



Advokatfirmaet BAHR AS
v/ Markus Nilssen

Deres ref

Vår ref
22/5385-11

Dato
14. mars 2025

Klagevedtak - vilkår for å registrere betalingstjenestevirksomhet unntatt konsesjon etter finansforetaksforskriften § 1-8, jf. § 1-7.

1 Innledning

Finansdepartementet viser til klage datert 23. desember 2021 fra Advokatfirmaet BAHR AS («BAHR») på vegne av Facebook Payments International Limited, (heretter benevnt som «FBPIL», «klager» eller «foretaket»), og Finanstilsynets brev 12. oktober 2022 der klagen er oversendt Finansdepartementet.

Videre viser Finansdepartementet til brev 7. desember 2022 med utfyllende kommentarer fra BAHR på vegne av foretaket.

Den oversendte klagen gjelder vilkår for å registrere betalingstjenestevirksomhet unntatt konsesjonsplikt, jf. finansforetaksforskriften § 1-8, jf. § 1-7 bokstav k nr. 2.

Finansdepartementet finner at vilkårene for å behandle klagen er til stede, jf. lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) §§ 29 og 32.

2. Sakens bakgrunn

Saken gjelder spørsmål om hvorvidt FBPIL med konsesjon som e-pengeforetak i tillegg kan yte betalingstjenester som ikke underlegges de samme forbrukerrettigheter som konsesjonspliktige betalingstjenester ved at disse anses å falle inn under unntaket i finansforetaksforskriften § 1-7.

FBPIL er et irsk foretak som inngår som en egen juridisk enhet i et konsern bestående av Facebook Payments, Inc. og Facebook Ireland Limited. Foretaket har tillatelse til å drive grensekryssende virksomhet til Norge fra Irland som e-pengeforetak med tillatelse til å utstede, innløse og distribuere e-penger, jf. finansforetaksloven § 5-2.

I melding til Finanstilsynet datert 29. august 2019 notifikerte FBPIL om at foretaket i tillegg yter enkelte betalingstjenester som foretaket mente var unntatt konsesjonsplikt etter finansforetaksforskriften § 1-8, jf. § 1-7 bokstav k nr. 1 (om såkalte begrensede nettverk) og 2 (om begrensede varer og tjenester). Bestemmelsen i § 1-7 bokstav k gjennomfører artikkel 3 bokstav k i EUs andre betalingstjenestedirektiv (direktiv (EU) 2015/2366, «PSD2»).

Foretaket oppga i meldingen at betalingstjenestene gjør det mulig for brukerne å kunne kjøpe digitalt innhold i ulike onlinespill, eksempelvis «gullbarrer» i spill som «Candy Crush Saga» eller «mynter» i «FarmVille» eller «CityVille» mv. Betalinger for innhold kanaliseres direkte fra brukeren til foretakets konto. Oppgjør mellom FBPIL og en spilltilbyder foretas ved at midler (fratrullet lisenser og gebyrer) overføres fra foretakets konto og deretter krediteres spilltilbyderens konto.

Finanstilsynet svarte i brev 12. mars 2020 at det i meldingen ikke var redegjort for at det foreligger noen reelle og vesentlige begrensinger på hvilke utviklere/spilltilbydere som kunne knytte seg til Facebooks plattform. Vilåårene for unntak etter finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 1 ble således ikke ansett oppfyllt.

Med utgangspunkt i Finanstilsynets vurdering endret foretaket i brev 15. juni 2021 meldingen til kun å omfatte unntak etter finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 2. I meldingen la foretaket til grunn at spillkonto kun kan benyttes til kjøp av digitalt innhold i spill som opererer på Facebooks egen plattform, og at avtaler som inngås med utviklere, forutsetter at disse imøtekommer foretakets tekniske kriterier. Foretaket bemerket at innhold som kan kjøpes via onlinespill fra foretakets plattform, utgjør et «meget begrenset vare- og tjenesteutvalg». Videre påpekte FBPIL at det foreligger et klart skille mellom e-pengevirksomheten samt øvrige regulerte betalingstjenester og betalingstjenesten som omhandler spillkonto. Det ble i den forbindelse vist til at de regulerte betalingstjenestene bl.a. er knyttet til donasjoner mv., og at disse tjenestene ikke er koblet til betalingstjenesten som omhandler

spillkonto. Foretaket oppga også en matrise med oversikt over ulike EU-stater der søknaden om begrenset nettverk fra FBPIL for de notifiserte tjenestene angis å være godkjent eller ansett som godkjent.

I brev 8. desember 2021 vurderte Finanstilsynet at betalingstjenestevirksomheten isolert sett kunne anses tilstrekkelig begrenset og funksjonelt tilknyttet kjøp av digitalt innhold i spill, og traff vedtak om å registrere betalingstjenestevirksomheten unntatt fra konsesjonsplikt. Finanstilsynet fant imidlertid grunn til å stille som vilkår at denne virksomheten ble skilt ut i en egen juridisk enhet.

Foretaket klaget på Finanstilsynets vedtak i brev 7. desember 2021, og anførte at FBPIL og dets betalingstjenestevirksomhet oppfyller vilkårene for unntak etter finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 2. Foretaket aksepterte derfor ikke Finanstilsynets vilkår. Foretaket anmodet om at Finanstilsynets vedtak oppheves, og at foretaket og dets betalingsvirksomhet registreres etter finansforetaksforskriften § 1-9.

3 Rettslig grunnlag

3.1 Innledning

Lov av 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven) gjelder virksomhet som drives eller skal drives i Norge, samt norske finansforetaks virksomhet i utlandet, jf. § 1-2.

Etter finansforetaksloven § 2-4 første ledd første punktum kan «elektroniske penger» bare utstedes av banker, kredittforetak og finansieringsforetak som etter finansforetaksloven har tillatelse til å drive slik virksomhet i Norge, med mindre annet følger av annen lovgivning. Elektroniske penger kan også utstedes av utenlandske kredittinstitusjoner som etter loven har adgang til å drive slik virksomhet, jf. § 2-4 første ledd annet punktum.

Hva som er elektroniske penger, er definert i finansforetaksloven § 2-4 annet ledd. Etter denne er «elektroniske penger» en elektronisk lagret pengeverdi representert ved en fordring på utstederen, som er utstedt etter mottak av midler for å utføre «betalingstransaksjoner», og som er anerkjent som betalingsmiddel av andre foretak enn utstederen. Med betalingstransaksjoner menes transaksjoner som angitt i finansavtaleloven § 1-5 sjette ledd, som definerer betalingstransaksjoner som handling som iverksettes av betaleren eller på dennes vegne eller av betalingsmottakeren for å innbetale, overføre eller ta ut betalingsmidler, uten hensyn til eventuelle underliggende forpliktelser mellom betaleren og betalingsmottakeren.

3.2 Unntaket i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k

I forskrift 9. desember 2016 nr. 1502 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksforskriften) § 1-7 er nærmere bestemte betalingstjenester unntatt fra finansforetaksloven. Etter finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k er følgende tjenester unntatt fra loven:

«tjenester basert på spesifikke betalingsinstrumenter, som bare kan benyttes i begrenset omfang, og som:

- 1. gir innehaveren mulighet for å kjøpe varer eller tjenester kun i utstederens lokaler eller innenfor et begrenset nett av tjenestetilbydere i henhold til en forretningsavtale inngått direkte med en profesjonell utsteder, eller*
- 2. kun kan benyttes til å kjøpe et meget begrenset utvalg av varer eller tjenester, eller*
- 3. kun kan benyttes i én EØS-stat til å kjøpe spesifikke varer eller tjenester fra leverandører som har inngått avtale med utstederen av betalingsinstrumentet. Instrumentene må være regulert av en offentlig myndighet og være gitt ut i tråd med forespørsel fra et foretak eller offentlig myndighet med formål knyttet til skatt eller sosiale ytelser».*

Bestemmelsen i § 1-7 bokstav k gjennomfører artikkel 3 bokstav k i EUs andre betalingstjenestedirektiv (direktiv (EU) 2015/2366, «PSD2»).

Etter finansforetaksforskriften § 1-8 skal foretak som driver virksomhet som nevnt i § 1-7 bokstav k nr. 1 eller nr. 2, «gi melding» til Finanstilsynet dersom den samlede verdien av betalingstransaksjoner utført de siste 12 måneder overstiger et beløp i norske kroner som tilsvarer 1 million euro. Meldingen skal angi hvilke tjenester som ytes, og hvilket av unntakene for begrenset virksomhet som virksomheten omfattes av. Bestemmelsen er en gjennomføring av PSD2 artikkel 37 nr. 2. Etter PSD2 artikkel 37 nr. 2 annet ledd skal tilsynsmyndigheten på grunnlag av denne meldingen treffe en behørig begrunnet beslutning på grunnlag av kriteriene nevnt i PSD2 artikkel 3 bokstav k i tilfeller der virksomheten *ikke* anses som et begrenset nettverk, og underrette tjenesteyteren om dette.

Finanstilsynet skal etter finansforetaksforskriften § 1-9 registrere foretak som har gitt melding etter § 1-8, «dersom forutsetningene for unntak er oppfylt».

3.3 Nærmere om betalingstjenestedirektivet og EBAs retningslinjer

Den 24. februar 2022 publiserte Den europeiske banktilsynsmyndigheten (EBA) retningslinjer (EBA/GL/2022/02) for å klargjøre hvordan tilsynsmyndighetene bør

anvende det aktuelle unntaket, jf. artikkel 3 bokstav k i PSD2. EBA har hjemmel til å utforme slike retningslinjer i henhold til forordning (EU) 1093/2010 (EBA-forordningen) artikkel 16. Formålet med retningslinjene er å sikre en mer konsistent praksis og bidra til forutsigbarhet. Norge har innlemmet EBA-forordningen gjennom lov av 17. juni 2016 nr. 30 om EØS-finanstilsyn § 1. Forordningens artikkel 16 nr. 3 første ledd bestemmer at myndigheter og foretak «*shall make every effort to comply*» med retningslinjer utstedt av EBA. Det vil si at norske myndigheter skal gjøre sitt ytterste for å følge retningslinjene eller anbefalingene. Samtidig åpner direktivet for at medlemslandene ikke trenger å følge retningslinjene, men da skal vedkommende myndighet varsle EBA om dette, jf. artikkel 16 nr. 3 tredje ledd.

EBA drøfter spørsmålet om regulerte foretaks adgang til å drive betalingstjenestevirksomhet etter unntaket for begrenset nettverk på side 28-29 i retningslinjene. EBA mener spørsmålet ikke er direkte regulert av PSD2, og konkluderer etter en helhetsvurdering av hensynene bak bestemmelsen at regulerte foretak bør ha en slik adgang. EBA skriver i retningslinjene punkt 5 at:

«5.1 Competent authorities should take into account that payment service providers as referred to in Article 1 of PSD2 and electronic money issuers can provide services based on specific payment instruments that can be used only in a limited way, provided that the requirements under Article 3(k) of PSD2 and these Guidelines are met.

5.2. Competent authorities should ensure that in the cases where payment service providers or electronic money issuers also provide services under Article 3(k) of PSD2, these entities distinguish the regulated payment services/electronic money from the services excluded under Article 3(k) of PSD2 in a clear and easily recognisable way, including through the provision of a specific visual manifestation.

5.3. Competent authorities should ensure that payment service providers and electronic money issuers inform the user of the specific payment instrument in a simple and clear way that the provided services are not regulated and supervised, and that users do not benefit from the protection for payment service users under PSD2.

5.4. Where during the assessment of the notification referred to in Article 37(2) of PSD2, the competent authority arrives at the view that

- a) the distinction between the regulated payment services and/or electronic money and the services excluded under Article 3(k) of PSD2 is not sufficiently clear or appropriate, including the transparency of the communication with the users of the specific payment instrument set out in Guidelines 5.2 and 5.3, and/or*
- b) the services excluded under Article 3(k) of PSD2 are likely to impair either the financial soundness of the payment service provider/electronic money issuer or the ability of the competent authority to monitor compliance with the legal requirements in PSD2 and/or EMD2,*

the competent authority should take supervisory actions accordingly.»

Finanstilsynet har gitt tilbakemelding til EBA om at Finanstilsynet delvis vil etterleve retningslinjene, med unntak av punkt 5 som gjelder regulerte foretaks adgang til å drive begrenset nettverk uten at denne delen av betalingstjenestevirksomheten er underlagt kravene i regelverket.

I brev 12. oktober 2022 til Finansdepartementet ga Finanstilsynet en nærmere beskrivelse av retningslinjenes punkt 5 og problemstillingen rundt at regulerte foretak yter tjenester som ikke er konsesjonspliktige, samt Finanstilsynets begrunnelse for ikke å følge retningslinjene på dette punktet. Begrunnelsen er i stor grad den samme som det som ligger til grunn for tilsynets vedtak overfor FBPIL og tilrådingen til Finansdepartementet.

I juni 2023 la EU-kommisjonen frem forslag til et nytt direktiv (PSD3) og en forordning (PSR) som samlet skal erstatte PSD2. Forslagene innebærer en viss innstramming av reglene om unntak for begrensede nettverk. Det er ikke foreslått presiseringer som har betydning for spørsmålet om konsesjonspliktige foretak har adgang til å benytte seg av unntaket om begrenset nettverk.

4 Finanstilsynets vedtak

I vedtak 8. desember 2021 vurderte Finanstilsynet at den innmeldte betalings-tjenestevirksomheten isolert sett kunne anses tilstrekkelig begrenset og funksjonelt tilknyttet kjøp av digitalt innhold i spill til at unntaket i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k kan komme til anvendelse. Finanstilsynet fant imidlertid grunn til å stille som vilkår for å registrere betalingstjenestevirksomheten unntatt fra konsesjonsplikt, at denne virksomheten ble skilt ut i en egen juridisk enhet.

Finanstilsynets vilkår var begrunnet med at formålet med finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k etter tilsynets vurdering er å unngå at virksomheter som tilbyr betalingstjenester av begrenset art, faller inn under konsesjonssystemet. Formålet er etter tilsynets vurdering ikke å åpne for at foretak med konsesjon, som FBPIL, skal kunne unntas reguleringen for deler av sin virksomhet.

Finanstilsynet påpeker at gjennom unntak for konsesjonsplikt unntas betalings-instrumenter fra vesentlige krav som skal verne forbrukere. Det er Finanstilsynets oppfatning at det vil være vanskelig for en forbruker å identifisere hvilke av foretakets betalingsinstrumenter det er knyttet fulle forbrukerrettigheter og sikkerhetskrav til, og hvilke betalingsinstrument som ikke har de samme rettigheter og krav. Videre mener Finanstilsynet at foretaket ikke i tilstrekkelig grad har redegjort for hvordan det skal sikres at forbrukere er oppmerksomme på denne forskjellen.

5 Klagers anførsler

Foretaket klaget på Finanstilsynets vedtak i brev av 22. desember 2021.

Klagen gjelder Finanstilsynets regelverksforståelse og vurdering av om konsesjonspliktige foretak har adgang til å benytte seg av unntaket for begrenset nettverk i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k.

Foretaket har i klagen anført at den aktuelle betalingstjenestevirksomheten oppfyller vilkårene for unntak i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 2. Foretaket anmodet derfor om at Finanstilsynets vedtak oppheves, og at foretaket og dets betalingsvirksomhet registreres etter finansforetaksforskriften § 1-9.

Klagen er begrunnet i foretakets tolkning av ordlyden i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k. FBPIL viser her til at «tjenester» må være utgangspunktet for de vurderinger som omfattes av unntaket fra konsesjonsplikt, og ikke om et foretak er regulert eller ikke. Foretaket anfører at verken lovforarbeidene eller PSD2 artikkel 3 bokstav k utelukker at unntaket kan omfatte et finansforetak som driver annen konsesjonspliktig betalingstjenestevirksomhet. Når det gjelder forbrukervern, kan ikke FBPIL se hvordan brukere av spillkonto kan forveksle med, eller anta at tjenesten er knyttet til, foretakets regulerte betalings- eller e-pengevirksomhet.

Foretaket mener videre at Finanstilsynets fastsatte vilkår for unntaket ikke har tilstrekkelig hjemmel.

Videre anfører FBPIL at Finanstilsynets vurdering av unntaket er i strid med praksis i andre europeiske stater. Foretaket viser bl.a. til at FBPIL er registrert med unntak etter tilsvarende unntaksbestemmelse som finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k i Irland, Hellas og Sverige. I meldingen av 15. juni 2021 har foretaket i tillegg vedlagt en matrise med oversikt over innsendte notifikasjoner om unntak, og en liste over stater der søknaden er godkjent eller ansett som godkjent.

6 Finanstilsynets vurdering av klagen og tilrådning til departementet

Finanstilsynet tilrår i brev 12. oktober 2022 til departementet at vedtaket stadfestes. Finanstilsynet skriver:

«Hovedspørsmålet som saken reiser, er om virksomheter underlagt konsesjonssystemet kan omfattes av unntak i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k, og eventuelt hvilke begrensninger, som bør foreligge, dersom unntak fra konsesjonsplikt tildeles denne type virksomheter.

Finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 2 unntar følgende tjenester fra finansforetaksloven:

‘tjenester basert på spesifikke betalingsinstrumenter, som bare kan benyttes i begrenset omfang, og som:

kun kan benyttes til å kjøpe et meget begrenset utvalg av varer eller tjenester’

Unntakene i finansforetaksforskriften § 1-7 er derfor av vesentlig betydning for hvilke krav virksomheten er underlagt.

Finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 1 og nr. 2 gjennomfører PSD 2 artikkel 3 bokstav k punkt i og punkt ii. Unntakene fremgikk også av PSD 1, men har fått endret ordlyd under PSD 2 og er tilsiktet snevret inn. Finanstilsynet har lagt til grunn at formålet med unntakene i finansforetaksforskriften § 1-7 er å unngå at virksomheter som tilbyr betalingstjenester av begrenset art faller inn under konsesjonssystemet, ikke å åpne for at finansforetak skal unntas finansreguleringen for deler av sin virksomhet.

Etter Finanstilsynets forståelse tilsier forretningsmodellen for spill-konto at FBPIL omsetter spill-innhold på vegne av spill-tilbydere. Foretakets plattform er således en kanal, eller markeds plass som stilles til disposisjon for brukere som ønsker å spille online, og for spill-tilbydere som ønsker å promotere spill og selge spill-innhold til brukere. Foretaket angir at forretningsavtaler er etablert med spill-tilbydere; herunder avtaler som bl.a. regulerer krav ifm. implementering av spill på plattformen, samt kriterier for overføring av midler som følge av brukernes kjøp av spill-innhold. Gitt de nevnte rammene for spill-konto, oppfatter Finanstilsynet foretaket som profesjonell utsteder (‘professional issuer’) for tjenesten og i partsforholdet med spill-tilbydere, ref. PSD2, artikkel 3 k.

Fra et brukerperspektiv foreligger det etter Finanstilsynets syn ikke noen klare skillelinjer mellom foretakets konsesjonspliktige virksomhet og for de tjenester som eventuelt er tenkt å omfatte et unntak fra konsesjonsplikt. Finanstilsynet anser derfor at et unntak vil kunne bidra til å forringe muligheten til å etterprøve om foretaket oppfyller sine forpliktelser i henhold til direktivet.»

Om EBAs retningslinjer skriver Finanstilsynet:

«I klagen viser FBPIL til at EBA i sitt høringsnotat har gitt til kjenne at også regulerte virksomheter kan tildeles unntak fra konsesjonsplikt. Finanstilsynet er kjent med at EBA har lagt til grunn en tilsvarende vurdering i de gjeldende retningslinjene (EBA/GL/2022/02) publisert 24. februar 2022. Finanstilsynet har meddelt EBA at det har til hensikt å følge retningslinjene, med unntak av punkt 5 i retningslinjen som gjelder unntak for regulerte foretak. Finanstilsynet har varslet EBA at Finanstilsynets praksis er påklaget og prøves av Finansdepartementet.

Finanstilsynet vil understreke at ett av ankepunktene for unntak som kunne omfatte regulerte virksomheter, og som også er adressert i den endelige versjonen av retnings-

linjene var begrunnet i brukerhensyn (særlig forbrukerhensyn). Dette forholdet er reflektert i EBA's retningslinjer punkt 5.3 som sier følgende:

'Competent authorities should ensure that payment service providers and electronic money issuers inform the user of the specific payment instrument in a simple and clear way that the provided services are not regulated and supervised, and that users do not benefit from the protection for payment service users under PSD2.'

Fra EBAs retningslinjer punkt 5.3 fremgår det videre at:

'Competent authorities should ensure that payment service providers and electronic money issuers inform the user of the specific payment instrument in a simple and clear way that the provided services are not regulated and supervised, and that users do not benefit from the protection for payment service users under PSD2'.»

Finanstilsynet gjør så en konkret vurdering av om FBPI i tilstrekkelig grad har sørget for at forbrukerne er oppmerksomme på forskjellen ved et unntak fra konsesjonsplikt for spillkonto:

«Finanstilsynet registrerer at en nettside med eget domene er opprettet for utviklere av spill, men fra nettsidene [...] fremgår det imidlertid at Facebooks egen logo/domene benyttes der brukerne tilbys spill. I tråd med EBA's uttalelser i guideline analysis om: 'a visual manifestation may, inter alia, cover various features, such as a brand of the limited network, a logo, product name, symbol, trademark and others,' oppfatter Finanstilsynet at det vil kunne være vanskelig for en forbruker å identifisere hvilke av foretakets betalingsinstrumenter det er knyttet fulle forbrukerrettigheter og sikkerhetskrav til og hvilke som ikke er omfattet. Det bemerkes at på foretakets hjelpesider, og under overskriften 'Hvilke betalingsmåter kan jeg bruke i spill på Facebook?' oppgis 80 betalingsmåter; herunder MasterCard, Visa, Amex samt PayPal, mobil, spillkort og en rekke ulike lokale betalingsmåter [...].

Finanstilsynet kan på bakgrunn av dette ikke se at foretaket i tilstrekkelig grad har redegjort for hvordan det skal sikres at forbrukere er oppmerksomme på forskjellen ved et unntak fra konsesjonsplikt for spill-konto.»

Finanstilsynet viser så til at EBAs retningslinjer punkt 5.4 omhandler hvilke tiltak som kan iverksettes av tilsynsmyndighetene ved eventuelle tvilstilfeller. Finanstilsynet viser til kommentar 102 til retningslinjene, som sier at:

«The EBA would like to clarify that Guideline 5.4 envisages the possibility for CAs to take supervisory actions. CAs have discretion to decide on the exact actions to be taken. Separation of the excluded services into another legal entity is just one example of actions that may be taken.»

Finanstilsynet viser også til finansforetakslovens formålsbestemmelse og virksomhetsbegrensningene i finansforetaksloven § 13-1. Tilsynet viser videre til PSD2 artikkel 11 punkt nr. 5:

«Når et betalingsforetak tilbyr en av de betalingstjenester, som er omhandlet i punkt 1-7 i bilag I, og samtidig utøver andre forretningsaktiviteter, kan de kompetente myndigheter kreve, at det opprettes en særskilt enhet for betalingstjenestevirksomheten, hvis de av betalingsforetakets, som ikke er betalingstjenester, forringer eller vil kunne forringe enten betalingsforetakets soliditet eller de kompetente myndigheters mulighet for å føre tilsyn med, om betalingsforetaket oppfyller alle forpliktelser i dette direktiv.»

Finanstilsynet påpeker at formålet med innskrenkningen av unntaket for begrenset nettverk, i tillegg til brukerhensyn, også begrunnes med konkurransehensyn, og viser til Prop. 110 L (2017-2018) side 29 og PSD2 fortalens avsnitt 13. Tilsynet skriver:

«Som det fremgår av nevnte forarbeid, var et av formålene med å innskrenke unntaket å 'begrense klare ulemper for regulerte markedsaktører.' Finanstilsynet merker seg at lovgivers forståelse også synes å være at regulerte markedsaktører, herunder foretak underlagt konsesjonssystemet, ikke omfattes av unntaket for begrenset nettverk. Innskrenkningen av unntaket ble begrunnet nettopp av hensyn til ulempene for slike konkurrerende, regulerte markedsaktører. I tillegg var formålet med innskrenkningen av unntaket å begrense risiko og manglende rettslig beskyttelse for brukerne. Finanstilsynets vurdering er at dersom foretak underlagt konsesjonssystemet skal omfattes av unntaket, vil det kunne få uheldige konsekvenser for brukerne, og særlig forbrukere. Brukerhensyn taler for at brukerne lett skal kunne sette seg inn i hva slags type virksomhet foretaket driver, herunder hva slags regulatorisk rammeverk som gjelder.

Hvis foretak skal kunne omgå det regulatoriske rammeverket for deler av virksomheten gjennom unntak for begrenset nettverk, eller vareutvalg kan brukerne misvisende tro at rammeverket gjelder hele virksomheten. Videre kan volumet og verdien av begrensede nettverk øke betraktelig dersom flere finansforetak benytter seg av en slik mulighet for unntak, hvilket var nettopp det innskrenkningen av unntaket skulle avverge slik det fremgår av fortalen til PSD2, avsnitt 13.

Foretaket har til meldingen av 15. juni 2021 oppgitt en oversikt på innsendte notifikasjoner om unntak, herunder lagt ved en liste over stater der søknaden er godkjent eller 'ansett som godkjent.' Basert på EBAs Payment Institutions Register fremgår det at det kun er et fåtall av stater som har registrert unntak for begrenset nettverk etter PSD 2 artikkel 3 (k) for regulerte finansforetak. Det noteres at foretaket f.o.m. 1. juni 2018 og fram til i dag er registrert med unntak i Irland, Hellas og Sverige.»

Finanstilsynets vurdering er etter dette fortsatt at betalingsvirksomheten oppfyller vilkårene for unntak etter finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 2, under forutsetning av at FBPIL oppretter en egen norsk juridisk enhet for de unntatte tjenestene.

