

Justisdepartementet
Lovavdelingen
Postboks 8005 Dep.
0030 Oslo

JUSTISDEPARTEMENTET	
20 MAR 2009	
SAKSNR.:	200900998
AVD/KONT/BET:	LOV/EP/HCH/KVM
DOKNR. 22	ARKIVKODE:



Saksbehandler:
ASFL/JAL

Vår dato:
18.03.2009

Vår referanse:
09/00124
510

Deres dato:
18.02.2009

Deres referanse:
200900998 EP HCH/KVM

Høring – forslag til gjennomføring av betalingstjenestedirektivet i norsk rett.

Det vises til høringsbrev av 18. februar d.å. der det bes om Forbrukerrådets kommentarer til delrapport I fra arbeidsgruppen som vurderer gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2007/64 EF om betalingstjenester i det indre marked i norsk rett.

Forbrukerrådet stiller seg generelt positiv til forslagene til nye og endrede bestemmelser som legges frem av en enstemmig arbeidsgruppe. Våre kommentarer vil i hovedsak omhandle de bestemmelsene der det er dissens innen arbeidsgruppen, dvs. spørsmålet om "float", spørsmålet om hvordan definisjonen av forbruker skal være, og om ansvarsfordelingen mellom institusjonen og kunden der det begås feil. I tillegg vil det knyttes noen kommentarer til spørsmål rundt andres misbruk, selv om det er enighet i arbeidsgruppen om de foreslåtte reglene.

Direktivets bestemmelser om betalingstjenester svarer langt på vei til de bestemmelser som fremgår av Finansavtalelovens av 25. juni 1999 i kap. 2 Innskudd og betalingsoppdrag. Til grunn for begge disse regelsettene ligger at forbrukere i mange situasjoner har spesielt behov for beskyttelse. I direktivets fortale punkt 20 (dansk versjon) slås uttrykkelig fast: "Da forbrugere og virksomheder ikke er i samme situasjon, har de ikke behov for samme beskyttelsesniveau." Etter Forbrukerrådets oppfatning er det viktig å ha dette i minne ved vurderingen av hvordan direktivets bestemmelser skal implementeres, bl.a. ved vurderingen av hva som anses for å være i motstrid med direktivet. Direktivets ordlyd vil naturlig måtte stå sentralt ettersom det er et fullharmoniseringsdirektiv, men direktivteksten må også forstås på bakgrunn av bl.a. formålsbetraktninger og rettspraksis.

Slik Forbrukerrådet ser det vil det være svært uheldig om forståelsen av innholdet i direktivets bestemmelser innebærer at finansavtalelovens opparbeidede og velfungerende bestemmelser i favør av forbrukere må vike ved implementeringen.

Forbrukerdefinisjonen

Forbrukerrådet støtter arbeidsgruppens flertall sitt synspunkt om at hovedsaklighetskriteriet i finansavtaleloven § 2 (1), både kan og bør beholdes.

Etter Forbrukerrådets syn vil det ikke ved vurderingen av forbrukerdefinisjonen i direktivet være naturlig eller riktig å legge ensidig og avgjørende vekt på ordlyden slik arbeidsgruppens mindretall legger opp til. Direktivteksten må også forstås på bakgrunn av direktivets formål, rettspraksis og hvilke reelle hensyn som eksisterer.

Når det gjelder formålsvurderingen, vises til det som fremgår innledningsvis ovenfor om at fortalen punkt (20) understreker at forbrukere og næringsdrivende ikke har behov for det samme beskyttelsesnivå. Dette kan i seg selv tale for en utvidet fortolkning.

Hva gjelder rettspraksis vises til at EF-domstolen også i Gruberdommen åpner for utvidet forståelse av et tilsvarende forbrukerbegrep, selv om dommen kan synes å antyde en snevrere forbrukerdefinisjon enn det som fremgår i finansavtaleloven § 2 (1). Det vises imidlertid til det som siteres fra dommens premisser punkt 31 om at fortolkningen av Brusselkonvensjonen må være selvstendig. En slik uttalelse tilsier at det kan være nyanser i tolkningen av forbrukerbegrepet i de ulike direktiver og konvensjoner.

