



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Föstudagur, 12. apríl 2013

Ákvörðun nr. 8/2013

Misnotkun Valitors hf. á markaðsráðandi stöðu og brot gegn ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008

Efnisyfirlit

	bls.
I. UPPHAF MÁLS	4
II. RANNSÓKN OG MÁLSMEÐFERÐ	6
1. Krafa Valitors um aðgang að upplýsingum	6
2. Krafa Valitors um eyðingu gagna o.fl.....	7
3. Gagnaöflun hjá öðrum en Valitor	7
4. Gagnaöflun hjá Valitor.....	9
4.1 Gagnaöflun í september 2010	14
4.2 Gagnaöflun í október 2010	15
4.3 Gagnaöflun í janúar 2011	18
4.4 Gagnaöflun í febrúar 2011.....	18
4.5 Gagnaöflun í mars 2011	18
4.6 Gagnaöflun í apríl 2011.....	20
4.7 Gagnaöflun í júní 2011.....	21
4.8 Gagnaöflun í september 2011	21
4.9 Gagnaöflun í febrúar 2012.....	21
4.10 Útgáfa andmælskjals og málsmeðferð í kjölfarið	21
III. ATHUGASEMDIR VALITORS UM FORM OG MÁLSMEÐFERÐ	23
1. Ætluð ólögmet notkun gagna	23
1.1 Mat Samkeppniseftirlitsins	26
1.1.1 Athugasemdir Valitors meðan á málsmeðferð stóð og viðbrögð Samkeppniseftirlitsins við þeim	26
1.1.2 Niðurstaða	38
2. Gagnaöflun sögð ekki í samræmi við húsleitarheimild.....	42
2.1 Mat Samkeppniseftirlitsins	43
3. Ætluð brot gegn 15. og 13. gr. stjórnarsýslulaga	44
3.1 Mat Samkeppniseftirlitsins	45
4. Fyrirfram mótuð afstaða	46
4.1 Mat Samkeppniseftirlitsins	47
IV. SKILGREINING MARKAÐA OG STAÐA FYRIRTÆKJA Á ÞEIM	49
1. Almenn um færsluhirðingu og aðra starfsemi Valitors.....	49



1.1	Nánar um starfsemi Valitors	51
2.	Skilgreining þjónustumarkaða	52
2.1	Markaður fyrir útgáfu greiðslukorta.....	52
2.2	Markaður fyrir færsluhirðingu.....	54
3.	Landfræðilegur markaður	57
3.1	Sjónarmið Valitors	58
4.	Staða Valitors á markaðnum	61
4.1	Mat á stöðu Valitors í eldri málum	64
4.2	Markaðshlutdeild á markaði fyrir útgáfu greiðslukorta	64
4.2	Markaðshlutdeild á markaði fyrir færsluhirðingu vegna greiðslukorta	67
4.3	Fjárhagslegur styrkleiki	68
4.4	Aðgangur að markaðnum o.fl.....	71
4.5	Um sjónarmið Valitors.....	74
4.6	Niðurstaða.....	79
V.	BROT VALITORS Á ÁKVÖRÐUN NR. 4/2008	80
1.	Ákvörðun nr. 4/2008.....	80
2.	Aðgerðir Valitors.....	82
2.1	Brot Valitors á 1. tl. 1. gr. á ákvörðunarorðum	83
2.2	Brot Valitors á 7. tl. 1. gr. í ákvörðunarorðum	91
2.3	Um sjónarmið Valitors um brot á skilyrðum	92
2.3.1	Sjónarmið Valitors um brot á skilyrði 1. tl.1. gr.....	92
2.3.2	Mat Samkeppniseftirlitsins.....	95
2.3.3	Sjónarmið Valitors um brot á skilyrði 7. tl. 1.gr.....	101
2.3.4	Mat Samkeppniseftirlitsins.....	103
3.	Niðurstaða um brot á 1. og 7. tl. 1. gr. ákvörðunar 4/2008.....	104
VI.	BROT VALITORS Á 11. GR. SAMKEPPNISLAGA og 54. gr. EES	104
1.	Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga.....	105
1.1	Almennt um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu	105
1.2	Bann við undirverðlagningu	109
2.	Eðli samkeppni í færsluhirðingu og áhrif milligjalda	112
2.1	Aðstæður á markaði	113
2.2	Milligjald vegna notkunar greiðslukorta	114
3.	Undirverðlagning Valitors.....	116
3.1	Kostnaðar- og tekjugreining fyrir mat á undirverðlagningu	117
3.2	Undirverðlagning í færsluhirðingu á debetkortum árið 2007	119
3.3	Undirverðlagning í færsluhirðingu á debetkortum árið 2008	122
3.4	Verðstefna Valitors og áhrif hennar.....	125
3.4.1	Nánar um áhrif af verðstefnu Valitors	129
3.5	Niðurstaða um ólögmetta undirverðlagningu árin 2007 og 2008	131
3.6	Nánar um sjónarmið Valitors.....	134
3.6.1	Um ákvörðun milligjalda.....	134
3.6.2	Um umfang undirverðlagningar	140
3.6.3	Um kostnaðar- og tekjugreiningu og undirverðlagningu 2007 og 2008	147
3.6.4	Um verðstefnu Valitors	152
3.6.5	Um áhrif á aðra færsluhirða og aðstæður þeirra	155
3.6.6	Um niðurstöðu um undirverðlagningu	157



4.	Aðgerðir gagnvart tilteknum söluaðilum	159
4.1	Aðgerðir gagnvart IKEA.....	160
4.2	Aðgerðir gagnvart fyrirtækjum í Leifstöð	164
4.3	Aðgerðir gagnvart Rúmfatalagernum og tengdum fyrirtækjum	167
4.4	Niðurstaða um markaðsaðgerðir.....	169
4.5	Sjónarmið Valitors um markaðsaðgerðir	170
4.5.1	Um ranga aðferðafræði	170
4.5.2	Um IKEA	172
4.5.2	Um fyrirtæki í Leifstöð	176
4.5.3	Um Rúmfatalagerinn og tengd félög.....	180
4.5.3	Um niðurstöðu um markaðsaðgerðir	180
5.	Brot á 54. gr. EES-samningsins	183
VII.	MÖGULEGAR AÐGERÐIR.....	185
VIII.	VIÐURLÖG	186
IX.	ÁKVÖRÐUNARORÐ:	192



I. UPPHAF MÁLS

Þann 18. júní 2009 barst Samkeppniseftirlitinu kvörtun frá Borgun hf. (hér eftir Borgun), dags. 12. júní 2009, um misnotkun Valitors hf. (hér eftir Valitor) á markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu og markaði fyrir posaleigu.

Á grundvelli erindisins frá Borgun og annarra fyrirliggjandi upplýsinga og ábendinga sem höfðu borist um háttsemi Valitors ákvað Samkeppniseftirlitið að hefja rannsókn á ætluðum brotum fyrirtækisins á samkeppnislögum. Verður rannsókn eftirlitsins og málsmeðferð lýst í kafla II.

Færsluhirðing er leyfisskyld starfsemi sem felst í að færsluhirðir gerir samning við söluaðila vöru og þjónustu um að söluaðilinn taki við tilgreindum greiðslukortum, debetkortum og kreditkortum, í viðskiptum við korthafa. Að uppfylltum ákveðnum skilmálum og reglum sem söluaðili samþykkir ábyrgist færsluhirðir greiðslu til söluaðila og fer uppgjör fram innan tiltekins tíma. Eru Borgun og Valitor keppinautar á sviði færsluhirðingar.

Posar eru jaðartæki hjá söluaðilum sem tengjast m.a. rafrænum greiðslukortakerfum Borgunar og Valitors og í kerfum annarra færsluhirða sé um þá að ræða. Algengast er að söluaðilar leigi posa af Borgun eða Valitor eða af öðrum fyrirtækjum sem starfa á markaði fyrir greiðslukortastarfsemi. Posar eru í raun rafrænn búnaður sem virkjar greiðslukort í rauntíma í viðskiptum við söluaðila. Með posanum er leitað eftir úttektarheimild vegna einstakra viðskipta og verði að viðskiptunum fara fjárhagslegar færslur um posann inn í kerfi færsluhirða og útgefenda.

Borgun segir í kvörtun sinni frá júní 2009 að háttsemi Valitors lúti að markaði fyrir færsluhirðingu og markaði fyrir posaleigu. Samhengisins vegna telji Borgun hins vegar rétt að víkja að þeim samkeppnismörkuðum sem starfsemi Borgunar og Valitors taki til, meðal annars vegna þess að ákveðinnar víxlverkunar geti gætt á milli einstakra markaða. Í því sambandi vísi Borgun til umfjöllunar um þjónustumarkað og landfræðilegan markað í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2009 *Kaup Valitors hf. á öllu hlutafé í Euro Refund Group North á Íslandi ehf.* Í heildina sé um að ræða starfsemi þar sem greiðslukort komi við sögu og megi skipta þeirri starfsemi í tvo sjálfstæða samkeppnismarkaði, annars vegar markaður fyrir útgáfu greiðslukorta og hins vegar markaður fyrir færsluhirðingu hjá söluaðilum. Jafnframt sé posaleiga sjálfstæður markaður og eins gjaldeyrisumsnúningur. Taki starfsemi Borgunar og Valitors til þessara fjögurra samkeppnismarkaða. Landfræðilegi markaðurinn sé Ísland fyrir alla þessa þjónustumarkaði.

Með vísan í gögn sem fyrir liggja í fyrri ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins telji Borgun ljóst að Valitor með 60-65% markaðshlutdeild í útgáfu greiðslukorta geri félagið markaðsráðandi. Hafi þessi sterka staða á þessum markaði síðan áhrif á stöðu Valitors á öðrum mörkuðum. Um stöðu Valitors á öðrum mörkuðum er einnig vísað í umfjöllun í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2009 og telji Borgun ljóst að á þeim mörkuðum sé Valitor einnig með markaðsráðandi stöðu. Þessu til viðbótar bendi Borgun á að fram komi í framlögðum ársreikningum Borgunar og Valitors fyrir árið 2008 hafi hagnaður Valitors



verið 20 faldur hagnaður Borgunar og eigið fé Valitors 150% hærra en eigið fé Borgunar. Styrki þetta enn frekar þá niðurstöðu að Valitor sé markaðsráðandi.

Fram kemur í erindi Borgunar að staða Valitors feli í sér ákveðnar hegðunarkvaðir og hegðunarskyldur, annars vegar gagnvart neytendum og hins vegar gagnvart keppinautum, sbr. 11. gr. samkeppnislaga. Þessi til viðbótar sé Valitor, í ljósi markaðsráðandi stöðu óheimilt að beita sértækum aðgerðum gegn Borgun. Einnig bendir Borgun á að sértækar verðlækkningar geti eftir atvikum falið í sér skaðlega undirverðlagningu sem teljist jafnframt fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Enn fremur bendir Borgun á að njóti tilteknir viðskiptavinir hins markaðsráðandi aðila betri kjara en aðrir, t.d. þannig að vikið sé frá auglýstri gjaldskrá eða innbyrðis samræmis gæti ekki gagnvart einstökum viðskiptavinum, án þess að hlutlægar og málefnalegar forsendur búi þar að baki, þá feli slíkt í sér að viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum í andstöðu við c-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

Er í erindinu getið um samskipti Borgunar við 15 nafngreinda söluaðila sem Borgun telur benda til þess að Valitor misbeiti stöðu sinni á markaði fyrir færsluhirðingu. Varðar meint misbeiting þóknar söluaðila fyrir færsluhirðingu vegna notkunar debetkorta annars vegar og notkun kreditkorta hins vegar og vegna óeðlilegra leigugjalda fyrir posa. Borgun bendir á „Almenna verðskrá Valitors frá 18. febrúar 2009“ og að hvers konar frávik frá þeirri verðskrá og innbyrðis ósamræmi að því er varði einstaka viðskiptavini sé ótvírætt til marks um ætluð samkeppnisbrot. Samkvæmt verðskránni sé gert ráð fyrir tilteknum viðmiðunarbílum en allt að einu verði að gera kröfu til þess að ákveðið samræmi sé viðhaft innan viðmiðunarbíla, þ.e. að teknu tilliti til þess kostnaðarhagræðis sem hljótist af t.d. umfangi viðskipta. Að öðrum kosti gæti sá sem hafi markaðsráðandi stöðu mismunað sambærilegum aðilum innan gildandi verðskrár á hverjum tíma, sbr. 11. gr. samkeppnislaga.

Sé ekki hægt að réttlæta meint frávik frá verðskrá, þ. m. t. innbyrðis ósamræmi innan verðbíla, á hlutlægan og málefnalegan hátt, megi draga þá ályktun að útilokunaráhrif séu líkleg og vilji til að útiloka Borgun á markaðnum. Er bent á að í samkeppnisrétti hafi verið talið að sé tiltekið lágt verð eingöngu boðið ákveðnum viðskiptavinum, t.d. viðskiptavinum keppinautar eða hugsanlegum viðskiptavinum keppinautar, svo sem hér sé ástatt um að mati Borgunar, geti slíkt verið til marks um ólögmetar aðgerðir.



II. RANNSÓKN OG MÁLSMEÐFERÐ

Á grundvelli kvörtunar frá Borgun og annarra fyrirbyggjandi upplýsinga og ábendinga sem höfðu borist um háttsemi Valitors á markaði fyrir færsluhirðingu óskaði Samkeppniseftirlitið þann 30. júní 2009 eftir heimild hjá Héraðsdómi Reykjavíkur til húsleitar og haldlagningar gagna á starfsstöðvum Valitors hf. og Valitors Holding hf. að Laugavegi 77, 101 Reykjavík. Sama dag veitti Héraðsdómur Reykjavíkur Samkeppniseftirlitinu heimild til leitar og haldlagningar á munum og gögnum í húsnaði og læstum hirslum og til að taka afrit gagna sem geymd eru á tölvutæku formi.

Húsleit var framkvæmd í húsakynnum Valitors 1. júlí 2009. Voru gögn haldlögð og gögn sem geymd voru á tölvutæku formi. Að lokinni húsleit afhenti fulltrúi Valitors starfsmönnum Samkeppniseftirlitsins skriflegar athugasemdir um framkvæmd húsleitarinnar.

Strax að lokinni húsleit voru haldlögð skjöl afrituð og þeim skjölum síðan skilað til Valitors þann 8. júlí 2009. Með bréfi, dags. 1. júlí 2009, óskaði Valitor, með vísan til 15. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, eftir aðgangi að beiðni eða beiðnum Samkeppniseftirlitsins til Héraðsdóms Reykjavíkur, auk allra gagna sem þar voru lögð fram. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 3. júlí 2009, var Valitor afhent afrit af umbeðnum gögnum. Skoðun tölvugagna hófst hjá Samkeppniseftirlitinu 30. september 2009 að fulltrúa Valitors viðstöddum.

Verður nú gerð grein fyrir helstu atriðum sem tengjast málsmeðferð og rannsókn Samkeppniseftirlitsins.

1. Krafa Valitors um aðgang að upplýsingum

Með bréfi, dags. 2. júlí 2009, sendi Samkeppniseftirlitið kvörtun Borgunar til Valitors til umsagnar. Var kafli 5.3.2 í erindi Borgunar felldur út samkvæmt kröfu Borgunar um trúnað gagna sem varða viðskiptavini og verð Borgunar. Í bréfi frá Valitor, dags. 8. júlí 2009, telur félagið sér ekki fært að tjá sig um erindi Borgunar nema það fái nánari upplýsingar afhentar. Bæði í erindi Borgunar og húsleitarbeiðni Samkeppniseftirlitsins til héraðsdóms sé Valitor gefið að sök tilgreind háttsemi. Þrátt fyrir það sé Valitor á engan hátt upplýst um hvaða háttsemi það sé sem kvartandi telji að brjóti gegn tilvitnuðu ákvæði samkeppnislaga. Öll umfjöllun um hina meintu háttsemi hafi verið felld úr erindi kvartanda vegna trúnaðar. Með bréfi, dags. 14. júlí 2009, var Borgun sent afrit af bréfi Valitors og félaginu gefinn kostur á að tjá sig um efni þess. Í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 27. júlí 2009, rökstyður Borgun kröfu sína um trúnað sem sett er fram í erindinu frá 12. júní 2009, og hafnar því að trúnaði sé aflétt. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til Valitors, dags. 13. október 2009, er ósk Valitors um afhendingu umræddra upplýsinga í erindi Borgunar frá 12. júní 2009 hafnað.

Valitor kærði þessa ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála þann 23. október 2009. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 17/2009 var ákvörðun Samkeppniseftirlitsins felld úr gildi og eftirlitinu gert að taka nýja afstöðu til kröfu Valitors í samræmi við forsendur úrskurðarins. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins,



dags. 5. janúar 2010, er Valitor sent afrit af kafla 5.3.2 í erindi Borgunar, dags. 12. júní 2009, þar sem nöfn viðskiptavina og verð Borgunar eru fjarlægð. Valitor kærði þessa ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála þann 18. janúar 2010. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2010 var ákvörðun Samkeppniseftirlitsins staðfest. Þann 11. mars 2010, kærir Valitor til Héraðsdóms Reykjavíkur og krefst þess að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2010 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 5. janúar 2010 verði felld úr gildi. Með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 19. október 2010 er úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2010 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 5. janúar 2010 felld úr gildi.¹ Hæstiréttur staðfesti dóm héraðsdóms 23. febrúar 2012.

Á meðan á þessari málsmeðferð stóð var samþykkt að veita Valitor ótímabundinn frest til að skila efnislegri umsögn um erindi Borgunar frá 12. júní 2009, sbr. bréf frá Valitor 8. júlí 2009 og tölvupóstar milli Valitors og Samkeppniseftirlitsins, dags. 17. ágúst 2009.

Að fengnum dómi Hæstaréttar var Valitor veitt færi á að tjá sig um kafla 5.3.2 í kvörtun Borgunar frá júní 2009.

2. Krafa Valitors um eyðingu gagna o.fl.

Í bréfi, dags. 2. október 2009, krafðist Valitor þess að Samkeppniseftirlitið stöðvaði ólögmeta skoðun gagna og að tilteknum gögnum yrði skilað og afritum eytt. Í bréfi til Valitors, dags. 6. október 2009, hafnaði Samkeppniseftirlitið þessum kröfðum Valitors. Í kæru til Héraðsdóms Reykjavíkur þann 7. október 2009 krafðist Valitor þess að aflétt yrði haldi á tilteknum gögnum og öllum afritum af þeim eytt.

Með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur frá 30. október 2009 varkröfu Valitors hafnað.² Valitor áfrýjaði úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur til Hæstaréttar Íslands þann 2. október 2009. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 26. nóvember 2009 var Samkeppniseftirlitinu gert að eyða öllum afritum af hinum tilteknu gögnum.³

Í kjölfar dóms Hæstaréttar krafðist Valitor þess að Samkeppniseftirlitið myndi eyða fleirri gögnum. Einnig óskaði Valitor eftir upplýsingum um gagnaöryggi hjá Samkeppniseftirlitinu. Kom þetta fram í bréfum Valitors frá 30. nóvember 2009, 30. desember 2009 og 31. mars 2010. Þessum erindum var svarað með bréfum Samkeppniseftirlitsins frá 10. desember 2009, 15. janúar 2010 og 17. maí 2010. Verður nánar fjallað atriði þessu tengd í III. kafla þessarar ákvörðunar.

3. Gagnaöflun hjá öðrum en Valitor

Í bréfi, dags. 11. maí 2010, til Borgunar og Kortapjónustunnar ehf. (hér eftir Kortapjónustan) óskaði Samkeppniseftirlitið eftir tilteknum upplýsingum og afriti af gögnum af samskiptum við tiltekna söluaðila á Íslandi. Gögn bárust frá Kortapjónustunni

¹ Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-2034/2010.

² Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. R-481/2009.

³ Dómur Hæstaréttar Íslands nr. 633/2009.



4. júní og frá Borgun 7. júní 2010. Í bréfi, dags. 28. maí 2010, til sömu aðila óskaði Samkeppniseftirlitið eftir afriti af gögnum vegna samskipta félaganna við fleiri tiltekna söluaðila á Íslandi. Gögn bárust frá Borgun 16. júní og frá Kortþjónustunni 21. júní 2010. Í bréfi til Arion banka hf., Íslandsbanka hf. og NBI hf., dags. 28. maí 2010, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum og afriti af gögnum vegna samskipta við Valitor um innheimtu á sérstöku gjaldi af korthöfum vegna íslenskra færslna í færsluhirðingu hjá PBS A/S. Upplýsingar bárust frá Landsbankanum og Arion banka 18. júní og frá Íslandsbanka 29. júní 2010.

Á fundi með fulltrúum Borgunar 16. júní 2010 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir nánari upplýsingum tengt bréfunum frá 11. og 28. maí 2010 ásamt upplýsingum um greiðslur Borgunar til útgefenda greiðslukorta á tímabilinu 1. janúar 2008 til 30. júní 2009. Umbeðnar upplýsingar bárust frá Borgun með bréfi, dags. 5. júlí 2010.

Í tölvupósti til Kortþjónustunnar, dags. 28. september 2010, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir afriti af verðskrár PBS/Kortþjónustunnar fyrir færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum á árunum 2007, 2008 og 2009. Upplýsingar bárust Samkeppniseftirlitinu samdægurs.

Í bréfi til Fjölgreiðslumiðlunar hf., dags. 7. október 2010, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir afriti af gjaldskrár félagsins á árunum 2008 og 2009 og skýringum á einstökum gjaldskrárliðum. Umbeðin gögn og upplýsingar bárust frá félaginu.

Í bréfum til nokkurra söluaðila, dags. 9. og 10. nóvember 2010, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um samskipti félaganna við Valitor, Borgun og Kortþjónustuna á tímabilinu 1. janúar 2008 til 30. júní 2009 og afritum af þeim samskiptum. Upplýsingar og afrit bárust Samkeppniseftirlitinu.

Í tölvupósti til Kortþjónustunnar, dags. 23. mars 2011, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um færslufjölda og veltu vegna færsluhirðingar Electron debetkorta á árinu 2008 og fyrri helmingi árs 2009. Umbeðnar upplýsingar bárust samdægurs.

Í bréfi til Kortþjónustunnar, dags. 7. apríl 2011, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um veltu PBS/Kortþjónustunnar í færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum árin 2007, 2008 og fyrri helming árs 2009. Einnig var óskað eftir afriti af ársreikningi Kortþjónustunnar árin 2007, 2008 og 2009.

Með tölvupósti frá Kortþjónustunni, dags. 20. apríl 2011, bárust umbeðnar upplýsingar og gögn.

Með bréfi til Borgunar, dags. 7. apríl 2011, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um hvaða milligjald félagið hafi fengið greitt vegna færsluhirðingar Valitors á greiðslukortum með vörumerki MasterCard og hvað Borgun hafi síðan greitt útgefendum kortanna vegna sömu viðskipta. Einnig var óskað eftir upplýsingum um fjölda gilda greiðslukorta útgefin af félaginu í árslok 2006, 2007, 2008 og við lok fyrri helmingis árs 2009, svo og um veltu Borgunar í færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum árin 2007,



2008 og fyrri helming árs 2009. Með bréfi frá Borgun, dags. 20. apríl 2011, bárust umbeðnar upplýsingar.

Í símtali 13. september 2011 og með tölvupóstum, dags., 19. og 21. september 2011, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir listum yfir söluaðila í viðskiptum við PBS í færsluhirðingu á tilteknum tímabilum á árunum 2008 og 2009. Umbeðnar upplýsingar bárust frá Kortþjónustunni.

Í bréfi til Borgunar, dags. 26. september 2011, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir lista yfir söluaðila í viðskiptum við Borgun um færsluhirðingu vegna VISA greiðslukorta á tilteknum tímabilum á árinu 2009. Umbeðnar upplýsingar bárust frá Borgun.

Samkeppniseftirlitið óskaði, þann 27. september 2011, í tölvupóstum eftir upplýsingum frá Borgun og Kortþjónustunni um svo kölluð „BIN númer“ sem einkenndu Borgun og PBS vegna færsluhirðingar VISA greiðslukorta hjá íslenskum söluaðilum. Umbeðnar upplýsingar bárust.

Í bréfi til Kortþjónustunnar, dags. 9. desember 2011, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um samninga Kortþjónustunnar við PBS, um skiptingu þóknunar sem söluaðilar greiða og aðkomu PBS að daglegum rekstri Kortþjónustunnar.

Í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 13. desember 2011, bárust umbeðnar upplýsingar frá Kortþjónustunni.

4. Gagnaöflun hjá Valitor

Í bréfi til Valitors, dags. 28. maí 2010, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir viðamiklum upplýsingum varðandi starfsemi félagsins sem tengist útgáfu og notkun greiðslukorta og eftir afriti af samskiptum félagsins um færsluhirðingu og posaleigu við tiltekna söluaðila á Íslandi. Í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 5. júlí 2010, svaraði Valitor spurningum eftirlitsins og sendi með umbeðin gögn og upplýsingar. Hér á eftir verður getið um fyrirspurn Samkeppniseftirlitsins og svörum Valitors lýst.

Óskað var eftir afriti af öllum tilboðum Valitors hf. til tiltekinna söluaðila í færsluhirðingu skipt á kortategundir og vörumerki og í posaleigu, frá 1. janúar 2008 til 30. júní 2009. Þess var óskað að allir kostnaðarliðir væru tilgreindir sérstaklega svo sem þóknun, færslugjöld, kjör vegna tíðari útborgana en mánaðarlega vegna kreditkorta, lágmarks- og hámarksgjöld, dagsetning tilboða o.fl. ásamt starfsemisauðkenningu hvers söluaðila (MCC kódi). Jafnframt var óskað eftir afriti af öllum gögnum sem sýna viðbrögð viðkomandi söluaðila við tilboðum félagsins.

Óskað var eftir afriti af samningum um færsluhirðingu og posaleigu sem Valitor hf. hafði gert við sömu söluaðila og sem gilt höfðu á sama tímabili. Samningunum skyldi fylgja tæmandi upplýsingar um verðlagningu allra kostnaðarþátta við veitta þjónustu hjá hverjum og einum söluaðila og dagsetningar samninga og tímalengd og MCC kódi. Hafí



afslættir verið veittir sem ekki væri getið í samningum var óskað eftir upplýsingum um hverjir þeir væru og hjá hverjum.

Þá var óskað eftir afriti af verðskrá Valitors hf. gagnvart söluaðilum fyrir færsluhirðingu og posaleigu og lausnum því tengdu frá 1. janúar 2008 til 30. júní 2009.

Í svari Valitors kemur m.a. fram að í sumum tilvikum séu ekki til skrifleg gögn um samskipti við söluaðila í tengslum við tilboð í færsluhirðingu. Samskipti hafi oft verið símleiðis, á fundum eða með tölvupóstsamskiptum sem stundum hafi leitt til tilboða og í öðrum tilvikum ekki. Þá sagði að færsluhirðingarmarkaður væri í eðli sínu tilboðsmarkaður og verðskrá væri aðeins til viðmiðunar. Umbeðin gögn og afrit m.a. af verðskrá félagsins voru sögð fylgja með bréfinu.

Hafi söluaðilum verið boðnir mismunandi skilmálar varðandi innheimtu þóknunar fyrir færsluhirðingu svo sem eftir tegund starfsemi, vöruflokkum eða öðru óskaði Samkeppniseftirlitið eftir skilgreiningu á því og ítarlegum rökstuðningi.

Í svari Valitors kemur fram að ekki hafi verið um að ræða mismunandi skilmála varðandi innheimtu á þóknun fyrir færsluhirðingu. Um slíka innheimti gildi almennir skilmálar. Auk þess samþykki söluaðilar sem séu með daglegt eða vikulegt uppgjör á kredikortaveltu samning um tíðari útborgun.

Þá var óskað eftir upplýsingum um þá fjármagnsvexti sem Valitor hf. hafi lagt til grundvallar á tímabilinu varðandi ákvörðun um álag á almenna þóknun fyrir daglegt eða vikulegt uppgjör við söluaðila vegna viðskipta þar sem kredikort hafi verið notuð. Óskað var eftir tímasettum breytingum á tímabilinu hafi verið um þær að ræða.

Valitor greindi frá því að við mat á því hvaða vextir hafi verið lagðir til grundvallar við ákvörðun um álag á almenna þóknun fyrir daglegt og vikulegt uppgjör hafi verið miðað við vexti Seðlabanka Íslands og spá bankans og annarra sérfróðra aðila um þróun vaxta á hverjum tíma. Einnig hafi verið til grundvallar fjármagnskostnaður Valitors á hverjum tíma.

Óskað var eftir upplýsingum um hvaða atriði hafi haft áhrif á kjör einstakra íslenskra söluaðila á tímabilinu hjá Valitor fyrir færsluhirðingu vegna kreditekorta. Hvaða atriði hafi haft áhrif á það hvar í þóknunarbili í opinberlega birtri verðskrá einstaka söluaðili hafi verið staðsettur. Hvaða atriði hafi haft áhrif á ákvörðun um álag vegna tíðari útborgan hjá einstaka söluaðila og hvaða atriði hafi haft áhrif á ákvörðun um álag vegna notkunar erlendra greiðslukorta. Óskað var eftir forsendum og ítarlegum rökstuðningi fyrir umræddu mati eða ákvörðun.

Hvað þetta varðar segir í svari Valitors að það sé velta söluaðila sem hafi mest áhrif haft á kjör fyrir færsluhirðingu vegna kreditekorta. Söluaðilar með mesta veltu hafi notið bestu kjara. Þá hafi þekkt að ákveðnir þjónustugeirar, t.d. matvara og bensín hafi notið góðra kjara samanborett við aðra geira. Hafi kjör stærstu söluaðila þar haft áhrif til lækkunar til minni söluaðila í viðkomandi geira. Þeim þjónustugeirum fylgi lítið utanumhald og vinna



samanborið við veltu og lítil áhætta, miðað við aðra. Áhætta hafi einnig haft áhrif á þóknun sem hafi valdið t.d. hærri þóknun hjá söluaðilum sem seldu þjónustu fram í tímann og kort hafi ekki verið ekki til staðar eins og hjá flugfélögum. Við ákvörðun á þóknun hafi oft verið um heildstætt mat að ræða og þ.m.t. traust og viðskiptasaga aðila.

Þá hafi vaxtaþróun og fjármagnskostnaður Valitors ráðið mestu um það hvert álagið hafi verið hverju sinni vegna tíðari útborgana til söluaðila vegna kreditkortaveltu. Í einstaka samningum hafi einnig oft verið horft til hlutfalls á milli erlendra og innlendra Visa korta þar sem erlend Visa kort séu gerð upp daglega í gegnum alþjóðlega Visa kerfið (VISA NET) og því hafi ekki þurft að fjármagna þær færslur. Sama hafi átt við um hlutfall MasterCard korta á árinu 2009 sem ekki hafi þurft að fjármagna.

Hvað varði álag vegna notkunar erlendra greiðslukorta þá hafi verið ákvæði þar um í flestum samningum. Í einhverjum tilfellum hafi verið samið við söluaðila um fasta þóknun og álagið þá fellt niður þar sem það hafi verið reiknað inn í þóknunina. Álag vegna erlendra greiðslukorta í viðmiðunarverðskrá Valitors hafi aðallega verið lagt á til þess að standa straum af milligjaldi (IRF) sem hafi getað verið mjög mismunandi eftir tegundum korta og útgáfulandi korta.

Einnig var óskað eftir upplýsingum um hvaða atriði hafi haft áhrif á kjör íslenskra söluaðila á tímabilinu hjá Valitor fyrir færsluhirðingu vegna debetkorta. Hvaða atriði hafi haft áhrif á það hvar í þóknunarbili í opinberlega birtri verðskrá einstaka söluaðili hafi verið staðsettur og hvaða atriði hafi haft áhrif á ákvörðun um lágmarks- og hámarksgjald á hverja færslu hjá einstaka söluaðila. Óskað var eftir forsendum og ítarlegum rökstuðningi fyrir umræddu mati eða ákvörðun.

Í bréfi Valitors kemur fram að velta söluaðila hafi haft mest áhrif á kjör fyrir færsluhirðingu vegna debetkorta. Söluaðilar með mesta veltu hafi notið bestu kjara og greitt lægstu þóknunina. Þá hafi verið þekkt að ákveðnir þjónustugeirar t.d. matvara og bensín hafi notið góðra kjara samanborið við aðra geira. Hafi kjör stærstu söluaðila þar haft áhrif til lækkunar til minni söluaðila í viðkomandi geira. Einnig hafi lág- og hámarksgjöld haft áhrif á endanlega þóknun söluaðila. Í einhverjum tilfellum hafi söluaðilum verið boðin lækkun á lág- og hámarksgjaldi t.d. ef söluaðili hafi verið með mjög hátt hlutfall af lágum færslum.

Samkeppniseftirlitið óskaði eftir upplýsingum og rökstuðningi um hvaða atriði hafi haft áhrif á kjör íslenskra söluaðila á tímabilinu hjá Valitor vegna posaleigu. Um þetta segir Valitor að almenn viðmiðunarverðskrá hafi gilt um posaleigu sem hafi farið eftir tegund búnaðar og leigutíma. Í einhverjum tilfellum hafi verið veittur afsláttur vegna magns, t.d. þeir sem hafi leigt 5 tæki eða fleiri hafi getað fengið allt að 20% afslátt ásamt því að stærri aðilar hafi í vissum tilvikum notið afsláttar.

Óskað var eftir upplýsingum frá Valitor um markaðs- og/eða auglýsingastyrki af öllu tagi til íslenskra söluaðila á árinu 2008 annars vegar og fyrri helmingi ársins 2009 hins vegar. Sundurliða skyldi styrki á einstaka söluaðila og skipta umræddum kostnaði milli færsluhirðingar vegna kreditkorta annars vegar og debetkorta hins vegar. Óskað var eftir



afriti af öllum samstarfssamningum þessu tengt á tímabilinu þar sem m.a. komi fram tímalengd samninga og uppsagnarákvæði.

Í bréfinu frá Valitor segir að markaðssamstarf félagsins með íslenskum söluaðilum hafi verið margskonar. Í vissum tilvikum hafi verið um að ræða færsluhirðingarsamning þar sem hluti af heildarsamningi Valitors við viðkomandi söluaðila hafi verið markaðssamstarf. Hafi þá hluti samningsins verið kynning á vörumerki Valitors, Visa og/eða MasterCard, í samstarfi við viðkomandi aðila. Hér hafi t.d. verið um að ræða kaup á auglýsingaplássi á veggspjöldum, í bæklingum og öðrum dreifiritum, prentun vörumerkja á poka og penna og afslætti fyrir korthafa Valitors sem hafi átt sér stað í samstarfi við viðkomandi söluaðila. Yfirleitt hafi í þessum tilvikum verið um að ræða formlega undirritaða samninga þar sem hluti samningsins hafi verið markaðssamstarf sem hafi verið nánar útfært síðar í samskiptum aðila. Þessum kostnaði hafi ekki verið skipt á milli færsluhirðingar vegna kreditkorta og debetkorta heldur hafi verið um að ræða kaup á auglýsingum/kynningu fyrir vörumerki Valitors eða þjónustu fyrir korthafa Valitors.

Þá var óskað eftir ítarlegum upplýsingum frá Valitor um milligjöld sem Valitor hafði greitt hverjum og einum íslenskum útgefanda greiðslukorta, vegna færsluhirðingar félagsins vegna VISA kreditkorta og Electron debetkorta, frá 1. janúar 2008 til 30. júní 2009, og tímasettar breytingar hafi þær átt sér stað á tímabilinu. Tilgreina átti prósentu af veltu og hámarks- og lágmarksgjald o.fl., eftir atvikum. Hafi Valitor greitt útgefendum mismunandi milligjald á tímabilinu eftir vöruflokkum eða söluaðilum var óskað eftir skilgreiningu á því og ítarlegum rökstuðningi fyrir því.

Í svari Valitors kemur fram að á árunum 2007 og 2008 hafi Valitor greitt íslenskum útgefendum [...] % af veltu hverrar færslu í milligjald vegna kreditkorta.⁴ Frá febrúar 2009 hafi síðan verið greitt [...] % af hverri færslu af viðskiptum hjá söluaðilum með matvöru, bensín og áfengi. Milligjald vegna annarra vöruflokka hafi verið óbreytt. Skýringin á mismunandi milligjaldi eftir vöruflokkum hafi verið sú að Valitor hafi sem færsluhirðir fengið hlutfallslega minni þóknunartekjur frá söluaðilum sem hafi verslað með matvöru, bensín og áfengi en frá öðrum söluaðilum og því hafi verið eðlilegt að milligjöld til útgefenda hafi endurspeglad það.

Þá segir að á árinu 2008 hafi Valitor greitt [...] % af hverri færslu til íslenskra útgefenda vegna debetkorta. Frá febrúar 2009 hafi það verið lækkað í [...] % af hverri færslu af viðskiptum hjá söluaðilum með matvöru, bensín og áfengi. Milligjald vegna annarra vöruflokka var haft óbreytt. Frá sama tíma hafi verið greitt lágmark 8 kr. og hámark 300 kr. af hverri færslu debetkorta. Skýringin á mismunandi milligjaldi eftir vöruflokkum hafi verið sú að Valitor hafi sem færsluhirðir fengið hlutfallslega minni þóknunartekjur frá söluaðilum sem versluðu með matvöru, bensín og áfengi en frá öðrum söluaðilum og því hafi verið eðlilegt að milligjöld til útgefenda endurspegladi það.

Samkeppniseftirlitið óskaði eftir ítarlegum upplýsingum um milligjöld sem Valitor hafi greitt íslenskum útgefendum greiðslukorta, vegna færsluhirðingar félagsins vegna MasterCard kreditkorta og Maestro debetkorta, frá 1. janúar 2008 til 30. júní 2009 eftir

⁴ Tölur og upplýsingar innan hornklofa [...] eru felldar niður vegna trúnaðar.



Því sem við ætti, og tímasettar breytingar hafi um þær verið að ræða á tímabilinu. Tilgreina skyldi prósentu af veltu og hámarks- og lágmarksgjald o.fl., eftir atvikum. Hafi uppgjör á milligjaldi vegna fyrrnefndra greiðslukorta ekki farið um alþjóðlegt uppgjörskerfi MasterCard International samkvæmt reglum þar um, var óskað eftir upplýsingum um á hvaða forsendum uppgjórið fór fram. Óskað var eftir afriti af samningum við útgefendur væri um þá að ræða.

Valitor segir í bréfinu að innlend færsluhirðing Valitors vegna MasterCard kreditkorta hafi byrjað í desember 2008. Uppgjör vegna íslenskra MasterCard kreditkorta hafi farið fram í gegnum MasterCard International samkvæmt gjaldskrá sem MasterCard hafði sett fyrir Ísland. Valitor hafi greitt milligjöldin til MasterCard International sem síðan greiddi til Borgunar sem síðanhafi greitt væntanlega til útgefenda. Það sé ekki á færi Valitors að upplýsa um þá upphæð eða hlutfall.

Fyrirkomulagið vegna greiddra milligjalda til íslenskra útgefenda Maestro debetkort hafi verið sambærilegt við fyrirkomulag sem hafi gilt fyrir milligjaldi til íslenskra útgefenda Electron debetkorta. Framkvæmdin hafi verið með þeim hætti að Reiknistofa bankanna hafi séð um að reikna út og greiða til útgefenda kortanna milligjald samkvæmt heildsölugjaldskrá Valitors á hverjum tíma.⁵

Með sama hætti var óskað eftir ítarlegum upplýsingum um milligjöld sem Valitor hafi greitt erlendum útgefendum greiðslukorta vegna færsluhirðingar félagsins hjá íslenskum söluaðilum þar sem erlend kort hafi verið notuð, skipt eftir tegund korta og vörumerki eftir því sem við ætti, frá 1. janúar 2008 til 30. júní 2009, og tímasettar breytingar hafi verið um þær að ræða á tímabilinu. Tilgreina átti prósentu af veltu og hámarks- og lágmarksgjald o.fl., eftir atvikum.

Í svarinu segir að Valitor hafi greitt erlendum útgefendum greiðslukorta milligjöld samkvæmt gjaldskrá m kortasamsteypanna. Hafi gjöldin verið mismunandi eftir tegund korta, útgáfulandi o.fl. Vegna MasterCard korta hafi Valitor ekki fullnægjandi upplýsingar til þess að greina hvort að um hafi verið að ræða erlend eða innlend MasterCard kort og geti því ekki veitt upplýsingar um skiptingu greiddra milligjalda milli erlendra og innlendra útgefenda. Hins vegar hafi Valitor vegna VISA korta ekki getað greint á milli milligjalda vegna erlendra VISA kredit- og debetkorta. Milligjöld (IRF) hafi verið ákvörðuð af VISA EU og VISA Int.

Í fyrirspurn sinni vísaði Samkeppniseftirlitið í fundargerð framkvæmdastjórnar Valitors, dags. 9. maí 2008, þar sem bókað væri um þörf þess að bankar og sparisjóðir geti innheimt sérstaklega gjöld af korthöfum vegna íslenskra [... færslna og að senda ætti formlegt bréf til banka og sparisjóða um þetta með upplýsingum um málið. Óskað var eftir afriti af staðfestri fundargerð vegna fundar framkvæmdastjórnar Valitors þann 9. maí 2008. Óskað var einnig eftir afriti af öllum gögnum, s.s. tölvupóstum og minnisblöðum og bréfum, sem send hafi verið innan félagsins og til annarra aðila og viðbrögð þeirra, sem tengjast umræddri bókun.

⁵ Í nokkrum tilfellum notar Valitor hugtakið „kostnaðarhlutdeildarþóknun“ í staða milligjalds. Verður nánar við að því síðar.



Í svari Valitors kemur fram að í stjórn hafi verið rætt um að bregðast við tapi af færslum sem hirtar hafi verið af [...]. Ein leiðin hafi verið að leggja sérstakt gjald á korthafa sem versluðu við söluaðila í viðskiptum við [...]. Hafi þetta verið talið heimilt af VISA EU ef korthafar væru upplýstir með tilskyldum fyrirvara. Málið hafi aldrei farið af umræðustigi.

Í bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. maí 2010, var óskað eftir viðamiklum upplýsingum um viðskipti Valitors við 750 veltumestu söluaðila í færsluhirðingu vegna bæði debet og kreditkorta á tilteknu tímabili. Einnig var óskað eftir upplýsingum um fjölda færslna fyrir hvora kortategund og þóknun sem hver þessara söluaðila hafði greitt Valitor fyrir færsluhirðingu hvorrar kortategundar.

Þá var óskað eftir upplýsingum um heildarveltu íslenskra söluaðila í færsluhirðingu hjá Valitor vegna debet- og kreditkorta annars vegar á árinu 2008 og hins vegar frá 1. janúar til 30. júní 2009 og fjölda færslna á hvoru tímabili og þóknun sem söluaðilar greiddu Valitor yfir færsluhirðinguna fyrir hvort tímabil. Sömu veltu og færslufjölda skipt á einstaka íslenska útgefendur kreditkorta og erlenda (samtals erlenda) og heildargreiðslu (milligjöld) frá Valitor til útgefenda (með sömu skiptingu á útgefendur) fyrir hvort tímabil.

Óskað var eftir upplýsingum um fjölda samninga í gildi hjá Valitor vegna færsluhirðingar fyrir debet- og kreditkort 31. desember 2008 og 30. júní 2009. Fjölda nýrra og endurnýjaðra samninga vegna færsluhirðingar þessara korta hjá félaginu á árinu 2008 og fyrri helmingi árs 2009.

Að lokum var óskað eftir upplýsingum um fjölda söluaðila með posa í leigu frá Valitor og fjöldi posa 31. desember 2008 og 30. júní 2009. Til viðbótar var óskað eftir upplýsingum um tekjur Valitors af posaleigu árið 2008 annars vegar og fyrri helmingi árs 2009 hins vegar.

Umbeðnar upplýsingar og gögn bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi Valitors, dags. 5. júlí 2010.

4.1 Gagnaöflun í september 2010

Í bréfi til Valitors, dags. 15. september 2010, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir frekari afritum af samskiptum félagsins við söluaðila sem óskað var eftir í bréfi til Valitors, dags. 28. maí 2010.

Í bréfi, dags. 22. september 2010, og með tölvupósti, dags. 27. september 2010, sendi Valitor þau gögn sem vantaði og viðbótarupplýsingar og sagði misskilning hafa valdið því að hafa áður sent ófullnægjandi gögn og upplýsingar til eftirlitsins. Fram kemur að um posaleigu hafi ekki verið gerðir sérstakir samningar árum saman heldur hafi eingöngu verið tekið fram í almennum samstarfssamningi um færsluhirðingu eða samþykktum tilboðum frá Valitor hvort viðkomandi aðili hafi samið um posa frá Valitor. Hafi kjörin þá tekið mið af almennri viðmiðunarverðskrá félagsins. Í vissum tilvikum hafi söluaðilar hringt eða fundað með starfsmönnum Valitors sem hafi brugðist við og breytt kjörum viðkomandi aðila í posaleigu.



4.2 Gagnaöflun í október 2010

Í bréfi til Valitors, dags. 25. október 2010, óskaði Samkeppniseftirlitið m.a. eftir nánari skýringum á svári félagsins í bréfi, dags. 5. júlí 2010, við upplýsingabeirni í bréfi til Valitors frá 28. maí 2010. Einnig var óskað eftir viðbótar gögnum og upplýsingum frá Valitor.

Til skýringar er bent á að í bréfi til Valitors, dags. 28. maí 2008, hafi Samkeppniseftirlitið annars vegar óskað eftir skilgreiningum og ítarlegum rökstuðningi hafi Valitor greitt íslenskum útgefendum greiðslukorta mismunandi milligjald eftir vöruflokkum eða söluaðilum. Hins vegar hafi verið óskað eftir ítarlegum upplýsingum um milligjöld sem Valitor greiddi íslenskum útgefendum greiðslukorta, vegna færsluhirðingar félagsins vegna MasterCard kreditkorta og Maestro debetkorta. Hafi uppgjör á milligjaldi vegna fyrrnefndra greiðslukorta ekki farið um alþjóðlegt uppgjörskerfi MasterCard International samkvæmt reglum þar um, var óskað eftir upplýsingum um á hvaða forsendum uppgjórið hafi farið fram. Óskað hafi verið eftir afriti af samningum við útgefendur væri um þá að ræða.

Í bréfi Valitors til Samkeppniseftirlitsins, dags. 5. júlí 2010, hafi eftirfarandi rökstuðningur komið fram varðandi mismunandi milligjöld vegna VISA greiðslukorta eftir vöruflokkum eða söluaðilum á tímabilinu (tl. 19):

„Skýringin á mismunandi milligjaldi eftir vöruflokkum er sú að VALITOR fær sem færsluhirðir hlutfallslega minni þóknunartekjur frá söluaðilum sem versla með matvöru, bensín og vín en frá öðrum söluaðilum og því eðlilegt að milligjöld til útgefenda endurspegli það.“

Í bréfi sínu , dags. 25. október 2010, taldi Samkeppniseftirlitið þessa skýringu sérstaka m.a. með tilliti til fyrri málflutnings Valitors og almennt viðurkennds samspils milligjalda (ef um það væri að ræða) og þóknunar sem söluaðilar greiða færsluhirðum. Samkeppniseftirlitið fékk ekki séð að tilvitnuð skýring Valitors væri fullnægjandi og áréttaði í bréfinu kröfu sína um ítarlegan rökstuðning og réttlætingu fyrir umræddum mismuni, annars vegar vegna kreditkorta og hins vegar vegna debetkorta. M.a. var óskað eftir upplýsingum með hvaða hætti þessir vöruflokkar hafi verið ákvarðaðir, skilgreindir og aðgreindir í uppgjöri við söluaðila og útgefendur.

