



Finanstilsynet
Postboks 1187 Sentrum
0107 OSLO

Unntatt etter offentleglova Offl. §
13 1. ledd, jf. fvl. § 13 1. ledd nr. 2

Deres ref
15/4153

Vår ref
15/1903 -

Dato
22.03.2024

Klage på vedtak om stans av virksomhet

1. INNLEDNING OG SAKENS BAKGRUNN

Finansdepartementet viser til Finanstilsynets oversendelse 11. januar 2016 av klage på vedtak om stans av virksomhet, samt til senere korrespondanse i sakens anledning, senest brev fra advokatfirmaet Wiersholm AS på vegne av klager 1. desember 2021.

Finanstilsynet ba i brev 22. august 2012 Universal redegjøre for sin virksomhet etter dagjeldende regler om elektroniske penger (e-penger) i finansieringsvirksomhetsloven og e-pengeforskriften. Universal viste i brev 5. september 2012 til at spørsmålet hadde blitt behandlet av Kredittilsynet våren 2004, og at Kredittilsynet den gang konstaterte at virksomheten lå utenfor e-pengeforetaklovens virkeområde.

I brev 22. juli 2013 ba Finanstilsynet Universal søke konsesjon som e-pengeforetak etter finansieringsvirksomhetsloven § 4c-1, som følge av at Finanstilsynet anså Universal Presentkort AS for å utstede e-penger og drive konsesjonspliktig virksomhet. På vegne av Universal besvarte Advokatfirmaet Wiersholm Finanstilsynets brev 22. oktober 2013, og anførte at Universal ikke utsteder e-penger og dermed ikke var underlagt konsesjonsplikt.

Den 3. desember 2014 påla Finanstilsynet Universal å stanse virksomheten fra 1. juni 2015, med mindre virksomheten innen dette tidspunkt hadde fått tillatelse til å drive virksomhet som e-pengeforetak. Universal påklaget vedtaket 23. januar 2015 og ba om at klagen ble gitt oppsettende virkning. Finanstilsynet besluttet oppsettende virkning i brev 21. april 2015.

2. RETTSLIG GRUNNLAG

E-penger er definert i finansforetaksloven § 2-4 annet ledd, som viderefører definisjonen av e-penger i den tidligere finansieringsvirksomhetsloven § 4c-1 første ledd. Det følger av finansforetaksloven § 2-4 første ledd første punktum at e-penger som utgangspunkt bare kan utstedes av «banker, kredittforetak og e-pengeforetak og av finansieringsforetak som etter denne lov har tillatelse til å drive slik virksomhet her i riket».

Finansforetaksloven § 2-4 annet ledd lyder:

«(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»

Det er fire vilkår som må være oppfylt for at et produkt skal anses for å være e-penger. For det første må det være en «elektronisk lagret pengeverdi». For det andre må det være «representert ved en fordring på utstederen». For det tredje må det være «utstedt etter mottak av midler». For det fjerde må det være «anerkjent som betalingsmiddel av andre foretak enn utstederen».

E-pengedefinisjonen gjennomfører direktivet 2009/110/EF om adgang til å starte og utøve virksomhet som e-pengeforetak og om tilsyn med slik virksomhet. Regelverket har til hensikt å skape en klar juridisk ramme for elektroniske betalingsinstrumenter, med sikte på å styrke det indre markedet, like konkurransevilkår og samtidig sikre tilfredsstillende tilsyn. Direktivet fastsetter blant annet virksomhetsregler og krav til forbrukerbeskyttelse, som likeledes er gjennomført i norsk rett.

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».

I den utstrekning virksomheten faller inn under unntaket, vil det heller ikke være å anse som konsesjonspliktig e-pengevirksomhet.

3. KLAGERS ANFØRSLER

Universal anfører at foretaket utsteder et «gavesurrogat» som faller utenfor lovens virkeområde. Universal utsteder etter klagers syn ikke e-penger fordi gavekortene:

- Ikke representerer en fordring på utsteder (jf. brev 1.12.2021 avsnitt 2.3) og
- Ikke er mottatt *etter* mottak av midler (jf. brev 1.12.2021 avsnitt 2.3).

Videre anfører klager at vedtaket er inngripende, og under henvisning til legalitetsprinsippets krav til lovhjemmel kan det derfor etter klagers syn ikke legges til grunn en utvidende fortolkning av definisjonen. Klager viser til at norsk lovgivning om e-penger gjennomfører

EØS-regler som svarer til direktiv 2009/110/EF, og at direktivet er et fullharmoniseringsdirektiv som skal fortolkes konformt.

Klager anfører i tillegg reelle hensyn, og viser til at et vedtak om konsesjonsplikt i realiteten innebærer at foretaket må legge ned virksomheten.

