

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 25/6 2013 i sag nr. KL-8-2012

Nets Holding A/S
(advokat Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg)

mod

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
(Kammeradvokaten v/ advokat Jakob Pinborg)

Biintervenient til fordel for Konkurrence- og
Forbrugerstyrelsen: FDIH v/ direktør Annette Falberg

Resume af afgørelsen

Den 29. november 2012 traf Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afgørelse om, at Nets Holding A/S (herefter Nets) har overtrådt betalingstjenestelovens § 79, idet styrelsen fandt, at selskabets gebyrer for brug af dankort på internettet var urimeligt høje. Styrelsen lagde i sin afgørelse vægt på, at Nets' gebyrer ikke stod i et rimeligt forhold til omkostningerne, og at gebyrerne førte til en overnormal indtjening hos selskabet. Nets blev derfor påbudt at nedsætte sine gebyrer, således at der ved fastsættelsen ikke anvendes urimelige priser.

Nets har indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

Konkurrenceankenævnet finder, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen væsentligt har sandsynliggjort, at Nets' gebyrer ligger over et prisniveau, som ville være gældende på et marked med virksom konkurrence, og har derfor stadfæstet styrelsens afgørelse.

Parternes påstande

Nets Holding A/S har påstået Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 29. november 2012 ophævet.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har påstået afgørelsen stadfæstet.

Den påklagede afgørelse

I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 29. november 2012 hedder det bl.a.:

- ”1 Denne sag drejer sig om, hvorvidt Nets’ gebyrer for betalinger med dankort på internettet er i overensstemmelse med betalingstjenestelovens § 79. Det fremgår af § 79, at der ikke må anvendes urimelige priser og avancer ved gennemførelse af en betalingstransaktion.
- 2 Sagen er foranlediget af en klage fra Foreningen for Dansk Internet Handel (FDIH), som er en interesseorganisation for virksomheder, der forretningsmæssigt bruger internettet og andre digitale kanaler. FDIH finder, at gebyrerne for brug af dankort på internettet er for høje i henhold til lovens § 79.
- 3 Dankortgebyrer på internettet fastsættes af Nets. Nets er resultatet af fusionen mellem PBS Holding A/S og det norske selskab Nordito i 2009. Nets er eneste kortindløser af dankort på internettet. Det betyder, at hvis en internetforretning ønsker at kunne modtage dankort som betalingsmiddel via internettet, skal forretningen indgå en indløsningsaftale med Nets. Aftalen består i, at Nets indenfor en aftalt tidsperiode overfører betalingen fra kortbrugerens konto til forretningens konto. For denne ydelse betaler forretningen et gebyr pr. transaktion.
- 4 Gebyret, som betales af internetforretningen til Nets, er reguleret af betalingstjenestelovens gebyrbestemmelser, herunder § 79, hvoraf det fremgår, at der ikke må anvendes urimelige priser og avancer ved gennemførelse af en betalingstransaktion. Ved urimelige priser og avancer forstås priser og avancer, der er højere, end hvad der ville være tilfældet under virksom konkurrence.
- 5 Det fremgår af lovens forarbejder, at en afgørelse i henhold til § 79 må ske gennem en hypotetisk præget bedømmelse af forholdene, som de ville være i et konkurrencepræget marked. I vurderingen af priserne for at modtage dankort og Nets’ avance har styrelsen foretaget en undersøgelse af, om priserne står i et rimeligt forhold til de forbundne omkostningerne, og om de medfører en overnormal indtjening hos Nets.
- 6 Styrelsen har i den forbindelse særligt lagt vægt på følgende forhold:
 - Nets har siden 2005 haft et årligt overskud på indløsning af dankort på internettet og har de sidste fire år haft en gennemsnitlig omsætning på knap [...] mio. kr. og et gennemsnitligt årligt resultat på godt [...] mio. kr. Det svarer til, at Nets i perioden 2008-2011 har en årlig overskudsgrad på mellem [30-70] og [30-70] pct. Nets-koncernens samlede overskudsgrad lå i samme periode på mellem 13-16 pct. Indtjeningen ved indløsning af dankort på internettet er altså væsentligt højere end indtjeningen på Nets’ andre forretningsområder.
 - Nets’ overskudsgrad ved indløsning af dankort på internettet på mellem [30-70] og [30-70] pct. er også markant højere end den gennemsnitlige overskudsgrad i private byerhverv, som ligger mellem 3 og 5 pct. i perioden 2005-2010.

