



Gorrissen Federspiel

LETT

Notat, den 25. november 2014

Gebyrregulering

Foreslået gebyrregulering af ydelser omfattet af betalingstjenestelovens § 4, nr. 10



1 Baggrund

Ifølge betalingstjenestelovens § 98, jf. § 79, kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastsætte gebyrer mv. for de betalingstjenester, der er omfattet af betalingstjenesteloven.

I betalingstjenestelovens § 4 er oplistet en række tilfælde, hvor loven ikke finder anvendelse. Blandt disse er § 4, nr. 10, der angiver, at betalingstjenesteloven ikke finder anvendelse på *”tjenester leveret af udbydere af tekniske tjenester, der understøtter udbuddet af betalingstjenester, uden at de på noget tidspunkt kommer i besiddelse af de midler, som skal overføres.”*

Finanstilsynet har på opfordring af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foreslået at ændre betalingstjenestelovens § 4, nr. 10. Den foreslåede ændring indebærer, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i henhold til § 98, jf. § 79, vil kunne gribe ind og fastsætte prisen (gebyret) på en teknisk tjeneste omfattet af § 4, nr. 10.

Vi er blevet bedt om at vurdere lovgivers begrundelse for at indføre gebyrregulering af tekniske tjenester, jf. afsnit 3. Vi er endvidere blevet bedt om at vurdere, om det ud fra et konkurrenceretlig og økonomisk synspunkt kan antages at være konkurrencefremmende eller konkurrencebegrænsende at gennemføre lovændringen, jf. afsnit 4.

2 Konklusion

Betalingstjenestelovens § 79 indeholder i dag ikke hjemmel til en regulering af gebyrerne for tekniske tjenester. Sådan har retsstillingen været siden 2009.

Det er vurderingen, at det vil være i strid med lovgivers hensigt, sådan som den er kommet til udtryk i forbindelse med § 79's tilblivelse og i forbindelse med ændringen i 2009, nu at genindføre en regulering af gebyrerne.

Finanstilsynets og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens begrundelse for lovforslaget om at genindføre gebyrregulering af de tekniske tjenester er derfor ikke korrekt.

Det er vurderingen, at en udvidelse af § 79 til at omfatte tekniske tjenester vil kunne have betydelige konkurrenceskadelige følger.

3 Vurdering af begrundelsen for at gebyrregulere tekniske tjenester

3.1 Baggrunden for Finanstilsynets lovforslag

I forarbejderne til Finanstilsynets forslag til ændring af § 4, nr. 10, er anført følgende begrundelse for lovforslaget:

”Erhvervs- og vækstministeriets overvejelser

Med undtagelsen i lovens § 4, nr. 10 fremstår det uklart, om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i medfør af § 79 har mulighed for at gribe ind over for virksomheders prisfastsættelse af tekniske tjenester som defineret i § 4, nr. 10. Det har imidlertid hele tiden været hensigten, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skulle have denne mulighed. Dette foreslås præciseret i loven, således at det



sikres, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i medfør af lovens § 79 kan gribe ind over for alle aktører, der ved fastsættelse af gebyr m.v. i forbindelse med gennemførelse af en betalingstransaktion med et betalingsinstrument som nævnt i § 6, nr. 9, anvender urimelige priser og avancer.”
(egen understregning)

Det bemærkes hertil for det første, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i en konkret sag fra 2014 har udtalt, at § 79 ikke finder anvendelse på tekniske tjenester omfattet af § 4, nr. 10. Det er som følge heraf ikke korrekt, at det er ”uklart”, om styrelsen i medfør af § 79 kan gribe ind over prisfastsættelsen af tekniske tjenester. Det kan styrelsen – efter egen vurdering – ikke.

Det bemærkes for det andet, at der efter vores opfattelse ikke er støtte for at antage, at det hele tiden har skullet være ”hensigten”, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skulle kunne regulere prisfastsættelsen af tekniske tjenester.

Efter vores opfattelse er der tværtimod klare indikationer på, at lovgiver bevidst undtog tekniske tjenester fra § 79’s anvendelsesområde i forbindelse med vedtagelsen af betalingstjenesteloven i 2009:

EksPLICIT indskrænkning af § 79’s anvendelsesområde i 2009

Ved lovændringen definerede lovgiver lovens anvendelsesområde gennem både en positiv og en negativ afgrænsning af *betalingstjenestebegrebet*. Lovgiver redegjorde med andre ord ikke blot for, hvad der skulle forstås ved en betalingstjeneste, men også for hvad der ikke var omfattet af begrebet.