Departementet viser for øvrig til klage 23. januar 2015, merknader til Finanstilsynets tilrådning 4. mars 2016 og brev 1. desember 2021.

4. FINANSTILSYNETS TILRÅDNING

I brev 11. januar 2016 tilrår Finanstilsynet at Finansdepartementet opprettholder Finanstilsynets vedtak 3. desember 2014 med pålegg om stans av virksomhet.

Finanstilsynet mener at gavekortene i praksis fungerer som kjøpekraft på lik linje med andre e-penger og ordinære betalingskort. Finanstilsynet mener at det aktuelle vedtaket oppstiller en plikt til å søke om konsesjon, og isolert sett ikke er et særlig inngripende vedtak. Finanstilsynet viser til at det er fortolkningen av skattereglene som i praksis virker inngripende for selskapet. Hjemmelen er tolket i tråd med alminnelig rettskildelære, og vedtaket har hjemmel i lov. Finanstilsynet bemerker at selv om direktivet er et fullharmoniseringsdirektiv, begrenser ikke det forvaltningens adgang til å tolke direktivbestemmelsen. Finanstilsynet mener vurderingen i denne saken har stor betydning for andre e-pengeprodukter på markedet, det gjelder spesielt foretakenes adgang til å unngå konsesjonsplikt ved å tilby kreditt eller avtale seg bort fra innløsningsretten.

Finanstilsynet mener at Universals gavekort representerer en fordring mot utsteder. Avtalen inngås mellom kjøper og Universal, og denne avtalen gir gavekortkjøperen et krav på en tilsvarende gjenytelse hos Universal sine oppfyllelseshjelpere (brukerstedene).

Finanstilsynet hevder at formuleringen «utstedt etter mottak av midler» må tolkes slik at «etter» ikke alene kan forstås som en tidsangivelse. Det faktum at Universal utsteder gavekortene før betaling kan derfor ikke være avgjørende for om gavekortene skal anses for å være e-penger. Finanstilsynet har bl.a. vektlagt omgåelseshensynet.

Finanstilsynet har konkludert med at Universal sine gavekort er e-penger etter finansforetaksloven § 2-4 annet ledd, og at selskapet driver konsesjonspliktig virksomhet.

5. ETTERFØLGENDE KORRESPONDANSE - FORHOLDET TIL PSD2

I brev 13. oktober 2021 gir Finanstilsynet en vurdering av betydningen av endringer i regelverket siden 2016 (gjennomføring av det reviderte betalingsdirektivet, PSD 2).

Etter Finanstilsynets vurdering er det ikke skjedd endringer av betydning hva angår definisjonen av e-penger, men endringer som følge av PSD 2 har relevans for noen av klagers anførsler i brev til Finansdepartementet datert 4. mars 2016.

Finanstilsynet viser blant annet til finansforetaksforskriften § 1-7 om unntak til krav om konsesjon for visse betalingstjenester, herunder unntak knyttet til begrenset nettverk. Forskriftens § 1-7 bokstav k nr. 1 og nr. 2 omhandler unntak knyttet til begrenset nettverk, som gjennomfører direktiv 2015/2366/EU (PSD 2) artikkel 3 bokstav k punkt i og

punkt ii. Finanstilsynets viser til at unntakene også fremgikk av PSD 1, men at de har fått endret ordlyd under PSD 2 og at de er snevret inn.

Finanstilsynet mener at beskrivelsen av betalingsinstrument, slik det fremgår av fortalen til PSD 2, underbygger tilsynets forståelse av at Universal gavekort er et betalingsinstrument (e-penger), og således må omfattes av konsesjonsplikt.

Finanstilsynet mener videre at en gavekortordning der flere kjøpesenterkjeder er koblet opp mot samme gavekort, ikke kan unntas konsesjonsplikt, og denne forståelsen er også lagt til grunn i Finanstilsynets praksis, senest i vedtak av 2021.

I svarbrev fra klager 1. desember 2021 gjentar klager at gavekortene Universal utsteder ikke er e-penger fordi de ikke representerer en fordring på utsteder (brevet avsnitt 2.3) og fordi de ikke er mottatt *etter* mottak av midler (avsnitt 2.4).

Vedrørende Finanstilsynets henvisning til PSD2 anfører klager at en presisering av hva som utgjør «begrenset nettverk» ikke har overføringsverdi til grunnspørsmålet om hva som utgjør utstedelse av e-penger etter e-pengedirektivet. Klager viser herunder til fortalen avsnitt 25 om at PSD2 ikke regulerer utstedelse av e-penger.

6. FINANSDEPARTEMENTETS VURDERING

6.1 Innledning

Det sentrale spørsmålet i denne saken er om gavekortene Universal utsteder er å anse for e-penger, noe som vil medføre at virksomheten Universal driver er konsesjonspliktig.

Lovens vilkår om at det må foreligge «en elektronisk lagret pengeverdi», og at denne pengeverdien er «anerkjent som betalingsmiddel av andre foretak» enn Universal, jf. finansforetaksloven § 2-4 annet ledd, er oppfylt. Spørsmålet i saken er om gavekortene oppfyller lovens to øvrige vilkår, om gavekortene henholdsvis er «representert ved fordring på utsteder» og utstedt «etter mottak av midler», jf. finansforetaksloven § 2-4 annet ledd.

6.2 Om vilkåret «representert ved en fordring på utsteder»

Det er en nødvendig forutsetning at pengeverdien representerer en «fordring» på utsteder. Begrepet «fordring» er ikke legaldefinert. En naturlig språklig forståelse av begrepet tilsier en rett til å kreve en ytelse. Det er imidlertid ikke et krav etter definisjonen at fordringen må innebære en innløsningsrett i penger for innehaveren av gavekortet. Et slikt krav kan ikke utledes av ordlyden i finansforetaksloven § 2-4 annet ledd. Direktivteksten som e-pengedefinisjonen bygger på, behandler ikke innløsningsretten som en del av e-pengedefinisjonen. Retten til innløsning fremgår derimot, både i finansforetaksloven § 13-20 og i direktivet artikkel 11 nr. 2, som et virksomhetskrav til e-pengeforetak inntatt for å ivareta tilliten til e-penger. Når loven krever innløsningsrett som et virksomhetskrav, gir det ikke mening at en avtale om at det ikke skal være innløsningsrett, skulle medføre at definisjonen ikke var oppfylt.

Klager hevder at forarbeidene til lov om e-pengeforetak gir uttrykk for et annet syn. I Ot.prp.nr.92 (2001-2002) på side 16 heter det:

«Ved utstedelse av e-penger oppnår brukeren en fordring på utsteder. Dette følger av definisjonen av e-penger i lovforslaget § 1-1 annet ledd.» «Fordringen representeres ved at brukeren har rett til å innløse e-pengene hos utsteder mot kontanter eller ved vanlig overføring til konto».

Etter departementets syn gir forarbeidene kun uttrykk for at retten til innløsning innebærer at det allerede foreligger en fordring på utsteder, jf. ordlyden «representeres». En slik tolkning harmonerer for øvrig med lovens ordlyd og system. Etter departementets syn gir forarbeidene ikke grunnlag for å innfortolke et krav om innløsningsrett i selve fordringsbegrepet. Forarbeidene til den nå opphevede e-pengeforetaksloven kan uansett tillegges liten vekt ettersom e-pengedirektivet er nyere enn de nevnte forarbeidene, og definisjonen må fortolkes i samsvar med direktivet.

Departementet viser også til direktivets fortale, punkt 7, som lyder:

«Det bør innføres en klar og teknisk nøytral definisjon av elektroniske penger. Definisjonen bør omfatte alle situasjoner der yteren av betalingstjenester utsteder en forhåndsbetalt lagret verdi i bytte mot midler som kan brukes til betalingsformål fordi de godtas av tredjemann som betaling.»

Det sentrale er at kortet kan benyttes til betalingsformål fordi de godtas av tredjemann som betaling.

Universal sine gavekort gir kjøper et krav tilsvarende den verdi som er betalt på kortet, og oppfyller etter departementets syn lovens vilkår om at de elektroniske pengene må være representert ved en fordring på utsteder, jf. finansforetaksloven § 2-4 annet ledd.

6.3 Om vilkåret «utstedt etter mottak av midler»

Etter finansforetaksloven § 2-4 annet ledd er det videre et krav at den elektroniske lagrede pengeverdien er «utstedt etter mottak av midler». Klager anfører at størsteparten av gavekortene Universal utsteder er etterskuddsfakturert, og at vilkåret derfor ikke er oppfylt.

Departementet anser det som klart at klagers anførsel ikke kan føre frem. Det sentrale poenget er at vilkåret må forstås som at de elektroniske pengene må byttes mot midler.