- En estimering af Nets' forrentning af investeringerne forbundet med indløsning af dankort giver et årligt afkast på [0-40] pct. i perioden 1999-2011. Et sådant nøgletal sammenholdes ofte med et risikofrit alternativ så som renten for statsobligationer med henblik på bl.a. at vurdere risikotillægget ved den pågældende investering. Da den gennemsnitlige rente for statsobligationer var på 4 pct. i samme periode, indebærer det et risikotillæg på [0-40] pct. point, hvilket må betegnes som højt.
 - Et mål for afkast, som er forbundet med en risiko, er prisindekset for de 20 mest omsatte aktier i Danmark. Dette indeks har haft et gennemsnitligt årligt afkast på 9 pct. i perioden 1999-2011, svarende til et risikotillæg på 5 pct. point i forhold til den gennemsnitlige risikofrie rente på 4 pct. Også i denne sammenhæng må Nets gennemsnitlige årlige afkast på [0-40] pct. ved indløsning af dankort på internettet betegnes som en høj forrentning af investeringerne.
- 7 Endvidere understøtter beregninger af det såkaldte Lerner-indeks sammenholdt med tilsvarende indeks hos andre brancher og beregninger af forholdet mellem Nets' pris og marginalomkostninger, at indtjeningen ved indløsning af dankort på internettet er højere end tilfældet er hos andre brancher og næppe vil kunne opretholdes i et marked med virksom konkurrence.
 - 8 Det er styrelsens samlede vurdering, at dankortgebyrerne ikke står i et rimeligt forhold til omkostningerne, og at dankortgebyrerne fører til en overnormal indtjening hos Nets.
 - 9 Nets' gebyrer for dankort på internettet er derved højere, end hvad der ville være tilfældet under virksom konkurrence. Nets anvender derved urimelige priser og avancer ved indløsning af betalingstransaktioner foretaget med dankortet på internettet.
 - 10 Således indebærer de nuværende dankortgebyrer fastsat af Nets en overtrædelse af betalingstjenestelovens § 79.
 - 11 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal i medfør af betalingstjenestelovens § 98, stk. 1, derfor påbyde Nets at nedsætte dankortgebyrerne over for forretninger på internettet således, at der ved fastsættelse af disse gebyrer ikke anvendes urimelige priser og avancer i henhold til § 79 i betalingstjenesteloven.
 - 12 Styrelsen kan i henhold til BTL § 98, stk. 1, nr. 1 og 2 udstede påbud om, at ”angivne priser eller avancer ikke må overskrides”, eller ”at der ved beregning af priser og avancer skal anvendes bestemte kalkulationsregler”, det vil fx sige påbud om fastsættelse af gebyr- eller avancelofter. I nærværende sag vil styrelsen på nuværende tidspunkt undlade at udstede et sådant påbud, da det vurderes mest hensigtsmæssigt for konkurrencen på markedet, at markedets aktører selv forhandler sig frem til gebyrer, der ikke indebærer anvendelse af urimelige priser og avancer.”

Parternes argumentation

Nets Holdning A/S har gjort gældende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens fortolkning af betalingstjenestelovens § 79 i afgørelsen er fejlagtig.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har anvendt de tre eksempler, der er nævnt i forarbejderne, som en decideret test for, hvorvidt Nets har opkrævet urimeligt høje Dankortgebyrer. Styrelsen

har imidlertid undladt forinden at afklare, hvorvidt forudsætningen om, at der ikke må være virksom konkurrence, er opfyldt.

Styrelsens ræsonnement synes at være, at konkurrencen i forbindelse med indløsning af betalingsmidler på internettet pr. definition er uvirksom, da styrelsen har valgt at gå direkte ind i en vurdering af, om de af Nets fastsatte priser er høje og – i bekræftende fald – urimeligt høje.

Det gøres på den baggrund gældende, at denne fortolkning af betalingstjenestelovens § 79 er fejlagtig, og at styrelsens ræsonnement lider af en væsentlig mangel, idet der ikke forud for rimelighedsvurderingen af priserne (Dankortgebyret) er konstateret; (i) om der er konkurrence på de berørte markeder, og (ii) om konkurrencen på de berørte markeder er virksom.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse har ikke hjemmel i betalingslovens § 79, idet opkrævningen af Dankortgebyrer sker på et marked i virksom konkurrence. Forbuddet mod anvendelse af urimelige priser i betalingstjenestelovens § 79 finder udelukkende anvendelse, såfremt det forinden kan påvises, at der ikke er virksom konkurrence på det relevante marked.

På nuværende tidspunkt foreligger der reelt virksom konkurrence på markedet for betalingskort på internettet.

Det er Nets' opfattelse, at såfremt Nets' fastsættelse af gebyrer for indløsning af Dankort på internettet udgjorde en urimelig høj prisfastsættelse, ville almindelige markedsmekanismer sikre, at aftagerne af Nets' tjenester ville søge mod alternative aktører, herunder fx Visa, MasterCard eller Paypal med henblik på håndtering af betalinger.

Dankort er samlet set langt billigere end øvrige betalingskort, hvorfor fx store internationale aktører som Visa og MasterCard ikke har så store markedsandele, som de ellers ville have haft. En logisk slutning er herefter, at en yderligere prisnedsættelse ikke gør det lettere for andre betalingsinstrumenter at vinde fodfæste på det danske marked, hvorfor prispåbuddet vil bidrage til, at konkurrencen aftager i intensitet og bliver mindre virksom.

Det er nødvendigt at se hen til almindelige konkurrenceretlige principper, når betalingstjenestelovens § 79 skal fortolkes, herunder at der foretages en almindelig markedsafgrænsning. Formålet med en markedsafgrænsning er ikke blot at fastslå en aktørs markedsstyrke. Det er også en bærende forudsætning for at kunne foretage en meningsfuld vurdering af, om Nets' priser er fastsat i et marked med virksom konkurrence, og/eller om priserne konkret er urimelige i forhold til de priser, som Nets' konkurrenter på markedet anvender. En sådan vurdering må nødvendigvis indebære en vurdering af, om der er konkurrence på de berørte markeder og – i bekræftende fald – graden af konkurrenceintensiteten på sådanne markeder.

Det relevante marked skal afgrænses til et bredere marked for betalinger på internettet, og når der ikke er foretaget en markedsafgrænsning først, giver det ikke mening at foretage en sammenligning af faktorer som overskudsgrad, forrentning mv., da disse faktorer mest meningsfuldt kan sammenlignes med faktorerne i tilsvarende virksomheder i virksom konkurrence. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal foretage en korrekt markedsafgrænsning og derefter en vurdering af, om der er anvendt urimelige priser i den konstaterede konkurrencesituation, som Dankortet indgår i.

Markedet for betalinger på internettet må betragtes som ét og samme marked, uanset om der sker betaling via Dankort, bankoverførsel til forretningens konto, betaling med et internationalt debit- eller kreditkort eller betaling via en overførselstjeneste som PayPal eller eWire.

Behovet for en markedsafgrænsning, herunder en sammenligning med prissætningen og indtjeningen på internationale betalingsinstrumenter på internettet, er efter Nets' opfattelse af afgørende betydning for at sikre, at styrelsen ikke træffer en afgørelse, der vilkårligt skader eller forstyrrer konkurrencen på de markeder, der bliver berørt af afgørelsen.

