

## ■ **Bruk av ikke-diskrimineringsklausuler (NDR) i de internasjonale kortselskapenes avtaler - konkurranseloven § 12 jf. § 10 og § 11 – avslag på anmodning om pålegg om opphør**

### **Avgjørelse A2006-55**

Konkurransetilsynet viser til brev fra Solfaktor AS av 4. april 2005 og til brev fra Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) av 22. desember 2005 og 7. juni 2006. Tilsynet viser også til øvrig korrespondanse i sakens anledning. I klagenes bes det om at tilsynet vurderer lovligheten etter konkurranseloven av de internasjonale kortselskapenes bruk av ikke-diskrimineringsklausuler (Non-Discrimination Rule, heretter NDR) i Norge.

Klagenes på bruk av NDR gjelder NDR som sådan, og ikke et spesielt kortselskaps bruk av NDR. Av den grunn foretar tilsynet en overordnet vurdering av NDR, uten å relatere dette til konkrete kortselskaper. Avgjørelsen hindrer derfor ikke at tilsynet senere kan ta opp enkeltavtaler om internasjonale kort til vurdering.

Idet klagenes gjelder det samme forholdet, behandles de felles. I tillegg til klagerne har flere aktører henvendt seg om NDR uten at disse henvendelsene er å forstå som klager. Konkurransetilsynet legger til grunn at den følgende avgjørelsen også besvarer disse henvendelsene.

Konkurransetilsynet ga i 2002 tre midlertidige dispensasjoner for ikke-diskrimineringsklausuler i avtaler med brukersteder om bruk av kort ved betaling.<sup>1</sup> Dispensasjonene ble gitt etter konkurranseloven av 1993. Samtlige dispensasjoner løp ut 31. desember 2004. Som det vil fremgå av det følgende har tilsynet nå gjort en materiell vurdering av NDR etter konkurranseloven av 2004.

---

<sup>1</sup> Konkurransetilsynets vedtak V2002-60, V2002-78 og V2002-79

## 1 Bakgrunn

NDR er en klausul som inngår i en del avtaler om bruk av internasjonale kort, herunder i en rekke avtaler mellom brukersteder og innløserne.

For å kunne tilby betaling med et internasjonalt betalingskort betaler brukerstedene et brukerstedsgebyr til en innløser av det aktuelle kortet. Innløseren sørger for at brukerstedet får oppgjør når en kortinnehaver betaler med kortet på brukerstedet. Innløseren får i sin tur transaksjonsbeløpet tilbake fra kortutstederen, minus et formidlingsgebyr (interchange fee). NDR-klausulen benyttes i avtalene mellom innløseren og brukerstedet. Klausulen er noe ulikt formulert i de ulike avtalene, men har som kjennetegn at brukerstedet ikke kan velte brukerstedsgebyret over på kortinnehaverne. Brukerstedet må i stedet beregne kostnaden ved brukerstedsgebyret inn i kalkylene for de varene eller tjenestene brukerstedet tilbyr. For de internasjonale kortselskapene er formålet med dette at internasjonale kort ikke skal fremstå som dyrere i bruk for kortinnehaver enn andre betalingsmidler.

Klagerne ber tilsynet vurdere lovligheten av NDR-klausulene etter konkurranseloven.<sup>2</sup>

Begge klagerne hevder avtalene om NDR har konkurransebegrensende virkninger, og er samfunnsøkonomisk ugunstig. HSH hevder videre at NDR er i strid med forbudet om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Nedenfor følger en nærmere redegjørelse for anvendelsen av konkurranselovens forbudsbestemmelser på NDR.

Som ledd i tilsynets saksbehandling har tilsynet hentet inn informasjon fra en rekke aktører, for eksempel ved spørsmålsbrev av 20. februar 2006. Tilsynet har også flere ganger hatt muntlig kontakt med klagerne.

## 2 Anvendelsen av konkurranseloven og EØS-konkurranseloven

Når NDR anvendes i Norge er denne et avtalevilkår som i konkurranselovens § 5s forstand har "virkning eller er egnet til å ha virkning" i Norge. Forpliktelsen til å anvende NDR i brukerstedsavtaler fastsettes ofte i de internasjonale betalingskortenes internasjonale organer. Klausulen inngår som følge av dette blant annet i avtaler mellom norske innløserne og brukersteder, og har således en virkning i Norge. Konkurransetilsynet har etter dette kompetanse til å vurdere NDR-klausulene.

Konkurranseloven § 10 forbyr uavhengige foretak å samarbeide på en måte som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Konkurranssepåvirkningen må i tillegg være merkbar.