Departementet viser også her til direktivets fortale, punkt 7 som gjør det klart at direktivet har ment å omfatte alle situasjoner der yteren av betalingstjenester utsteder en forhåndsbetalt lagret verdi i bytte mot midler som kan brukes til betalingsformål fordi de godtas av tredjemann som betaling. Bruken av uttrykket «forhåndsbetaling» i fortalen, og «etter mottak av midler» i definisjonen innebærer en avgrensning mot kredittkort. Departementet viser til at denne forståelsen støttes av «Guidance on the scope of the Electronic Money Regulations 2011», sitert av klager i brev 23. januar 2015 avsnitt 7.1. Her uttales det at denne delen av definisjonen er tatt inn for å avgrense mot kredittkortprodukter. Videre presiseres det at elektroniske penger betalt for med kredittkort ikke faller utenfor. Det avgjørende er at kjøpet av gavekortet representerer kjøp av en lagret pengeverdi. Selv om det er forskjeller på kjøp med kredittkort fra en tredjepart og selgerkreditt er prinsippet det samme. Måten gavekortet kjøpes på, er uten betydning for hva gavekortet rettslig sett er.

Departementet kan ikke se at det er reelle hensyn som taler for at vilkåret om «utstedt etter mottak av midler» skal forstås som at klagers virksomhet faller utenfor fordi gavekortene er betalt etterskuddsvis. Departementet viser til at betalingstjenestedirektivet og e-pengedirektivet til sammen har etablert et helhetlig regime for elektroniske betalingsinstrumenter som er ment å dekke alle former for betalingstjenester. Det er gjort spesifikke unntak der hensynene bak regelverket ikke gjør seg gjeldende, som for eksempel unntaket for gavekort utstedt av en butikk eller et begrenset nettverk av butikker. Disse unntakene er ikke aktuelle for klager, jf. avsnitt 6.5 nedenfor. At et foretak som ikke oppfyller vilkårene for unntak, likevel skulle være unntatt alle former for konsesjons- og virksomhetskrav, utelukkende på grunn av at en stor andel av gavekortene gjøres opp med faktura istedenfor kontant betaling på stedet, har formodningen mot seg.

Departementet har etter dette kommet til at det er klart at vilkåret om at gavekortet er utstedt «etter mottak av midler» er oppfylt.

6.4 Legalitetsprinsippet

Klager har vist til at legalitetsprinsippet krever klar hjemmel og anfører at definisjonen av e-penger ikke er tilstrekkelig klar til at den kan legges til grunn for et for så vidt inngripende tiltak som klager hevder konsesjonsplikt vil innebære. Til dette bemerker departementet at det ikke er tvilsomt at gavekortene som Universal utsteder er e-penger. Videre viser departementet til § 1-6 annet ledd som gir departementet (delegert Finanstilsynet) kompetanse til i tvilstilfelle å avgjøre om et foretak eller den virksomhet som drives av et foretak, krever tillatelse etter denne loven. Det foreligger klar hjemmel for å gi pålegg om å stanse konsesjonspliktig virksomhet som drives uten nødvendig tillatelse, jf. finansforetaksloven § 22-2 annet ledd.

6.5 Unntaket for begrenset nettverk

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».

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. Bestemmelsene om dette i PSD2 gjelder tilsvarende for e-pengeforetak, jf. direktiv 2009/110/EF artikkel 1 nr. 4.

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 (norsk oversettelse)

«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 utvikling av PSD1 og overgangen til PSD2 i COM(2013) 547 s. 10. 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».

Av portalens punkt 14 følger det videre at betalingsinstrumenter som kan brukes «til kjøp i butikker oppført på en liste», 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 egen oppsummering av retningslinjene EBA/GL/2022/02 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. bokstav a. Portalen 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.

Etter departementets syn faller Universals gavekort ikke inn under unntaket i finansforetaksforskriften § 1-7 bokstav k. Unntaket er likevel relevant, fordi det, sammen med nasjonale og europeiske rettskilder knyttet til dette unntaket underbygger departementets konklusjon om at virksomheten til klager er å anse som konsesjonspliktig e-engevirksomhet.

6.6 Avslutning

Departementet er etter dette kommet til at virksomheten til Universal er å anse som e-engevirksomhet. I lys av den lange tiden som er gått siden Finanstilsynets vedtak ble fattet mener departementet at Universal bør få tid til å områ seg før vedtaket settes i kraft. Departementet ber derfor Finanstilsynet om å sette en ny frist for etterlevelse av pålegget.

7. VEDTAK

Klagen tas etter dette ikke til følge. Finansdepartementet har fattet følgende vedtak:

Finanstilsynets vedtak 28. oktober 2014 stadfestes. Finanstilsynet skal sette en ny frist for etterlevelse av pålegget gitt 28. oktober 2015.

Dette vedtaket kan ikke påklages, jf. fvl. § 28 tredje ledd.

Med hilsen

Geir Åvitsland e.f.
ekspedisjonssjef

Ingrid Hertzberg
seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ikke håndskrevne signaturer

Kopi: Universal v/ Wiersholm