Såfremt Konkurrenceankenævnet alligevel måtte finde, at Dankortgebyrerne opkræves på et marked, hvor der ikke er virksom konkurrence, og at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse således skulle have hjemmel i betalingstjenestelovens § 79, gøres det gældende, at styrelsen ikke har væsentligt sandsynliggjort, at Nets har opkrævet urimelige Dankortgebyrer. For så vidt angår Nets' Dankortgebyrer på internettet gælder dette særligt, da styrelsen har negligeret, at Dankortet er den billigste betalingsform på internettet i Danmark. Konkurrence-

og Forbrugerstyrelsen har heller ikke inddraget indtjeningsstrukturen i forbindelse med Dankortsystemet som helhed i sin afgørelse. Desuden er sammenligningen mellem Nets' overskudsgrad og forrentning af investeret kapital med overskudsgraden for "private byerhverv" og forrentningen af investeringer i C20-indekset vilkårlig.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse er begrundet i Nets' høje overskudsgrad på indløsning af dankort på internettet, og resultatet af styrelsens fokusering på disse to elementer medfører, at Nets reelt straffes for at være effektiv. Effektiviteten består således i, at Nets kan skabe den større overskudsgrad og forrentning og samtidig tilbyde sine kunder en lavere pris, end Nets' konkurrenter kan.

Det gøres derfor også gældende, at styrelsens afgørelse er diskriminerende. Da Dankortet indgår i et konkurrencepræget marked og oven i købet er et billigt alternativ til konkurrerende produkter, er det udtryk for en diskriminerende retshåndhævelse, at styrelsen har fundet anledning til at anvende § 79 over for Nets' Dankortgebyrer, men ikke over for de dyrere aktører på markedet.

Det gøres desuden gældende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved ikke i sine vurderinger at have inddraget indtjeningsstrukturen i forbindelse med Dankortsystemet har foretaget en amputeret analyse, som ikke kan danne grundlag for en fuldt oplyst afgørelse, og at brugen af Dankort i den fysiske handel ikke forretningsmæssigt kan adskilles fra brugen i den ikke-fysiske handel.

Eftersom der i medfør af lovgivningen kun er halv omkostningsdækning i forbindelse med brug af Dankortet i den fysiske handel, er det en nødvendighed, at der søges en større omkostningsdækning for det samlede Dankortsystem, herunder via gebyrerne på de ikke-fysiske transaktioner. Selv hvis resultatet for den samlede opkrævning af dankortgebyrerne i henholdsvis den fysiske handel og internethandlen opgøres, vil der således være et konstateret underskud på ca. 314 mio. kr. (2010-tal). Dette forhold ses ikke inddraget i afgørelsen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udelukkende lagt vægt på Nets' årlige overskudsgrad på indløsning af Dankort på internettet fra 2008-2011 (30-70 %), herunder at den årlige overskudsgrad på indløsning af Dankort på internettet overstiger Nets' samlede

overskudsgrad for denne periode (0-40 %), samt at indtjeningen ved indløsning af Dankort på internettet er væsentlig højere end indtjeningen på Nets' andre forretningsområder.

Den procentuelt høje overskudsgrad for indløsning af Dankort på internettet i forhold til Nets' samlede overskudsgrad belyser netop det forhold, at Nets på trods af den relativt højere overskudsgrad for indløsning af Dankort på internettet har en samlet overskudsgrad, som ikke i væsentlig grad overstiger overskudsgraden for virksomheder inden for Nets' forretningsområde.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan ikke foretage en allerede fordi-konklusion om, at der er uvirksom konkurrence, alene baseret på at Nets har en høj overskudsgrad og forrentning af investeret kapital på forretningsområdet.

Nets gør endvidere gældende, at sammenligningen af Nets' overskudsgrad og forrentning af investeret kapital med overskudsgraden for "private byerhverv" og forrentningen af investeret kapital i C20-indekset er vilkårlig. Det er Nets' opfattelse, at styrelsens sammenligningsgrundlag er usagligt og uanvendeligt til at basere en meningsfuld afgørelse på. Styrelsen kunne således have anvendt et langt mere sagligt sammenligningsgrundlag end "private byerhverv".

Da Dankortet de facto er i konkurrence med andre betalingskort, er det Nets' opfattelse, at en saglig sammenligning af overskudsgraden i forbindelse med Nets' indløsning af Dankort på internettet i stedet burde være foretaget med overskudsgraden for indløsning på internettet af andre gængse betalingskort, fx MasterCard, Visa eller American Express.

Nets' overskudsgrad i forbindelse med indløsning af Dankort på internettet er alene overskudsgraden for en del af et enkeltstående specifikt forretningsområde, nemlig Dankortet. Den anvendte overskudsgrad for "private byerhverv" er derimod en gennemsnitlig overskudsgrad for alle de omfattede erhvervs forretningsområder. Således vil de enkelte virksomheder i "private byerhverv" have både højere og lavere overskudsgrader sammenlignet med Nets, hvis overskudsgraden vurderes for hver enkelt af de forretningsområder, som de individuelle virksomheder beskæftiger sig med.

At overskudsgraden for "private byerhverv" ligger på mellem 3 og 5 % i perioden 2005-2010 kan således ikke ukritisk overføres til Nets' overskudsgrad i forbindelse med det specifikke

forretningsområde ”indløsning af Dankort på internettet”. Hvis ”private byerhverv” overhovedet har nogen berettigelse som sammenligningsgrundlag, er det derfor udelukkende i forbindelse med Nets’ samlede overskudsgrad på mellem 0 og 40 %.

