

Advokatfirmaet Grette AS

Deres ref

Vår ref
21/6169-

Dato
18. mars 2025

Vedtak i klagesak - finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr.1

1. Innledning

Finansdepartementet viser til klage 3. september 2021 fra Amfi Drift AS («foretaket» eller «Amfi Drift») over vedtak fattet av Finanstilsynet 11. august 2021 («vedtaket»). I vedtaket kom Finanstilsynet frem til at betalingsinstrumentet beskrevet i meldingen fra foretaket 5. juli 2021 («meldingen») ikke var unntatt konsesjonsplikten etter finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 1. Finanstilsynet avsto i vedtaket å registrere foretaket og betalingsinstrumentet etter finansforetaksforskriften § 1-9.

Amfi Drift, representert ved Advokatfirmaet Grette AS, påklaget vedtaket 3. september 2021. Finansdepartementet finner at vilkårene for å behandle klagen er til stede, jf. forvaltningsloven §§ 29 til 33.

2. Sakens bakgrunn

Amfi Drift er et foretak i Olav Thon Gruppen AS («Thon Gruppen»), der foretaket har et drifts- og forvaltningsansvar for blant annet 70 hoteller og 82 kjøpesentre i Norge. Thon Gruppen eies av Olav Thon Stiftelsen, og konsernets kjernevirksomhet er i hovedsak rettet inn mot eiendom og hotell.

Betalingsinstrumentet i meldingen fra Amfi Drift omhandler et fysisk gavekort («dittgavekort.no» eller «gavekortet») som kan brukes ved samtlige kjøpesentre og hoteller tilknyttet Thon Gruppen, inkludert restauranter på disse hotellene. Gavekortet kan lades opp én gang med verdibeløp fra 100 til 5 000 kroner. Det tekniske gavekortsystemet er levert av Nets.

Finanstilsynet avsto i vedtaket å registrere foretaket og betalingsinstrumentet etter finansforetaksforskriften § 1-9, fordi tilsynet kom frem til at gavekortet ikke er omfattet av unntaket i § 1-7 bokstav k nr. 1.

3. Rettslig grunnlag

Lov 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven) § 2-3 regulerer konsesjonsplikt for den som utfører betalingstjenester. Hva som regnes som betalingstjenester, er nærmere angitt i lov 18. desember 2020 nr. 146 om finansavtaler (finansavtaleloven) § 1-5. Etter finansavtaleloven § 1-5 første ledd bokstav e omfattes «utstedelse av betalingsinstrumenter og innløsning av betalingstransaksjoner» av definisjonen av «betalingstjeneste». Virksomhet som e-pengeforetak er en særskilt regulert betalingstjeneste.

Finansforetaksloven § 2-4 regulerer konsesjonsplikt for å utstede elektroniske penger. Første og annet ledd lyder:

«§ 2-4. Utstedelse av elektroniske penger

(1) Elektroniske penger kan bare utstedes av banker, kredittforetak og e-pengeforetak og av finansieringsforetak som etter denne loven har tillatelse til å drive slik virksomhet her i riket. Elektroniske penger kan også utstedes av utenlandske kredittinstitusjoner og e-pengeforetak som etter denne loven har adgang til å drive slik virksomhet her i riket.

(2) Med elektroniske penger menes 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.»

Finansforetaksforskriften angir i § 1-7 en rekke betalingstjenester som finansforetaksloven ikke gjelder for. Ett av unntakene fremgår av § 1-7 bokstav k nr. 1, som fastslår at finansforetaksloven ikke gjelder for:

«tjenester basert på spesifikke betalingsinstrumenter, som bare kan benyttes i begrenset omfang, og som» «gir innehaveren mulighet for å kjøpe varer eller tjenester kun [...] innenfor et begrenset nett av tjenestetilbydere i henhold til en forretningsavtale inngått direkte med en profesjonell utsteder».

Det gjelder en meldeplikt for foretak som driver virksomhet som nevnt i bokstav k nr. 1 og nr. 2. Etter finansforetaksforskriften § 1-9 skal Finanstilsynet registrere foretak som har gitt melding etter § 1-8, dersom forutsetningene for unntak er oppfylt.

4. Finanstilsynets vedtak

Finanstilsynet fattet 11. august 2021 vedtak om ikke å registrere Amfi Drift etter finansforetaksforskriften § 1-9. Finanstilsynets vedtak om at betalingsinstrumentet faller

utenfor unntaket i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 1, bygger på at gavekortet ikke retter seg mot et «begrenset nett av tjenestetilbydere». Dette er begrunnet med at hvert enkelt kjøpesenter er å anse som ett forretningsmessig nettverk alene, mens gavekortet kan anvendes i flere kjøpesentre og hoteller under Thon Gruppen.