NDR inngår i en rekke forskjellige avtaler, blant annet i avtaler mellom brukersteder og innløserne. Det er derfor naturlig å vurdere bruken av NDR i lys av konkurranseloven § 10. Europakommisjonen har tidligere vurdert NDR etter den tilsvarende bestemmelsen i EF-traktaten artikkel 81.<sup>3</sup>

HSH trekker i sin klage frem at NDR utgjør en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling. Konkurranseloven § 11 forbyr dominerende foretak å utnytte sin markedsrett på en utilbørlig måte. Tilsynet vil derfor nedenfor vurdere NDR også etter denne bestemmelsen.

Konkurranseloven §§ 10 og 11 er utformet etter mønster av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og EF-traktaten artikkel 81 og 82. Det understrekes i forarbeidene til konkurranseloven at rettspraksis om de tilsvarende forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og EF-traktaten artikkel 81 og 82 vil

<sup>2</sup> Lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

<sup>3</sup> Europakommisjonens sak COMP/29.373 – Visa International

veie tungt som rettskilde ved den nærmere fastsettelsen av innholdet i konkurranseloven §§ 10 og 11.<sup>4</sup>

Konkurransetilsynet skal videre håndheve forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i EØS-avtalens artikkel 53 og 54 i samsvar med EØS-konkurranseloven<sup>5</sup>.

EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kommer til anvendelse på handlinger som kan påvirke handelen mellom EØS-statene. Dette såkalte samhandelsvilkåret er ikke nærmere definert i EØS-avtalen. Ved vurderingen av om samhandelen er påvirket vil Konkurransetilsynet blant annet se hen til EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer om samhandelsvilkåret.<sup>6</sup>

I den foreliggende saken finner tilsynet at avtaler om utstedelse, innløsning, og bruk av internasjonale kort må antas i alle fall potensielt å kunne påvirke samhandelen. Årsaken til dette er at avtalene normalt fastsettes internasjonalt, og normalt er gjeldende for hele det norske markedet. Det er ikke nødvendig å vurdere om NDR-klausulen alene har denne virkningen. Det er derfor grunn til anta at samhandelskriteriet normalt er oppfylt ved vurderingen av avtaler som inneholder en NDR-klausul. Denne konklusjonen samsvarer med tidligere praksis fra Sverige<sup>7</sup> og Europakommisjonen.<sup>8</sup>

Tilsynet har imidlertid ikke en konkret avtale til vurdering. Vurderingen av samhandelen er derfor ikke bindende for eventuelle senere vurderinger av enkeltavtaler, som kan ha særtrekk sammenlignet med de forutsetningene tilsynet her baserer seg på.

Når samhandelskriteriet er oppfylt, håndhever tilsynet konkurranseloven §§ 10 og 11 sammen med EØS-konkurranseloven artikkel 53 og 54, jf. EØS-konkurranseloven § 1. Fordi konkurranseloven §§ 10 og 11 og EØS-avtalen artikkel 53 og 54 stiller opp de samme vilkårene, og normalt tolkes etter de samme rettskildene, vil tilsynet for enkelthets skyld i det følgende bare referere til konkurranseloven.

### **3 Anvendelse av konkurranseloven § 10**

NDR inngår i ulike avtaler mellom uavhengige foretak. Grunnvilkårene for anvendelsen av konkurranseloven § 10 må derfor antas å være oppfylte uavhengig av hvilket internasjonalt kortselskaps avtaler som vurderes. Spørsmålet som vurderes i det følgende er hvorvidt avtaler om bruk av NDR merkbart har til virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen.

I en rapport om de internasjonale kortselskapenes provisjoner ble det relevante markedet vurdert til å være markedet for internasjonale betalingskort i Norge.<sup>9</sup> Denne avgrensningen av det relevante markedet tilsvarer den markedsavgrensningen som er lagt til grunn av Europakommisjonen, og legges også til grunn i denne saken.<sup>10</sup>

Flere land, eksempelvis Sverige, har prøvd ut forbud mot NDR. Erfaringer herfra tilsier at effekten av forbudet ikke har vært stor, blant annet fordi svært få kjøpmenn velger å illegge kortbrukere et gebyr.<sup>11</sup> Empiriske studier i Europa har også vist at et forbud mot NDR lite trolig

<sup>4</sup> Ot.prp nr. 6 (2003/2004) s. 68 og s. 224; Innst.O. Nr 50 (2003-2004) pkt 2.3.

<sup>5</sup> Lov av 05.03.04 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler m.v.

<sup>6</sup> EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer om samhandelskriteriet i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 (Samhandelskunngjøringen),

<http://www.eftrasurv.int/fieldsOfWork/fieldcompetition/otherpublications/noticeoneffectontrade.pdf>, ikke ennå publisert i EF-Tidende.

<sup>7</sup> Konkurrensverket, 2004-06-24 Visa, premiss 24.

<sup>8</sup> Europakommisjonens sak COMP/29.373 – Visa International, premiss 70-72.