Det er Nets’ holdning, at en sammenligning med følgende grupper af virksomheder er langt mere relevant som sammenligningsgrundlag i forbindelse med en vurdering af Nets’ aktiviteter på kortmarkedet end en sammenligning med ”private byerhverv”:

- *Online/Alternative Payments*: Indeholder primært selskaber, som er Payment Service Providere for internetbaserede forretninger, men også indløser af internetbetalinger, fx Paypal
- *Acquirers/Processors*: Indløser samt betalingskort processorer fra såvel Europa og USA, heriblandt nogle af de største selskaber i betalingskortindustrien i verden, fx First Data
- *Networks/Schemes*: Betalingskortnetværk, fx MasterCard, Visa, Discover og American Express

Nets har i forbindelse med initialinvesteringen og udviklingen af Dankortsystemet på internettet løbet meget store risici, idet ingen i løbet af de første år, hvor Dankort kunne anvendes på internettet, kunne forudse den positive udvikling i internethandelen, som kan konstateres i dag.

Endvidere er Nets ikke børsnoteret som virksomhederne i C20-indekset, hvilket medfører, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sammenligning med forrentningen af dette indeks er fejlagtig.

En sammenligning med familie- og fondsejede virksomheder som eksempelvis Danfoss, Grundfos, LEGO, ECCO og JYSK ville have været mere retvisende. Disse virksomheder adskiller sig på samme måde fra C20-indekset, som Nets gør, og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse burde derfor tage højde for forholdene i sådanne virksomheder, hvis analysen skal give et retvisende billede af en normal forrentning.

Fortjenesten ved at kunne tænke langsigtet bør således tilkomme Nets i lighed med familie- og fondsejede virksomheder.

Ved en hurtig gennemgang af regnskaberne for de ovenfor nævnte virksomheder kan det konstateres, at størstedelen af disse familie- og fondsejede virksomheders forrentning af investeret kapital ligger på et niveau over Nets' [...] % og betydeligt over C20-indeksets [...] %. Der er derfor en klar forskel på C20-indekset og de familie- og fondsejede virksomheder, idet de familie- og fondsejede virksomheder er i stand til at opnå en markant højere forrentning af investeret kapital end virksomheder i C20-indekset.

Det gøres desuden gældende, at påbuddet efter betalingstjenestelovens § 98, stk. 1, og begrundelserne for afgørelsen er så uklart formulerede, at det på baggrund af afgørelsen er umuligt for Nets at indrette sig på en sådan måde, at Nets opnår sikkerhed for, at man ikke overtræder betalingstjenestelovens § 79.

Det fremgår ikke af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse, hvilken del af Nets' prisfastsættelse som påbuddet om nedsættelse er rettet imod. Det fremgår således af den indankede afgørelses afsnit 55, at Nets' gebyr i forbindelse med transaktioner, der beløbsmæssigt overstiger 100 kr. (hvilket gælder langt størstedelen af gennemførte Dankorttransaktioner), består af henholdsvis Nets' faste gebyr på 1,45 kr. og et ad valorem-gebyr på 0,10 % af købsbeløbet. Det er derfor ikke muligt for Nets at forudsige, hvilket af disse gebyrer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder urimeligt.

Det er Nets' opfattelse, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens manglende angivelse af, hvilken del af Nets' prisfastsættelse Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder urimelig i henhold til betalingstjenestelovens § 79, konstituerer en mangelfuld ledsagende begrundelse.

Det er endvidere Nets' opfattelse, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opgave i medfør af betalingstjenestelovens § 79 ikke kun er at optræde som en ren prisreguleringsmyndighed. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er således forpligtet til at inddrage de reelle konkurrenceforhold i § 79-vurderingen. Når styrelsen undlader at inddrage disse, vil styrelsens prispåbud ske vilkårligt og være ude af trit med den reelle konkurrencesituation, som adressaten befinder sig i. Det kan ikke antages, at en sådan anvendelse af § 79 har været formålet.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen argumenterer for, at påbuddet angiveligt ikke skader konkurrencen på markedet for betalingsinstrumenter, idet konkurrerende betalingsinstrumenter på tilsvarende vis som Dankortet vil kunne etablere sig i Danmark, så længe § 79 overholdes.

Det er Nets' opfattelse, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens nuværende fortolkning af betalingstjenestelovens § 79 fører til, at styrelsen – i denne og kommende sager vedrørende § 79 – vilkårligt vil kunne reducere indtjeningen på lønsomme betalingsinstrumenter. De deraf følgende konsekvenser for alle dele af markedet for betalingsinstrumenter vil være skadelige for konkurrencen, herunder for innovationen og sikkerheden på markedet for betalingsinstrumenter.

Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens fortolkning og anvendelse af § 79 således indebærer, at aktørerne på de berørte markeder bliver pålagt at sænke sine priser til niveauer, der er ude af trit med den reelle konkurrencesituation og forskellig fra afkastet på investeringer foretaget på nærliggende markeder, vil det således også vanskeliggøre øvrige aktørers etablering på det danske marked.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har gjort gældende, at gebyrer for betalinger med Dankort på internettet er højere, end hvad der ville være tilfældet under virksom konkurrence, og at gebyrerne derfor er i strid med betalingstjenestelovens § 79.

Styrelsen må i sin vurdering heraf være overladt et betydeligt skøn, som ikke kan tilsidesættes, når blot de skønsmæssige vurderinger er baseret på saglige og objektive overvejelser om, hvad der giver et retvisende resultat.

Om de konkrete undersøgelser og analyser har styrelsen lagt vægt på, at en række forskellige forhold samlet set viser, at gebyrerne ikke står i et rimeligt forhold til omkostningerne, og at gebyrerne medfører en overnormal indtjening hos Nets.

Styrelsen har lagt vægt på, at Nets' overskudsgrad for indløsning af Dankort på internettet i perioden 2008-2011 konstant har været over [30-70] %, hvilket er markant større end overskudsgraden for andre brancher, ligesom det er væsentligt højere end Nets' overskudsgrad på andre forretningsområder.