Direktivets fullharmonisering kan ikke anses for å være til hinder for at lovbestemmelser som implementerer direktivets bestemmelser, gis anvendelse på andre fysiske personer enn de som er forbrukere i direktivets forstand. Direktivet åpner for dette spesielt i forhold til microforetak, jf. artikkel 30 nr. 2 og 51 nr. 3, og må i enda større grad gjelde der formålet med avtalen i hovedsak er forbrukerrelatert. En naturlig konsekvens av dette må være at finansavtaleloven kan operere med en videre forbrukerdefinisjon enn direktivets forbrukerdefinisjon.

Det kan mao. være grunn til å stille spørsmålet om fullharmoniseringen i første rekke retter seg mot de materielle rettigheter og plikter som fremgår av direktivet, og ikke mot hvem som faller innenfor definisjonen forbruker.

Konsekvensene av at hovedsaklighetskriteriet i forbrukerdefinisjonen må fjernes, vil naturlig være at mange av de som i dag regnes som forbrukere iht. finansavtaleloven vil falle utenfor det etablerte sikkerhetsnettet som lovens forbrukervernreglene utgjør. Bl.a. vil dette gjelde ved kontomisbruk der ansvarsbegrensningen iht. artikkel 61 nr. 3 kun vil være ufravikelig i forbrukerforhold, jf. artikkel nr. 51 nr. 1, og derfor mest trolig vil bortfalle i alle andre forhold.

Etter Forbrukerrådets oppfatning er det lite naturlig å operere med ulike forbruker-definisjoner i en og samme lov. En endring av finansavtaleloven § 2 (1) vil derfor måtte føre til en endring også i andre bestemmelser. Bl.a. vil en endring kunne få stor praktisk betydning i forhold til § 57 (3) a) og b) om kausjoner i forbrukerforhold. Vilkåret for at kausjonisten kan betrakte som forbruker iht. § 57 (3) a) er at "kausjonens formål for kausjonisten ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet." Bankklagenemndas praksis viser bl.a. at det ofte kausjoneres for lån i næringsforhold med private midler som sikkerhet for å kunne komme i gang med nyetableringer eller fortsette en etablert virksomhet. Spørsmålet om kausjonisten er å betrakte som forbruker, har i slike saker ofte vært vurdert i forhold til spørsmålet om långiver har brutt sin frarådningsplikt etter § 60. En endring av forbrukerdefinisjonen av kausjonister vil være svært uheldig for denne gruppe forbrukere, som ikke lenger vil falle inn forbrukervernreglene i finansavtaleloven Kap. 4.

Det er et mål at lover skal være enklest mulig å forstå for alle. Dette innebærer bl.a. at de ulike forbrukerlover som retter seg mot samme målgruppe, bør operere med det samme begrepsapparatet. Forbrukerdefinisjonen i finansavtaleloven § 2 (1) annet punktum er et resultat av en uttrykt målsetning om enhetlig språkbruk i norsk forbrukervern lovgivning, jf. det som fremgår i Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 44. Samme definisjon finnes bl.a. i forbrukerkjøpsloven, angreterretten, kredittkjøpsloven og ikke minst i ny markedsføringslov som nylig er implementert

iht. et fullharmoniseringsdirektiv. En endring av forbrukerbegrepet i finansavtaleloven vil derfor kunne føre til en omfattende endring i en rekke norske forbrukervernlover. Slik Forbrukerrådet ser det vil dette være å gå flere skritt tilbake.

Usikkerheten mht. innholdet av forbrukerdefinisjonen i direktivet, taler i favør av å beholde gjeldende lovgivning. En endring må naturlig ses i sammenheng med det pågående arbeidet med implementeringen av forbrukerkredittdirektivet, og bør etter Forbrukerrådets mening utsettes til spørsmålet kan ses i sammenheng med rammedirektivet for forbrukerrettigheter. Det er uansett uheldig å foreta stadige vurderinger og eventuelle endringer av en så viktig regel.