Í bréfi Valitors, dags. 5. júlí 2010, komi eftirfarandi fram varðandi milligjöld sem Valitor hafi greitt til útgefenda vegna MasterCard debetkorta (Maestro) á tímabilinu (tl. 20):

„Fyrirkomulagið er sambærilegt við fyrirkomulag vegna milligjalda debetkorta sem gert er grein fyrir í spurningu 19. Framkvæmdin er með þeim hætti að Reiknistofa bankanna sér um að reikna út og greiða útgefendum kortanna kostnaðarhlutdeildarþóknun samkvæmt heildsölugjaldskrá VALITOR á hverjum tíma“.

Í bréfinu hafi ekki annað komið fram varðandi milligjald vegna Maestro debetkorta. Að mati Samkeppniseftirlitsins hafi þetta verið ófullnægjandi svar við fyrirspurninni. Af



svarinu mætti m.a. ráða að ákvörðun og framkvæmd hjá Valitor vegna milligjalda fyrir Maestro debetkort væri með öðrum hætti en fyrir MasterCard kreditkort án þess að forsendur þess væru skýrðar eða hvernig ákvörðun um það hafi verið tekin. Óskað var eftir upplýsingum um hvort útgefendur kortanna hafi komið að þessum ákvörðunum og þá með hvaða hætti. Óskað var eftir afriti af minnisblöðum, tölvupóstum, fundargerðum og öðrum sambærilegum gögnum sem því tengdust. Samkeppniseftirlitið áréttaði fyrirspurnina, sbr. tl. 20 í bréfi, dags. 28. maí 2010, og óskaði eftir afriti af heildsölugjaldskrá sem hafi verið í gildi hjá Valitor á umræddu tímabili.

Þá óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um hvað Valitor hafði greitt útgefendum (í milligjöld) vegna færsluhirðingar debetkorta hjá hverjum og einum söluaðila/þjónustuaðila samkvæmt lista, þ.e. á árinu 2008 og 1. janúar til 30. júní 2009. Óskað var eftir skiptingu á greiðslu milli íslenskra útgefenda og erlendra eftir því sem hægt væri.

Að lokum þá óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum og gögnum um rekstrarafkomu Valitors af færsluhirðingu á Íslandi á árinu 2008 annars vegar og fyrri helmingi árs 2009 hins vegar og skiptingu milli afkomu af færsluhirðingu kreditkorta og debetkorta. Nákvæmar skýringar og forsendur um skiptingu á sameiginlegum kostnaði þurfti að fylgja svo og aðrar forsendur fyrir afkomugreiningunni.

Svar barst frá Valitor vegna þessara atriða í bréfi, dags. 19. nóvember 2010. Hvað varði mismunandi milligjald vegna mismunandi vörflokka eða söluaðila segir Valitor ekki ljóst að hvaða leyti fyrri skýring félagsins hafi verið sérstök m.a. með tilliti til fyrri málflutnings félagsins um almennt viðurkennt samspil milligjalds og þóknunar fyrir færsluhirðingu. Vísar félagið í bréfinu í málflutning félagsins í öðrum málum fyrir Samkeppniseftirlitinu, m.a. þennan:

„Gjald sem kærandi greiðir einstökum útgefendum vegna þessa er ákveðið með tvíhliða samningum milli kæranda og einstakra útgefenda, og er gjaldið misjafnt eftir umfangi viðskipta.“

Valitor áréttar það sem komi fram í svari félagsins þann 28. júlí sl. (svo) að megin skýringin á mismunandi kostnaðarhlutdeildarþóknun (milligjald, innskot SE) eftir vörflokkum hafi verið sú að Valitor hafi fengið hlutfallslega minni þóknunartekjur vegna tiltekinna söluaðilaflokka (e. MCC codes) sem hafi endurspeglast í þeim þóknunum sem samið hafi verið um hverju sinni við útgefendur hvað varði þessa flokka. Sé það svo að áhætta í þessum vörflokkum hafi verið minni en öðrum. Alþekkt sé að útgefendur fái mismunandi tekjur frá færsluhirðum eftir því í hvaða flokki viðskipti eigi sér stað og með hvaða vöru sé verslað. Megi í því sambandi benda á gjaldskrá VISA EU í Danmörku og Noregi því til staðfestingar. Eigi það bæði við um milligjald vegna debetkorta og kreditkorta. Samskonar mismun á milligjöldum hafi einnig verið að finna í fleiri Evrópulöndum.

Í tilfalli Valitors þá hafi þeir sem falli undir skilgreininguna MBV (matvara, bensín og áfengi) greitt lægstu þóknunina til Valitors sem færsluhirðis. Hér sé um að ræða söluaðila



sem séu með mjög mikla veltu og örugg viðskipti og því sé eðlilegt að viðkomandi aðilar greiði lægri þóknun. Á grundvelli samskonar sjónarmiða hafi verið samið um lægra milligjald til útgefenda kortanna hvað varði þessa flokka. Eigi sjónarmiðið bæði við um debet- og kreditkort.

Þá sé rétt að taka fram að viðskipti þar sem Valitor eigi bæði hlut í útgáfu kortanna og færsluhirðingu þeirra (e. on-us) fari ekki um heimskerfin (alþjóðlegu uppgjörskerfin, innskot SE) og séu því ekki greidd milligjöld samkvæmt gjaldskrá VISA EU. Þess í stað sé um að ræða tvíhliða samninga, en framkvæmdastjórn ESB hafi einmitt lagt á það áherslu að þróunin verði í þá átt að byggt verði á tvíhliða samningum í stað samræmdra milligjalda.

Um síðara atriðið segir Valitor í bréfinu að málið snúist um MasterCard og Maestro kort sem Valitor sem færsluhirðir taki á móti. Innlendu MasterCard kreditkortin séu gefin út af samstarfsaðilum Borgunar (undir leyfi Borgunar) og því um „not on-us“ færslur að ræða hjá Valitor sem færsluhirði. Sökum þessa hafi uppgjör kortanna farið í gegnum MasterCard International og hafi Valitor greitt landsbundið milligjald skv. gjaldskrá sem MasterCard International hafi sett fyrir Ísland, væntanlega að beiðni Borgunar.

Fyrirkomulagið vegna Maestro debetkorta hafi verið með öðrum hætti og svipi til fyrirkomulags vegna milligjalds VISA Electron debetkorta. Framkvæmdin hafi verið með þeim hætti að Reiknistofa bankanna gegni hlutverki greiðslumiðlara og uppgjörsaðila sem m.a. sjái um að reikna út og greiða milligjald til útgefenda kortanna ásamt því að skuldfæra korthafa og gera upp við söluaðila. Af innlendum Maestro kortum sem Valitor færsluhirði hafi félagið greitt milligjald til útgefenda. Ekki séu formlegir samningar þessu til grundvallar heldur hafi Valitor nýtt sér kerfi sem hafi verið fyrir hendi hjá Reiknistofu bankanna til uppgjörs á þessum færslum. Valitor telji að Borgun sé að vinna þessi mál með sambærilegum hætti, þ.e.a.s. sem „not on-us“ færsluhirðir Electron debetkorta.

Valitor segir þetta í samræmi við tilmæli Seðlabanka Íslands eftir hrun íslenska fjármálakerfisins. Í þeim sé lögð áhersla á að færslur debetkorta fari ekki um alþjóðlegu kerfi kortasamsteypanna heldur eigi viðskiptin sér stað innanlands í gegnum Reiknistofu bankanna. Tilmælin séu grundvöllur reglna nr. 849/2009 þar sem þetta fyrirkomulag hafi verið fært í reglugerð. Hafi þetta verið gert til að lágmarka kerfisáhættu og takmarka gjaldeyrisstreymi frá Íslandi og því hafi verið talið mikilvægt að VISA EU og MasterCard Inc. væru ekki aðilar að innlendra greiðslumiðlun debetkorta. PBS hafi hins vegar fengið undanþágu frá þessum reglum og hafi sent Electron færslur um kerfi VISA EU og hafi greitt milligjald samkvæmt gjaldskrá þess.

Hvað varðar greitt milligjald til útgefenda vegna notkunar debetkorta segir Valitor að hafa beri í huga að á fyrri hluta rannsóknartímabilsins hafi sama milligjald verið greitt til útgefenda vegna allra söluaðila. Þann 1. febrúar 2009 hafi orðið sú breyting á færsluhirðingu debetkorta að samið hafi verið við útgáfubanka um lægra milligjald eða [...] % vegna matvöru, bensíns og áfengis ásamt því að sett hafi verið hámark á greiðslur til útgefenda.



Með tölvupóstum, dags. 26. og 29. nóvember 2010, sendi Valitor Samkeppniseftirlitinu lista með umbeðnum upplýsingum um greidd milligjöld til íslenskra útgefenda debetkorta á árinu 2008 og á fyrri helmingi árs 2009.

Hvað varði afkomu af færsluhirðingu debetkorta á árinu 2008 segir Valitor að rétt sé geta þess að ákveðnar skekkjur hafi verið að finna í uppgjöri til banka vegna debetkorta sem ekki hafi verið leiðréttar fyrr en í byrjun árs 2009. Sem dæmi megi nefna að þegar korthafar keyptu dýran varning með debetkorti þá hafi hámarksfjárhæð sem kom í hlut Valitors verið í kringum 300 krónur en hins vegar hafi útgáfubanka verið greitt prósentufjárhæð af færslunni. Þetta hafi leitt til þess að í stórum viðskiptum t.d. við bifreiðakaup hafi útgáfubankinn fengið mun hærri fjárhæð í milligjald en sem nam þóknun Valitors fyrir færsluhirðinguna. Þessu hafi verið breytt í upphafi árs 2009 um leið og ýmsar aðrar breytingar hafi átt sér stað svo sem vegna breyttra milligjalda vegna matvöru, bensíns og áfengis. Síðan gerir Valitor í svarinu grein fyrir þeim forsendum sem félagið hafi byggt á við afkomugreiningu á færsluhirðingu hjá félaginu.

4.3 Gagnaöflun í janúar 2011

Í bréfi til Valitors, dags. 13. janúar 2011, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um þóknun félagsins frá íslenskum söluaðilum vegna færsluhirðingar og um greiðslur milligjalda til útgefenda greiðslukorta á árinu 2007. Þá óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum og gögnum um rekstrarafkomu Valitors hf. af færsluhirðingu á Íslandi á árinu 2007 og skiptingu milli afkomu af færsluhirðingu kreditkorta og debetkorta. Nákvæmar skýringar og forsendur um skiptingu á sameiginlegum kostnaði þurftu að fylgja svo og aðrar forsendur fyrir afkomugreiningunni.

Með bréfi og tölvupósti, dags. 9. febrúar 2011, bárust Samkeppniseftirlitinu umbeðin gögn og upplýsingar. Í bréfinu er bent á að ákveðnar skekkjur væri að finna í uppgjöri til banka vegna debetkorta sem ekki hafi verið leiðréttar fyrr en í byrjun árs 2009. Um hafi verið að ræða þá fjárhæð sem Valitor hafi fengið sem færsluhirðir hafi verið háværkuð við 300 kr. fyrir hverja færslu en hins vegar hafi útgáfubanka verið greidd prósentufjárhæð af færslunni sem gat leitt til þess að greiðasla til útgefenda hafi verið hærri en þóknun Valitors.

4.4 Gagnaöflun í febrúar 2011

Í tölvupóstum, dags. 10. febrúar 2011, til Valitors óskaði Samkeppniseftirlitið eftir skýringu og sundurliðun á tilteknum lið í afkomugreiningum Valitors fyrir færsluhirðingu sem höfðu borist. Umbeðin skýring og sundurliðun barst frá Valitor með tölvupóstum, dags. 10. og 11. febrúar 2011.

4.5 Gagnaöflun í mars 2011

Með bréfi til Valitors, dags. 4. mars 2011, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum og gögnum varðandi tilteknar bókanir í fundargerðum stjórnar Valitors.

1. Í fundargerð stjórnar Valitors hf. nr. 488, 29. maí 2009, liður 4 er m.a. bókað:
„VALITOR benti SÍ á að eftir að „dual“ færsluhirðingin var orðin að veruleika hjá Valitor og Borgun, væri stór hluti og vaxandi hluti færslna sendur um VISA EU. Í



stað þess að hafa að öllu leyti farið í gegnum innlent kerfi líkt og þegar söluaðili er í VISA færsluhirðingu hjá Valitor og MC hjá Borgun. Borgun hafnaði tillögu Valitor um samkomulag vegna MC kreditkorta svipað og er fyrir hendi með debetkortin."

Óskað var eftir upplýsingum og afriti af gögnum sem tengdust því samkomulagi sem sagt er vera fyrir hendi fyrir færslur vegna debetkorta.

2. Í fundargerð stjórnar Valitors hf. nr. 422, 30. ágúst 2005, liður 5.1 er m.a. bókað: „Samþykkt var að VISA Ísland – Greiðslumiðlun taki á sig öll færslugjöld vegna VISA og VISA Electron korta sem greiða þarf til FGM."

Óskað var eftir upplýsingum um hvernig greiðslum Valitors hf. til FGM hafi verið háttað annars vegar vegna notkunar kreditkorta og hins vegar vegna notkunar debetkorta (ef um það er að ræða) hjá söluaðilum. Óskað var eftir upplýsingum um greiðslur, aðgreint fyrir árin 2007, 2008 og fyrri helming árs 2009 og skiptingu milli árs- eða ársfjórðungsgjalda og veltutengdra gjalda og/eða færslugjalda.

Í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 18. mars 2011, bárust svör frá Valitor. Fram kemur að fyrirkomulag í debetkortakerfinu á Íslandi hafi verið og sé með þeim hætti að allar kortafærslur innlendra debetkorta sem eru færsluhirtar af Valitor og Borgun fari í gegnum kerfi Reiknistofu bankanna. Hafi þetta fyrirkomulag varðandi debetkortafærslur Valitors viðgengist frá því að debetkortakerfið hafi verið tekið upp á árinu 1993. Þá segir að ekki sé fyrir hendi sérstakur samningur eða gögn um fyrirkomulagið vegna debetkorta milli hlutaðeigandi aðila heldur sé byggt á áralangri framkvæmd um meðhöndlun debetkortafærslna sem byggi á mun eldri grunni sem stofnað hafi verið í kringum uppgjör á ávísunum.

Hvað varði greiðslu á færslugjöldum til FGM vegna greiðslukorta þá hafi Valitor greitt samkvæmt sundurliðuðum reikningum frá FGM en Valitor hafi síðan innheimt hjá bönkum og sparisjóðum færslugjöld vegna debetkorta enda hafi þar verið um að ræða þjónustu við þá aðila.

Með bréfi til Valitors, dags. 16. og 17. mars 2011, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um veltu hjá Valitor í færsluhirðingu á árunum 2007, 2008 og á fyrri helmingi árs 2009. Einnig var óskað eftir upplýsingum um innheimta þóknun hjá söluaðilum og greitt milligjald til útgefenda vegna debetkorta og kreditkorta á árinu 2008 og á fyrri helmingi árs 2009.

Með tölvupósti, dags. 8. apríl 2011, sendi Valitor Samkeppniseftirlitinu umbeðnar upplýsingar í excelskjölum á tölvutæku formi.

Í bréfi til Valitors, dags. 24. mars 2011, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir ítarlegri sundurliðun á rekstrargjöldum vegna færsluhirðingar Valitors og skiptingu milli breytilegs og fasts kostnaðar og rökstuðningi fyrir þeirri skiptingu. Einnig var óskað eftir upplýsingum um hvað Valitor innheimti í þóknun vegna færsluhirðingar greiðslukorta hjá



hverjum einstökum söluaðila og hvað Valitor greiddi útgefendum greiðslukorta í milligjöld. Varðar þetta árið 2008 og fyrri helming árs 2009.

Með tölvupósti til Samkeppniseftirlitsins, dags. 20. apríl 2011, bárust umbeðnar sundurliðanir á rekstargjöldum (excelskjal) og aðrar upplýsingar og rökstuðningur sem óskað var eftir.

4.6 Gagnaöflun í apríl 2011

Með bréfi til Valitors, dags. 7. apríl 2011, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um hvaða milligjald félagið hafi fengið greitt vegna færsluhirðingar Borgunar á greiðslukortum með vörumerki VISA og hvað Valitor hafi síðan greitt útgefendum kortanna vegna sömu viðskipta. Einnig var óskað eftir upplýsingum um fjölda gilda greiðslukorta útgefin af félaginu í ársloka 2006, 2007, 2008 og lok fyrrihluta árs 2009 og um veltu Borgunar í færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum árin 2007, 2008 og fyrri helming árs 2009. Einnig var óskað eftir afriti af ársreikningi Valitors árin 2007, 2008 og 2009.

Í fundargerð stjórnar Valitors hf. nr. 477, dags. 17. júlí 2008, er bókað að frá og með júlí muni Valitor hætta að greiða bönkunum milligjald vegna PBS færslna. Samkeppniseftirlitið óskaði eftir upplýsingum um hvort þessi ákvörðun hafi gengið eftir og á hvaða forsendum og rökum hún hafi byggt. Einnig var óskað eftir upplýsingum um hvaða milligjald VISA EU hafði greitt Valitor fyrir færsluhirðingu PBS hjá íslenskum söluaðilum vegna íslenskra VISA kreditkorta annars vegar og Electron debetkorta hins vegar frá 1. janúar 2007 til 30. júní 2009. Sambærilegra upplýsinga var óskað um það milligjald sem Valitor hafði síðan greitt útgefendum kortanna, bönkunum og sparisjóðum, vegna sömu viðskipta á sama tíma og með sömu aðgreiningu milli kortaafbrigða.

Með bréfi frá Valitor, dags. 28. apríl 2011, bárust umbeðnar upplýsingar og gögn. Í svarinu kemur m.a. fram að sú ákvörðun sem vísað er til í fundargerð hafi komið til framkvæmda. Rökin fyrir henni hafi verið að Valitor starfi m.a. sem vinnsluaðili í kortaútgáfu. Í því felist að félagið annist tiltekna þætti í kortaútgáfu fyrir útgefendur á grundvelli samninga við þá. Meðal þess sé að fjármagna færslur þar sem VISA kreditkort eru notuð hjá íslenskum söluaðilum en Valitor annist ekki færsluhirðingu. Valitor hafi borið mikinn fjármögnunarkostnað vegna færslna þar sem félagið hafi ekki sjálft verið færsluhirðir. Milligjöld sem Valitor hafi fengið vegna þessara færslna frá viðkomandi færsluhirði hafi ekki dugað fyrir þeim kostnaði. Hafi þá annar kostnaður vegna vinnslu og kortasvika verið ótalinn. Nánar tiltekið hafi milligjaldið sem PBS greiddi ekki tekið mið af fjármagnskostnaði á Íslandi, en stýrivextir Seðlabanka Íslands hafi á þessum tíma verið 15,5%. Gjaldskrá VISA EU sem PBS vann eftir hafi skilað að meðaltali um [...] % af hverri færslu sem hafi leitt til taps hjá Valitor. Þar sem þessar færslur hafi farið um alþjóðlega uppgjörskerfi VISA hafi Valitor þurft sem vinnsluaðili í kortaútgáfu að greiða PBS daglega vegna viðskipta korthafa hjá þeim söluaðilum sem PBS færsluhirti. Á sama tíma hafi korthafar greitt mánaðarlega sem var almennt annan dag hvers mánaðar. Hafi þessi staða leitt til þess að Valitor hafi talið sér ófært að greiða útgefendum kostnaðarhlutdeildarpóknun (milligjald, innskot Samkeppniseftirlitsins) vegna þessara



viðskipta. Þá kemur fram í svarinu að Valitor hafi ekki greitt milligjald til útgefenda vegna notkunar íslenskra Electron debetkorta hjá söluaðilum í færsluhirðingu hjá PBS og Borgun.

4.7 Gagnaöflun í júní 2011

Í bréfi til Valitors, dags. 21. júní 2011, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir nánari upplýsingum um innheimtu Valitors af útgefendum debetkort vegna greiðslna Valitors til Fjölgreiðslumiðlunar hf. fyrir heimildir og fjárhagslegar færslur vegna þeirra korta á árunum 2007, 2008 og 2009.

Í tölvupósti, dags. 30. júní 2011, svaraði Valitor því að félagið hafi á þessu tímabili innheimt af útgefendum debetkorta [...] krónur fyrir hverja heimildarleit og hverja fjárhagslega færslu óháð fjölda færslna.

4.8 Gagnaöflun í september 2011

Í bréfi til Valitors, dags. 5. september 2011, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir tilteknum upplýsingum um viðskipti Valitors í færsluhirðingu við nokkra tilgreinda söluaðila á árunum 2007, 2008 og 2009 og hlut erlendra kreditkorta í þeim viðskiptum. Umbeðnar upplýsingar bárust frá Valitor í tölvupósti, dags. 14. september 2011.

Í tölvupósti, dags. 27. september 2011, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Valitor um „BIN númer“ félagsins vegna færsluhirðingar hjá íslenskum söluaðilum. Umbeðnar upplýsingar bárust frá Valitor.

4.9 Gagnaöflun í febrúar 2012

Í tölvupósti til Valitors, dags. 10. febrúar 2012, benti Samkeppniseftirlitið á að í sumum tilfellum stefndi ekki saman kennitala söluaðila og formlegt nafn þeirra samkvæmt Fyrirtækjaskrá í tilteknum lista sem Valitor hafði áður sent. Var óskað eftir samræmingu á þessu.

Með tölvupósti til Samkeppniseftirlitsins, dags. 13. febrúar 2012, sendi Valitor nýja útgáfu af listanum þar sem þetta var samræmt.

Í bréfi til Valitors, dags. 10. febrúar 2012, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um kjör tiltekinna söluaðila fyrir færsluhirðingu debetkorta á árunum 2007 og 2008.

Með tölvupósti til Samkeppniseftirlitsins, dags. 17. febrúar 2012, bárust umbeðnar upplýsingar frá Valitor.

4.10 Útgáfa andmælaskjals og málsmeðferð í kjölfarið

Í framhaldi af þessari málsmeðferð og gagnaöflun ritaði Samkeppniseftirlitið andmælaskjal, dags. 15. mars 2012, og sendi Valitor það til umsagnar, sbr. 17. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Einnig fylgdi með afrit af erindi Borgunar hf., dags. 12. júní 2009, með öllum upplýsingum, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 72/2011.



Í tölvupósti, dags. 23. mars 2012, óskaði Valitor eftir afriti af öllum gögnum á gagnalista þeim sem fylgdi með andmælaskjali. Í bréfi til Borgunar, Kortapjónustunnar og tíu söluaðila greindi Samkeppniseftirlitið frá ósk Valitors um afrit af gögnum og óskaði eftir afstöðu þeirra til óskarinnar hvað varða gögn hvers og eins. Ef viðkomandi óskaði eftir trúnaði um einhvern hluta gagnanna var hann beðinn um að senda nýtt afrit þar sem strikað væri yfir þann hluta sem túnaður ætti að ríkja um. Viðbrögð Borgunar voru að félagið hafnaði því með öllu að Valitor fengi afrit af gögnum sem frá Borgun stafaði. Eftir frekari bréfaskrif og fundi samþykkti Borgun að afhenda ný afrit þar sem strikað var yfir trúnaðarupplýsingar. Með bréfi til Valitors, dags. 25. júní 2012, fylgdu afrit af umbeðnum gögnum.

Í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 5. júlí 2012, gerði Valitor athugasemdir við andmælaskjalið. Meðal annars var frumniðurstaða Samkeppniseftirlitsins um ætluð brot á skilyrðum í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 gagnrýnd. Með hliðsjón af efni þeirrar umfjöllunar taldi eftirlitið rétt að rannsaka þann þátt málsins nánar. Einnig taldi Samkeppniseftirlitið rétt að fjalla nánar um þá umfjöllun Valitors í athugasemdunum að PBS/Kortapjónustuan hafi ekki, eftir birtingu ákvörðunar nr. 4/2008, sýnt áhuga að tengjast innlenda debetkortakerfinu sem íslensku færsluhirðarnir hafa tengst frá upphafi. Með bréfi, dags. 16. október 2012, var Valitor send viðbótarumfjöllun um þessi tilteknu atriði og auka gagnalista og afrita af þeim gögnum sem byggt var á.

Með bréfi, dags. 12. nóvember 2012, sendi Valitor athugasemdir við viðbót við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins. Fjallað verður um framangreindar athugasemdir Valitors í tengslum við umfjöllun um einstök atriði málsins.



III. ATHUGASEMDIR VALITORS UM FORM OG MÁLSMEÐFERÐ

Í athugasemdum sínum við andmælaskjalið mótmælir Valitor því að hafa gerst brotlegt við samkeppnislög eða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Valitor telur að svo verulegir annmarkar séu á málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins, þar sem brotið hafi verið með alvarlegum hætti gegn mannréttindum félagsins, að það leiði til þess að rannsóknin sé ólögmæt og hana beri að fella niður þegar í stað. Í þessum kafla verður nánar fjallað um athugasemdir Valitors hvað þessa þætti varðar og þeim svarað eftir því sem þurfa þykir.

1. Ætluð ólögmæt notkun gagna

Valitor byggir á því að ekki verði tekin ákvörðun í málinu á grundvelli rannsóknar Samkeppniseftirlitsins þar sem rannsóknin sé haldin verulegum annmörkum. Þannig hafi með alvarlegum hætti verið brotið gegn rétti Valitors til réttlátrar málsmeðferðar og ákvæðum IX. kafla laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála.

Þrátt fyrir tiltölulega þrönga afmörkun sakarefnis í kvörtun Borgunar, dags. 12. júní 2009, þar sem félögin hófu ekki samkeppni innan vörumerkja, sem kvörtunin hafi lotið að, fyrr en í upphafi árs 2009, hafi í húsleit hjá félaginu verið lagt hald á gríðarlegt magn gagna langt aftur í tímann. Hafi meðal annars pósthjónn Valitors verið afritaður eins og hann lagði sig. Eðli málsins samkvæmt hafi þar verið um að ræða ýmis gögn sem óheimilt hafi verið að leggja hald á, sbr. meðal annars 2. ml. 1. mgr. 68. gr. laga um meðferð sakamála, sbr. 2. mgr. 119. gr. laganna. Við skoðun gagnanna hafi fulltrúi Samkeppniseftirlitsins bæði lesið og prentað út mikinn fjölda tölvupósta sem hafi ekki með nokkrum hætti getað tengst efnisatriðum rannsóknarinnar sem hafi verið grundvöllur húsleitarinnar. Meðal þeirra tölvupósta sem hafi verið prentaðir út væru samskipti Valitors við utanaðkomandi lögmenn félagsins, samskipti sem vörðuðu önnur mál fyrir Samkeppniseftirlitinu og fyrirhuguð dómsmál gegn því og samskipti sem vörðuðu alls ótengd mál. Hafi Valitor síðan fengið því framgengt með dómi að umræddum gögnum yrði eytt.

Í kjölfar þessa hafi Valitor gert þá kröfu til Samkeppniseftirlitsins meðal annars að það eyddi öllum sambærilegum tölvupóstum og dómurinn hafi tekið til, enda ljóst að þeir gætu með sama hætti ekki varðað rannsóknina. Hafi Samkeppniseftirlitið ítrekað hafnað þessari kröfu Valitors. Fyrst með vísan til þess að krafan hafi ekki varðað tiltekna tölvupósta og að ekki væri mögulegt að gera svona almenna kröfu. Þá hafi Valitor gert ítarlega sundurliðaða kröfu um eyðingu tiltekinnar tölvupósta sem hafi allir verið þess eðlis að þeir gætu ekki varðað rannsóknina eins og hún hafi verið afmörkuð. Hafi þessari kröfu verið hafnað með margvíslegu rökum.

Valitor byggir á því að með þeirri skoðun og útprentun sem fram hafi farið af hálfu Samkeppniseftirlitsins hafi verið brotið gegn að minnsta kosti 1. og 2. ml. 1. mgr. 68. gr. laga um meðferð sakamála, auk 72. gr. laganna, meðalhófsreglu 12. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993, sem og 70. gr. og 71. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands, eins og þær verði að túlka með hliðsjón af 1. mgr. 6. gr. og 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994.



Til stuðnings framangreindu bendir Valitor í fyrsta lagi á að Hæstiréttur Íslands hafi heimilað að sá háttur sé hafður á við húsleitir að tölvutæk gögn væru afrituð án frekari skoðunar, á þeim grundvelli að skoðun gagna á staðnum væri tímafrek og íþyngjandi í garð þess sem húsleitir beinist að, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 178/2002. Brjóti sá háttur því almennt ekki gegn meðalhófsreglu stjórnsýslulaga. Kunni um tíma að hafa ríkt einhver óvissa um hvernig skuli fara með gögn sem þannig hafi verið haldlögð án þess að bein heimild sé til þess, þ.e. gögn sem ekki geti tengst rannsókn málsins, falli ekki undir 1. ml. 1. mgr. 68. gr. og þannig hefði ekki verið heimilt að handleggja, hafi þau verið í áþreifanlegu formi.

Með dómi Hæstaréttar í máli nr. 633/2009 hafi þessari óvissu endanlega verið eytt. Sá dómur sé skýr. Stjórnvöldum beri að aflétta haldi þessara gagna þegar við frumrannsókn málsins. Í þeim tilvikum þar sem aðeins er um afrit að ræða, felist aflétting halds í því að þessum afritum sé eytt. Leiði þetta einnig af dómum Hæstaréttar í málum nr. 356/2012 og nr. 357/2012. Af dómum Hæstaréttar sé ljóst að afmörkun á því máli sem til rannsóknar sé í húsleitarbeiðni ráði því hvaða gögn hafi verið heimilt að handleggja. Komist lögregla, eða stjórnvöld, við húsleitir yfir gögn sem ekki tengjast þeirri rannsókn eins og hún hafi verið afmörkuð í húsleitarbeiðni, beri að aflétta haldi þeirra þegar í stað. Fari sú aflétting fram með þeim hætti að frumritum sé skilað og afritum, þ.e. rafrænum afritum, eytt. Sé það í samræmi við 68. og 72. gr. laga um meðferð skakmála. Af þessu leiði að stjórnvaldi, sem á grundvelli húsleitarúrskurðar vegna tiltekins máls sem til rannsóknar sé, sé óheimilt að nýta þau gögn til að afmarka nýjan málsgrundvöll og undirbyggja þannig málalátbúnað gegn ætluðum brotlegum aðila sem ekki hafi verið lagður í húsleitarbeiðni.

Valitor vilji benda á að rannsókn Samkeppniseftirlitsins í fyrirliggjandi máli hafi ekki verið í samræmi við framangreint. Í stað þess að eyða þeim gögnum sem þannig hafi verið ástatt um þegar í stað, hafi fjölmörg þeirra þvert á móti verið grandskoðuð og prentuð út í kjölfar slíkrar skoðunar. Þannig hafi Samkeppniseftirlitið brotið gegn bæði 1. ml. 1. mgr. 68. gr. laga um meðferð sakamála og meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga. Því hafi haldlagningin verið óheimil. Slíkt hald hafi einungis verið heimilað af rökbundinni nauðsyn og það þannig ekki talið brjóta gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga.

Þessi staða eigi enn frekar við þegar Samkeppniseftirlitið hafi neitað að verða við ítrekuðum rökstuddum kröfum um eyðingu annarra slíkra gagna sem það haldlagði við húsleitina, þrátt fyrir skýlausa skyldu þess efnis, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 633/2009. Í því máli hafi verið lögð áhersla á þann langa tíma sem liðið hafði frá því að krafan hafi verið sett fram, sem þá voru nokkrir mánuðir. Nú séu mánuðirnir orðnir að árum og enn hafi ekki verið orðið við kröfum Valitors þrátt fyrir skýlaus ákvæði 1. mgr. 72. gr. laga um meðferð sakamála þess efnis að aflétta beri haldi þegar þess sé ekki lengur þörf. Hafi Samkeppniseftirlitið brotið gegn 1. ml. 1. mgr. 68. gr. og 1. mgr. 72. gr. laga um meðferð sakamála og meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga við aðgerðina.

Í öðru lagi bendi Valitor á að meðal þeirra gagna sem hafi sannanlega verið haldlögð, skoðuð og prentuð út, hafi verið samskipti félagsins við utanaðkomandi lögmenn. Slík samskipti séu haldin trúnaði, sbr. 22. gr. laga nr. 77/1998 um lögmenn og sé óheimilt að



haldleggja þau, sbr. 2. ml. 1. mgr. 68. gr. laga um meðferð sakamála, sbr. b-lið 2. mgr. 119. gr. þeirra laga. Brjóti haldlagning á gögnum um samskipti við lögmenn einnig gegn bæði 70. og 71. gr. stjórnarskrárinnar, eins og þær greinar beri að túlka með hliðsjón af 1. mgr. 6. gr. og 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, en sáttmálinn hafi lagagildi hér á landi, sbr. lög nr. 62/1994.

Framangreind túlkun byggir jafnt á orðanna hljóðan viðkomandi ákvæða sem og á fjölmörgum fordæmum Mannréttindadómstóls Evrópu. Vilji Valitor taka fram að telja verði ótvírætt að fyrirhuguð ákvörðun Samkeppniseftirlitsins sé þess eðlis að um refsingu verði að ræða í skilningi 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmálans. Mannréttindadómstóllinn hafi nú tekið af allan vafa um að svo sé almennt um verulega íþyngjandi stjórnvaldsákvarðanir samkeppnisyfirvalda, sbr. dómdómstólsins í máli 27. september 2011 í máli Menarini gegn Ítalíu Hafi Mannréttindadómstóllinn ítrekað slegið því föstu í ýmsum málum að haldlagning samskipta við utanaðkomandi lögmenn brjóti gegn 1. mgr. 6. gr. og 8. gr. sáttmálans.,

Valitor byggir á því að með því að Samkeppniseftirlitið, sem hafi með höndum rannsókn og ákvörðunarvald í fyrirliggjandi máli, hafi á grundvelli húsleitar lagt hald á, skoðað og prentað út samskipti félagsins við utanaðkomandi lögmenn sé útilokað að Valitor fái notið réttlátrar málsmeðferðar í málinu í skilningi 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Jafnræði málsaðila sé grundvallarregla sem tryggð sé með þessum ákvæðum. Augljóst er að mati Valitors að það jafnræði sé fyrir búi, hafi annar málsaðilinn, stjórnvaldið, undir höndum samskipti hins ætlaða brotlega aðila við lögmenn sína.

Vilji Valitor áréttar að engu breyti í þessu samhengi hvort samskiptin séu beinlínis notuð í málinu. Stafi það af því að engin leið sé að fullyrða um hvaða áhrif skoðun samskiptanna hafði eða hafi á rannsóknina, svo sem með því að leiða hana á aðrar slóðir, benda til annarra gagna o.s.frv. Sú staðreynd verði ekki umflúin að samskiptin hafi verið skoðuð af þeim starfsmanni sem um alla rannsóknina hafi séð, og verði sú vitneskja sem hann þar með öðlaðist ekki þurrkuð úr huga hans. Trúnaðurinn sé rofinn við skoðun samskiptanna og verði ekki úr því bætt.

Valitor byggir einnig á því að túlka verði gagnaöflunarheimildir Samkeppniseftirlitsins tilsamræmis við Evrópurétt. Óumdeilt hljóti að teljast að haldlagning á samskiptum aðila við utanaðkomandi lögmenn sé ólögmat skv. Evrópurétti (sbr. t.d. dóm Evrópudómstólsins í máli nr. 155/79). Bendi Valitor á að dómur Evrópudómstólsins hafi verið byggður á þeirri forsendu að vernd samskipta borgara við lögmenn sína sé viðurkennd af öllum aðildarríkjum sambandsins. Umgrundvallarréttindi sé því að ræða, sem dómstóllinn hafi talið gilda í Evrópurétti, án þess að beinlínis sé mælt fyrir um þau í reglum Evrópuréttar. Bendi Valitor á að Ísland sé aðili að EES-samningnum, sbr. lög nr. 2/1993, og hafi skuldbundið sig til að túlka löggjöf sína til samræmis við hann svosem frekast sé unnt, sbr. 3. gr. samningsins.

Telji Valitor að þróun mannréttindareglna Evrópusambandsins standi í órjúfanlegu samhengi við efnisreglur sáttmálans. Til að ná fram þeirri einsleitni sem að sé stefnt með



samningnum umevrópska efnahagssvæðið sé því nauðsynlegt að túlka íslensk lög til samræmis við þessar grundvallarreglur svo sem frekast sé unnt. Bendi Valitor á þessu til stuðnings að samkeppnisyfirvöld hafi í ákvörðunum sínum talið rétt að túlka málsmeðferðarreglur íslenskra stjórnarsýslulaga með hliðsjón af Evrópurétti (sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 11/2008 og 10/2009). Telji Valitor því að túlka verði 2. mli. 1. mgr. 68. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála til samræmis við grundvallarreglur Evrópuréttar, að minnsta kosti þegar umþvingunaraðgerðir við meðferð samkeppnismála sé að ræða.

Af öllu framangreindu telji Valitor leiða að haldlagning, skoðun og útprentun á samskiptum félagsins við utanaðkomandi lögmenn sína undir rekstri þessa máls hafi brotið með svo alvarlegum hætti gegn ákvæðum laga um meðferð sakamála, Stjórnarskránni, Mannréttindasáttmála Evrópu og reglum Evrópuréttar, að útilokað sé að byggja íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun um refsikennd viðurlög á rannsókninni. Verði því ekki hjá því komist að fellarannsókn málsins niður, enda sé hún ólögmat.

1.1 Mat Samkeppniseftirlitsins

Í meðferð málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu hefur Valitor gert ýmsar athugasemdir vegna athugunar eftirlitsins á þeim gögnum sem aflað var í húsleit hjá fyrirtækinu í júlí 2009. Nauðsynlegt er rekja þessi atriði og hvernig brugðist var við kvörtunum Valitors í málsmeðferðinni. Að því loknu verður tekin afstaða til þeirra sjónarmiða fyrirtækisins sem fram koma í athugasemdum þess við andmælaskjalið.

1.1.1 Athugasemdir Valitors meðan á málsmeðferð stóð og viðbrögð Samkeppniseftirlitsins við þeim

Eins og fram hefur komið hófst skoðun á tölvugögnum Valitors í september 2009 og var fulltrúa fyrirtækisins veitt færi á því að vera viðstaddur hana. Með bréfi, dags. 2. október 2009, krafðist Valitor þess að Samkeppniseftirlitið hætti skoðun gagna og að tilteknum gögnum yrði skilað og afritum eytt. Með bréfi frá 6. október 2009 hafnaði Samkeppniseftirlitið þessari kröfu Valitors.

Valitor kærði þá niðurstöðu til Héraðsdóms Reykjavíkur þann 7. október 2009 krafðist þess aflétt yrði haldi á tilteknum gögnum og öllum afritum af þeim eytt. Með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 30. október 2009 var kröfu Valitors hafnað. Valitor áfrýjaði úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur til Hæstaréttar Íslands þann 2. október 2009. Með dómi Hæstaréttar Íslands frá 26. nóvember 2009 í máli nr. 633/2009 var Samkeppniseftirlitinu gert að eyða öllum afritum af hinum tilteknu gögnum. Um var að ræða tölvupósta sem tilgreindir eru í tölulíðum 1. til 18. í úrskurði héraðsdóms. Niðurstaða Hæstaréttar byggðist á því að Samkeppniseftirlitið hefði ekki rökstutt að rannsóknarnauðsyn stæði til þess að eftirlitið fengið haldið afritum af þessum gögnum eða einhverju leyti eða öllu. Í kjölfarið áttu sér stað bréfaskipti milli Valitors og Samkeppniseftirlitsins.

Bréf Valitors frá 30. nóvember 2009



Þann 30. nóvember 2009 barst Samkeppniseftirlitinu bréf frá Valitor. Í því var vísað til framangreinds dóms Hæstaréttar í máli nr. 633/2009 og settar fram kröfur í sex töluliðum:

1. Að öllum afritum af gögnum sem tilgreind voru í dómi Hæstaréttar verði eytt.
2. Að öllum afritum af gögnum, sem sambærileg sjónarmið eiga við og gögnin sem dómur Hæstaréttar tók til, verði einnig eytt.
3. Að öllum afritum af gögnum í áþreifanlegu formi (þ.e.a.s. ekki rafræn), sem sambærileg sjónarmið eiga við og gögnin sem dómur Hæstaréttar tók til, verði einnig eytt.
4. Að Samkeppniseftirlitið fari yfir öll gögn sem haldlögð voru í húsleitinni og eyði afritum af öllum gögnum sem geti varðað rannsókn þess.
5. Að Samkeppniseftirlitið upplýsi Valitor um hvaða starfsmenn þess hafi tekið þátt í skoðun á haldlögðum gögnum og hver hafi gefið fyrirmæli um hvernig staðið yrði að framkvæmd á skoðun.
6. Að Valitor verði gefin kostur á að hafa fulltrúa sinn viðstaddan þegar liðir 1-4 verði framkvæmdir.

Svar Samkeppniseftirlitsins frá 10. desember 2009

Samkeppniseftirlitið svaraði erindi Valitors frá 30. nóvember með bréfi sem dags. 10. desember 2009. Í svarinu segir m.a.:

„Samkeppniseftirlitið vill taka sérstaklega fram að skv. dómsorði nefnds dóms Hæstaréttar er eftirlitinu skylt að eyða öllum afritum umdeilda gagna, sbr. 1. til 18. tölulið í upptalningu héraðsdóms. Samkeppniseftirlitið tilkynnir yður hér með að það hefur sinnt skyldu sinni skv. nefndum dómi.

Nánar kemur fram í bréfi yðar að þér hefðu lagt fram kröfu um að aflétt yrði haldi á nánar tilgreindum gögnum og að öllum afritum (rafrænum eða áþreifanlegum) yrði eytt. Síðan segir að fallist hafi verið á kröfuna í nefndum dómi Hæstaréttar. Samkeppniseftirlitið vill í þessu sambandi áréttta það sem kemur fram í forsendum Hæstaréttar að líta yrði á að kröfur yðar í dómsmálinu sneru í reynd að því einu að Samkeppniseftirlitinu yrði gert að eyða afritum hinna tilgreindu gagna. Taldi Hæstiréttur að krafa um eyðingu gagna væri heimil skv. ákvæði 2. mgr. 102. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála, sbr. 3. mgr. 69. gr. sömu laga. Að mati Samkeppniseftirlitsins fólst því ekki í dóminum afstaða Hæstaréttar til þess hvort rafræn afrit væru haldlagning í skilningi sakamálalaga.

Þá kemur fram í erindi yðar að af dóminum leiði annars vegar að Samkeppniseftirlitinu sé óheimilt að halda afritum gagna sem ekki geta varðað rannsókn málsins og hins vegar að eftirlitinu sé skylt að taka rökstudda afstöðu til þess hvernig hvert og eitt tilgreint gagn geti tengst rannsókn málsins. Þannig teljið þér að Samkeppniseftirlitinu beri að eyða þegar í stað afritum gagna sem geta ekki tengst rannsókn málsins.



Samkeppniseftirlitið hafnar þessari túlkun yðar á nefndum dómi Hæstaréttar. Í forsendum dómsins kemur fram að þér rökstudduð í einstökum liðum að tiltekin gögn vörðuð ekki efnisatriði rannsóknarinnar. Tók Hæstiréttur síðan í kjölfarið sérstaklega fram að Samkeppniseftirlitið hefði ekki tekið rökstudda afstöðu til þess hvort rannsóknarnauðsynjar stæðu til þess að eftirlitið fengi að halda þessum tilteknu afritum, hvorki við stjórnarsýslumálsmeðferðina eða í dómsmálinu. Taldi Hæstiréttur af þeim sökum að ekki væru önnur efni en að taka kröfu yðar til greina um eyðingu gagnanna.

Að mati Samkeppniseftirlitsins verða forsendur og rökstuðningur Hæstaréttar ekki túlkaðar með þeim hætti að á Samkeppniseftirlitinu hvíli frumkvæðisskylda til að meta hvort þau gögn sem eftirlitið rannsakar við frumskoðun gagna séu þess eðlis að rannsóknarnauðsynjar standi til þess að eftirlitið haldi þeim gögnum. Verður fremur ályktað að Samkeppniseftirlitinu beri einungis skylda til að bregðast við ef ágreiningur verður við málsaðila vegna tiltekinna gagna sem stofnunin er að rannsaka. Við þetta má bæta að umbjóðandi yðar hefur undir höndum afrit af haldlagningarskrám þar sem fram koma þau gögn sem haldlögð voru. Einnig hefur fulltrúi umbjóðanda yðar verið viðstaddur skoðun á umræddum tölvugögnum. Þá hefur umbjóðandi yðar eðli málsins samkvæmt aðgang að þeim tölvutæku gögnum sem afrituð voru. Það er því ekkert sem stendur umbjóðenda yðar í vegi að tilgreina þau gögn sérstaklega sem hann álitur ekki varða rannsókn málsins. Öll gögn sem afrituð voru í húsleit Samkeppniseftirlitsins teljast því almennt til gagna sem varða frumrannsókn málsins þar til rökstudd krafa um annað berst Samkeppniseftirlitinu og eftir atvikum fallist verður á af hálfu samkeppnisyfirvalda eða í dómsmáli þar um.

Í erindi yðar er í sex töluliðum krafist aðgerða Samkeppniseftirlitsins. Verður farið hér á eftir nánar yfir þá kröfugerð yðar.

- Í fyrsta tölulið er þess krafist að öllum afritum hinna tilgreindu gagna sem dómur Hæstaréttar kvað á um verði sannanlega eytt, hvort sem er rafrænum gögnum eða í ápreifanlegu formi. Samkeppniseftirlitið hefur orðið við þessari skyldu sinni skv. dómnum, sbr. framangreint
- Í öðrum, þriðja og fjórða tölulið er m.a. óskað eftir að ótilgreindum gögnum verði eytt. Samkeppniseftirlitið lítur svo á að á því hvíli ekki frumkvæðisskylda til að taka rökstudda afstöðu til þess hvort rannsóknarnauðsynjar standi til þess að eftirlitið fái að halda ótilgreindum afritum málsins, sbr. framangreint. Er því nefndri kröfu yðar hafnað.
- Í þriðja tölulið er einnig óskað eftir því að möppu tilgreindri nr. 2170 á skrá yfir haldlögð gögn í húsleitinni sem tekin var af starfsstöð Höskuldar H. Ólafssonar verði eytt. Þessi krafa yðar er ekki rökstudd, þ.e. ekki er tekið fram að hvaða leyti þessi mappa hafi ekki þýðingu fyrir rannsókn málsins. Samkeppniseftirlitið lítur svo á að á því hvíli ekki sú skylda til að taka afstöðu



til þess hvort rannsóknarnauðsynjar standi til þess að eftirlitið fái að halda afritum málsins nema að aðilar máls hafi rökstutt að tiltekin gögn varði ekki efnisatriði rannsóknarinnar, sbr. framangreint. Er því nefndri kröfu yðar hafnað.

- Í fimmta tölulið er þess krafist að Samkeppniseftirlitið upplýsi yður um hvaða starfsmenn hafi tekið þátt í skoðun gagna málsins og hverjir hafi gefið fyriræmi um að framkvæmdin við skoðunina yrði með þeim hætti sem raun ber vitni. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að krafa yðar er órökstudd og byggir ekki á lagaheimild. Er því nefndri kröfu yðar hafnað. Þó er tekið fram að skv. ákvæði 6. gr. samkeppnislaga annast forstjóri stofnunarinnar daglega stjórnun á starfsemi og rekstri hennar. Þá er skýrt kveðið á um þagnarskyldu starfsmanna Samkeppniseftirlitsins, sbr. ákvæði 34. gr. samkeppnislaga.