Om Nets' indsigelser mod sammenligningen af overskudsgraden med overskudsgraden for private byerhverv henvises til afgørelsens afsnit 4.1.3, hvoraf fremgår, at en sammenligning med overskudsgraden ved indløsning af andre betalingskort af flere grunde ikke nødvendigvis udgør et bedre sammenligningsgrundlag end private byerhverv, og at Nets' overskudsgrad er så markant større end overskudsgraden i private byerhverv og de 10 brancher med højest overskudsgrad, at Nets' overskudsgrad også må anses for meget høj, selv om der tages hensyn til forskelle i produkttype, omkostnings- og markedsstruktur mv. Sammenligningen giver dermed en god indikation af, at indtjeningen er højere, end hvad tilfældet er under virksom konkurrence, når samtidig henses til indholdet af styrelsens øvrige undersøgelser og analyser.

Konservative beregninger af Nets' overskud i forhold til omkostningerne ved etablering og drift af dankortsystemet viser, at Nets har haft en høj forrentning af investeringerne i form af et årligt gennemsnitligt afkast på [0-40] % i perioden 1999-2011.

Til sammenligning har den gennemsnitlige årlige rente på statsobligationer i samme periode været på godt 4 %. Nets' afkast har således efter et konservativt estimat et risikotillæg på [0-40] pct. point i forhold til den risikofri rente. Nets' afkast er endvidere højt i sammenligning med C20-indeksets gennemsnitlige årlige afkast på 9 % i perioden.

Risikoen ved initialinvesteringen og udviklingen af Dankortet har ikke været af en sådan karakter, at det kan begrunde en så høj forrentning. Dankortet var i 1999 det langt mest udbredte og anvendte betalingskort, hvorfor Dankortet var et oplagt betalingskort at benytte på internettet, såfremt e-handel var mulig. Dette taler for, at usikkerheden forbundet med Nets' investering til Dankortsystemet på internettet har været forholdsvis lav.

Den fremadrettede risiko ved indløsning af Dankort på internettet må formodes at være lav. Dels er Dankortet langt det mest foretrukne betalingsmiddel, når der handles på internettet, dels er der tale om en kraftigt stigende tendens i såvel det generelle handelsomfang på internettet som brugen af Dankortet på internettet. Der vil alt andet lige derfor være tale om en voksende omsætning ved indløsning af Dankort på internettet, uden at det vil medføre betydelige yderligere investeringsomkostninger.

Det er blandt andet på denne baggrund, at styrelsen i afgørelsen har vurderet, at Nets' gennemsnitlige årlige afkast må betegnes som højt i forhold til såvel den risikofri rente og C20-indekset. Når der samtidig henses til den forventede udvikling i brugen af Dankort, er der intet der tyder på, at denne forrentning vil blive lavere fremover.

Det samlede billede af styrelsens undersøgelser og analyser taler sit tydelige sprog. Der er ikke nogen reel tvivl om, at Nets' gebyrer i et ikke ubetydeligt omfang har været højere, end hvad der ville være tilfældet under virksom konkurrence.

Hverken af ordlyden eller forarbejderne til betalingstjenestelovens § 79 fremgår, at der skal foretages en formel afgrænsning af det relevante marked i afgørelser efter denne bestemmelse. En sådan markedsafgrænsning er heller ikke en nødvendig forudsætning for at kunne foretage en bedømmelse efter § 79.

Betalingstjenestelovens § 79 finder således anvendelse på alle aktører, der opkræver gebyrer i forbindelse med gennemførelse af den af sagen omhandlede type betalingstransaktioner, uanset de pågældende aktørers markedsstyrke. Lovgiver har dermed slået fast, at det ikke er nødvendigt at afgrænse det relevante produktmarked eller geografiske marked for at kunne fastslå, at bestemmelsen kan finde anvendelse på Nets' gebyrer, hvis gebyrerne i øvrigt er urimelige.

Om gebyrerne rent faktisk er urimelige, skal vurderes ud fra en bedømmelse af, om priserne er højere, end hvad der ville være tilfældet under virksom konkurrence. Heller ikke dette kan føre til, at der skal foretages en formel afgrænsning af det relevante marked, idet en markedsafgrænsning hverken vil belyse, om der er virksom konkurrence på det således afgrænsede marked, eller om de opkrævede priser er rimelige.

Hertil kommer, at lovgiver under alle omstændigheder har fastslået, at vurderingen af prisniveauet kan ske i overensstemmelse med de i forarbejderne til § 79 anførte fremgangsmåder, som ikke forudsætter en afgrænsning af det relevante marked.

Det forhold, at Nets' gebyrer for indløsning af betalinger med Dankort på internettet er lavere end de tilsvarende gebyrer for indløsning af betalinger med internationale betalingskort, er ikke ensbetydende med, at der foreligger virksom konkurrence, eller at gebyrerne for

indløsning af Dankort ikke kan være højere, end hvad der ville være tilfældet ved virksom konkurrence. Det er vigtigt at være opmærksom på, at selv om internationale betalingskort i et vist omfang anvendes ved handel på internettet, er Dankortet langt den mest anvendte betalingsform ved handel på internettet.

Nets er i den forbindelse den eneste indløser af Dankort i Danmark, idet Nets ikke har tildelt andre kortindløser licens til at indløse Dankort på internettet.

Nets-koncernen er via koncern-selskabet Teller den største indløser af betalinger på internettet med internationale betalingskort i Danmark, og Nets-koncernen er langt den største indløser af betalinger på internettet samlet set, hvis alle betalingskort medregnes.

Omkostningerne ved at indløse Dankort er væsentligt lavere end omkostningerne ved at indløse internationale betalingskort. Baggrunden herfor er, at de faste omkostninger forbundet med Dankort er fordelt på et langt større antal betalinger, end tilfældet er med internationale betalingskort, og at internetbankgebyrerne – der udgør den største del af omkostningerne ved indløsning af betalingskort – ved handel med Dankort på internettet generelt er lavere ved Dankort end ved handel med internationale betalingskort.

Nets' marginalomkostninger ved en ekstra transaktion med Dankort gør, at Nets kan fastsætte gebyrer, der overstiger marginalomkostningerne med op til [3-7] gange, og samtidig tilbyde en pris, der ligger under andre indløseres marginalomkostninger, ved at tilbyde indløsning af internationale betalingskort.

Med den nuværende markedsstruktur foreligger der således ikke et effektivt konkurrencepres på Nets' gebyrer for indløsning af betalinger med Dankort på internettet.

Undersøgelserne af prisniveauet underbygger da også, at Nets ikke ved fastsættelse af gebyrerne for indløsning af betalinger med Dankort på internettet er udsat for et effektivt konkurrencepres fra indløserne af internationale betalingskort.

Nets kan fastsætte gebyrer på et niveau, der er urimeligt efter § 79, uden risiko for, at andre aktører vinder markedsandele. Med andre ord kan § 79 finde anvendelse, selv om Nets'

gebyrer for indløsning af betalinger med Dankort på internettet er lavere end de tilsvarende gebyrer for indløsning af betalinger med internationale betalingskort.

Det er ikke en forudsætning for indgreb efter § 79, at pris- eller avanceniveauet har været konstateret i en længere periode, idet indgreb kan foretages umiddelbart, når det konstateres, at en aktør anvender urimelige priser. Det er derfor uden betydning, om prisniveauet er så højt, at det angiveligt måtte kunne føre til tab af markedsandele i fremtiden.

En sammenligning med overskudsgraden på visse internationale betalingstjenesteudbydere udgør ikke nødvendigvis et bedre sammenligningsgrundlag end private byerhverv, idet en sådan sammenligning af flere grunde kan være problematisk. Styrelsen har derfor med rette ikke taget udgangspunkt i en sådan sammenligning.

Betalingstjenesteloven sonderer mellem opkrævning af gebyrer ved fysisk og ikke-fysisk handel, og de respektive områder er undergivet forskellig prisregulering, jf. §§79-80. Lovgiver har dermed klart tilkendegivet, at der er tale om forskellige forretningsområder i relation til prisfastsættelsen, hvilket er afgørende efter § 79.

Vurderingen af, hvorvidt Nets' priser medfører en overnormal indtjening, skal foretages i forhold til Nets' omkostninger til Dankortsystemet på internettet og ikke i forhold til omkostningerne til det samlede Dankortsystem.

Styrelsen har valgt at udstede et påbud, der ikke angiver en specifik grænse for gebyrernes størrelse, da det vurderes mest hensigtsmæssigt for konkurrencen på markedet, at markedets aktører selv forhandler sig frem til gebyrer, der ikke indebærer anvendelse af urimelige priser og avancer. Påbuddet er udformet i overensstemmelse med ordlyden af § 79. Påbuddet ændrer ikke på Nets' mulighed for at indrette sin forretning eller at forudse, om de opkrævede gebyrer er urimelige.

Det er heller ikke en mangel ved afgørelsen, at påbuddet ikke nærmere angiver, hvilken del af gebyrerne der må anses for urimelige. Dels fremgår det klart af afgørelsen, at den foretagne bedømmelse af gebyrernes rimelighed angår det samlede gebyrniveau som sådan og ikke enkelte dele heraf. Dels har styrelsen ikke ønsket at begrænse Nets' frihed til at indrette gebyrsystemet på en hensigtsmæssig måde, når blot § 79 overholdes.

Endelig er påbuddet ikke til hinder for, at Nets i forbindelse med implementeringen af påbuddet retter henvendelse til styrelsen med henblik på en stillingtagen til en konkret gebyrstruktur.

Retsgrundlaget

§ 79 i lovbekendtgørelse nr. 365 af 26. april 2011 om betalingstjenester og elektroniske penge har følgende ordlyd:

”Ved fastsættelse af gebyr m.v. i forbindelse med gennemførelse af betalingstransaktioner med et betalingsinstrument som nævnt i § 6, nr. 9, må der ikke anvendes urimelige priser og avancer. Ved urimelige priser og avancer forstås priser og avancer, der er højere, end hvad der ville være tilfældet under virksom konkurrence.”

Bestemmelsen blev oprindeligt indført i § 20 a ved lov nr. 217 af 13. april 1999 i lov om betalingskort og efterfølgende overført til § 15 i lov om visse betalingsmidler af 31. maj 2000.

I forarbejderne til betalingskortslovens § 20 a (Folketingstidende 1998-99, tillæg A, spalte 3071 ff.) hedder det bl.a.:

”Til nr. 5.

Som anført i de almindelige bemærkninger kan der i de særlige situationer, hvor der sker en overgang fra specialregulering til almindelige markedsvilkår, være behov for at kunne gennemføre en priskontrol, der går videre, end det den generelle konkurrencelovgivning umiddelbart giver mulighed for.

Det gælder også på betalingskortlovens område, hvor den hidtil gældende bestemmelse i § 20, stk. 1, har været medvirkende til, at Dankortsystemet har fået en dominerende stilling.

I forbindelse med ændringen af § 20, stk. 1, er det fundet hensigtsmæssigt at indføre regler, der sikrer, at der ikke kan opkræves urimelige gebyrer m.v. på betalingskortmarkedet.

Ifølge konkurrencelovens § 11 er misbrug af dominerende stilling forbudt. Misbrug omfatter bl.a. "direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser« (§ 11, stk. 2, nr. 1). Ved misbrug af dominerende stilling kan Konkurrencerådet i henhold til konkurrencelovens § 16, stk. 1, nr. 2, udstede påbud til virksomheden om, at angivne priser eller avancer ikke må overskrides, eller at der ved beregningen af priser og avancer skal anvendes bestemte kalkulationsregler.

Af bemærkningerne til konkurrencelovens § 11 fremgår, at ved vurderingen af om urimelige priser foreligger, skal det afgøres, om prisen eller avancen klart overstiger, hvad der såvel med hensyn til størrelse som varighed vil kunne opnås på et marked med virksom konkurrence.

Af bemærkningerne fremgår endvidere, at bestemmelsen skal administreres i overensstemmelse med EU-myndighedernes håndhævelse af Traktatens artikel 86.

Der foreligger imidlertid ikke noget eksempel på direkte prisindgreb med henvisning til artikel 86. Inden for dansk konkurrenceretlig praksis har der ikke gennem de seneste knap 10 år været eksempler på direkte prisindgreb over for enkeltvirksomheder.

I en overgangssituation fra et reguleret marked til et frit konkurrencepræget marked er der således en mulighed for, at en virksomhed, som har opnået en dominerende markedsposition som følge af et reguleret marked, i en periode kan fastsætte gebyrer, der anses for samfundsmæssigt uacceptable, uden at der er grundlag for prisindgreb med henvisning til konkurrencelovens bestemmelser om misbrug af dominerende stilling.

Efter den foreslåede særregulering i § 20 a kan Konkurrencestyrelsen gribe ind over for alle aktører, der ved fastsættelsen af vederlag mv. anvender urimelige priser og avancer. I forhold til den generelle konkurrencelov er der hermed skabt en videre adgang til at foretage indgreb, idet indgreb ikke er betinget af misbrug af en dominerende stilling.

Det betyder for det første, at indgrebsmuligheden eksisterer i forhold til alle aktører, uanset deres aktuelle styrke på markedet. Endvidere indebærer det, at et indgreb ikke forudsætter et lige så højt pris- eller avanceniveau, som et indgreb efter den generelle konkurrencelov. Endelig betyder det, at et indgreb ikke forudsætter, at et for højt pris- eller avanceniveau skal have været konstateret i en længere periode, men kan foretages umiddelbart, når det konstateres, at en aktør anvender urimelige priser og avancer.

Ved urimelige priser og avancer forstås priser og avancer, der er højere, end det ville være tilfældet under virksom konkurrence. Afgørelsen heraf må ske gennem en hypotetisk præget bedømmelse af forholdene, som de ville være i et konkurrencepræget marked. Der kan derfor ikke kræves et egentligt bevis for, hvad prisen eller avancen ville være, men der kræves en væsentlig sandsynliggørelse.

Den foreslåede § 20 a gør det muligt for Konkurrencestyrelsen at foretage indgreb over for aktører, der fastsætter priser, som ligger over prisen i andre lande med en effektiv betalingsformidling, eller priser, der ikke står i et rimeligt forhold til omkostningerne, eller priser, der medfører en overnormal indtjening, det vil sige en forrentning af investeringerne i det pågældende forretningsområde, der overstiger forrentningen for virksomheder i virksom konkurrence.

Bestemmelsen i § 20 a, stk. 1, er udformet generelt, således at den omfatter prisfastsættelsen hos enhver virksomhed, der fastsætter gebyrer og vederlag i forbindelse med kortbetalinger. Der er herved taget højde for, at betalingskortsystemer kan organiseres på mange måder. I nogle systemer udføres flere funktioner i samme selskab. I andre systemer er funktionerne mere eller mindre adskilte. Således kan fx kortudstedelse, betalingsindløsning, betalingsclearing og infrastrukturydelser i forbindelse med betalingsformidling foregå i forskellige virksomheder. Bestemmelsen omfatter alle virksomheders prisfastsættelse i forbindelse med kortbetalinger, herunder kortudstederes fastsættelse af gebyrer m.v. til kortindehavere, vederlag og gebyrer fastsat af betalingsindløsningsvirksomheder over for betalingsmodtagere, vederlag og gebyrer fastsat over for betalingsindløserne af virksomheder for infrastrukturydelser, og clearing og gebyrer fastsat af betalingsmodtagere over for kortindehavere.

Påbud efter § 20 a, stk. 2, nr. 1 og 2, kan ske i form af priser eller avancer, der ikke må overskrides, eller ved fastsættelsen af bestemte kalkulationsregler ved beregningen af priser og avancer.

Ved § 20 a, stk. 2, er der tilsigtet den størst mulige fleksibilitet i forbindelse med påbud

vedrørende priser og avancer. Bestemmelsen giver således mulighed for, at der kan fastsættes kalkulationsregler, som medfører, at de enkelte virksomheder på betalingskortmarkedet får tilskyndelse til at forbedre effektiviteten.”

Af forarbejderne til § 79 til betalingstjenestelov (Folketingstidende 2008-09, tillæg A, spalte 3571) hedder det bl.a.:

”Lovforslagets § 79 er en videreførelse af lov om visse betalingsmidler § 15, der regulerer fastsættelsen af gebyrer mv. i forbindelse med kortbetalinger.

Bestemmelsen i § 79 er udformet generelt, således at den omfatter prisfastsættelsen hos enhver virksomhed, der fastsætter gebyrer og vederlag i forbindelse med kortbetalinger. Der er herved taget højde for, at betalingskortsystemer kan organiseres på mange måder. I nogle systemer udføres flere funktioner i samme selskab. I andre systemer er funktionerne mere eller mindre adskilte. Således kan for eksempel kortudstedelse, betalingsindløsning, betalingsclearing og infrastrukturydelser i forbindelse med betalingsformidling foregå i forskellige virksomheder. Bestemmelsen omfatter alle virksomheders prisfastsættelse i forbindelse med kortbetalinger, herunder udbydere af betalingstjenesters fastsættelse af gebyrer m.v. til kortindehavere, vederlag og gebyrer fastsat over for betalingsmodtagere, vederlag og gebyrer fastsat over for udbydere af betalingstjenester af virksomheder for infrastrukturydelser, og clearing og gebyrer fastsat af betalingsmodtagere over for kortindehavere.

Bestemmelsen gælder for alle aktører, der måtte opkræve urimelige vederlag. Bestemmelsen anses for nødvendig, i hvert fald indtil der er skabt fuld og reel konkurrence på betalingskortmarkedet, jf. nedenfor.

