne kontantinnsatsen "*ikke kan gjøres opp ved kreditt som kjøperen får av selgeren eller av en annen på grunnlag av avtale med selgeren*".

### 4.3 Kombinasjonssalg

Etter gjeldende rett er det ikke forbudt å tilby kredittavtaler som forutsetter inngåelse av andre avtaler. Dersom en handelspraksis er urimelig, eller dersom en næringsdrivende stiller urimelige avtalevilkår, vil det kunne rammes av hhv. markedsføringsloven §§ 6 og 22.<sup>11</sup> Kombinasjonssalg kan ikke automatisk regnes som urimelig, og etter gjeldende rett må det derfor ytterligere elementer til før slik praksis kan rammes av disse bestemmelsene.

### 4.4 Signatur

Finansavtaleloven § 48 regulerer kredittavtalers form og innhold. Det følger av bestemmelsens første ledd at kredittavtaler skal være skriftlig, og for kredittavtaler som inngås med forbrukere, er det i utgangspunktet et vilkår for avtalebinding at avtalen er skriftlig og undertegnet. Det er verdt å nevne at Klarna var part i en sak for Markedsrådet som blant annet gjaldt tolkningen av denne bestemmelsen.<sup>12</sup> Markedsrådet konkluderte med at finansavtaleloven § 48 ikke oppstiller krav om signatur som et formkrav, verken etter sin ordlyd eller forarbeidene. Etter Markedsrådets syn ville en slik tolkning dessuten være i strid med EØS-avtalen, nærmere bestemt forbrukerkredittdirektivet artikkel 10, jf. artikkel 22 nr. 1.<sup>13</sup>

Etter gjeldende rett oppstiller bestemmelsen kun skriftlighet som et formkrav, mens krav til signatur og skriftlighet er et vilkår for at en forbruker er forpliktet, med mindre forbrukeren ikke påberoper seg disse vilkårene. I dette ligger at forbrukeren kan velge å si seg ubundet av en avtale som ikke forelå skriftlig eller ble signert. Bestemmelsen innebærer ikke et krav om signatur som kan håndheves offentligrettslig.

## 5 EØS-rettslige utgangspunkter

### 5.1 EØS-avtalen og norsk rett

Det følger av EØS-loven §§ 1 og 2 at EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, og at bestemmelser i lov som gjennomfører Norges forpliktelser etter avtalen, har forrang ved motstrid.<sup>14</sup> Samtlige av de foreslåtte bestemmelsene må derfor, for å kunne vedtas, være i overensstemmelse med EØS-avtalens hoveddel, herunder artikkel 36 om fri bevegelighet av tjenester, som hører til de grunnleggende frihetene, samt være i samsvar med relevante direktiver og forordninger.<sup>15</sup>

Når det skal tas stilling til om en bestemmelse er i samsvar med EØS-retten, er det naturlig først å vurdere eventuelle direktiver og forordninger av relevans på området. Det følger av EU-domstolens praksis 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 disse og ikke opp mot de grunnleggende frihetene.<sup>16</sup> Dersom direktiver eller forordninger overlater et handlingsrom til nasjonale myndigheter, kommer likevel de grunnleggende frihetene fullt ut til

<sup>11</sup> Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).

<sup>12</sup> Markedsrådets sak MR-2017-658.

<sup>13</sup> Direktivet er gjort til del av EØS-avtalen, jf. EØS-avtalen vedlegg XIX pkt. 7h.

<sup>14</sup> Jf. lov 27. november 1992 nr. 109 om om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

<sup>15</sup> Jf. også EØS-avtalen artikkel 3 som forplikter staten til lojal å gjennomføre samtlige forpliktelser etter EØS-avtalen.

<sup>16</sup> Jf. bl.a. EU-domstolens avgjørelser i sak C-115/13 *Kommissjonen mot Ungarn* premiss 38 og sak C-313/05 *Brzezinski* premiss 44.

anvendelse på de nasjonale bestemmelsene, selv om disse ligger innenfor det aktuelle handlingsrommet.<sup>17</sup>

I de tilfellene hvor det oppstår potensiell motstrid mellom norsk rett og EØS-avtalen, vil man først se hen til presumsjonsprinsippet. Presumsjonsprinsippet er et tolkningsprinsipp som innebærer at norsk rett forutsettes å være i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser, slik at man ved tolkningen søker å unngå et tolkningsresultat som vil være i strid med slike forpliktelser.<sup>18</sup> Skulle ikke en slik motstrid la seg bortfortolke, f. eks. som følge av en klar ordlyd, vil enhver bestemmelse som gjennomfører forpliktelser etter EØS-avtalen i norsk rett uansett ha forrang etter EØS-loven § 2. Bestemmelser som ikke gjennomfører forpliktelser etter EØS-avtalen, må i slike tilfeller vike.

## 5.2 Nærmere om e-handelsloven

E-handelsloven gjennomfører e-handelsdirektivet i norsk rett.<sup>19</sup> Bestemmelsene i direktivet går langt i å forplikte den norske staten til å respektere utenlandske tjenesteyteres rett til å tilby visse typer av tjenester i Norge uten hinder av norske regler. Dette betegnes gjerne som etableringslandprinsippet.<sup>20</sup> Regelverkets overgripende karakter og forrang med hjemmel i EØS-loven § 2 innebærer omfattende virkninger i norsk rett for tjenester som tilbys elektronisk. Av denne grunn behandles forslaget forhold til e-handelsdirektivet og e-handelsloven overordnet her.

E-handelsloven § 5 første ledd, som gjennomfører etableringslandprinsippet, lyder slik:

"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."

Flere tjenesteytere på kredittområdet, som Klarna, er etablert i andre EØS-stater og tilbyr tjenester overfor norske forbrukere. Bestemmelsen i § 5 gir dem dermed rett til å tilby informasjonssamfunnstjenester i Norge uten hinder av norske regler innenfor det koordinerte regelområdet.

Først må det tas stilling til om det her er tale om informasjonssamfunnstjenester. Begrepet er i loven § 1 andre ledd bokstav a definert som

"enhver tjeneste som vanligvis ytes mot vederlag og som formidles elektronisk, over avstand og etter individuell anmodning fra en tjenestemottaker".

Det er følgelig 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.

<sup>17</sup> Jf. bl.a. EU-domstolens avgjørelse i sak C-115/14 *RegioPost mot Stadt Landau in der Pfalz* premiss 58–59.

<sup>18</sup> Jf. Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) s. 3, Rt. 2000 s. 1811 på s. 1830–1831, Sejersted m.fl. *EØS-rett* (2011) s. 265 flg. og Fredriksen/Mathisen *EØS-rett* (2014) s. 290 flg.

<sup>19</sup> Lov 23. mai 2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (e-handelsloven) og Europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/31/EF av 8. juni 2000 om visse rettslige aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked (e-handelsdirektivet).

<sup>20</sup> Jf. Ot.prp. nr. 31 (2002–2003) s. 30.

Som det også fremgår av punkt 18 i fortalen til e-handelsdirektivet, omfatter informasjonssamfunnstjenester på denne måten en lang rekke økonomiske aktiviteter som foregår over internett. Kriteriene tolkes vidt, og som eksempel nevnes at også nettreklame anses som en informasjonssamfunnstjeneste.<sup>21</sup>

Kredittavtaler ytes normalt mot vederlag i form av renter og gebyrer. Når kredittavtaler tilbys ved netthandel, formidles de elektronisk over avstand. Dette skjer ved individuelle anmodninger fra tjenestemottakerne ettersom tjenesten tilbys ved den enkelte forbrukers kjøp og etter en individuell vurdering av hver forespørsel. Slike kredittavtaler faller derfor innenfor lovens definisjon av informasjonssamfunnstjenester.

Det neste spørsmålet er om vi her befinner oss innenfor "*det koordinerte regelområdet*". Begrepet er i e-handelsloven definert som "*nasjonale regler som stiller krav til informasjonssamfunnstjenester og til tjenesteyter når det gjelder etablering og drift av informasjonssamfunnstjenester*", jf. § 3 bokstav d. I den grad departementets forslag innebærer at det stilles krav til nettopp drift av kredittavtaler som informasjonssamfunnstjenester, er vi følgelig innenfor "*det koordinerte regelområdet*".