Det er efter vores opfattelse sandsynligt, at når lovgiver har indskrænket lovens anvendelsesområde i § 4, så må lovgiver også have været bevidst om, at indskrænkningen skulle gælde for § 79. Dette understøttes også konkret af forarbejderne til § 79. Forarbejderne til § 79 er på den ene side meget enslydende med forarbejderne til § 20a i den dagældende betalingskortlov, men på den anden side netop ændret ved at indsætte/anvende formuleringen *”udbydere af betalingstjenester”*. Lovgiver synes med andre ord – også ved udarbejdelsen af § 79 – at have været fuldt bevidst om, at lovens anvendelsesområde var betalingstjenester, hvilket i sagens natur skal forstås i overensstemmelse med lovens positive og negative definition.

Disse forhold taler efter vores opfattelse for, at indskrænkningen af anvendelsesområdet for § 79 i 2009 ikke var en ”forglemmelse”.

§ 79 er en overgangsbestemmelse

§ 79 (jf. § 20a i den dagældende lov om betalingskort) blev i 1999 indført med følgende begrundelse:

”Ved overgang fra et særligt reguleret marked, hvor der ikke kan opkræves gebyrer, til et frit og konkurrencepræget marked kan der være behov for særlige regler, der supplerer den generelle konkurrencelov.” (egen understregning)

Videre fremgår det af bemærkningerne til § 79, at

”Bestemmelsen anses for nødvendig, i hvert fald indtil der er skabt fuld og reel konkurrence på betalingskortmarkedet.”



Side 4

Denne begrundelse skal ses i lyset af, at det med den oprindelige 1999-lov blev gjort muligt at opkræve gebyrer for visse betalingstransaktioner, indtil der kom konkurrence på markedet. Det var således overgangen fra et særligt reguleret marked (uden mulighed for at opkræve gebyrer) til et frit konkurrencepræget marked (med mulighed for at opkræve gebyrer), der var årsagen til ”prisloftsbestemmelsen” i § 79. § 79 skulle endvidere efter lovgivers intentioner kun bringes i anvendelse i en overgangsfase, hvor der ikke var tilstrækkelig konkurrence.

2009-indskrænkningen af § 79’s anvendelsesområde synes efter det oplyste at have været fuldt på linje med tilkendegivelserne i lovforarbejderne. Efter det oplyste var der således allerede i 2009 fuld og reel konkurrence om tekniske tjenester.

Også disse forhold taler efter vores opfattelse for, at indskrænkningen af § 79’s anvendelsesområde ikke var en ”forglemmelse”.

3.2 Forudsætninger for (at genindføre) en prisregulering er ikke til stede
Finanstilsynets lovforslag vil efter vores opfattelse føre retstilstanden tilbage til et udgangspunkt, der byggede på andre forudsætninger end dem, der gør sig gældende i dag.

Efter det oplyste er der i dag ikke tale om en overgang fra et særligt reguleret marked, men derimod om et marked med fuld og reel konkurrence, som lovgiver efter mange års fri konkurrence nu vil til at prisregulere på ny. Konkurrencen udspiller sig mellem en bred vifte af meget forskellige virksomheder, hvor f.eks. også internationale aktører såsom Apple, Google og Facebook allerede har annonceret deres interesse. Hertil kommer, at betalingstjenestedirektivet står over for en revision, hvis vedtagelse efter vores vurdering vil kunne åbne døren for helt nye typer af aktører på markedet og skabe yderligere konkurrence.

De forudsætninger, der lå til grund for at indføre gebyrreguleringen i § 79, vurderes på den baggrund ikke at være til stede i dag og kan ikke begrunde, at lovgiver nu fører retstilstanden tilbage til en ”overgangssituation” uden reel konkurrence.

3.3 Konklusion – begrundelsen for at genindføre gebyrregulering
Efter vores vurdering er der ikke holdepunkter for at antage, (i) at det skulle være uklart, om § 79 finder anvendelse på tekniske tjenester, eller (ii) at det hele tiden har været lovgivers hensigt, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skulle have mulighed for at regulere prisfastsættelsen på tekniske tjenester.

Efter vores vurdering er det på baggrund af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen praksis afklaret, (i) at § 79 ikke finder anvendelse på tekniske tjenester, og (ii) at indskrænkningen af § 79’s anvendelsesområde i 2009 fremstår velovervejet og i overensstemmelse med forudsætningerne for i første omgang at indføre bestemmelsen.

Finanstilsynets og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens begrundelse for lovforslaget findes derfor samlet set ikke at være korrekt.

På baggrund af de modtagne oplysninger om konkurrencesituationen, vurderer vi endelig, at forudsætninger for at indføre gebyrreguleringen i § 79 ikke er opfyldt i dag vedrørende tekniske tjenester.



4 Konkurrenceretlig- og økonomisk vurdering af prisindgreb

Det er fast antaget og dokumenteret inden for konkurrenceøkonomien, at prisregulering (fx generelle prislofter) som det klare udgangspunkt er skadeligt for konkurrencen – for så vel konkurrenternes markedsekspansion som for innovationslysten.

