

Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen
Advokatfirma
Beret Sundet
Postboks 1524 Vika
0117 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2006/952 - 9
MAB thjo 541.2

Dato: 14.12.2007

■ Avgjørelse A2007- 45 - Forex Bank Norge - konkurranse-loven § 12 jf. §§ 10 og 11 - avslag på anmodning mot å gripe inn mot OSL/Avinor AS

Konkurransetilsynet viser til Deres henvendelse av 4. desember 2007 samt annen kontakt i sakens anledning.

Det klages på manglende tilgang til utleiearealer på flyplassene, da primært Oslo Lufthavn Gardermoen. Forex Bank Norge (Forex) har anmodet om tilgang til arealer på Gardermoen, men forespørselen er avvist av Oslo Lufthavn AS (OSL). Tilgang til arealer på andre flyplasser er muntlig avvist av Avinor AS. Forex ønsker tilgang til arealer for å tilby valutatenester til de reisende på flyplassen.

OSL eier og driver Norges hovedflyplass, Oslo Lufthavn, på Gardermoen. En del av selskapets inntekter kommer fra utleie og kommersielle aktiviteter ved flyplassen. Spørsmål om hvem som får tilbud om å leie arealer til bankvirksomhet på OSL bestemmes i form av en tilbudskonkurranse i regi av OSL. Tilbudet er utformet slik at det kun er en tilbyder som gis tilgang i den aktuelle perioden. Siste tilbudskonkurranse ble avholdt i 2003 for perioden 1.1.2004 – 31.12.2008. Nordea Bank vant denne tilbudskonkurransen.

Ifølge klager kan avvisningen av Forex Bank være å anse som en forretningsnektelse i strid med konkurranse-loven¹ § 11. Det er også klagers oppfatning at avtalene som gir Nordea rett til å tilby banktjenester på OSL kan være et konkurransebegrensende samarbeid i strid med konkurranse-loven § 10.

Konkurransetilsynets vurdering

Konkurransetilsynet har på bakgrunn av henvendelsen foretatt en vurdering av om OSL eller Avinor AS har handlet i strid med konkurranse-loven §§ 10 og/eller 11.

Konkurranse-loven § 10 forbyr uavhengige foretak å samarbeide på en måte som har til formål eller virkning å begrense konkurransen i et marked. Bestemmelsen tilsvarer EØS-avtalen artikkel 53 og EF-traktaten artikkel 81. Praksis knyttet til tolkningen av disse bestemmelsene vil således være

¹ Lov 5. mars 2004 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

relevant ved anvendelsen av konkurranseloven § 10. Konkurransetilsynet kan pålegge foretak som overtrer forbudet i § 10 å bringe overtredelsen til opphør, jf. konkurranseloven § 12 første ledd.

For at konkurranseloven § 10 skal komme til anvendelse er det et krav om at det foreligger et samarbeid som har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Et samarbeid foreligger der to eller flere parter har kommet til felles enighet om en gitt atferd i markedet. Det er på det rene at avtalen mellom OSL og Nordea gir Nordea en eksklusiv rett til å leie lokaler for å tilby bankvirksomhet på Gardermoen. Konkurransetilsynet finner det likevel ikke nødvendig å ta stilling til om dette er et brudd på konkurranseloven § 10 første ledd, da avtalen synes å falle inn under gruppeunntaket for vertikale avtaler², jf. § 10 fjerde ledd. Ifølge forskriften § 3 annet ledd er det en forutsetning at kjøperens markedsandel ikke skal overstige 30 % for at unntaket skal få anvendelse. På nasjonalt nivå antas det at Nordea har en markedsandel på mellom 10 og 15 %.³ Etter tilsynets praksis, avgrenses det relevante geografiske markedet for banktjenester til private som lokalt/regionalt.⁴ Det er ikke grunnlag for å anta at Nordeas markedsandel overstiger 30 % i det relevante geografiske markedet.