Tidspunkt for renteberegning på kundekonto (float)

Forbrukerrådet støtter arbeidsgruppens flertall sitt forslag om å beholde det gjeldene norske systemet uten floatinntekter ettersom det gir effektivitet i betalingsoveføringen og er hensiktsmessig for kundene. Forslaget innebærer at debitering valuterer samme virkedag som mottakerens institusjon mottar midlene gjennom oppgjørssystemet. Sett fra kundens ståsted synes dette også å være den rimeligste løsningen, da det tross alt er kundens konto som debiteres.

Andres misbruk av konto og betalingsinstrument

Forbrukerrådet er positiv til arbeidsgruppens forslag til en lovfesting av partenes plikter i forbindelse med bruk av betalingsinstrumenter i forslaget til ny § 34, dvs. at handlingsnormene som i dag er regulert i avtalen mellom partene, også fremkommer i loven. Videre er det positivt at adgangen til å avtale belastningsgrenser og sperring av betalingsinstrumenter fremgår av loven som foreslått i forslaget til ny § 24a.

Ad egenandel:

Forbrukerrådet ser det som en stor og viktig forbedring at reglene om ansvarsfordeling gis et videre anvendelsesområde enn i dag ved at de i tråd med direktivet skal gjelde for alle betalingsinstrumenter, dvs. uansett om transaksjonen er skjedd over internett, via mobiltelefon, ved bruk av betalingskort eller forhåndsbetalte kort eller andre elektroniske penger. Dette vil føre til en samlet og forenklet regulering.

Slik vi ser det er det videre positivt at ilegging av egenandel forutsetter at det er benyttet en personlig sikkerhetsanordning knyttet til betalingsinstrumentet, og at den ilegges kun der kunden ikke har beskyttet sikkerhetsanordningen i tilstrekkelig grad. Vilåret for å ilagge egenandelen blir med dette ikke fullt ut objektivt. Det må i den anledning understrekes at Forbrukerrådets utgangspunkt er at det ikke bør betales egenandel i de tilfellene der kunden ikke kan klandres. Som nevnt i rapporteksten vil dette innebære at der en tredjemann "hacker" seg inn i en nettbank, blir kunden bare ansvarlig dersom han har unnlatt å beskytte sikkerhetsanordningen.

Forbrukerrådet er derfor positiv til at det må kreves at kunden kan bebreides før egenandel er aktuelt. De foreslåtte vilkårene innebærer en endring til kortkundernes fordel i forhold til dagens regelverk, som forutsetter at kortkundene må betale egenandel ved misbruk uansett skyld. Bankklagenemndas praksis viser imidlertid at kundene ofte støter på bevisproblemer mht. å sannsynliggjøre at han/hun har beskyttet kort og kode i tilstrekkelig grad:

Som eksempel kan nevnes tilfeller der betalingskort "skimmes", dvs. at data kopieres ved bruk i terminal uten at kunden oppdager det, mens passordet blir avlest eller filmet, gjerne fra avstand. For kunden vil det i slike tilfeller være vanskelig å bevise hva som skjedde i etterhånd, ettersom ulovlig utstyr som regel blir fjernet raskt etter bruk. Kunden vil i disse tilfellene få ekstra bevisproblemer i.o.m. at han fortsatt har kortet i sin besittelse, og dersom det ikke finnes vitner eller andre holdepunkter, vil det bli vanskelig å bringe på det rene hva som faktisk har skjedd.