- Í sjötta tölulið er þess krafist að yður verði gefinn kostur á að hafa fulltrúa yðar viðstaddan yfirferð og eyðingu gagna sem krafist er í töluliðum eitt til fjögur. Samkeppniseftirlitið tekur fram að það hefur þegar sinnt skyldu sinni í samræmi við tilvitnaðan dóm Hæstaréttar. Þá verður ekki séð að stjórnvald beri skyldu til að veita yður kost á því að hafa fulltrúa viðstadda við slíka aðgerð, enda er slík viðvera tilgangslaus og óþörf. Er vísað sérstaklega til þess að eftirlitið er bundið af lögmatísreglu stjórnsýsluréttar, starfsmenn þess bera þagnarskyldu skv. ákvæði 34. gr. samkeppnislaga og bannákvæði XIV. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940 nær til starfsmanna stofnunarinnar. Er því hér með hafnað framangreindri kröfu yðar.

- Í lok bréfs yðar er þess krafist að skoðun gagna verði stöðvuð þar til gripið hefur verið til þeirra aðgerða sem krafist er af hálfu yðar. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að krafa yðar er órökstudd og byggir ekki á lagaheimild. Almenna meginregla sakamálaréttafars og stjórnsýsluréttar er að ágreiningur frestar ekki aðgerðum stjórnvalds eða áhrifum ákvarðana þess. Er að mati Samkeppniseftirlitsins ekki ástæður í þessu máli til að víkja frá þeirri meginreglu."

Valitor skaut ekki þessari niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins til dómstóla heldur sendi þess í stað nýtt bréf.

Bréf Valitors frá 30. desember 2009

Í bréfi Valitors kom fram að fyrirtækið geti ekki fellt sig við þá niðurstöðu sem fram komi í bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 10. desember 2009. Í bréfinu eru gerðar athugasemdir við sjónarmið eftirlitsins og eldri kröfur ítrekaðar og gerðar nýjar.

Í bréfinu kemur fram það sjónarmið Valitors að rafræn afrit teljist haldlögð gögn í skilningi sakamálalaga. Því til stuðnings er vísað m.a. til 3. mgr. 69. gr. sakamálalaga og dóm Hæstaréttar frá 26. nóvember 2009 í máli nr. 633/2009.



Þá kemur fram í bréfinu að Valitor geri athugasemdir við þá afstöðu Samkeppniseftirlitsins að á því hvíli ekki frumkvæðisskylda til þess til að eyða afritum haldlagðra gagna sem ekki geti varðað rannsókn málsins. Þá telji Valitor tilvísun Samkeppniseftirlitsins til þagnarskyldu starfsmanna þess ekki hafa þýðingu.

Í bréfinu segir síðan að í „ljósi afstöðu Samkeppniseftirlitsins telur umbjóðandi okkar rétt að útfæra nánar og rökstyðja þær kröfur sem gerðar voru í liðum 2 og 3 í bréfi hans dags. 30. nóvember sl.“ Síðan er í bréfinu í 27 töluliðum krafist aðgerða Samkeppniseftirlitsins sem tengjast eyðingu gagna.

Svar Samkeppniseftirlitsins frá 10. janúar 2010

Samkeppniseftirlitið svaraði erindi Valitors frá 30. nóvember með bréfi sem dags. 15. janúar 2010. Í svarinu segir m.a.:

„Í bréfi yðar kemur fram það sjónarmið að rafræn afrit teljist haldlögð gögn í skilningi sakamálalaga. Vísið þér m.a. í ákvæði 3. mgr. 69. gr. sakamálalaga og dóm Hæstaréttar frá 26. nóvember 2009 í máli nr. 633/2009.

Samkeppniseftirlitið tekur aftur fram að í nefndu dómsmáli gerðuð þér kröfu um að aflétt yrði haldi á nánar tilgreindum gögnum og að öllum rafrænum eða ápreifanlegum afritum yrði eytt. Aftur á móti tekur Hæstiréttur sérstaklega fram varðandi kröfugerð yðar, að líta yrði svo á að kröfur yðar sneru í reynd að því einu að Samkeppniseftirlitinu yrði gert að eyða afritum hinna tilgreindu gagna. Taldi Hæstiréttur að slík krafa væri heimil skv. ákvæði 2. mgr. 102. gr. sakamálalaga, sbr. 3. mgr. 69. gr. sömu laga. Að mati Samkeppniseftirlitsins fólst því ekki í dóminum afstaða Hæstaréttar til þess hvort rafræn afrit væru haldlögð gögn í skilningi sakamálalaga heldur einungis að heimilt væri skv. þessum tveimur ákvæðum að gera kröfu um eyðingu rafrænna afrita. Þessu til styrktar má benda á dóm Hæstaréttar frá 4. júní 2009 í máli nr. 268/2009 en þar kom fram sú afstaða Hæstaréttar að rafræn afrit teljast ekki haldlögð gögn heldur teljast einungis haldlögð gögn þau ápreifanlegu gögn sem tekin eru af starfstöð.

Í erindi yðar teljið þér að á Samkeppniseftirlitinu hvíli frumkvæðisskylda til að aflétta haldi þegar þess er ekki lengur þörf og vísað er til ákvæðis 1. mgr. 72. gr. sakamálalaga. Einnig teljið þér að Samkeppniseftirlitinu sé í raun óheimilt að hafa undir höndum önnur gögn en þau sem geta varðað rannsókn þess og því sé skylt að tryggja að hald þess á gögnum sé í samræmi við túlkun Hæstaréttar á gildandi lagaheimildum. Vísið þér til lögmætisreglu stjórnsýsluréttar í þessum efnunum og nefnds dóms Hæstaréttar.

Eins og kemur fram hér að framan þá telur Samkeppniseftirlitið að rafræn afrit séu ekki haldlögð í skilningi sakamálalaga. Af þeim sökum á ákvæði 1. mgr. 72. gr. sakamálalaga ekki við í þessu máli. Samkeppniseftirlitið ítrekar þá afstöðu sína að forsendur og rökstuðningur Hæstaréttar í dómi þess frá 26. nóvember 2009 í máli nr. 633/2009 verða ekki túlkaðar með þeim hætti að á



Samkeppnieftirlitinu hvíli frumkvæðisskylda til að meta hvort þau gögn sem eftirlitið rannsakar við frumskoðun gagna séu þess eðlis að rannsóknarnauðsynjar standi til þess að eftirlitið haldi þeim gögnum. Samkeppniseftirlitið ber einungis skylda til að bregðast við ef rökstuddur ágreiningur verður við málsaðila vegna tiltekinna gagna sem stofnunin er að rannsaka.

Þá gerið þér athugasemd við þá afstöðu eftirlitsins að því beri ekki skylda til að sýna fram á að hinum tilteknu gögnum hafi verið eytt. Vísið þér til þess að það sé grundvallaréttur borgara í réttarríki að fá skorið úr um réttindi sín og skyldu fyrir dómstólum og þessi réttur sé lítilsvirtur ef aðila sé gert ókleift að ganga úr skugga um að réttindi hans hafi verið virt. Gerið þér kröfu að Samkeppniseftirlitið sýni fram á að það hafi orðið við skyldu sinni og til vara er þess krafist að eftirlitið upplýsi með hvaða hætti það hafi orðið við skyldu sinni.

Samkeppniseftirlitið ítrekar að það hefur sinnt skyldu sinni skv. nefndum dómi, sbr. bréf þess frá 10. desember 2009.

2.

Í erindi yðar er í 27 töluliðum krafist aðgerða Samkeppniseftirlitsins. Verður farið hér á eftir nánar yfir þá kröfugerð yðar.

- Í 1. til 20. tölulið og 22. til 27. tölulið er óskað eftir að ótilgreindum gögnum verði eytt. Samkeppniseftirlitið lítur svo á að á því hvíli ekki frumkvæðisskylda til að taka rökstudda afstöðu til þess hvort rannsóknarnauðsynjar standi til þess að eftirlitið fái að halda ótilgreindum afritum málsins, sbr. framangreint og bréf eftirlitsins, dags. 10. desember 2009. Er því nefndri kröfu yðar hafnað.

- Í þriðja tölulið er óskað eftir því að möppu tilgreindri nr. 2170, auðkennd „Reglur SÍ“, á skrá yfir haldlögð gögn í húsleitinni sem tekin var af starfsstöð Höskuldar H. Ólafssonar verði eytt. Segir í erindinu að líkt og heiti hennar beri með sér innihaldi hún eingöngu gögn sem varða aðdraganda að setningu reglna Seðlabanka Íslands. Geti hún því ekki tengst rannsókn eftirlitsins eins og hún hafi verið afmörkuð í húsleitaraðni til héraðsdóms, dags. 30. júní 2009. Samkeppniseftirlitið fellst á kröfu yðar og hefur afriti af þessari möppu verið eytt.

- Í 21. tölulið er óskað eftir að öllum afritum gagna sem varða starfsemi umbjóðanda yðar fram til ársins 2009 verði eytt. Er það rökstutt með vísan til þess að í kvörtun Borgunar hf., dags. 12. júní 2009, sé vikið að ætlaðri háttsemi umbjóðandi þíns í garð félagsins og að þessi háttsemi sé þess eðlis að hún geti ekki hafa átt sér stað fyrr en samkeppni hófst milli félaganna um færsluhirðingar innan kortategunda í upphafi árs 2009. Teljið þér að eldri gögn geti ekki tengst rannsókninni eins og hún hafi verið afmörkuð í húsleitaraðni til héraðsdóms, dags. 30. júní 2009. Samkeppniseftirlitið



hafnar sjónarmiðum yðar um að nefnd húsleitarbeiðni hafi verið afmörkuð með svo þröngum hætti. Í húsleitarbeiðninni kom m.a. eftirfarandi fram:

„Samkeppniseftirlitinu [hefur] nýlega borist kæra, frá Borgun hf. [...] sem gefur ríkar ástæður til að ætla að Valitor hafi með alvarlegum hætti brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga á greiðslukortamarkaðnum. Virðast brotin helst hafa átt sér stað á tilteknum undirmörkuðum, þ.e. einkum á mörkuðum fyrir færsluhirðingu og leigu á posum.“

„Þá hafa Samkeppniseftirlitinu borist óformlegar ábendingar um að Valitor hafi með aðgerðum sínum leitast við að hamla samkeppni.“

Þá er tekið fram að nauðsynlegt sé að rannsaka hversu víðtæk ætluð brot Valitors eru. Efnislega samhljóða texti kom síðan fram í húsleitarúrskurðinum. Af þessu verður séð að rannsókn málsins er ekki afmörkuð við markað fyrir færsluhirðingu og kæru Borgunar hf. Jafnframt geta eldri gögn skýrt aðgerðir sem Valitor kann að hafa gripið til gegn Borgun. Af þeim sökum er ekki unnt að taka undir rökstuðning yðar þar sem eldri gögn geta haft þýðingu fyrir rannsókn málsins. Er því nefndri kröfu yðar hafnað.“

Samkvæmt framansögðu féllst Samkeppniseftirlitið á að afriti af einu tilteknu gagni yrði eytt en hafnaði öðrum kröfum Valitors. Viðbrögð fyrirtækisins voru að senda Samkeppniseftirlitinu nýtt bréf.

Bréf Valitors frá 31. mars 2010

Í bréfinu kemur fram að Valitor sé ekki sammála þeirri lagatúlkun sem fram hafi komið í bréfum Samkeppniseftirlitsins. Hins vegar segir í bréfinu að þrátt fyrir þennan ágreining geri fyrirtækið nú „kröfu í samræmi við óskir og sjónarmið Samkeppniseftirlitsins.“ Í bréfinu eru í 20 tl. gerðar kröfu um eyðingu u.þ.b. 6000 gagna. Voru þessi gögn tilgreind í möppu sem fylgdi með bréfinu.

Segir í bréfinu að Valitor hafi nú sett fram kröfur um eyðingu gagna í því formi sem Samkeppniseftirlitið hafa óskað eftir og því hvíli skýr skylda á eftirlitinu að taka rökstudda afstöðu til þessara krafna fyrirtækisins.

Í bréfinu eru einnig settar fram fyrirspurnir um með hvaða hætti Samkeppniseftirlitið tryggi öryggi þeirra gagna sem stafa frá fyrirtækinu.

Svar Samkeppniseftirlitsins frá 17. maí 2010

Í svarbréfi Samkeppniseftirlitsins eru málsatvik rifjuð upp og áréttað að eftirlitið hafi ítrekað tekið rökstudda afstöðu til krafna Valitors um eyðingu gagna. Er síðan vikið að bréfinu frá 31. mars 2010 og kröfum Valitors hafnað á grundvelli eftirfarandi sjónarmiða:

„Nú háttar svo til að enn berst Samkeppniseftirlitinu ítrekun umbjóðenda yðar um framangreindar kröfur um eyðingu annarra gagna en þeirra 18 nákvæmlega tilgreindu tölvupósta sem upphaflega deiluefnið stóð um, nú með



bréfi yðar dags. 31. mars 2010. Í bréfi yðar er nú aukinheldur tekið fram að þrátt fyrir þennan ágreining við Samkeppniseftirlitið að þá gerir umbjóðandi yðar nú „kröfu í samræmi við óskir og sjónarmið Samkeppniseftirlitsins.“ Í bréfi yðar er þess krafist að tilteknum tölvupóstum, sem vísað er til í sérstakri möppu (fylgiskjölum) sem barst eftirlitinu með bréfi yðar, verði eytt. Í bréfi yðar er jafnframt tekið fram að allir falli þeir undir einhvern þeirra flokka sem taldir eru upp í bréfinu þar sem er að finna nánari rökstuðning fyrir eyðingu þeirra.

1.3

Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins viðvíkjandi kröfu um eyðingu gagna

Samkeppniseftirlitið telur rétt í upphafi að ítreka það sem áður hefur komið fram að það er mat Samkeppniseftirlitsins að í hinum umrædda dómi Hæstaréttar frá 26. nóvember 2009 í máli nr. 633/2009 felist ekki afstaða Hæstaréttar til þess hvort rafræn afrit væru haldlögð gögn í skilningi sakamálalaga heldur einungis að heimilt væri skv. þessum ákvæðum 2. mgr. 102. gr. sakamálalaga, sbr. 3. mgr. 69. gr. sömu laga að gera kröfu um eyðingu rafrænna afrita við tilteknar aðstæður. Þessu til stuðnings hefur verið bent á skýlaust fordæmi Hæstaréttar Íslands, sbr. dómur frá 4. júní 2009 í máli nr. 268/2009, um að rafræn afrit teljast ekki haldlögð gögn í skilningi sakamálalaga.

Rétt er að áréttta að ákvæði 68. og 69. gr. laga nr. 88/2008 taka aðeins til haldlagningu muna. Ákvæði laga nr. 19/1991 voru samhljóða að þessu leyti og kemur fram á bls. 108 í Handbók dóms- og kirkjumálaráðuneytisins frá 1992 um meðferð opinberra mála að hugtakið „*munir*“ svari til hugtaksins „*lausafé*“ í fjármunarétti. Hugtakið munir vísar þannig til áþreifanlegra hluta og getur hugtakið haldlagning muna því ekki tekið til afritun rafrænna tölvugagna. Þessi skilningur er staðfestur í athugasemdum við ákvæði 68. gr. frumvarpsins sem varð að lögum um meðferð sakamála en þar segir; „*[s]é þess á annað borð kostur er til þess ætlast samkvæmt ákvæðinu að í stað þess að leggja hald á mun beini lögregla því til eiganda eða vörslumanns munar að veita aðgang að honum, þannig að skoða meggi hann og taka af honum myndir í þágu rannsóknar. Einnig að láta í té upplýsingar, sem hlutur hefur að geyma, t.d. með því að afhenda ljósrit eða annars konar endurrit af skjali ellegar endurrit af rafrænum upplýsingum úr tölvu. Þessu vægara úrræði kæmi m.a. til greina að beita við leit í starfsstöðvum fyrirtækja í stað þess að leggja hald á og þar með fjarlægja frumskjöl og tölvur sem þar er að finna.*“ Í húsleit hjá umbjóðanda yðar var þessari aðferð beitt, þ.e. gögn afrituð af tölvum í stað þess að haldleggja tölvur eða aðrar rafrænar gagnageymslur.

Skal nú vikið nánar að þessu og jafnframt reynt að útskýra með nánari hætti þetta mat Samkeppniseftirlitsins.



Með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. R-300/2009 var Samkeppniseftirlitinu fengin heimild til leitar og haldlagningar á munum og gögnum í húsnæði og læstum hirslum og til að taka afrit gagna sem geymd eru á tölvutæku formi hjá Valitor hf. og Valitor Holding hf. Liggur þannig fyrir að lagaheimild var til aðgerða þeirra er um er fjallað í máli þessu. Eins og úrskurður dómara ber með sér er við aðgerðir Samkeppniseftirlitsins gerður skýr greinarmunur á annars vegar „haldlagningu á munum og gögnum í húsnæði og læstum hirslum“, þ.e. eiginleg haldlagning, og hins vegar „afrit gagna sem geymd eru á tölvutæku formi“. Aðgerðir Samkeppniseftirlitsins voru framkvæmdar í samræmi við þennan úrskurð, þ.e. haldlögð voru tiltekin ápreifanleg skjöl (munir) í húsnæði og læstum hirslum Valitors og afrit tekin af tölvutækum gögnum. Framkvæmd húsléitarinnar var í samræmi við hefðbundið verklag samkeppnisyfirvalda að afrita póstpjón fyrirtækja í heilu lagi og hefur Hæstiréttur talið þá framkvæmd lögmæta, sbr. umræddur dómur Hæstaréttar í máli nr. 178/2002. Um þetta segir m.a. í dómi Hæstaréttar:

„Eins og áskilið er í síðarnefndu málsgreininni hafði sóknaraðili aflað sér dómsúrskurðar fyrir leitinni og naut hann þannig sem áður segir lagaheimildar til að leggja þar hald á gögn og aðra muni. Við framkvæmd rannsóknar á skrifstofum varnaraðila afritaði sóknaraðili meðal annars verulegan fjölda tölvutækra gagna án þess að athuga nánar efni þeirra þá þegar. Þótt ætla verði að sóknaraðili hafi með þessu tekið í vörslur sínar mikið af gögnum, sem geta ekki varðað rannsókn hans, verður ekki horft fram hjá því að athugun allra tölvutækra gagna á vettvangi hefði bersýnilega tekið langan tíma og truflað mjög starfsemi varnaraðila. Að þessu gættu er ekki unnt að líta svo á að aðgerðir sóknaraðila hafi farið úr hófi, enda helgaðist heimild hans til húsléitar af því að á skrifstofum varnaraðila kynni að mega finna gögn, sem vörðuðu rannsókn hans, þar á meðal í tölvutæku formi.“

Þessu til stuðnings má einnig vísa til dóm Hæstaréttar í máli nr. 487/2003. Í því máli var staðfest með vísan til forsendna höfnun Héraðsdóms Reykjavíkur á kröfu fyrirtækis og framkvæmdastjóra þess um að Skattrannsóknarstjóri ríkisins myndi skila afritum af tölvupóstum. Í úrskurði héraðsdóms var byggt á dómi Hæstaréttar í framangreindu máli nr. 178/2002.

Ljóst er að umbjóðandi yðar gerði ekki athugasemdir við framkvæmd húsléitar Samkeppniseftirlitsins þann 1. júlí 2009 og taldi þannig m.a. ekki ástæðu til þess að kæra framkvæmdina til Hæstaréttar þótt honum hafi þá þegar verið fullkunnugt um að Samkeppniseftirlitið hafi afritað póstpjón fyrirtækisins í heilu lagi. Það var hins vegar ekki fyrr en við skoðun starfsmanna á tölvupóstum forstjóra fyrirtækisins þann 30. september 2009 og 1. október 2009 er umbjóðandi yðar taldi ástæðu til þess að gera athugasemdir við rannsókn Samkeppniseftirlitsins. Í því sambandi hafið þér vísað til þess að hinn umræddi fulltrúi umbjóðenda yðar hafi við framkvæmd skoðunarinnar hjá Samkeppniseftirlitinu orðið vitni að því að tiltekin gögn „hafi verið skoðuð og jafnvel prentuð út“ sem ekki gátu tengst rannsókn



málsins sem húsleitinn var grundvöllur á. Að mati Samkeppniseftirlitsins kann í þessu að liggja kjarni þess túlkunarágreiningar á dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 633/2009 sem fyrir liggur í máli þessu. Þannig er ljóst að Hæstiréttur Íslands hefur staðfest lögmæti þess verklags að Samkeppniseftirlitið afriti í húsleitum tölvugögn „án þess að athuga nánar efni þeirra þá þegar“ enda helgast heimild Samkeppniseftirlitsins til húsleitar af því að á skrifstofu þess sem leitað er hjá kann að mega að finna gögn sem varða rannsóknina.

Af framangreindu má ljóst vera að ágreiningur um lögmæti rannsóknarinnar skapaðist ekki fyrr en hinir umræddu 18 tölvupóstar voru skoðaðir og prentaðir út af starfsmanni Samkeppniseftirlitsins, enda var efni þeirra þá fyrst athugað. Af þessu leiðir að hinir umræddu 18 tölvupóstar höfðu algjöra sérstöðu umfram þau u.þ.b. 6000 gögn sem þér vísið núna til í bréfi yðar frá 31. mars 2010 og fylgiskjölum þess. Að mati Samkeppniseftirlitsins er óhjákvæmilegt annað en að meta umræddan Hæstaréttardóm í samræmi við efnisafmörkun hans eins og nánar greinir í forsendum dómsins. Þær forsendur sem réðu niðurstöðu Hæstaréttar í nefndu máli eiga ekki við hér.

Í rannsókn þeirri sem hófst með framangreindri húsleit hjá umbjóðanda yðar er til athugunar hvort hann hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og þeim fyrirmælum sem fram koma í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 með aðgerðum sem hann kann að hafa gripið til á tilteknum undirmörkuðum greiðslukortamarkaðarins, einkum á mörkuðum fyrir færsluhirðingu og leigu á posum. Er m.a. til rannsóknar hvort verð og tilboð umbjóðanda yðar til nýrra og eldri viðskiptavina hans séu lögmæt og hvort aðgerðir hans eða verðlagning hafi falið í sér ólögmæta mismunun, sbr. úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur frá 30. júní 2009. Felst í þessu rannsókn m.a. á því hvort tilboð sem gefin hafa verið viðskiptavinum keppinauta umbjóðanda yðar séu lögmæt, hvort tilboð umbjóðanda yðar til viðskiptavina umbjóðanda yðar sem keppinautar leita eftir viðskiptum við séu lögmæt, hvort frávik frá þeirri verðlagningu sem fram kemur í gjaldskrá umbjóðanda yðar séu eðlileg og hvort ólögmætur munur sé á verðum sem einstakir viðskiptavinir umbjóðanda yðar greiða. Í málinu þarf eðli málsins samkvæmt einnig að rannsaka hvort umbjóðandi yðar hafi verið í markaðsráðandi stöðu á greiðslukortamarkaði eða einstökum undirmörkuðum hans. Eins og tekið er fram í úrskurði Héraðsdóms felst rannsóknin í því að kanna ítarlega hversu víðtæk ætluð brot umbjóðanda yðar eru. Sú þrönga túlkun á umfangi þessarar rannsóknar sem fram kemur í bréfi yðar fær því ekki staðist.

Í því skyni að rannsaka þetta hefur Samkeppniseftirlitið sett upp skoðunarumhverfi fyrir tölvugögn eftirfarandi starfsmanna umbjóðanda yðar: ...

Þessi tölvugögn eru geymd á einangruðu staðarneti og er aðgangur að þeim verndaður með lykilorði. Öryggi þeirra er því tryggt með fullnægjandi hætti.



Samkeppniseftirlitið hefur skoðað tölvupósta/tölvugögn framangreindra starfsmanna og hefur fulltrúi umbjóðanda yðar þegið í lang flestum tilvikum boð um að vera viðstaddur þá skoðun. Þessi rannsókn hefur verið umfangsmikil og hafa tugþúsundir tölvupósta auk viðhengja verið til skoðunar og þeir tölvupóstar og viðhengi sem virðast mögulega tengjast rannsókn málsins hafa verið prentaðir út. Samkeppniseftirlitið vinnur nú að frekari rannsókn á þessum gögnum en á þessu stigi málsins eru vísbendingar um að ætluð brot séu umfangsmikil, alvarleg og taki a.m.k. til árána 2007-2009. Yfirferð yfir framangreind gögn, samlestur þeirra og gagnaöflun skv. 19. gr. samkeppnislaga getur gefið tilefni til þess að skoða tölvugögn fyrrnefndra starfsmanna nánar og eins að tölvugögn annarra starfsmanna umbjóðanda yðar verði könnuð. Rannsóknarhagsmunir krefjast því þess að Samkeppniseftirlitið búi yfir heildstæðu afriti af þeim tölvugögnum sem afrituð voru í húsleitinni. Ef þörf er á getur rannsóknaraðili haft í vörslu sinni haldlagða muni þar til máli er endanlega lokið, sbr. 72. gr. laga um meðferð sakamála. Afritun tölvugagna er eins og fyrr segir vægari aðgerð en haldlagning tölvubúnaðar. Verður því að telja ljóst að Samkeppniseftirlitinu sé í þessu máli heimilt vegna rannsóknarhagsmuna að búa yfir afriti af umræddum gögnum umbjóðanda yðar þar til þessu máli er endanlega lokið.

Stærstur hluti þeirra gagna sem þér vísið til í fylgiskjölunum hefur ekki verið skoðaðir og/eða prentaðir út af starfsmönnum Samkeppniseftirlitsins og er því (a.m.k. á þessu stigi málsins) í raun enginn ágreiningur um þau gögn með sama hætti og um var fjallað í dómi Hæstaréttar í máli nr. 633/2009. Þá er enn fremur ljóst að afrit tölvupósta fjölda starfsmanna umbjóðanda yðar hafa ekki verið sett upp í skoðunarumhverfi Samkeppniseftirlitsins og ekki stendur til að setja umrædda tölvupósta upp í skoðunarumhverfið nema eitthvað sérstakt komi til, þ.e. ef frekari rannsókn og rannsóknarhagsmunir krefjist þess. Afrit rafrænna gagna þessara starfsmanna eru geymd tryggilega í læstri geymslu Samkeppniseftirlitsins. Er öryggi þeirra þannig tryggt með fullnægjandi hætti. Hafa þeir sem annast rannsókn málsins ekki aðgang að þessum hluta hinna rafrænu gagna og munu ekki fá hann nema frekari eftirgrennslan málsins kalli á að sett sé upp skoðunarumhverfi fyrir fleiri starfsmenn en tilgreindir eru hér að framan.

Í bréfi yðar, dags. 31. mars 2010, krefjist þér að Samkeppniseftirlitið eigi frumkvæði að því að skoða sérstaklega alla þá tölvupósta sem þér vísið til í fylgiskjölum bréfs yðar og leggi efnislegt mat hvort hver og einn þeirra geti haft þýðingu fyrir rannsókn málsins. Samkeppniseftirlitið hefur hins vegar hingað til talið nægjanlegt að skoða tölvugögn frá framangreindum starfsmönnum umbjóðanda yðar en eins og áður sagði geta rannsóknarhagsmunir kallað á að fleiri rafræn gögn verði skoðuð. Telur Samkeppniseftirlitið þessa framkvæmd vera í samræmi við meðalhóf. Í þessu sambandi er enn fremur rétt að áréttta að samkvæmt 9. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 ber stjórnvaldi að taka ákvarðanir í málum svo fljótt sem unnt er. Ljóst er að málsmeðferðin myndi tefjast umtalsvert ef Samkeppniseftirlitinu



yrði gert að rannsaka ítarlega þau gögn sem viðkomandi málsaðili vísar sérstaklega til, eins og gert er í bréfi yðar.

Þessu til viðbótar er ennfremur rétt að víkja að því að samkvæmt 17. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005 er andmælaskjal sérstök greinargerð eftirlitsins um frumniðurstöðu máls telji Samkeppniseftirlitið að íþyngjandi ákvörðun kunni að verða tekin í tilteknum máli sem fellur m.a. undir 11. gr. samkeppnislaga. Með andmælaskjalinu er aðila máls jafnframt sendur listi yfir gögn málsins eins og þau liggja fyrir á því stigi málsmeðferðarinnar (m.a. þau afrituðu tölvugögn sem hafa verið opnuð og prentuð út). Andmælaskjal er þannig ritað í því skyni að stuðla að því að málið sé að fullu upplýst áður en ákvörðun er tekin og í því skyni að auðvelda aðila að nýta sér andmælarétt sinn. Andmælaskjal er þannig liður í meðferð máls og felur ekki í sér bindandi stjórnvaldsákvörðun. Ljóst er að aðilar máls gera að jafnaði margvíslegar athugasemdir við þessa frumniðurstöðu Samkeppniseftirlitsins, bæði efnislegar og formlegar. Þannig er t.a.m. algeng andmæli málsaðila að tiltekið gagn, s.s. útprentaður tölvupóstur, hafi ekki þá skírskotun sem andmælaskjalið ber með sér. Við slík tilfelli getur verið nauðsynlegt til að málið verði nægjanlega upplýst að „athuga nánar efni“ annarra gagna, s.s. tölvupósta, sem jafnvel hafa áður ekki verið opnuð og skoðuð. Samkeppniseftirlitið telur þessa aðferð jafnframt í anda meðalhófs, enda væri það verulega íþyngjandi fyrir málsaðila ef Samkeppniseftirlitinu væri gert að opna og skoða nánar hvern einn og einasta afritaðan tölvupóst og leggja efnislegt mat á, þ.m.t. tölvupóstar sem við nánari skoðun kunni að varða einkamálefni starfsmanna. Eðli málsins samkvæmt er aukinheldur ljóst að slík yfirferð gæti tekið mjög langan tíma.

Við rannsókn máls þessa hefur Samkeppniseftirlitið eins og framast er unnt reynt að tryggja hagsmuni umbjóðenda yðar, s.s. með öruggri vörslu afritaðra tölvugagna og boðið fulltrúum umbjóðenda yðar að vera viðstaddir þegar afrituð tölvugögn hafa verið opnuð og skoðuð.

Hvað sem öllu framangreindu líður um meinta frumkvæðisskyldu Samkeppniseftirlitsins, er eftir sem áður kröfugerð yðar að mati Samkeppniseftirlitsins ekki í samræmi við það sem túlka mætti af forsendum umrædds dóms Hæstaréttar. Um þetta sagði nánar tiltekið í dómi Hæstaréttar:

„Varnaraðili hefur í málatilbúnaði sínum rökstutt í einstökum liðum að gögnin, sem krafa hans beinist að, varði ekki efnisatriði rannsóknarinnar...“

Í bréfi yðar frá 31. mars 2010, er ekki að finna rökstuðning í einstökum liðum að hvert og eitt skjal sem þér vísið til varði ekki efnisatriði rannsóknarinnar. Þar er einvörðungu að finna upptalningu á tölvupóstum tilgreindra starfsmanna, dagsetningu þeirra og efnisfyrirsögn (e. subject) og svo mjög almenna lýsingu á efnisinnihaldi þeirra sem gilda á fyrir allan fjöldann og hvers vegna taka eigi kröfu umbjóðanda yðar til greina. Ljóst er að



efnisfyrirsögn er ekki staðfesting á raunverulegu efnisinnihaldi og því hefur ekki verið sýnt fram á eða gert sennilegt í einstökum liðum að viðkomandi gögn varði ekki eða geti ekki varðar efnisatriði rannsóknarinnar, með hliðsjón af því sem að ofan er rakið. Beiðni yðar er þannig of almenn til að hægt sé að verða við henni og í engu samræmi við forsendur dóms Hæstaréttar að þessu leyti. Aukinheldur áréttar Samkeppniseftirlitið það mat sitt að það hvílir engin frumkvæðisskylda á stofnuninni að leggja efnislegt mat á þau gögn sem umbjóðandi yðar vísar til.

Í ljósi alls ofanritaðs er kröfu yðar um eyðingu þeirra gagna sem vísað er til í fylgiskjölum bréfs yðar, dags. 31. mars 2010, hafnað."

Ekki urðu frekari viðbrögð hjá Valitor vegna þessarar niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins önnur en þau sem felast í umfjöllun fyrirtækisins í athugasemdum við andmælaskjal eftirlitsins, sbr. reifun hér að framan.

1.1.2 Niðurstaða

Í máli þessu er tekin afstaða til þess hvort Valitor hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Brot af þessum toga geta varðað stjórnvaldssektum skv. 37. gr. samkeppnislaga. Um meðferð málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu, og eftir atvikum áfrýjunarnefnd samkeppnismála, gilda ákvæði stjórnáskýlulaga og skorið er úr um lögmæti úrskurða áfrýjunarnefndar í einkamálum fyrir dómstólum. Ákvæði laga um meðferð sakamála eiga því almennt ekki við í samkeppnismálum, sbr. einnig úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 *Ker hf. o.fl. gegn samkeppnisráði*.

Í málinu var gagna m.a. aflað á grundvelli 20. gr. samkeppnislaga. Í því ákvæði segir að Samkeppniseftirlitið geti við rannsókn máls gert nauðsynlegar athuganir á starfsstað fyrirtækis og lagt hald á gögn þegar ríkar ástæður eru til að ætla að brotið hafi verið gegn samkeppnislögum eða ákvörðunum samkeppnisyfivalda. Jafnframt kemur fram að við *„framkvæmd aðgerða skal fylgja ákvæðum laga um meðferð sakamála um leit og hald á munum.*" Hútleit skv. 20. gr. samkeppnislaga verður ekki framkvæmd nema dómstólar heimili hana, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 389/1999 *Samkeppnisstofnun gegn Sölufélagi garðyrkjumanna svf*.

Af framangreindu fyrirkomulagi leiðir að fyrirtæki sem verða fyrir þvingunarráðstöfunum sem leiða af 20. gr. samkeppnislaga geti látið reyna á tiltekin atriði sem tengjast þeim fyrir dómstólum. Þessa niðurstöðu má m.a. leiða af dómi Hæstaréttar Íslands frá 30. maí 2012 í máli nr. 356/2012:

„Í því skyni að tryggja réttaröryggi þeirra, sem slíkar þvingunarráðstafanir beinast að, hefur verið talið að þeir eigi rétt á að bera lögmæti þeirra undir dómstóla á grundvelli 2. mgr. 102. gr. laga nr. 88/2008, óháð því hvort mælt sé sérstaklega fyrir um þann rétt í lögum, sbr. til dæmis dóm Hæstaréttar 26. nóvember 2009 í máli nr. 633/2009."



Þar sem Samkeppniseftirlitinu er sem stjórnvaldi falin rannsókn samkeppnismála tekur framangreind heimild aðeins til þess að bera undir dómstóla atriði sem varða mögulega formannmarka á rannsóknarathöfnum sem tengjast beitingu 20. gr. samkeppnislaga, sbr. og ákvæði laga um meðferð sakamála um leit og haldlagningu. Verður þessi ályktun m.a. dregin af dómi Hæstaréttar í máli nr. 356/2012.

Eins og komið hefur fram framkvæmdi Samkeppniseftirlitið húsleit hjá Valitor og lagði hald á skjöl og afritaði tölvugögn. Var þetta gert á grundvelli heimildar Héraðsdóms Reykjavíkur með úrskurði uppkveðnum 30. júní 2009 en húsleitin var framkvæmd 1. júlí sama ár. Öllum haldlögðum skjölum og gögnum var skilað til Valitors 8. júlí 2009. Þjó þá Samkeppniseftirlitið í kjölfarið yfir afritum af tilteknum skjölum og afritum af tölvutækum gögnum sem aflað hafði verið í húsleitinni hjá Valitor. Hóf Samkeppniseftirlitið síðan athugun á þessum gögnum og tók afstöðu til þess hver þeirra kynnu að hafa þýðingu fyrir málið. Ekki verða öll gögn sem aflað er í húsleit hluti af viðkomandi stjórnslumáli, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 19. janúar 2003 í máli nr. 83/2003 *Samkeppnisstofnun gegn Hf. Eimskipafélagi Íslands*.

Ef fyrirtæki krefst þess að stjórnvald eins og Samkeppniseftirlitið eyði gögnum, sem það aflaði í húsleit, ber því að sýna fram á að þau séu þýðingarlaus fyrir rannsóknina, sbr. dóma Hæstaréttar í málum nr. 356/2012 og 633/2009. Þegar slík krafa er komin fram verður viðkomandi stjórnvald að taka rökstudda afstöðu til hennar. Sætti fyrirtæki sig ekki við þá afstöðu getur það skotið málinu til dómstóla.

Á grundvelli dóms Hæstaréttar í máli nr. 633/2009 greip Samkeppniseftirlitið til viðeigandi ráðstafana vegna þeirra gagna sem það mál tók til. Að þeim dómi gegnum krafðist Valitor þess að fleiri gögnum yrði eytt og þeim kröfum var ítrekað hafnað með rökstuddum hætti (að einu gagni undanskildu), sbr. umfjöllun hér að framan. Valitor skaut þessum síðari niðurstöðum Samkeppniseftirlitsins ekki til dómstóla og lét því ekki reyna á ætlaða formannmarka sem tengjast beitingu 20. gr. samkeppnislaga.

Í málinu var Valitor birt ítarlegt andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins. Í því var með rökstuddum hætti gerð grein fyrir frummati eftirlitsins vegna ætlaðra brota og í því sambandi vísað til þeirra gagna málsins sem ályktanir studdust við. Einnig fékk Valitor í hendur lista yfir gögn málsins og orðið var við ósk fyrirtækisins um að fá afrit af gögnum sem þar koma fram. Ekki er á því byggt af hálfu Valitors að þau gögn, sem ákvörðun þessi byggist á, hafi verið fengin eða notuð með ólögum hætti. Með öðrum orðum þá taka þeir formannmarkar, sem Valitor telur að hafi átt sér stað, ekki til þeirra gagna sem efnisleg niðurstaða í þessu máli styðst við.

Þegar þetta er virt verður að telja að staðhæfingar Valitors um ólögmeta notkun gagna og ólögmeta rannsókn hafi enga þýðingu í þessu máli. Samhengisins vegna er hins vegar rétt að rökstyðja stuttlega að umræddar ásakanir Valitors um lögbrot Samkeppniseftirlitsins standast ekki.



Valitor heldur því fram að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn 68. og 72. gr. laga um meðferð sakamála með því aflétta ekki haldi þegar í stað af fjölda gagna sem ekki hafi tengst rannsókn málsins.

Í 68. gr. laga um meðferð sakamála kemur fram að leggja megi hald á muni, þ.m.t. skjöl, ef ætla megi að hafi sönnunargildi í sakamáli. Í 72. gr. segir að aflétta skuli haldi þegar þess er ekki lengur þörf og síðasta lagi þegar máli er endanlega lokið.

Eins og fram hefur komið aflétti Samkeppniseftirlitið haldi af öllum munum 9. júlí 2009. Eins og leiðir skýrlega af dómi Hæstaréttar Íslands frá 4. júní 2009 í máli nr. 268/2009 *Samkeppniseftirlitið gegn Flugleiðahótelum ehf., Hótel Loftleiðum og Icelandair Group* teljast rafræn afrit ekki vera haldlögð gögn í skilningi laga um meðferð sakamála. Þegar af þessum ástæðum er ekki unnt að fallast á með Valitor að ákvæði sakamálalaga hafi verið brotin.

Varðandi gagnrýni Valitors á vörslu rafrænna afrita þá ber að áréttta að Samkeppniseftirlitið aflaði þeirra gagna með þeirri aðferð sem dómstólar hafa talið lögmæta, sbr. m.a. dóm Hæstaréttar í máli nr. 177/2002. Þá ber að líta til þess að Valitor hafði uppi áþekka gagnrýni í því máli sem leiddi til dóms Hæstaréttar frá 26. nóvember í máli nr. 633/2009.⁶ Í dómi Hæstaréttar segir hinsvegar:

„Varnaraðili kveður sóknaraðila hafa þar meðal annars tekið afrit af öllum gögnum, sem hafi farið um og verið vistuð á svokölluðum pósthjóni í tölvum varnaraðila. Ekki verður séð að hann hafi gert athugasemdir við að sóknaraðili framkvæmdi á þennan hátt rannsóknaraðgerðir á grundvelli fyrrnefnds dómsúrskurðar.“

Eins og fram hefur komið fór Samkeppniseftirlitið að fyrirmælum í dómi Hæstaréttar í þessu máli. Öðrum kröfum Valitors um eyðingu gagna hefur Samkeppniseftirlitið svarað með rökstuddum hætti í málsmeðferðinni og vísast til þeirra svara. Ekkert í síðari athugasemdum Valitors hagar þeim niðurstöðum Samkeppniseftirlitsins.

⁶ Í úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur eru sjónarmið Valitors reifuð: „Byggir sóknaraðili á því, að ekki sé heimilt að leggja hald á önnur gögn en tengjast þeirri rannsókn sem úrskurður um húsleit var grundvallaður á. ... Heimild varnaraðila til að leggja hald á pósthjón sóknaraðila í heilu lagi hafi helgast af nauðsyn þess að trufla ekki starfsemi sóknaraðila. Hún geti hins vegar ekki náð til þess að haldleggja í kjölfarið fjölda gagna sem á engan hátt tengist rannsókn þess, af þeirri einu ástæðu að leggja hafi orðið hald á pósthjóninn í heilu lagi vegna tímaskorts. Byggir sóknaraðili á því að varnaraðila beri í kjölfar svo umfangsmikillar haldlagningar að fara yfir hin haldlögðu gögn, og skila eða eftir atvikum eyða þeim gögnum sem ekki varði rannsókn þess. Byggir sóknaraðili á því að varnaraðili hafi því enga heimild til að skoða eða leggja hald á gögn sem bersýnilega tengist ekki rannsókn hans.“

Bendir sóknaraðili í þessu samhengi á úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17/1997, þar sem áfrýjunarnefndin hafi fjallað um gagnaöflunarheimildir samkeppnis-yfirvalda. Hafi áfrýjunarnefndin talið að Samkeppnisstofnun hefði ekki takmarkað gagnaöflunarbeiðni við þann grundvöll málsins sem stofnunin hefði afmarkað og hafi gagnaöflunin því verið talin ólögmæt. Af þessum úrskurði verði að draga þá ályktun að samkeppnisyfirkvöld verði að takmarka gagnaöflunarbeiðni við þau meintu brot sem séu til rannsókna.

Með þetta í huga verði að skoða heimild Samkeppniseftirlitsins til þess að rannsaka mál með húsleit. Eðli málsins samkvæmt og í samræmi við aðrar rannsóknarheimildir Samkeppniseftirlitsins verði sú rannsókn sem fylgi í kjölfar húsleitar að vera innan þess ramma sem húsleit sé afmarkaður í upphafi. Að öðrum kosti sé eftirlitinu veittar rýmri heimildir þegar um sé að ræða húsleitir en á grundvelli annarra rannsóknarúrræða sem sé í hæsta máta óeðlilegt með tilliti til þess hversu íþyngjandi gagnaöflunarheimild húsleit sé.“



Þá heldur Valitor því fram að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn 1. mgr. 68. gr. laga um meðferð sakamála með því að haldleggja samskipti félagsins við utanaðkomandi lögmennt. Er því sambandi einnig bent á trúnaðarákvæði laga um lögmennt. Að mati félagsins feli þetta jafnframt í sér brot á stjórnarskrá, Mannréttindasáttmála Evrópu og (að því er virðist) EES-samningnum.

Samkvæmt áðurnefndum úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur náði heimild Samkeppniseftirlitsins til leitar og haldlagningar og til að taka afrit gagna sem geymd eru á tölvutæku formi hjá Valitor. Hvorki í úrskurðinum né heimildarákvæði 20. gr. samkeppnislaga er að finna fyrirvara um eða takmarkanir á hvers konar gögn megi haldleggja eða afrita. Trúnaðar- og þagnarskylduákvæði í sérlögum koma almennt ekki í veg fyrir að Samkeppniseftirlitið fái gögn í hendur, sbr. ákvæði 19. gr. samkeppnislaga og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2011 *Seðlabanki Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Ákvæði 2. málsl. 1. mgr. 68. gr. laga um meðferð sakamála á ekki við í máli þessu þar sem Valitor telst ekki sakborningur í skilningi laga um meðferð sakamála enda fer rannsókn þessa máls eftir ákvæðum samkeppnis- og stjórnsýslulaga. Brot á 11. gr. samkeppnislaga og eftir atvikum skilyrðum ákvörðunar varnaðaraðila nr. 4/2008 varðar eingöngu stjórnvaldssektum á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja skv. samkeppnislögum. Því eru lögmennt sem hafa átt í tölvupóstssamskiptum við Valitor, áður en mál þetta hófst, ekki skipaðir eða tilnefndir verjendur samkvæmt lögum um meðferð sakamála.

Í EES/ESB- samkeppnisrétti gilda engar samræmdar reglur um framkvæmd húsleita og tengdra rannsóknaraðgerða. Er þannig engin krafa um það í EES-samningnum eða öðrum samningum sem lagagildi hafa hér á landi að samræma beri löggjöf aðildarríkja um rannsóknir í samkeppnismálum. Hér á landi hefur sú leið verið valin að láta reglur laga um meðferð sakamála gilda um þessar rannsóknaraðgerðir Samkeppniseftirlitsins. Hjá erlendum stofnunum gilda eftir atvikum aðrar og að sumu leyti vægari reglur. Þannig er t.d. húsleit af hálfu Eftirlitsstofnunar EFTA og framkvæmdastjórnar ESB ekki háð fyrirfram samþykki dómstóls. Aðalatriðið hér er að rannsóknaraðgerðir Samkeppniseftirlitsins sem byggjast á 20. gr. samkeppnislaga verða að fullnægja kröfum laga um meðferð sakamála og þola prófun íslenskra dómstóla.

Ekki er heldur unnt að fallast á það með Valitor að meðferð þessa máls hafi verið óréttlát. Húsleit hjá fyrirtækinu var framkvæmd á grundvelli heimildar frá dómstóli. Strax að lokinni húsleit voru haldlögð skjöl afrituð og þeim skjölum síðan skilað til Valitors nokkrum dögum eftir húsleit. Skömmu eftir húsleit var orðið við ósk Valitors að fá í hendur beiðni Samkeppniseftirlitsins til Héraðsdóms Reykjavíkur um heimild til húsleitar, auk allra gagna sem þar voru lögð fram. Valitor hefur verið boðið að hafa fulltrúa sinn viðstaddan skoðun afritaðra tölvugagna. Athugasemdum Valitors við framkvæmd rannsóknar hefur verið svarað með rökstuddum hætti og fyrirtækið hefur nýtt sér rétt sinn til að bera ágreiningsefni undir dómstóla.

Auk þeirra gagna sem aflað var í húsleit hefur átt sér stað ítarleg viðbótargagnaöflun hjá Valitor og öðrum fyrirtækjum. Á grundvelli þessarar rannsóknar ritaði Samkeppniseftirlitið andmælaskjal, sbr. 17. gr. reglna um málsmeðferð



Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Í því er m.a. gerð grein fyrir frummati Samkeppniseftirlitsins á skilgreiningu markaðarins, stöðu Valitors á honum og í hverju ætluð brot á 11. gr. samkeppnislaga og ákvörðun nr. 4/2008 felist. Með andmælaskjalinu fylgdi listi yfir öll þau gögn sem það byggði á. Valitor óskaði eftir og fékk hendur afrit af þessum gögnum (að undanskildum tilteknum trúnaðarupplýsingum).

Valitor hefur í kjölfarið gert ítarlegar athugasemdir við andmælaskjalið og haft þannig tækifæri til þess að tjá sig um alla meginþætti málsins áður en ákvörðun er tekin í því og haft tækifæri til að benda Samkeppniseftirlitinu á mögulegan misskilning eða leiðrétt upplýsingar og lagt fram ný gögn. Þá skal áréttað að gögn sem varða samskipti Valitors við lögmenn og önnur umdeild gögn eru ekki hluti af þessu máli, sbr. umfjöllun hér að framan.