<sup>9</sup> Regulering av de internasjonale kortselskapenes provisjoner, rapport av 29. oktober 2004, utarbeidet av en prosjektgruppe med medlemmer fra Norges Bank, Kredittilsynet og Konkurransetilsynet, kap 4.

<sup>10</sup> Europakommisjonens sak COMP/29.373 – Visa International.

<sup>11</sup> Regulering av de internasjonale kortselskapenes provisjoner, rapport av 29. oktober 2004, utarbeidet av Norges Bank, Kredittilsynet og Konkurransetilsynet, kap. 8.3

har innvirkning på konkurransen mellom brukerstedene, og heller ikke på konkurransen mellom innløserne, fordi NDR neppe påvirker størrelsen på formidlingsgebyrene (interchange fee) og brukerstedsgebyrenes størrelse.<sup>12</sup> Det ble videre uttrykt bekymring for at et forbud mot NDR kan lede til en nedgang i kortbruken dersom butikken velger overveltning av gebyr på kortbrukerne (surcharge), og dermed økte kostnader ved kontanthåndtering. Sverige har i etterkant av undersøkelsene og Europakommisjonens avgjørelse opphevet sitt forbud mot NDR.<sup>13</sup>

Tilsynet har i det følgende vurdert hvorvidt NDR kan lede til en merkbar konkurransebegrensende virkning mellom kortselskapene, mellom innløserne og mellom brukerstedene.

Når det gjelder konkurransen mellom de internasjonale kortselskapene finner tilsynet på bakgrunn av den informasjon som er mottatt, at det ikke er forhold som tilsier at NDR-klausulen leder til konkurransebegrensende virkninger. NDR innebærer for eksempel ingen binding for et brukersted til kun å tilby ett internasjonalt betalingskort, eller for en innløser til kun å innløse ett kortmerke. NDR synes derfor ikke å kunne ha utestengende virkninger for andre internasjonale betalingskort. I Visa International fant heller ikke Europakommisjonen at NDR kan ha merkbare konkurransebegrensende virkninger. Europakommisjonen la vekt på at i de landene der NDR er forbudt, er det likevel få brukersteder som velger å gebyrlegge bruk av internasjonale kort (surcharge). For kunden vil dermed ulike internasjonale betalingskort normalt fremstå som like i bruk.<sup>14</sup>

Når det gjelder konkurransen mellom innløserne finner tilsynet heller ikke at NDR kan tenkes å lede til en merkbar konkurransebegrensende virkning. I en del av henvendelsene til tilsynet er det hevdet at NDR innebærer at formidlingsgebyret (interchange fee) som betales fra innløser til utsteder, og følgelig også brukerstedsgebyret som betales fra brukersted til innløser, blir høyere som en følge av at NDR skjuler den reelle kostnaden ved internasjonale betalingskort for forbrukerne. På grunn av manglende transparens overfor forbruker er det videre hevdet at brukerstedenes forhandlingsposisjon svekkes. I Sverige og Nederland hvor det er gjort empiriske undersøkelser, er det imidlertid ikke funnet bevis for at et forbud mot NDR vil virke til å senke formidlingsgebyret eller brukerstedsgebyrene.<sup>15</sup> Konkurransetilsynet har ikke grunnlag for å anta at denne vurderingen blir annerledes i Norge. Det er derfor lite trolig at NDR medfører konkurransebegrensninger mellom innløserne i Norge. Dette er i tråd med den vurderingen Europakommisjonen har gjort.<sup>16</sup>

Når det gjelder konkurransen mellom brukerstedene viser Solfaktor AS til at bruksteder som driver netthandel påføres en betydelig merkostnad som følge av NDR, og at NDR hindrer utviklingen av nye systemer. Det er lite trolig at kostnaden NDR innebærer for brukerstedene i betydelig grad påvirker priskonkurransen mellom dem, ettersom alle de norske aktørene vil møte en tilsvarende kostnadsstruktur. Det er således neppe fare for at NDR vil lede til utestengende virkninger for bruksteder som tilbyr netthandel.

Når det gjelder utviklingen av nye systemer, er det hevdet at bankene ikke har incentiver til å utvikle systemer som er mer kostnadseffektive enn de internasjonale kortene som følge av høy inntjening i det internasjonale kortmarkedet. Til dette bemerkes at det i de nevnte studiene ikke er påvist en sammenheng mellom bruk av NDR og høy inntjening for aktørene i det internasjonale kortmarkedet. Videre er tilsynet kjent med at bankene for tiden jobber med utvikling av nye betalingsformer på nett, herunder legitimasjonssystemet BankID. Markedet er derfor i utvikling på dette punktet.