Ofte er det i praksis være vanskelig å beskytte seg mot at andre får tak i passord under tasting, for eksempel i butikkterminaler der terminaler er lite beskyttet og åpent for titt over skulderen, og det kan stilles spørsmål om kunden overhode kan bebreides i disse tilfellene. I tillegg kommer at det i ettertid er vanskelig å bevise hva som faktisk har skjedd, bl.a. om kunden har gjort forsøk på å beskytte koden ved inntastingen. Det må i disse tilfellene foretas en konkret vurdering. Dersom det er sannsynlig at noen har tittet kunden over skulderen, for deretter å stjele kortet, vil det etter Forbrukerrådets oppfatning ikke kunne bebreides kunden og illeggelse av egenandel er ikke aktuelt. Instusjonene vil imidlertid i disse sakene, i mangel av andre plausible løsninger, bl.a. ved å vise til systemsikkerheten, hevde at kunden må ha utvist uaktsomhet mht. beskyttelse av kode og kort. Det er grunn til å tro at de samme bevisproblemene vil inntre også fremover uansett vilkårene for egenandel som nevnt ovenfor.

Forbrukerrådet ser ikke noen god begrunnelse for at egenandelen settes opp fra kr. 800,- til kr. 1200,- som foreslått. Det er ikke vist til at det er dokumenter behov for en økning av beløpet. Etter det vi kan se er det heller ikke i den anledning anført noe om hva egenandelen er ment å dekke, dvs. om den skal dekke faktiske utgifter for bankene, eller om den er ment som en sperre for kundene mht. melde fra om misbruk. Etter Forbrukerrådets oppfatning bør derfor gjeldende objektive egenandel på kr. 800,- beholdes.

Kundens ansvar ved grov uaktsomhet:

Det er etter Forbrukerrådets syn naturlig som foreslått å knytte aktsomhetsvurderingen til kundens forpliktelser ved bruk av betalingsinstrumentet, dvs. en fortsettelse av gjeldende praksis. Kundens forpliktelser fremgår av forslag til § 34 (1) som pålegger kunden å "ta alle rimelige forholdsregler" for å beskytte betalingsinstrument og kode, samt "uten ugrunnet opphold underrette institusjonen" når misbruk oppdages.

Vi merker oss for øvrig at de foreslåtte reglene innebærer en forbedring av kundens stilling ved brudd på underretningsplikten til institusjonen ved at ansvarsterskelen heves til grov uaktsomhet i disse tilfellene. Dette synes rimelig og vil bidra til en forenkling av ansvarsreglene.

Forbrukerrådet ser det som svært positivt og viktig å lovfeste en ansvarsbegrensning for kundens tap ved elektroniske betalingsinstrumenter i de tilfellene han/hun må sies å ha opptrådt grovt uaktsomt. Dette fordi det for den enkelte kunden vil kunne utgjøre et stort økonomisk tap, samtidig som tapet for institusjonen vil kunne la seg pulverisere. På sikt vil dette kunne bidra til økt tillit forbrukere til betalingssystemet, noe som igjen vil være i tråd med direktivets formål og ønske om styrking av det indre marked for betalingstjenester.

Forslaget til ny § 35 (5), som kodifiserer gjeldende praksis om at bruken av betalingsinstrumentet i seg selv ikke skal anses som tilstrekkelig bevis for at kunden har godkjent transaksjonen eller opptrådt grovt uaktsomt, innebærer en viktig synliggjøring av bevisvurderingen. Med dette fastholdes kravet om at det må kreves særskilte holdepunkter for å ilegge kunden ansvar selv om betalingsinstrumentet er brukt.

Ansvarsbeløpets størrelse:

Forbrukerrådet er videre av den oppfatning at oppjusteringen av ansvarsbegrensningen fra kr. 8.000,- til kr. 12.000,- er for høy og mangler god begrunnelse. Sett fra kundenes ståsted, vil ikke en slik forhøyelse ses som rimelig overhode, og tiden som har gått fra sist fastsettelse av beløp, tilsier ikke i seg selv en forhøyelse. Etter Forbrukerrådets oppfatning må behovet for en såpass betydelig forhøyelse (50%) dokumenteres. Det vises i den anledning til at beløpsgrensen på kr. 8.000,- er beholdt i Danmark. Slik vi ser det vil neppe en forhøyelse ha noen selvstendig preventiv effekt i forhold til kundenes aktsomhet.