Konkurrencestyrelsen kan gribe ind over for alle aktører, der ved fastsættelsen af vederlag mv. anvender urimelige priser og avancer. I forhold til den generelle konkurrencelov er der hermed skabt en videre adgang til at foretage indgreb, idet indgreb ikke er betinget af misbrug af en dominerende stilling, jf. lovforslagets § 99 og § 100.

Det betyder for det første, at indgrebsmuligheden eksisterer i forhold til alle aktører, uanset deres aktuelle styrke på markedet. Endvidere indebærer det, at et indgreb ikke forudsætter et lige så højt pris- eller avanceniveau, som et indgreb efter den generelle konkurrencelov. Endelig betyder det, at et indgreb ikke forudsætter, at et for højt pris- eller avanceniveau skal have været konstateret i en længere periode, men kan foretages umiddelbart, når det konstateres, at en aktør anvender urimelige priser og avancer.

Ved urimelige priser og avancer forstås priser og avancer, der er højere, end det ville være tilfældet under virksom konkurrence. Afgørelsen heraf må ske gennem en hypotetisk præget bedømmelse af forholdene, som de ville være i et konkurrencepræget marked. Der kan derfor ikke kræves et egentligt bevis for, hvad prisen eller avancen ville være, men der kræves en væsentlig sandsynliggørelse.

Bestemmelsen gør det muligt for Konkurrencestyrelsen at foretage indgreb over for aktører, der fastsætter priser, som ligger over prisen i andre lande med en effektiv betalingsformidling, eller priser, der ikke står i et rimeligt forhold til omkostningerne, eller priser, der medfører en overnormal indtjening, det vil sige en forrentning af investeringerne i det pågældende forretningsområde, der overstiger forrentningen for virksomheder i virksom konkurrence.”

Afgørelsens begrundelse og resultat

Betalingsstjenestelovens § 79 indeholder adgang for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til at foretage indgreb over for urimelige priser og avancer for gennemførelse af betalingstransaktioner over internettet ved brug af et betalingsinstrument som defineret i lovens § 6, nr. 9.

Bestemmelsens anvendelsesområde er videre end det, som følger af den almindelige konkurrenceret, idet det fremgår af lovens forarbejder, at forbuddet angår alle aktører uanset deres aktuelle styrke på markedet, og at indgreb ikke kræver et lige så højt pris- og avancenniveau som et indgreb efter den generelle konkurrencelov. Markedsstyrke har således ikke betydning for, hvorvidt der kan foretages et indgreb.

Konkurrenceankenævnet finder derfor, at det ikke forud for et påbud påhviler Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at foretage en selvstændig markedsafgrænsning. Styrelsen skal heller ikke forud for et påbud selvstændigt dokumentere, at der er tale om et marked uden virksom konkurrence. Om der foreligger virksom konkurrence eller ej skal efter nævnets opfattelse vurderes i lyset af, om der foreligger en eller flere af de situationer, som forarbejderne nævner som tilfælde, hvor der kan gribes ind.

Nævnet tiltræder derfor den fremgangsmåde, som styrelsen har anvendt.

Det centrale ved bedømmelsen af, om der foreligger en overtrædelse af bestemmelsen, er, om pris og avance er urimelige, dvs. højere, end hvad der ville være tilfældet under virksom konkurrence. Bestemmelsen gør det muligt for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at foretage indgreb over for aktører, der fastsætter priser, som ligger over prisen i andre lande med en effektiv betalingsformidling, eller priser, der ikke står i rimeligt forhold til omkostningerne, eller priser, der medfører overnormal indtjening. Styrelsen er i henhold til ordlyden af forarbejderne ikke forpligtet til at dokumentere og ej heller undersøge alle tre forhold ved vurderingen af, om der foreligger virksom konkurrence.

Konkurrenceankenævnet bemærker hertil, at ved vurdering af, om Nets' gebyrer må anses for urimelige, er det forhold, at Dankortet sammenlignet med andres betalingskort er billigere, ikke afgørende, idet forarbejderne lægger vægten på selskabets egen indtjening. Nets' gebyrer skal derfor vurderes på Nets' egne præmisser, herunder dets omkostnings- og

indtjeningsstruktur for ikke-fysisk handel. Ved vurdering af selskabets indtjening på det ikke-fysiske marked kan selskabet ikke kompensere for manglende dækning på det fysiske marked.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i sin afgørelse lagt vægt på, at Nets' gebyrer ikke står i rimeligt forhold til selskabets omkostninger, og at gebyrerne medfører en overnormal indtjening. Styrelsen har i den forbindelse lagt vægt på den fremlagte dokumentation for Nets' overskudsgrad i forhold til andre brancher og forretningsområder, selskabets forrentning af sin investering i lyset af bl.a. C20-indekset samt oplysninger om Nets' indtjening på den marginale transaktion.

Konkurrenceankenævnet finder, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen herved væsentligt har sandsynliggjort, at Nets' gebyrer ligger over et prisniveau, som ville være gældende på et marked med virksom konkurrence. Styrelsen har derfor med rette påbudt Nets at nedbringe sine gebyrer til lovens krav.

Det forhold, at styrelsen har valgt ikke at fastsætte en maksimalpris for Nets' gebyrer, men i første omgang – som det mindre – har ladet det stå åbent for de berørte parter at forhandle sig frem til et nyt gebyr, der er i overensstemmelse med betalingstjenestelovens § 79, findes ikke at være en mangel ved afgørelsen.

Herefter

B E S T E M M E S

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 29. november 2012 stadfæstes.

Palle Bo Madsen

Claus Berg

Birgitte Sloth

Christian Hjorth-Andersen

Jon Stokholm

Udskriftens rigtighed bekræftes
Konkurrenceankenævnet den 25. juni 2013

Sign. af Erhvervsstyrelsen

Tina Delvig
Fuldmægtig