Í ákvörðun þessari er með rökstuddum hætti tekin afstaða til sjónarmiða Valitors. Telur Samkeppniseftirlitið að rannsókn og meðferð málsins hafi því almennt séð verið bæði vönduð og réttlát. Þá er og lykiltríði í þessu samhengi að Valitor getur látið reyna á alla þætti málsins fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála og eftir atvikum skotið úrskurði áfrýjunarnefndar til dómstóla.

2. Gagnaöflun sögð ekki í samræmi við húsleitarheimild

Valitor byggir einnig á því að meðferð málsins hafi brotið á rétti félagsins til réttlátrar málsmeðferðar sem því sé tryggður með 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar, eins og hana verði að túlka meðhliðsjón af 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Stafi þetta af því að Samkeppniseftirlitið hafi við húsleit hjá félaginu farið langt út fyrir húsleitarheimild og haldlagt gögn sem hafi ekki getað með nokkru móti varðað þá rannsókn sem afmörkuð hafi verið í húsleitarbeiðni. Í stað þess að eyða gögnunum sem ekki tengdust rannsókninni í kjölfar haldlagningar þeirra hafi stofnunin skoðað þau og notað til að undirbyggja ákvörðun sem birtist í fyrirliggjandi andmælaskjali, alls óskylda þeirri rannsókn sem húsleitinn hafi grundvallast á. Ólögmaett hafi verið að nota gögnin sem þannig hafi verið fengin með þeim hætti.

Valitor heldur því fram að heimild Samkeppniseftirlitsins til haldlagningar takmarkist við þann grundvöll rannsóknar sem afmarkaður hafi verið í húsleitarbeiðni stofnunarinnar til héraðsdóms. Hafi rannsóknin verið afmörkuð þannig að grunur beindist að Valitor um að hafa misnotað markaðsráðandi stöðu sína í andstöðu við 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, með tiltekinni verðlagningu, og að þau brot hafi beinst gegn félaginu Borgun.

Ástæða þess að gerð sé krafa um að úrskurður dómara liggja fyrir áður en húsleit og haldlagning sé framkvæmd, sé sú að tryggja réttaröryggi borgaranna. Þannig sé leitast við að tryggja að ekki sé hald lagt á gögn án þess að rökstuddur grunur sé um brot á lögum. Sé stjórnvöldum játuð heimild til að leggja hald á gögn sem bersýnilega geti ekki tengst þeim ætluðu brotum sem hinn rökstuddi grunur beinist að, sé sá öryggisventill sem úrskurði dómara sé ætlað að vera, að engu gerður. Þannig hafi Samkeppniseftirlitinu verið óheimilt að haldleggja gögn sem ekki hafi varðað það tiltekna mál sem til



rannsóknar hafi verið, sbr. til hliðsjónar ákvæði 19. gr. samkeppnislaga, enda henni óheimilt að fara í það sem nefnt hefur verið „veiðiferð“.

Þessa lögskýringu staðfesti Hæstaréttur með dómi sínum í máli réttarins nr. 633/2009. Var Samkeppniseftirlitinu þar gert að eyða tilteknum afritum gagna þar sem stofnunin hefði ekki getað rökstutt hvernig þau tengdust rannsókninni, eins og hún hafi verið afmörkuð í kröfu til héraðsdóms og kvörtun Borgunar. Í kjölfar þess hafi Valitor gert ítrekaðar kröfur um að öllum sambærilegum gögnum yrði eytt en Samkeppniseftirlitið hafi hafnað þeim, samanber umfjöllun hérað framan. Meðal þeirra gagna sem krafist hafði verið eyðingar á voru öll gögn og samskipti fyrir árið 2009, enda ljóst að kvörtun Borgunar, sem húsleitinn grundvallaðist á, hafi aðeins getað tekið til atvika frá byrjun þessa árs, þar sem félögin hafi ekki hafið samkeppni innan vörumerkja fyrr en á þeim tíma.

Það hafi því verið og sé ólöglegt fyrir Samkeppniseftirlitið að hafa þau gögn undir höndum sem þannig sé ástatt um. Í stað þess að eyða gögnunum eins og stofnuninni hafi verið skylt og skýrlega má leiða af tilvitnuðum dómi Hæstaréttar, nýtti hún þau til að undirbyggja rannsókn á allt öðrum og óskyldum atriðum en húsleitinn hafi grundvallast á. Í því andmælaskjali sem nú liggja fyrir séu ætluð brot þannig að langstærstum hluta þess eðlis að þau eigi að hafa átt sér stað á árunum 2007 og 2008, í verðlagningu debetkorta og beinst að stærstum hluta að félaginu Kortþjónustunni. Til samanburðar hafi húsleitinn grundvallast á rannsókn á ætluðum brotum á árinu 2009, að mestu leyti í verðlagningu kreditkorta sem átti að hafa beinst að félaginu Borgun. Sé því einfaldlega um allt annað mál að ræða en húsleitinn hafi grundvallaðist á.

Loks heldur Valitor því fram að við rannsókn málsins (þ.m.t. ritun andmælaskjals) hafi verið notuð sönnunargögn sem aflað hafi verið með ólöglegum hætti. Óheimilt hafi verið að haldleggja þau í upphafi enda hafi þau ekki fallið undir rannsóknina eins og hún hafi verið afmörkuð í húsleitaraðferðinni. Þá sé varsla Samkeppniseftirlitsins á þeim ólöglegum, þar sem stofnuninni hafi borið og beri enn að eyða þeim, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 633/2009. Valitor verði ekki gerð refsing á grundvelli slíkra ólöglegra sönnunargagna. Verði því ekki hjá því komist að fella málið niður.

2.1 Mat Samkeppniseftirlitsins

Í málsmeðferðinni fram að útgáfu andmælaskjal komu fram svipuð sjónarmið af hálfu Valitors var þeim svarað með rökstuddum hætti í bréfum Samkeppniseftirlitsins frá 15. janúar 2010 og 17. maí 2010. Gerð er grein fyrir efni þessara bréfa hér að framan og vísast til þess.

Rétt er að áréttu að hin þrönga túlkun, sem Valitor hefur sett fram á umfangi rannsóknar þessa máls, stenst ekki. Í úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur kemur fram að Samkeppniseftirlitinu hafi borist trúverðugar upplýsingar um meint samkeppnislaga brot Valitors. Í því sambandi var vísað til erindis Borgunar og annarra ábendinga um að Valitor hefði með aðgerðum sínum leitast við að hamla samkeppni. Er gerð grein fyrir því að hin ætluðu brot geti m.a. falist í ætlaðri óeðlilega lágri verðlagningu Valitors á færsluhirðingamarkaði og að um geti verið að ræða alvarleg brot á 11. gr.



samkeppnislaga og þeim fyrirmælum sem fram koma í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Segir síðan að Samkeppniseftirlitið telji óumflýjanlegt að rannsaka hversu víðtæk ætluð brot Valiors séu. Það var síðan gert í eftirfarandi rannsókn.

Eins og efnispáttur þessarar ákvörðunar ber með sér er afmörkun málsins í samræmi við framangreint.

Þá ber að líta til þess sem fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*:

„Áfrýjandi heldur því í öðru lagi fram að gögn, sem aflað var við húsleit hjá áfrýjanda þann 21. apríl 2010 með úrskurði Héraðsdóms í máli nr. R-187/2010, verði ekki notuð í þessu máli þar sem málin séu óskyld.“

Hér á landi gildir reglan um frjálst mat sönnunargagna. Verður sönnunargögnum því almennt ekki hafnað fyrirfram en við endanlega ákvörðun kemur hins vegar til álita hvort og að hvaða marki sönnunargögn verði notuð. Það á einnig við um svonefnd ólögsmæt sönnunargögn.

Af framangreindu leiðir að mál þetta verður ekki ómerkt af formástæðum.“

Í ljósi framangreinds er ekki unnt að fallast á með Valitor að Samkeppniseftirlitið hafi aflað eða notað ólögsmæt sönnunargögn.

3. Ætluð brot gegn 15. og 13. gr. stjórnarsýslulaga

Valitor heldur því fram að Samkeppniseftirlitið hafi með alvarlegum hætti brotið gegn rétti félagsins til aðgangs að gögnum sem því sé tryggður með 15. gr. stjórnarsýslulaga nr.37/1993. Þar sem rétturinn til aðgangs að gögnum sé nátengdur andmælarétti sem aðilum stjórnarsýslumáls sé tryggður með 13. gr. stjórnarsýslulaga sé einnig um að ræða brot á því ákvæði.

Valitor vísar til þess að heill kafli hafi verið felldur út úr því eintaki af kvörtun Borgunar sem Valitor hafi fengið afrit af. Gerði Valitor kröfu um aðgang að þeim upplýsingum sem þar hafi verið felldar út. Eftir málarekstur fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála fékk félagið hluta þeirra upplýsinga, en hluta hafi enn verið haldið frá Valitor. Hafi Valitor því neyðst til að höfða mál fyrir dómstólum þar sem gerð var krafa um aðgang að þeim upplýsingum sem um ræddi. Féllst Héraðsdómur Reykjavíkur á kröfuna en Samkeppniseftirlitið áfrýjaði þeirri niðurstöðu til Hæstaréttar sem staðfesti hana með vísan til forsendna með dómi réttarins í máli nr. 72/2011. Fékk Valitor loks aðgang að upplýsingunum samhliða andmælasgjafi. Lætur nærri að liðið hafi þrjú ár frá því húsleitinn hafi átti sér stað þar til Valitor fékk loks aðgang að þeim upplýsingum sem hún grundvallaðist á.

Valitor bendi á að hjá félaginu hafi verið framkvæmd húsleit, en skilyrði hennar samkvæmt 1. mgr. 20.gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, séu þau að ríkar ástæður séu til



að ætla að brot hafi verið framið gegn lögnum. Hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála litið svo á að í húsleit felist óhjákvæmilega ásökun um slíkt brot, sbr. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 3/2008. Hafi Valitor því mátt sitja undirslíkum ásökunum í upp undir þrjú ár, án þess að hafa fullnægjandi upplýsingar um það í hverju ætlað brot félagsins hafi átt að hafa falist. Liggi fyrir sú niðurstaða dómstóla að með því hafi Samkeppniseftirlitið brotið gegn rétti félagsins sem því sé tryggður með 15. gr. stjórnsýslulaga nr.37/1993. Valitor telji jafnframt rétt að hafa í huga að sú regla sem kveðið sé á um í nefndri grein sé forsenda þess að félagið fái notið andmælaréttar síns.

Byggi Valitor á því að sú staðreynd að á félaginu hafi verið brotinn réttur til aðgangs að gögnum málsins sem félaginu sé tryggður með 15. gr. stjórnsýslulaga, í upp undir þrjú ár, leiði til þess að jafnframt hafi verið brotið gegn andmælarétti félagsins sem því sé tryggður með 13. gr. laganna. Allan þennan tíma hafi Valitor mátt sitja undir ásökunum um alvarleg lögbrot án þess að hafa haftfullnægjandi upplýsingar til að meta í hverju ætlað brot eigi að hafa verið falið. Úr slíkum verulegum annmarka verði ekki bætt undir rekstri málsins og verði ákvörðun því ekki byggð áránsókn sem haldin sé slíkum annmarka. Verði því að mati Valitor ekki hjá því komist að fellaránsóknina niður.

3.1 Mat Samkeppniseftirlitsins

Í júní 2009 barst Samkeppniseftirlitinu umrædd kvörtun frá Borgun þar sem því er haldið fram að Valitor hafi brotið gegn samkeppnislögum. Sú kvörtun er fimmtán bls. að lengd. Í henni er gerð grein fyrir því hvernig Borgun telur að skilgreina eigi markaði málsins og rökstutt það mat fyrirtækisins að Valitor sé í markaðsráðandi stöðu. Þá er fjallað um hvernig ákvæði 11. gr. samkeppnislaga taki að mati Borgunar til háttsemi og aðgerða Valitors á markaðnum. Í kafla 5.3 og 5.4. í kvörtun Borgunar (bls. 10-13) er fjallað um ætluð brot Valitors og afleiðingar þeirra. Nánar tiltekið er í kafla 5.3.1 (bls. 10-11) ætluðum brotum Valitors lýst með almennum hætti og í kafla 5.3.2 (bls. 11-13) er gerð grein fyrir fimmtán tilboðum og öðrum aðgerðum Valitors. Er þar um að ræða upplýsingar frá söluaðilum sem eru í viðskiptum við Valitor eða hafa fengið tilboð frá því fyrirtæki. Í kafla 5.4 (bls. 13) er fjallað um áhrif af ætluðum brotum Valitors. Krafðist Borgun trúnaðar um þær upplýsingar sem fram koma í undirkafla 5.3.2.

Með bréfi, dags. 2. júlí 2009, sendi Samkeppniseftirlitið erindi Borgunar til Valitors til umsagnar. Var kafla 5.3.2 í erindi Borgunar felldur út samkvæmt fyrrgreindri kröfu Borgunar um trúnað gagna sem varða viðskiptavinum og verð og kjör Borgunar. Með bréfi, dags. 8. júlí 2009, krafðist Valitor að fá í hendur undirkafla 5.3.2 í kvörtun Borgunar. Með bréfi, dags. 14. júlí 2009, var Borgun sent afrit af bréfi Valitors og félaginu gefinn kostur á að tjá sig um efni þess. Í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 27. júlí 2009, rökstuddi Borgun kröfu sína um trúnað sem og hafnaði því að trúnaði væri aflétt. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til Valitors, dags. 13. október 2009, var ósk Valitors um afhendingu umræddra upplýsinga hafnað með rökstuddum hætti.

Valitor kærði þessa ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála þann 23. október 2009. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 17/2009 var ákvörðun Samkeppniseftirlitsins felld úr gildi og eftirlitinu gert að taka nýja afstöðu til kröfu Valitors í samræmi við forsendur úrskurðarins. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins,



dags. 5. janúar 2010, var Valitor sent afrit af kafla 5.3.2 í erindi Borgunar, dags. 12. júní 2009, þar sem nöfn viðskiptavina og verð Borgunar eru fjarlægð. Valitor kærði þessa ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála þann 18. janúar 2010. Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2010 var ákvörðun Samkeppniseftirlitsins staðfest. Þann 11. mars 2010 skaut Valitor málinu til Héraðsdóms Reykjavíkur og krafðist þess að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2010 yrði felldur úr gildi. Með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 19. október 2010 var úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála felldur úr gildi. Samkeppniseftirlitið áfrýjaði en Hæstiréttur staðfesti dóm héraðsdóms með dómi frá 23. febrúar 2012.⁷

Á meðan þessari málsmeðferð stóð var samþykkt að veita Valitor ótímabundinn frest til að skila efnislegri umsögn um erindi Borgunar frá 12. júní 2009, sbr. bréf frá Valitor 8. júlí 2009 og tölvupóstur milli Valitors og Samkeppniseftirlitsins, dags. 17. ágúst 2009.

Eins og fyrr sagði var Valitor birt ítarlegt andmælaskjal í málinu. Þá hefur Valitor einnig fengið í hendur undirkafla 5.3.2. í kvörtun Borgunar í hendur. Hefur Valitor í kjölfarið komið að ítarlegum sjónarmiðum. Er því ljóst að fyrirtækið hefur átt þess kost að tjá sig um efni málsins áður en ákvörðun er tekin í því, sbr. 13. gr. stjórnslulaga.

Ljóst er að ekki falla öll gögn máls undir upplýsingarétt aðila máls, sbr. 17. gr. stjórnslulaga. Í máli þessu var málefnalegur ágreiningur um hvort rétt væri að fallast á umrædda kröfu Borgunar um trúnað. Sá ágreiningur var leiddur til lykta fyrir dómstólum og Valitor afhent hin umdeildu gögn að fenginni niðurstöðu Hæstaréttar. Ekki er unnt að fallast á það með Valitor að sú málsmeðferð og framvinda, sem lýst er hér að framan, hafi falið í brot Samkeppniseftirlitsins á ákvæðum stjórnslulaga.

4. Fyrirfram mótuð afstaða

Valitor heldur því fram að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins felist fyrirfram ákveðin afstaða þess til niðurstöðu málsins. Þetta leiði til þess að málsmeðferðin brjóti gegn bæði rannsóknarreglu 10. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 og andmælarétti Valitors sem félaginu sé tryggður með 13. gr. sömu laga.

Valitor bendir á að þrátt fyrir almennt orðaðan fyrirvara framarlega í andmælaskjali verði ekki litið framhjá orðalagi víða í skjalinu sem gefi það beinlínis til kynna að þegar hafi verið tekin efnisleg afstaða til ólögmetis háttsemi Valitors. Með ummælum í andmælaskjalinu hafi Samkeppniseftirlitið upplýst um þegar tekna efnislega afstöðu sína til hinnar umdeildu háttsemi. Fáí almennt orðaður fyrirvari í upphafi skjalsins þeirri afstöðu ekki haggð. Með tilvitnuðum ummælum hafi Samkeppniseftirlitið sem stjórnvald tekið skýra og eindregna afstöðu til niðurstöðu í því máli sem hér sé til meðferðar. Þannig sé því einfaldlega ítrekað slegið föstu, án nokkurs fyrirvara, að Valitor hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og skilyrðum ákvörðunar nr. 4/2008.

Í fyrirfram ákveðinni afstöðu Samkeppniseftirlitsins felist að mati Valitor brot á andmælarétti félagsins, sbr. 13. gr. stjórnslulaga. Samkeppniseftirlitið hafi þegar fyrir

⁷ Dómur Hæstaréttar Íslands í máli nr. 72/2011.



birtingu andmæskjals tekið afstöðu til lögmætis háttsemi félagsins. Hafi Valitor fyrir það tímamark enga möguleika haft á að koma á framfæri andmælum. Tilgangur andmæskjals Samkeppniseftirlitsins sé m.a. að stuðla að því að aðili máls geti nýtt sér andmælarétt sinn.

Andmælaréttur sé ekki tryggður hafi aðila máls ekki verið gefinn kostur á að tjá sig um efni þess fyrr en eftir að viðkomandi stjórnvald hafi í raun tekið ákvörðun í því. Með öðrum orðum samræmist það ekki 13. gr. stjórnsýslulaga að veita andmælarétt "*til málamynda*", sbr. dómur Hæstaréttar Íslands í máli nr. 430/2007.

Afstaða Samkeppniseftirlitsins til lögmætis háttsemi Valitors liggja fyrir nú þegar. Af því leiði að í raun sé þegar búið að taka ákvörðun í málinu án þess að Valitor hafi átt á því möguleika að gæta lögbundins andmælaréttar síns. Verði af þeirri ástæðu ekki tekin efnisleg ákvörðun í fyrirbyggjandi máli enda verði ekki séð hvernig úr þessum verulega ágalla verði bætt.

Í fyrirfram mótaðri afstöðu Samkeppniseftirlitsins felist að mati Valitors einnig brot áránsóknarreglu stjórnsýslulaga. Í 10. gr. stjórnsýslulaga sé sú skylda lögð á stjórnvöld að sjá til þess að mál sé nægjanlega vel upplýst áður en ákvörðun sé tekin í því. Fyrir liggja að við birtingu andmæskjals sé mál ekki fyllilega upplýst.

4.1 Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið telur að þessi gagnrýni Valitors byggja á misskilningi á eðli og tilgangi andmæskjala í samkeppniserétti. Eins og fram kemur í 2. mgr. 17. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins er andmæskjal ritað í því skyni að stuðla að því að málið sé að fullu upplýst áður en ákvörðun er tekin og í því skyni að auðvelda aðila að nýta sér andmælarétt sinn. Útgáfa andmæskjals er þannig liður í meðferð máls og er skjalið því undirbúningsgagn sem ekki felur í sér stjórnvaldsákvörðun.⁸ Af þessu leiðir að umfjöllun og ályktanir í andmæskjali eru ekki endanlegar og geta breyst ef athugasemdir aðila gefa tilefni til þess.

Í samræmi við hefðbundið verklag var athygli Valitors sérstaklega vakin á framangreindu eðli andmæskjalsins. Var það gert í fylgibréfi með andmæskjalinu og einnig kom þetta ítrekað fram í skjalinu sjálfu. Valitor gat því ekki dulist að skjalið fæli ekki í sér stjórnvaldsákvörðun og væri ekki bindandi fyrir Samkeppniseftirlitið. Jafnframt mátti fyrirtækinu vera það fulljóst að tilgangur skjalsins var að auðvelda því að nýta sér andmælarétt sinn og stuðla að því að rétt ákvörðun verði tekin í málinu. Skjalið innhéldi þannig aðeins frummat og að ef athugasemdir, skýringar eða ný gögn þættu gefa tilefni til, gætu ályktanir sem fram koma í andmæskjalinu tekið breytingum.

⁸ Í EES/ESB-samkeppniserétti gilda áþekk sjónarmið um andmæskjöl (e. statement of objections). Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-204/00P Aalborg Portland v Commission [2004] 4 CMLR 13: „... Regulation No 17 provides that the parties are to be sent a statement of objections which must set forth clearly all the essential facts upon which the Commission is relying at that stage of the procedure. However, that may be done summarily and the decision is not necessarily required to be a replica of the Commission's statement of objections ... since the statement of objections is a preparatory document containing assessments of fact and of law which are purely provisional in nature ... For that reason, the Commission may, and even must, take into account the factors emerging from the administrative procedure in order, inter alia, to abandon such objections as have been shown to be unfounded.“



Samkeppniseftirlitið fær ekki séð á hvaða hátt það er gagnrýnisvert að frummat sé sett fram með skýrum hætti í andmælaskjali, sbr. þau dæmi sem Valitor tiltekur. Hlýtur það að gera fyrirtækinu betur fært að gæta hagsmuna sinna ef það liggur skýrlega fyrir hvað felst í frumályktunum Samkeppniseftirlitsins um ætluð brot.

Ljóst er að ályktanir og niðurstöður í ákvörðunum til bráðabirgða fela það ekki í sér að Samkeppniseftirlitið hafi tekið fyrirfram ákveðna afstöðu til lokaniðurstöðu málsins, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Því síður getur verið um slíkt að ræða vegna frummats í óbindandi undirbúningsgagni eins og andmælaskjali.



IV. SKILGREINING MARKAÐA OG STAÐA FYRIRTÆKJA Á ÞEIM

Í máli þessu er m.a. til skoðunar hvort Valitor hafi brotið 11. gr. samkeppnislaga með starfsemi sinni og framkvæmd á markaði fyrir færsluhirðingu vegna notkunar greiðslukorta hjá íslenskum söluaðilum.

Samkvæmt 11. gr. laganna er misnotkun fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Af þessu leiðir að til þess að hegðun fyrirtækis varði við 11. gr. samkeppnislaga þarf fyrirtæki að vera markaðsráðandi. Þegar lagt er mat á hvort fyrirtæki er markaðsráðandi er nauðsynlegt að skilgreina viðkomandi markað og kanna stöðu einstakra fyrirtækja á honum. Í þessum kafla verður markaður málsins skilgreindur sem og staða aðila á markaðnum.

Áður en vikið verður að skilgreiningu þjónustu- og landfræðilega markaði í máli þessu er rétt að greina með almennum hætti frá færsluhirðingu hér á landi og skýra starfsemi Valitors á greiðslukortamarkaði, auk tengdra atriða.

1. Almennt um færsluhirðingu og aðra starfsemi Valitors

Færsluhirðing er leyfisskyld starfsemi sem felst í að færsluhirðir gerir samning við söluaðila vöru og þjónustu um að söluaðillinn taki við tilgreindum greiðslukortum, debetkortum og kreditkortum, í viðskiptum við korthafa. Tiltekur samningurinn þau greiðslukort sem söluaðili samþykkir en hér á landi eru þau helstu VISA kreditkort, Electron debetkort, MasterCard kreditkort, Maestro debetkort og American Express kreditkort (AmEx). Að uppfylltum ákveðnum skilmálum og reglum sem söluaðili samþykkir ábyrgist færsluhirðir greiðslu til söluaðila og fer uppgjör fram innan tiltekins tíma.

Frá upphafi notkunar greiðslukorta hér á landi og til ársins 2002 önnuðust tvö félög nánast alla færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum. Þessi félög eru Valitor (áður Greiðslumiðlun hf.) og Borgun (áður hluti af Kreditkorti hf.). Sammerkt þeim báðum var og er að annast einnig kortaútgáfu í verktöku fyrir banka og sparisjóði á Íslandi. Annað sem einkenndi starfsemi þessara félag var að Valitor var aðili að útgáfu VISA kreditkorta og Electron debetkorta og annaðist eingöngu færsluhirðingu vegna þeirra korta. Borgun var aðili að útgáfu MasterCard kreditkorta og Maestro debetkorta og annaðist jafnframt færsluhirðingu vegna þeirra auk annarra minna notaðra greiðslukorta hér á landi, t.d. vörumerkin AmEx, JCB og Diner's Club.

Milligjald vegna greiðslukorta er skilgreint sem greiðsla færsluhirðis til útgefenda greiðslukorta fyrir þjónustu þeirra síðar nefndu við söluaðila í greiðslukortaviðskiptum. Þar sem ekki er um að ræða samningssamband milli söluaðila og kortaútgefenda eru færsluhirðar milliliðir í uppgjöri fyrir þessa þjónustu útgefenda. Þetta milligjald er síðan grunnur að þeirri þóknun sem Valitor innheimtir hjá söluaðilum vegna færsluhirðingar.

Allt til seinni hluta ársins 2002 voru viðskipti með íslensk kreditkort hjá íslenskum söluaðilum almennt með þeim hætti að korthafar greiddu útgefendum kortanna fyrir sín viðskipti hjá söluaðilum einu sinni í mánuði (um 2. hvers mánaðar). Útgefendur kortanna



greiddu á sama tíma færsluhirðum vegna viðskiptanna að frádreginni eigin þóknun, sem nefnt er milligjald, og færsluhirðar greiddu söluaðilum á sama tíma þeirra hlut vegna viðskipta korthafa í viðkomandi úttektartímabili að frádreginni umsaminni þóknun fyrir færsluhirðingu. Í þessu fólst að það voru söluaðilar sem lánuðu korthöfum fyrir viðskiptunum en færsluhirðar ábyrgðust greiðslur (með bakábyrgð útgefenda) enda væri allra reglna gætt við framkvæmd viðskiptanna.⁹ Til viðbótar milligjaldinu frá færsluhirðum þá innheimtu útgefendur hjá korthöfum mismunandi upphæðir sem árgjald, færslugjald og vexti ef til vanskila korthafa kom. Sambærilegt fyrirkomulag var viðhaft þegar um notkun debetkorta var að ræða nema að korthafi var skuldfærður daglega vegna viðskiptanna og söluaðili fékk greitt daglega. Heimildaröflun, færslur og uppgjör vegna þessara viðskipta með íslensk greiðslukort fóru fram í innanlandskerfi hvors félags sem einnig tengjast greiðslumiðlunar- og korthafakerfum íslenskra banka og sparisjóða hjá Reiknistofu bankanna.

Seint á árinu 2002 hóf danskt fyrirtæki, PBS A/S (hér eftir PBS), færsluhirðingu í samkeppni við þessi tvö fyrirtæki. PBS hefur samstarfsaðila á Íslandi sem er Kortapjónustan ehf. (hér eftir Kortapjónustan) og annast það fyrirtæki samningagerð við söluaðila og miðlun færslna. (Hér á eftir verður vísað til þessara fyrirtækja í einu lagi sem PBS eða PBS/Kortakortapjónustan nema annað sé tekið fram). Starfsemi PBS var frábrugðin starfsemi Valitors og Borgunar að því leyti að félagið annaðist færsluhirðingu vegna allra kortategundanna fjögurra, þ.e. VISA, Electron, MasterCard og Maestro. Var það fyrirkomulag við lýði til loka árs 2008. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 *Brot Greiðslumiðlunar hf., Kreditkorts hf. og Fjölgreiðslumiðlunar hf. á bannákvæðum samkeppnislaga* var komist að þeirri niðurstöðu að Valitor og Borgun (áður Greiðslumiðlun og Kreditkort) hefðu brotið gegn bannreglum samkeppnislaga með víðtækum aðgerðum sem m.a. miðuðu að því að hindra innkomu PBS/Kortapjónustunnar á markaðinn fyrir færsluhirðingu á Íslandi.

Lengst af hirtu Valitor og Borgun eingöngu færslur vegna korta sem þau sjálf önnuðust útgáfu á/höfðu aðalleyfi fyrir. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 er gerð grein fyrir því að þessir færsluhirðar höfðu með sér ólöglegt samráð um að Greiðslumiðlun keppti ekki við Kreditkort í færsluhirðingu á MasterCard/Maestro kortum og Kreditkort keppti ekki við Greiðslumiðlun í færsluhirðingu á VISA/Electron kortum. Breyting varð á þessu en í kringum áramótin 2008/2009 en þá hófu Valitor og Borgun, hvort um sig, að hirða færslur af kortum sem hitt fyrirtækið hefur aðalleyfi fyrir. Við þessa breytingu jókst samkeppni á milli Valitors og Borgunar í færsluhirðingu. Fram til þess tíma hafði samkeppnin nær eingöngu falist í samkeppni um hylli neytenda/korthafa um vörumerki greiðslukorta sem þau önnuðust útgáfu á. Þegar Valitor annast færsluhirðingu hjá söluaðilum vegna MasterCard kreditkorta fer heimildarleit og færslur um alþjóðlega uppgjörskerfi MasterCard International á grundvelli milligjalda sem ákveðin eru fyrir það kerfi. Á sambærilegan hátt fer um færslur og uppgjör þar sem Borgun annast færsluhirðingu vegna VISA kreditkort, það fer fram í VISA NET uppgjörskerfinu á milligjöldum sem ákveðin eru fyrir það kerfi.

⁹ Reglur um framkvæmd viðskipta með kreditkort koma fram í skilmálum sem tengjast samningi færsluhirðis við söluaðila um færsluhirðingu.



1.1 Nánar um starfsemi Valitors

Starfssvið Valitors er með einum eða öðrum hætti tengt greiðslukortastarfsemi. Hún er í aðalatriðum þessi:

- Í fyrsta lagi gerir Valitor samninga á grundvelli aðalleyfis frá VISA Europe (VISA EU) sem félagið fer með fyrir hönd Vísa Íslands ehf.¹⁰ og heimilar íslenskum bönkum og sparisjóðum á þeim grundvelli að gefa út greiðslukort með vörumerki VISA, bæði VISA kreditkort og Electron debetkort. Þessu tengt er varsla vörumerkisins VISA og markaðssetning hér á landi.¹¹
- Í öðru lagi er félagið vinnsluáðili í útgáfu þessara kreditkorta fyrir hönd banka og sparisjóða.
- Í þriðja lagi annast Valitor færsluhirðingu þar sem greiðslukort eru notuð í viðskiptum hjá söluaðilum.¹²
- Í fjórða lagi þá hefur félagið með höndum leigu á posum sem eru jaðartæki hjá söluaðilum sem tengd eru við rafræna greiðslurás kortafyrirtækja og útgefenda.

Samkvæmt lýsingunni hér að ofan er starfsemi Valitors fjórþætt en að meginuppistöðu til er dagleg starfsemi af tvennum toga, annars vegar framkvæmd útgáfu á VISA kreditkortum f.h. íslenskra banka og sparisjóða, og hins vegar færsluhirðing á grundvelli samninga við söluaðila vöru og þjónustu um móttöku greiðslukorta í viðskiptum.¹³ Í þessu felst að félagið er í samningssambandi við bæði útgefendur VISA greiðslukorta á Íslandi og söluaðila um færsluhirðingu vegna notkunar kreditkorta og debetkorta.¹⁴

Greiðslukortakerfi eins og það sem Valitor starfar innan er svokallað fjögurra aðila kerfi.¹⁵ Annars vegar eru það útgefendur (bankar og sparisjóðir) og korthafar (einstaklingar og fyrirtæki) en milli þessara aðila er samningssamband um viðskipti. Hins vegar eru það söluaðilar og færsluhirðar en milli þeirra er samningssamband um viðtöku greiðslukorta og færsluhirðingu með skilgreindri þjónustu. Þessi samskiptakeðja gerir það mögulegt að korthafar og söluaðilar vöru og þjónustu eigi viðskipti sín á milli með aðkomu útgefenda og færsluhirða. Í þessum viðskiptum er greiðslukort notað sem greiðslumiðill.

Verður hér á eftir fjallað um og skilgreindir þeir markaðir sem að mati Samkeppniseftirlitsins skipta máli og taldir eru hafa áhrif í þessu máli.

¹⁰ Valitor er „principal member“ fyrir íslenska markaðinn og fer þannig með hópaðild að VISA EU fyrir VISA kortaútgefendur á Íslandi.

¹¹ Sjá t.d. „Samningur milli Landsbanka Íslands hf. og VISA Íslands – Greiðslumiðlunar hf. vegna útgáfu VISA greiðslukorta“, undirritaður 11. febrúar 2005. Þessi samningur var í gildi á rannsóknartímabili þessa máls. Sambærilegur samningur er við aðra útgefendur VISA greiðslukorta. Var þessara gagna aflað í öðru stjórnáskilumáli sem er til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu.

¹² Fjórði aðilinn í samskiptakeðju með greiðslukort eru korthafar (hópur einstaklinga og fyrirtækja) sem hver fyrir sig eru í samningssambandi við útgefendur kortanna.

¹³ Af gögnum verður ekki séð að skýr skil séu milli þessara tveggja meginhlutverka Valitors og er þá bæði átt við daglega starfsemi sem og í rekstrar- og efnahagslegu uppgjöri félagsins.

¹⁴ Á fyrri hluta tímabilsins sem er til rannsóknar í þessu máli annaðist félagið eingöngu færsluhirðingu fyrir vörumerki VISA greiðslukort, þ.e. VISA kreditkort og Electron debetkort en frá árslokum 2008 einnig fyrir MasterCard greiðslukort, þ.e. MasterCard kreditkort og Maestro debetkort.

¹⁵ Hér er notað hugtakið „greiðslukortakerfi“ um alþjóðlega „VISA payment card scheme“ og „ fjögurra aðila kerfi“ um „four-party payment card scheme“.



2. Skilgreining þjónustumarkaða

Samkvæmt 5. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaður skilgreindur sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Í ljósi hagfræðilegra raka skal líta á viðkomandi markað út frá að minnsta kosti tveimur sjónarhornum; annars vegar vöru- og þjónustumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn.

Með viðkomandi vöru- eða þjónustumarkaði er átt við markað fyrir allar vörur og þjónustu sem neytendur líta á sem staðgönguvörur eða staðgönguþjónustu vegna eiginleika þeirra, verðs og áformaðrar notkunar, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara og staðgönguþjónusta eru vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geta komið í stað annarrar vöru eða þjónustu.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17–18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði* er á það bent að viðtekin venja sé í samkeppnisrétti að skilgreina markaðinn út frá eftirspurnarhlið hans. Í úrskurðinum er einnig bent á að markaðsskilgreiningar geti ekki verið nákvæmar og séu aðeins notaðar til viðmiðunar, sbr. einnig úrskurð nefndarinnar í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í andmælaskjali sínu komst Samkeppniseftirlitið m.a. að þeirri frumniðurstöðu að einn þjónustumarkaður þessa máls væri markaður fyrir útgáfu greiðslukorta, bæði debetkorta og kreditkorta. Einnig væri um að ræða markað fyrir færsluhirðingu þar sem greiðslukort væru notuð í viðskiptum hjá söluaðilum vöru og þjónustu. Verður nú nánar vikið að þessu.

2.1 Markaður fyrir útgáfu greiðslukorta

Í athugasemdum sínum virðist Valitor ekki gera athugasemd við það mat Samkeppniseftirlitsins að kortaútgáfa sé sérstakur markaður. Hins vegar telur Valitor umfjöllun eftirlitsins um þann markað vera óljósa. Þannig fjalli eftirlitið nokkuð ítarlega um það mat sitt að Valitor ákvarði milligjald einhliða og án atbeina útgáfubanka. Eins og nánar verði gerð grein fyrir síðar sé umfjöllun eftirlitsins um ákvörðun milligjalda röng. Þá fáist ekki séð af samhengi umfjöllunar eftirlitsins hvaða áhrif hin meinta markaðsráðandi staða í útgáfu greiðslukorta hafi á fyrirkomulag ákvörðunar milligjalda þó eftirlitið kjósi að blanda þessum tveimur þáttum saman í umfjöllun sinni. Rétt sé að halda því til haga að Valitor starfi aðeins sem vinnsluaðili í kortaútgáfu en eiginlegir kortaútgefendur séu einstakir útgáfubankar.

Samkeppniseftirlitið bendir á að fjallað hefur verið um markað fyrir útgáfu greiðslukorta í eldri úrlausnum samkeppnisyfirvalda, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2009 *ERGN Holdings Ltd. og Euro Refund Group North á Íslandi ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.¹⁶ Hafa samkeppnisyfirvöld fallist á það með fyrirtækjum í eldri málum að útgáfa greiðslukorta tilheyri sérstökum markaði, sbr. t.d. ákvörðun eftirlitsins í

¹⁶ Sjá einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórn ESB í máli nr. COMP/D1/37.860 og dóm undirréttar ESB frá 14. apríl 2011 í máli nr. T-461/07 Visa Europe Ltd. v Commission.



máli nr. 33/2008 *Kaup Kaupþings banka hf. og nokkurra sparisjóða á Keldum eignarhaldsfélagi ehf.*

Valitor starfar á þessum markaði og liggur fyrir að fyrirtækið fer með svonefnda hópaðild¹⁷ að VISA EU og veitir bönkum og sparisjóðum samningsbundna heimild til útgáfu greiðslukorta undir vörumerki VISA. Á það bæði við um debetkort og kreditkort. Valitor er vörsluaðili vörumerkisins VISA og gætir hagsmuna þess hér á landi, sbr. samstarfssamninga við útgefendur greiðslukorta. Valitor starfar einnig sem vinnsluaðili í kortaútgáfu og útgefandi VISA greiðslukorta fyrir hönd banka og sparisjóða. Bankar og sparisjóðir eru formlegir útgefendur greiðslukorta og er samningssamband milli þeirra og korthafa þar sem lýst er réttindum og skyldum aðila um meðferð þeirra. Aðkoma Valitors að útgáfu greiðslukorta er mismikil eftir tegundum korta. Félagið er beinn aðili að útgáfu VISA kreditkorta sem verktaki fyrir hönd banka og sparisjóða. Hlutverk félagsins í útgáfu Electron debetkorta er óbeint, en til staðar, þar sem Valitor heimilar bönkum og sparisjóðum að gefa út kortin og ákvarðar milligjald til útgefenda vegna notkunar þeirra hjá söluaðilum með sama hætti og varðandi notkun kreditkorta.

Fyrir liggur að Valitor ákveður milligjald til útgefenda vegna notkunar greiðslukorta, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2009 *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hugtakið milligjald var skilgreint hér að framan hefur ákvörðun um milligjald umtalsverð áhrif á markaði fyrir færsluhirðingu. Með þeim hætti tengjast þessir undirmarkaðir. Nánar verður fjallað um tilgang milligjalds í greiðslukortaviðskiptum hjá söluaðilum og ákvörðun þess síðar í ákvörðun þessari. Vegna framangreindra sjónarmiða Valitors er rétt að benda á tiltekin atriði hér.

Vegna eðlis milligjaldsins og tilgangs þess er ljóst að ákvörðun Valitors um milligjöld er tekin fyrir hönd útgefenda kortanna. Með þessu fyrirkomulagi er Valitor gert mögulegt að ákvarða sjálfst þá upphæð sem félaginu ber sjálfu, sem færsluhirði, að greiða útgefendum. Um leið er gjaldið uppistaðan í þeirri þóknun sem félagið innheimtir hjá söluaðilum vegna færsluhirðingar. Vegna þessara nánu tengsla milligjalds og færsluhirðingar og vegna þess að milligjald er sagt vera greiðsla til útgefenda greiðslukorta er það mat Samkeppniseftirlitsins að einn af þjónustumörkuðum þessa máls sé útgáfa greiðslukorta. Að sama skapi er ljóst að tilgangur og framkvæmd við ákvörðun á milligjaldi gerir það að verkum að nán tengsl eru á milli markaðanna fyrir útgáfu greiðslukorta annars vegar og færsluhirðingu hins vegar. Rétt er árétta að í þessu máli er engin afstaða tekin til þess hvort umrædd atriði sem tengjast milligjaldinu og ákvörðun þess séu samþýðanleg 10. og 12. gr. samkeppnislaga.

Að mati Samkeppniseftirlitsins má vera ljóst að hlutverk Valitors á markaði fyrir útgáfu VISA greiðslukorta og á markaði fyrir færsluhirðingu vegna sömu korta og ákvörðun þess um milligjald í greiðslukortastarfsemi, tengir þessa tvo undirmarkaði mjög saman. Á mestum hluta tímabils þessa máls, árin 2007 og 2008, annaðist Valitor færsluhirðingu á um 90-95% af viðskiptum með íslensk VISA greiðslukort hjá íslenskum söluaðilum. Eins og fram kemur hér á eftir er hlutfall VISA greiðslukorta um 65-70% af útgafnum

¹⁷ Með hópaðild er í aðalatriðum átt við að Valitor, sem aðalleyfishafi VISA vörumerkisins, komi fram fyrir hönd hóps af kortaútgefendum (bönkum) gagnvart hinni alþjóðlegu kortasamsteympu.



Íslenskum greiðslukortum. Enda er það svo að hlutur VISA greiðslukorta í veltu færsluhirðingar hjá Íslenskum söluaðilum var á tímabilinu 68-70%. Þar sem Valitor ákvarðar milligjald vegna notkunar þessara korta er ljóst að staða Valitors í útgáfu hefur mikil áhrif á markaði fyrir færsluhirðingu.

2.2 Markaður fyrir færsluhirðingu

Einn undirmarkaða greiðslukortamarkaðarins er markaðurinn fyrir færsluhirðingu, sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 *Brot Greiðslumiðlunar hf., Kreditkorts hf. og Fjölgreiðslumiðlunar hf. á bannákvæðum samkeppnislaga* og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2009 *ERGN Holdings Ltd. og Euro Refund Group North á Íslandi ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Eins og lýst er hér að framan felst í færsluhirðingu að gerður er samningur við söluaðila um viðtöku greiðslukorta í viðskiptum og allt uppgjör tengt þeim viðskiptum. Greiðslukort eru ákveðið form á greiðslumiðli í viðskiptum milli söluaðila vöru og þjónustu og korthafa (bæði einstaklinga og fyrirtækja). Forsenda fyrir virkni þessa greiðslumiðils í viðskiptum er að söluaðili samþykki að taka við greiðslukorti sem greiðslumiðli og að viðskiptavinurinn sé handhafi greiðslukorts og tilbúinn að nota það í viðskiptunum. Þegar rætt er um greiðslukort í þessu máli er átt við tvær tegundir korta, kreditkort og debetkort, sem eru gefin út undir mismunandi vörumerkjum. Þó svo að í báðum tilvikum sé um að ræða líkt útlítandi plastkort, sem korthafi semur um við sinn viðskiptabanka eða annan útgefanda, er virkni þessara kortategunda mismunandi. Á það bæði við um virkni gagnvart korthöfum og söluaðilum.

Korthafi, sem handhafi beggja kortategunda, hefur raunverulegt val um hvort kortið hann notar í einstaka/einstökum viðskiptum. Hann getur valið kreditkort og fengið með því allt að 45 daga greiðslufrest án vaxtakostnaðar eða annars álags. Hins vegar getur hann valið debetkortið sem þýðir skuldfærslu samdægurs á bankareikning hans og því er um staðgreiðslu að ræða. Almennt greiðir hann sömu fjárhæð hjá söluaðila hvort kortið sem hann notar eða greiðir með peningum. Á Íslandi er almennt ekki vandamál fyrir korthafa að nota kortin í viðskiptum þar sem nánast allir söluaðilar vöru og þjónustu taka við báðum tegundum kortanna og öllum helstu vörumerkjum greiðslukorta. Í hverjum viðskiptum getur korthafi tekið upplýsta ákvörðun um greiðslumiðil sem fellur hverju sinni best að hans aðstæðum og hagsmunum. Hans er valið. Korthafi á ekki í samkeppni við neinn hvað val á greiðslumiðli varðar.

Frá sjónarhóli söluaðila lítur þetta öðruvísi út. Söluaðilar í einstökum atvinnugreinum eiga í samkeppni sín á milli um viðskipti við einstaklinga og fyrirtæki. Í kortavæddu samfélagi nútímans má ætla að söluaðilar velji almennt að taka við sem flestum vörumerkjum og tegundum greiðslukorta til að vera samkeppnisfærir gagnvart keppinautum. En ólíkt korthöfum þá greiða söluaðilar færsluhirðum fyrir að taka við greiðslukortum sem greiðslumiðlum og getur sá kostnaður augljóslega haft áhrif á vilja þeirra til móttöku korta og, sem algengara er, á val milli kortategunda og vörumerkja. Eins og fyrr segir hafa söluaðilar almennt ekki mismunað viðskiptavinum í verði eftir því hvaða greiðslumiðla þeir velja að nota, peninga, debetkort eða kreditkort. Þar sem viðskiptakostnaður söluaðila vegna þessara þriggja greiðslumiðla er mismunandi (sbr.



umfjöllun hér aftar) er framlegð þeirra af einstaka viðskiptum, með sömu vöru eða þjónustu, breytileg og háð vali viðskiptavinar á greiðslumiðli hverju sinni. Á þessu stigi viðskiptanna geta hagsmunir viðskiptavinar og söluaðila verið andstæðir en ákvörðunin er oftast viðskiptavinarins.

Til þess að greiðslukortastarfsemi virki þarf auk söluaðila og neytanda (korthafa) að vera til staðar aðili sem annast útgáfu greiðslukorta, sem oftast er banki eða sparisjóður, og aðili sem semur við söluaðila um heimild til móttöku greiðslukorta í viðskiptum, þ.e. færsluhirðir. Hér á landi eru útgefandi greiðslukorta og færsluhirðir sinn hvor aðilinn í viðskiptakeðjunni en á stærri mörkuðum er algengt að kortaútgefendur starfi einnig á markaði fyrir færsluhirðingu.

Hér að framan hefur hlutverki og starfsemi færsluhirða verið lýst. Af þeirri lýsingu er ljóst að mati Samkeppniseftirlitsins að aðild færsluhirða, eða sambærileg starfsemi, er nauðsynleg til þess að notkun greiðslukorta geti átt sér stað hjá söluaðilum vöru og þjónustu og er það óháð því hvora tegund greiðslukorta eða hvaða vörumerki er um að ræða.

Frá því að notkun greiðslukorta hófst hefur þóknun sem söluaðilar greiða færsluhirðum verið mishá eftir því hvort greiðslumiðillinn er kreditkort eða debetkort. Hefur þóknun vegna kreditkorta verið mun hærri en vegna debetkorta. Samkvæmt almenntri viðmiðunargjaldskrá Valitors í maí 2007 var þóknun vegna debetkorta á bilinu 0,35-0,80% af færslu með átta króna þóknun sem lágmark og 280 króna þóknun sem hámark í einstökum viðskiptum. Á sama tíma var þóknun hjá Valitor vegna kreditkorta á bilinu 0,90-2,50% af færsluupphæð ef uppgjör var mánaðarlega en ef söluaðili óskaði eftir daglegu uppgjöri fyrir kreditkort lagðist 0,90% viðbótarág ofan á áðurnefnda þóknun. Ekki hefur verið um að ræða lágmarks- eða hámarksgreiðslu þegar kreditkort eru notuð. Ef borið er saman daglegt uppgjör beggja kortategunda er þóknun vegna debetkorta 0,35-0,80% og kreditkorta 1,80-3,40%, í báðum tilfellum af upphæð færslu. Í neðri hluta viðmiðunarbílanna var munurinn tæplega fimmfaldur en ríflega fjórfaldur í efri hlutanum. Erfitt er að meta áhrif af lág- og hámarksgreiðslu vegna debetkorta sem fer augljóslega eftir upphæð viðskipta hverju sinni og er þar af leiðandi mismunandi eftir því hverskonar viðskipti einstaka söluaðili stundar.

Í viðmiðunargjaldskrá Valitors í nóvember 2008 var þóknun vegna debetkorta á bilinu 0,35-0,80% af færslu með átta króna þóknun sem lágmark og 300 króna þóknun sem hámark. Þóknun vegna kreditkorta var á bilinu 0,90-1,99% af færslu ef uppgjör var mánaðarlega en ef söluaðili óskaði eftir tíðara uppgjöri fyrir kreditkort var viðbótarág á bilinu 1,15-1,65%. Með tíðari uppgjöri er hér átt við vikulegt eða daglegt uppgjör við söluaðila. Ef borið er saman daglegt uppgjör beggja kortategunda var þóknun vegna debetkorta 0,35-0,80% og kreditkorta 2,55-3,64% ef gert er ráð fyrir að álag vegna daglegs uppgjör hafi verið 1,65%. Í neðri hluta viðmiðunarbílanna var munurinn ríflega sjöfaldur en ríflega fjórfaldur í efri hlutanum.

Af þessari umfjöllun er ljóst að verðlagning Valitors fyrir færsluhirðingu mismunandi kortategunda er mishá, bæði hvað varðar hlutfallstölu þóknunarinnar og lág- og



hámarksgjald fyrir debetkort sem ekki eru tíðkuð varðandi notkun kreditkorta. Lágmarkspóknun fyrir færslu vegna greiðslu með debetkorti veldur því að póknun fyrir debetkort er hærri en fyrir kreditkort eingöngu þegar um er að ræða viðskipti fyrir mjög lága upphæð. Í maí 2007 var þessi upphæð á bilinu 235 til 444 krónur, eftir því hvar í viðmiðunarbili póknunin fyrir kreditkortin var. Í nóvember 2008 var þessi upphæð á bilinu 220 til 314 krónur, eftir því hvar í viðmiðunarbilinu póknunin var.¹⁸ Í viðskiptum þar sem upphæð hvernar færslu var hærri en þessar fjárhæðir var mismunurinn á póknunum fyrir debetkortafærslur og kreditkortafærslur í samræmi við mismun í viðmiðunarbilunum og enn meiri og stigvaxandi eftir að hámarksgjaldi vegna debetkorta var náð því ekkert hámark er á fjárhæð póknunar fyrir að hirða færslur vegna kreditkorta ólíkt því sem á við í tilviki debetkorta.

Vegna þess hve almenn greiðslukortanotkun er hér á landi skiptir sú póknun sem söluaðilar greiða færsluhirðum miklu máli, bæði fjárhags- og rekstrarlega, fyrir söluaðila. Við val söluaðila á færsluhirði verður því að ætla að ráðandi þáttur sé póknunin sem um semst. Þar sem ekki er samið um eina og sömu póknun fyrir bæði kreditkort og debetkort er málefnalegt að ætla að söluaðili taki ákvörðun um val á færsluhirði út frá heildarhagsmunum sínum. Því getur póknun fyrir færsluhirðingu debetkorta haft áhrif á val söluaðila á færsluhirði fyrir kreditkort og öfugt. Meðan færsluhirðarnir Valitor og Borgun önnuðust nánast alla færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum, og færsluhirtu í raun aðeins hvor sitt vörumerki, hafði þessi mismunur á póknunum eftir því hvort greitt var með debetkorti eða kreditkorti ekki mikil samkeppnisleg áhrif. Öðru máli gegnir eftir að PBS/Kortapjónustan kom inn á markaðinn. Þá var í raun fyrst kominn vísir að samkeppni í færsluhirðingu og póknun fyrir hvora kortategund farin að skipta máli varðandi val söluaðila á færsluhirði. Enn frekar gætti áhrifa af þessum mun þegar bæði Valitor og Borgun hófu að færsluhirða vegna vörumerkja hvors annars um áramótin 2008 og 2009 (e. dual acquiring). Á tímabili þessarar rannsóknar var hlutur kreditkorta í færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum á bilinu 55-58% af greiðslukortum í heild og debetkort á bilinu 42-45%. Heildarvelta í færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum var á tímabilinu um 500 milljarðar króna á ári. Af þessum upphæðum og hlutfalli debetkorta í veltunni er ljóst að hagsmunir söluaðila eru miklir hvað varðar þá póknun sem þeir greiða fyrir færsluhirðingu vegna hvorrar kortategundar.

Ekki verður séð af fyrirliggjandi gögnum að Valitor, Borgun eða PBS/Kortapjónustan hafi innheimt mismunandi póknun eftir vörumerkjum af þeim söluaðilum sem fyrirtækin hafa gert samning við um alla færsluhirðingu vegna VISA og MasterCard korta. Hjá Valitor er samið um sömu póknun vegna VISA kreditkorta og MasterCard kreditkorta. Það sama á við um póknun vegna Electron debetkorta og Maestro debetkorta. Hins vegar er, eins og að framan greinir, mikill munur á póknun vegna kreditkorta annars vegar og debetkorta hins vegar.

Eins og fram hefur komið annast PBS/Kortapjónustan ekki færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum vegna Maestro debetkorta og hefur ástæðan verið sögð hið háa milligjald sem PBS þarf að greiða útgefendum vegna þessara korta. Þetta háa milligjald hefur valdið því að PBS hefur að eigin mati ekki verið samkeppnisfært um færsluhirðingu vegna Maestro

¹⁸ Byggt á viðmiðunarverðskrá Valitors á þessum tíma.



korta. Hafa söluaðilar sem samið hafa við PBS/Kortapjónustuna um færsluhirðingu samið við Borgun um færsluhirðingu vegna Maestro debetkorta. Bendir þetta að mati Samkeppniseftirlitsins til þess að hver og einn söluaðili geti samið við fleiri en einn færsluhirði um færsluhirðingu á hverjum tíma.

Á færsluhirðingarmarkaði býður Valitor færsluhirðingu fyrir debetkort annars vegar og fyrir kreditkort hins vegar. Aðstæður og fyrirkomulag á markaði fyrir færsluhirðingu er með þeim hætti að fyrir einstaka söluaðila er ákveðið hagræði af því að eiga viðskipti við einn færsluhirði þó svo að annað fyrirkomulag sé mögulegt, sbr. söluaðila í viðskiptum við PBS/Kortapjónustuna.¹⁹ Af þessu leiðir að verðlagning hvors þáttar skiptir máli þegar söluaðili tekur upplýsta ákvörðun um val á færsluhirði. Lág þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta getur ráðið úrslitum um val söluaðila á færsluhirði fyrir kreditkort og öfugt, og þar með hvort hann semur við einn færsluhirði eða fleiri.

Að öllu framangreindu virtu og þá sérstaklega með tilliti til stöðu korthafa gagnvart söluaðilum við ákvörðun um val á greiðslukorti sem greiðslumiðli í einstökum viðskiptum er það mat Samkeppniseftirlitsins að færsluhirðing vegna notkunar greiðslukorta hjá söluaðilum sé einn þjónustumarkaða þessa máls. Hins vegar er það mat Samkeppniseftirlitsins að fyrirtæki í færsluhirðingu bjóði söluaðilum tvo mismunandi þjónustupætti á þeim markaði. Annars vegar færsluhirðingu vegna kreditkorta og hins vegar færsluhirðingu vegna debetkorta. Helstu rökin fyrir því eru mismunandi virkni sem leiðir af notkun kortanna sem um leið endurspeglar mismunandi verðlagningu gagnvart söluaðilum vegna notkunar þeirra í viðskiptum. Til stuðnings þessu má einnig benda á að í verðskrá Valitors fyrir færsluhirðingu til 18. nóvember 2007 var sérstaklega gert ráð fyrir samningum fyrir færsluhirðingu hjá söluaðilum sem aðeins taka við debetkortum á sérstökum kjörum hvað varðar lágmarks- og hámarksgjald.²⁰ Er sambærilegt ákvæði í verðskrá Valitors a.m.k frá árinu 2004. En báðir þessir þjónustupættir mæta gagnkvæmum vilja korthafa og söluaðila til að eiga viðskipti með vöru og þjónustu í samræmi við hagsmuni beggja aðila. Er að mati Samkeppniseftirlitsins hins vegar ekki þörf í þessu máli að greina á milli vörumerkja greiðslukorta.

Hefur Valitor ekki gert athugasemdir við þetta sjónarmið að færsluhirðing sé þjónustumarkaður þessa máls. Hins vegar hefur Valitor hafnað þeirri skilgreiningu að um sé að ræða tvo mismunandi og aðgreinda þjónustupætti og verður athugasemdum félagsins lýst hvað það varðar hér á eftir og afstaða tekin til þeirra.

3. Landfræðilegur markaður

Landfræðilegur markaður telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og/eða eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum.

¹⁹ Söluaðili semur við PBS um færsluhirðingu vegna VISA og MasterCard kreditkorta, Electron debetkorta og við Borgun um færsluhirðingu Maestro debetkorta. Er þetta mögulegt án þess að söluaðili hafi tvöfaldan endabúnað.

²⁰ Verðskrár Valitors fyrir færsluhirðingu hjá söluaðilum með t.d. gildistöku 1. september 2006 og 1. maí 2007. Sjá www.vefsafn.is/visa.is.



Samkeppniseftirlitið taldi í andmælaskjali að landfræðilegur markaður þessa máls á rannsóknartímabilinu væri Ísland. Valitor hefur mótmælt þessu.

3.1 Sjónarmið Valitors

Valitor telur ýmis rök standa til þess að hinn landfræðilegi markaður nái út fyrir landsteinana. Ljóst sé að markaðurinn hafi breyst mikið á undanförunum áratug. Það megi því færa haldbær rök fyrir því að hinn landfræðilegi markaður nái nú til allrar Evrópu en ekki aðeins til Íslands.

Í fyrsta lagi beri að nefna að sú fullyrðing samkeppnisráðs í ákvörðun nr. 18/2003 sem vitnað sé til í andmælaskjali að færsluhirðar þurfi að veita þjónustu sína á því svæði sem söluaðilar séu staðsettir sé ekki í samræmi við þá þróun sem hafi átt sér stað á undanförunum árum. Sé vaxandi tilhneiging hjá færsluhirðum að líta á Evrópu sem eitt markaðssvæði og bjóði þjónustu sína um alla álfuna án þess að hafa útibú í öllum löndum. PBS sé einmitt gott dæmi um þessa þróun sem og önnur greiðslukortafyrirtæki sem hafi verið að bjóða þjónustu sína hér landi. Þá beri að líta til þess að fjármálafyrirtæki sem séu staðsett á evrópska efnahagssvæðinu ("EES-svæðið") hafi rétt til þess að opna útibú í öðru ríki innan EES-svæðisins en þar sem móðurfélag þeirra sé staðsett. EES-samningurinn stuðli þannig að aukinni samkeppni á öllu EES-svæðinu hvað varði framboð á fjármálaþjónustu. Þetta hafi jafnframt þær afleiðingar að auðveldara sé fyrir færsluhirða að veita þjónustu yfir landamæri.

Í öðru lagi verði að telja, að sú fullyrðing Samkeppniseftirlitsins í andmælaskjali að landsreglur VISA séu aðgangshindrun fyrir erlenda aðila, byggji á misskilningi. VISA EU reglurnar kveði skýrt á um það að færsluhirðum sé frjálst að bjóða þjónustu sína á öllum mörkuðum innan aðildarlanda VISA EU. Það sé því ekki hægt að fallast á það að landsreglur VISA séu til þess fallnar að skipta Evrópu upp í mismunandi markaðssvæði. Í ákvörðun framkvæmdastjórnar Evrópubandalagsins nr. 2001/782/EC frá 9. ágúst 2001 hafi skýrt verið kveðið á um að sú staðreynd að reglur VISA International fælu í sér að færsluhirðar sem starfi yfir landamæri þurfi að virða landsreglur í hverju landi fyrir sig, gæti ekki í sjálfu sér verið álitin hindrun fyrir færsluhirðingu yfir landamæri þar sem færsluhirðarnir myndu, ef þær væri ekki til staðar, vera bundnir af almennum reglum VISA um færsluhirðinguna. Allir færsluhirðar sem skráðir séu hjá VISA EU hafi heimild til þess að sækja um að reka millilandafærsluhirðingu. Um sé að ræða viðskipti þar sem korti sé framvísað (e. card present) sem og netviðskipti. Þannig hafi Valitor t.a.m. heimild til þess að vera með kaupmenn hvar sem er í Evrópu án þess að sækja um frekari leyfi og nemur sá hluti starfsemi Valitor í dag yfir [...] % af veltu félagsins. Auk þess hafi félagið boðið upp á þjónustu sína í Danmörku þar sem korti sé framvísað. Þá séu stórir færsluhirðar á evrópskum markaði sem færsluhirða fyrir söluaðila um gjörvalla Evrópu, þ. á m. á Íslandi. Verði að telja þessar staðreyndir sterk rök í þá átt að markaður fyrir færsluhirðingu sé ekki lengur bundinn við einstök lönd heldur nái til allrar Evrópu.

Í þriðja lagi beri að líta til þess að aðgangshindranir að íslenska greiðslukortamarkaðnum séu afar takmarkaðar. Íslenska greiðslukortakerfið sé byggt á alþjóðlegu greiðslukortakerfi, ólíkt þeim sem séu til dæmis í Danmörku, Noregi og Finnlandi, þar sem greiðslukerfi séu byggð upp á innanlands samstarfi viðeigandi aðila. Kosturinn við



kerfi sem byggð séu upp á alþjóðlegum greiðslukortum sé að aðgangshindranir séu mun minni. Þannig sé auðveldara fyrir erlendan færsluhirði að veita íslenskum söluaðila þjónustu. Aðgangur að posum og annarri þjónustu sé jafnframt greiður í gegnum Point Transaction Systems ehf. Einsýnt sé að horfa verði til þessa þegar landfræðilegur markaður sé skilgreindur.

Í því samhengi megi nefna að þegar PBS hafi hafið að færsluhirða íslenska söluaðila virtist það hafa gerst nær fyrirhafnarlaust. Útgáfuhlið Valitors (sem þá nefndist Greiðslumiðlun) hafi engar spurnir haft af þeim áformum og félaginu hafi borist nokkuð óvænt greiðslur sem færsluhirtar höfðu verið af PBS. Sé þetta lýsandi fyrir þær litlu aðgangshindranir sem séu fyrir erlendan aðila sem hyggst færsluhirða íslenska söluaðila. Megi enn fremur benda á að nýverið hafa verið samþykkt ný lög nr. 120/2011 um greiðsluþjónustu sem byggji á samevrópskri tilskipun sem geri færsluhirðum enn auðveldara að veita þjónustu sína yfir landamæri.

Í ljósi ofangreinds megi því færa fyrir því haldbær rök að færsluhirðingamarkaðurinn nái til allrar Evrópu en ekki aðeins til Íslands. Ljóst sé að aðgangshindranir inn á íslenska markaðinn séu afar litlar og hér sé notast við alþjóðlegt greiðslukortakerfi sem auðveldi erlendum aðilum aðgang. Síðast en ekki síst sé starfsemi PBS hér á landi til marks um alþjóðleg einkenni markaðarins.

3.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Við mat á því hvort telja eigi hinn landfræðilega markað mögulega rýmri en Ísland verður að mati Samkeppniseftirlitsins að líta fyrst til fyrri ákvarðana. Í ákvörðun samkeppnistráðs nr. 18/2003 *Erindi Kortþjónustunnar ehf. vegna þeirrar háttsemi Greiðslumiðlunar hf. að viðhalda gengismun* var komist að þeirri niðurstöðu að þjónustumarkaðurinn væri Ísland. Hið sama var gert í t.d. ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 og nr. 3/2009, sbr. einnig úrskurðir áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 1/2009 og 6/2009. Almennt séð má einnig horfa til þess að gjaldeyrishöft hafa þau áhrif að íslensk fjármálaráðgjafi er mun einangraðri en áður, sbr. t.d. umræðuskjal Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2011 *Samkeppni á bankamarkaði*. Í EES/ESB-samkeppniserétti hefur einnig verið að komist að þeirri niðurstöðu að markaðir fyrir útgáfu greiðslukorta og færsluhirðingu séu landsmarkaðir.²¹

Samkeppniseftirlitið telur ekkert nýtt fram komið sem gefi ástæðu til þess að breyta framangreindum skilgreiningum. Að mati Samkeppniseftirlitsins benda öll gögn og aðstæður til þess að svo sé hvað varðar færsluhirðingu. Benda má á að í mörgum löndum Evrópu hafa verið settar svokallaðar landsreglur (e. domestic rules) vegna færsluhirðingar, m.a. hér á landi. Slíkar reglur eru að mati Samkeppniseftirlitsins til þess fallnar að aðgreina viðkomandi landsmarkað með það mögulega í huga að setja upp hindranir fyrir nýja aðila inn á markaðinn. Staðreyndin er að yfirgnæfandi meirihluti söluaðila semur við innlenda aðila um færsluhirðingu. Er þessi afstaða Samkeppniseftirlitsins í samræmi við niðurstöðu framkvæmdastjórnar ESB, sbr. t.d.

²¹ Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB frá 24. maí 2012 í máli nr. T-111/08 MasterCard v Commission. Sjá einnig ákvörðanir framkvæmdastjórnarinnar frá 24. júlí 2002 í máli nr. Comp/29.373 Visa International og frá 8. desember 2010 í máli nr. Comp/39.398 Visa MIF.



ákvörðun hennar MasterCard málinu frá því í desember 2007. Verulegur mismunur í verðlagningu milli landa í færsluhirðingu styður einnig þessa niðurstöðu. T.d. hefur verið verulegur mismunur á milligjaldi vegna debetkorta hér á landi, sem Valitor og Borgun hafa ákveðið, samanborið við t.d. „default“ milligjöld sem VISA EU hefur ákveðið í uppgjörskerfi sínu. Innan Evrópu er mikill munur í markaðsuppbyggingu. Í nokkrum löndum ríkir einokun í færsluhirðingu. Í nokkrum er um að ræða fákeppni og í öðrum löndum er um nokkra eða jafnvel marga færsluhirða að ræða. Að framansögðu virtu er það mat Samkeppniseftirlitsins að færsluhirðing sé innanlandsmarkaður.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er innkoma PBS/Kortapjónustunnar inn á íslenskan færsluhirðingarmarkað, og árangur félagsins þar, ekki til marks um að landfræðilegur markaður sé annar en Ísland. Eins og fram kemur hér síðar er árangur PBS frekar til marks um að landfræðilegur markaður sé Ísland. Annað sem mælir með því að landfræðilegur markaður bæði í útgáfu greiðslukorta og færsluhirðingu sé Ísland er t.d. framkvæmd American Express við að koma sínu greiðslukorti inn á íslenskan markað. Til þess valdi félagið samstarf við fyrirtæki sem eru staðsett á Íslandi bæði hvað varðar útgáfu kortsins og færsluhirðingu vegna notkunar þess hér á landi. Skiptir í þessu sambandi ekki máli að mati Samkeppniseftirlitsins þó Ísland sé aðili að EES-svæðinu og að ný löggjöf um greiðsluþjónustu hafi verið sett enda tilkomin löngu eftir meint brotatímabil þessa máls. Í öllu falli hefur ekki reynt á hana enn sem komið er hvað þetta varðar.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á það sjónarmið Valitors að landsreglur VISA séu ekki til þess fallnar að hefta eða hindra mögulega innkomu nýrra aðila inn á markaði þessa máls. Þvert á móti er þeim ætlað að tiltaka þær reglur og þau skilyrði sem nýjum aðilum beri að hlíta og eru reglurnar líklegar til að vera sniðnar að stöðu Valitors hér á landi. Krafan er um að nýjir aðilar virði landsreglur, sem eru settar af Valitor með samþykki VISA EU. Eðli máls samkvæmt eru þær til þess fallnar að verja stöðu Valitors og eru til marks um að landfræðilegur markaður þessa máls sé Ísland. Vísun í reglur alþjóðlegu kortasamsteypna breytir engu hér um. Landsreglum er almennt ætlað að vera til viðbótar alþjóðlegu reglunum og taka þær mið af staðbundnum aðstæðum og í tilfalli Íslands eru þær settar um það umhverfi sem Valitor og forveri þess félags hafa byggt upp.

Þá stenst sú fullyrðing Valitors ekki að notast sé alfarið við alþjóðlegt greiðslukortakerfi hér á landi. Í tilfalli íslenskra greiðslukorta á þetta ekki við hvað varðar færsluhirðingu Valitors og Borgunar á eigin vörumerkjum. Þar er notast við innlend kerfi. Sama á við um færsluhirðingu þeirra vegna vörumerkja hvors annars í debetkortum. Hins vegar er að hluta notast við alþjóðlegu uppgjörskerfin þegar Valitor færsluhirðir MasterCard kredirkort og Borgun færsluhirðir VISA kreditkort. Það sama á við um alla færsluhirðingu PBS/Kortapjónustunnar á ranssóknartímabili þessa máls. Það eitt og sér að erlendir færsluhirðar hafi hafið starfsemi hér á landi eða Valitor erlendis er ekki nægileg sönnun þess að viðkomandi markaður sé samevrópskur eða alþjóðlegur. Árangur PBS hér á landi sýnir þvert á móti að það félag hefur mætt verulegum aðgangshindrunum. Að öllu framansögðu virtu er það mati Samkeppniseftirlitsins að landfræðilegur markaður fyrir færsluhirðingu er Ísland. Hið sama á við um markað fyrir útgáfu greiðslukorta.



4. Staða Valitors á markaðnum

Í málum sem varða ætluð brot á 11. gr. samkeppnislaga verður að taka til athugunar hvort viðkomandi fyrirtæki hafi verið í markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði þegar atvik málsins áttu sér stað, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2012 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í máli þessu verður að taka til athugunar hvort Valitor hafi verið í markaðsráðandi stöðu á rannsóknartímabili þessa máls, þ.e. á árunum 2007 til 30. júní 2009. Samkvæmt 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga nýtur fyrirtæki markaðsráðandi stöðu þegar það:

„...hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppnauta, viðskiptavina og neytenda.“

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var dómur Héraðsdóms Reykjavíkur staðfestur með vísan til forsendna hans. Í dómi héraðsdóms kemur fram að við „mat á því hvort fyrirtæki hafi haft markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði er litið til nokkurra atriða og þau metin saman:

1. *Hver er markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á skilgreindum markaði og þróun hennar. Ein viðmiðun er að ef markaðshlutdeild fer yfir 50% þá eru allar líkur á að fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.*
2. *Litið er til markaðshlutdeildar þess fyrirtækis sem verið er að meta og hún borin saman við markaðshlutdeild annarra fyrirtækja á markaði. Ef miklu munar á markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem stærstu hlutdeild hefur og þess fyrirtækis sem næst kemur í röðinni er líklegt að stærsta fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.*
3. *Þá er einnig litið til aðgangshindrana að markaði. Hér er átt við atriði á borð við lagalegar hindranir, fjárhagslegar hindranir, stærðarhagkvæmni, aðgengi að birgjum, þróað sölukerfi og þekkt vörumerki.“*

Fram kemur einnig að dómurinn telji að „þriðja atriðið sem nefnt er að framan, þ.e. aðgangshindranir að markaði, ráði ekki úrslitum þegar meta skal hvort stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu ...“ Hins vegar geti þessi atriði skv. dómnum styrkt frekar þá niðurstöðu að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Í þessu mati felst m.a. samanburður á fjárhagslegum styrk aðila á skilgreindum markaði.

Markaðshlutdeild veitir því mjög sterka vísbendingu um markaðsráðandi stöðu, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2011 *Vífilfell hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.



Skilgreining 4. gr. samkeppnislaga á markaðsráðandi stöðu sækir fyrirmynd sína til EES/ESB samkeppnisréttar og er efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls ESB á markaðsráðandi stöðu sem fram kemur m.a. í Hoffman-La Roche málinu.²² Ítrekað hefur komið fram hjá dómstólum ESB að mjög há markaðshlutdeild feli ein og sér í sér sönnun á því að viðkomandi fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu einstakar kringumstæður sem bendi til annars. Þetta eigi við þegar fyrirtæki hafi 50% markaðshlutdeild.²³ Ályktunin um markaðsráðandi stöðu sem draga má af markaðshlutdeild er enn sterkari ef fyrirtæki hafa meira en 50% markaðshlutdeild.²⁴

Rétt er að hafa í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var fyrirtæki með 42-46% markaðshlutdeild talið markaðsráðandi. Einnig hefur dómstóll ESB talið að fyrirtæki sem hafa innan við 40% markaðshlutdeild geti verið í markaðsráðandi stöðu.²⁵

Eins og að framan greinir verður einnig að horfa til markaðshlutdeildar keppinauta og bera hana saman við hlutdeild þess fyrirtækis sem til rannsóknar er. Í umræddum dómi í Hagamálinu þótti hafa þýðingu að markaðshlutdeild Haga var 20-25% hærrí en hjá helsta keppinaut fyrirtækisins. Í EES/ESB-samkeppnisrétti er einnig litið svo á að það sé vísbending um markaðsráðandi stöðu ef talsverður munur er á markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis og keppinauta þess.²⁶ Litið er svo á að meira en 20% munur á markaðshlutdeild hins ætlaða ráðandi fyrirtækis og stærsta keppinautarins sé sterk vísbending um ráðandi stöðu, sérstaklega ef sá munur hefur verið fyrir hendi um talsverðan tíma.²⁷

Samkvæmt framansögðu geta önnur atriði styrkt þá niðurstöðu að fyrirtæki sé markaðsráðandi. Dæmi um þetta er hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og framboði

²² Mál nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

²³ Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB frá 25. júní 2010 í máli nr. T-66/01 *ICI v Commission*: „*Very large market shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position. ... Thus, according to the case-law of the Court of Justice, a market share of 50% is in itself, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (see, to that effect, Case C-62/86 AKZO v Commission [1991] ECR I-3359, paragraph 60).*”

Sjá ennfremur Whish, *Competition Law*, sjötta útgáfa 2009, bls. 46: „*There is a legal presumption that, with 50% of the market, you have a dominant position.*” Sjá einnig Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007, bls. 324: „*Very high market shares provide in themselves virtually conclusive proof that a firm is dominant.*”

²⁴ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-30/89 *Hilti AG v Commission* [1991] ECR II-1439 og dóm dómstóls ESB í máli nr. C-53/92P *Hilti AG v Commission* [1994] ECR I-667. Í dómum þessum var staðfest sú niðurstaða framkvæmdastjórnar ESB að markaðshlutdeild milli 70-80% væri það há að engrar frekari rannsóknar væri þörf til þess að sýna fram á viðkomandi fyrirtæki væri markaðsráðandi. Sjá einnig dóm undirréttar ESB í sameinuðum málu nr. m.a. T-191/98 *Atlantic Container Lines v Commission* [2003] ECR-3257: „*... a market share of 60% on the trade in question gave rise to strong presumption of a dominant position.*”

²⁵ Sjá dóm undirréttar ESB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-219/99 *British Airways plc v Commission*.

²⁶ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fimmta útgáfa 2009 bls. 110: „*When there is a significant gap between the market share of the potentially dominant undertaking and the market shares of its competitors, this element may be considered as confirmation of the existence of a dominant position.*”

²⁷ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. COMP/M.1741 *MCI/WorldCom/Sprint*. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í Tetra Pak II málinu, OJ 1992 L72/1. Til stuðnings því að Tetra Pak væri markaðsráðandi var m.a. vísað til þess að Tetra Pak hefði 55% markaðshlutdeild en helstu keppinautarnir höfðu hins vegar 27% og 11% markaðshlutdeild.



vöru eða þjónustu. Niðurstaða um markaðsráðandi stöðu byggir þannig á heildarmati þar sem bæði markaðshlutdeild og atriði sem tengjast skipulagi markaðarins hafa þýðingu, sbr. dómur Hæstaréttar Íslands frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012 *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Hafa ber í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.²⁸ Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.²⁹ Jafnvel þótt markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis minnki á því tímabili sem til skoðunar er telst það markaðsráðandi ef hlutdeildin er eftir sem áður mjög há.³⁰ Þá hafa dómstólar bent á að þróun markaðshlutdeildar eftir að Samkeppniseftirlitið hefur rannsókn geti ekki ráðið úrslitum um hvort fyrirtæki telst markaðsráðandi. Getur fyrirtæki talist vera markaðsráðandi skv. samkeppnislögum jafnvel þó að það missi markaðshlutdeild ört. Vísast hér til dóms Hæstaréttar Íslands frá 13. mars 2013 í máli nr. 355/2012 *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Af dómum Hæstaréttar í Hagamálinu og máli Lyfja og heilsu leiðir skýrlega að leggja ber mat á markaðsráðandi stöðu miðað við þau atvik og aðstæður eins þær voru á á því tímabili sem hin ætluðu brot áttu sér stað. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur einnig ítrekað bent á að við mat á markaðsráðandi stöðu í málum sem varða brot á 11. gr. samkeppnislaga verði að líta til stöðu viðkomandi fyrirtækis eins og hún var þegar ætluð brot áttu sér stað, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Fram kemur einnig í þessum úrskurði áfrýjunarnefndar að upplýsingar um stöðu fyrirtækja eftir ætlaðan brotatíma hafi takmarkaða þýðingu.³¹ Í dóm Héraðsdóms Reykjavíkur í Lyf og heilsu málinu, sem Hæstiréttur staðfesti með vísan til forsendna, segir að „*mestu skipti*“ við mat á því hvort fyrirtæki hafi verið í markaðsráðandi stöðu að „*horfa til þess tíma, þegar ætluð brot voru framin*.“ Er þetta lagt til grundvallar í þessu máli en mál þetta tekur til aðgerða Valitors á markaði á tímabilinu 2007 til 30. júní 2009.

Í undirköflum hér á eftir verður fjallað um mat á efnahagslegum styrkleika Valitor í þessu máli. Í fyrstu þremur undirköflunum er umfjöllun um markaðshlutdeild á skilgreindum mörkuðum málsins, síðan er umfjöllun um fjárhagslegan styrk, þar á eftir um

²⁸ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

²⁹ Sjá dóm dómstóls ESB í máli nr. 2/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „*Even the existence of lively competition on a particular market does not rule out the possibility that there is a dominant position on that market ...*”

³⁰ Sjá dóm undirréttar ESB í sameinuðum málum nr. m.a. T-24/93 *Compagnie Maritime Belge v Commission* [1996] ECR II-1201. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*. Í málinu var vísað til þess að markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis (WIN) hafði á brotatímabilinu minnkað úr 72% í 63,6%. Var því haldið fram að þetta sýndi virka samkeppni á markaðnum og WIN gæti því ekki verið í markaðsráðandi stöðu. Undirréttur ESB féllst ekki á þetta: „*With regard to the fall in market shares between August and October 2002, a decline in market shares which are still very large cannot in itself constitute proof of the absence of a dominant position ... Even by proceeding on the basis of the figure put forward by WIN, WIN's market share was still in fact very high at the end of the infringement period.*”

³¹ Er sama regla lögð til grundvallar í EES/ESB-samkeppnisrétti. Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „*According to the case-law, Article 82 EC refers to the position occupied by the undertaking concerned on the common market at the time when it acted in a way which is alleged to amount to an abuse ...*”



aðgangshindranir og fyrri háttsemi Valitors og að lokum mat Samkeppniseftirlitsins á stöðu Valitors á skilgreindum mörkuðum.

Fjallað hefur verið um stöðu Valitors í eldri málum og þykir rétt í upphafi að gefa yfirlit um þau.

4.1 Mat á stöðu Valitors í eldri málum

Fjallað hefur verið um stöðu Valitors (áður Greiðslumiðlun) í ýmsum eldri málum. Hafa bæði samkeppnisyfirvöld og dómstólar komist að þeirri niðurstöðu að fyrirtækið sé markaðsráðandi:

- Í dómi Hæstaréttar frá 31. október 2002 í máli nr. 112/2002 var fjallað um stöðu Valitors í greiðslukortþjónustu og vísað til þess að samkeppnisráð hefði í ákvörðun nr. 30/2000 talið Valitor markaðsráðandi. Taldi Hæstiréttur að fallast yrði á Valitor hefði „*markaðsráðandi stöðu í skilningi samkeppnislaga.*”
- Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/2003 *Erindi Kortþjónustunnar ehf. vegna þeirrar háttsemi Greiðslumiðlunar hf. að viðhalda gengismun* var komist að þeirri niðurstöðu að Valitor væri í markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir færsluhirðingu hér á landi.
- Í ákvörðun Samkeppnisstofnunar til bráðabirgða nr. 1/2003 *Erindi Iceland Express ehf. um misnotkun Greiðslumiðlunar hf. á markaðsráðandi stöðu* kom fram að „*ekki er ágreiningur um það í málinu að VISA er í markaðsráðandi stöðu á sviði kortaviðskipta hér á landi ...*”
- Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 *Brot Greiðslumiðlunar hf., Kreditkorts hf. og Fjölgreiðslumiðlunar hf. á bannákvæðum samkeppnislaga* var komist að þeirri niðurstöðu að Valitor væri markaðsráðandi á markaðnum fyrir færsluhirðingu hér á landi.
- Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 33/2008 *Kaup Kaupþings banka hf. og nokkurra sparisjóða á Keldum eignarhaldsfélagi* var Valitor talin vera í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir útgáfu greiðslukorta og markaði fyrir færsluhirðingu.
- Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2009 *ERGN Holdings Ltd. og Euro Refund Group North á Íslandi ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var staðfest sú niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Valitor væri í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir útgáfu greiðslukorta og markaði fyrir færsluhirðingu.

Ljóst er því að það fyrirtæki sem nú ber heitið Valitor hefur í ýmsum eldri málum verið talið markaðsráðandi. Verður nú lagt mat á hvort hið sama hafi ekki átt við í þessu máli.

Samhengisins vegna og vegna aðstæðna og þróunar á greiðslukortamarkaði hér á landi þykir rétt að fjalla fyrst um markaðshlutdeild aðila á markaði fyrir útgáfu greiðslukorta og síðan um markaðshlutdeild aðila á markaði fyrir færsluhirðingu.

4.2 Markaðshlutdeild á markaði fyrir útgáfu greiðslukorta

Formlegir útgefendur greiðslukorta á Íslandi eru bankar og sparisjóðir auk þess sem Kreditkort hf. gefur út eigin MasterCard og AmEx kreditkort. Valitor fer með framkvæmd



á hópaðild að VISA Europe (VISA EU) fyrir hönd Vísa Íslands ehf. og heimilar bönkum og sparisjóðum á þeim grundvelli að gefa út greiðslukort með vörumerki VISA, bæði kreditkort og debetkort. Valitor er vinnsluaðili í útgáfu kreditkorta fyrir banka og sparisjóði. Þó svo að Valitor komi ekki með beinum hætti að útgáfu debetkorta er félagið eigi að síður sá aðili sem heimilar íslenskum bönkum og sparisjóðum að gefa út Electron debetkort sem hópaðili að VISA EU. Með sambærilegum hætti er Borgun vinnsluaðili fyrir banka, sparisjóði og Kreditkort í útgáfu greiðslukorta undir vörumerkjum MasterCard korta og AmEx kreditkorta.

Eins og rakið er hér að framan hefur greiðslukortastarfsemi verið skilgreind með þeim hætti og útfærð að útgefendur greiðslukorta telja sig veita söluaðilum tiltekna þjónustu þegar greiðslukort eru notuð í viðskiptum hjá þeim. Hefur þessi þjónusta verið verðlögð með fyrrnefndu milligjaldi. Færsluhirðar eru milliliðir í því uppgjöri milli söluaðila og útgefenda. Greinilega kemur fram í gögnum sem Samkeppniseftirlitið hefur undir höndum, bæði frá Valitor og íslenskum útgefendum greiðslukorta, að Valitor hefur á rannsóknartímabilinu ákveðið hvert umrætt milligjald skyldi vera, bæði fyrir debetkort og kreditkort, sbr. og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2009 *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Milligjaldið sem Valitor greiðir útgefendum er síðan afgerandi þáttur í þeirri þóknun sem söluaðilar greiða Valitor fyrir færsluhirðingu. Vegna þessara tengsla Valitors um útgáfurétt debetkorta og kreditkorta og ákvörðunar á milligjaldi er ljóst að Valitor er aðili að útgáfu greiðslukorta undir vörumerki VISA hér á landi.³² Tekur það bæði til debetkorta og kreditkorta þó aðkoma félagsins að útgáfunni hvorrar tegundar um sig sé með aðeins mismunandi hætti. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ótvírætt samband á milli útgáfu greiðslukorta og færsluhirðingar. Var þetta samband sér í lagi til staðar áður en Valitor og Borgun hófu færsluhirðingu fyrir vörumerki hvors annars. Í því sambandi má benda á starfsemi Valitors sem annars vegar vinnsluaðila í útgáfu og „ákvörðunaraðila“ um milligjald vegna þeirra og hins vegar sem færsluhirðis vegna þessara sömu korta. Hærra milligjald til útgefenda einstakra vörumerkja ætti að öðru óbreyttu að örva þá til útgáfu þeirra korta og aukin útbreiðsla ákveðinna vörumerkja ætti að auka notkun þeirra hjá söluaðilum og þar með umsvif í færsluhirðingu vegna þeirra.

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að í þessu tiltekna máli sé rétt að meta markaðshlutdeild í útgáfu greiðslukorta út frá einstökum vörumerkjum fremur en út frá einstökum útgefendum. Má í þessu sambandi m.a. benda á að Valitor hefur aðallegi til útgáfu VISA korta (bæði debetkorta og kreditkorta) á Íslandi og annast þess utan framkvæmd kreditkortaútgáfu fyrir alla útgefendur VISA vörumerkisins en kemur ekki að útgáfu MasterCard vörumerkisins. Valitor er því ekki með nokkrum hætti aðili að útgáfu MasterCard greiðslukorta.

Hér er því um tvo aðila að ræða; Valitor með VISA vörumerkin og Borgun með MasterCard og AmEx vörumerkin. ÞBS er ekki útgefandi greiðslukorta hér á landi eða aðili að slíkri útgáfu. Hvað varðar mat á markaðshlutdeild í útgáfu greiðslukorta er það skoðun Samkeppniseftirlitsins að eðlilegt sé að byggja það mat á gildum útgefnum kortum hverju sinni. Notkun greiðslukortanna hjá söluaðilum endurspeglar síðan í veltu í viðskiptum

³² Áréttað er að í máli þessu er engin afstaða tekin til þess hvort þetta fyrirkomulag sé sambýðanlegt 10. og 12. gr. samkeppnislaga.



Þar sem greiðslukort eru notuð sem er til grundvallar mati á markaðshlutdeild í færsluhirðingu. Í töflu 1 er sýnd markaðshlutdeild þessara aðila í fjölda útgefna greiðslukorta á Íslandi í lok áráanna 2007 og 2008 og í lok fyrri helmings árs 2009. Er um að ræða upplýsingar sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað frá Valitor og Borgun.

Tafla 1: Markaðshlutdeild í útgáfu greiðslukorta á Íslandi í lok hvers tímabils³³

%/ár	2007	2008	1H 2009
Greiðslukort:			
Valitor	[...]%	[...]%	[...]%
Borgun	[...]%	[...]%	[...]%
Alls:	100,0%	100,0%	100,0%

Þessi gögn sýna að Valitor hefur verið með 65-70% markaðshlutdeild á tímabilinu sem er til rannsóknar í útgáfu greiðslukorta á Íslandi og Borgun með 30-35% hlutdeild. Í útgáfu debetkorta á sama tímabili var hlutdeild Valitors rétt tæp [...]%. Endurspeglar þessi markaðshlutdeild um leið hlutdeild VISA greiðslukorta annars vegar og MasterCard og American Express greiðslukorta hins vegar í útgefnum greiðslukortum á Íslandi. Með hliðsjón af þessu eru sterkar vísbendingar um að Valitor hafi á rannsóknartímabilinu haft markaðsráðandi stöðu í útgáfu greiðslukorta á Íslandi. Er það í samræmi við niðurstöður í framangreindum eldri málum. Er það einnig mat Samkeppniseftirlitsins að þessi staða Valitors í útgáfu greiðslukorta hafi á rannsóknartímabilinu styrkt stöðu félagsins á markaði fyrir færsluhirðingu.

Valitor hefur bent á að fyrirtækið starfi aðeins sem vinnsluaðili í kortaútgáfu en eiginlegir kortaútgefendur séu einstakir útgáfubankar. Veki þar af leiðandi furðu að í engu sé fjallað um markaðshlutdeild þeirra í andmælaskjali. Þess utan þá megi setja verulegt spurningarmerki við þá skilgreiningu að Valitor sé markaðsráðandi sem vinnsluaðili fyrir útgáfu greiðslukorta. Þannig séu afar takmarkaðar aðgangshindranir að markaðnum ásamt því að hver útgáfubanki geti ákveðið að færa kortagrunn sinn til annars vinnsluaðila með lítilli fyrirhöfn. Sá vinnsluaðili geti verið staðsettur hvar sem er í heiminum. Með einni slíkri tilfærslu þá geti stór hluti af markaðshlutdeild Valitor horfið brott á einum vettvangi. Sé þessi hættu raunveruleg og nefnir Valitor dæmi sem fyrirtækið telur staðfesta þessa hættu. Þessi þáttur málsins sé algerlega órannsakaður. Í þessu ljós hafni Valitor því að vera í markaðsráðandi stöðu á nefndum markaði.

Eins og ítarlega er lýst í ákvörðun þessari, og staðfest hefur verið af Valitor, þá er félagið vinnsluaðili í greiðslukortaútgáfu fyrir hönd banka og sparisjóða sem eru formlegir útgefendur. Um leið fer Valitor með hópaðild íslenskra útgefenda að VISA EU og annast vörslu vörumerkisins VISA hér á landi og heimilar bönkum og sparisjóðum útgáfu þessara sömu korta. Af þeirri ástæðu er eðlilegt og málefnalegt við mat á markaðshlutdeild í útgáfu greiðslukorta að horfa til stöðu Valitors, sem vinnsluaðila og verndara VISA vörumerkisins, frekar en stöðu einstakra banka og sparisjóða. Helgast það ekki síst af

³³ Tölur og upplýsingar innan hornklofa í þessu skjali eru felldar niður vegna trúnaðar. Valitor tengist útgáfu VISA greiðslukorta sem eru VISA kreditkort og Electron debetkort. Borgun tengist útgáfu MasterCard greiðslukorta sem eru MasterCard kreditkort og Maestro debetkort og American Express kreditkortum. Samkvæmt upplýsingum frá Valitor og Borgun.



hlutverki Valitors í færsluhirðingu vegna hinna sterku tengsla sem eru á milli markaðanna, þ.e. í útgáfu greiðslukorta annars vegar og í færsluhirðingu hins vegar. Af þessum ástæðum er málefnalegt að horfa til stöðu Valitors sem vinnsluaðila og handhafa aðallegis fyrir VISA vörumerkið við mat á markaðshlutdeild í útgáfu greiðslukorta í máli þessu.

Vörumerki VISA var á rannsóknartímabili þessa máls með algera yfirburði í útgáfu greiðslukorta á Íslandi og er Valitor með einum eða öðrum hætti aðili að þeirri útgáfu. Eru þessi kort gefin út á grundvelli samstarfssamninga við Valitor sem fer með forræði vörumerkisins og meðferð þess hér á landi. Í máli þessu eru til skoðunar aðstæður eins og þær voru á árunum 2007, 2008 og fyrri helmingi árs 2009. Möguleg sjálfstæð útgáfa tiltekins banka einhvern tíma í framtíðinni, eða annað fyrirkomulag, breytir engu þar um.

Í ljósi framangreinds eru sterkar vísendingar um að Valitor hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir útgáfu greiðslukorta á því tímabili sem hér um ræðir. Er ljóst að sú staða styrkir stöðu Valitors á markaði fyrir færsluhirðingu.

4.2 Markaðshlutdeild á markaði fyrir færsluhirðingu vegna greiðslukorta

Á Íslandi eru starfandi þrjú aðilar sem annast nánast alla færsluhirðingu hér á landi. Hlutur annarra er hverfandi. Er hér um að ræða Valitor, Borgun og PBS sem er í samstarfi við Kortþjónustuna ehf. Færsluhirðing á Íslandi er leyfisskyld starfsemi og eingöngu heimil þeim sem hafa rekstrarleyfi hér á landi eða með skráð sambærilegt starfsleyfi á Evrópska efnahagssvæðinu, sbr. lög nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki. Einnig er færsluhirðing háð leyfi frá alþjóðlegu kortasamsteypunum. Í þessu máli eru það VISA EU og MasterCard International. Eru þessar kröfur óneitanlega til þess fallnar að skapa aðgangshindrun að þessum markaði, sbr. einnig nánar hér á eftir. Í þessu máli er einn af þjónustumörkuðum málsins færsluhirðing vegna notkunar greiðslukorta. Til loka árs 2008 var fyrirkomulagið hér á landi með þeim hætti að Valitor annaðist færsluhirðingu fyrir vörumerki VISA korta, Borgun annaðist færsluhirðingu vegna notkunar MasterCard korta og PBS færsluhirti vegna notkunar beggja kortavörumerkjanna. Samkvæmt gögnum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað var markaðshlutdeild aðila eins og fram kemur í töflu 2.

Tafla 2: Markaðshlutdeild af veltu í færsluhirðingu vegna notkunar greiðslukorta hjá íslenskum söluaðilum.³⁴

%/ár	2006	2007	2008	1H 2009
Valitor	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
Borgun	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
PBS	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
Alls:	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Samkvæmt þessum upplýsingum var markaðshlutdeild Valitors árið 2007 65-70%, Borgunar 30-35% og PBS 0-5%. Á árinu 2008 og fyrri helmingi árs 2009 var markaðshlutdeild Valitors hvort tímabilið 60-65%, Borgunar 30-35% og PBS 5-10%. Á árinu 2006 var markaðshlutdeild Valitors á þessum markaði 65-70%. Ef greint er á milli

³⁴ Samkvæmt upplýsingum frá Valitor og Borgun og Kortþjónustunni.



færsluhirðingar vegna debetkorta og kreditkorta þá er hlutdeild félaganna í sama prósentubili fyrir hvora tegundina nema hjá PBS vegna debetkorta sem var á bilinu 0-5% öll árin.

Ef eingöngu er metin markaðshlutdeild í færsluhirðingu VISA greiðslukorta á Íslandi á árunum 2007 og 2008 þá var Valitor með [...] % og [...] % hvort ár vegna VISA kreditkorta og [...] % og [...] % vegna Electron debetkorta.

Í þessu máli er um að ræða þjónustumarkað sem tekur til færsluhirðingar vegna notkunar greiðslukorta hjá íslenskum söluaðilum sem tekur í heild sinni til áranna 2007, 2008 og fyrri helming árs 2009. Eins og fram kemur í töflu 2 var hlutdeild Valitors á þeim markaði á árunum 2007 og 2008 og á fyrri helmingi árs 2009 á bilinu 60-65%, hlutdeild Borgunar 30-35% og PBS 0-10%. Þetta leiðir til þess að mati Samkeppniseftirlitsins að ekkert það hafi gerst sem breyti fyrri niðurstöðum samkeppnisyfirvalda um stöðu aðila á þessum markaði. Sérstaklega er athyglisvert að keppinautur Valitors í færsluhirðingu vegna VISA kreditkorta hefur ekki náð nema um [...] % markaðshlutdeild til loka ársins 2008 eftir sex ára starfsemi á Íslandi. Er árangur PBS/Kortapjónustunnar enn minni í færsluhirðingu vegna Electron debetkorta eða um [...] % á sama tímabili. Gefur þetta til kynna hve sterk staða Valitors hefur verið og lýsir um leið hve erfitt hefur verið fyrir PBS að koma inn á markaðinn.

Með hliðsjón að þessum tilteknu atriðum þá liggur fyrir að Valitor var með vel yfir 50% markaðshlutdeild á umræddum tíma eða á bilinu 60-70%. Hefur svo verið í langan tíma eins og fram hefur komið í fyrri ákvörðunum samkeppnisyfirvalda, sem varða markað fyrir færsluhirðingu og vísað hefur verið til hér að framan. Einnig liggur fyrir að Valitor hefur haft og hafði afgerandi stærsta markaðshlutdeild eða á bilinu 30-35 prósentustig umfram þann næst stærsta á skilgreindu tímabili þessa máls. Þá er ítrekað að aðild Valitors að útgáfu greiðslukorta undir vörumerki VISA/Electron hefur á rannsóknatímabili þessa máls stutt við eða viðhaldið sterkri stöðu Valitors í færsluhirðingu á Íslandi.

Eins og kemur fram hér á eftir draga atriði sem tengjast skipulagi markaðarins ekki úr vægi þeirrar ályktunar sem draga má af markaðshlutdeild Valitors heldur þvert á móti.

4.3 Fjárhagslegur styrkleiki

Eins og nefnt var er fjárhagslegur styrkur aðila einn af þeim þáttum sem litið er til við mat á markaðsstöðu aðila. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*:

„Sem fyrr var frá greint koma mörg önnur sjónarmið heldur en markaðshlutdeildin til álita þegar það er metið hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Eitt þeirra er almennur efnahagslegur styrkur viðkomandi fyrirtækis, einkum fjárhagslegir og aðrir efnahagslegir yfirburðir.“

Við mat á fjárhagslegum styrkleika er litið til rekstrarlegra umsvifa og afkomu og ýmissa stærða í efnahagsreikningi viðkomandi félaga. Eins og fyrr segir eru það tvö íslensk félög,



Valitor og Borgun, sem annast færsluhirðingu hér á landi. Auk þeirra er danskt fyrirtæki, PBS, sem er skráður færsluhirðir án þess að hafa eigin starfstöð á landinu. Þess í stað er PBS í samstarfi við Kortþjónustuna um markaðsstarf og gerð samstarfssamninga við íslenska söluaðila f.h. PBS og ákveðna þjónustu við þá. Eigi að síður er það svo að PBS er hinn eiginlegi ábyrgðaraðili fyrir starfseminni hér á landi.

Í töflunni hér fyrir neðan er borin saman fjárhagsstaða þeirra íslensku fyrirtækja sem annast samninga við söluaðila um færsluhirðingu. Tvö þessara fyrirtækja hafa starfsleyfi sem færsluhirðar hér á landi en Kortþjónustan er með formlegan samning við PBS um samstarf við markaðsetningu á færsluhirðingu og kynningu gagnvart íslenskum söluaðilum.³⁵ Með öðrum orðum þá hefur PBS hvorki eigin starfsstöð á Íslandi né er félagið eignaraðili að íslensku félagi.

³⁵ Samningur milli Kortþjónustunnar ehf. og PBS International A/S, undirritaður 28. ágúst og 2. september 2002, trúnaðarmál.



Tafla 3: Fjárhagsstaða aðila (í m.kr.) árin 2007 og 2008³⁶

	Valitor		Borgun		Korta	
	2007	2008	2007	2008	2007	2008
Rekstur						
Þjónustutekjur	6.115	7.017	2.764	2.792	[...]	[...]
EBITDA	500	1.075	16	183	[...]	[...]
Hagnaður	48	2.212	175	71	5	15
Eignir						
Veltufjármunir	34.369	32.597	10.242	9.211	6	12
Varanlegir rekstrarfjármunir	606	530	274	215	2	6
Aðrar eignir	95	613	712	552	4	2
Eignir samtals	35.070	33.730	11.228	9.980	12	20
Skuldir og eigið fé						
Skammtímaskuldir	25.573	22.546	6.801	6.549	11	4
Langtímaskuldir	7.584	7.108	3.859	2.791	0	0
Skuldir samtals	33.157	29.654	10.660	9.341	11	4
Eigið fé	1.914	4.076	568	639	1	16
Sjóðsstreymi						
Handbært fé frá rekstri	644	3.642	199	224	3	13
Handbært fé í árslok	1.020	4.564	147	329	3	11
Kennitölur						
Veltufjárhlutfall	1,34	1,45	1,51	1,41	0,5	3,0
Eiginfjárhlutfall	5%	12%	5%	6%	8%	80%

Í töflunni hér að ofan er sýnd fjárhagsstaða Valitors, Borgunar og Kortapjónustunnar árin 2007 og 2008. Hagnaður var af rekstri þessara félaga bæði árin þó mismikill hafi verið. Þjónustutekjur er afgerandi hæstar hjá Valitor sem er í samræmi við markaðshlutdeild félaganna. Rétt er að benda á að í tilvikum Kortapjónustunnar eru þjónustutekjur eingöngu sá hluti þóknunar frá söluaðilum sem rennur til félagsins en ekki hlutur PBS. Að þessu leyti eru veltutölur Kortapjónustunnar ekki sambærilegar við veltutölur hinna félaganna. Eigi að síður er það svo að veikur efnahagur Kortapjónustunnar samanborið við efnahag Valitors gefur ekki til kynna að Kortapjónustan hafi fjárhagslegan styrk til umtalsverðra markaðsaðgerða gagnvart Valitor og Borgun. Með sama hætti er efnahagur og umsvif Valitors verulega umfram efnahag og umsvif Borgunar á þessum árum.

Samkvæmt rekstrar- og efnahagsreikningi PBS var heildarvelta félagsins um 26,9 milljarðar króna á árinu 2007 og um 42,3 milljarðar árið 2008.³⁷ EBITDA félagsins var um 4.013 m.kr. árið 2007 og um 8.948 m.kr. árið 2008. Hagnaður var um 3.039 m.kr. árið 2007 og um 9.335 m.kr. árið 2008. Eiginfjárhlutfall var um 20% 2007 og um 30% síðara árið og veltufjárhlutfall var um 0,82 árið 2007 og um 0,85 árið 2008.

³⁶ Unnið úr ársreikningum félaganna, Korta er stytting úr Kortapjónustan.

³⁷ Ársreikningur félagsins fyrir árið 2008, trúnaðarmál. Miðað er við meðalgengi DKK bæði árin samkvæmt gengisskráningu Seðlabanka Íslands.



Eins og áður hefur verið nefnt annast PBS enga aðra starfsemi á Íslandi en færsluhirðingu og hefur ekki hagsmuni af öðrum þáttum sem varða greiðslukortastarfsemi. PBS hefur ekki starfsstöð á Ísland. Félagið hefur ekki eigendahagsmuni í rekstrarfélagi tengt þeirri starfsemi hér á landi sem mál þetta varðar og tengist íslenskum söluaðilum eingöngu í gegnum samstarfssamning við innlent félag sem annast sölustarfsemina. Staðfest er af hálfu Kortþjónustunnar að félagið annist alla kynningu, markaðsmál, almannatengsl og sölu á færsluhirðingu PBS á Íslandi. PBS hafi nánast engan þátt tekið í því, hvorki ákvörðunum eða kostnaði. Kortþjónustan hafi tekið allar ákvarðanir varðandi aðferðir í sölu og markaðssetningu og borið af því allan kostnað.³⁸

Eins og fyrr segir var það mat Samkeppniseftirlitsins að fjárhagsleg staða Kortþjónustunnar og umsvif á markaðnum hafi ekki verið með þeim hætti að geta veitt Valitor og Borgun aðhald í markaðssetningu og öðrum markaðsaðgerðum. Þá hefur PBS engin tengsl við útgefendur íslenskra greiðslukorta og á engra hagsmuna að gæta á þeim undirmerkaði eða öðrum undirmörkuðum í fjármálaþjónustu á Íslandi. Var það mat Samkeppniseftirlitsins að þessi staða gæfi ekki til kynna að PBS hefði beitt fjárhagslegum styrk sínum hér á landi með sambærilegum hætti og það hefði getað gert ef það hefði verið með starfsstöð hér á landi eða átt ráðandi eignarhlut í samstarfsfélaginu. Verður því að miða við að staða PBS erlendis hafi ekki grundvallarþýðingu við mat á styrk Valitors á innlendum markaði, sbr. og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 4/2008.

Að öllu framansögðu virtu var það mat Samkeppniseftirlitsins að aðstæður og markaðsgerðin hafi verið með þeim hætti í þessu máli að fjárhagslegur styrkur Valitors, starfsemi og umsvif styðji ótvírætt frekar við þá niðurstöðu að Valitor hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu á Íslandi á rannsóknartíma málsins.

4.4 Aðgangur að markaðnum o.fl.

Við mat á því hvort fyrirtæki telst vera í markaðsráðandi stöðu verður jafnframt að horfa til þess hvort um er að ræða aðgangshindranir inn á viðkomandi markað sem takmarka möguleika nýrra keppinauta til að hasla sér þar völl. Aðgangshindranir eru hvers konar hindranir sem gera nýjum keppinauti erfitt fyrir að komast inn á hlutaðeigandi markað. Þessar hindranir geta t.d. verið af lagalegum toga, þær geta falist í nauðsyn þess að ná lágmarksstærð svo rekstur verði hagkvæmur og í miklum óendurkræfum kostnaði ef innkoma á markaðinn misheppnast. Dæmi um slíkan kostnað er kostnaður við markaðssetningu og kostnaður við rannsóknir og þróun. Ef engar eða litlar aðgangshindranir eru að markaðnum þarf mikil markaðshlutdeild ekki endilega að fela í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu. Hér er hins vegar mikilvægt að hafa í huga að álitamálið er ekki hvort nýr aðili *getur* hafið starfsemi á viðkomandi markaði. Álitamálið er hversu líklegt sé að inn á markaðinn komi burðugur keppinautur sem er fær um að veita viðkomandi fyrirtæki nægilega virka samkeppni þannig að dregið sé verulega úr markaðsstyrk þess. Horfa ber sérstaklega til þess að í „*máli um misnotkun á markaðsráðandi stöðu ræðst mat á möguleikum nýrra keppinauta vegna aðgangshindrana af þeim aðstæðum sem ríktu er ætlað brot átti sér stað*“, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

³⁸ Bréf frá Kortþjónustunni til Samkeppniseftirlitsins, dags. 13. desember 2011.



Unnt er að skipta aðgangshindrunum í þrjá meginflokka. Í fyrsta lagi opinberar aðgangshindranir, þá aðrar aðgangshindranir sem tengjast gerð markaðarins og loks aðgangshindranir sem koma til vegna háttsemi fyrirtækja. Í þessu sambandi má sérstaklega nefna að þróað sölukerfi og þekkt vörumerki geta stuðlað að aðgangshindrun á markaði.

Ákvæði laga og reglna og aðgerðir opinberra aðila geta oft og tíðum falið í sér aðgangshindrun (e. legal/regulatory barriers). Þannig geta lagareglur og eftirlit stjórnvalda verið meira íþyngjandi fyrir þá sem hyggjast hasla sér völl á tilteknum markaði en þá sem þegar starfa þar. Einnig geta lög og reglur takmarkað vöxt smærri fyrirtækja sem starfandi eru á markaði. Þá geta lög og reglur falið í sér verulega aðgangshindrun, t.d. ef fjöldi starfandi fyrirtækja á markaði er takmarkaður með leyfum eða einkarétti hvers konar, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Slík takmörkun getur gert innkomu fyrirtækja verulega erfiða og jafnvel ómögulega. Með þessu móti er komið í veg fyrir að nýtt fyrirtæki geti komið inn á markaðinn, aukið samkeppni á markaðnum og mögulega boðið betri vöru, þjónustu eða verð sem leiða myndi til aukinnar velferðar almennings og samkeppnishæfni atvinnulífsins.³⁹ Um starfsemi fjármálafyrirtækja gilda meðal annars lög nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki. Er útgáfa og umsýsla greiðslukorta starfsleyfisskyld samkvæmt þeim lögum, með öðrum orðum einungis heimil fjármálafyrirtækjum. Undir þessa umsýslu fellur færsluhirðing. Dótturfélag lánastofnunar, eða sameiginlegt dótturfélag tveggja eða fleiri lánastofnana, með staðfestu í öðru ríki innan Evrópska efnahagssvæðisins, er heimilt að stunda umsýslu greiðslukorta skv. 3. gr. laga um fjármálafyrirtæki, enda sé þeim heimilt að stunda starfsemina í heimaríki.⁴⁰ Á rannsóknartíma þessa máls hafa því að mati Samkeppniseftirlitsins verið verulegar lagalegar hindranir fyrir starfsemi í færsluhirðingu hér á landi.

Eins og áður hefur verið lýst hóf PBS/Kortapjónustan færsluhirðingu í samkeppni við Valitor og Borgun seint á árinu 2002. Reynslan af starfsemi PBS hér á landi er með þeim hætti að á fjórum fyrstu starfsárunum tókst félaginu að ná um [...]% markaðshlutdeild í færsluhirðingu. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 *Brot Greiðslumiðlunar hf., Kreditkorts hf. og Fjölgreiðslumiðlunar hf. á bannákvæðum samkeppnislaga* var komist að þeirri niðurstöðu að félögin hefðu brotið gegn bannreglum samkeppnislaga með víðtækum aðgerðum sem m.a. miðuðu að því að hindra innkomu PBS/Kortapjónustunnar inn á markaðinn fyrir færsluhirðingu. Í því máli var upplýst að Valitor hafði eitt félaganna brotið bæði gegn 10. og 11. gr. samkeppnislaga. Í sáttinni undirgekkst Valitor víðtæk skilyrði varðandi starfsemi sína á umræddum markaði.

Á árinu 2007 var markaðshlutdeild PBS/Kortapjónustunnar um [...]% en í lok þess árs var umrædd sátt undirrituð af hálfu Valitors sem fól í sér yfirlýsingu um breytta hegðun á markaðnum. Á fyrri helmingi ársins 2009, eða tæpum sjö árum eftir byrjun starfseminnar, var markaðshlutdeild PBS orðin um [...]% í færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum. Að mati Samkeppniseftirlitsins er þessi þróun sterk vísbending um að miklar aðgangshindranir hafa verið að markaði fyrir færsluhirðingu hér á landi. Má rekja þær

³⁹ Sjá Skýrsla Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 *Öflug uppbygging – opnun markaða*.

⁴⁰ Sjá 3. gr. reglugerðar nr. 244/2004.



hindranir til þess fyrirkomulags sem hafði verið á íslenskum markaði frá upphafi svo og til lagalegra hindrana sem hafa ríkt. Er þessi ályktun mjög í samræmi við niðurstöður Samkeppniseftirlitsins um aðgangshindranir á fjármálamörkuðum á Íslandi á þessum tíma í öðrum málum.⁴¹

Þá skiptir hér verulegu máli að Valitor, og forveri félagsins, hefur um langan tíma verið í yfirburðastöðu á m.a. markaði fyrir færsluhirðingu, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands frá 31. október 2002 í máli nr. 112/2001. Ef litlar aðgangshindranir væru að þessum markaði leiða hagfræðileg rök til þess að nýir eða starfandi keppinautar hefðu með aðgerðum sínum dregið verulega úr markaðsstyrk Valitors.⁴² Það hefur ekki gerst á því tímabili sem til skoðunar er og er það, eitt og sér, óræk vísbending um markaðsráðandi stöðu Valitors og að aðstæður á markaði hindri nýja og starfandi keppinauta í að komast inn á markaðinn eða efla verulega hlut sinn.⁴³

Þá er ítrekað að aðild Valitors að útgáfu greiðslukorta undir vörumerki VISA/Electron hefur á rannsóknatímabili þessa máls verið aðgangshindrun á markaði fyrir færsluhirðingu á Íslandi. Með sama hætti er ljóst að Valitor hefur mjög þróað og þaulreynt sölukerfi. Þetta tengist einnig því að vörumerki VISA hefur verið og er mjög tengt Valitor og forvera þess á Íslandi. Á það bæði við um útgáfuhlið greiðslukorta og færsluhirðingu vegna þeirra. Er vörumerkið það sterkt í vitund neytenda að talað er jafnvel um kreditkort í almennum skilningi sem „visakort“. eru öll þessi atriði til marks um sterka stöðu Valitors og eru, hvert fyrir sig og saman, til þess fallin að skapa hindrun að þessum markaði.

Kaupendastyrkur getur haft áhrif við mat á markaðsráðandi stöðu. Með kaupendastyrk er í samkeppnisrétti átt við að kaupendur séu það öflugir að þeir ryðji burt eða geri að engu þann efnahagslega styrk sem seljandi hefur, svo sem á grundvelli hárrar markaðshlutdeildar, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurlugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.⁴⁴ Markaðurinn sem um ræðir verður þar af leiðandi að vera mjög sérstakur og á honum mjög fáir og öflugir kaupendur.⁴⁵ Hefur fyrst og fremst reynt á slíkt í samrunamálum þar sem

⁴¹ Sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 50/2008 *Samruni Kaupþings banka hf. og Sparisjóðs Reykjavíkur og nágrennis hf.*

⁴² Sjá t.d. Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007, bls. 321: „*The temporal element is crucial to the existence of dominance. In the absence of insurmountable barriers to entry, market forces would normally ensure that dominance is not sustainable over the long term.*”

⁴³ Sjá hér einnig dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 461: „*An undertaking which has a very large market share and holds it for some time, ... is by virtue of that share in a position of strength which makes it an unavoidable trading partner and which, already because of this secures for it, at the very least during relatively long periods, that freedom of action which is the special feature of a dominant position.*” Sjá einnig Lindsay, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, önnur útgáfa 2006 bls. 220: „*If the merging parties have held consistently high market shares over several years, this suggests that they enjoy market power.*”

⁴⁴ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í Coca-Cola/Amalgamated Beverages málinu nr. COMP/M.794: „*... in an assessment of dominance the question is whether there is sufficient countervailing buyer power to neutralise the market power of the parties.*”

⁴⁵ Sjá t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 32/2002 *Erindi Aalborg Portland Íslandi hf. vegna viðskiptahátta Sementsverksmiðjunnar hf.* Þar var t.a.m. komist að þeirri niðurstöðu að kaupendastyrkur þriggja sementskaupenda á markaðnum sem samtals keyptu 60–70% af heildarframleiðslu Sementsverksmiðjunnar væri það mikill að verksmiðjan væri ekki markaðsráðandi jafnvel þó hún væri með 75–80% markaðshlutdeild. Sjá hér einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í Enso/Stora málinu (mál nr. IV/M.1225) þar sem fallist var á að um kaupendastyrk væri að ræða. Í því máli runnu saman tvö fyrirtæki sem höfðu sameiginlega 50–70% markaðshlutdeild en kaupendur á markaðnum voru aðallega þrír. Í ákvörðuninni segir m.a.: „*...the merger will*



kaupendastyrkur hefur aðeins í sérstökum tilvikum verið talinn fela í sér nægt mótvægi gegn þeim efnahagslega styrk sem felst í hárrí markaðshlutdeild sameinaðs félags.⁴⁶ Jafnframt verður að gæta að því að kaupendastyrkur fárra öflugra kaupenda nægir ekki í þeim tilvikum þegar jafnframt eru margir veikir kaupendur á markaðinum. Ástæða þess er sú að fyrirtæki með háa markaðshlutdeild getur hæglega beitt markaðsstyrk sínum gagnvart hinum veiku kaupendum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006.⁴⁷

Samkeppniseftirlitið telur ekki að aðstæður sem tengjast kaupendastyrk sem hér er lýst hafi átt við um skilgreindan markað í þessu máli. Fæst ekki séð að fyrir hendi séu það stórir einstakir kaupendur að tilfærsla á viðskiptum þeirra milli kortafyrirtækjanna hefði afgerandi áhrif á markaðsstöðu þeirra. Þá er ljóst að um er að ræða fjölmarga smáa kaupendur. Var það mat Samkeppnetirlitsins að kaupendastyrkur hafi ekki áhrif í þessu máli.

4.5 Um sjónarmið Valitors

Í athugasemdum Valitors segir að í fyrri ákvörðun samkeppnisyfirvalda hafi félagið verið talið markaðsráðandi. Hins vegar hafi þróunin á markaði fyrir færsluhirðingu verið með þeim hætti á undanförunum árum, eða allt frá því að Borgun hafi byrjað færsluhirðingu VISA korta í upphafi árs 2009, að hún gefi til kynna að Valitor geti ekki hafa talist vera í markaðsráðandi stöðu. Þannig hafi markaðshlutdeild Valitors lækkað úr u. þ. b. 65%-70% niður fyrir [...] % í mars mánuði 2012 (samkvæmt veltutölum úr kerfum Valitors samanbornar við veltutölur sem birtar séu af Seðlabanka Íslands). Megi ætla að bróðurparturinn af þessari markaðshlutdeild sem Valitor hafi tapað hafi færst yfir til Borgunar sem hafi þá nú hærri markaðshlutdeild en Valitor. Sú staðreynd ein og sér að markaðshlutdeild Valitors hafi fallið á milli [...] % á svo skömmum tíma og öll farið til helsta keppinautar félagsins bendi sterklega til þess að Valitor sé ekki í markaðsráðandi stöðu í dag og hafi ekki verið í slíkri stöðu á færsluhirðingarmarkaði á rannsóknartíma málsins. Þá segir að kjarninn í markaðsráðandi stöðu sé að fyrirtæki hafi þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skipti og að geta starfað að verulegu leyti án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.

Ef færsluhirðingarmarkaðurinn sé skoðaður í þessu ljósi sé augljóst að Valitor geti aldrei hafa talist í markaðsráðandi stöðu á markaðnum. Það geti ekki talist einkenni á markaðsráðandi fyrirtæki að stór hluti markaðshlutdeildarinnar hverfi eins og dögg fyrir sólu á örstuttu tímabili. Það sé skilyrði fyrir ráðandi stöðu að aðrir aðilar markaðarins þurfi að vera með umtalsvert lægri markaðshlutdeild en hið ætlaða markaðsráðandi fyrirtæki. Því hafi og sé ekki fyrir að fara á markaði fyrir færsluhirðingu á Íslandi. Einnig

result in a market structure with one large and two smaller suppliers facing one large and two smaller buyers. This is a rather exceptional market structure. On balance, the Commission considers that the buyers in these rather special market circumstances have sufficient countervailing buyer power to remove the possibility of the parties' exercising market power."

⁴⁶ Sjá Lindsay, The EC Merger Regulation: Substantive Issues, 2003 bls. 250: ".... buyer power in itself is rarely sufficient to justify clearing a transaction without undertakings when the merger results in very high market shares because, in such cases, customers generally cannot defeat attempts by the merged group to exercise market power."

⁴⁷ Sjá hér einnig dóm undirréttar ESB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969.



sé vert að benda á að í umfjöllun um marksráðandi stöðu skuli líta til þess hvort hið markaðsráðandi félag hafi náð að halda markaðshlutdeild stöðugri og hvort aðrir keppinautar hafi getað annast eftirspurn vegna viðskiptavina sem vilji slíta sig frá hinu markaðsráðandi fyrirtæki, sbr ákvörðun samkeppnisráðs nr. 8/2003. Þegar rökstuðningur jafnt samkeppnisráðs sem og áfrýjunarnefndar í því máli sé skoðaður verði ekki betur séð en að hann falli vel að þróun markaðshlutdeildar á færsluhirðingarmarkaði. Enn fremur staðfesti þetta mál að það sé nauðsynlegt að kanna hvort markaðshlutdeild sé stöðug eftir breytingar á markaðnum, svo sem með tilkomu nýs keppinautar á hluta markaðar. Slíkar breytingar hafi einmitt átt sér stað á færsluhirðingarmarkaði í upphafi ársins 2009 og hafi hinar miklu breytingar á markaðshlutdeild orðið í beinu framhaldi af þeim. Þessi afstaða sé einnig studd með dómi dómstóls ESB í Hoffman La Roche málinu. Ljóst sé af framangreindum dómi að fyrirtæki sem sé ekki með stöðuga markaðshlutdeild og aðrir keppinautar geti auðveldlega sinnt viðskiptavinum þess, hafi ekki þann efnahagslega styrk að teljast markaðsráðandi. Þá sé einnig til þess að líta að óverulegur kostnaður sé því samfara að skipta um færsluhirði, þ.e. á þeim markaði sem mál þetta fjalli um.

Þess utan verði að benda á styrk keppinautanna á hinu ætlaða brotatímabili. Þannig hafi Borgun haft umtalsverða markaðshlutdeild og hafi sýnt styrk sinn svo um munaði þegar hin svonefnda „dual“ færsluhirðing hófst. Þá beri að líta til þess að þriðji aðilinn á markaði, danski færsluhirðirinn PBS, hafi á hinu ætlaða brotatímabili verið margfalt stærri en Valitor og hafi margfaldan fjárhagslegan styrk, en fjárhagslegur styrkur geti haft veruleg áhrif við mat á markaðsráðandi stöðu. Þá segir að líta verði til sterkrar stöðu PBS á mörkuðum fyrir færsluhirðingu í nágrenni Íslands, svo sem í Danmörku og Noregi, við mat á stöðu aðila á markaði fyrir færsluhirðingu hér á landi. Þannig sé viðurkennt í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki geti misnotað þá stöðu á öðrum markaði. Sé allt að því hjákátlegt að halda því fram að Valitor geti með hegðun sinni valdið margfalt öflugri keppinauta, sem hafi einstaka yfirburðarstöðu á a.m.k. dönskum færsluhirðingarmarkaði, búsifjum. Mun nærtækara væri að kanna hvort PBS hafi ekki þvert á móti misnotað markaðsráðandi stöðu sína með innkomu sinni á færsluhirðingarmarkað hér á landi. Áhrif þessa styrks PBS virðist með öllu órannsökuð í málinu.

Valitor sé því ekki í markaðsráðandi stöðu á íslenskum færsluhirðingarmarkaði í dag og hafi jafnframt ekki verið í slíkri stöðu á rannsóknartíma málsins. Beri því að fella málið niður.

Samkeppniseftirlitið telur rétt í ljósi þessara athugasemda Valitors að benda á að rannsóknartímabil þessa máls eru árin 2007, 2008 og fyrri helmingur ársins 2009. Markaðshlutdeild Valitors á árinu 2006 var á bilinu 65-70% [...], Borgunar 25-30% [...] og PBS 0-5% [...]. Var þetta fjórða heila starfsár PBS/Kortþjónustunnar en árangurinn ekki meiri. Var þessi markaðshlutdeild Valitors, að teknu tilliti til hlutdeildar PBS, mjög í samræmi við markaðshlutdeild VISA greiðslukorta í útgáfu greiðslukorta á Íslandi. Hefur þessi sterka staða Valitors og fyrirrennara félagsins varað í fjölda ára.⁴⁸ Ljóst er að keppinautar Valitors hafa haft umtalsvert lægri markaðshlutdeild. Staðhæfing Valitors um

⁴⁸ Sjá m.a. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/2003, *Erindi Kortþjónustunnar ehf. vegna þeirrar háttsemi Greiðslumiðlunar hf. að viðhalda gengismun.*



annað stenst ekki. Í annan stað er það einnig staðreynd að þessir yfirburðir Valitors í markaðshlutdeild í færsluhirðingu hér á landi voru mjög svipaðir mörg árin þar á undan. Á grundvelli m.a. þessara upplýsinga hefur Valitor verið metið með markaðsráðandi stöðu á þessum árum.

Á þessum árum 2006-2008 annaðist Valitor eingöngu færsluhirðingu vegna VISA greiðslukorta, Borgun vegna MasterCard greiðslukorta en PBS vegna beggja vörumerkjanna (nema Maestro debetkort). Yfirburðir Valitors gagnvart PBS/Kortapjónustunni hafa verið algerir allt frá árinu 2002. Ef eingöngu er skoðuð markaðshlutdeild í færsluhirðingu eftir vörumerkjum var Valitor með 92-97% markaðshlutdeild vegna VISA greiðslukorta á árunum 2007 og 2008 og PBS/Kortapjónustan með 3-8%. Í upphafi árs 2009 breyttust aðstæður á markaði fyrir færsluhirða hér á landi. Ljóst er að dregið hefur úr markaðshlutdeild Valitors frá árinu 2009. Hins vegar er alls ekki ljóst hver þróunin verður næstu misserin. Breytir það heldur ekki því að Valitor bar ægishjálms yfir keppinauta sína á þessum tíma og þá sérstaklega gagnvart PBS/Kortapjónustan sem var helsti keppinautur félagsins í færsluhirðingu vegna VISA greiðslukorta til ársins 2009.

Hvað varðar tilvísun Valitors í umfjöllun samkeppnisyfirvalda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum sem tengjast Global Refund og Refund á Íslandi vill Samkeppniseftirlitið benda á að þar var um gjörólíkar aðstæður að ræða. Í því máli voru aðstæður með þeim hætti að Global Refund hafði verið eitt á markaði fyrir endurgreiðslu á virðisaukaskatti til erlendra ferðamanna hér á landi. Síðan gerist það að framkvæmdastjóri þess félags stofnar nýtt fyrirtæki, Refund á Íslandi, og náði á fyrstu mánuðum um eða yfir helming markaðarins sem aðallega var rakið til fyrri stöðu hans og sambanda sem hann hafði öðlast á markaðnum. Jókst sú markaðshlutdeild næstu misserin. Var þessi staða uppi á því tímabili sem það mál varðaði. Þessi þróun þótti ekki benda til þess að Global Refund hafi á því tímabili verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir fjárhagsleg tengsl við sterkt móðurfyrirtæki.

Í því máli sem hér er fjallað um eru aðstæður með öðrum hætti. Hér að framan hefur verið lýst aðstæðum á færsluhirðingarmarkaði fyrir brotatímabil og á því. Valitor var með markaðshlutdeild lengstum á bilinu 65-70%. Á árunum 2007 og 2008 beindist háttsemi Valitors gegn PBS/Kortapjónustunni sem var með 3-8% markaðshlutdeild. Var sú háttsemi einnig til þess fallin að hafa haft neikvæð áhrif á möguleika Borgunar eftir að „dual“ færsluhirðing hófst.

Tilvísun Valitors í sterka stöðu PBS í færsluhirðingu í Danmörku og Noregi hefur ekki þýðingu þar sem landfræðilegur markaður þessa máls er Ísland. Því til stuðnings má m.a. benda á þróun markaðshlutdeildar PBS/Kortapjónustunnar í færsluhirðingu hér á landi. Þegar hún er skoðuð, eins og að framan er rakið, verður með engu móti sagt að meint sterk markaðsstaða PBS í færsluhirðingu í öðrum löndum hafi komið PBS að gagni í samkeppni hér á landi. Má í því sambandi benda á að PBS/Kortapjónustan treysti sér ekki t.d. til þess að annast færsluhirðingu vegna Maestro debetkorta hjá íslenskum söluaðilum vegna aðstæðna á markaði fyrir færsluhirðingu hér á landi. Gefur þessi staðreynd að mati Samkeppniseftirlitsins sterklega til kynna að PBS hafi ekki beitt mögulega sterkri stöðu



sinna á öðrum landfræðilegum mörkuðum í samkeppni við Valitor á Íslandi. Hér ber og að líta til þess að í eldri málum hefur ekki verið komist að þeirri niðurstöðu að innkoma PBS hafi haft veruleg áhrif á stöðu Valitors og ekkert nýtt hefur komið fram sem breytir þeirri afstöðu. Má hér vísa til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 í því máli féllst Valitor á að hafa verið í markaðsráðandi stöðu á færsluhirðingarmarkaði. Atvik í því máli áttu sér stað eftir innkomu PBS.

Breyttar aðstæður til framtíðar á skilgreindum markaði, sem felst í tilkomu „dual“ færsluhirðingar Valitors og Borgunar, verða ekki lagðar til grundvallar við mat á markaðstyrk félaganna á fyrra tímabili. Ber hér að áréttta að við mat á hvort um markaðsráðandi stöðu sé að ræða skiptir mestu að horfa til þess tíma þegar ætluð brot voru framin, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 13. mars 2013 í máli nr. 355/2012 *Lyf og heils hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hér ber og að hafa í huga að þessar breyttu aðstæður eiga rót sína að rekja til þess að Valitor og Borgun viðurkenndu ólögmæta markaðsskiptingu um að keppa ekki við hvorn annan í „dual“ færsluhirðingu, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Er að mati eftirlitsins ljóst að Valitor naut markaðslegra áhrifa þessa lögbrots á rannsóknartímabili þessa máls.

Ef litið er til stöðu Valitors gagnvart keppinautum og þá sérstaklega gagnvart PBS/Kortþjónustunni á tímabilinu, og þeirra aðstæðna sem þá ríktu að öðru leyti, eru sterkar vísendingar um að Valitor hafi verið með markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu hér á landi þegar umrædd háttsemi átti sér stað. Er það í samræmi við niðurstöður í eldri málum eins og að framan hefur verið rakið.

Um fjárhagslegan styrkleika

Valitor hefur í málinu gert þær athugasemdir við samanburð Samkeppniseftirlitsins á fjárhagslegum styrkleika að tölur úr rekstri Kortþjónustunnar séu notaðar í stað PBS, þrátt fyrir að óumdeilt sé að PBS sé hinn starfandi færsluhirðir hér á landi en Kortþjónustan aðeins þjónustuaðili. Í því sambandi er vísað til heimasíðu Kortþjónustunnar þar sem fram komi að félagið bjóði upp á „aðgang að þjónustu erlendra færsluhirða“. Virðist því félagið sjálft viðurkenna að það starfi ekki sem færsluhirðir, heldur sem einhvers konar milliliður milli söluaðila og færsluhirðis. Jafnframt komi fram á heimasíðu kvartanda að það sé danska félagið PBS sem annist færsluhirðingu fyrir söluaðila. Það sé jafnframt það félag sem annist uppgjör og allar færslur séu gerðar upp við það félag. Til marks um það megi nefna að það sé PBS sem greiði milligjöld, en ekki Kortþjónustan. Séu þau greidd samkvæmt reglum VISA EU, sem PBS sé aðili að en ekki Kortþjónustan.

Að mati Valitors hafi staða og styrkleiki PBS því eðli málsins samkvæmt veruleg áhrif í fyrirliggjandi mál. Í því sambandi sé rétt að nefna að velta PBS á árinu 2008 hafi verið 2,5 milljarðar danskra króna, eða yfir 60 milljarðar íslenskra króna, yfir tíföld velta Valitor. Sameiginleg velta félaganna sem síðar sameinuðust, þ.e., PBS, BBS AS og Teller AS hafi það ár verið yfir 114 milljarðar íslenskra króna. Í því sambandi sé rétt að nefna að sameiginleg velta PBS, BBS AS og Teller AS á árinu 2011 hafi verið 5,5 milljarðar danskra króna, eða yfir 121 milljarðar íslenskra króna, yfir fimmtán föld velta Valitors. Ljóst sé að



efnahagslegur styrkleiki PBS hafi verið á ætluðu brotatímabili margfaldur á við Valitors. Af því leiði að Valitor geti ekki hafa verið í markaðsráðandi stöðu á tímabilinu.

Samkeppniseftirlitið er sammála því að félagið PBS er skilgreint sem færsluhirðir en ekki Kortþjónustan. Hins vegar er það Kortþjónustan sem á í samkeppni við Valitor hér á landi um að ná söluaðilum í viðskipti. Öll samkeppni í markaðsfærslu á færsluhirðingamarkaði hér á landi á því sér stað milli Kortþjónustunnar, Borgunar og Valitors. PBS hefur ekki starfsstöð hér á landi og á ekki hlut í Kortþjónustunni.

Samkeppniseftirlitið getur ekki tekið undir sjónarmið Valitors um áhrif af fjárhagslegum styrk PBS á markaðssetningu og árangur PBS/Kortþjónustunnar við að ná fótfestu á markaði fyrir færsluhirðingu hér á landi á tímabili þessa máls. Þvert á móti þá hefur árangur félagsins ekki verið meiri en rakið hefur verið hér að framan. Einnig hefur hér að framan verið sýnt fram á að fjárhagslegur styrkur Kortþjónustunnar var ekki með þeim hætti að það félag gæti beitt sér sérstaklega í tilraunum til að ná söluaðilum í viðskipti vegna færsluhirðingar. Hefur Valitor ekki með trúverðugum rökum sýnt fram á að mögulegur fjárhagslegur styrkur PBS hafi nýst félaginu né verið nýttur í samkeppni við Valitor. Skiptir hér og máli að Valitor er lögaðili með lögfestu á Íslandi og áratugalanga starfsreynslu og er félagið gjörkunnugt aðstæðum söluaðila vöru og þjónustu á íslenskum smásöllumarkaði. Það er ekki rétt ályktun af hálfu Valitors að af fjárhagslegum styrk PBS leiði að Valitor hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á Íslandi. Ekki verður séð að PBS hafi með neinum hætti beitt fjárhagslegum styrk sínum varðandi verðlagningu sína gagnvart íslenskum söluaðilum. Þvert á móti, eins og lýst verður nánar síðar, taldi samstarfsaðili PBS hér á landi sér ekki fært að bjóða lægri þóknun en [...]% fyrir færsluhirðingu vegna Electron debetkorta þar sem með því væri þjónustan rekin með tapi vegna þess hve milligjaldið væri hátt. Af sömu ástæðu hefur PBS/Kortþjónustan ekki annast færsluhirðingu vegna Maestro debetkorta hjá íslenskum söluaðilum.

Að öllu framansögðu virtu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að aðstæður hafi verið með þeim hætti í þessu máli að fjárhagslegur styrkur Valitors, starfsemi og umsvif félagsins hér á landi styðji ótvírætt frekar við þá niðurstöðu að Valitor hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu á Íslandi á rannsóknartíma málsins.

Um aðgangshindranir

Valitor fellst ekki ekki á að aðgangshindranir hafi verið á markaði fyrir á hinu ætlaða brotatímabili. Við mat á því hvort aðgangshindranir hafi verið til staðar á markaði fyrir nokkrum árum síðan sé engin þörf á því að beita almennri umfjöllun og staðhæfingum sem ekki séu studd neinum gögnum eða rannsóknum. Nærtækast sé að líta einfaldlega til þess hvað raunverulega hafi átt sér stað á markaðnum. Skemmst sé frá því að segja að danski færsluhirðirinn PBS hafi hafið hér starfsemi í gegnum þjónustuaðila með nær engum stofnkostnaði og án mikillar fyrirhafnar. Geri reglur VISA EU enda ráð fyrir því að færsluhirðar hvar sem sé í Evrópu geti hafið innreið sína á markað hér á landi hvenær sem er, með litlum sem engum tilkostnaði. Hafi þetta sannast í tilviki PBS og sýni það án nokkurs vafa að aðgangshindranir að markaðnum séu litlar sem engar. Þegar svo sé ástatt geti Valitor þrátt fyrir markaðshlutdeild félagsins ekki talist hafa verið markaðsráðandi.



Samkeppniseftirlitið telur að þessar athugasemdir Valitors breyti ekki því mat Samkeppniseftirlitsins að aðstæður hafi verið með þeim hætti að í þeim hafi falist talsverðar aðgangshindranir. Veruleg markaðshlutdeild Valitors um langt árabil og takmarkaður árangur PBS sýnir þetta svo ekki verður um villst. Skiptir ekki máli í þessu sambandi að útlagður stofnkostnaður PBS/Kortapjónustunnar hafi ekki verið mikill. Hindranirnar hafa ekki falist í háum kerfislegum kostnaði heldur frekar í háttsemi og hegðun þeirra aðila sem fyrir voru á markaði og þá ekki síst háttsemi og aðstöðu Valitors. Einnig er áréttað, þessu til viðbótar, að Valitor setti með samþykki VISA EU landsreglur (e. domestic rules) sem var ætlað að marka enn frekar kröfur um aðgengi nýrra færsluhirða að markaðnum. Staða Valitors á markaði fyrir færsluhirðingu var einnig með þeim hætti að nýr aðili átti mjög erfitt uppdráttar að hasla sér völl á markaðnum. Fellst það ekki síst í þeirri staðreynd að Valitor, m.a. stöðu sinnar vegna sem hópaðili að VISA EU, bjó yfir og hafði aðgang að öllum upplýsingum sem varðaði færsluhirðingu vegna VISA kreditkorta hjá íslenskum söluaðilum. Að mati Samkeppniseftirlitsins felst í þeirri aðstöðu veruleg aðgangshindrun fyrir nýjan aðila. Verður nánar fjallað um þann þátt hér síðar.

4.6 Niðurstaða

Hér að framan hefur aðstæðum á skilgreindum mörkuðum þessa máls verið lýst. Hefur í því sambandi verið lagt mat á markaðshlutdeild Valitors og keppinauta félagsins á þessum tveimur skilgreindu undirmörkuðum sem varða greiðslukortastarfsemi hér á landi og innbyrðis tengsl þeirra. Auk þess hefur verið litið til fjárhagslegs styrkleika aðila og aðgangshindrana að markaði fyrir færsluhirðingu og auk þess til annarra atriða sem tengjast skipulagi markaðarins og aðstæðna sem á honum hafa ríkt frá upphafi. Hefur Valitor ekki tekist í sínum athugasemdum að sýna fram á að félagið hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu í þessu máli.

Með allt framangreint í huga, markaðshlutdeild á þessum undirmörkuðum og innbyrðis tengsla þeirra, fjárhagslegan styrk og aðgangshindranir er það mat Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi haft markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum á rannsóknartíma þessa máls. Er þessi niðurstaða í samræmi við fyrri niðurstöður samkeppnisyfirvalda og dómstóla eins og rakið hefur verið hér að framan.



V. BROT VALITORS Á ÁKVÖRÐUN NR. 4/2008

Í máli þessu er til skoðunar hvort Valitor hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum á markaði fyrir færsluhirðingu sem beindust gegn keppinautum fyrirtækisins, PBS/Kortabjónustunni og Borgun. Einnig er til skoðunar hvort Valitor hafi brotið skilyrði í sátt sem Valitor gerði við Samkeppniseftirlitið og fjallað var um í ákvörðun eftirlitsins nr. 4/2008 *Brot Greiðslumiðlunar hf., Kreditkorta hf. og Fjölgreiðslumiðlunar hf. á bannákvæðum samkeppnislaga*. Í þessum kafla verður fjallað um ætluð brot á ákvörðun nr. 4/2008.

Samkeppniseftirlitið framkvæmdi húsleit á skrifstofum Valitors þann 1. júlí 2009. Verður í eftirfarandi undirköflum gerð grein fyrir hluta þeirra gagna sem þar var lagt hald á, auk annarra gagna málsins. Gögn þessi gefa til kynna að mati Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi brotið skilyrði sem sett voru með fyrrnefndri ákvörðun nr. 4/2008.

1. Ákvörðun nr. 4/2008

Eins og áður hefur komið fram gerði Valitor sátt við Samkeppniseftirlitið í nóvember 2007 vegna brota félagsins á bannákvæðum samkeppnislaga. Valitor viðurkenndi í þeirri sátt að hafa, á árunum 2002 til 2006, brotið bæði gegn 11. gr. og 10. gr. samkeppnislaga. Hafði Valitor markvisst nýtt sér upplýsingar úr kerfum sínum til þess að hafa eftirlit með PBS/Kortabjónustunni og að hafa beitt sértækum verðlækkunum og kjörum gagnvart söluaðilum sem voru í viðskiptum við PBS/Kortabjónustuna. Lá þessi sátt til grundvallar ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 og voru fyrirmæli sáttarinnar tekin upp í ákvörðunarorði (vísað til hér á eftir í einu lagi sem ákvörðunin nema annað sé tekið fram).

Hér skiptir máli að Valitor/Greiðslumiðlun hefur verið í eigu banka og sparisjóða. Þessar fjármálstofnanir eru formlegir útgefendur á greiðslukortum og þær hafa falið Valitor að fara með svonefnda hópaðild að greiðslukortasamteypunni VISA EU. Stöðu sinnar vegna sem hópaðili að VISA EU gerir Valitor samstarfssamninga við banka og sparisjóði um heimild fyrir þá til að gefa út greiðslukort undir vörumerki VISA. Í þessu hlutverki er Valitor í samningssambandi við íslenska banka og sparisjóði um útgáfu VISA greiðslukorta og kemur fram fyrir hönd þeirra gagnvart VISA EU. Af þessu hlutverki leiðir að Valitor hefur aðgang að öllum upplýsingum um notkun VISA greiðslukorta sem varða viðskipti við íslenska söluaðila vöru og þjónustu. Skiptir þá ekki máli hver annast færsluhirðingu vegna þessara viðskipta að undanskilinni færsluhirðingu Borgunar vegna Electron debetkorta. Annist aðrir en Valitor færsluhirðinguna þá berast þessar upplýsingar til Valitors í gegnum alþjóðlega uppgjörskerfið VISA NET. Til þessa hefur Valitor verið eini aðilinn í þessu hlutverki hvað varðar VISA greiðslukort hér á landi.

Önnur meginstarfsemi Valitors er færsluhirðing vegna notkunar greiðslukorta hjá söluaðilum. Á þeim markaði hefur Valitor verið í samkeppni hér á landi við PBS/Kortabjónustuna frá árinu 2002 og Borgun frá árinu 2009 (hvað VISA kort áhrærir). Af stöðu Valitors sem hópaðila að VISA EU leiðir að félagið hefur umræddan aðgang að gögnum og upplýsingum um öll viðskipti sem eiga sér stað hjá söluaðilum sem eru í viðskiptum við keppinauta Valitors í færsluhirðingu. Er þetta ítarlegar upplýsingar um



nöfn söluaðila, fjölda færslna og upphæð hverrar færslu. Að þessu leyti býr Valitor yfir öllum upplýsingum um viðskipti með VISA greiðslukort hjá íslenskum söluaðilum. Er augljóst að þessi tvíþætta staða Valitors skapar hættu á alvarlegum samkeppnishömlum sem geta falist í því að Valitor nýtir sér þessar viðkvæmu upplýsingar um starfsemi keppinauta sinna í færsluhirðingu. Í m.a. þessu fólust þau brot 11. gr. samkeppnislaga sem Valitor viðurkenndi í ákvörðun nr. 4/2008. Þar segir:

„Vegna stöðu sinnar á markaði bjó Greiðslumiðlun yfir upplýsingum um viðskipti PBS/Kortþjónustunnar, m.a. upplýsingum um veltu söluaðila í viðskiptum við PBS/Kortþjónustuna. Voru þessar upplýsingar nýttar til aðgerða gegn PBS/Kortþjónustunni. M.a. á grundvelli þessara upplýsinga sneri Greiðslumiðlun sér til viðskiptavina PBS/Kortþjónustunnar og bauð þeim sértæk kjör og tilboð í því skyni að ná þeim úr viðskiptum við PBS/Kortþjónustuna.“

Í málinu lágu þannig fyrir gögn sem sýndu að Valitor hefði nýtt sér upplýsingar um söluaðila í viðskiptum við PBS/Kortþjónustuna til markaðsaðgerða gegn þessum keppinauti. Var þar um að ræða lista með nöfnum söluaðila sem voru í viðskiptum við PBS/Kortþjónustuna og fjölda færslna og heildarupphæð viðskipta á hverjum tíma eða tímabili. Kemur fram í tölvupóstum milli starfsmanna Valitors að gögnin yrðu notuð, og hefðu verið notuð, í markaðslegum tilgangi.⁴⁹ Fór ekki á milli mála að þessar upplýsingar voru notaðar til þess að undirbúa og framkvæma aðgerðir, sem fólust m.a. í úthringingum og heimsóknum, að ná þessum söluaðilum aftur í viðskipti við Valitor. Var tilgangurinn með listunum að þessu leyti, mjög skýr. Voru þessi gögn, eins og fyrr segir, grundvöllur viðurkenningar Valitors á því að hafa nýtt sér með ólögmaetum hætti upplýsingar úr eigin kerfum til markaðsaðgerða gegn söluaðilum í viðskiptum við PBS á árunum 2003 til 2006.

Í ákvörðuninni koma fram níu tölusett fyrirmæli sem Valitor féllst á og var þeim ætlað að efla virka samkeppni og koma í veg fyrir að samskonar brot yrðu framin á ný. Fram kemur að brot á þessum fyrirmælum varði stjórnvaldssektum samkvæmt samkeppnislögum.

Í 1. tl. 1. gr. í ákvörðunarorðum í ákvörðuninni segir:

„Valitor er óheimilt að nota upplýsingar sem félagið býr yfir um söluaðila í viðskiptum við keppinauta til markaðsaðgerða gegn keppinautunum.“

⁴⁹ Eftirtalin gögn voru á gagnalista sem tengist ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Tölvupóstur, dags. 19. mars 2003, kl. 16:13, frá Halldóri Guðbjarnasyni framkvæmdastjóra Greiðslumiðlunar hf. til Andra Vals Hrólfssonar sviðsstjóra fyrirtækjasviðs (skjal nr. 2 í gagnalista málsins), og tölvupóstur með viðhengi, dags. 21. mars 2003, kl. 16:48, frá Daða Má Steinþórssyni til Halldórs Guðbjarnasonar og cc til Andra Vals Hrólfssonar (skjal nr. 3 í gagnalista málsins), og tölvupóstur, dags. 2. febrúar 2005, kl. 09:53, frá Andra Val Hrólfssyni til Júlíusar Óskarssonar sviðsstjóra tækisviðs (skjal nr. 4 í gagnalista málsins), og tölvupóstur með viðhengi, dags. 7. febrúar 2005, kl. 11:17, frá Stanislaw J. Bartoszek til Andra Vals Hrólfssonar og tölvupóstur, dags. 7. febrúar 2005, kl. 15:49 og 15:52, milli Andra Vals Hrólfssonar og Sigurhans Vignis og Dagnýjar Daggar Franklínssdóttur starfsmanna á fyrirtækjasviði (skjal nr. 5 í gagnalista málsins) og tölvupóstur með viðhengi, dags. 13. maí 2005, kl. 13:30, frá Dagnýju Dögg Franklínssdóttur til Sigurhans Vignis (skjal nr. 6 í gagnalista málsins).



Með ákvæði þessu voru lagðar hömlur á viðskiptalegar aðgerðir sem Valitor gæti gripið til gagnvart keppinautum sínum. Féllst Valitor þannig á að félaginu væri óheimilt að nota, til markaðsaðgerða gegn keppinautum, upplýsingar sem félagið byggir yfir um viðskipti söluaðila við umrædda keppinauta.

Í sáttinni var einnig ákvæði um hömlur á tilteknum samskiptum milli Valitors og Reiknistofu bankanna. Til að stuðla að virkri samkeppni á þeim mörkuðum sem Valitor starfaði á féllst félagið á að hlíta eftirfarandi skilyrði í starfsemi sinni, sbr. 7. tl. 1. gr. í ákvörðunarorðum:

„Valitor er óheimilt að óska eftir því að Reiknistofa bankanna afli eða miðli hvers konar viðskiptalegum upplýsingum um núverandi eða mögulega keppinauta félagsins. Valitor er óheimilt að taka við og nýta sér upplýsingar frá Reiknistofu bankanna um keppinauta Valitors“.

Eins og lýst hefur verið hér að framan fer heimildarleit og fjárhagslegar færslur vegna notkunar íslenskra debetkorta fram í kerfum Reiknistofu bankanna. Samkvæmt framangreindu skilyrði var Valitor bannað að óska eftir og taka við viðskiptalegum upplýsingum frá Reiknistofu bankanna um þáverandi og mögulega keppinauta félagsins.

Samkeppniseftirlitið bendir á að Valitor gekkst undir sáttina sem gerð var á grundvelli samkeppnislaga og reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005 og er félagið því bundið af efni hennar. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á að brýnt sé að fyrirtæki virði skilyrði sem sett eru í sátt í samrunamálum og að treysta megi því að sáttir í slíkum málum séu meira en orðin tóm, ekki síst í ljósi þess að viðkomandi fyrirtæki taka þátt í mótun skilyrðanna, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 5/2011 *Forlagið hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Þessi sjónarmið eiga enn frekar við skilyrði í sáttum sem ætlað er koma í veg fyrir að fyrirtæki brjóti að nýju gegn bannákvæðum samkeppnislaga.

Til þess að brot á skilyrðum sem sett eru í sátt við Samkeppniseftirlitið geti varðað viðurlögum verða viðkomandi skilyrði að vera ákveðin og skýr. Unnt er við skýringu slíkra skilyrða að taka mið af þeim forsendum sem fram koma í viðkomandi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Ef skilyrði eru óljós ber að skýra vafa viðkomandi fyrirtæki í hag. Vísast um þessi atriði til dóms Hæstaréttar Íslands frá 6. desember 2012 í máli nr. 218/2012 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hafa ber í huga í þessu samhengi að skilyrði í sáttamálum eru ekki sett einhliða af Samkeppniseftirlitinu heldur í samvinnu við viðkomandi fyrirtæki.

2. Aðgerðir Valitors

Samkeppniseftirlitið telur að gögn í þessu máli sýni að Valitor hafi brotið gegn fyrirmælum sem fram koma í sátt sem fyrirtækið gerði við Samkeppniseftirlitið og tekin voru upp í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008.



Í andmælaskjalinu komst Samkeppniseftirlitið að því frummati að Valitor hafi brotið gegn 1. og 7. tl. 1. gr. ákvörðunar nr. 4/2008. Í gögnum málsins kemur fram að Valitor hafi unnið viðkvæmar upplýsingar sem félagið bjó yfir um söluaðila í viðskiptum við keppinauta og notað til markaðsaðgerða gegn keppinautum. Var þetta gert með vinnslu lista með nákvæmum upplýsingum um viðskipti söuaðila keppinautanna og notkun þeirra hjá Fyrirtækjalausnum sem annast samninga af hálfu Valitors við söluaðila um færsluhirðingu. Einnig að Valitor hafi óskað eftir viðskiptalegum upplýsingum frá Reiknistofu bankanna um núverandi keppinauta félagsins sem félaginu var óheimilt að gera.

Valitor hefur mótmælt þessu frummati samkeppniseftirlitsins og hefur því til stuðnings í aðalatriðum bent á eftirfarandi:

- Að gera verði kröfu um skýrleika fyrirmæla í ákvörðunum.
- Að gerð og dreifing listanna hafi ekki verið óheimil á grundvelli fyrri skilyrða.
- Að upplýsingar úr eigin kerfum hafi ekki verið notaðar í markaðslegum tilgangi.
- Að upplýsingarnar hafi eingöngu verið notaðar til mats á eigin frammistöðu og til áhættustýringar hjá Valitor.
- Að beiðni um upplýsingar frá Reiknistofu bankanna hafi ekki falið í sér brot á fyrra skilyrði.

Fjallað verður um sjónarmið Valitors hvað þetta varðar í kafla 2.4.

2.1 Brot Valitors á 1. tl. 1. gr. á ákvörðunarorðum

Eins og fyrr sagði hefur Valitor gegnt tvennskonar hlutverki í greiðslukortastarfsemi. Annars vegar með því að annast verkefni sem tengjast umræddri hópaðild að VISA EU og hins vegar að með því að keppa á markaði fyrir færsluhirðingu. Á grundvelli fyrrgreinda hlutverksins býr Valitor yfir viðkvæmum viðskiptalegum upplýsingum um keppinauta sína í færsluhirðingu og Valitor hefur viðurkennt hafa misfarið með þær upplýsingar, sbr. ákvörðun nr. 4/2008. Til að koma í veg fyrir að slíkt myndi gerast aftur var þeim fyrirmælum beint til Valitors að fyrirtækinu væri óheimilt að nota upplýsingar sem félagið býr yfir um söluaðila í viðskiptum við keppinauta til markaðsaðgerða gegn keppinautum, sbr. 1. tl. 1. gr. ákvörðunar nr. 4/2008

Hér skiptir einnig að hafa í huga skipulag Valitors. Fyrirtækinu er skipt í nokkur svið og eitt þeirra er nefnt *Fyrirtækjalausnir*. Það svið annast þá samkeppnisstarfsemi sem felst í færsluhirðingu. Það er þannig hlutverk Fyrirtækjalausna að annast markaðssetningu og sölu á þeirri þjónustu sem felst í færsluhirðingu. Engar málefnalegar ástæður standa til þess að þetta svið hafi undir höndum viðkvæmar upplýsingar um aðgerðir keppinauta Valitors í færsluhirðingu, sem aflað er með þeim hætti sem raun ber vitni, og var umræddu skilyrði í 1. tl. 1. gr. ákvörðunar nr. 4/2008 ætlað að koma í veg fyrir slíkt. Mátti Valitor ávallt vera ljóst að að fyrirtækið hefur aðgang að samkeppnislega viðkvæmum upplýsingum um keppinauta sína í færsluhirðingu og viðurkenning Valitors á alvarlegum brotum tengdum misnotkun á þessum upplýsingum gaf fyrirtækinu enn ríkara tilefni til að umgangast þær með gát. Eftir ákvörðun nr. 4/2008 mátti Valitor vera ljóst að



það væri samkeppnishamlandi að miðla þessum upplýsingum til þeirra sem annast þá samkeppnisstarfsemi sem felst í færsluhirðingu.

Eins og nánar verður rökstutt gefa gögn þessa máls til kynna að Valitor hafi ekki breytt brotlegri háttsemi sinni heldur haldið áfram að nota umræddar upplýsingar til að fylgjast með söluaðilum sem voru í viðskiptum við PBS um færsluhirðingu og þar með farið gegn 1. tl. 1. gr. Gefa gögnin til kynna að reglulega hafi verið gerðir listar úr kerfi Valitors með nöfnum söluaðila í viðskiptum við PBS. Voru þessir listar unnir og sendir frá vinnslustjórum innan Upplýsingatæknisviðs Valitors. Í listunum koma fram upplýsingar um nöfn söluaðila, velta hvers þeirra í færsluhirðingu og fjöldi færslna. Tekur þetta bæði til notkunar VISA kreditkorta og Electron debetkorta. Fram kemur t.d. í tölvupóstum að umræddir listar hafi verið sendir til æðstu stjórnenda á sviði *Fyrirtækjalausna* hjá Valitor. Eins og fyrr sagði er það svið hluti af beinni samkeppnisstarfsemi Valitors og annast samningagerð við söluaðila um færsluhirðingu greiðslukorta. Ber að hafa í huga að á árunum 2007 og 2008 var það eingöngu PBS/Korta sem veitti Valitor samkeppni í færsluhirðingu á VISA greiðslukortum.

Einnig kemur fram í tölvupóstum að yfirmenn á sviði *Fyrirtækjalausna* Valitors hafi gengið fast eftir því að listarnir bærust reglulega og að gerðar yrðu breytingar á þeim með tilliti til þróunar á markaði fyrir færsluhirðingu eins og lýst verður hér á eftir. Samkvæmt þessum gögnum voru listarnir teknir saman reglulega, oftast vikulega og stundum oftar, í það minnsta á tímabilinu frá nóvember 2007 til júní 2009 og að öllum líkindum frá apríl 2007 samkvæmt gögnum þessa máls.⁵⁰ Auk lista um söluaðila í viðskiptum við PBS/Kortapjónustuna gerði Valitor lista yfir allar færslur íslenskra VISA korthafa hjá íslenskum söluaðilum sem Valitor hirti ekki. Á þeim listum koma fram svokölluð BIN númer sem eru einkennandi fyrir mismunandi færsluhirða og upplýsingar um hjá hvaða söluaðilum þeir færsluhirða. Var þessum listum komið til framkvæmdastjóra *Fyrirtækjalausna* hjá Valitor.⁵¹

Ljóst er að þessir listar, allt til loka árs 2008, voru að öllu leyti sambærilegir við lista sem voru gögn í máli því sem var útkljáð með sátt við Valitor í lok nóvember 2007. Í því máli var ljóst að þessir listar höfðu markaðslegan tilgang og voru notaðir í aðgerðum gegn söluaðilum í viðskiptum við PBS. Kemur fram í þeim gögnum að Valitor hafi verið byrjað að vinna upplýsingar úr eigin kerfum um söluaðila í viðskiptum við PBS í mars 2003. Kemur fram í tölvupóstum milli starfsmanna Valitors að gögnin yrðu notuð í markaðslegum tilgangi.⁵² Þessi skjöl sem hér er vísað til sýna framsetningu listans og

⁵⁰ Tölvupóstur, dags. 2. apríl 2007, kl. 14:22 og 14:44, milli Hermanns Björns Erlingssonar vinnslustjóra í Vinnsludeild (IT – Division) og Sigurhans Vignis deildarstjóra Fyrirtækjapjónustu. Sjá viðhengi með tölvupóstum, dags. 5. nóvember 2007, kl. 11:20 og 3. desember 2007, kl. 13:49, frá Hermann Birni Erlingssyni til Ragnheiðar Kr. Jóhannesdóttur og Vignis Sigurhans. Sjá tölvupósta milli Hermanns Björns Erlingssonar og Sigurhans Vignis, dags. 21. janúar 2008, kl. 13:44 (með viðhengi „pbs_150108-210108.xls“, kl. 15:39 og kl. 15:41. Tölvupóstur frá Sigurhans Vigni til Bjargar Jónsdóttur, dags. 21. apríl 2008, kl. 15:28, með þrjú viðhengi.

⁵¹ Tölvupóstur frá Steinunni M. Sigurbjörnsdóttur til Sigurhans Vignis, dags. 21. ágúst 2008, kl. 16:05.
⁵² Sjá tölvupóst, dags. 19. mars 2003, kl. 16:13, frá Halldóri Guðbjarnasyni framkvæmdastjóra Greiðslumiðlunar hf. til Andra Vals Hrólfssonar sviðsstjóra fyrirtækjasviðs (skjal nr. 2), og tölvupóst með viðhengi, dags. 21. mars 2003, kl. 16:48, frá Daða Má Steinþórssyni til Halldórs Guðbjarnasonar og cc til Andra Vals Hrólfssonar (skjal nr. 3), og tölvupóst, dags. 2. febrúar 2005, kl. 09:53, frá Andra Val Hrólfssyni til Júlíusar Óskarssonar sviðsstjóra tæknisviðs (skjal nr. 4), og tölvupóst með viðhengi, dags. 7. febrúar 2005, kl. 11:17, frá Stanislaw J. Bartoszek til Andra Vals Hrólfssonar og tölvupóstur, dags. 7. febrúar 2005, kl. 15:49 og 15:52, milli Andra Vals Hrólfssonar og Sigurhans Vignis og Dagnýjar Daggar Franklínisdóttur starfsmanna á



leiða í ljós tilgang hans af hálfu Valitors. Fór ekki á milli mála að þessar upplýsingar voru teknar saman í markaðslegum tilgangi og auðvelda Valitor að ná þessum söluaðilum aftur í viðskipti um færsluhirðingu.

Þar sem á þessum listum eru upplýsingar um söluaðila sem hafa gert samninga um færsluhirðingu við keppinauta Valitors stóðu engin eðlileg efnisleg rök til þess að listarnir bærust til *Fyrirtækjalousna*. Fyrir því geta ekki verið málefnalegar ástæður, sbr. áður nefnda sátt. Þrátt fyrir þetta kemur það greinilega fram í gögnum þessa máls að forráðamenn innan *Fyrirtækjalousna* hjá Valitor gengu eftir því að fá þessa lista og óskuðu þess að á þeim yrðu gerðar breytingar með tilliti til þróunar á markaðnum fyrir færsluhirðingu. Er því ljóst að *Fyrirtækjalousnir* hafi haldið óbreyttum hætti og notað þessar upplýsingar til markaðsaðgerða gagnvart söluaðilum í viðskiptum við keppinautana. Fer sú háttsemi með alvarlegum hætti gegn þessu tiltekna ákvæði í þeirri sátt sem Valitor gerði við Samkeppniseftirlitið.

Samkeppniseftirlitið ítrekar það sem fram hefur komið um upphaflegan tilgang með gerð og dreifingu listanna. Tilgangurinn var að nýta umræddar trúnaðarupplýsingar til þess að auðvelda söluþólki Valitors að ná söluaðilum sem voru í viðskiptum hjá PBS og öðrum keppinautum aftur í viðskipti við Valitor með markvissum hætti. Gögn málsins sýna að þessi notkun listanna hélt áfram á rannsóknatímabili þessa máls. Á það ber einnig að líta að umræddir listar voru teknir saman og þeim dreift vikulega og jafnvel oftár. Ákvörðun nr. 4/2008 var ætlað að tryggja að frekari brot á 11. gr. samkeppnislaga ættu sér ekki stað með því m.a. að koma í veg fyrir að færsluhirðingarsvið fyrirtækisins gæti ekki nýtt sér þessar upplýsingar um viðskipti söluaðila við keppinauta Valitors í færsluhirðingu. Einu samskipti Valitors við aðra færsluhirða VISA greiðslukorta er viðtaka á milligjöldum fyrir hönd útgefenda þeirra. Að þeim viðskiptum á Valitor sem færsluhirðir ekki að koma með neinum hætti. Með þessum listum var Valitor ekki að fylgjast með eigin frammistöðu heldur með árangri keppinauta og þá ekki eingöngu með upplýsingum um nöfn söluaðila heldur einnig ítarlegum tölfræðilegum upplýsingum um umfang viðskiptanna. Listinn var reglulega/markvisst sendur til starfsmanna innan *Fyrirtækjalousna* sem önnuðust samninga við söluaðila um færsluhirðingu. Í málinu liggja þessir listar fyrir og einnig liggur fyrir að þeim var dreift til helstu yfirmanna innan *Fyrirtækjalousna* hjá Valitor.

Gögn málsins staðfesta að þessir listar einskorðuðust alfarið við þörf *Fyrirtækjalousna*. Er þetta í raun staðfest t.d. í ummælum deildarstjóra í Hugbúnaðardeild Valitors í febrúar 2009 um að framkvæmdastjóri *Fyrirtækjalousna* þyrfti að fá upplýsingar um alla færsluhirða sem væru að „brölta“ hér á landi. Eftir að Borgun byrjaði að keppa í færsluhirðingu á VISA kortum („brölta“) snemma árs 2009 óskaði framkvæmdastjóri *Fyrirtækjalousna* eftir breytingu á listunum þannig að keppinautar Valitors í færsluhirðingu væru aðgreindir eftir svonefndu „BIN númeri“ sem er starfsnúmer færsluhirða hjá alþjóðlegu kostasamsteypunum. Er þessi háttsemi Valitors enn frekar staðfest í tölvupósti frá framkvæmdastjóra *Fyrirtækjalousna* til sviðsstjóra Tæknisviðs Valitors í apríl 2009, en þar segir m.a.:⁵³

fyrirtækjasviði (skjal nr. 5) og tölvupóst með viðhengi, dags. 13. maí 2005, kl. 13:30, frá Dagnýju Dögg Franklínisdóttur til Sigurhans Vignis (skjal nr. 6).

⁵³ Tölvupóstur með viðhengjum, dags. 7. apríl 2009, kl. 09:21, frá Sigurhans Vigni til Steinunnar M. Sigurbjörnsdóttur.



„Ég þarf að biðja þig um að aðstoða mig eftir páska við að finna bestu leið til að bera saman þróun á MC⁵⁴ veltu VALITOR á móti VISA veltu Borgunar. Þarf að geta skoðað þetta daglega og uppsafnað á hverju tímabili. Í dag er ég að keyra tvær fyrirspurnir (sjá viðhengi) – eina frá þér á incomming færslur dagsins og aðra frá Braga á veltu allra dual samninga á tímabili. Þurfum aðeins að renna yfir þetta saman.“

Í öðru viðhenginu sem fylgdi með tölvupóstinum kemur fram að fyrirspurnin varðar ákveðið „BIN númer“ sem er auðkennisnúmer Borgunar í færsluhirðingu vegna VISA greiðslukorta.

Eins og lýst hefur verið sýna gögn málsins þá miklu áherslu sem yfirmenn á sviði *Fyrirtækjalausna* innan Valitors lögðu á vinnslu og viðtöku lista með upplýsingum um viðskiptavini keppinauta félagsins. Samkeppniseftirlitið telur að gögn málsins sýni enn frekar hver hafi verið raunverulegur tilgangur listanna. Staðreyndin er að listarnir voru ekki aðeins sendir yfirmanni *Fyrirtækjalausna* heldur einnig til þeirra starfsmanna sviðsins sem fóru með daglega stjórnun á samskiptum við söluaðila og voru um leið virkir í sölu- og markaðsaðgerðum Valitors gagnvart söluaðilum á markaði fyrir færsluhirðingu.⁵⁵

Í tölvupósti frá viðskiptastjóra *Fyrirtækjalausna* til framkvæmdastjóra sviðsins er lagt til að þremur virkum solumönnum verði bætt inn á lista yfir þá sem fá PBS listann sendan vikulega.⁵⁶ Segist viðskiptastjórinn stundum áframsenda listann til þeirra en það gleymist stundum. Vill hann skv. þessu að listinn fari í reglubundna dreifingu til þessara solumanna á færsluhirðingu. Í skjali sem fylgir tölvupósti frá sölustjóra til viðskiptastjóra og framkvæmdastjóra *Fyrirtækjalausna* kemur fram hvernig þessir einstaklingar skipuleggja sölu- og markaðsaðgerðir á færsluhirðingarmarkaði.⁵⁷ Tekur þessi skipulagning til þeirra starfsmanna *Fyrirtækjalausna* sem fengu listana reglulega. Er þetta með sambærilegum hætti og fyrirkomulagi og sú ólögmeta háttsemi sem lá til grundvallar skilyrði í 1. tl. 1. gr. í ákvörðun nr. 4/2008. Verður þessu nú nánar lýst.

Í tölvupósti 17. apríl 2008 óskar framkvæmdastjóri *Fyrirtækjalausna* eftir upplýsingum frá viðskiptastjóra innan sviðsins um hver sé staðan á listanum með PBS. Sama dag sendir viðskiptastjóri umbeðinn lista til framkvæmdastjórans. Úrvinnsla listanna var m.a. með þeim hætti, t.d. á árinu 2008, að viðskiptastjóri *Fyrirtækjalausna* bar saman lista tveggja tímabila og vann úr því sérstakan lista sem sýndi hvaða söluaðilar höfðu færst til PBS/Kortabjónustunnar í færsluhirðingu þar sem fram kemur fjöldi færslna á tímabilinu og upphæð viðskipta hjá söluaðilanum fyrir hvora kortategund fyrir sig, debetkort og

⁵⁴ MC: MasterCard.

⁵⁵ Tölvupóstur með viðhengi (pbs_291107-031207.xls) frá Hermanni Birni Erlingssyni, dags. 3. desember 2007, kl. 13:49 til Ragnheiðar Kr. Jóhannesdóttur og Sigurhans Vignis. Tölvupóstur með viðhengi (pbs_110308-170308.xls) frá Ragnheiði Kr. Jóhannesdóttur, dags. 17. mars 2008, kl. 11:35, til Daða Más Steinþórssonar, Ernis Kárasonar og Bjargar Jónsdóttur. Afrit af tölvupósti með viðhengi (PBS_081103-081110.xls) frá Björgu Jónsdóttur til Herdísar Ólafar Friðriksdóttur hópstjóra, dags. 12. nóvember 2008, kl. 09:34.

⁵⁶ Tölvupóstur frá Ragnheiði Kr. Jóhannesdóttur til Sigurhans Vignis og Hermanns Björns Erlingssonar, dags. 21. maí 2008, kl. 10:13.

⁵⁷ Tölvupóstur með viðhengi (átak sept 2008.doc) frá Björgu Jónsdóttur til Ragnheiðar Kr. Jóhannesdóttur og cc til Sigurhans Vignis, dags. 19. mars 2008, kl. 17:23.



kreditkort.⁵⁸ Listann sendi viðskiptastjórinn síðan til framkvæmdastjóra *Fyrirtækjalausna*. Var þessum listum síðan dreift til sölumanna innan *Fyrirtækjalausna* og eftir atvikum til yfirstjórnar Valitors.⁵⁹ Var þetta ferli viðhaft endurtekið á árinu 2008. Er ljóst af gögnum í málinu að þessir listar voru greindir innan *Fyrirtækjalausna* með þeim hætti að þeir voru liður í markaðsaðgerðum gagnvart söluaðilum í viðskiptum við keppinaut.

Þessu til stuðnings má vísa til tölvupósta frá viðskiptastjóra *Fyrirtækjalausna* til framkvæmdastjóra þann 29. ágúst 2008, en þar segir:

„... hér kemur uppfærður listi frá 14. júlí sl. (14. júlí – 25. ágúst). Sýnist þeir vera herja á úra- og skartgripaverslanir, bílasölur og eitthvað virðist fjölga hjá hárgreiðslustofum. Var einmitt að hugsa í gær hvernig við ætlum að „tækla“ söluaðila í C-flokki þegar kemur að dual – þar sem við getum ekki boðið sambærilegt og þau þar.“⁶⁰

Ljóst er að „þeir“ vísar til PBS/Kortþjónustunnar. Í viðhengi með tölvupóstinum eru listar mismunandi tímabila bornir saman og unnir úr því listar sem sýna hvaða söluaðilar hafa byrjað í viðskiptum við PBS/Kortþjónustuna með tilheyrandi upplýsingum. Gefur þetta til kynna tilgang listans og sýnir að hann var notaður til markaðsaðgerða.

Til viðbótar við lista yfir söluaðila í viðskiptum við PBS/Kortþjónustuna er ljóst að umræddum lista var breytt þegar Borgun hóf aukna samkeppni við Valitor og byrjaði að færsluhirða VISA kreditkort og Electron debetkort í upphafi árs 2009. Fólst breytingin í því að listinn var látinn taka til allra færsluhirða sem tengdust uppgjörskerfi Valitors og varðaði gögn sem bærust frá alþjóðlega uppgjörskerfinu VISA NET. Í janúar 2009 tilkynnti vinnslustjóri á Upplýsingatæknisviði Valitors til deildarstjóra á sama sviði að nýr „pbs“ listi yrði búinn til þann dag sem tilkynningin var send. Spurði hann hvort það ætti að breyta listanum. Honum var strax svarað af deildarstjóra:⁶¹

„Nei, það er ekkert komið annað en PBS – við breytum þessu fljótlega svo það sjáist munur á PBS og Borgun t.d. Keyrðu þetta bara núna eins og venjulega.“

Með tölvupósti, dags. 4. febrúar 2009, er sendur listi til yfirmanna *Fyrirtækjalausna* með viðhengi „pbs_270109-040209.xls“ með eftirfarandi skilaboðum: „Pbs listinn var ekki sendur á mánudaginn. Listinn sem þú færð sendan nær því frá þriðjudegi til miðvikudags

⁵⁸ Tölvupóstur frá Sigurhans Vigni til Ragnheiðar Kr. Jóhannesdóttur, dags. 17. apríl 2008, kl. 12:53. Tölvupóstur með viðhengi (PBS 08-04-14.xls) frá Ragnheiði Kr. Jóhannesdóttur til Sigurhans Vignis, dags. 17. apríl 2008, kl. 13:30 og tölvupóstur með viðhengi (PBS 08-04-14.xls) frá Ragnheiði Kr. Jóhannesdóttur til Sigurhans Vignis, dags. 14. maí 2008, kl. 13:57.

⁵⁹ Tölvupóstur með viðhengi (Töpuð viðskipti 080414.xls) frá Sigurhans Vigni til Valitor – Framkvæmdastjórn, dags. 18. apríl 2008, kl. 10:31 og tölvupóstur með viðhengi (PBS 080505.xls) frá Sigurhans Vigni til Valitor – Framkvæmdastjórn, dags. 14. maí 2008, kl. 21:17.

⁶⁰ Tölvupóstur með viðhengi (PBS 10.júní 2008.xls) frá Ragnheiði Kr. Jóhannesdóttur til Sigurhans Vignis, dags. 29. ágúst 2008, kl. 15:18. Sjá einnig tölvupóst með viðhengi (10.júní 2008.xls) milli sömu aðila, dags. 6. október 2008, kl. 17:03.

⁶¹ Tölvupóstar, dags. 26. janúar 2009, kl. 10:12 og 10:27, milli Hermanns Björns Erlingssonar vinnslustjóra og Steinunnar M. Sigurbjörnsdóttur deildarstjóra á Upplýsingatæknisviði Valitors.



í stað þriðjudags til mánudags." ⁶² Í tölvupósti, dags. 9. febrúar 2009, skrifaði sami deildarstjóri til vinnslustjórans: ⁶³

„Sigurhans ⁶⁴ er að biðja um breytingu á þessu. Núna eru þetta bara PBS færslur sem hann er að fá, en hann þarf að fá alla færsluhirða sem eru að bröлта hér á landi.“

Með tölvupósti milli sömu aðila, dags. 10. febrúar 2009, sendi vinnslustjórinn deildarstjóranum breytta skrá „AFH“ sem er yfir alla færsluhirða. ⁶⁵ Hann fékk viðbrögð sama dag frá deildarstjóranum þar sem einni ósk um upplýsingar var bætt við. Nánar segir: „Takk, má ég bæta einu við??? Það þyrfti að sjást processing bin svo hægt sé að sjá hvaða færsluhirðir þetta er ... Þetta er svo það sem Sigurhans vill fá vikulega í stað hins listans.“ Með tölvupósti, dags. 10. febrúar 2009, sendi vinnslustjórinn framkvæmdastjóra Fyrirtækjalausna Valitors listann með eftirfarandi texta: ⁶⁶ „Viltu senda mér staðfestingu ef þú ert sáttur við að listinn verði eins og sá sem fylgir með. Listinn myndi þá breytast í AFH í stað PBS, Allir FærsluHirðar. Ef þú vilt breyta einhverju láttu mig eða Steinunni vita.“ Hann fékk svar samdægurs þar sem segir. „Þetta er fínt, fá samt bin númer í öll sheetin ...“ Með tölvupósti, dags. 11. febrúar 2009, sendi sami vinnslustjóri prufulista til deildarstjórans. ⁶⁷ Í listanum kemur fram númer færsluhirðis („bin númer“), nafn söluaðila, fjöldi færslna og heildarupphæð ásamt mynt (númer) og kortategund (merkt 1 kreditkort og 2 debetkort). Stuttu seinna sama dag sendi vinnslustjórinn tölvupóst til „Valitor – Vinnsludeild“ með heitinu „PBS verður AFH“. ⁶⁸ Þar segir: „PBS listinn sem við sendum á mánudögum breytist frá og með næsta mánudegi í AFH lista Allir FærsluHirðar, það verður sama dags frá og til og áður. Senda á listana á sömu aðila, Sigurhans, Ragnheiði og Björgu Jóns.“ Með tölvupósti, dags. 16. febrúar 2009, var þessi nýi listi „AFH_100209-160209.xls“ sendur til fyrrnefndra starfsmanna Valitors og var svo gert reglulega (vikulega) a.m.k. til loka júní 2009. ⁶⁹ Voru þessir listar sendir til helstu yfirmanna Fyrirtækjalausna og þar með talið til framkvæmdastjóra sviðsins.

Gögn málsins gefa til kynna að á árinu 2009 hafi Valitor beint úrvinnslu meira að árangri Borgunar í færsluhirðingu vegna VISA korta með gerð sérstakra lista sem eru tengdir við færsluhirðingu Borgunar. Í tölvupósti, dags. 18. mars 2009, frá framkvæmdastjóra Fyrirtækjalausna til sölustjóra á sama sviði segir:

⁶² Tölvupóstur frá Hermanni Birni Erlingssyni, dags. 4. febrúar 2009, kl. 09:26, til Sigurhans Vignis, Ragnheiðar Kr. Jóhannesdóttur og Bjargar Jónsdóttur með viðhengi pbs_270109-040209.xls.

⁶³ Tölvupóstur, dags. 9. febrúar 2009, kl. 20:54, frá Steinunni M. Sigurbjörnsdóttur deildarstjóra á Upplýsingatækisviði Valitors til Hermanns Björns Erlingssonar vinnslustjóra á sama sviði.

⁶⁴ Framkvæmdastjóri Fyrirtækjalausna.

⁶⁵ Tölvupóstur, dags. 10. febrúar 2009, kl. 09:34 og 12:27, milli Hermanns Björns Erlingssonar og Steinunnar M. Sigurbjörnsdóttur deildarstjóra, Hugbúnaðardeildar Valitors.

⁶⁶ Tölvupóstur, dags. 10. febrúar 2009, kl. 12:52 og 13:35, milli Hermanns Björns Erlingssonar og Sigurhans Vignis framkvæmdastjóra Fyrirtækjalausna Valitors.

⁶⁷ Tölvupóstur, dags. 11. febrúar 2009, kl. 15:23 og 15:25, milli Hermanns Björns Erlingssonar og Steinunnar M. Sigurbjörnsdóttur.

⁶⁸ Tölvupóstur dags. 11. febrúar 2009, kl. 15:36, frá Hermanni Birni Erlingssyni til Valitor – Vinnsludeild.

⁶⁹ Tölvupóstur með viðhengi, dags. 16. febrúar 2009, kl. 12:58, frá Hermanni Birni Erlingssyni til Sigurhans Vignis framkvæmdastjóra, Björgu Jónsdóttur sölustjóra og Ragnheiðar Kr. Jóhannesdóttur viðskiptastjóra, allt starfsmenn Fyrirtækjalausna Valitors.



„Hér er nýjasti listinn vegna færsluhirðingar B. Þeir virðast vera mikið í húsgagnaverslunum, raftækjaverslunum, hárgreiðslustofum og veitingahúsum. Ættir að bera þetta saman við listann okkar.“⁷⁰

Með tölvupóstinum er viðhengi með lista yfir söluaðila. Við samanburð á þessum lista og AFH lista frá 23. mars 2009 kemur í ljós að allir þessir söluaðilar eru í færsluhirðingu hjá Borgun á þessum tíma.⁷¹ Að mati Samkeppniseftirlitsins er því ljóst að skammstöfunin B sem færsluhirðir, sem Valitor notar reglulega, á við Borgun.

Í tölvupósti, dags. 24. mars 2009, frá framkvæmdastjóra *Fyrirtækjalausna* til tveggja starfsmanna sviðsins, þar með til sölustjóra, segir: *„Þessir virðast vera farnir – var búið að ræða við þá alla?“* Í tölvupóstinum eru síðan taldir upp nokkrir söluaðilar úr veitingahúsarekstri.⁷² Við samanburð við AFH lista frá 23. mars 2009 kemur í ljós að allir þessir aðilar eru í færsluhirðingu hjá Borgun.⁷³ Að mati Samkeppniseftirlitsins fer hér ekki á milli mála að umræddir listar sem dreift er innan *Fyrirtækjalausna* um söluaðila í viðskiptum við keppinauta Valitors í færsluhirðingu er ætlað að vera notaðir og eru notaðir í markaðslegum tilgangi gegn keppinautum félagsins.

Þann 27. apríl 2009 sendir vinnslustjóri í vinnsludeild Valitors AFH lista til framkvæmdastjóra og sölustjóra í *Fyrirtækjalausnum*.⁷⁴ Stuttu seinna sendir framkvæmdastjórinn tölvupóst til sölustjórans þar sem segir: *„Getur þú kíkt á mig.... þegar þú ert búin að renna yfir nýjasta listann frá Höllu.“*⁷⁵ Seint að kvöldi sama dags sendir framkvæmdastjórinn tölvupóst með viðhengi til sölustjórans þar sem segir:

*„Hér er nýjasti listinn um færsluhirðingu B. Verða upplýsingarnar um gang sölumála, hvað í gangi og hvernig gengur, hjá hverjum og einum, tilbúnar fyrir kl. 10 á morgun.“*⁷⁶

Við samanburð á AFH listanum og listanum frá framkvæmdastjóranum kemur í ljós að allir söluaðilar eru í færsluhirðingu hjá Borgun á þessum tíma. Með hliðsjón af orðalagi framkvæmdastjórans í tölvupóstinum til sölustjórans virðist ljóst að listarnir hafi verið tengdir markaðs- og sölumálum á vegum *Fyrirtækjalausna*.

Þann 12. maí 2009 sendir framkvæmdastjóri *Fyrirtækjalausna* tölvupóst með viðhengi til sölustjóra sviðsins þar sem segir: *„Nýjasti listinn frá B, skoða allt og veitingahús.“*⁷⁷ Á

⁷⁰ Tölvupóstur með viðhengi (Book9.xls) frá Sigurhans Vigni til Bjargar Jónsdóttur, dags. 18. mars 2009, kl. 20:30.

⁷¹ Tölvupóstur með viðhengi (AFH_090316-090323.xls) frá Höllu Guðmundsdóttur, vinnslustjóra Vinnsludeild til Sigurhans Vignis og Bjargar Jónsdóttur, dags. 23. mars 2009, kl. 13:38.

⁷² Tölvupóstur frá Sigurhans Vigni til Gunnar Gunnarssonar og Bjargar Jónsdóttur, dags. 24. mars 2009, kl. 21:53.

⁷³ Tölvupóstur með viðhengi (AFH_090316-090323.xls) frá Höllu Guðmundsdóttur til Sigurhans Vignis og Bjargar Jónsdóttur, dags. 23. mars 2009, kl. 13:38.

⁷⁴ Tölvupóstur með viðhengi (AFH_090420-090427.xls) frá Höllu Guðmundsdóttur vinnslustjóra til Sigurhans Vignis og Bjargar Jónsdóttur, dags. 27. apríl 2009, kl. 12:44.

⁷⁵ Tölvupóstur frá Sigurhans Vigni til Bjargar Jónsdóttur, dags. 27. apríl 2009, kl. 13:14.

⁷⁶ Tölvupóstur með viðhengi (Book7.xls) frá Sigurhans Vigni til Bjargar Jónsdóttur, dags. 27. apríl 2009, kl. 22:41.

⁷⁷ Tölvupóstur með viðhengi (Book25.xls) frá Sigurhans Vigni til Bjargar Jónsdóttur, dags. 12. maí 2009, kl. 15:21.



listanum í viðhenginu eru nöfn söluaðila sem voru á þeim tíma í viðskiptum um færsluhirðingu hjá Borgun, samkvæmt AFH lista sem *Fyrirtækjalausnir* hafði undir höndum.⁷⁸ Í tölvupósti frá framkvæmdastjóranum til sölustjórans, dags. 13. maí 2009, segir meðal annars: „*Hvað með Zik Zakk sé að þeir eru komnir til B ? Líka Bæjarins Bestu. Svo þarf líka að vinna í báðum bíókeðjunum*“.⁷⁹ Á fyrrnefndum AFH lista frá 11. maí 2009 kemur fram að þessir tveir söluaðilar eru í viðskiptum við Borgun. Að mati Samkeppniseftirlitsins undirstrikar þetta enn frekar í hvaða tilgangi listarnir eru notaðir af hálfu *Fyrirtækjalausna* Valitors.

Samskonar lista sendir framkvæmdastjóri *Fyrirtækjalausna* til sölustjórans 22. og 27. maí 2009.⁸⁰ Í báðum tilfellum er vísað í nýjasta listann frá Borgun. Í seinni tölvupóstinum er tiltekið að Bílabúð Benna sé farin til keppinautarins. Kemur það fram í listunum. Þann 28. maí 2009 sendir sölustjóri tölvupóst til fulltrúa hjá *Fyrirtækjalausnum* tölvupóst með viðhengi. Er þar um að ræða sama lista og fylgdi tölvupóstinum frá 27. maí 2009 (Book40.xls) þar sem söluaðilum hefur verið raðað í stafrófsröð og upphæðum sleppt.⁸¹

Við mat á þessari háttsemi Valitors verður að horfa til þess hvaða samkeppnisleg vandamál skilyrðum í ákvörðun nr. 4/2008 var ætlað að leysa. Aðdragandi þeirrar ákvörðunar var m.a. misnotkun Valitors á trúnaðarupplýsingum úr eigin tölvukerfi félagsins um keppinaut sem leiddi til þess að Valitor leitaði eftir sátt við Samkeppniseftirlitið í málinu. Við gerð sáttarinnar fóru fram ítarlegar umræður um nauðsynleg skilyrði til framtíðar og efnislegt innihald þeirra. Í því fólst m.a. að Valitor væri óheimilt að nota upplýsingar sem félagið býr yfir um söluaðila í viðskiptum við keppinauta Valitors í markaðslegum tilgangi. Eðli málsins samkvæmt var tilefni og tilgangur 1. tl. 1. gr. auljóslega að koma í veg fyrir að *Fyrirtækjalausnir* innan Valitors hefði þessar upplýsingar undir höndum og beitti þeim í markaðsaðgerðum sínum. Mátti Valitor vera ljóst að tilefni þessa tiltekna skilyrðis var m.a. að koma í veg fyrir að sú eining innan félagsins sem annaðist samskipti við söluaðila um færsluhirðingu hefði undir höndum upplýsingar úr kerfum félagsins sem tilheyra útgáfustarfsemi Valitors og vörðuðu viðskiptavini keppinauta félagsins í færsluhirðingu.

Umrætt skilyrði 1. tl. í ákvörðun nr. 4/2008 er skýrt. Samkvæmt því er Valitor bannað að nota upplýsingar sem félagið býr yfir (í eigin kerfum sem hópaðili að VISA EU) um söluaðila í viðskiptum við keppinauta til markaðsaðgerða gegn keppinautum. Að mati Samkeppniseftirlitsins blasir við að háttsemi Valitors er til þess fallin að hafa áhrif á starfsemi keppinauta félagsins á skilgreindum markaði. Þau sjónarmið sem Valitor hefur sett fram geta ekki breytt mati Samkeppniseftirlitsins á háttsemi félagsins, sbr. nánar hér á eftir.

⁷⁸ Tölvupóstur með viðhengi (AFH_090504-090511.xls) frá Höllu Guðmundsdóttur Vinnsludeild til Sigurhans Vignis og Bjargar Jónsdóttur, dags. 11. maí 2009, kl. 12:59.

⁷⁹ Tölvupóstur frá Sigurhans Vigni til Bjargar Jónsdóttur, dags. 13. maí 2009, kl. 21:37.

⁸⁰ Tölvupóstur með viðhengi (Book36.xls) frá Sigurhans Vigni til Bjargar Jónsdóttur, dags. 22. maí 2009, kl. 13:11 og annar með viðhengi (Book40.xls), dags. 27. maí 2009, kl. 16:03.

⁸¹ Tölvupóstur með viðhengi (SAMKEPPNI vika 23. xls) frá Björgu Jónsdóttur til Sigrúnar Jónsdóttur, dags. 28. maí 2009, kl. 12:25.



Að öllu framansögðu virtu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi með þeirri háttsemi sinni sem að framan er lýst og átti sér stað eftir 29. nóvember 2007 brotið með alvarlegum hætti gegn skilyrðum sáttar sem félagið gerði við Samkeppniseftirlitið þann dag, sbr. og 1. tl. 1. gr. í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Áttu brot þessi sér stað á árunum 2008 og 2009.

2.2 Brot Valitors á 7. tl. 1. gr. í ákvörðunarorðum

Í 7. tl. 1. gr. í ákvörðunarorðum ákvörðunar nr. 4/2008 er lagt bann við tilteknum samskiptum milli Valitors og Reiknistofu bankanna. Þannig féllst Valitor á að óska ekki eftir því við Reiknistofu bankanna að hún aflaði eða miðlaði hvers konar viðskiptalegum upplýsingum um núverandi eða mögulega keppinauta Valitors. Þá er Valitor óheimilt að taka við og nýta sér upplýsingar frá Reiknistofu bankanna um keppinauta Valitors. Samkvæmt skilyrðinu var Valitor því bannað að óska eftir og taka við viðskiptalegum upplýsingum um þáverandi og mögulega keppinauta félagsins. Í þessu sambandi er rétt að áréttta að heimildarleit og fjárhagslegar færslur vegna notkunar íslenskra debetkorta fara fram í kerfum Reiknistofu bankanna.

Afritaðir tölvupóstar í þessu máli bera með sér að Valitor hafi óskað eftir upplýsingum um keppinauta sína frá Reiknistofu bankanna. Þar kemur fram að starfsmaður á Fjármálasviði Valitors og sviðsstjóri Tæknisviðs, með fullri vitneskju framkvæmdastjóra *Fyrirtækjalausna*, ákveða að óska eftir tilteknum upplýsingum frá Reiknistofu bankanna.⁸² Er þessari ósk komið á framfæri við Reiknistofuna í gegnum verkbeiðnakerfi þann 9. mars 2009.⁸³ Í óskinni til Reiknistofu bankanna felst að breyta „DK lista 860“ með þeim hætti að fram komi velta VISA kortahafa (innanlands) hjá söluaðilum sem eru færsluhirtir annars vegar af PBS og hins vegar af Borgun. Með sama hætti skuli koma fram færslufjöldi vegna þessara sömu viðskipta hjá þessum söluaðilum í viðskiptum við PBS og Borgun. Í tölvupósti frá starfsmanni Reiknistofunnar í maí 2009 til sama starfsmanns á Fjármálasviði Valitors kemur fram að vinna við breytingu á DK lista 860 sé í gangi.⁸⁴

Samkeppniseftirlitið telur að þessi breyting á lista sem unnin var hjá Reiknistofu bankanna hafi m.a. haft þann tilgang að auðvelda Valitor að fylgjast með framgangi og árangri keppinauta félagsins í færsluhirðingu. Með sama hætti, og með gerð lista yfir söluaðila í viðskiptum við keppinauta Valitors í færsluhirðingu sem gerðir voru úr upplýsingum í eigin kerfi Valitors, þá eru að mati Samkeppniseftirlitsins engar efnislegar eða réttmætar forsendur til þess, að sú eining innan Valitors sem semur um færsluhirðingu við söluaðila, *Fyrirtækjalausnir*, hafi aðkomu að gerð þessa lista og hafi hann undir höndum. Um er að ræða viðkvæmar viðskiptalegar upplýsingar um keppinautana sem Valitor óskar eftir að Reiknistofa bankanna afli og miðli til Valitors. Ekki er ástæða til þess að ætla annað en að Valitor hafi einnig tekið við þessum upplýsingum.

Hér að framan hefur verið sýnt fram á með rökstuddum hætti að á árinu 2009 hafi Valitor með þessari háttsemi brotið gegn umræddu skýru og afdráttarlausu ákvæði sem Valitor

⁸² Tölvupóstar, dags. 6. mars 2009, kl. 16:43, og 9. mars 2009, kl. 10:33, milli Stefáns Ara Stefánssonar og Steinunnar M. Sigurbjörnsdóttur með cc til Sigurhans Vignis.

⁸³ Tölvupóstur, dags. 9. mars 2009, kl. 10:33, frá Steinunni M. Sigurbjörnsdóttur til Ingvars B. Ólafssonar.

⁸⁴ Tölvupóstur, dags. 20. maí 2009, kl. 14:15, frá Alex Montazeri (RB) til Stefáns Ara Stefánssonar Valitor.



undirgekkst í sátt við Samkeppniseftirlitið 29. nóvember 2007, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Þau sjónarmið sem Valitor hefur sett fram geta ekki breytt þessu mati Samkeppniseftirlitsins á háttsemi félagsins, sbr. nánar hér á eftir.