Reklamasjon og tilbakeføring:

Når det gjelder forslag til ny § 37 (1) om institusjonens plikt til tilbakeføring av beløpet til kunden, fremgår at fristen for kunden innen 13 måneder til å fremme kravet om restitusjon av kontoen ikke gjelder der "institusjonen ikke har gitt kunden de opplysninger om betalingstransaksjonen

som kreves etter loven". Av dette fremgår at det ikke som i dag er tilstrekkelig at kunden burde fått kjennskap til misbruket, men at det kreves at kunden faktisk har fått slik kjennskap. Spørsmålet er hva som ligger i institusjonens plikt i så måte. Bl.a. kan det stilles spørsmål om det må kreves at institusjonen sender kunden kontoutskrift, eller om det er tilstrekkelig at banken sender mail til kunden med beskjed/ påminnelse om at han/hun må sjekke belastninger/saldo, eventuelt om det er tilstrekkelig at nettbank er tilgjengelig 24 timer i døgnet slik at det lar seg gjøre å gå inn i nettbanken for å kontrollere der. Bankklagenemnda har operert med en praksis om at alle kunder har plikt til selv å følge opp belastninger på egne konti, dvs. at de har en løpende aktsomhetsplikt, og at misbruket etter en viss tid ikke kan påberopes pga. passivitet. Spørsmålet er om en slik praksis kan fastholdes i lys av denne nye regelen.

Forbrukerrådet støtter arbeidsgruppas fortolkning av at direktivet åpner for å beholde regler om prosessbyrde i § 37, ut fra en tolkning av direktivets formål. En slik tolkning gir muliggjør en praktisk gjennomføring av oppgjøret mellom partene.

Forslaget til ny § 37 (4) om at institusjonen kan krev tilbakebetaling av tredjeperson av beløp som denne urettmessig har mottatt, må ses som en positiv nyvinning. I mange tilfeller vil være enklere for en institusjon, som allerede har eller er tilknyttet et system for innkreving av egne krav, å gå på tredjemann enn en vanlig kunde. I mange tilfeller vil det også måtte legges til grunn at institusjonen også ut fra en kontraktslojalitet bør ha en plikt til å bistå kunden i slike tilfeller.

Særlig om kundens egne feil (utvalgets punkt 18.5.2 flg.)

Forbrukerrådet vil innledningsvis bemerke at vi støtter Banklovkommisjonens forslag om nytt regelverk (egenandelsansvar) for nettbasert betalingsoverføring, med de modifikasjoner som følger av det som er sagt ovenfor. Vi synes i all hovedsak at det foreslåtte regelverket gir en fornuftig og balansert løsning som på en god måte vil ivareta både hensynet til kundene og andre hensyn.

Forbrukerrådet støtter forslaget fra medlemmene Behringer, Gjedrem og Sletner. Dette gjelder både disse medlemmenes forståelse av betalingstjenestedirektivets artikkel 74 (punkt 18.3.2) og forslaget til ny bestemmelse i finansavtaleloven § 37a. Vi slutter oss videre til disse medlemmenes begrunnelse. Vi vil nedenfor særskilt nevne noen momenter som har vært avgjørende for oss.

Forslaget fra Behringer med flere innebærer at Banklovkommisjonen kan bli stående, med en mindre justering. Det er en politisk ønskelig løsning, ettersom Banklovkommisjonens forslag var enstemmig. Både finansbransjen, myndigheter og forbrukersiden står samlet bak BLKs forslag.

Det har formodningen mot seg at Banklovkommisjonens forslag ikke er i samsvar med betalingstjenestedirektivet. Dersom departementet likevel skulle mene at medlemmene Kvam, Pedersen og Veel Midtbø har rett i sin forståelse, må konsekvensen være at saken sendes tilbake til Banklovkommisjonen, som må få utforme et nytt forslag som innenfor direktivets rammer ivaretar de hensyn det foreliggende forslaget gjør. Vi er enige med medlemmene Behringer m fl i at det ikke ligger innenfor arbeidsgruppas mandat å overprøve Banklovkommisjonens vurderinger og konklusjoner vedrørende behovet for en slik regel.