Finanstilsynet har i vedtaket vist til at praktiseringen av unntaket var tilsiktet innsnevret ved innføringen av det andre betalingstjenestedirektivet, direktiv 2015/2366 («PSD2»). Dette fremgår av direktivets forale punkt 13 og Prop. 110 L (2017-2018). Finanstilsynet peker videre på at det må foreligge reelle begrensninger på hvilke brukersteder som vil kunne tilknytte seg nettverket for at unntaket skal komme til anvendelse. Når gavekortet kan benyttes ved flere kjøpesentre og hoteller under Thon Gruppen uavhengig av om antall tilbydere under dem økes, mener Finanstilsynet at betalingsinstrumentet ikke retter seg mot et «begrenset nett av tjenestetilbydere».

Etter Finanstilsynets vurdering omfattes dermed ikke betalingsinstrumentet av unntaket i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 1.

5. Klagers anførsler og supplerende opplysninger

I klagen hevder foretaket prinsipalt at Finanstilsynets konklusjon bygger på en vurdering om at gavekortet er å anse som e-penger etter finansforetaksloven § 2-4, og at foretaket dermed driver konsesjonspliktig virksomhet. Amfi Drift mener at denne vurderingen er feil, og at Finanstilsynets vedtak dermed mangler hjemmel og er ugyldig etter forvaltningsloven § 41.

Foretaket viser til at Finanstilsynet i sitt vedtak ikke har tatt stilling til om vilkårene i finansforetaksloven § 2-4 er oppfylt, og peker også på at Finanstilsynet ikke har gitt noen begrunnelse for hvorfor de mener at gavekortet er å anse som e-penger. Departementet viser for øvrig til klagens punkt 2 for gjennomgang av foretakets syn på vilkårene i finansforetaksloven § 2-4.

I klagen hevder foretaket subsidiært at gavekortet retter seg mot et «begrenset nett av tjenestetilbydere» etter finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 1. Amfi Drift mener at Finanstilsynets forståelse av vilkåret innebærer en vesentlig endring av unntaket, selv om ordlyden i PSD2 nesten er uendret sammenlignet det første betalingstjenestedirektivet, direktiv 2007/64/EC («PSD1»). Etter foretakets syn støttes dette av at begge direktivenes fortaler inneholder en tilnærmet lik avgrensning av unntaket mot «general purpose instrumenter» og mot instrumenter som kan brukes for kjøp i en liste over butikker som stadig vekk vokser, se punkt 14 i fortalen til PSD2 og punkt 5 i fortalen til PSD1.

Foretaket mener at betalingsløsningen er knyttet til en spesifikk krets av butikker som ikke kan kategoriseres som en liste over butikker som stadig utvides. Amfi Drift begrunner dette med at gavekortet er begrenset både gjennom avtale og ved tekniske løsninger til kun å fungere i butikker som leier lokaler på kjøpesentre i Thon Gruppen. Det bemerkes fra foretaket at det heller ikke foreligger noe i ordlyden eller fortalen til de relevante direktivene som begrenser unntaket til kun å gjelde ett kjøpesenter.

Videre viser foretaket til høringsnotatet fra European Banking Authority (EBA), publisert den 15. juli 2021 (EBA/CP/2021/28). Notatet knytter seg til utarbeidelsen av felles retningslinjer for medlemsstatene i EU/ EØS om hvordan «limited network» i PSD2 art. 3 (k)(i) skal tolkes. Fra dette høringsnotatet gjengir foretaket eksempelet om at unntaket kommer til anvendelse for «A single shopping center containing different stores», se høringsnotatet side 11, punkt 25. Etter foretakets oppfatning er det ikke noe i høringsnotatet som skulle tilsi at ikke flere handlesentre kan inngå i et begrenset nettverk, så lenge de oppstilte kriteriene fra EBA for øvrig er oppfylt.

I tillegg mener foretaket at en vesentlig endring av etablert praksis uansett ikke bør skje før de endelige retningslinjene fra EBA er utarbeidet. Disse vil avklare forståelsen av det punktet i PSD2 som finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 1 gjennomfører.

6. Finanstilsynets vurdering av klagen og tilrådning

I oversendelsen av klagen til Finansdepartementet har Finanstilsynet vurdert klagen og funnet at det ikke er grunnlag for å omgjøre vedtaket.

Finanstilsynet tilbakeviser foretakets påstand om at vedtakets konklusjon bygger på en vurdering av at gavekortet er e-penger etter finansforetaksloven § 2-4, og at foretaket dermed anses som konsesjonspliktig virksomhet. Finanstilsynet viser til at tilsynet alltid foretar en avveining av om det foreligger en e-pengeløsning i tilfeller der et forhåndsbetalt kort meldes unntatt konsesjonsplikt, og der betalingsinstrumentets anvendelse og tekniske og/eller funksjonelle innretning fremstår uklar.

