

K E N D E L S E

om opsættende virkning

afsagt af Konkurrenceankenævnets formand den 11/7 2013 i sag nr. KL-2-2013

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

mod

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
(Samuel Eddie Mogensen)

Resume af afgørelsen

Nets Holding A/S (herefter "Nets") har påklaget Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 23. maj 2013 i sag 12/17816 – "Vurdering af Nets' ændring af Dankortgebyrer som følge af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 30. november 2012" for Konkurrenceankenævnet. Ved afgørelsen har styrelsen påbudt Nets, at den gennemsnitlige pris for en dankorttransaktion på internettet ikke må overskride 1,20 kr.

Denne afgørelse angår alene spørgsmålet om, hvorvidt klagen fra Nets skal tillægges opsættende virkning. Konkurrenceankenævnets formand har truffet afgørelse om, at klagen ikke skal tillægges opsættende virkning.

Parternes påstande

Nets har anmodet om, at klagen tillægges opsættende virkning.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udtalt sig imod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Den påklagede afgørelse

I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 23. maj 2013 fremgår det bl.a.:

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen traf den 30. november 2012 afgørelse om FDIH's (Foreningen for Dansk Internet Handel) klage over dankortgebyrer på internettet. FDIH er en interesseorganisation for virksomheder, der forretningsmæssigt bruger internettet og andre digitale kanaler.

Dankortgebyrer på internettet fastsættes af Nets, som 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.

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.

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 omkostninger, og om de medfører en overnormal indtjening hos Nets.

Af afgørelsen af 30. november 2012 fremgår, at Nets har overtrådt betalingstjenestelovens § 79 ved at have fastsat gebyrer ved brug af dankort på internettet, der er højere, end hvad der ville være tilfældet under virksom konkurrence. Styrelsen har derfor påbudt Nets at nedsætte dankortgebyret senest den 31. januar 2013 over for forretninger på internettet således, at der ved fastsættelsen af disse gebyrer ikke anvendes urimelige priser og avancer i henhold til § 79 i betalingstjenesteloven.

Nets reducerede sine gebyrer for dankortbetalinger på internettet den 31. januar 2013. Gebyrændringen bestod primært i, at Nets gjorde det billigere at modtage dankort i købsintervallet 100-500 kr., idet det såkaldte ad valorem-gebyr på 0,10 pct. af købsbeløbet, som tidligere havde været en del af gebyret for betalinger over 100 kr., nu først finder anvendelse ved købsbeløb over 500 kr. Der blev ikke ændret på gebyrerne ved betalinger under 100 kr. og over 500 kr., men der blev indført lidt større mængderabatter til virksomheder med mange transaktioner.

Gebyrændringen betyder et fald i Nets' omsætning ved indløsning af dankort. Såfremt de nye gebyrer havde været gældende i 2010 og 2011 kan overskudsgraden beregnes til [30-70] pct. i 2010 og [30-70] pct. i 2011, dvs. ca. [30-70] pct. Dette er mellem [0-10] pct. point lavere end Nets' overskudsgrad i disse år med de oprindelige gebyrer.

Som følge af Nets' nedsættelse af dankortgebyrerne den 31. januar 2013 har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fundet anledning til at undersøge, hvorvidt Nets' gebyrændring efterlever styrelsens påbud af 30. november 2012, og Nets derved overholder betalingstjenestelovens bestemmelse om ikke at anvende urimelige priser og avancer.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at Nets gebyrændring af 31. januar 2013 ikke er i overensstemmelse med betalingstjenestelovens § 79, således at Nets, ved at anvende gebyrerne fastsat 31. januar 2013, fortsat anvender urimelige priser og avancer ved indløsning af betalingstransaktioner foretaget med dankortet på internettet.

Styrelsen har i den forbindelse særligt lagt vægt på følgende forhold:

Hvis de nye gebyrer fandt anvendelse i årene 2010 og 2011 ville overskudsgraden for dankort på internet og dermed forbundne ydelser have været ca. [30-70] pct. Hvis der alene tages udgangspunkt i det forretningsområde, der er omfattet af betalingstjenestelovens § 79, dvs. gebyrindtægterne og de dermed forbundne omkostninger, er overskudsgraden ca. [30-70] pct. samme år.

Nets-koncernens samlede overskudsgrad lå i samme periode på mellem 13-14 pct.

Indtjeningen ved indløsning af dankort på internettet, som i kraft af de nye gebyrer medfører en

overskudsgrad på [30-70] pct., er altså væsentligt højere end indtjeningen på Nets' andre forretningsområder.

En overskudsgrad ved indløsning af dankort på internettet på ca. [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, og i 2010 er 4,5 pct.

En estimering af Nets' forrentning af investeringerne forbundet med indløsning af dankort giver et årligt afkast på [0-40] pct. i perioden 1999-2011. Nets' gebyrændring vil fremadrettet ikke ændre væsentligt på dette forhold. Eksempelvis kan det gennemsnitlige årlige afkast beregnes til ca. [0-40] pct. såfremt det lægges til grund, at de nye dankortgebyrer fandt anvendelse i 2008-2011.

Det gennemsnitlige årlige afkast 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 de nye gebyrsatser, at Nets opnår et risikotillæg på [0-40] pct. point, hvilket må betegnes som højt.

Et mål for afkast, som er forbundet med en risiko, er C20-indekset 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 ca. [0-40] pct. ved indløsning af dankort på internettet som følge af de nye gebyrer betegnes som en høj forrentning af investeringerne.

Endvidere understøtter beregninger af det såkaldte Lerner-indeks sammenholdt med tilsvarende indeks hos andre brancher og andre 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.

Hvis styrelsen finder, at der er tale om urimelige priser, kan styrelsen udstede påbud om, at "angivne priser eller avancer ikke må overskrides". På denne baggrund har styrelsen undersøgt,

hvilket gebyrniveau der er det maksimale, hvor der med tilstrækkelig sikkerhed i henhold til betalingstjenesteloven kan siges, at der ikke anvendes urimelige priser og avancer.

I vurderingen af hvornår gebyrerne ikke er højere end, hvad der er tilfældet under virksom konkurrence, har styrelsen undersøgt hvorvidt et gennemsnitligt dankortgebyr på henholdsvis 1,20 kr. og 1,30 kr. står i et rimeligt forhold til de forbundne omkostninger, og hvornår de ikke medfører en overnormal indtjening hos Nets.

Der kan argumenteres for, at gebyret ved en virksom konkurrence kunne blive endnu lavere, særligt fordi gebyret selv efter nedsættelsen er noget højere end marginalomkostningerne, men Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har anvendt et konservativt skøn for at finde det niveau, hvor styrelsen ikke ville have grebet ind.

Såfremt dankortgebyrerne i 2010 og 2011 i gennemsnit havde udgjort ca. 1,20 kr. pr. transaktion, ville Nets' overskudsgrad være henholdsvis [0-30] pct., når der alene tages udgangspunkt i indtægter og omkostninger forbundet med servicegebyrerne. Begge disse niveauer er ikke højere end den gennemsnitlige overskudsgrad i de ti brancher med højst overskudsgrad, og ligger tæt på Nets-koncernens samlede overskudsgrad, der i samme periode lå på mellem 13-14 pct.

Tilsvarende ville en gennemsnitlig transaktionspris på 1,30 kr. medføre en overskudsgrad på henholdsvis [0-30] pct. i 2010 og 2011, hvilket er tæt på niveauet for de ti brancher med højst overskudsgrad i 2010, samt højere end Nets-koncernens samlede overskudsgrad.

En gennemsnitlig pris på ca. 1,20 kr. pr. transaktion svarer til en reduktion af Nets' omsætning ved servicegebyrer på ca. [20-50] pct. i 2010 og 2011. Hvis det antages, at Nets' omsætning ved servicegebyrer var ca. [20-50] pct. lavere i årene 2008-2011, dvs. fra det tidspunkt det akkumulerede resultat var positivt, kan Nets' forrentning af investeringerne estimeres til [0-20] pct. Dette indebærer et risikotillæg på [0-10] pct. point, i forhold til den gennemsnitlige risikofrie rente på 4 pct., og er på samme niveau, som det alternative mål for afkast, som er forbundet med en risiko, nemlig C20-indekset for de 20 mest omsatte aktier i Danmark, hvor det gennemsnitlige årlige afkast udgjorde 9 pct. i samme periode.

Samme beregning baseret på et gennemsnitligt dankortgebyr på 1,30 kr. medfører en estimeret

forrentning på [0-20] pct. og er således højere end det gennemsnitlige årlige afkast for C20-indekset.

Beregningen af det såkaldte Lerner-indeks på baggrund af et gennemsnitligt dankortgebyr på ca. 1,20 kr. pr. transaktion giver resultatet [0,10-0,50], hvilket ligger på niveau med Lernerindeks for den finansielle sektor i EU, som er estimeret til mellem 0,10 og 0,25. Dertil kommer, at Nets' gennemsnitlige pris på ca. 1,20 kr. pr. transaktion vil være ca. [0-40] pct. højere end Nets' marginalomkostning ([...] kr.), mod tidligere [40-80] pct.

Et gennemsnitligt gebyr på 1,30 kr. vil give et Lerner-indeks på [0,10-0,50], og den gennemsnitlige pris vil være [20-50] pct. højere end Nets' marginalomkostninger.

En gennemsnitlig pris på 1,20 kr. pr. dankorttransaktion vil således føre til priser og avancer der ligger under en række af de benchmark, som er anvendt i vurderingen. Dette niveau vil medføre en overskudsgrad, der ikke er højere end den gennemsnitlige overskudsgrad i de ti brancher med højst overskudsgrad. Overskudsgraden vil endvidere ligge tæt på Nets-koncernens samlede overskudsgrad. Derudover vil den fremadrettet forrentning som følge af en gennemsnitlig pris på 1,20 kr. ligge nærmere alternative mål for afkast ved investeringer, der er forbundet med risiko. Endelig vil det beregnede Lerner-indeks ikke være højere end tilsvarende indeks for den finansielle sektor og forholdet mellem pris og marginalomkostning er nærmere et niveau, som afspejler virksom konkurrence.

En gennemsnitlig pris på 1,30 kr. pr. transaktion vil derimod medføre priser og avancer som ligger over en række af de benchmark, som styrelsen har anvendt i sin vurdering af dankortgebyrerne.

På denne baggrund er det styrelsens vurdering, at et gennemsnitligt gebyr på 1,30 kr. pr. transaktion indebærer priser og avancer, der ikke kan forventes opretholdt på et marked under virksom konkurrence, idet gebyret set i lyset af ovenstående beregninger ikke "står i et rimeligt forhold til de forbundne omkostninger", og "samtidig medfører en overnormal indtjening hos Nets".

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder derfor, at et gennemsnitligt dankortgebyr på 1,20 kr.

står i et rimeligt forhold til de forbundne omkostninger, og ikke medfører en overnormal indtjening hos Nets. Dette skal endvidere ses i lyset af, at den gennemsnitlige omkostning pr. transaktion relateret direkte til dankortindløsning i 2009 og 2010 udgjorde ca. [...] kr. En gennemsnitlig pris på 1,20 kr. er således det højeste niveau, som styrelsen finder rimeligt i henhold til lovens § 79.

Det bemærkes i øvrigt, at antallet af transaktioner er steget hvert eneste år gennem de sidste ti år, og at der fortsat forventes en øget brug af dankort på internettet, hvilket alt andet lige vil betyde lavere omkostninger pr. dankorttransaktion.

Idet Nets' gebyrændring pr. 31. januar 2013 ifølge styrelsens vurdering ikke er tilstrækkelig til at efterkomme styrelsens påbud om rimelige gebyrer i afgørelsen af 30. november 2012, finder styrelsen det nødvendigt, at udstede et påbud om at den gennemsnitlige pris for en dankorttransaktion på internettet ikke må overskride 1,20 kr.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder det hensigtsmæssigt, at påbuddet i henhold til betalingstjenestelovens § 98, stk. 1, alene skal gælde halvandet år. Baggrunden er, at et gebyrloft kan medføre, at konkurrencen begrænses på andre parametre, herunder innovation, produktudbud, sikkerhedsudvikling, hvilket er afgørende for et velfungerende marked for indløsning af betalingskort.

Efter at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har fremsendt udkast til afgørelse til Nets, har Nets og bankerne udfærdiget en ny aftale om vilkårene mellem Nets og bankerne for så vidt angår dankort, herunder prissætning for ydelser i relation til dankortgebyrer på internettet. Aftalen medfører ikke lavere dankortgebyrer på internettet, men derimod at en større del af det gebyr, som Nets modtager fra internetforretningerne, fremover vil gå direkte til bankerne, hvorved Nets' overskudsgrad mindskes. Aftalen er endnu ikke underskrevet.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder, at den udfærdigede aftale ikke giver anledning til en ændret vurdering af dankortgebyrerne. Det forhold, at bankerne og Nets indgår aftale om en anden fordeling af den samlede omsætning ved indløsning af dankort på internettet, uden at aftalen er begrundet i en dokumenteret ændring i omkostningerne eller at aftalen fører til en nedsættelse af det samlede dankortgebyr, kan ikke i sig selv medføre, at dankortgebyret anses for

at være bragt til et niveau, hvor det ikke længere er højere, end hvad der ville være tilfældet under virksom konkurrence.

I nærværende sag påbydes Nets' således at nedsætte sine dankortgebyrer, således at den gennemsnitlige pris for en dankorttransaktion på internettet ikke overskrider 1,20 kr. Efter påbuddets ophør, er det Nets' ansvar, at der fortsat ikke anvendes urimelige priser og avancer i henhold til § 79 i betalingstjenesteloven. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil i sit tilsyn efter § 79 have særlig fokus på området.

Afgørelsen afholder ikke styrelsen fra på et senere tidspunkt at foretage en fornyet vurdering af kommende dankortgebyrer. Dertil kommer, at et indgreb ikke forudsætter, at et for højt pris- eller avancenniveau skal have været konstateret i en længere periode, men kan foretages umiddelbart, når det konstateres, at en aktør anvender urimelige priser og avancer.

Parternes argumentation

Nets har, til støtte for at klagen skal tillægges opsættende virkning, gjort gældende, at det må bero på en konkret afvejning af det offentlige interesse i gennemførelsen af afgørelsen overfor hensynet til den private part, når det skal afgøres, hvorvidt en anke bør tillægges opsættende virkning. Ingen væsentlige offentlige interesser taler mod, at klagen tillægges opsættende virkning, idet markedet for internetbetalinger på grund af spredningen af de relativt små gebyrer kun påvirkes marginalt af en nedsættelse i perioden fra 1. juli 2013, og indtil en afgørelse fra Konkurrenceankenævnet foreligger.

Det vil være særdeles byrdefuldt for Nets at nedsætte sine dankortgebyrer. Dette vil kræve en omfattende teknisk og økonomisk implementering i Nets forretning, og en implementering af et gennemsnitligt servicegebyr pr. Dankorttransaktion på 1,20 kr. vil betyde et meget voldsomt indgreb i Nets' indtjening.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder overordnet ikke, at klagen bør tillægges opsættende virkning, idet hensynet til den effektive efterlevelse af afgørelsen vejer tungere end hensynet til klagers fremførte økonomiske interesser; det er ikke godtgjort, at det vil medføre uoprettelig økonomisk skade for klager, såfremt der ikke gives klagen opsættende virkning.

