



DET KONGELIGE FORNYINGS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT

BNP Paribas
Postboks 106
0102 OSLO

Deres referanse

Vår referanse
200802944-/TMO

Dato
17. desember 2008

Klage på Konkurransetilsynets avgjørelse A2008-25 - Avslag på anmodning om å gripe inn mot reduksjon i interbankgebyret for minibank – konkurranse-loven § 12, jf. §§ 10 og 11

1. Innledning

Det vises til Konkurransetilsynets brev av 7. november 2008 med oversendelse av klage fra BNP Paribas av 25. august d.å. til Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD). BNP Paribas klager over Konkurransetilsynets avgjørelse A2008-25 av 4. juli 2008 om avslag på anmodning om å gripe inn mot Finansnæringens Hovedorganisasjon (FNH) og Sparebankforeningen sin beslutning om å redusere interbankgebyret for minibank.

Konkurransetilsynet har vurdert klagen, men finner ikke grunnlag for å endre sin tidligere avgjørelse om ikke å gripe inn etter konkurranse-loven¹ § 12 første ledd, og oversender saken til FAD i medhold av konkurranse-loven § 12 tredje ledd.

2. Sakens bakgrunn

2.1. Anmodningen om å gripe inn fra BNP Paribas

I brev av 21. desember 2007 anmodet BNP Paribas Konkurransetilsynet om å gripe inn mot FNH og Sparebankforeningens beslutning om å redusere interbankgebyret for minibank. Fra 1. mars 2008 ble interbankgebyret redusert fra 6,50 kroner til 5,50 kroner per transaksjon. Gebyret vil ytterligere reduseres til 4,50 kroner fra og med 1. januar 2009.

¹ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

Interbankgebyr for uttak i minibank reguleres gjennom avtale nr. 33 "Avtale om interbankgebyrer" mellom FNH og Sparebankforeningen inntatt i "Avtale – og regelverks-samling for innenlands betalingsformidling". Avtalen fastsetter at det ved kontantuttak i minibank påløper et gebyr som kortutsteders bank må betale til minibankeieren. Interbankavtalen inneholder også et forbud mot å ta betalt direkte fra kunden dersom minibankeier ved utførelse av transaksjonen har mottatt interbankgebyret (forbudet mot surcharge).

BNP Paribas anfører i klagen at samarbeidet om å redusere interbankgebyret, kombinert med forbudet mot surcharge er et konkurransebegrensende samarbeid i strid med forbudet i konkurranseloven § 10. Det anføres videre at beslutningen om å redusere interbankgebyret for minibank kombinert med forbudet mot surcharge, er en påtvingelse av urimelige forretningsvilkår i strid med konkurranseloven § 11.

2.2. Konkurransetilsynets avgjørelse A2008-25

I avgjørelse A2008-25 av 4. juli 2008 avslo Konkurransetilsynet anmodningen fra BNP Paribas om å gripe inn mot reduksjonen i internettbankgebyret som følger av beslutningen mellom FNH og Sparebankforeningen.

Tilsynet viser i avgjørelsen til at det kan pålegge foretak som overtrer forbudene i konkurranseloven §§ 10 eller 11 å bringe overtredelsen til opphør, jf. konkurranseloven § 12 første ledd. Konkurransetilsynet har på bakgrunn av henvendelsen i denne saken, gjort en foreløpig vurdering av om atferden er i strid med konkurranseloven §§ 10 og/eller 11. I forbindelse med saksbehandlingen innhentet tilsynet 22. februar 2008 en redegjørelse fra FNH og Sparebankforeningen av 3. april d.å.

2.2.1. Tilsynets vurdering av forholdet til konkurranseloven § 10

Konkurransetilsynet viser til at konkurranseloven § 10 forbyr uavhengige foretak å samarbeide på en måte som har til formål eller virkning å begrense konkurransen i et marked. Et samarbeid foreligger der to eller flere parter har kommet til felles enighet om en gitt atferd i markedet. Bestemmelsen tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53 og EF-traktaten artikkel 81. Praksis knyttet til tolkningen av disse bestemmelsene vil derfor være relevant ved anvendelsen av konkurranseloven § 10.