Begrensninger på retten til "*uten hinder av norske regler*" å tilby forbrukerkredittjenester i Norge, jf. § 5 første ledd, kan kun fastsettes for "*en bestemt informasjonssamfunnstjeneste*", jf. andre ledd. Generelle begrensninger åpnes det ikke for; det kan kun bestemmes begrensninger for "*en spesiell informasjonssamfunnstjeneste i en bestemt sak*", jf. Ot.prp. nr. 31 (2002–2003) side 59.

Unntak fra etableringslandsprinsippet er angitt i § 6. For fullstendighetens skyld nevner vi at det blant annet er fastsatt at regelen i § 5 ikke gjelder for "*kontraktsvilkår i forbrukeravtaler*", jf. bokstav c. Etter bestemmelsens ordlyd er det kun de privatrettslige forpliktelsene i kontraktsforholdet som unntas fra virkeområdet. Dette er også presisert i forarbeidene til e-handelsloven:

"Dette innebærer at forbrukers rettigheter og forpliktelser etter en avtale ikke omfattes av etableringslandsprinsippet. Dette betyr at en forbruker kan forholde seg til sin egen nasjonale rett, og at en selger (næringsdrivende) aldri ved avtale kan frata forbrukeren den beskyttelsen som følger av ufravikelige regler i hans nasjonale rett."<sup>22</sup> (Understreket her).

Som det vil fremgå, vil derfor ikke dette unntaket være av betydning for de bestemmelsene i det foreliggende forslaget som her skal vurderes.

Følgelig vil e-handelsloven være til hinder for at forslaget oppstiller generelle begrensninger på utøvelsen av informasjonssamfunnstjenester, slik som tilbud av kredittavtaler over internett. På denne bakgrunnen skal de enkelte bestemmelsene i forslaget i det følgende vurderes opp mot regelen i e-handelsloven § 5.

## **6 Vurdering av de foreslåtte bestemmelsene**

### **6.1 Virkeområde til forslaget kapittel 4 – § 73**

#### *6.1.1 Tolkning av forslaget*

De aktuelle bestemmelsene som skal drøftes, er alle foreslått som en del av kapittel 4 med overskriften "*Kredittavtaler*". Tematisk svarer kapitlets foreslåtte innhold til kapittel 3 i den någjeldende finansavtaleloven, som har den tilsvarende overskriften "*Kredittavtaler mv.*".

<sup>21</sup> Jf. også EU-domstolens avgjørelse i sak C-339/15 *Vanderborcht* premiss 36–37.

<sup>22</sup> Jf. Ot.prp. nr. 31 (2002–2003) s. 59.

Forslaget til finansavtalelov kapittel 4 skal etter § 73 første ledd i utgangspunktet ha et vidt virkeområde:

"Reglene i dette kapitlet gjelder for kredittavtaler når kredittytteren opptrer i næringsvirksomhet eller er en kommune eller fylkeskommune. Med kredittavtale menes en avtale om kreditt i form av betalingsutsettelse, lån, rammekreditt eller annen tilsvarende form for kreditt."

I andre til fjerde ledd er det angitt unntak fra utgangspunktet i første ledd. De foreslåtte unntakene innebærer at en rekke typer av kreditt likevel ikke er omfattet, herunder "*betalingsutsettelse fra en selger av varer eller tjenester der betalingsutsettelsen ikke er ment å overstige 90 dager*", jf. forslaget § 73 andre ledd. Det er også gjort unntak for kreditt til egne ansatte, faktoring, kredittavtaler inngått ved rettsforlik og overtrekk på konto. Tredje ledd fastsetter regler for leiefinansiering, mens fjerde ledd gjør unntak for de fleste av kapitlets bestemmelser i de tilfellene hvor kredittytteren ikke er et finansforetak og kredittavtalen ikke er et boliglån.

Det generelle unntaket for rente- og kostnadsfrie kredittavtaler og kredittavtaler som innebærer en rente- og kostnadsfri betalingsutsettelse for en eksisterende forpliktelse, jf. någjeldende § 44 andre ledd bokstav a, er ikke foreslått videreført. Dette vil innebære en utvidelse av virkeområdet til kapittel 4 i forhold til virkeområdet for någjeldende lov kapittel 3.

Sentralt i denne forbindelse er hva som ligger i det foreslåtte unntaket for betalingsutsettelser, noe som er uklart utfra bestemmelsens utforming. Unntaket omfatter imidlertid etter sin ordlyd kun betalingsutsettelser fra selgere, idet det ikke sies noe om at betalingsutsettelser fra andre enn selgere, f.eks. en tredjeparts kredittgiver, omfattes. Det er heller ikke holdepunkter i høringsnotatet for at det er ment å gi unntaket et videre anvendelsesområde enn dette, og det må derfor legges til grunn at unntaket kun omfatter tilfeller hvor selgeren selv gir betalingsutsettelse.

Det er videre gjort unntak fra "*avtaler om ... faktoring*". Også dette unntakets rekkevidde er uklart, ettersom begrepet ikke er definert i forslaget. Faktoringavtaler innebærer normalt ingen kreditt mellom partene i avtalen. Fordringen som overdras, er imidlertid en kredittavtale, og det kan derfor spørres om det ikke er denne som er ment unntatt fra kapitlets virkeområde. Kredittkunden er imidlertid ikke part i faktoringavtalen, og ettersom selve kredittavtalen i slike tilfeller ikke er en faktoringavtale, blir en slik tolkning etter vår vurdering å trekke ordlyden i unntaket for langt.

Forslaget til kapittel 4 synes dermed å omfatte tilfeller hvor en nettbutikk tilbyr kundene å betale gjennom en betalingsformidler som kjøper kravet av nettbutikken, og denne betalingsformidleren tilbyr kunden å betale for varen med faktura. Dette er ikke et upraktisk tilfelle; det synes å være et stort antall nettbutikker som overdrar til et tredjepartsselskap å håndtere betalinger. Slike selskaper, som f.eks. Klarna og Santander,<sup>23</sup> tilbyr gjerne fakturabetaling ved netthandel, og det er vanskelig å se en begrunnelse for at kapittel 4 skulle få anvendelse i slike tilfeller, men ikke når selgeren selv tilbyr en helt tilsvarende betalingsutsettelse.

Vi finner grunn til å stille spørsmål ved om denne endringen er tilsiktet, ettersom den ikke synes å være begrunnet i høringsnotatet. Det er snakk om en utvidelse av kapitlets virkeområde, både sett i forhold til gjeldende rett og forbrukerkredittdirektivet.<sup>24</sup> I alle tilfeller er ikke konsekvensene av en slik endring utredet. Endringen vil være av stor betydning for kredittyttere som tilbyr kortvarige, gjerne kostnadsfrie kredittavtaler. Dersom slike avtaler blir omfattet av blant annet kravene til prekontraktuelle opplysninger og formkravene, vil dette innebære en hindring for slike selskapers tjenesteytelser til ulempe for både kunder, kredittyttere og andre involverte, f.eks. selgere av varer og tjenester.

<sup>23</sup> Santander Consumer Bank AS.

<sup>24</sup> Jf. henholdsvis finansavtaleloven § 44 andre ledd bokstav a og forbrukerkredittdirektivet artikkel 2 nr. 2 bokstav f.

### 6.1.2 Forslagets EØS-rettslige sider

Som vi vil komme nærmere inn på senere, er forbrukerkredittdirektivet er fullharmoniserende.<sup>25</sup> Statene kan likevel gi bestemmelsene et videre virkeområde enn direktivet legger opp til forutsatt at slike bestemmelser er i samsvar med EØS-avtalen for øvrig.<sup>26</sup>

Vi stiller først spørsmål ved om unntaket for betalingsutsettelse fra selgere av varer eller tjenester går for langt. Etter forbrukerkredittdirektivet artikkel 2 nr. 2 er visse, opplistede typer av kredittavtaler unntatt fra direktivets virkeområde. Unntaket i artikkel 2 nr. 2 bokstav f<sup>27</sup> kunne vært aktuelt, men ettersom lovforslaget ikke stiller krav om at betalingsutsettelsen er kostnadsfri, synes unntaket i lovforslaget å gå lenger enn direktivet åpner for.

Når det gjelder utvidelsen av virkeområdet til å omfatte kostnadsfrie kredittavtaler fra andre enn selgere av varer eller tjenester, må det som nevnt foretas en vurdering av om det er i samsvar med EØS-avtalen for øvrig. Dette fordi man da går lenger enn direktivet, jf. det som er sagt i punkt 5.1 ovenfor.

For det første viser vi til gjennomgangen av e-handelsdirektivet i punkt 5.2 ovenfor, og bemerker at utvidelsen av virkeområdet innebærer at det stilles generelle krav til enkelte tjenesteyteres tilbud av informasjonssamfunnstjenester. Ved at det stilles inngående krav til typer av kredittavtaler som faller utenfor forbrukerkredittdirektivet, legger forslaget opp til at utenlandske tjenesteytere ikke vil kunne tilby kredittavtaler som informasjonssamfunnstjenester til tjenestemottakere i Norge uten hinder av norske regler, slik e-handelsloven § 5 bestemmer. Forslaget synes dermed på dette punktet å være i strid med e-handelsdirektivet og e-handelsloven.

For det andre må det vurderes om lovforslaget vil være i strid med EØS-avtalen artikkel 36 nr. 1, som lyder slik:

"Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke 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."

EØS-avtalen oppstiller her 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-området 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 forbyes, hemmes eller gjøres mindre interessant ...."<sup>28</sup> (Vår understreking.)

<sup>25</sup> Jf. forbrukerkredittdirektivet artikkel 22 nr. 1.

<sup>26</sup> Jf. fortalen til forbrukerkredittdirektivet premiss 10.

<sup>27</sup> "[K]redittavtaler der kreditten blir gitt rentefritt og uten andre omkostninger, samt kredittavtaler der kreditten skal tilbakebetales innen tre måneder og det bare skal betales ubetydelige omkostninger."

<sup>28</sup> EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-2/11 *STX Norway Offshore AS mot Norge* premiss 75.



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

"Nationale foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af den frie udveksling af tjenesteydelser mindre attraktiv, udgør restriktioner for denne frihed."<sup>29</sup>

Virkingen av forslaget er at bestemmelsene i lovforslaget kapittel 4 med regler om kontantinnsats, markedsføring, prekontraktuelle opplysninger, kredittvurdering, kontraktkrav m.m. kommer til anvendelse for kredittavtaler som er kostnadsfrie og av den grunn er unntatt fra forbrukerkredittdirektivets virkeområde. Kravene forslaget innebærer, vil innebære ulemper for tilbydere av kredittavtaler ettersom de for de aktuelle kredittavtalene blir underlagt omfattende plikter. Dette er tilstrekkelig for å fastslå at forslaget innebærer en restriksjon på tjenestefriheten.

EØS-avtalen artikkel 33, jf. artikkel 39, åpner for at restriksjoner begrunnet i visse, angitte hensyn likevel kan være i overensstemmelse med EØS-avtalen. Hvilke hensyn som kan begrunne restriksjoner på tjenestefriheten, er videre utvidet gjennom EU-domstolens praksis. Foruten å være forankret i et slikt hensyn må restriksjonen dessuten bestå en proporsjonalitetstest. Det innebærer at den må være egnet til å ivareta det aktuelle hensynet og ikke gå lenger enn det som er nødvendig.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> EFTA- og EU-domstolen har videre oppstilt krav om at staten må kunne dokumentere tilstrekkelig konkret og spesifikt at proporsjonalitetstesten er bestått for det enkelte tiltaket.<sup>32</sup> Endelig er det staten som har bevisbyrden for at kravene er oppfylt.<sup>33</sup>

Forbrukerbeskyttelse er anerkjent i EU-domstolens praksis som et legitimt tvingende allment hensyn som kan rettferdiggjøre en restriksjon på tjenestefriheten.<sup>34</sup> Departementet har riktignok ikke vist til dette som en begrunnelse for denne virkingen av forslaget, men vi antar at det vil være mulig å argumentere for at forslaget til dels vil kunne forankres i hensynet til forbrukerbeskyttelse. Dette må imidlertid kunne dokumenteres av staten.

Forutsatt at forslaget ivaretar hensynet til forbrukerbeskyttelse, og er egnet til dette, mener vi det likevel at det kan stilles spørsmål ved om ikke forslaget går lenger enn nødvendig for å ivareta formålet.

Først og fremst skyldes det at forslaget går lenger enn bare å omfatte forbrukerkredittavtaler. Utvidelsen av virkeområdet til kapittelet om kredittavtaler omfatter også kredittavtaler med andre typer av kunder. Krav til avtaler med slike kunder kan ikke forankres i hensynet til forbrukerbeskyttelse. Forslaget kunne enkelt ha avgrenset virkeområdet i § 73, men ved at det ikke gjøres, går det etter vårt syn lenger enn nødvendig slik at proporsjonalitetstesten av denne grunn ikke er oppfylt.

Det kan dessuten stilles spørsmål ved om det ikke er andre, mindre inngripende tiltak som kunne vært benyttet for å ivareta hensynet til forbrukerbeskyttelse. Heller ikke dette synes å være vurdert i høringsnotatet, noe som i seg selv er i strid med de kravene som rettspraksis har oppstilt til dokumentasjon og bevisbyrde for proporsjonalitetstesten, jf. ovenfor.

---

<sup>29</sup> EU-domstolens avgjørelse i de forente sakene C-53/13 og C-80/13 *Strojirny Prostetov m.fl. mot Odvolaci* premiss 35 med videre henvisninger. Se også EU-domstolens avgjørelse i sak C-339/15 *Vanderborgh* premiss 61 med videre henvisninger.

<sup>30</sup> Jf. bl.a. EU-domstolens avgjørelse i sak C-339/15 *Vanderborgh* premiss 65.

<sup>31</sup> Jf. EFTA-domstolens avgjørelse i E-10/04 *Paolo Piazza og Paul Schurte AG* premiss 42.

<sup>32</sup> Jf. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-9/11 *ESA mot Norge* premiss 89 med videre henvisninger.

<sup>33</sup> Jf. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-3/06 *Ladbrokes* premiss 42.

<sup>34</sup> Jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-265/12 *Citroën mot FvF* premiss 38.

På denne bakgrunnen konkluderer vi at denne delen av forslaget har et tvilsomt forhold til e-handelsdirektivet og EØS-avtalen artikkel 36. Disse sidene av forslaget må derfor utredes nærmere i det videre arbeidet med lovforslaget for å unngå at det vedtas bestemmelser som er i strid med Norges folkerettslige forpliktelser etter EØS-avtalen.

## 6.2 Kontantinnsats – § 75

### 6.2.1 *Tolkning av forslaget*

Forslaget til § 75 lyder i sin helhet slik:

"Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om krav til egenkapital ved realkreditt eller ved kreditt som finansierer varekjøp i forbrukerforhold. Når varens kontantpris overstiger 20 prosent av folketrygdens grunnbeløp,<sup>35</sup> og kredittavtalens varighet på avtaletidspunktet utgjør 60 dager eller mer etter at levering har funnet sted, skal kundens egenkapital utgjøre minst 20 prosent av kontantprisen."

Blir forslaget vedtatt slik, vil det følgelig ikke lenger utelukkende være tale om en forskriftshjemmel i finansavtaleloven, men også en materiell regel i loven med et eget krav til kontantinnsats. Dette kommer i tillegg til at endringen også innebærer at det gis hjemmel til forskrift om egenkapital for realkreditt (f.eks. boliglån).

Vi kan ikke se at departementet har begrunnet hvorfor den materielle regelen nå skal følge direkte av loven. Ved gjennomgangen av forslaget til kapittel 4 kommenterer departementet kun kort:

"En nyhet sammenliknet med gjeldende lov er også en hjemmel til å gi forskrift som stiller krav til egenkapitalen ved realkreditt, på samme måte som kravet om minste kontantinnsats ved kredittkjøp av varer, jf. lovforslaget § 75."<sup>36</sup>

Heller ikke i merknadene til § 75 går departementet nærmere inn at loven vil inneholde en materiell regel.<sup>37</sup> Det er derfor grunn til å spørre seg om dette i det hele tatt var tilsiktet, eller om formålet egentlig utelukkende var å endre hjemmelsbestemmelsen slik at kontantinnsatskrav kun gjelder for kredittavtaler med varighet på minst 60 dager etter leveringstidspunktet. Siste avsnitt i departementets merknader taler også i denne retning, idet det står:

"Det foreslås også en endring fra regelen i gjeldende lov om at avtalen skal ha en varighet på mer enn 30 dager. Dette foreslås endret til 60 dager etter at levering har funnet sted."<sup>38</sup>

En klar ordlyd kan imidlertid ikke bortfortolkes utelukkende på bakgrunn av at regelen ikke er begrunnet i høringsnotatet. I det følgende legger vi derfor til grunn at bestemmelsen – slik den nå lyder – må forstås både å inneholde en forskriftshjemmel og en egen regel med et selvstendig, materielt innhold.