Udgangspunkt er, at afgørelser efter § 98, stk. 3, ikke tillægges opsættende virkning, med mindre der foreligger helt særlige grunde, der gør dette påkrævet. Klager har ikke godtgjort, at der foreligger sådanne særlige grunde, der taler for, at hensynet til klager bør veje tungere end det offentlige interesse i, at lovens bestemmelser overholdes, og at myndighedsafgørelser efterleves.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har anført, at væsentlige offentlige interesser taler for, at klagen ikke tillægges opsættende virkning. Påbuddet om, at Nets skal nedsætte det gennemsnitlige dankortgebyr til 1,20 kr., hvor der ifølge styrelsens vurdering ikke er tale om urimelige priser og avancer, vil indebære en betragtelig reduktion i internetforretningernes omkostninger på omkring 40 mio. kr. om året afhængigt af antallet af dankorttransaktioner på internettet.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bestrider desuden, at det vil være væsentligt byrdefuldt for Nets at efterleve påbuddet på det foreliggende grundlag, og Nets har ikke godtgjort dette ved sine påstande. Hertil kommer, at økonomiske overvejelser i sig selv som udgangspunkt ikke er tilstrækkelige til at medføre opsættende virkning. Det gøres i denne forbindelse gældende, at det ikke ses at være dokumenteret, at en efterlevelse af afgørelsen vil indebære uoprettelige økonomiske konsekvenser for Nets.

De af Nets nævnte omkostninger ved implementering af nye dankortgebyrer er ikke tab af væsentligt omfang set i forhold til selskabets samlede økonomiske situation. Nets-koncernen havde i 2011 en samlet omsætning på 5,56 mia. kr. og et resultat efter skat på 621 mio. kr.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bestrider, at det vil være særdeles byrdefuldt for Nets at nedsætte sine dankortgebyrer, idet Nets' indtjening har været baseret på urimelige priser og avancer i strid med betalingstjenestelovens § 79.

Hertil kommer, at over for klagers økonomiske interesser står de modsvarende økonomiske interesser hos FDIH's medlemmer. Den likviditetsmæssige situation hos de berørte medlemmer af FDIH vil formentlig i langt højere grad end Nets' likviditetsmæssige situation blive afgørende belastet for hver yderligere dag, der går, med urimeligt høje indløsningsgebyrer.

Afvejningen synes i øvrigt at være den samme, som gjorde sig gældende, da Nets anmodede om opsættende virkning ved indbringelsen af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 30.

november 2012, hvorfor resultatet også bør være det samme.

Afgørelsens begrundelse og resultat

I henhold til § 98, stk. 5, i lovbekendtgørelse nr. 365 af 26. april 2011 om betalingstjenester og elektroniske penge ("betalingstjenesteloven"), kan en klage tillægges opsættende virkning af Konkurrenceankenævnet.

Afgørelsen af, om en klage bør tillægges opsættende virkning, må bero på en afvejning af det offentlige interesse i, at gennemførelsen af afgørelsen ikke udsættes, over for arten og omfanget af den skade, den pågældende kan blive påført.

I den foreliggende sag må der lægges vægt på, at hensynet til en effektiv håndhævelse af betalingstjenestelovens regler, herunder § 79, set overfor Nets' rent økonomiske interesse taler afgørende imod at tillægge en klage til Konkurrenceankenævnet om ophævelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse opsættende virkning.

Nævnet finder det i den forbindelse ikke godtgjort, at der er grundlag for at antage, at en efterlevelse af den påklagede afgørelse i tiden indtil ankenævnets stillingstagen foreligger, kan medføre sådanne økonomiske skadevirkninger, som kan begrunde, at der tillægges klagen opsættende virkning.

På denne baggrund tillægges Nets Holding A/S' klage af 20. juni 2013 ikke opsættende virkning.

Afgørelsen er truffet af Konkurrenceankenævnets formand, jf. § 7 i bekendtgørelse nr. 175 af 22. februar 2013.

Jon Stokholm

Udskriftens rigtighed bekræftes

Konkurrenceankenævnet den 11. juli 2013

Sign. af Erhvervsstyrelsen

Tina Delvig

Fuldmægtig