Tilsynet mener det er på det rene at det gjennom "Avtale – og regelverkssamling for innenlands betalingsformidling" foreligger en avtale mellom uavhengige foretak om interbankgebyrene. Konkurransetilsynet presiserer i denne sammenheng at siden klager stiller seg positiv til interbanksamarbeidet, har tilsynet ikke funnet det nødvendig å vurdere om interbankgebyravtalens bestemmelser knyttet til uttak i minibank som sådan strider mot konkurranseloven § 10. Tilsynet har på denne bakgrunn og i tråd med klagers anførsler foretatt en vurdering av den konkrete reduksjonen av interbankgebyret for minibank kombinert med forbudet mot surcharge.

Konkurransetilsynet viser til at det ikke har funnet grunnlag for at dette samarbeidet har til hensikt å begrense konkurransen. Etter tilsynets vurdering er det likevel mulig at reduksjonen av gebyret kombinert med forbudet mot surcharge kan ha konkurransebegrensende virkninger. Samtidig mener tilsynet at dette også kan medføre effektivitetsgevinster i form av lavere gebyrer og oversiktighet for forbrukerne, som kan oppfylle vilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd. Konkurransetilsynet vurderer det derfor slik at endringen trolig vil kunne ha til dels ulike virkninger for aktørene i bankmarkedet.

Tilsynet mener videre at endringen også kan få ulike samfunnsøkonomiske virkninger av både kvalitativ og kvantitativ art, og det kan ikke utelukkes at den vil kunne ha både positive og negative virkninger for forbrukerne. Tilsynet viser til at reduksjonen i gebyret eksempelvis kan føre til lavere gebyrer for forbrukerne ved uttak fra minibank, samtidig som det på sikt kan tenkes å føre til færre tilgjengelige minibanker. Konkurransetilsynet viser til at avveininger som dette mellom de ulike virkningene etter konkurranseloven § 10 første og tredje ledd vil kreve en omfattende saksbehandling.

2.2.2. Tilsynets vurdering av forholdet til konkurranseloven § 11

Konkurransetilsynet viser til at konkurranseloven § 11 forbyr et dominerende foretaks utilbørlige utnyttelse av sin stilling. Bestemmelsen svarer til EØS-avtalen artikkel 54 og EF-traktaten artikkel 82. Praksis knyttet tolkningen av disse bestemmelsene vil derfor være relevant ved anvendelsen av konkurranseloven § 11. Forbudet i § 11 retter seg mot foretak, og det er to kumulative vilkår som må være oppfylt for at det skal konstateres en overtredelse. For det første må foretaket eller foretakene inneha en dominerende stilling. Dernest må foretakets atferd utgjøre en utilbørlig utnyttelse.

Konkurransetilsynet viser til at BNB Paribas anfører at det foreligger en utilbørlig utnyttelse av en kollektiv dominerende stilling i denne saken. Tilsynet kan ikke utelukke at reduksjonen i interbankgebyret vil kunne ha utestengende virkninger, på aktører med særlig vekt på minibankdrift som eget forretningsområde. Men tilsynet viser til at det er sider ved saken som trekker i motsatt retning. Tilsynet peker i denne forbindelse på at det blant annet har vært en fallende tendens i bruken av minibanker de senere år², som kan tale for at det behov for bedre å tilpasse tilbudet til den etterspørselen som er i markedet. Videre viser tilsynet til at aktørenes mulighet til å foreta nødvendige tilpasninger er søkt ivaretatt gjennom en gradvis nedtrapping i gebyret. Tilsynet viser i denne forbindelse til Sparebankforeningen sin begrunnelse for å redusere gebyret, som omfatter en målsetting om å redusere kostnadene knyttet til kontanthåndtering. Etter Konkurransetilsynets vurdering er det derfor tvil om vilkåret om utilbørlig misbruk er oppfylt i dette tilfellet. Tilsynet understreker at sakens kompleksitet, sett hen til terskelen for inngrep etter § 11, innebærer at det vil kreve en omfattende saksbehandling å ta stilling til om det foreligger en overtredelse av konkurranseloven § 11.

² Tilsynet viser i denne forbindelse til tabell 11b på side 48 i Norges Banks "Årsrapport om betalingssystem 2007".

2.2.3. Tilsynets samlede vurdering av anmodningen om å gripe inn

Konkurransetilsynet viser til at det mottar svært mange henvendelser om påståtte overtredelser av konkurranseloven § 10 og § 11. Tilsynet understreker at det ikke har ressurser til å realitetsbehandle alle disse henvendelsene, og har adgang til å avslå en anmodning om påbud om opphør på bakgrunn av en prioritetsvurdering, jf. Konkurranseloven § 12 tredje ledd. Tilsynet har en betydelig skjønnsmessig adgang til å prioritere sine ressurser, og derved hvilke saker det finner hensiktsmessig å ta opp til behandling.³

På bakgrunn av klagen og de mottatte opplysningene samt ovennevnte vurderinger etter konkurranseloven §§ 10 og 11, finner Konkurransetilsynet at det er tvilsomt om den påståtte overtredelsen har tilstrekkelig samfunnsøkonomisk betydning til å kunne prioritere ytterligere ressurser til undersøkelser. Konkurransetilsynet avslår derfor anmodningen fra BNP Paribas om å gi et pålegg om opphør.

Tilsynet viser til at avgjørelsen kan påklages til departementet, jf. konkurranseloven § 12 tredje ledd. Videre vises det til at foretak som mener å være rammet av en overtredelse av konkurranseloven §§ 10 eller 11 kan reise sak ved domstolene, uten å være avhengig av at Konkurransetilsynet involverer seg i saken og eventuelt griper inn, for å kunne beskytte seg mot en overtredelse.

2.3. BNP Paribas klage på Konkurransetilsynets avgjørelse

BNP Paribas har klaget på Konkurransetilsynets avgjørelse i brev av 25. august d.å. Klager mener ressursprioriteringen til tilsynet ikke er forsvarlig, fordi den bygger på sviktende faktisk grunnlag. Det anføres at saken har en potensielt betydelig samfunnsøkonomisk verdi. I denne forbindelse hevdes at Konkurransetilsynet har vurdert saken i et for snevert perspektiv. Tilsynet har ikke tatt i betraktning sakens mulige betydning utover den direkte effekten for drift av minibanker. Konkurransetilsynet har heller ikke sett saken i sammenheng med andre strukturelle forhold på det norske markedet.

Klager viser også til EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og Kommisjonens meddelelse om Kommisjonens behandling av klager i henhold til EF-traktatens artikkel 81 og 82⁴ som selvstendig grunnlag for at manglende samfunnsøkonomisk betydning ikke alene kan begrunne et avslag etter konkurranseloven § 12 tredje ledd. Det anføres at brudd på retningslinjen fra Kommisjonen om behandling av klager er en ugyldighetsgrunn.

Videre anfører BNP Paribas som selvstendig klagegrunn, at Konkurransetilsynet ikke har vurdert forholdet til EØS-avtalens konkurranseregler. I følge klager er BNP Paribas en viktig utfordrer på det norske bankmarkedet og den eneste utenlandske bank med en helhetlig produktportefølje. BNP gjør gjeldende at Konkurransetilsynet ikke har

³ Tilsynet viser til uttalelser i forarbeidene til konkurranseloven, jf. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 6.4.6 og 6.6.6.

⁴ Retningslinjen er publisert i Den Europeiske Unions Tidende C 101/65.

vurdert tilsynsplikten til Konkurransetilsynet etter EØS-avtalen og EØS-konkurranseloven, som anføres å følge av EØS-konkurranseloven § 6 og forskrift om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen avsnitt II artikkel 5.

2.4. Konkurransetilsynets kommentarer til klagen fra BNP Paribas

I brev av 7. november d.å. har tilsynet vurdert klagen fra BNP Paribas, men har ikke funnet grunn til å endre sin tidligere avgjørelse. Tilsynet ønsker imidlertid å knytte noen kommentarer til klagen.

Konkurransetilsynet viser til adgangen til å legge bort en sak uten en realitetsavgjørelse som følger av konkurranseloven § 12 tredje ledd. Det følger også av forarbeidene⁵ til konkurranseloven at tilsynet har en betydelig skjønnsmessig adgang til å prioritere sine ressurser og derved hvilke saker som skal tas opp til behandling. Det vises videre til uttalelser i vedtak⁶ fra FAD om ressursprioriteringen til Konkurransetilsynet.

Avslaget i foreliggende avgjørelse er begrunnet i tilsynets ressursprioritering. Det er i denne forbindelse blant annet lagt vekt på Konkurransetilsynets foreløpige vurdering av mulighetene for at saken vil kunne føre frem til et vedtak om inngrep, hvilke ressurser som ville ha vært nødvendig for å ta stilling til de materielle spørsmål som saken reiser, samt mulig samfunnsøkonomisk betydning av en eventuell overtredelse. Det er også sett hen til tilsynets overordnede prioriteringer av ulike markeder. Betalingsformidling er et prioritert område for Konkurransetilsynet. Men det må likevel være adgang for tilsynet til å foreta en konkret vurdering av hvilke saker innenfor disse områdene som skal prioriteres, basert på vurderinger som nevnt ovenfor.

For øvrig viser tilsynet til at det, uavhengig av vurderingene knyttet til foreliggende sak, har særlig fokus på markeder knyttet til internasjonale betalingskort. I denne sammenhengen viser tilsynet til de problemstillingene som er påpekt i sektorundersøkelsene fra Europakommisjonen⁷ og ESA⁸, rapporter fra Norges Bank, Kredittilsynet og Konkurransetilsynet fra 2004⁹ og 2007¹⁰ samt brev av 21. februar 2008 fra Finansdepartementet til Konkurransetilsynet.

Konkurransetilsynet viser videre til at de prosessuelle konkurransereglene i EØS-avtalen avsnitt II artikkel 5 angir hvilken kompetanse Konkurransetilsynet har i forhold til EØS-avtalen. Bestemmelsen regulerer således ikke tilsynsplikten til tilsynet slik

⁵ Jf. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 6.4.6 og punkt 6.6.6 samt NOU 2003: 12 punkt 7.5.2.3.5.

⁶ Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak av 1. desember 2006 i klagesak Konkurransetilsynets avgjørelse A2006-50 – avslag på anmodning om å gripe inn mot Rom Eiendom AS, punkt 2.

⁷ Report on the retail banking sector inquiry, Europakommisjonen 31. januar 2007.

⁸ Retail banking sector inquiry, ESA 18. januar 2008.

⁹ Regulering av de internasjonale kortselskapenes provisjoner, Norges Bank, Kredittilsynet og Konkurransetilsynet, 29. oktober 2004.

¹⁰ Ny vurdering av markeder for internasjonale betalingskort i Norge, Norges Bank, Kredittilsynet og Konkurransetilsynet, 17. september 2007.

klager anfører. EØS-konkurranseloven § 6 statuerer en generell plikt for Konkurransetilsynet til å føre tilsyn med at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 overholdes i tilfeller hvor samhandelen mellom EØS-stater er påvirket. Tilsynet mener at tilsynsplikten som følger av EØS-konkurranseloven § 6 ikke legger begrensninger på Konkurransetilsynets adgang til å prioritere saker på grunn av ressurs hensyn. Bestemmelsen fastsetter tvert i mot at saksbehandlingsreglene i konkurranseloven § 12 tredje ledd kommer tilsvarende til anvendelse på saker som behandles etter EØS-avtalen, jf. også Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 208. Konkurransetilsynet kan således legge bort saker i henhold til konkurranseloven § 12 tredje ledd, uten at dette bryter med tilsynsplikten etter EØS-konkurranseloven § 6.

Når det gjelder klagers påstand om at brudd retningslinjene til Kommisjonen er en ugyldighetsgrunn, viser tilsynet til at denne gjelder for Kommisjonens saksbehandling. Konkurranseloven § 12 tredje ledd er en saksbehandlingsregel som kommer direkte til anvendelse ved behandling av norske konkurranseregler. Det følger direkte av ordlyden i EØS-konkurranseloven § 6 at konkurranseloven § 12 tredje ledd kommer til anvendelse ved tilsynets behandling av saker med en EØS-dimensjon, med unntak av de tilfeller hvor nasjonale myndigheters prosessregler ikke ivaretar grunnleggende rettssikkerhetsgarantier i tilstrekkelig grad.¹¹ Dette støttes også av uttalelser i forarbeidene til konkurranseloven, jf. ovenfor. Retningslinjene fra Kommisjonen vil derfor ikke begrense Konkurransetilsynets saksbehandling slik klager har anført. EØS-konkurranseloven er således ikke til hinder for at Konkurransetilsynet kan avslå en anmodning om påbud om opphør etter konkurranseloven § 12 av ressurs hensyn.

Tilsynet gjør for orden skyld oppmerksom på at det varslet ESA om saken 12. september 2008, og at ESA meldte tilbake 1. oktober d.å. at det ikke er aktuelt for overvåkningsorganet å behandle saken.

3. Departementets vurderinger og konklusjon

Konkurranseloven § 12 første ledd gir Konkurransetilsynet mulighet til å pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudene i konkurranseloven § 10 eller § 11 å bringe overtredelsen til opphør. Et eventuelt pålegg kan være initiert av tilsynet selv, eller det kan foreligge en anmodning fra andre om at tilsynet skal gi et slikt pålegg.

Dersom Konkurransetilsynet avslår en anmodning om å gi pålegg om å bringe overtredelsen til opphør, skal tilsynet i henhold til konkurranseloven § 12 tredje ledd begrunne avslaget. Avgjørelsen er gjenstand for klage til departementet. Departementet skal i disse sakene vurdere om tilsynets prioritering gir uttrykk for en forsvarlig prioritering av Konkurransetilsynets ressurser og om avvisningen oppfyller kravene til begrunnelse i konkurranseloven § 12 tredje ledd.

¹¹ Konkurransetilsynet viser til "Norsk Konkurranserett", Kolstad II s. 23 flg. til støtte for dette syn.

Konkurransetilsynet må i stor grad ha adgang til selv å vurdere hvordan det prioriterer sine ressurser mellom ulike saker. Det vil derfor sjelden være grunnlag for å oppheve en avgjørelse på grunn av uforsvarlig prioritering. Departementets viktigste oppgave vil derfor normalt være å kontrollere at begrunnelsen er grundig nok i forhold til lovens krav, og at den ikke lider av feil eller er mangelfull. Det vil si at Konkurransetilsynet som et minimum må redegjøre for hva som har gjort at tilsynet har valgt å avstå fra å treffe et vedtak etter konkurranseloven § 12.

Departementet prøver normalt ikke realiteten i nedprioriteringssaker. Dersom departementet opphever tilsynets avgjørelse, blir den returnert til tilsynet for ny behandling. Dette kan resultere i at saken blir avvist med en ny og mer fullstendig begrunnelse.

I den foreliggende saken har tilsynet redegjort for det rettslige grunnlaget for avgjørelsen. Videre har tilsynet konkludert med at det tvilsomt om den påståtte overtredelsen i foreliggende sak har tilstrekkelig samfunnsøkonomisk betydning til å kunne prioritere ytterligere ressurser til undersøkelser i saken. Etter departementets vurdering har Konkurransetilsynet i denne saken vurdert de spørsmål som anmodningen om pålegg om opphør ga grunnlag for. Departementet har ingen innvendinger mot Konkurransetilsynets begrunnelse og konklusjon. Videre finner FAD at Konkurransetilsynets nedprioritering i denne saken er forsvarlig.

Departementet ønsker å knytte noen kommentarer til klagers påstand om at Konkurransetilsynet ikke har vurdert tilsynsplikten som følger av EØS-konkurranseloven § 6 og forskrift om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen avsnitt II artikkel 5. I likhet med Konkurransetilsynet mener departementet at tilsynsplikten som følger av EØS-konkurranseloven § 6, ikke legger begrensninger på Konkurransetilsynets adgang til å prioritere saker på grunn av ressurshensyn. Som tilsynet viser til fastsetter bestemmelsen at saksbehandlingsreglene i konkurranseloven § 12 tredje ledd kommer tilsvarende til anvendelse på saker som behandles etter EØS-avtalen, jf. omtalen av bestemmelsene i Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 208. Konkurransetilsynet kan således legge bort saker i henhold til konkurranseloven § 12 tredje ledd, uten at dette bryter med tilsynsplikten etter EØS-konkurranseloven § 6 eller den prosessuelle forskriften avsnitt II artikkel 5.

Videre slutter departementet seg til Konkurransetilsynets vurderinger om at retningslinjene fra Kommisjonen ikke begrenser tilsynets saksbehandling, slik klager har anført. Konkurranseloven § 12 tredje ledd er en saksbehandlingsregel som kommer direkte til anvendelse ved behandling av norske konkurranseregler, jf. EØS-konkurranseloven § 6.

På bakgrunn av ovennevnte har Fornyings- og administrasjonsdepartementet truffet følgende vedtak:

*Klagen fra BNP Paribas over Konkurransetilsynets avgjørelse A2008-25 av 4. juli 2008
tas ikke til følge.*

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)
avdelingsdirektør

Therese Motzfeldt
seniorrådgiver

Kopi:

Konkurransetilsynet.

FNH, PB 2473 Solli, 0202 Oslo.

Sparebankforeningen, PB 6772 St. Olavs Plass, 0130 Oslo.