Vi mener også at det er noe uklart hva som er omfattet av bestemmelsen i § 75 andre punktum. Andre punktum stiller krav til egenkapital når vilkårene om varens kontantpris og kredittavtalens varighet er oppfylt. Bestemmelsen i andre punktum er etter sin ordlyd imidlertid ikke begrenset til kredittavtaler hvor låntageren er en forbruker. Et spørsmål er om andre punktum likevel skal leses på bakgrunn av siste leddsetningen i første punktum, slik at den likevel kun gjelder varekjøp i forbrukerforhold.

<sup>35</sup> Grunnbeløpet utgjør i dag (fra 1. mai 2017) NOK 96.634. Tyve prosent utgjør dermed NOK 19.327.

<sup>36</sup> Jf. høringsnotatet s. 114.

<sup>37</sup> Jf. høringsnotatet s. 141.

<sup>38</sup> I.c.

Innledningen i andre punktum kan tale i denne retningen. Ordlyden, og da særlig det at "*varen*" og "*kredittavtalen*" står i bestemt form, indikerer språklig at det er snakk om en fortsettelse av regelen i første punktum. Det er begrenset hvilken vekt dette språklige poenget kan tillegges, all den tid bestemmelsene i første og andre punktum er av prinsipiell ulik natur ved henholdsvis å gi hjemmel for forskriftsbestemmelser og å stille krav til kontantinnsats. Da fremstår det unaturlig å forstå sistnevnte bestemmelse med de begrensninger som gjelder for forskriftene. Vi legger derfor til grunn at bestemmelsen i andre punktum må forstås å omfatte enhver kredittavtale som inngås i forbindelse med kjøp av en vare når vilkårene om kontantpris og avtalens varighet er oppfylt.

Det følger av høringsnotatets forslag at gjeldende kredittavtales forskrift §§ 14 og 15 foreslås videreført ny finansavtales forskrift §§ 35 og 36.<sup>39</sup> Som det fremgikk i punkt 4.2 ovenfor, kreves etter de gjeldende reglene 35 % egenkapital ved forbrukerkjøp av varer med en kontantpris på over 0,2 G dersom kredittavtalen varer over 30 dager fra utløpet av leveringsmåneden, med unntak for visse, angitte avtaler.

Siden reglene er foreslått videreført, oppstår det spørsmål om hvordan bestemmelsen i loven og bestemmelsen i forskriften skal forstås dersom forslaget vedtas i sin helhet. For samtlige kredittavtaler omfattet av virkeområdet til forslaget kapittel 4, jf. punkt 6.1 ovenfor, må det etter *lovsforslaget* kreves 20 % egenkapital når varens kontantpris er over 0,2 G og varigheten på avtaletidspunktet utgjør minst 60 dager fra levering. For alle forbrukerkredittavtaler som ikke er kontokjøp eller gjelder bøker eller byggesett til ferdighus, må det etter *forskriftsforslaget* dessuten kreves 35 % egenkapital ved kjøp av varer med en kontantpris på over 0,2 G dersom kredittavtalen varer over 30 dager fra utløpet av leveringsmåneden. Forskriften stiller følgelig i visse tilfeller krav til høyere egenkapital enn loven.

En utvidelse av kontantinnsatsregelens virkeområde vil ha flere konsekvenser. Om kontokjøp blir omfattet, synes kredittkort å ville falle innenfor virkeområdet til regelen i forslaget § 75 andre punktum. I så fall vil det da ikke være adgang til utelukkende å benytte kredittkort ved kjøp som overstiger ca. 19.000 kr. Også for øvrige kontokredittavtaler oppstår en tilsvarende problematikk. Som følge av det foreslåtte virkeområdet til kapittel 4, jf. punkt 6.1.1 ovenfor, vil også kostnadsfrie fakturakredittavtaler være omfattet av kravet til kontantinnsats ved kjøp som overstiger ca. 19.000 kr.

Dersom en kunde ved slike kjøp likevel vil betale delvis med kreditt, blir det et spørsmål om hvordan det skal løses rent praktisk. Mye kan da tyde på at det må gjennomføres en egen transaksjon hvor det sikres at minst 20 % betales kontant, f. eks. gjennom debetkort, mens den overskytende summen kan finansieres gjennom en kredittavtale, som f. eks. kredittkort eller annen rammekreditt. Regelen vil fordre tekniske løsninger i både fysiske butikker og nettbutikker som legger til rette for at betaling skjer i samsvar med kontantinnsatskravet. Denne effekten av bestemmelsen er ikke omtalt i forslaget. Normalt er det ønskelig for forbrukere å benytte seg av kredittkort eller andre kontokredittavtaler ved kjøp av dyre varer ettersom dette gir forbrukeren ytterligere vern etter finansavtaleloven § 54 b, jf. også forslaget § 90. I høringsnotatet er det ikke omtalt hvordan forbrukerens vern etter disse bestemmelsene ivaretas ved delvis kontantoppgjør.

Den foreslåtte bestemmelsen i loven presiserer ikke på samme måte som kredittavtales forskriften § 15 andre ledd at kontantinnsatsen ikke kan "*gjøres opp ved kreditt som kjøperen får av selgeren eller av en annen på grunnlag av avtale med selgeren*". Et spørsmål er om det likevel må innfortolkes en tilsvarende begrensning i den foreslåtte lovbestemmelsen. I utgangspunktet må det bero på en tolkning av begrepet "*egenkapital*", noe som etter vårt syn taler for at det må ytes en kontantbetaling. Dette indikeres også av overskriften til § 75, hvor det står "*Krav til egenkapital (kontantinnsats)*". Inngås det samtidig med kredittavtalen en annen kredittavtale som skal dekke kravet til egenkapital, kan den sistnevnte avtalen språklig sett ikke karakteriseres som egenkapital. En slik forståelse av forslaget ville

---

<sup>39</sup> Jf. høringsnotatet s. 221.

dessuten være en direkte omgåelse av regelverket, ettersom det da ikke lenger vil være snakk å begrense andelen kreditt i en avtale. Vi mener derfor at bestemmelsen i lovforslaget må forstås med samme begrensning som den i kredittavtaleforskriften § 15 andre ledd.

Vi minner om at begrensningen i virkeområdet til kapittel 4, jf. punkt 6.1 ovenfor, innebærer at kravet til kontantinnsats uansett ikke gjelder ved betalingsutsettelse *"fra en selger av varer eller tjenester der betalingsutsettelsen ikke er ment å overstige 90 dager"*, jf. forslaget § 73 andre ledd første punktum.

Vi vurderer det som uheldig dersom det blir vedtatt to bestemmelser som stiller ulike krav, men som har overlappende anvendelsesområde. Det vil lette kunne skape usikkerhet når det gis en regel både i forskrift og hjemmelsloven når disse ikke har et virkeområde som er tydelig avgrenset fra hverandre. Departementet bør på denne bakgrunnen vurdere om det vil være tilstrekkelig at loven hjemler de eksisterende forskriftsbestemmelsene, eventuelt med de endringene av vilkårene som er foreslått, og som er drøftet i høringsnotatet.

### 6.2.2 *Forslagets EØS-rettslige sider*

Som det har fremgått ovenfor, består endringen i å innføre krav til egenkapital for kontokjøp og kjøp som gjelder bøker eller byggesett til ferdighus, både i forbrukerkjøp og andre kjøp, med mindre det er tale om en betalingsutsettelse fra en selger av varer eller tjenester som ikke er ment å vare lenger enn 90 dager. I det følgende skal det vurderes om denne regelen er i samsvar med EØS-avtalen.

Forbrukerkredittdirektivet er fullharmoniserende på de områdene som direktivet regulerer, jf. artikkel 22 nr. 1. Siden direktivet ikke regulerer krav til kontantinnsats i forbrukerkredittavtaler, vil ikke direktivet være til hinder for de foreslåtte reglene.

Det må imidlertid vurderes om lovforslaget vil være i strid med EØS-avtalen for øvrig, jf. punkt 6.1.2 ovenfor. Også på dette punktet har forslaget et problematisk forhold til e-handelsdirektivet, jf. den overordnede gjennomgangen i punkt 5.2. Et krav om kontantinnsats i forbrukerkredittavtaler innebærer hindringer for utenlandske selskapers tilbud av kredittavtaler over nett til norske tjenestemottakere. Slike kredittselskaper vil måtte innrette seg etter kontantinnsatsregelen ved å kreve kontantinnbetaling for kjøp som overstiger et visst beløp. Et slikt krav vil være i strid med e-handelsloven § 5.

Når det gjelder forholdet til tjenestefriheten, oppstiller EØS-avtalen som nevnt et generelt forbud mot restriksjoner på fri bevegelighet av tjenester. Restriksjonsbegrepet omfatter ikke bare 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.

Vår vurdering er at en utvidelse av kravet til kontantinnsats vil kunne gjøre det mindre attraktivt for aktører innenfor EØS å tilby tjenester på det norske markedet. Kravet, slik det nå er foreslått, skaper hindringer for tredjeparts kredittyttere i den forstand at de ikke vil kunne tilby kunder utelukkende å gjøre opp ved hjelp av faktura, kontoavtaler eller andre kredittavtaler ved handel i nettbutikk. Det vil da være tale om praktiske hindringer, dvs. behov for nye tekniske løsninger, men ikke minst en begrensning på de produktene slike kredittyttere lovlig vil kunne tilby. Dette vil etter alt å dømme føre til en ikke ubetydelig reduksjon i etterspørselen. Vi bemerker i denne sammenheng at forslaget vil være av betydning for tjenesteytere etablert utenfor Norge, som f. eks. Klarna, slik at det har en grenseoverskridende effekt. Forslaget vil derfor utgjøre en restriksjon på tjenestefriheten i strid med EØS-avtalen artikkel 36.

Det neste spørsmålet er om restriksjonen er forankret i et legitimt hensyn og om den er proporsjonal. I høringsnotatet er det som nevnt ikke redegjort for noen slik begrunnelse.<sup>40</sup> Vi kan ikke på prinsipielt grunnlag utelukke at et utvidet krav om kontantinnsats vil kunne bidra til å hindre at forbrukere pådrar seg en uhåndterbar gjeldsbelastning, og at det på denne måten vil kunne ivareta hensynet til forbrukerbeskyttelse. Dette må imidlertid kunne dokumenteres av staten.

Vi bemerker imidlertid at EFTA- og EU-domstolen i en rekke avgjørelser har lagt til grunn at kravet til egnethet også inneholder et krav om at tiltaket er en del av en sammenhengende politikk. I *Hartlauer* uttalte EU-domstolen:

"For det første skal der henvises til, at en national lovgivning kun er egnet til at sikre gjennomførelsen af det påberåbte formål, hvis det reelt opfylder hensynet om at nå målet på en sammenhengende og systematisk måde ..."<sup>41</sup>

Det er grunn til å stille spørsmål ved om kontantinnsatskravet i realiteten ivaretar hensynet til forbrukerbeskyttelse på en sammenhengende og systematisk måte. Det er særlig uklart hvorfor kontantinnsatskravet kun skal gjelde for kredittavtaler med en minstevarighet på 30 dager fra utløpet av leveringsmåned eller 60 dager fra leveringstidspunktet. Heller ikke er det klart hvorfor det skal gjelde egne regler med lavere krav til andel egenkapital for kontoavtaler og kjøp av bøker eller byggesett til ferdighus enn andre typer av kredittavtaler og kjøp. Endelig er det uklart hvorfor det skal gjelde ulike vilkår for kredittavtalens varighet for disse typene av kredittavtaler og kjøp. Vi mener det derfor er usikkert om egnethetskriteriet er oppfylt.

Det neste spørsmålet er om den foreslåtte bestemmelsen er nødvendig for å ivareta hensynet til forbrukerbeskyttelse. Kravet til nødvendighet er ikke oppfylt dersom mindre inngripende tiltak kan ivareta hensynet til forbrukerbeskyttelse i samme grad.

I denne sammenheng er det først og fremst et problem at forslaget har et større virkeområde enn kun å omfatte forbrukere, jf. punkt 6.2.1 ovenfor hvor det fremgår at forslaget må forstås slik at det også gjelder kreditt til andre enn forbrukere. Forbrukerbeskyttelsehensyn kan ikke anvendes for å begrunne restriksjoner på lån overfor andre enn forbrukere.

Videre må det tas i betraktning at finansavtaleloven allerede inneholder krav som skal ivareta hensynet til forbrukernes gjeldsbelastning, herunder kredittvurderinger ved søknad om lån. Det foreliggende forslaget inneholder dessuten flere regler som skal bidra til å øke betydningen av slike kredittvurderinger.<sup>42</sup> Forslagets bestemmelse om kontantinnsats tar imidlertid ikke hensyn til utfallet av slike vurderinger, ettersom kravet vil gjelde uavhengig av hvor god økonomi den enkelte kunden har. Vi kan ikke se at en slik generell regel skulle være nødvendig av hensynet til å beskytte forbrukere mot å påta seg en uhåndterbar gjeldsbelastning, men antar heller at det ville være tilstrekkelig å reservere en slik regel for tilfellene hvor låntagerens økonomi tilsier at det kreves egenkapital.

Det er vår konklusjon at det også på dette punktet er tvilsomt om forslaget er i samsvar med EØS-avtalen. Det vil være nødvendig å foretak en grundigere vurdering av disse spørsmålene ved den videre behandlingen av lovforslaget.

---

<sup>40</sup> Se merknadene til bestemmelsen i høringsnotatet s. 141.

<sup>41</sup> Jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-169/07 *Hartlauer* premiss 55. Se også EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/07 *Liga Portuguesa* premiss 61 og EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-1/06 *ESA* mot *Norge* premiss 43.

<sup>42</sup> Jf. forslaget §§ 79 og 80.

### 6.3 Kombinasjonssalg – § 76 tredje ledd

#### 6.3.1 *Tolkning av forslaget*

Forslaget til § 76 tredje ledd lyder slik:

"Inngåelse av annen avtale kan ikke settes som vilkår for å inngå kredittavtale med kunden. Første punktum gjelder likevel ikke krav om inngåelse av forsikringsavtale som styrker kundens mulighet til å oppfylle kredittavtalen, eller krav om inngåelse av avtale om konto i forbindelse med kredittavtalen, jf. § 38. Kongen kan i forskrift fastsette ytterligere unntak fra første punktum."

Også denne bestemmelsen er foreslått plassert i kapittel 4, og den vil dermed gjelde for alle kredittavtaler som ikke omfattes av noen av unntakene i § 73 andre ledd, jf. gjennomgangen i punkt 6.1 ovenfor. Forslaget gjør ikke unntak for kunder som ikke er forbrukere.

Forslaget omfatter etter sin ordlyd enhver "*annen avtale*" som stilles som vilkår for inngåelsen av kredittavtaler. Hvordan begrepet "*annen avtale*" skal forstås, er uklart. På markedet finnes det kredittavtaler som utelukkende tilbys ved kjøp av varer eller tjenester, f.eks. Santanders "Handlekonto"<sup>43</sup> og Klarnas "Klarna Konto". Forslaget vil etter sin ordlyd kunne forstås å være til hinder for at slike kredittavtaler kun tilbys i tilfeller hvor kunden samtidig inngår en kjøpsavtale. Vi antar at det ikke er dette som er ment med forslaget, men at det siktes til andre avtaler som ikke har en slik tilknytning til kredittavtalen. Vår vurdering er i alle tilfeller at bestemmelsens ordlyd bør endres for å klargjøre innholdet. I motsatt risikerer man at bestemmelsen omfatter en rekke ordninger som er vanlige i dag, ikke bare kontoavtaler som nevnt ovenfor, men også f.eks. bestemte billån som tilbys i forbindelse med bilkjøp. Av denne grunn bør det presiseres at forbudet ikke omfatter underliggende kjøpsavtaler.

Etter gjeldende rett er det som nevnt ikke noe direkte forbud mot å sette inngåelsen av en annen avtale som vilkår for inngåelsen av en kredittavtale. I høringsnotatet uttales det i merknadene til paragrafen at bestemmelsen er ny, og at tredje ledd gjennomfører boliglånsdirektivet artikkel 12.<sup>44</sup> Ved den nærmere omtalen av gjennomføringen av direktivbestemmelsen uttaler departementet:

"Når det gjelder [boliglånsdirektivet] artikkel 12, foreslås bestemmelsen gjennomført som et forbud mot å gjøre inngåelse av kredittavtaler betinget av at kunden inngår andre avtaler. Det foreslås samtidig at forbudet ikke skal gjelde forsikring som vil gi økte muligheter for kunden til å oppfylle kredittavtalen (for eksempel gjeldsforsikring), og krav om at det etableres et kontoforhold hos kredittutbyteren. Videre foreslås det en hjemmel for å kunne fastsette ytterligere unntak i forskrift. Det vises her til lovforslaget § 76 tredje ledd."<sup>45</sup>

Boliglånsdirektivet artikkel 12 pålegger medlemsstatene å tillate pakkesalg, men å forby kombinasjonssalg. Begge disse typene av salg er i direktivet definert som kredittavtaler som tilbys eller selges i en pakke med andre særskilte finansielle produkter eller tjenesteytelser. De skiller seg imidlertid fra hverandre ved at kombinasjonssalg foreligger når kredittavtalen ikke tilbys alene, mens det er pakkesalg når kredittavtalen tilbys alene, men ikke nødvendigvis på samme betingelser eller vilkår som i pakken.<sup>46</sup> Ordlyden i lovforslaget innebærer følgelig et forbud mot slikt kombinasjonssalg, og den er på denne måten i samsvar med det forbudet som direktivet krever for boliglån.

<sup>43</sup> <https://www.santanderconsumer.no/handlekonto/handlekonto/>

<sup>44</sup> Jf. høringsnotatet s. 142.

<sup>45</sup> Jf. høringsnotatet s. 103.

<sup>46</sup> Jf. boliglånsdirektivet artikkel 4 nr. 26 og 27.

Boliglånsdirektivets anvendelsesområde er grovt sagt begrenset til å omfatte kredittavtaler som enten er sikret i fast eiendom eller har til formål å sikre eiendomsrett til tomter eller bygninger.<sup>47</sup> Det fremgår ikke direkte av høringsnotatet at departementet ønsker å gi bestemmelsen et videre anvendelsesområde enn hva direktivet krever, noe som fremstår problematisk all den tid det er snakk om et vesentlig videre anvendelsesområde. Slik forslaget lyder, er det imidlertid ikke holdepunkter for å tolke anvendelsesområdet innskrenkende til kun å gjelde boliglån. Av denne grunn finner vi også her grunn til å stille spørsmål ved om denne siden av forslaget er tilsiktet, altså om det var meningen å gi bestemmelsen et videre anvendelsesområde enn det direktivet legger opp til.

### 6.3.2 Forslagets EØS-rettslige sider

Direktiv 2005/29/EF ("handelspraksisdirektivet") er et fullharmoniserende direktiv, jf. artikkel 4, som er gjort til del av EØS-avtalen.<sup>48</sup> Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom markedsføringsloven og forskrifter med hjemmel i samme lov.

Som et unntak fra fullharmoniseringen følger det av handelspraksisdirektivet artikkel 3 nr. 9 at medlemsstatene kan stille strengere og lempeligere krav i forbindelse med finansielle tjenesteytelser, slik det er definert i direktiv 2002/65/EF.<sup>49</sup> Denne definisjonen omfatter alle bank-, kreditt- og forsikringstjenester og tjenester i forbindelse med individuelle pensjoner, investering eller betaling.<sup>50</sup>

Handelspraksisdirektivet sier ikke noe direkte om hvorvidt fullharmoniseringen gjelder i de tilfellene hvor den finansielle tjenesten er en tilleggsytelse. EU-domstolen tok imidlertid stilling til dette spørsmålet i *Citroën Belux NV mot FvF*.<sup>51</sup> 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 i henhold til direktiv 2002/65/EF) ved kjøp av kjøretøy av merket Citroën i Belgia. Domstolen konkluderte med at man var utenfor fullharmoniseringens virkeområde så lenge én av ytelsene som reguleres, er en finansiell tjenesteytelse.<sup>52</sup>

Vi legger derfor til grunn at handelspraksisdirektivet ikke er til hinder for den foreslåtte bestemmelsen om kombinasjonssalg ettersom en av ytelsene vil være en finansiell tjenesteytelse.

Når det gjelder e-handelsdirektivet og e-handelsloven, er vi imidlertid av den oppfatningen at forslaget også på dette punktet stiller krav til informasjonssamfunnstjenester på en måte som er i strid med kravene i direktivet og dermed også etableringslandsprinsippet i e-handelsloven § 5. Vi viser her til den generelle redegjørelsen i punkt 5.2. Et generelt forbud mot å sette inngåelsen av en annen avtale som vilkår for kredittavtaler vil være et hinder ved tilbud av kredittavtaler over internett.

Dessuten er denne delen av forslaget i alle tilfeller problematisk etter forbrukerkredittdirektivet. Direktivet er som nevnt fullharmoniserende, jf. artikkel 22 nr. 1, som lyder slik:

<sup>47</sup> Jf. boliglånsdirektivet artikkel 3 nr. 1.

<sup>48</sup> Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked og om endring av rådsdirektiv 84/450/EØF, europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2006/2004. Inntatt i EØS-avtalen vedlegg XIX punkt 7f.

<sup>49</sup> Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/65/EF av 23. september 2002 om fjernsalg av finansielle tjenester til forbrukere, og om endring av rådsdirektiv 90/619/EØF og av direktiv 97/7/EF og 98/27/EF.

<sup>50</sup> Jf. direktiv 2002/65/EF artikkel 2 bokstav b.

<sup>51</sup> EU-domstolens avgjørelse i sak C-265/12 *Citroën Belux NV mot FvF*.

<sup>52</sup> Jf. *Citroën Belux NV mot FvF* premiss 28

"I den utstrekning dette direktiv inneholder harmoniserte bestemmelser kan medlemsstatene i nasjonal lovgivning ikke beholde eller innføre bestemmelser som avviker fra dem som er fastsatt i dette direktiv."

Spørsmålet er da om direktivet inneholder bestemmelser som er til hinder for et generelt forbud mot kombinasjonssalg. Direktivet inneholder flere regler om såkalte tilknyttede kredittavtaler. Dette begrepet er i artikkel 3 bokstav n definert som en kredittavtale der:

"i) den aktuelle kreditten utelukkende tjener til å finansiere en avtale om levering av bestemte varer eller yting av en bestemt tjeneste, og

ii) disse to avtalene objektivt sett utgjør en forretningsmessig enhet; en forretningsmessig enhet skal anses for å foreligge dersom leverandøren eller tjenesteyteren selv finansierer forbrukerens kreditt eller, dersom kreditten finansieres av tredjemann, dersom kredittgiveren benytter leverandørens eller tjenesteyterens tjenester i forbindelse med inngåelsen eller utarbeidingen av kredittavtalen, eller dersom levering av en bestemt vare eller yting av en bestemt tjeneste er uttrykkelig angitt i kredittavtalen."

Definisjonen i direktivet omfatter altså blant annet kredittavtaler som forutsetter inngåelsen av en annen avtale, f. eks. avtaler om kjøp av varer eller tjenester, når kredittavtalen nettopp finansierer sistnevnte avtale. Direktivets regler om slike tilknyttede kredittavtaler omfatter krav til prekontraktuelle opplysninger og opplysninger i selve kredittavtalen.<sup>53</sup> Direktivet bestemmer også at en tilknyttet kredittavtale ikke er bindende dersom forbrukeren utøver angrerett på de kjøpte varene eller tjenestene, jf. artikkel 15. Samme artikkel gir i andre ledd forbrukeren rett til å ta rettslige skritt mot kredittgiveren ved mangelfull levering av varene eller tjenestene. I artikkel 15 nr. 3 fastsettes det at reglene i artikkel 15 er avgrenset mot nasjonale bestemmelser om kredittgiverens solidaransvar for krav som forbrukeren måtte ha mot leverandøren. På denne måten avgrenses bestemmelsens omfang eksplisitt, slik at det gjøres tydelig hvor langt harmoniseringen rekker på dette området. Direktivet åpner imidlertid ikke på noe punkt for at statene i noen utstrekning forbyr tilknyttede kredittavtaler.

Dersom forbudet mot kombinasjonssalg forstås å medføre at tilknyttede kredittavtaler forbys i de tilfellene hvor kredittavtalene kun kan inngås sammen med en kjøpsavtale, vil det være i strid med direktivet. Dette skyldes at direktivet inneholder harmoniserte bestemmelser om tilknyttede kredittavtaler, og vår vurdering er at det vil være i strid med artikkel 22 nr. 1 å innføre en regel i norsk rett som forbyr visse former for tilknyttede kredittavtaler, så lenge kredittavtalen tjener til å finansiere levering av bestemte varer direkte tilknyttet kreditten.

## 6.4 Signatur – § 82

### 6.4.1 *Tolkning av forslaget*

Bestemmelsen i forslaget § 82 andre ledd første punktum lyder slik:

"Kredittavtale inngås i skriftlig dokument og skal undertegnes av kunden for å være bindende, med mindre kunden ikke ønsker å påberope seg disse vilkårene."

Det er her to aspekter ved den foreslåtte bestemmelsen som vi skal gå nærmere inn på. For det første er regelens virkeområde utvidet ved at den ikke lenger utelukkende gjelder forbrukere. Forslaget gjelder etter sin ordlyd enhver kredittavtale med kunder. Begrepet "*kunden*" er forslått definert som "*en fysisk*

<sup>53</sup> Jf. forbrukerkredittdirektivet artikkel 5 nr. 1 bokstav e og artikkel 10 nr. 2 bokstav e



eller juridisk person som mottar ytelser eller ber om å få motta ytelser fra tjenesteyteren" i forslaget til finansavtaleforskriften § 1.

Vi kan ikke se at departementet har begrunnet eller kommentert denne utvidelsen av virkeområdet. Også her kan det derfor stilles spørsmål ved om endringen er tilsiktet. Det at endringen verken er utredet eller begrunnet, taler i alle fall for at det bør gjøres en revurdering av denne utvidelsen av bestemmelsens virkeområde.

For det andre er det et spørsmål om forslaget innebærer noen endringer hva gjelder bestemmelsens karakter, nærmere bestemt om den oppstiller et krav om signatur som vil kunne sanksjoneres offentligrettslig. Etter sin ordlyd synes ikke forslaget å medføre noen endringer i forhold til den någjeldende signaturregelen, jf. omtalen i punkt 4.4 ovenfor. I merknadene til bestemmelsen uttaler likevel departementet følgende om forslaget:

"Annet ledd første punktum skal etter forslaget forstås slik at manglende underskrift fra kunden på en kredittavtale vil utgjøre et pliktbrudd som kredittyteren kan holdes ansvarlig for gjennom offentligrettslige og privatrettslige sanksjoner. Selv om privatrettslige sanksjoner ikke gjøres gjeldende av kunden, kan kredittyteren likevel bli møtt med offentligrettslige sanksjoner. Eventuelle offentligrettslige sanksjoner får imidlertid ingen innvirkning på om de enkelte avtalene skal anses som bindende mellom kredittyteren og kunden. Etter lovforslaget er det dermed bare kunden som kan gjøre gjeldende at en avtale ikke er bindende som følge av manglende underskrift fra kunden. Kredittyteren kan på sin side ikke gjøre manglende avtalerettslig binding gjeldende utelukkende på et slikt grunnlag. Gjør kunden gjeldende at avtale foreligger selv om avtalen ikke er undertegnet av kunden, vil spørsmålet om avtalebinding måtte avgjøres på grunnlag av alminnelige avtalerettslige tolkningsmomenter."<sup>54</sup>

Bestemmelsen er ikke nærmere omtalt i høringsnotatet for øvrig, men den er nevnt i forbindelse med likelydende forslag til bestemmelser om kontoavtaler og kausjonsavtaler.<sup>55</sup>

I likhet med den någjeldende regelen oppstiller forslaget signatur som et vilkår for avtalebinding med unntak for de tilfellene hvor kunden ikke ønsker å påberope seg dette. Det fremgår ikke av ordlyden at det er det ubetinget krav om at kredittavtaler skal være signert. Det fremgår heller ikke på annen måte at manglende signering er i strid med loven. Forbrukeren kan velge at en kredittavtale som ikke er signert, skal være bindende. Det er nettopp denne virkningsiden som bestemmelsen etter sin ordlyd utelukkende regulerer: For å være bindende skal kredittavtalen være undertegnet. For at kravet skulle vært ubetinget, måtte bestemmelsen hatt en annen formulering.

Vi vurderer forslaget slik at merknadene til bestemmelsen er egnet til å skape betydelig tvil om hvordan signaturregelen skal forstås. Uten at det følger av ordlyden, uttales det i høringsnotatet at bestemmelsen skal ha en offentligrettslig side, og følgelig at den stiller et ubetinget krav om at kredittavtaler skal være signert.

En slik lovgivningsteknikk for å endre en bestemmelses innhold er problematisk. Det fremgår fortsatt ikke av ordlyden at bestemmelsen oppstiller et *krav* om signatur, slik at det vil kunne ha offentligrettslige sanksjoner. Når det likevel uttales i merknadene til bestemmelsen at den vil ha en slik rekkevidde, er det egnet til å skape usikkerhet ved rettsanvendelsen.

---

<sup>54</sup> Jf. høringsnotatet s. 143.

<sup>55</sup> Se forslaget §§ 38 og 97, nærmere omtalt på hhv. s. 130–131 og 149.

Videre bemerker vi at det heller ikke er utredet hvilke konsekvenser en slik utvidelse av bestemmelsens omfang vil ha for næringsdrivende. Dette kommer vi tilbake til i punkt 7 nedenfor.

Etter vårt syn har tolkningen endelig en side til legalitetsprinsippet som må tas i betraktning. Som påpekt av Markedsrådet i sak MR-2017-658 er overtredelser av finansavtaleloven belagt med sanksjoner som regnes som straff. Ikke bare innebærer dette at det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet, jf. Grunnloven § 113, setter grenser for tolkningen av bestemmelsen, men også det strafferettslige legalitetsprinsippet, jf. Grunnloven § 96, vil måtte tas i betraktning. Dette setter rammer for hvorvidt ordlyden kan fravikes når man tolker bestemmelsen.

På denne bakgrunnen anbefaler vi at departementet klargjør at bestemmelsen kun har en privatrettslig side, ved at den kun regulerer de avtalerettslige virkningene av at kredittavtaler ikke er signert.

#### 6.4.2 Forslagets EØS-rettslige sider

Som det allerede har fremgått, er forbrukerdirektivet er fullharmoniserende.<sup>56</sup> Bestemmelser i direktivet om hvilke krav som kan stilles til forbrukerkredittavtaler, innebærer at norske regler som avviker fra direktivets regler, vil være i strid med EØS-retten.

Forbrukerkredittdirektivet artikkel 10 regulerer krav til kredittavtalers form og innhold. Artikkel 10 nr. 1 fastsetter at kredittavtalen skal utarbeides på papir eller annet varig medium, mens nr. 2 bestemmer hvilke enkeltopplysninger avtalen skal inneholde. I artikkel 10 nr. 1 andre avsnitt andre punktum, jf. også fortalen punkt 30, er det et unntak for nasjonale regler om avtalers gyldighet:

"Denne artikkel berører ikke eventuelle nasjonale regler for gyldig inngåelse av kredittavtaler som er i samsvar med fellesskapsretten."

Slike regler er følgelig ikke gjenstand for harmonisering. Dette fremgår også av fortalen punkt 30, hvor det blant annet står:

"Dette direktiv regulerer ikke avtalerettslige spørsmål knyttet til gyldigheten av kredittavtaler. Medlemsstatene kan derfor på nevnte område beholde eller innføre nasjonale bestemmelser som er i samsvar med fellesskapsretten. Medlemsstatene kan regulere den rettslige ordningen for tilbudet om å inngå kredittavtalen, særlig når det skal gis og i hvilket tidsrom det skal være bindende for kredittgiveren."

Direktivet skiller altså mellom regler om krav til avtalers *form*, som er regulert blant annet i artikkel 10 nr. 1, og regler om avtalers *gyldighet*, hvor medlemsstatene står fritt til å vedta avvikende regler dersom de er i samsvar med EØS-retten. Det er kun regler om kredittavtalers gyldighet som unntas fra harmonisering.

Ettersom direktivet forbyr avvikende reguleringer på de harmoniserte områdene, jf. artikkel 22 nr. 1, og direktivet artikkel 10 nr. 1 regulerer kredittavtalers formkrav, vil en norsk regel om signatur som formkrav være i strid med direktivet.

Vår vurdering er dermed at den tolkningen departementet legger til grunn for forslaget § 82, er i strid med forbrukerkredittdirektivet. Markedsrådet kom i sak MR-2017-658 til det samme resultatet, og påpekte at presumsjonsprinsippet i et slikt tilfelle medfører at "*norsk rett [må] tolkes på en måte som ikke kommer i konflikt med direktivet*". Vi slutter oss til dette.

<sup>56</sup> Jf. forbrukerdirektivet artikkel 22 nr. 1.

Det kan videre settes spørsmålstegn ved om den tolkningen departementet legger til grunn i høringsnotatet, er i samsvar med e-handelsloven.

Vi viser igjen til den generelle redegjørelsen i punkt 5.2 ovenfor. Departementets uttalelser i høringsnotatet om tolkningen av bestemmelsen innebærer at det stilles krav til drift av kredittavtaler som informasjonssamfunnstjenester. Forstås bestemmelsen som et ubetinget krav om signatur, vil vi følgelig være innenfor det koordinerte regelområdet.

Den tolkningen departementet legger til grunn i høringsnotatet, utgjør en generell begrensning på utøvelsen av enkelte informasjonssamfunnstjenester. En slik begrensning vil gjøre at forslaget § 82 er i strid med e-handelsloven § 5.

Etter presumsjonsprinsippet må en slik motstrid unngås ved hjelp av tolkning, slik at forslaget § 82 også av denne grunn må forstås slik at det ikke gjelder et offentligrettslig krav til signatur av forbrukerkredittavtaler. I alle tilfeller vil e-handelsloven § 5 måtte gå foran det foreslåtte kravet, da den førstnevnte regelen "*tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter [EØS-]avtalen*", jf. EØS-loven § 2. Siden et signaturkrav etter finansavtaleloven ikke tjener til å oppfylle forpliktelser etter EØS-avtalen, må det vike ved motstrid. På denne bakgrunnen er det vår konklusjon at departementets tolkning ikke vil kunne legges til grunn dersom forslaget vedtas.

## 7 Forslagets utredning og krav til EØS-høring

### 7.1 Forholdet til utredningsinstruksen

Regjeringens utredningsinstruks ("utredningsinstruksen") gjelder krav til utredning av "*statlige tiltak som utføres i ... statlige forvaltningsorganer*" samt arbeid med EØS- og Schengen-regelverk, herunder gjennomføring av dette i norsk regelverk.<sup>57</sup> Som det til dels allerede har fremgått, mener vi det på flere punkter er grunn til å stille spørsmål ved om forslaget er tilstrekkelig godt utredet. Dette skal utbroderes nærmere i det følgende

Utgangspunktet for utredningsplikten finnes 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 utredningens omfang er forholdsmessig. For forskrifters vedkommende følger det samme av forvaltningsloven § 37 første ledd,<sup>58</sup> hvor det fastslås at "*[f]orvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes*".

For det første peker vi helt overordnet på at forslaget er av stor betydning for de berørte aktørene; særlig finansinstitusjonene, men også deres kunder. Etter utredningsinstruksen pkt. 2-1 nr. 4 skal utredninger omtale tiltaks positive og negative virkninger, deres varighet og hvem som blir berørt. Vi kan ikke se at det er gjort i tilstrekkelig grad. Forslaget stiller omfattende krav til aktørenes opptreden, på langt flere punkter enn de som er gjennomgått ovenfor. Dette er krav som på flere områder vil innebære hindringer samt betydelig økte kostnader for aktørene. Et slikt omfang av en regulering stiller krav om at utredningen må være grundig, herunder at det i langt større grad redegjøres for virkningene.

For det andre synes forslaget gjennomgående å bestå av flere uklarheter, utilsiktede (eller i det minste ikke-kommenterte) endringer og til dels manglende koherens mellom de ulike regelsettene. Her peker vi særlig på utvidelsen av virkeområdet for reglene om kredittavtaler generelt, men også kravet til

<sup>57</sup> Instruks om utredning av statlige tiltak, fastsatt ved kgl.res. 19. februar 2016, pkt. 1-2.

<sup>58</sup> Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

kontantinnsats. Kravet til kontantinnsats er for øvrig også et eksempel på et området hvor det er uklart hvordan de ulike delene av forslaget skal forstås samlet, jf. det som er sagt i punkt 6.2.1 ovenfor.

For det tredje indikerer merknadene til forslaget § 82 om signatur en problematisk lovgivningsteknikk idet det legges opp til en materiell endring av gjeldende rett uten at ordlyden endres tilsvarende. En slik fremgangsmåte vil ikke bare være egnet til å skape usikkerhet ved rettsanvendelsen, men den vanskeliggjør en diskusjon i den pågående høringsrunden.

For det fjerde er det et betydelig problem at de EØS-rettslige sidene ikke problematiseres der forslaget går lenger enn EØS-retten. Som gjennomgangen ovenfor har vist, er det flere punkter hvor EØS-retten, herunder både direktiver og de fire friheter, vil kunne være til hinder for forslaget. Når det gjelder forholdet til tjenestefriheten, savnes ikke bare en vurdering av om forslaget innebærer restriksjoner, men også hvilke formål forslaget skal ivareta, og deretter vurderinger av egnethet og nødvendighet for å ivareta de aktuelle formålene. Det er som nevnt staten som har bevisbyrden for at kravet til forholdsmessighet er oppfylt, og den mangelfulle utredningen vil derfor kunne innebære et brudd på de EØS-rettslige forpliktelsene. Dersom forslaget 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 i samsvar med EFTA- og EU-domstolens praksis.

Vi mener disse aspektene taler for at forslaget burde utredes grundigere gjennom et lovutvalg. Dette er også noe Regelrådet har konkludert med i sin høringsuttalelse til forslaget. På denne måten kunne man sikret en tilstrekkelig grundig konsekvensvurdering for de næringsdrivende, en koherens i regelverket, at endringene ikke medfører konsekvenser som ikke er tilsiktet, og ikke minst en tilstrekkelig grundig vurdering av forslagets EØS-rettslige sider.

## 7.2 Krav til EØS-høring

Avslutningsvis ønsker vi å knytte enkelte kommentarer til krav om høring etter reglene i EØS-høringsloven.<sup>59</sup> En ytterligere virkning av at en tjeneste faller innenfor definisjonen av informasjonssamfunnstjenester, er at det stilles egne krav til såkalt EØS-høring.

Våre drøftelser av de enkelte foreslåtte bestemmelsene i punkt 6 ovenfor har vist at forslaget på flere punkter stiller krav til blant annet tjenester som er omfattet av definisjonen av informasjonssamfunnstjenester. Disse konklusjonene har følgelig ikke utelukkende den virkningen at forslaget, dersom det blir vedtatt, er i strid med e-handelsloven og at den grunn må vike ved motstrid. EØS-høringsloven stiller prosessuelle krav til vedtakelsen av slike regler, og det vil innebære et selvstendig brudd på EØS-avtalen dersom regler vedtas i strid med disse kravene.

Det følger av EØS-høringsloven § 4 at "*[f]orslag til tekniske regler skal 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.<sup>60</sup> Direktivet er gjort til del av EØS-avtalen,<sup>61</sup> 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

<sup>59</sup> Lov 17. desember 2004 nr. 101 om europeisk meldeplikt for tekniske regler m.m. (EØS-høringsloven)

<sup>60</sup> Direktiv 98/34/EF om en informasjonsprosedyre for standarder og tekniske forskrifter samt regler for informasjonssamfunnstjenester (som endret ved direktiv 98/48/EF)

<sup>61</sup> Jf. EØS-avtalen vedlegg II del II s. 215 flg.

omfatter "krav til informasjonssamfunnstjenester ... som rettslig eller faktisk må følges for å kunne yte ... eller bruke slike tjenester i ... Norge".

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 som i direktivet og i e-handelsloven defineres informasjonssamfunnstjenester også 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.

Rettsvirkningene av manglende melding av tekniske regler og manglende etterlevelse av stillstandsplikten etter § 6 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.<sup>62</sup> Dette fremgår nå uttrykkelig av EØS-høringsloven § 9, som fastsetter at regler vedtatt i strid med direktivets regelverk i utgangspunktet ikke kan "anvendes eller påberopes overfor den enkelte".

For det tilfellet at departementet skulle velge å gå videre med forslaget i dets foreliggende form, gjøres det herved oppmerksom på at forslaget synes å være underlagt krav til EØS-høring, slik at det gjelder en plikt til stillstand inntil disse kravene er oppfylt.

\*\*\*\*\*

Med vennlig hilsen  
**Simonsen Vogt Wiig**



Jan Magne Juuhl-Langseth  
jjju@svw.no



Olav Endresen Haukeli  
oeh@svw.no

---

<sup>62</sup> Jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-194/94 *CIA Security International SA mot Signalson SA* og *Securitel SPRL* premiss 55