Vi vil legge til at medlemmene Kvam, Pedersen og Veel Midtbø flere steder demonstrerer manglende kunnskap om de krav til brukertesting ("usability") som i alminnelighet må stilles til banker for å sikre at nettbankløsningen fanger opp vanlige feil. Det vises til Banklovkommisjonens utredning punkt 5.4.1 der det blant annet heter.

"Tastefeil som overses av kunden i den videre behandlingen av betalingsoppdraget vil med sikkerhet alltid kunne forekomme på grunn av det meget store antallet nettbanktransaksjoner".

BLK sier videre at:

"Uavhengig av de tiltakene som er iverksatt av næringen eller som kan tenkes iverksatt, er Banklovkommisjonen derfor av den oppfatning at det uansett foreligger en reell mulighet for tapssituasjoner som er foranlediget av forhold på kundens side, noe som i sin tur kan utgjøre store utslag på dennes økonomi".

Banklovkommisjonen viser videre i punkt 5.5.7 til de krav som må stilles til bankens brukertesting:

"...blir det neste spørsmålet hvilke omstendigheter som skal kunne fritta for ansvar i forbindelse med feiltasting fra kundens side. Det er antatt at banken vil være ansvarlig for svikt i rutiner og annen teknisk svikt mv. med andre ord vil det kunne statueres ansvar dersom banken ikke har gjort det som var mulig å gjøre for å unngå feilen. Dette er et vanskelig vurderingsspørsmål og vil bero på en rekke faktorer. Det kan hevdes at bankinstitusjonene bør foreta en forsvarlig brukertesting. Med dette menes at det er utviklet et tilfredsstillende brukergrensesnitt, det vil si at det finnes mekanismer som kontrollerer inntasting og gir feilmeldinger og advarsler dersom ikke alt ser ut til å stemme i relasjonen mellom menneske og maskin. Sentrale krav til brukergrensesnitt vil typisk gjelde:

1. Grensesnittet skal understøtte brukeren i å utføre oppgaven.
2. Grensesnittet skal vise tilstanden til systemet, slik at brukeren til enhver tid har oversikt over situasjonen.
3. Kommandoer fra brukeren, som tastetrykk og inntasting, skal reeduseres til et minimum og foregå mest mulig effektivt.
4. Systemet skal detektere alle feil som er mulig å oppfange.
5. Systemet skal redusere konsekvensen av feil".

Det er vanskelig å forstå medlemmene Kvam m fl når de på side 185 skriver at "Etter medlemmene Kvam, Pedersen og Veel Midtbø sitt syn kan kundenes egne feil vanskelig sies å falle innenfor institusjonens kontrollsfære, og det kan i slike tilfeller ikke sies å foreligge noe mislighold fra institusjonens side". Medlemmene kan enten ikke ha satt seg godt nok inn i Banklovkommisjonens utredning på dette punktet, eller de velger bevisst å se bort fra denne. Begge deler er uheldig.

Det oppleves videre som på grensen til arrogant når medlemmene Kvam m fl på side 184 overprøver Banklovkommisjonens vurdering om at det er behov for særskilt lovregulering. Etter Forbrukerrådets syn går disse medlemmene her klart utenfor sitt mandat. Forbrukerrådet deler BLKs syn på at det er behov for en lovregulering.

Vi ber departementet sørge for at man får i stand en slik nødvendig lovregulering, fortrinnsvis ved å følge forslaget fra Behringer m. fl, eller ved å sende saken tilbake til Banklovkommisjonen.

Med hilsen

for Forbrukerrådet


Jorge B. Jensen
Underdirektør

Jon Andreas Lange
Seniorrådgiver


Anne-Sofie Faye-Lund
Seniorrådgiver