I tillegg er det på det rene at avtalen om leie av areal til bankvirksomhet på OSL settes ut i en tilbudskonkurranse, hvor vinneren av konkurransen tildeles kontrakten. Tilbudskonkurransen ble utlyst i Norsk Lysningsblad den 15. mars 2003, og i tilbudsinvitasjonen er flere kriterier nevnt, blant annet hva bankvirksomheten skal omfatte og hvilke tjenester kontraktsparten som et minimum skal tilby. Etter tilsynets vurdering synes det å ha vært konkurranse på objektive vilkår om å få drive bankvirksomhet på OSL. Avtalen har i tillegg en begrenset varighet på fem år, og er derfor ikke i strid med § 5 bokstav a i ovennevnte forskrift.

Konkurransetilsynet finner det derfor ikke hensiktsmessig å foreta ytterligere undersøkelser for å vurdere om konkurranseloven § 10 er overtrådt.

Tilsynet har også vurdert hvorvidt OSL/Avinor AS sin atferd er i strid med forbudet mot et dominerende foretaks utilbørlige utnyttelse av sin stilling i konkurranseloven § 11. Bestemmelsen tilsvarer EØS-avtalen artikkel 54 og EF-traktaten artikkel 82. Praksis knyttet til tolkningen av disse bestemmelsene vil således være relevant ved anvendelsen av konkurranseloven § 11.

I utgangspunktet har en forretningsdrivende frihet til selv å velge hvem man ønsker å handle med. Konkurranseloven § 11 setter enkelte begrensninger i denne kontraheringsfriheten ved å forby et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling. Dette innebærer at dominerende foretak har et særlig ansvar for sin atferd, i motsetning til aktører som ikke er dominerende. Klagen knytter seg til leveringsnekt av arealer på OSL. Leveringsnekt kan på gitte vilkår anses som utestengende atferd i strid med konkurranseloven § 11.

Etter praksis fra EF-domstolen⁵ er en vesentlig forutsetning for at en leveringsnektelse kan sies å utgjøre en utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, at det ikke finnes eksisterende eller potensielle substitutter til produktet. I følge den informasjonen tilsynet besitter har Forex Bank opprettet utsalgssteder på fem forskjellige steder i Oslo-området. Klager synes dermed å ha tilstrekkelige alternativer for salg av sine tjenester. Således synes det ikke å være grunnlag for å anta at vilkårene for anvendelse av konkurranseloven § 11 er oppfylt.

På dette grunnlaget finner Konkurransetilsynet ikke å kunne prioritere ressurser til ytterligere undersøkelser i saken. Anmodningen om å pålegge opphør avslås derfor.

² Forskrift av 17. august 2004 nr. 1196 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden.

³ Jf. statistikk fra FNH om banker i Norge og deres markedsandeler. Statistikken finnes her: <http://www.fnh.no/fullstory.aspx?m=644>

⁴ Fusjon mellom DnB og Gjensidige NOR; V2003-61, kapittel 8.

⁵ Sak C-7/97 *Bronner*



Avgjørelsen kan påklages innen tre uker, jf. konkurranseloven § 12 tredje ledd. En eventuell klage stiles til Fornyings- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet.

Klager har også anmodet Konkurransetilsynet om å undersøke Avinor AS sin praksis for arealutleie i henhold til konkurranseloven § 9 første ledd bokstav e. Tilsynet skal i henhold til denne bestemmelsen påpeke konkurransebegrensende virkninger av offentlige tiltak, samt eventuelt fremme forslag til tiltak med sikte på å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter. Etter en samlet vurdering anser Konkurransetilsynet det ikke hensiktsmessig å prioritere ressurser til en slik undersøkelse. Det gjøres for ordens skyld oppmerksom på at denne vurderingen ikke kan påklages.

Konkurransetilsynet gjør for øvrig oppmerksom på at personer og foretak som mener seg rammet av overtredelse i strid med konkurranseloven §§ 10 og 11 selv kan forfølge saken ved å reise sak for domstolene. Man er således ikke avhengig av at Konkurransetilsynet involverer seg i saken og eventuelt griper inn for å beskytte seg mot en overtredelse.

Med hilsen

Eivind Stage (e.f.)
seksjonsleder

Therese Johannessen
førstekonsulent