<sup>12</sup> Study regarding the effects of the abolition of the Non-Discrimination Rule in Sweden for European Commission Competition Directorate General, 2000-02-29, Ina Market Development AB; The abolition of the Non-discrimination Rule, ITM Research project no. R231, Amsterdam March 2000, drs. E. Vis, drs. J. Toth.

<sup>13</sup> Konkurransverket, 2004-06-24 Visa.

<sup>14</sup> Europakommisjonens sak COMP/29.373 (2001), premiss 55.

<sup>15</sup> Study regarding the effects of the abolition of the Non-Discrimination Rule in Sweden for European Commission Competition Directorate General, 2000-02-29, Ina Market Development AB; The abolition of the Non-discrimination Rule, ITM Research project no. R231, Amsterdam March 2000, drs. E. Vis, drs. J. Toth.

<sup>16</sup> Europakommisjonens sak COMP/29.373 (2001), premiss 54-58.

Når det gjelder konkurransen mellom brukerstedene for øvrig, kom Europakommisjonen i Visa International til at NDR kan tenkes å ha en konkurransebegrensende effekt på konkurransen mellom brukerstedene fordi NDR kan påvirke prissettingen deres, men at denne virkningen i alle tilfelle ikke ville være merkbar fordi det er tale om en marginal andel av brukerstedenes kostnader som styres av NDR. Det ble i denne vurderingen vektlagt at betalingstjenesten er en aksessorisk tjeneste til brukerstedets kjerneaktivitet, som ikke selges særskilt.

Europakommisjonen hadde hentet inn undersøkelser fra Sverige og Nederland hvor bruk av NDR var forbudt, og støttet sine vurderinger på at man i disse landene ikke fant noen nevneverdig innflytelse på priskonkurransen mellom brukerstedene som følge av forbudet mot bruk av NDR.<sup>17</sup> Konkurransetilsynet har ikke mottatt informasjon som tilsier at denne vurderingen blir annerledes i Norge. I land hvor forbud mot NDR har vært prøvd ut, har flere brukersteder trukket frem at de ikke velger overveltning av gebyrer til forbruker (surcharge) på grunn av faren for økte kostnader ved kontanthåndtering.

Det er etter dette lite sannsynlig at NDR kan lede til konkurransebegrensende virkninger i Norge, og i alle tilfelle vil disse neppe være merkbare. På denne bakgrunn er det ikke grunnlag for å anta at konkurranseloven § 10 første ledd kan komme til anvendelse på NDR i Norge.

#### **4 Anvendelse av konkurranseloven § 11**

For at en atferd skal kunne være i strid med konkurranseloven § 11 må det være foretatt en utilbørlig atferd av et dominerende foretak. I denne saken er det tilstrekkelig for tilsynet å vurdere hvorvidt bruk av NDR kan utgjøre utilbørlig atferd. Tilsynet har derfor ikke tatt stilling til spørsmålet om dominans.

En eventuell utilbørlig utnyttelse overfor brukerstedene som følge av NDR, måtte eventuelt bestå av et utnyttende misbruk ved at NDR tillater uforholdsmessige høye brukerstedsgebyrer fordi kostnaden ved brukerstedsgebyret gjennom NDR skjules for forbruker. En slik påstand trekkes frem av en av klagerne som hevder at NDR innbærer at bankene holder brukerstedgebyrene kunstig høye.

Betydningen av NDR for formidlingsgebyret og brukerstedsgebyrene er som nevnt omdiskutert, uten at det hersker én felles forståelse av NDRs betydning for disse gebyrene. Empiriske studier i Sverige og Nederland har som nevnt imidlertid ikke kunne påvise at et eventuelt forbud mot NDR virker på størrelsen av formidlingsgebyrene og brukerstedsgebyrene. Tilsynet finner etter dette at NDR neppe kan anses som en utilbørlig utnyttelse i konkurranselovens § 11s forstand. Bestemmelsen er derfor lite trolig anvendelig på NDR-klausulene.

#### **5 Konklusjon**

Som det fremgår av vurderingen over finner Konkurransetilsynet at det er liten sannsynlighet for at det kan konstateres en overtredelse av konkurranseloven §§ 10 eller 11 og EØS-avtalen artikkel 53 eller 54. Konkurransetilsynet finner derfor ikke grunnlag til å forfølge saken videre.

---

<sup>17</sup> Europakommisjonens sak COMP/29.373 (2001), premiss 57.



Det gjøres oppmerksom på at avgjørelsen kan påklages med hjemmel i konkurranseloven § 12 tredje ledd. Klagefristen er tre uker. Forvaltningslovens bestemmelser om klage i kapittel VI gjelder så langt de passer. En eventuell klage stiles til Fornyings- og administrasjonsdepartementet, men sendes til Konkurransetilsynet. For øvrig vises til vedlagte skjema "Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak".