

Justisdepartementet  
v/lovavdelingen

Sendt elektronisk via regjeringen.no

Ansvarlig advokat:  
Jan Magne Langseth

Vår ref.:  
70127 509 JJU/OEH

Deres ref.:  
18/3473 EP HEA/bj

Oslo  
5. oktober 2018

## **FORSLAG TIL FORSKRIFT OM BETALINGSTJENESTER – HØRINGSUTTALELSE FRA KLARNA BANK AB**

### **1 Innledning**

Vi viser til Justis- og beredskapsdepartementets oversendelse av høringsbrev og høringsnotat 5. juli 2018 med forslag om forskrift om betalingstjenester for en midlertidig gjennomføring av enkelte bestemmelser i det reviderte betalingstjenestedirektivet ("PSD 2").<sup>1</sup> På vegne av Klarna Bank AB (publ.) ("Klarna") vil vi komme med innspill til forslaget.

Klarnas høringsuttalelse gjelder kun forslagets regulering av kontoinformasjons tjenester og behandlingen av personopplysninger ved utføringen av slike tjenester. Kort oppsummert mener Klarna at departementet tolker PSD 2 artikkel 67 nr. 2 bokstav f) for vidt i høringsnotatet gjennom forskriftsforslaget § 5 fjerde ledd.

Departementet oppfordres derfor til å vurdere gjennomføringen nærmere på dette punktet, jf. Klarnas syn på tolkningsspørsmålet som gjennomgås nedenfor. Avslutningsvis i denne høringsuttalelsen gis et forslag til utforming av forskriften § 5 fjerde ledd som etter Klarnas syn medfører en riktig gjennomføring av PSD 2 i norsk rett.

Det foreliggende forslaget gjelder riktignok en midlertidig gjennomføring av de aktuelle bestemmelsene i PSD 2. Av hensyn til å sikre konkurranse på like vilkår på det indre markedet i EØS-området mener likevel Klarna at det også ved en slik midlertidig gjennomføring er viktig at reglene som vedtas, er tilstrekkelig utredet og i størst mulig grad svarer til reglene i direktivet.

---

<sup>1</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2366 af 25. november 2015 om betalingstjenester i det indre marked, om ændring af direktiv 2002/65/EF, 2009/110/EF og 2013/36/EU og forordning (EU) nr. 1093/2010 og om ophævelse af direktiv 2007/64/EF.

## 2 Direktivets regulering av kontoinformasjons tjenester

### 2.1 Utgangspunktet for tolkningen av PSD 2 art. 67 nr. 2 f)

PSD 2 artikkel 67 nr. 2 fastsetter regler for tilbyderne av kontoinformasjons tjenester (opplysningsfullmektiger). Bokstav f) omhandler behandling av personopplysninger:

"[Kontoopplysningstjenesteudbyderen] må ikke anvende, tilgå eller lagre opplysninger med andre formål end levering af den kontoopplysningstjeneste, som betalingstjenestebrugeren udtrykkeligt har anmodet om, i overensstemmelse med databeskyttelsesreglerne."

Bestemmelsens ordlyd fastsetter innledningsvis at opplysningsfullmektigen verken kan benytte, motta eller lagre opplysninger for andre formål enn den kontoinformasjons tjenesten som kunden uttrykkelig har bedt om. Det er imidlertid helt avgjørende for forståelse av bestemmelsen at man også ser hen til siste passus, som inneholder en henvisning til personvernreglene. Etter Klarnas syn er det to aktuelle tolkningsalternativer for forståelsen av passusen.

Det første tolkningsalternativet er at bestemmelsen forbyr opplysningsfullmektiger å behandle personopplysninger til andre formål enn kontoopplysningstjenester som betalingstjenestebrukeren har anmodet om, uavhengig av hva som måtte følge av personvernregelverket. Dette tolkningsalternativet innebærer at henvisningen til personvernreglene er uten innhold. Det kan dessuten hevdes at henvisningen til personvernregelverket ved denne tolkningen er misvisende, fordi det *ikke* uten videre er i overensstemmelse med personvernreglene å forby behandlingen av personopplysninger dersom det foreligger et lovlig behandlingsgrunnlag.

Denne tolkningen innebærer følgelig en innskrenkning av de lovlige behandlingsgrunnlagene etter personopplysningsloven på dette området, og den må dermed sies å ha formodningen mot seg. For ordens skyld bør det presiseres at henvisningen til personvernreglene ikke kan forstås utelukkende å knytte seg til brukerens anmodning, noe som fremgår direkte av setningsstrukturen og tegnbruken i direktivteksten, jf. kommaet etter "*anmodet om*". Departementets tolkning i høringsnotatet er derfor vanskelig å forene med direktivets ordlyd.

En annen måte å tolke bestemmelsen på er at den forbyr behandling av personopplysninger til andre formål enn kontoopplysningstjenester, med mindre det – i overensstemmelse med personvernregelverket – foreligger et behandlingsgrunnlag. Etter Klarnas syn er det dette som må være den korrekte forståelsen av direktivet. Henvisningen til personvernregelverket må da forstås slik at behandling til andre formål reguleres nettopp av personvernregelverket. På denne måten får den siste passusen i artikkel 67 nr. 2 bokstav f) også et meningsfullt og reelt innhold.

I praksis vil den sistnevnte forståelsen bety at personopplysninger kan behandles til andre formål enn kontoopplysningstjenester, som f.eks. markedsføring, dersom dette skjer i samsvar med de generelle bestemmelsene i personvernforordningen. Hvorvidt selve markedsføringen vil være lovlig i slike tilfeller, er et helt annet spørsmål, som fortsatt vil reguleres av markedsføringsloven. Opplysninger om personer som opplysningsfullmektigen ikke står i et avtaleforhold til, vil imidlertid vanskelig kunne benyttes til andre formål enn kontoinformasjons tjenesten. For eksempel vil det ikke uten videre være grunnlag for å behandle personopplysninger om betalingsmottakere til andre formål, ettersom disse ikke får anledning til å samtykke overfor opplysningsfullmektigen (såkalt *silent party data*).<sup>2</sup>

<sup>2</sup> For nærmere omtale av dette se Datatilsynets høringsuttalelse datert 28. september 2018 og Personvernrådets brev datert 5. juli 2018, tilgjengelig her: [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/psd2\\_letter\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/psd2_letter_en.pdf).

Vi forstår høringsnotatet slik at departementet tolker passusen i den førstnevnte forstand,<sup>3</sup> og at henvisningen til personvernregelverket av denne grunn er utelatt i forskriftsforslaget.<sup>4</sup> Som Datatilsynet også helt korrekt påpeker i sin høringsuttalelse, fremstår dette som en uriktig forståelse av direktivet. Ikke bare er det en tolkning som er i dårlig samsvar med direktivets ordlyd, men det er vanskelig å se noen hensyn som skulle tilsi et slikt tolkningsresultat.

## 2.2 Nærmere om de hensynene som gjør seg gjeldende

Formålet med PSD 2 er ifølge dets fortale å sikre en videreutvikling av det integrerte, indre markedet for betalingstjenester. I motsetning til i det tidligere betalingstjenestedirektivet (PSD 1)<sup>5</sup> ble det funnet nødvendig å regulere personvernspørsmål i enkelte henseende i PSD 2. Det er likevel ingen holdepunkter for å anta at det er tilsiktet en strengere regulering av personvernspørsmål i PSD 2 enn de generelle begrensningene som følger av personvernforordningen.

Departementets tolkning medfører, slik vi leser høringsnotatet, at kunder av kontoinformasjons tjenester ikke lovlig kan samtykke til at deres personopplysninger benyttes til andre formål enn kontoinformasjons tjenester. Klarna har vanskelig for å se at personvern hensyn eller noen andre hensyn skulle tale for en slik forståelse av direktivet og en slik regel i norsk rett.

Så lenge den registrerte gir et samtykke til behandling av personopplysningene som oppfyller de strenge vilkårene i personvernforordningen artikkel 7, jf. artikkel 4 nr. 11, vil personvern hensynene være tilfredsstillende ivarettatt.

En bestemmelse som innebærer et *absolutt* forbud mot å behandle personopplysninger for andre formål enn kontoinformasjons tjenester, innebærer i realiteten en begrensning i de registrertes individuelle handlefrihet, som ikke kan begrunnes i personvern hensyn. Det vises her til personvernforordningen artikkel 6 nr. 4. Bestemmelsen regulerer den behandlingsansvarliges adgang til å behandle personopplysninger for andre (sekundære) formål enn de opprinnelig ble samlet inn for. Slike sekundærformål vil typisk omfatte markedsføring. Av bestemmelsen fremgår det at slik behandling er tillatt dersom den registrerte gir sitt samtykke, og at dette gjelder selv når det nye formålet er å anse som *uforenlig* med det opprinnelige formålet.

Departementets forslag til § 5 fjerde ledd synes også å stå i et tvilsomt forhold til personvernforordningens formål om fri utveksling av personopplysninger i EØS-området, jf. forordningen artikkel 1 og fortalen, se særlig dens punkt 10 og 13. Av sistnevnte fortalepunkt fremgår det:

"For å sikre et ensartet nivå for vern av fysiske personer i hele Unionen og hindre at forskjeller hemmer den frie utvekslingen av personopplysninger i det indre marked er det behov for en forordning for å skape rettssikkerhet og åpenhet for markedsdeltakere, ..., og som vil gi fysiske personer i alle medlemsstater det samme nivået av rettslig bindende rettigheter og plikter, og behandlingsansvarlige og databehandlere det samme ansvaret ..." (Vår understreking.)

Klarna ønsker her å påpeke at en særnorsk regel, som innebærer et *absolutt* forbud mot å behandle personopplysninger for andre formål enn kontoinformasjons tjenester, synes å være i strid med forordningens formål om enhetlige personvernregler. Siden Klarna tilbyr betalingstjenester i flere EØS-

<sup>3</sup> Se side 20–21.

<sup>4</sup> Se side 24.

<sup>5</sup> EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2007/64/EF av 13. november 2007 om betalingstjenester i det indre marked og om endring av direktiv 97/7/EF, 2002/65/EF, 2005/60/EF og 2006/48/EF samt oppheving av direktiv 97/5/EF.

stater, er det – i samsvar med forordningens formål – ønskelig å kunne forholde seg til det samme personvernregelverket innenfor hele EØS-området.

### 2.3 Betydningen av anvendelsesområdet og harmoniseringen til PSD 2

I alle tilfeller må det tas betraktning at PSD 2 har et begrenset anvendelsesområde. Anvendelsesområdet må innebære en begrensning for rekkevidden av artikkel 67 nr. 2 bokstav f). Etter artikkel 2 nr. 1 omfatter direktivet "*betalingstjenester, der udbydes i Unionen*". Regelen i artikkel 67 nr. 2 bokstav f) må forstås slik at begrensningen bruk av personopplysninger uansett bare kommer til anvendelse i forbindelse med utførelse av betalingstjenester. Øvrige tjenester som direktivet ikke regulerer, vil følgelig ikke være omfattet, slik at det eksempelvis kan stilles spørsmål ved om det er adgang til å behandle opplysninger med sikte på markedsføring av andre typer av tjenester enn betalingstjenester.

Som departementet selv peker på i høringsnotatet, er direktivet med visse unntak fullharmoniserende på de områdene det inneholder harmoniserende bestemmelser, jf. artikkel 107 nr. 1. Norge vil derfor ikke kunne implementere nasjonale regler som avviker fra artikkel 67. Tatt i betraktning anvendelsesområdet til PSD 2 er det usikkert hvorvidt det foreliggende forslaget til § 5 fjerde ledd vil innebære en uriktig gjennomføring av direktivet, selv om det beror på en uriktig direktivtolkning. Slik høringsnotatet er utformet, antas det i alle tilfeller at det ikke er tilsiktet å vedta en nasjonal regel som går lenger enn direktivet på dette punktet.

### 2.4 Forholdet til EØS-avtalen for øvrig

Gitt den forståelsen av PSD 2 artikkel 67 nr. 2 bokstav f) som Klarna mener må legges til grunn, vil det oppstå spørsmål om forslaget, slik det nå foreligger, vil utgjøre en restriksjon på tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36. Etter EU- og EFTA-domstolens praksis er det tilstrekkelig at virksomheten til en tjenesteyter etablert i et annet EØS-land "*hemmes eller gjøres mindre interessant*",<sup>6</sup> noe som for Klarnas vedkommende vil være tilfellet. Det er vanskelig å se at en slik regel er egnet og nødvendig for å ivareta tvingende allmenne hensyn. Vi viser her til betraktningene i punkt 2.2 ovenfor.

EØS-avtalen artikkel 36 gjelder som norsk lov og har forrang ved motstrid mot andre bestemmelser, jf. EØS-loven §§ 1 og 2. Departementet bør ta hensyn til dette dersom forslaget opprettholdes, og eventuelt utrede hvorvidt den foreslåtte regelen vil oppfylle kravet til proporsjonalitet.

Vi finner også grunn til å minne om begrensningene som reglene i e-handelsloven medfører, samt notifikasjonsreglene i EØS-høringsloven. Anses regelen for å vedrøre informasjonssamfunnstjenester, noe som etter Klarnas syn ikke kan utelukkes, vil forslaget kunne komme i konflikt med e-handelsloven § 5 første ledd i tillegg til at det etter EØS-høringsloven § 4 vil måtte meldes til ESA. Det gjelder i så fall også en stillstandplikt etter EØS-høringsloven § 6. Departementet bes ta stilling til forholdet til disse reglene dersom forslaget til § 5 fjerde ledd opprettholdes.

## 3 Forslag til utforming av § 5 fjerde ledd

Klarna ønsker på bakgrunn av gjennomgangen ovenfor å foreslå følgende utforming av forskriften § 5 fjerde ledd:

"Med mindre det er i samsvar med personvernlovgivningen, skal ikke fullmaktforetaket benytte, lagre eller på annen måte bruke opplysninger for andre formål enn utføring av fullmakttjenesten som betaleren uttrykkelig har anmodet om. Fullmaktforetaket skal ikke be om sensitiv betalingsinformasjon knyttet til betalingskontoene."

<sup>6</sup> Jf. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-2/11 *STX Norway Offshore AS* mot Norge premiss 75.

En slik utforming, som tar i betraktning at det er personvernreglene som regulerer behandling av personopplysninger for andre formål enn kontoinformasjonsjenestene, innebærer etter Klarnas syn en gjennomføring av PSD 2 som ikke bare er i bedre samsvar med direktivets regler, men som også hindrer ubegrunnede begrensninger for de potensielle aktørene på markedet.

\*\*\*\*\*

Med vennlig hilsen  
**Simonsen Vogt Wiig**



Cecilie Rønnevik  
cer@svw.no



Olav Endresen Haukeli  
oeh@svw.no