Baggrunden er, at den frie individuelle prisfastsættelse er et af de mest følsomme konkurrenceparametre for virksomhederne. Det gælder både med hensyn til virksomhedernes prissignaler til eksisterende og potentielle konkurrenter, men også virksomhedens interne overvejelser for så vidt angår investeringer i produktudvikling/innovation.

Periodevis høje priser ”signalerer” således til de potentielle konkurrenter, at det muligvis kan være rentabelt at træde ind på markedet, mens lave priser kan signalere det modsatte. Prissignalerne mellem virksomhederne spiller således en central rolle i konkurrencen mellem virksomhederne og er en vigtig del af den dynamik, der ultimativt driver konkurrencen til gavn for forbrugerne.

Virksomhedernes vurdering af, om det er rentabelt at investere i innovation, afhænger tilsvarende af virksomhedens forventninger til priserne i markedet. Derved bliver den frie individuelle prisfastsættelse også vigtig for virksomhedernes incitament til at investere i innovation.

Prisregulering anses på denne baggrund kun at skulle anvendes under helt særlige omstændigheder, hvor markedets karakteristika indebærer, at konkurrencedynamikken er sat ud af spil. Dette understøttes af Konkurrenceankenævnets kendelse af 14. november 2006, Elsam, hvor nævnet understreger, at:

”prisindgreb anses for skadelige for konkurrencen og virksomhedernes effektivitet, og anvendelse af prisindgreb i medfør af [konkurrencelovens] § 16, stk. 1, nr. 2, forudsætter særegne markedsvilkår uden virksom konkurrence og uden udsigt til virksom konkurrence”.

Efter det oplyste er konkurrencedynamikken ikke sat ud af spil vedrørende tekniske tjenester. I dag udspiller konkurrencen sig som nævnt mellem flere meget forskellige virksomheder, hvor det kan forventes, at incitamentet til at udvikle nye løsninger – og risikoen for at disse bliver overhalet af andre løsninger – bygger på udsigten til økonomisk afkast. Konkurrenceintensiteten for tekniske tjenester skal endvidere, efter vores opfattelse, ikke alene anskues ud fra, hvem der tilbyder nøjagtig ens tjenester. En vurdering af konkurrenceintensiteten skal også baseres på, hvilke tjenester der samlet lægger et konkurrencemæssigt pres på de relevante tekniske tjenester. På et marked med differentierede tjenester er det således oftest ikke nøjagtige kopier, der lægger pres på de eksisterende produkter, men derimod ofte alternative løsninger.

Endvidere er det også relevant at inddrage effekten af den potentielle konkurrence, herunder også de fremtidige forhold inden for betalingstjenester, når en eventuel prisloftsbestemmelse skal vurderes. På betalingstjenesteområdet er der en lang række store internationale virksomheder, der ikke nødvendigvis udbyder de samme tekniske tjenester som eksisterende aktører, men som har de økonomiske muskler til at træde ind på området, hvis dette skulle vise sig at være rentabelt. Den massive tilstedeværelse af sådanne virksomheder inden for betalingstjenester må antages at have en mærkbar disciplinerende effekt på de eksisterende virksomheder.



Side 6

En udvidelse af § 79 til også at omfatte udbydere af tekniske tjenester vil efter vores vurdering derfor kunne have betydelige konkurrenceskadelige følger og risikere at kvæle udviklingen i markedet. For det første vil det begrænse incitamentet hos potentielle aktører til at gå ind på markedet. For det andet vil incitamentet hos de eksisterende aktører til at udvikle nye tekniske løsninger hæmmes.

Vi bemærker i den forbindelse, at vurderingen af, om et område skal underlægges regulering, efter vores opfattelse ikke bør bygge på en bagudrettet analyse af, hvorledes markedet har fungeret, men derimod på en fremadrettet analyse af, hvorledes markedet forventes at udvikle sig i de kommende år, sml. også Konkurrenceankenævnets kendelse af 14. november 2006, Elsam:

"...finder ankenævnet, at der uanset Konkurrencerådets meget omfattende og dybtgående – bagudrettede – undersøgelser og analyser ikke i den påklagede afgørelse er det fornødne – fremadrettede – grundlag, som efter det anførte må kræves til udstedelse af et prispåbud som det meddelte."

Konsekvensen af ikke at inddrage fremtidige forhold kan således udgøre en overhængende risiko for at kvæle initiativet og innovationen på det pågældende område. Henset til, at betalingstjenesteområdet i disse år efter det oplyste er i en rivende udvikling, vil et indgreb som følge heraf, efter vores opfattelse, kunne have konkurrenceskadelige virkninger.

København, den 25. november 2014

Martin André Dittmer

Søren Zinck

Frederik André Bork