7. Foretakets merknader til Finanstilsynets tilrådning

I brev 7. desember 2023 fastholder klager sine anførsler, og kommer med enkelte utdypende kommentarer om Finanstilsynets tilrådning. Det uttales blant annet:

«Slik vi forstår Tilrådommen er det Finanstilsynets oppfatning at unntaket fra konsesjonsplikt i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k ikke er anvendelig for foretak som også utøver konsesjonspliktig virksomhet. Ordlyden i § 1-7 bokstav k tilsier ikke en slik tolkning, og Finanstilsynet mener med andre ord at ordlyden skal tolkes innskrenkende.

En slik innskrenkende tolkning krever nærmere holdepunkter i andre rettskilder, og det må kreves klare holdepunkter for å komme frem til et tolkningsresultat som begrenser private parter handlefrihet sammenlignet med det som følger av ordlyden. Normalt vil lovgivers intensjon bak bestemmelsen slik denne fremkommer av øvrige lovbestemmelser, lovforarbeider mv. være et sentralt moment når man vurderer om en lovtekst skal tolkes innskrenkende, jf. Høyesteretts uttalelser i Rt. 1995 s. 1333.»

Om forståelsen av PSD2 artikkel 3 bokstav k skriver klager:

«Finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k) er den norske gjennomføringen av artikkel 3 bokstav k i det andre betalingstjenestedirektivet (Direktiv (EU) 2015/2366) («PSD2»). PSD2 er inntatt i EØS-avtalen og Norge er dermed forpliktet til å gjennomføre direktivet i tråd med dets intensjon. Forarbeidene til den norske gjennomføringen av de offentlig-rettslige reglene i PSD2 gir ingen holdepunkter for at lovgiver har ment å fravike eller innskrenke rekkevidden av noen av bestemmelsene i PSD2 ved innføring av direktivet i Norge. Tvert imot understrekes det i forarbeidene at PSD2 er et fullharmoniseringsdirektiv hvor det ikke er adgang til å beholde eller innføre andre bestemmelser enn de som følger av direktivet. Det står ingen ting i forarbeidene som tilsier at lovgiver har ment å gi finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k en annen eller snevrere rekkevidde enn PSD2 artikkel 3 bokstav k. I tråd med presumsjonsprinsippet må det derfor legges til grunn at norsk rett fullt ut samsvarer med PSD2 når det gjelder tolkningen av denne bestemmelsen.»

Klager mener at verken ordlyden i artikkel 3 bokstav k, direktivets øvrige artikler eller fortalen kan forstås slik at artikkel 3 bokstav k skal tolkes innskrenkende, slik at regulerte foretak ikke kan benytte unntaket fra konsesjonsplikt for tjenestene som fremkommer av bestemmelsen. Klager mener at Finanstilsynets henvisning til PSD2 artikkel 11 punkt nr. 5 heller ikke er relevant.

Om EBAs retningslinjer skriver klager:

«Som Finanstilsynet også påpeker, har EUs banktilsyn, EBA, publisert offisielle retningslinjer om forståelsen av unntaket for 'begrenset nettverk' i PSD2 artikkel 3 bokstav k. Slike 'Guidelines' skal tillegges stor vekt i fortolkningen av fullharmoniserte EU-regler, og Norge har som kjent innlemmet EBA-forordningen (1093/2010) i norsk rett gjennom § 1 i lov om EØS-finanstilsyn av 16. juni 2016 nr. 30. Forordningens artikkel 16 bestemmer at myndigheter og foretak 'shall make every effort to comply' med retningslinjer utstedt av EBA. Det skal altså svært gode grunner til for at Norge skal kunne rettferdiggjøre en lovtolkning og en forvaltningspraksis som avviker fra synspunktene til EBA på et fullharmonisert rettsområde som PSD2.

Punkt 5 i EBAs Guidelines omtaler regulerte foretaks bruk av unntaket i PSD2 artikkel 3 bokstav k. Her slår EBA fast at unntaket for begrenset nettverk kan benyttes av regulerte foretak, se punkt 5.1 i Guidelines som gjengitt under:

“Competent authorities should take into account that payment service providers as referred to in Article 1 of PSD2 and electronic money issuers can provide services based on specific payment instruments that can be used only in a limited way, provided that the requirements under Article 3(k) of PSD2 and these Guidelines are met.”

Punkt 5.2 og 5.3 i Guidelines presiserer behovet for at slike foretak tydelig skiller mellom regulerte og uregulerte tjenester og opplyser forbrukerne om at uregulerte tjenester ikke er underlagt tilsyn og de øvrige beskyttelsesmekanismene under PSD2.

I punkt 5.4 sies det at kompetente myndigheter som etter en konkret vurdering har kommet til at et regulert foretaks bruk av unntaket ikke er tydelig nok separert og/eller kommunisert til kundene, eller at det for øvrig vil øke den finansielle risikoen eller mulighet for tilsyn med foretaket, skal ta ‘supervisory actions accordingly’. Hva som ligger i dette, er opp til hver enkelt myndighet å vurdere. I det første utkastet til EBA Guidelines som ble publisert 15. juli 2021, står det på side 17 at slike ‘supervisory actions’ kan omfatte et krav om å opprette en egen juridisk enhet for den uregulerte virksomheten. Men dette kan bare skje etter en konkret vurdering av det enkelte tilfelle, og gir ikke myndighetene hjemmel til å oppstille en fast regel om at regulerte foretak alltid må opprette separate foretak for å benytte seg av unntaket.»

Klager understreker at EBA har vurdert spørsmålet om regulerte foretak skal kunne benytte seg av unntaket for begrenset nettverk i PSD2 art. 3 bokstav k, og at EBA etter en avveining av fordelene og ulempene ved alternativene kom til at regulerte foretak bør kunne benytte seg av unntakshjemmelen i bokstav k.

Klager mener derfor at det ikke er grunnlag for Finanstilsynets fortolkning av PSD2 artikkel 2 bokstav k som gjennomført i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k. Klager fastholder at Finanstilsynets vedtak av 8. desember 2021 må oppheves.

8 Departementets vurdering

8.1 Innledning

Saken reiser to hovedspørsmål. Det første er om et e-pengeforetak underlagt konsesjonssystemet (konsesjonspliktig foretak) kan omfattes av unntak i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k. Dersom dette besvares bekreftende, blir det andre hovedspørsmålet hvilke vilkår som kan fastsettes for at et konsesjonspliktig foretak får tilby tjenester etter unntaket. Departementet vil behandle spørsmålene i denne rekkefølgen.

8.2 Omfattes et konsesjonspliktig e-pengeforetak av unntaket?

8.2.1 Innledning

FBPIL har i brev 5. juni 2021 meldt fra om at de aktuelle betalingstjenestene kun kan benyttes til å kjøpe et meget begrenset utvalg av varer eller tjenester, og at tjenestene dermed faller inn under unntaket i § 1-7 bokstav k nr. 2. Finanstilsynet er enig i at betalingstjenestevirksomheten isolert sett kan anses tilstrekkelig begrenset og funksjonelt tilknyttet kjøp av digitalt innhold i spill, slik at § 1-7 bokstav k nr. 2 er oppfylt. Departementet har ikke funnet grunn til å overprøve denne vurderingen.

Spørsmålet blir dermed om unntaket i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k må forstås slik at tjenester som ytes av foretak som har konsesjon til å yte betalings-tjenester som e-pengeforetak, ikke kan omfattes av unntaket for begrenset nettverk.

8.2.2 Ordlyden

Etter ordlyden i bestemmelsen er det «tjenester» som på visse vilkår kan være unntatt regelverket. Tolker man ordlyden «tjenester» isolert, fremstår det som at det er den ytelse som tilbys, som avgjør om den aktuelle tjenesten er konsesjonspliktig eller ikke. Bestemmelsen nevner ikke om unntaket ikke skal gjelde for betalings-tjenestetilbydere som allerede driver med konsesjonspliktig virksomhet. At bestemmelsen retter seg mot *tjenesten* som tilbys, støttes av overskriften til § 1-7 som angir unntak for «visse typer betalingstjenester».

Finanstilsynet har som nevnt lagt til grunn at unntaket i § 1-7 bokstav k må forstås slik at konsesjonspliktige foretak ikke omfattes. Fordi en slik avgrensning av hvilke foretak som kan omfattes av unntaket, ikke fremkommer av ordlyden, vil dette kunne anses som en innskrenkende tolkning av bestemmelsen. Departementet mener like fullt at det ved tolkningen av bestemmelsen kan ses hen til forholdet mellom den konsesjonspliktige virksomheten og virksomhet unntatt konsesjon, herunder hensynene som fremgår av fortalen til PSD2.

8.2.4 Bakgrunnen for unntaket

Unntaket for begrenset nettverk i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k er en gjennomføring av PSD2 artikkel 3 bokstav k. Den aktuelle bestemmelsen i direktivet fikk noe endret ordlyd sammenlignet med PSD1. Verken PSD1 eller PSD2 angir hvorvidt bestemmelsen bare gjelder for ikke-konsesjonspliktige eller også omfatter konsesjonspliktige foretak. Om endringen av ordlyden i PSD artikkel 3 bokstav k skriver departementet i Prop. 110 L (2017-2018) på side 33 blant annet at «*PSD 2 artikkel 3 bokstav k angir tre typer unntak og at de to første kategoriene har fått en mer presis ordlyd sammenlignet med første betalingstjenestedirektiv*». Forarbeidene nevner ikke noe om konsesjonspliktige foretak kan tilby tjenester som omfattes av unntaket.

I fortalen til PSD2 punkt 13 uttales det om unntaket for begrenset nettverk at:

«Feedback from the market shows that the payment activities covered by the limited network exclusion often comprise significant payment volumes and values and offer to consumers hundreds or thousands of different products and services. That does not fit the purpose of the limited network exclusion as provided for in Directive 2007/64/EC and implies greater risks and no legal protection for payment service users, in particular consumers, and clear disadvantages for regulated market actors.»

Finanstilsynet har i brev 12. oktober 2022 til Finansdepartementet om EBAs retningslinjer tolket denne uttalelsen slik:

«Som det fremgår av det siterte, var et av formålene med innskrenkningen av unntaket å begrense klare ulemper for regulerte markedsaktører. Finanstilsynet har lagt til grunn at dette innebærer at regulerte foretak ikke omfattes av unntaket for begrenset nettverk. Innskrenkningen av unntaket ble begrunnet nettopp av hensyn til ulempene for slike konkurrerende, regulerte markedsaktører.»

Departementet er enig med Finanstilsynet i at uttalelsen i fortalen gir uttrykk for at det var behov for innskrenking av bestemmelsen. Departementet mener imidlertid ikke at det kan leses fra punktet i fortalen at innskrenkingen skulle innebære at konsesjonspliktige foretak helt generelt ikke omfattes av unntaket. Departementet viser til at det siterte fra fortalen etterfølges av:

*«**To help limit those risks** it should not be possible to use the same instrument to make payment transactions to acquire goods and services within more than one limited network or to acquire an unlimited range of goods and services. A payment instrument should be considered to be used within such a limited network if it can be used only in the following circumstances: first, ...» (departementets utheving).*

Videre listes de tre alternative situasjonene i artikkel 3 bokstav k opp. Departementet forstår uttalelsen i fortalen punkt 13 slik at innstramming skulle skje ved å oppstille nærmere vilkår om hvilke tjenester som utgjør et «begrenset nettverk» og et «begrenset utvalg varer og tjenester». Fortalen til PSD2 gir dermed etter departementets vurdering ikke grunnlag for en så innskrenkende tolkning av finansforskriften § 1-7 bokstav k at tjenester som tilbys av et konsesjonspliktig foretak, helt generelt ikke kan oppfylle vilkårene for unntak.

EBAs retningslinjer er relevante for å vurdere om finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k kan tolkes innskrenkende, jf. EBA-forordningen artikkel 16. I retningslinjene i EBA/GL/2022/02 punkt 5.1 viser EBA til at regulerte foretak kan benytte seg av unntaket for begrenset nettverk i PSD2 artikkel 3 bokstav k. Deretter følger punkter om hvordan tilsynsmyndighetene bør sikre at dette i tilfelle skjer på en forsvarlig måte. Dette omtales nærmere i punkt 8.3 nedenfor.

8.2.5 Konklusjon

Etter en gjennomgang av rettskildene er departementet kommet til at det ikke er grunnlag for å tolke finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k slik at et konsesjonspliktig e-pengeforetak helt generelt ikke kan omfattes av unntaket for begrenset nettverk.

8.3 Kan Finanstilsynet stille vilkår om separat juridisk enhet?

Gitt at departementet er kommet til at et konsesjonspliktig e-pengeforetak også kan yte ikke-konsesjonspliktige tjenester, er spørsmålet hvilke vilkår Finanstilsynet ev. kan stille for dette. Som Finanstilsynet har pekt på, er det uheldig om de regulerte og uregulerte tjenestene ikke skilles tydelig nok fra hverandre, slik at det gis et feilaktig bilde overfor forbrukerne om hvilket regelverk de forholder seg til. EBA anbefaler i sine retningslinjer at tilsynsmyndighetene i slike tilfeller sikrer at foretaket skiller tjenestene på en klar og gjenkjennelig måte, og at de informerer sine brukere på en enkel og klar måte om at tjenestene er uregulerte, og at brukerne dermed ikke har det vernet som gjelder for betalingstjenester etter PSD2. Dersom tilsynsmyndigheten mener at tjenestene ikke skilles tydelig nok fra hverandre, eller at de uregulerte tjenestene kan svekke foretakets økonomi eller tilsynsmyndighetens evne til å overvåke etterlevelsen av regelverket, anbefaler EBA at tilsynsmyndigheten treffer tiltak, og har nevnt vilkår om separat juridisk enhet som et eksempel på et slikt tiltak.

I Finanstilsynets vedtak 8. desember 2021 skriver tilsynet at:

«(...) a prerequisite for registration in accordance with the Financial Undertakings Regulation article 1-9 is that Finanstilsynet will require FBPI the establishment of a separate legal entity for the excluded services.»

Finanstilsynet angir ikke spesifikt et hjemmelsgrunnlag for vilkårsfastsettelsen.

Hovedregelen i norsk rett er at plikter ikke kan pålegges private uten hjemmel i lov eller etter annet kompetansegrunnlag. Et slikt kompetansegrunnlag kan for eksempel være den ulovfestede vilkårs læren som følger av rettspraksis. Etter rettspraksis er det anerkjent en viss adgang til å fastsette vilkår ved *begunstigende vedtak*. Hvor langt forvaltningen kan gå i å sette inngripende betingelser ved et *begunstigende vedtak* vil her bero på en konkret fortolkning av lovens ordlyd, formål og forarbeider, jf. Rt. 2003 s. 764 (avsnitt 60).

Verken finansforetaksforskriften § 1-8 eller § 1-9 gir direkte hjemmel for å fastsette vilkår for registrering av den ikke-konsesjonspliktige virksomheten, og det må derfor finnes et annet hjemmelsgrunnlag som gjør vilkåret gyldig. Etter finansforetaksforskriften § 1-9 skal Finanstilsynet registrere foretak som har gitt melding etter § 1-8, «dersom forutsetningene for unntak er oppfylt». Etter ordlyden har Finanstilsynet ikke rom for å utøve forvaltningsskjønn i vurderingen av om de innmeldte betalings-

tjenester skal registreres eller ikke så lenge vilkårene i § 1-7 er oppfylt. Det er altså ikke snakk om et begunstigende vedtak, og den ulovfestede vilkårs læren kan dermed ikke fungere som vilkårshjemmel i dette tilfellet.

9 VEDTAK

Departementet har kommet til at Finanstilsynets vedtak oppheves.

Klagen tas etter dette til følge.

Klageren kan innen tre uker fremsette krav om dekning av sakskostnader, jf. forvaltningsloven § 36. Kravet fremsettes for Finansdepartementet.

Med hilsen

Geir Åvitsland (e.f.)
ekspedisjonssjef

Marius Østli
avdelingsdirektør

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer

Gjenpart: Finanstilsynet