Finanstilsynet fremhever at betalingsinstrumentet også er vurdert opp mot kriteriene for e-penger. Årsaken til at Finanstilsynet ikke gikk videre med dette spørsmålet, var at tilsynet ikke hadde tilstrekkelig informasjon til å gjøre en vurdering av om kriteriene i finansforetaksloven § 2-4 var oppfylt.

Når det gjelder unntaket i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 1, fastholder Finanstilsynet sin opprinnelige vurdering i oversendelsen av klagen. Selv om ordlyden i de to direktivene har mange likhetstrekk, mener Finanstilsynet at tolkningsresultatet blir ulikt fordi PSD2 er understøttet med beskrivelser som forklarer og presiserer bakgrunnen for at en innsnevring anses nødvendig, se punkt 13 og 14 i fortalen til PSD2.

Finanstilsynet viser videre til EU-kommisjonens forarbeid ved utvikling av PSD1, og overgangen til PSD2, se COM(2013) 547 s. 10. Etter tilsynets syn viser dette en klar og entydig intensjon om innstramminger av unntaket. Dette presiseres ytterligere i fortalen til PSD2 punkt 13, og Prop. 110 L (2017-2018) s. 29.

Videre mener Finanstilsynet at foretaket synes å misforstå eksempelgivningen i EBA sitt høringsnotat om at ett enkelt handlesenter med forskjellige butikker kan unntas. Finanstilsynet støtter vurderingen fra EBA, men kan ikke se hvordan foretaket kan tolke dette

til at flere handlesentre kan unntas, utelukkende basert på at flere handlesentre ikke er oppgitt blant eksemplene, og såfremt kriteriene fra EBA støttes for øvrig.

Finanstilsynet kan ikke se at opplysningene i klagen er egnet til å endre vurderingen om at Amfi Drift og betalingsinstrumentet ikke oppfyller vilkårene for unntak etter finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 1.

Finanstilsynet tilrår i oversendelsen av klagen 8. desember 2021 at Finansdepartementet opprettholder Finanstilsynets vedtak av 11. august 2021.

7. Finansdepartementets vurdering

Det sentrale spørsmålet i saken er om virksomheten til Amfi Drift er unntatt fra finansforetakslovens virkeområde etter finansforetaksforskriften § 1-7 første ledd bokstav k nr. 1. På bakgrunn av Finanstilsynets oversendelse og opplysningene i saken tar Finansdepartementet ikke stilling til om foretaket utgjør en konsesjonspliktig e-pengevirksomhet etter finansforetaksloven § 2-4. Departementet legger til grunn at utstedelse av betalingsinstrumentet i alle tilfeller vil være konsesjonspliktig betalingstjenestevirksomhet etter finansforetaksloven § 2-3, med mindre noen av unntakene i forskriften kommer til anvendelse.

Etter finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 1 gjelder ikke finansforetaksloven for «tjenester basert på spesifikke betalingsinstrumenter, som bare kan benyttes i begrenset omfang, og som» «gir innehaveren mulighet til å kjøpe varer eller tjenester kun [...] innenfor et begrenset nett av tjenestetilbydere i henhold til en forretningsavtale inngått direkte med en profesjonell utsteder».

Spørsmålet i saken er om brukerstedene hvor gavekortet kan benyttes, utgjør et «begrenset nett av tjenestetilbydere», slik at unntaket i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 1 er oppfylt. Hva som er å anse som et «begrenset nett», er ikke nærmere definert i finansforetaksforskriften. Ordlyden tilsier at det må være tale om visse begrensninger på brukersteder som kan være tilknyttet nettverket.

Finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 1 gjennomfører PSD2 art. 3 (k)(i). Av PSD2 art. 3(k)(i) fremgår det at direktivet ikke gjelder «tjenester basert på særlige betalingsinstrumenter som kan brukes bare i begrenset omfang», og som i tillegg kan kategoriseres som «Instrumenter som setter innehaveren i stand til å erverve varer eller tjenester bare [...] i et begrenset nettverk av tjenesteytere som har en direkte forretningsavtale med en profesjonell utsteder». Direktivet presiserer at unntaket bare gjelder der det foreligger en direkte avtale mellom leverandøren(e) og en (profesjonell) utsteder. Krav om direkte avtale fulgte ikke av PSD1.

Foretaket viser til at ordlyden i PSD1 og PSD2 er tilnærmet lik, og anfører at det tilsier at det ikke er grunnlag for en innstramming i praktisering av unntaket.

Det fremgår av fortalen til PSD2 punkt 13 at tilbakemelding fra markedet viste at betalingsaktiviteter som omfattes av unntaket for begrensede nettverk, ofte står for betydelige betalingsvolumer og verdier og tilbyr forbrukere flere hundre eller tusen ulike produkter og tjenester. Fortalen punkt 13 angir videre at:

«Dette er i strid med formålet med unntaket for begrensede nettverk i henhold til direktiv 2007/64/EF og innebærer økt risiko og ikke noe rettslig vern for betalingstjenestebrukerne, særlig forbrukerne, samt klare ulemper for regulerte markedsdeltakere. For å bidra til å begrense disse risikoene bør det ikke være mulig å bruke samme instrument for å utføre betalingstransaksjoner for å kjøpe varer og tjenester i mer enn ett begrenset nettverk eller for å kjøpe et ubegrenset utvalg av varer og tjenester.»

Tilsvarende følger av EU-kommisjonens forarbeid ved avvikling av PSD1 og overgangen til PSD2 i COM(2013) 547 s. 10. Det fremstår klart for departementet at EU-kommisjonens intensjon med PSD2 var å stramme inn unntaksadgangen sammenlignet med det som var praksis etter PSD1, hvor unntaket var blitt tolket videre enn ment.

Departementet viser videre til at det i Prop. 110 L (2017-2018) s. 29 trekkes frem at unntaket har utviklet seg til å omfatte nettverk som tilbyr forbrukere forskjellige produkter og tjenester av betydelige verdier og volum, og at dette ikke var formålet med unntaket. Det «innebærer en større risiko og ingen rettslig beskyttelse for betalingstjenestebrukere, spesielt forbrukere, samt klare ulemper for regulerte markedsaktører». Både forbrukerhensyn og konkurransehensyn taler dermed for en strengere anvendelse av unntaket. En slik tolkning er i tråd med EBAs retningslinjer EBA/GL/2022/02 punkt 2.2 bokstav e, som nettopp fremhever risikoene som forbrukeren møter ved bruk av betalingsinstrumenter.

I likhet med Finanstilsynet finner departementet at fortalen til PSD2 og formålet bak unntaksreglene tilsier at unntaket for begrenset nett skal tolkes snevert.

Av fortalen til PSD2 punkt 14 følger det videre at betalingsinstrumenter som kan brukes «til kjøp i butikker oppført på en liste», heller ikke burde anses som «et begrenset nettverk av tjenestetilbydere», ettersom slike betalingsinstrumenter typisk er designet for «et nettverk av tjenestetilbydere som stadig vekk vokser». I EBAs oppsummering av retningslinjene trekkes det frem på s. 3 at «limited network» kan være «cards that can only be used in a particular chain of stores or a particular shopping centre».

Etter retningslinjene til EBA punkt 2.1 bokstav b, spiller «The envisaged maximum number of providers of goods and services» inn i vurderingen av om betalingsinstrumentet retter seg mot et begrenset nett av tjenestetilbydere, sammen med den geografiske spredningen av disse, jf. punkt 2.2 bokstav a. Det aktuelle gavekortet kan brukes på alle Thon Gruppens hoteller og kjøpesentre i Norge. Gavekortet retter seg altså mot et større antall tjenestetilbydere som holder til på et spredt geografisk område, noe som taler mot at betalingsinstrumentet gjelder innenfor «et begrenset nett av tjenestetilbydere». Finanstilsynet

har lagt til grunn at slik bruk kan omfatte betydelige verdier og generere store transaksjonsvolum. Departementet slutter seg til Finanstilsynets vurdering om at slike tilfeller ikke er ment å skulle omfattes av unntaket.

Fortalen til PSD2 punkt 13 understreker at et betalingsinstrument bør anses som brukt i et begrenset nettverk dersom det bare kan brukes ved kjøp av varer og tjenester hos en bestemt forhandler eller en bestemt butikkjede der de berørte foretak er direkte forbundet med hverandre gjennom en forretningsavtale som for eksempel foreskriver bruk av et felles betalingsvaremerke, og dette betalingsvaremerket brukes på utsalgsstedene og vises om mulig på betalingsinstrumentet som kan brukes der.

Når gavekortet kan brukes innenfor mange ulike butikker i forskjellige bransjer på tvers av kjøpesentre, slutter departementet seg til Finanstilsynets forståelse om at det ikke retter det seg mot «en bestemt forhandler eller en bestemt butikkjede» som nevnt i fortalen punkt 13. Gavekortet faller etter departementets vurdering ikke inn under unntaket i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k nr. 1.

8. Vedtak

Finansdepartementet har etter dette fattet følgende vedtak:

Klagen tas ikke til følge.

Dette vedtaket kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 (3).

Med hilsen

Geir Åvitsland (e.f.)
ekspedisjonssjef

Marius Østli
avdelingsdirektør

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer

Gjenpart: Finanstilsynet