2.3 Um sjónarmið Valitors um brot á skilyrðum

Í umsögn Valitors til Samkeppniseftirlitsins, dags. 5. júlí 2012, er því mótmælt að félagið hafi brotið gegn skilyrðum 1. tl. og 7. tl. 1. gr. í ákvörðunarorðum í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Samkeppniseftirlitið dragi rangar ályktanir af fyrirliggjandi gögnum ásamt því að gögnin séu tekin úr samhengi. Þá telji Valitor að Samkeppniseftirlitið túlki nefnda töluliði í ákvörðun nr. 4/2008 með röngum hætti. Ákvörðun nr. 4/2008 hafi verið íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun í garð Valitors.

Það sé grundvallarregla í stjórnslurétti, að stjórnvaldsákvörðun verði að vera bæði ákveðin og skýr, svo að málsaðili geti skilið hana og metið réttarstöðu sína. Af þeirri grundvallarreglu stjórnsluréttar leiði að allar skyldur sem lagðar séu á borgarana með stjórnvaldsákvörðunum verði að vera skýrar og ótvíræðar. Af henni leiði jafnframt að íþyngjandi stjórnvaldsákvörðanir verði ekki túlkaðar með rýmkandi hætti og ekki lagðar frekari skyldur á aðila þeirra en leiði af túlkun samkvæmt orðanna hljóðan. Þá verði skyldur ekki lagðar á aðila stjórnvaldsákvörðunar vegna ummæla í forsendum eða markmiðum hennar. Valitor vísar í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 11/1996 þar sem m.a komi fram að við úrlausn máls beri fyrst og fremst að hafa í huga nauðsyn þess að ákvörðunarorð sé svo skýrt sem unnt sé. Þeim fyrirtækjum sem í hlut eigi sé nauðsynlegt að geta reitt sig á texta ákvörðunarorðsins í sem fyllstum mæli. Með svipuðum hætti megi telja að skýringar samkeppnisyfirvalda á ákvörðunarorði eftirá svo og hugsanlegar aðgerðir þeirra í framhaldi skapi réttaróvissu fyrir fyrirtækin sem þau eigi ekki að þurfa að búa við nema alveg sérstaklega standi á. Af þessum sökum verði að gera miklar kröfur til samkeppnisyfirvalda um skýrt orðalag í ákvörðunarorði.

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. 6395/2010, *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segi m.a að brot á fyrirmælum varði viðurlögum í formi stjórnvaldssekta. Með hliðsjón af þessu verði fyrirmælin að vera bæði ákveðin og skýr. Því beri að líta svo á að aðili eigi ekki að bera hallann af óljósu efni íþyngjandi fyrirmæla og að almennt beri að skýra vafa í því efni aðila í hag. Ljóst sé því að á Valitor verði ekki lagðar frekari skyldur en leiði beinlínis af orðanna hljóðan þeirra skilyrða sem sett hafi verið með ákvörðun nr. 4/2008. Við túlkun þeirra megi þó taka mið af forsendum þeirra, enda sé það Valitor í hag.

2.3.1 Sjónarmið Valitors um brot á skilyrði 1. tl.1. gr.

Í umsögn Valitors til Samkeppniseftirlitsins er því hafnað að félagið hafi brotið umrætt skilyrði og bendir Valitor á að í nefndum töluliði segi eftirfarandi: „*Valitor er óheimilt að nota upplýsingar sem félagið býr yfir um söluaðila í viðskiptum við keppinauta til markaðsaðgerða gegn keppinautum.*”

Það hafi verið mat Samkeppniseftirlitsins í nefndri ákvörðun að upplýsingar fengnar úr kerfum Valitors hafi verið nýttar til aðgerða gegn PBS með þeim hætti að viðskiptavinum Kortabjónustunnar hafi verið boðin sértæk kjör o.s.frv. Hafi þeim töluliði sem um sé deilt í



málinu verið beint gegn þessari háttsemi þ.e. markaðsaðgerðum gagnvart keppinautum á grundvelli upplýsinga úr kerfum, enda sé það beinlínis áskilið í tölulíðnum sjálfum. Veki því óneitanlega furðu þegar Samkeppniseftirlitið komist að þeirri niðurstöðu að Valitor hafi farið gegn 1. tl. 1. gr. títtnefndrar sáttar með því að hafa haldið áfram að „*fylgjast með þeim söluaðilum sem voru í viðskiptum við PBS um færsluhirðingu ...*“. Þá segi að það nægi eitt og sér að þessar upplýsingar hafi borist til *Fyrirtækjalausna* innan Valitors til þess að um sé að ræða brot á tilgreindri sátt. Enn fremur telji Samkeppniseftirlitið að Valitor sé með öllu óheimilt að miðla upplýsingum innan fyrirtækisins um viðskipti söluaðila við keppinauta félagsins í færsluhirðingu. Þessar ályktanir eftirlitsins veki furðu og séu ekki í neinu samræmi við efni sáttarinnar, orðalags og inntak nefnds tölulíðs eða þá meintu háttsemi sem honum hafi verið stefnt gegn. Með öðrum orðum sé þetta hvorki í samræmi við túlkun á tölulíðnum samkvæmt orðanna hljóðan né í samræmi við markmiðsskýringu á inntaki hans.

Því sé ekki nægjanlegt til þess að um brot gegn 1. tl. 1. gr. ákvörðunar eftirlitsins geti verið að ræða að tilteknum upplýsingum hafi verið miðlað innan Valitors án þess að nokkrar sannanir um að upplýsingarnar hafi verið notaðar til markaðsaðgerða liggja fyrir. Nefni eftirlitið ekki eitt dæmi um slíkar markaðsaðgerðir í umfjöllun sinni, þrátt fyrir að hafa í húsleit lagt hald á gríðarlegt magn gagna fyrirtækisins. Sé alls ekki nægjanlegt að vísa til þess eins að ekki fáist séð hvað annað Valitor hafi átt að gera við þessa lista enn að herja á viðskiptavinum keppinauta sína sem og að vísa til þess að listarnir séu sambærilegir þeim listum sem fjallað var um í ákvörðun nr. 4/2008 til þess að háttsemin teljist brot á nefndum tölulíð ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins. Þá séu gerðar alvarlegar athugasemdir við ályktanir Samkeppniseftirlitsins eins og þær séu settar fram í andmælaskjali. Fráleitt sé að vísa til samskipta innan félagsins sem áttu sér stað á árunum 2003-2005 til stuðnings því að upplýsingar eða listar sem unnir voru á árinu 2008 hafi verið í markaðslegum tilgangi. Enn fráleitari séu ályktanir um að ekki hafi farið á milli mála að þessar upplýsingar voru notaðar til þess að reyna með markaðshæðun að ná þessum söluaðilum aftur í viðskipti við Valitor um færsluhirðingu enda liggja engar upplýsingar eða gögn fyrir þessu til stuðnings. Verði að gera þær kröfur til stjórnvaldsins að draga ekki ályktanir um meint brot út frá slíkum upplýsingum. Það sama megi segja um ályktun um að þessi háttsemin mi Valitors hafi verið til þess fallin að hafa áhrif á starfsemi keppinauta félagsins á skilgreindum markaði. Sé fullyrðing þarna sett fram án nokkurs rökstuðnings.

Þá segir í umsögn Valitors að kjarninn í þessum tölulíð sé að Valitor sé óheimilt að nota nefndar upplýsingar til markaðsaðgerða gegn keppinautum. Hugtakið markaðsaðgerð sé ekki skilgreint í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 né orðabókum eða í orðasöfnum. Verði að telja að nokkur vafi leiki á því hvernig beri að skilja hugtakið markaðsaðgerð. Í öllu falli verði að skilja hugtakið með þeim hætti að átt sé við að Valitor fari út á markaðinn og hefji tiltekna aðgerðir gagnvart keppinautum félagsins á grundvelli þeirra upplýsinga um söluaðila sem félagið búi yfir. Í þessu samhengi sé einnig vísað til þess að Samkeppniseftirlitið geti ekki víkkað út og breytt sáttákvörðunum sínum einhliða svo bindandi sé. Verði að hafa í huga að vandséð sé hvernig miðlun slíkra upplýsinga innan Valitors, án þess að þær séu notaðar í markaðsaðgerðir, raski samkeppni á mörkuðum á nokkurn hátt. Hérna verði að hafa í huga að allan vafa verði að



túlka Valitor í hag í samræmi við viðtekin sjónarmið í stjórnslurétti. Í þessu ljósi veiki nokkra undrun að í þessum þætti málsins hafi Samkeppniseftirlitið ekki nefnt eitt stakt dæmi um að Valitor hafi farið út á markaðinn og herjað á söluaðila á grundvelli upplýsinga sem félagið hafi búið yfir.

Valitor vísar enn fremur máli sínu til stuðnings til kvörtunar Kortapjónustunnar, dags. 9. júlí 2009, þar sem fram komi að Valitor virðist hafa skipt um aðferðir í markaðsaðgerðum. Valitor virðist að mestu leyti hafa látið af þeirri háttsemi að hafa beint samband við viðskiptavinum Kortapjónustunnar. Fáist ekki betur séð en að Kortapjónustan staðfesti með þess að umræddir listar hafi ekki verið notaðir í markaðslegum tilgangi.

Þá sé vakin sérstök athygli á því að ekki sé með nokkrum hætti lagt við því bann í nefndum tölulið að Valitor fylgist með keppinautum félagsins heldur eingöngu að upplýsingar séu notaðar til „markaðsaðgerða“ gegn nefndum aðilum. Verði hér að hafa í huga að það teljist seint hefðbundin samkeppni ef ekkert sé fylgst með því hvað gerist á markaði sem fyrirtæki starfi á, þ. m. t. hvað samkeppnisaðilar séu að gera. Tilgangur með því að afla umræddra lista hafi eingöngu verið að fylgjast með eigin stöðu á markaðnum þ.e. hvaða viðskiptavinir höfðu hætt viðskiptum við félagið. Hafi þetta haft sérstök áhrif þegar hin svokallaða „dual“ færsluhirðing hófst, þar sem mörg hundruð söluaðilar yfirgáfu Valitor á nokkrum vikum. Þannig hafi fjölmargir söluaðilar farið frá Valitor á innan við þremur mánuðum í framhaldi af mjög öflugri herferð Borgunar. Hafi flest öllum söluaðilum Valitors verið sent tilboð um að koma með öll viðskiptin til Borgunar og verulegar breytingar hafi orðið á skömmum tíma á markaðnum. Þar sem Valitor hafi horft fram á að missa bróðurpart markaðshlutdeildar sinnar á örskots stundu hafi verið nauðsynlegt að Valitor hefði yfirsýn yfir þessar miklu og hröðu breytingar hvað varði fjár- og áhættustýringu félagsins. Hafa verði í hugsa í því sambandi að á markaðnum fari söluaðilar nær ávallt þá leið að hætta einfaldlega að senda Valitor færslur í stað þess að segja samningum upp. Sé það því Valitor enn nauðsynlegra að hafa getað fylgst með þróun veltunnar. Hafi því hins vegar aldrei verið til að dreifa að umræddir listar hafi verið notaðir í markaðsaðgerðir.

Því sé einnig hafnað að Valitor hafi lagt ríka áherslu á listana. Það sé of víðtæk ályktun að draga af þeim gögnum sem Samkeppniseftirlitið vísi til. Einstaka póstur þar sem fjallað sé um listana, þar sem bent sé á að tilteknir starfsmenn mættu fá þá eða annað, séu ekki vísbending um ríka áherslu. Þvert á móti séu þeir póstur sem Samkeppniseftirlitið vísi til fáir og geti ekki talist til marks um ríka áherslu Valitors á listana.

Þá sé erfitt að átta sig á því hvað umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um að Valitor telji bein samskipti við söluaðila heppilegri leið í samskiptum við söluaðila en tölvupósta merki. Samkeppniseftirlitið vísi ekki til neinna gagna um að brotið hafi verið gegn ákvörðun Samkeppniseftirlitsins símléiðis eða með öðrum hætti munnlega. Sé því enda alfarið hafnað að svo hafi verið. Geti Samkeppniseftirlitið ekki ályktað um efni ætlaðra heimsókna eða símtala til söluaðila með þeim hætti sem virðist vera gert í andmælaskjali stofnunarinnar. Telji Valitor að samskipti við söluaðila hafi verið að öllu leyti í samræmi við þau skilyrði sem Samkeppniseftirlitið hafi sett sem og lög og reglur að öðru leyti. Sé engum gögnum til að dreifa sem styðji við aðra niðurstöðu.



Í andmælaskjali sé bent á það að tölvupóstur um sölustarf og hinir umþrættu listar, hafi verið sendir í tölvupósti á tiltekinn hóp innan Valltor. Valitor hafnar því að með miðlun upplýsinga innan Valltors felist markaðsaðgerð í skilningi 1. tl. 1. gr. ákvörðunarinnar. Sé fjarri lagi að það sé fullnægjandi sönnun um brot gegn nefndum tölulið að tilteknir listar hafi verið útbúnir gefi til kynna að markaðsaðgerðir hafi átt sér stað eins og ítrekað sé haldið fram af hálfu eftirlitsins. Þau samskipti og gögn sem Samkeppniseftirlitið vísi til séu brotakennd. Ekki sé um að ræða ítarleg eða markviss samskipti um þá lista sem miðlað hafi verið. Samskiptin beri ekki með sér að listanir séu notaðir af hálfu Valitors til markaðsaðgerða gagnvart keppinautum þess.

Telur Valitor að Samkeppniseftirlitið hafi gengið of langt í skýringum á ákvæði 1. tl. 1. gr. skilyrðanna. Sá skilningur verði ekki leiddur af orðalagi ákvæðisins að Fyrirtækjalausnum hafi verið óheimilt að hafa gögnin undir höndum. Ekkert í orðalagi skilyrðisins gefi það til kynna. Það sem er bannað sé að beita upplýsingunum í markaðsaðgerðum. Svo sem fram komi í tilvitnuðum texta áttu sér stað töluverðar umræður um efni þessara skilyrða. Hafi Samkeppniseftirlitinu verið það í lófa lagið að gera það að skilyrði fyrir gerð sáttar við Valitor að engir listar af því tagi sem hér sé rætt um væru sendir á milli starfsmanna Valitors eða til Fyrirtækjalausna. Það hafi hins vegar ekki verið gert. Af því verði ekki dregin önnur ályktun en sú að það sé heimilt. Geti Valitor ekki fallist á það sem fram komi að túlka verði skilyrði 1. tl. 1. gr. skilyrðanna sem svo að *Fyrirtækjalausnum* hafi verið óheimilt að hafa listann undir höndum.

Samkeppniseftirlitið vísi til tölvupósts frá 29. ágúst 2008 þar sem rætt sé um fyrirtæki sem hætt hafi viðskiptum við Valltor. Í viðhengi sé listi yfir slík fyrirtæki. Samkeppniseftirlitið dragi þá ályktun af þessum tölvupósti að listinn hafi verið notaður til markaðsaðgerða. Ítrekað skal að það sé of víðtæk ályktun að draga. Ekkert komi fram um það í tölvupóstinum að það hafi staðið til að hagnýta listann til markaðsaðgerða. Sama eigi við um önnur þau samskipti sem Samkeppniseftirlitið vísi til. Samskiptin gefi ekki til kynna að listinn hafi verið notaður til markaðsaðgerða.

2.3.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að þau skilyrði sem fram koma í ákvörðun nr. 4/2008 og gilda gagnvart Valitor séu óskýr. Ekki er heldur unnt að fallast að 1. tl. 1. gr. ákvörðunar nr. 4/2008 leggi aðeins bann við því að nýta viðkvæmar upplýsingar úr kerfum Valitors til beinna aðgerða gegn söluaðilum. Með öðrum orðum að brot á 1. tl. geti ekki átt sér stað nema sannað sé að söluaðila hafi á grundvelli upplýsinganna verið veitt t.d. sértæk kjör.

Hér ber að rifja upp hvað fólst í sátt Samkeppniseftirlitsins við Valitor. Í 2. gr. hennar viðurkenndi Valitor tiltekin brot á 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Brotin tóku m.a. til eftirfarandi aðgerða:

- „▪ *Greiðslumiðlun nýtti sér upplýsingar úr kerfum sínum til þess að hafa eftirlit með PBS/Kortþjónustunni.*
- *Greiðslumiðlun beitti sértækum verðlækkunum og kjörum gagnvart söluaðilum sem voru í viðskiptum við PBS/Kortþjónustuna.*“



Þessum brotum var lýst nánar í ákvörðun nr. 4/2008:

„Vegna stöðu sinnar á markaði bjó Greiðslumiðlun yfir upplýsingum um viðskipti PBS/Kortapjónustunnar, m.a. upplýsingum um veltu söluaðila í viðskiptum við PBS/Kortapjónustuna. Voru þessar upplýsingar nýttar til aðgerða gegn PBS/Kortapjónustunni. M.a. á grundvelli þessara upplýsinga sneri Greiðslumiðlun sér til viðskiptavina PBS/Kortapjónustunnar og bauð þeim sértæk kjör og tilboð í því skyni að ná þeim úr viðskiptum við PBS/Kortapjónustuna. Var hér um að ræða ólögmetar sértækar verðlækkunar, sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 70/2007 Misnotkun Hf. Eimskipafélags Íslands á markaðsráðandi stöðu sinni. Voru þetta tilboð sem ekki stóðu söluaðilum í viðskiptum hjá Greiðslumiðlun almennt til boða. Fólu tilboðin t.d. í sér lækkun á þóknun sem söluaðilar greiða, örari útborgaranir og jafnvel fría posa. Þar sem posaleiga er sérstakur markaður fól það í sér ólögmetu samtvinnun þegar boðnir voru posar til leigu með afslætti eða frír þegar reynt var að ná söluaðilum aftur í viðskipti í færsluhirðingu frá PBS/Kortapjónustunni. Leiddi þetta til þess að PBS/Kortapjónustan missti viðskiptavini.“

Brot Valitors að þessu leyti voru því a.m.k. tvíþætt. Annars vegar að hafa hagnýtt sér viðkvæmar upplýsingar í markaðslegum tilgangi til þess að fylgjast með aðgerðum umrædds keppinautar síns í færsluhirðingu. Hins vegar með því að nota umræddar upplýsingar til bjóða söluaðilum, sem hafið höfðu viðskipti við PBS/Kortapjónustuna, sértæk kjör og tilboð.

Eins og segir í ákvörðun nr. 4/2008 féllst Valitor á fyrirmæli sem ætlað er að efla virka samkeppni og koma í veg fyrir að samskonar brot verði framin. Til að tryggja þetta skuldbatt Valitor sig til þess að breyta háttsemi sinni með eftirfarandi hætti:

- Í 1. tl. 1. gr. sáttarinnar kemur fram að Valitor sé óheimilt að nota upplýsingar sem félagið býr yfir um söluaðila í viðskiptum við keppinauta til markaðsaðgerða gegn keppinautunum.
- Í 2. tl. segir að Valitor sé óheimilt „að beita sértækum verðlækkunum og kjörum gagnvart söluaðilum sem eru í viðskiptum hjá keppinautum félagsins.“

Samkvæmt þessu var talið nauðsynlegt bæði að tryggja að Valitor myndi ekki í markaðsaðgerðum sínum á færsluhirðingarmarkaði nýta sér viðkvæmar upplýsingar um keppinauta sína og að Valitor myndi ekki í kjölfarið snúa sér til viðskiptavina keppinauta sinna og reyna með sértækum aðgerðum að ná þeim í viðskipti til sín.

Þegar af þessu má ljóst vera að sá þröngi skilningur sem Valitor leggur í 1. tl. 1. gr. stenst ekki. Ef brot á honum ætti sér aðeins stað ef fyrir lægi bein aðgerð gagnvart viðskiptavini, t.d. sértækt tilboð, hefði 2. tl. verið óþarfur. Þessir tveir tölulíðir taka þannig ljóslega bæði til þess að hagnýta sér þessar upplýsingar til markaðsaðgerða á færsluhirðingarmarkaði og beita sértækum aðgerðum. Getur þannig fallið hér undir að upplýsingunum sé safnað saman og þær greindar og þannig dregin upp skýr mynd af



háttsemi og árangri keppinauta og á grundvelli þeirrar markaðslegu hagnýtingar á upplýsingunum sé gripið til sértækra aðgerða gagnvart viðskiptavinum keppinautanna. Með þessum hætti braut Valitor af sér í eldra málinu og tl. 1 og 2 í ákvörðun nr. 4/2008 var ætlað að stöðva þessa nýtingu upplýsinganna og beinna aðgerða í kjölfar hennar.

Ekki er unnt að fallast á það með Valitor að óljóst sé hvað átt sé við með hugtakingu markaðsaðgerð í 1. tl. 1. gr. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að þegar rætt er um markaðsaðgerð á grundvelli mögulegra gagna í eigin kerfum þá felist í henni í fyrsta lagi ákvörðun og skipulagning til að ná umræddum gögnum úr kerfinu, hvaða upplýsingar eru valdar og ákvörðun um framsetningu þeirra. Í öðru lagi er það ákvörðun um tíðni upplýsingaöflunarinnar og dreifing upplýsinganna innan félagsins. Í þriðja lagi er það úrvinnsla upplýsinganna. Í fjórða lagi er það undirbúningur og skipulagning við notkun þeirra og í fimmta lagi bein samskipti við þá söluaðila sem upplýsingarnar varða. Ef söluaðilum væri á grundvelli upplýsinganna boðin sértæk kjör fæli það í sér brot á 2. tl. 1. gr. ákvörðunar nr. 4/2008.

Að mati Samkeppniseftirlitsins koma allir þessi fimm þættir fram í tilvitnuðum tölvupóstum. Er í því samhengi ekki unnt að fallast á með Valitor að gögn málsins að þessu leyti séu brotakennd, óljós eða hafi verið misstúlkuð af Samkeppniseftirlitinu.

Haldlagðir tölvupóstar sýna að vikulega á öllu brotatímabilinu safnaði Upplýsingatæknideild Valitors saman upplýsingum um árangur/aðgerðir keppinauta/ar Valitors í færsluhirðingu. Voru þessar upplýsingar sendar til þeirrar deildar Valitors sem annast færsluhirðingu og samkeppnisaðgerðir á því sviði. Engin málefnaleg nauðsyn var á því að miðla þessum upplýsingum um keppinauta Valitors til *Fyrirtækjalausna*. Ef upplýsingarnar bárust ekki *Fyrirtækjalausnum* var kallað eftir þeim. Ber að áréttta að hér er um að ræða sömu hegðun og leiddi, ásamt öðru, til ákvörðunar nr. 4/2008.

Þessi kerfisbundna framkvæmd sýnir að þetta var markviss og skipulögð aðgerð af hálfu Valitors. Það sést einnig af því að virkir sölustarfsmenn hjá *Fyrirtækjalausnum* fá í hendur þessa lista og vinna úr þeim upplýsingar um einstaka söluaðila í viðskiptum við keppinauta Valitors. Hefur þessu ferli verið rækilega lýst hér að framan og er vísað til þess og þeirra ályktan sem af þeirri háttsemi er dregin. Hér má þó áréttta að þegar Borgun hóf aukna samkeppni í færsluhirðingu (brölta) var þessari upplýsingaöflun breytt til að geta fylgst með ólögumætum hætti með aðgerðum Borgunar. Gögnin sýna einnig að þessar upplýsingar voru ræddar á fundum hjá *Fyrirtækjalausnum* og rætt um að það „þyrfti að vinna í“ og „ræða við“ söluaðila sem upplýsingarnar sýndu að hefðu hafið viðskipti við keppinaut. Í þessu samhengi má nefna að starfsfólk Valitors var spurt hvort það væri búið „að ræða við þá alla“, þ.e. söluaðila sem upplýsingarnar sýndu að hefðu hætt viðskiptum við Valitor. Upplýsingarnar sýndu einnig árangur keppinautanna í einstökum greinum og innan *Fyrirtækjalausna* var í því samhengi talað t.d. um að það þurfi að „skoða“ eða „vinna í“ veitingahúsum og bíókeðjum. Sýnir þetta ótvírætt að þessa upplýsingar voru notaðar til markaðsaðgerða gegn keppinautum Valitors í færsluhirðingu.



Þessu til viðbótar má áréttta að samkvæmt sáttinni viðurkenndi Valitor að hafa brotið af sér með því að hafa nýtt sér umræddar upplýsingar úr kerfum sínum til þess að hafa eftirlit með PBS/Kortabjónustunni. Í því fólst augljóslega viðurkenning á því lykilatríði að Valitor væri óheimilt að nota upplýsingar sem félagið býr yfir um söluaðila í viðskiptum við keppinauta Valitors í markaðslegum tilgangi. Eðli málsins samkvæmt var tilefni og tilgangur 1. tl. 1. gr. augljóslega að koma í veg fyrir að *Fyrirtækjalausnir* innan Valitors hefði þessar upplýsingar undir höndum og beitti þeim í markaðsaðgerðum sínum. Mátti Valitor vera ljóst að tilefni þessa skilyrðis hafi verið að koma í veg fyrir að sú eining innan félagsins sem annaðist samskipti við söluaðila um færsluhirðingu hefði undir höndum upplýsingar úr kerfum félagsins sem tilheyra útgáfustarfsemi Valitors og vörðuðu viðskiptavini keppinauta félagsins í færsluhirðingu. Staðfestir Valitor þetta í raun í athugasemdum sínum við andmælaskjalið um meint brot félagsins á 7. tl. 1. gr. sáttarinnar. Í þeirri umfjöllun ályktar Valitor með réttum hætti hver var raunverulegur tilgangur með skilyrði 7. tl., sem var að upplýsingar um viðskipti keppinauta verði ekki miðlað til færsluhirðingar Valitors (Fyrirtækjalausna) sem væntanlega yrðu notaðar til markaðsaðgerða gegn keppinautum Valitors í færsluhirðingu. Sami tilgangur var með 1. tl. 1. gr. sáttarinnar sem varðaði upplýsingar og gögn úr eigin kerfum félagsins og notkun þeirra. Sú ríka áhersla sem framkvæmdastjóri *Fyrirtækjalausna* lagði á vinnslu upplýsinganna, sem raun ber vitni, tíðni þeirra og að fá þær í hendur getur ekki haft annan tilgang en að beita þeim með einhverjum hætti til markaðsaðgerða gagnvart söluaðilum og hafa þannig áhrif á stöðu keppinauta með óeðlilegum hætti. Í tölvupóstum milli framkvæmdastjóra *Fyrirtækjalausna* og vinnslustjóra kemur fram sú áhersla sem lögð var á vinnslu listans og dreifingu.⁸⁵ Verður þessum tilgangi varla betur lýst en í samskiptum milli starfsmanna Valitors um þörf á því að fylgjast með „brólti“ allra færsluhirða í samkeppni við Valitor. Á það ber einnig að líta að upplýsingarnar eru ítarlegar og um einstaka söluaðila.

Samkeppniseftirlitið byggir ekki á því að Valitor sé óheimilt að fylgjast með árangri keppinauta á markaðnum sé það gert með málefnalegum hætti. Til þess er ekki þörf á jafn ítarlegum upplýsingum og umræddir listar sýna. Í því sambandi verður einnig að horfa til þess með hvaða hætti þessara upplýsinga er aflað. Að mati Samkeppniseftirlitsins gefur þessi dreifing á lista um söluaðila í viðskiptum við keppinaut Valitors í færsluhirðingu ekki til kynna að tilvist hans og vinnsla hafi eingöngu verið til þess að fylgjast með eigin frammistöðu Valitors. Hin ríka áhersla á aðgreiningu á keppinautum Valitors eftir BIN númerum og sundurliðun söluaðila á listunum undirstrikar þetta. Umræddir listar sýna ekki stöðu Valitors á markaðnum heldur stöðu og árangur keppinautar félagsins. Af þeim má síðan draga ályktun um stöðu og árangur Valitors auk þess að nota þá til beinna aðgerða gegn keppinautum. Eigin árangur Valitors í færsluhirðingu er einfaldlega hægt að sjá úr eigin gögnum um rekstur félagsins. Á það bæði við um umfang viðskiptanna og hverjir eru í viðskiptum við félagið. Ekki er hægt að fallast á það að það sé málefnaleg og eðlileg háttsemi að Valitor hagnýti sér stöðu sína sem hópaðili að VISA EU til þess að fylgjast með ítarlegum hætti um árangur og viðskiptavini keppinauta á skilgreindum markaði. Hér skiptir og verulegu máli að hagnýting umræddra upplýsinga í tengslum við starfsemi Valitors á

⁸⁵ Tölvupóstur frá Sigurhans Vigni til Valitor – Vinnsludeild, dags. 19. maí 2008, kl. 22:50, og svar Hermanns Björns Erlingssonar, dags. 20. maí, kl. 07:55.



færsluhirðingarmarkaði var hluti af þeim alvarlegu brotum á 11. gr. samkeppnislaga sem fjallað eru um í ákvörðun nr. 4/2008. Var skilyrðinu í 1. tl. ætlað að stöðva slíka háttsemi til frambúðar.

Í athugasemdunum byggir Valitor einnig á því að listarnir hafi verið nauðsynlegir til að meta fjár- og áhættustýringu hjá Valitor. Að mati Samkeppniseftirlitsins fær þetta ekki staðist þegar litið er til þess að listarnir eru unnir fyrir og vistaðir eingöngu hjá stjórnendum og sölumönnum innan *Fyrirtækjalausna*. Hafi þetta verið tilgangurinn væru listarnir gerðir fyrir og notaðir af fjármálasviði Valitors eða hjá þeim sem með áhættustýringu fara. Ekki fæst séð að svo hafi verið. Hafi það verið raunverulegur tilgangur þurfti ekki nákvæmar upplýsingar um viðskipti hvers einstaks söluaðila sem voru í viðskiptum við keppinauta Valitors. Til þess hefðu dugað heildartölur um gagnkvæma veltu í færsluhirðingu og lágu þær upplýsingar fyrir með öðrum hætti, samanber tölvupóst frá fjármálastjóra Valitors til framkvæmdastjóra *Fyrirtækjalausna* og forstjóra Valitors, dags. 13. júní 2009.⁸⁶ Í þeim tölvupósti er lýst þróun í færsluhirðingu hjá Valitor og Borgun eftir að félögin byrjuðu að færsluhirða vegna vörumerkja hvors annars. Í tölvupóstinum segir:

*„Til upplýsinga – fékk tölur úr BO⁸⁷ (almanaks-mánuðir)
Borgun – færsluh. VISA kort = 3.000 m.kr frá jan til 5. júní
Valitor – færsluh. 1.350 m.kr frá jan til 5. júní*

Tölur ISK

Mánuður	Borgun/VISA	Valitor/MC	Mismunur
Janúar	0	23.283.578	23.283.578
Febrúar	13.932.231	85.117.380	71.185.149
Mars	446.524.004	227.412.140	- 219.015.864
Apríl	846.725.519	362.361.077	- 484.364.442
Maí	1.364.382.475	535.282.642	- 829.099.833
Júní	331.440.978	113.282.441	- 218.158.537
Samtals	3.002.909.207	1.346.739.258	-1.656.169.949

Sigurhans-stemma þessar tölur við þínar?"

Í þessari töflu er um að ræða heildarveltu í færsluhirðingu hjá Borgun vegna VISA kreditkorta og hjá Valitor vegna MasterCard kreditkorta. Eru þessar upplýsingar unnar með öðrum hætti en upplýsingarnar í þeim listum sem *Fyrirtækjalausnir* hafði forgöngu um að láta vinna hjá Vinnsludeild (IT services) hjá Valitor. Á grundvelli þessara

⁸⁶ Tölvupóstur frá Ingibjörgu Arnarsdóttur fjármálastjóra til Sigurhans Vignis og Höskuldar H. Ólafssonar forstjóra, dags. 13. júní 2009, kl. 16:19.

⁸⁷ BO stendur fyrir „Business Objects“ sem er fyrirspurnarforit m.a. tengt fjárhagsupplýsingakerfum.



upplýsinga fer fram uppgjör á milligjaldi milli færsluhirða og útgefenda og geta gagnast t.d. við áhættustýringu hjá félaginu. Í því sambandi þarf ekki ítarlegar upplýsingar um færsluhirðingu hjá hverjum einstökum söluaðila eins og er í listum Fyrirtækjalasna. Staðfestir Valitor í raun þetta í athugasemdum sínum um meint brot félagsins á 7. tl. 1. gr. sáttarinnar, sem rakin verður hér á eftir. Eins og fram kemur í tölvupóstinum spyr fjármálastjóri framkvæmdastjóra *Fyrirtækjalasna* hvort þessar tölur stemmi við hans. Gefur það til kynna að um er að ræða upplýsingar sem unnar eru úr mismunandi gögnum hjá Valitor. Styður þetta einnig það mat Samkeppniseftirlitsins að listarnir voru unnir fyrir og notaðir hjá *Fyrirtækjalasnum* við undirbúning og skipulagningu í markaðsaðgerðum Valitors í færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum.

Valitor heldur því fram að Samkeppniseftirlitið hafi ekki sýnt fram á að upplýsingar á umræddum listum hafi verið nýttar til markaðsaðgerða, þrátt fyrir að eftirlitið hafi haft undir höndum allan póstþjón félagsins. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta, sbr. umfjöllun hér að framan. Til viðbótar bendir eftirlitið á að samskipti við söluaðila með tilboð um skilmála og kjör geta farið fram með öðrum og markvissari hætti en með tölvupóstum. Gögn málsins gefa til kynna að Valitor hafi talið árangursríkara að eiga í beinum samskiptum við söluaðila í síma eða með heimsóknum til þeirra. Kemur þetta fram í gögnum sem lýsa markaðs- eða söluskipulagi starfsmanna í *Fyrirtækjalasnum*.⁸⁸ Er þar lögð mikil áhersla á gildi heimsókna og að hitta söluaðila til að kynna þjónustuna. Þessar umræddu ítarlegu upplýsingar hjá *Fyrirtækjalasnum* um viðskiptavinum keppinauta Valitors eru mjög til þess fallnar að auðvelda félaginu gerð tilboða til þeirra söluaðila með markvissum og árangursríkum hætti. Bendir það til þess að áherslan hafi verið á bein samskipti við söluaðila. Með sama hætti kemur skýrt fram að þeir starfsmenn innan *Fyrirtækjalasna* sem fá listana eru stjórnendur markaðsaðgerða gagnvart söluaðilum og þeir aðrir starfsmenn sem sinna þeim samskiptum daglega. Er það í raun nægileg vísbending um hver var tilgangur listanna.

Ekki er hægt að fallast á það sjónamið Valitors að ekki hafi verið lögð áhersla á vinnslu listanna enda sýna gögnin að hart var gengið eftir því að listarnir væru gerðir og sendar fyrirspurnir ef þeir bárust ekki á réttum tíma. Listarnir voru venjulega gerðir vikulega á lengstum hluta þess tíma sem rannsókn málsins varðar. Lýsandi fyrir áhersluna á að vinna listana reglulega er að framkvæmdastjóri *Fyrirtækjalasna* kallar eftir þeim, komi þeir ekki reglulega, og fær þá fyrstur manna.

Valitor heldur því ýmist fram að listarnir hafi verið taldir nauðsynlegir til þess að meta fjár- og áhættustýringu Valitors eða að tilgangur þeirra hafi eingöngu verið til að fylgjast með stöðu Valitors á markaðnum. Hafi þetta haft sérstök áhrif þegar „dual“ færsluhirðing hófst. Þetta fæst ekki staðist eins og fram hefur komið. Listarnir voru gerðir og í höndum starfsmanna *Fyrirtækjalasna* á árunum 2007 og 2008 sem er fyrir upphaf „dual“ færsluhirðingar sem var í upphafi árs 2009. Hefur Valitor ekki rökstutt þessa nauðsyn og meintan tilgang með nokkrum hætti eða hrakið þá lýsingu sem Samkeppniseftirlitið hefur sett fram hvað þetta varðar og er vísað til þess. Voru upplýsingarnar sambærilegar og

⁸⁸ Tölvupóstur með viðhengi (Hvaða skilaboð erum við að fá frá markaðnum.doc) frá Björgu Jónsdóttur til Sigurhans Vignis, dags. 18. apríl 2008, kl. 13:06 og tölvupóstur með viðhengi (átak sept 2008.doc) frá Björgu Jónsdóttur til Ragnheiðar Kr. Jóhannesdóttur og cc til Sigurhans Vignis, dags. 19. apríl 2008, kl. 17:23.



þeim dreift til sambærilegra starfsmanna hjá Valitor og sem var til grundvallar skilyrðis 1. tl. 1. gr. umræddrar ákvörðunar nr. 4/2008. Á það er ekki hægt að fallast að vinnsla listanna eins og fram kemur t.d. í viðhengjum með tölvupóstum, dags, 17. apríl og 14. maí 2008, sé nauðsynleg eða eðlileg til þess að meta fjár- og áhættustýringu Valitors.⁸⁹ Á þessi háttsemi sér stað löngu áður en "dual", færsluhirðing Valitors hófst. Skýringar Valitors á tilgangi listanna stenst ekki. Gerð listanna og áhersla á þá, innhald þeirra, tíðni og hverjir fá þá í hendur er nægileg sönnun þess að listarnir voru notaðir í markaðslegum tilgangi hjá Fyrirtækjalausnum Valitors. Hafi verið nauðsyn á upplýsingum um viðskipti keppinautanna vegna fjár- og áhættustýringar Valitors felur það ekki í sér nauðsyn á þeirri sundurliðun sem listarnir sýna og um leið að þeir eigi ekkert erindi til Fyrirtækjalausna. Verður ekki betur séð en að Valitor taki undir þetta sjónarmið í athugasemdum sínum sem fjallar um brot félagsins á 7. tl. 1. gr. í sáttinni hér á eftir.

Á það er rétt að benda að umræddir listar, fyrst „PBS listar“ og síðan „AFH listar“, voru ekki vistaðir eða notaðir á öðrum sviðum Valitors en *Fyrirtækjalausnum*. Hefur því ekki verið mótmælt af hálfu Valitors. Samkvæmt því hafa engin haldbærar rök verið færð fyrir því að listarnir hafi ekki verið ætlaðir til annars en til sölu- og markaðsaðgerða á markaði fyrir færsluhirðingu. Öll úrvinnsla listanna og dreifing þeirra bendir til þess. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að of víðtækar ályktanir hafi verið dregnar af fyrirliggjandi gögnum og tilvitnuðum samskiptum milli starfsmanna *Fyrirtækjalausna* við mat á háttsemi þeirra og tilgangs umræddra lista. Er það ítrekað að engin málefnalega þörf var fyrir listana til þess að fylgjast með eigin framstöðu Valitors á markaði fyrir færsluhirðingu eða til áhættustýringar hjá félaginu, eins og Valitor heldur fram að hafi verið eini tilgangur þeirra. Að öllu framansögðu virtu getur tilgangurinn með vinnslu og dreifingu listanna ekki hafi verið annar en að nota þá til undirbúnings markaðsaðgerða gegn keppinautum Valitors.

Að mati Samkeppniseftirlitsins hafa verið færð málefnaleg og trúverðug rök fyrir því að Valitor hafi brotið umrætt skilyrði með þeirri háttsemi sem hér hefur verið lýst. Í þessu sambandi verður að hafa í huga hvert var markmið umrædds skilyrðis í ákvörðun nr. 4/2008. Forsaga Valitors um vinnslu, dreifingu og tilgang þessa lista styður þá niðurstöðu. Er það óbreytt mat Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi með háttsemi sinni brotið með alvarlegum hætti gegn 1. tl. 1. gr. ákvörðunarorða í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008.

2.3.3 Sjónarmið Valitors um brot á skilyrði 7. tl. 1.gr.

Valitor hefur mótmælt því að ósk félagsins um breytingar á tilteknum DK listum frá Reiknistofu bankanna hafi falið í sér að Valitor hafi farið gegn ákvæði 7. tl. 1. gr. ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Ekki komi með skýrum hætti fram í nefndri ákvörðun hvaða háttsemi umræddum tölulið var ætlað að stöðva. Þá fáist ekki séð að fram komi í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins umfjöllun um nein brot sem hafi átt sér stað innan Reiknistofu bankanna. Þó megi gera ráð fyrir, miðað við umfjöllun Samkeppniseftirlitsins, að sú háttsemi sem ætlunin hafi verið að stöðva með nefndum

⁸⁹ Tölvupóstur með viðhengi (PBS 08-04-14.xls) frá Ragnheiði Kr. Jóhannesdóttur til Sigurhans Vignis, dags. 17. apríl 2008, kl. 13:30 og tölvupóstur með viðhengi (PBS 08-04-14.xls) frá Ragnheiði Kr. Jóhannesdóttur til Sigurhans Vignis, dags. 14. maí 2008, kl. 13:57.



tölulíð hafi verið að upplýsingar bærust ekki frá Reiknistofu bankanna um keppinauta Valitors í færsluhirðingu. M.ö.o. megi *Fyrirtækjalausnir* ekki fá upplýsingar um keppinauta sína í færsluhirðingu frá Reiknistofu bankanna. Slík upplýsingamiðlun sé ekki fyrir hendi í þessu máli.

Þá segir að forsvarsmenn Valitors hafi farið yfir þá lista sem séu til umræðu í þessum þætti málsins þ.e. DK 860 og fáið ekki betur séð en að ekkert hafi orðið af verkbeiðni þeirri sem send hafi verið Reiknistofu bankanna þann 9. mars 2009. Því til staðfestingar hafi Valitor tekið saman DK 860 lista frá því í byrjun árs 2009, frá árinu 2010 og árinu 2011. Eins og þeir beri með sér þá innihaldi listarnir eingöngu upplýsingar um veltu debetkorta sem séu ekki að neinu leyti sundurliðuð eða sundurgreinanleg. Upplýsingarnar séu teknar saman fyrir Seðlabanka Íslands þar sem bankinn birti ýmsar upplýsingar um greiðslukortamarkaðinn á heimasíðu sinni. Þá sýni listarnir enn fremur að þeir hafi ekkert breyst eftir nefnda beiðni og satt best að segja hafi þeir ekki breyst árum saman. Það að forsvarsmaður *Fyrirtækjalausna* hafi fengið afrit af nefndri verkbeiðni virðist eingöngu hafa átt sér stað vegna mistaka. Valitor geti ekki fallist á að sú aðgerð eingöngu að senda inn verkbeiðni til Reiknistofu bankanna geti falið í sér brot á títtnefndum tölulíð ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins.

Þess utan þá fái Valitor ekki séð að þrátt fyrir að umræddar upplýsingar hefðu verið teknar saman fyrir fjármálasvið Valitors að slíkt hefði verið brot á ákvörðun eftirlitsins. Í fyrsta lagi þá verði að hafa í huga að umræddu ákvæði hafi verið stefnt gegn því að miðlað væri upplýsingum til færsluhirðingar Valitors og væntanlega vegna mögulegra markaðsaðgerða gegn keppinautum félagsins í færsluhirðingu, sem hafi ekki verið tilfellið. Í annan stað verði að hafa í huga að það geti verið nauðsynlegt fyrir útgáfuhlið Valitors að hafa upplýsingar um heildarveltu aðila á markaði sem hluta af því að gera upp við banka og sparisjóði þar sem Valitor innheimti milligjöld frá PBS og Borgun vegna notkunar VISA korta hjá söluaðilum félaganna. Slíkar heildar veltutölur teljist varla til viðkvæmra viðskiptalegra upplýsinga.

Þá hefur Valitor haldið því fram að skilja verði ákvæði 7. tl. 1. gr. svo að einungis upplýsingar sem óskað sé eftir fyrir færsluhirðingarsvið Valitors væru í andstöðu við ákvörðunarorðin enda sé talað um upplýsingar sem aflað sé eða miðlað í viðskiptalegum tilgangi. Þá sé eðlilegt að líta svo að með orðalaginu „aflað eða miðlað“ sé vísað til þess að óskað sé eftir því að nýrra upplýsinga sé aflað. Verkbeiðnin sem um ræði hafi ekki falið það í sér heldur aðeins að upplýsingar sem þegar hafi verið veittar yrðu sundurliðaðar frekar en gert hafi verið.

Verði að mati Valitors að líta til þess að í 7. tl. 1. gr. ákvörðunarorðanna sé annars vegar óheimilt að óska eftir upplýsingum og hins vegar að móttaka þær. Sé eðlilegt að líta svo á að samhengi sé á milli fyrri og seinni setningar tölulíðarins þannig að ósk um gögn og móttaka gagna þurfi að fara saman. Þannig sé til dæmis vandséð hvernig Valitor geti borið ábyrgð á því á grundvelli 7. tl. 1. gr. ákvörðunarorðanna að ef Reikningsstofa bankanna sendi Valitor gögn í tölvupósti sem þar með væru samstundis móttækin, en Valitor hefði aldrei óskað eftir þeim. Með sama hætti sé vandséð hvernig Valitor geti borið ábyrgð á því að starfsmaður félagsins óski eftir upplýsingum sem aldrei berist. Rétt sé að



halda því til haga að ekki hafi verið gengið eftir svörum vegna fyrirspurnarinnar þrátt fyrir að ekkert svar hafi borist. Þá hafi verið um að ræða eitt afmarkað tilfelli.

Ennfremur telji Valitor að eðli þeirra upplýsinga sem óskað hafi verið eftir í beiðninni og uppruni hennar auk þeirrar staðreyndar að aldrei hafi verið orðið við beiðninni leiði til þess að þeir verndarhagsmunir sem að hafi verið stefnt með nefndu ákvæði sáttarinnar taki ekki til þeirrar beiðni sem um hafi verið að ræða. Fjármálasvið Valitor hafi önnur verkefni en Fyrirtækjalausnir og hafi ekki getað hagnýtt sér upplýsingarnar þannig að það væri í andstöðu við ákvörðun nr. 4/2008. Þá hafi upplýsingarnar sem óskað hafi verið eftir ekki verið þess efnis að mögulegt hafi verið að hagnýta sér þær í þeim tilgangi.

Með vísan til framangreinds hafnar Valitor því alfarið að hafa brotið gegn skilyrðum ákvörðunar nr. 4/2008. Þá telur Valitor það í öllu falli ekki fást staðist að ætluð brot séu „alvarleg“ eins og byggt sé á af hálfu Samkeppniseftirlitsins. Vísast því til stuðnings til þeirra röksemda sem raktar hafi verið hér að framan.

2.3.4 Mat Samkeppniseftirlitsins

Með hliðsjón af þessum athugasemdum Valitors bendir Samkeppniseftirlitið á að í ákvörðunarorðum í ákvörðun nr. 4/2008 er ákvæði um hömlur á tilteknum samskiptum milli Valitors og Reiknistofu bankanna. Ljóst er að Valitor óskaði eftir sundurliðuðum upplýsingum um keppinauta félagsins frá Reiknistofu bankanna. Valitor hefur ekki neitað því. Í bréfi frá Reiknistofu bankanna, dags. 28. september 2012, er staðfest að verkbeiðni um vinnslu upplýsinganna barst frá Valitor.⁹⁰ Fram kemur einnig að Reiknistofa bankanna hafi ekki orðið við beiðni Valitors um að fá afhentar umbeðnar upplýsingar um viðskipti Borgunar og PBS/Kortapjónustunnar. Verður ekki betur skilið af svar hennar en að höfnunin hafi verið af eigin frumkvæði Reiknistofunnar.

Í skilyrðinu kemur fram að Valitor er óheimilt að óska eftir því að Reiknistofa bankanna afli eða miðli hvers konar viðskiptalegum upplýsingum um núverandi eða mögulega keppinauta félagsins. Gögn málsins gefa til kynna að Valitor braut gegn þessu banni með ósk sinni til Reiknistofu bankanna. Þó svo að Reiknistofa bankanna hafi hafnað því að veita upplýsingarnar breytir það engu um brot Valitors. Valitor óskaði eftir upplýsingunum en það var félaginu óheimilt að gera. Felur sú háttsemi í sér brot á tilvitnuðu skilyrði í umræddri ákvörðun.

Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að Valitor hafi rökstutt hver hafi verið tilgangur með beiðninni til Reiknistofu bankanna og nauðsyn hennar fyrir daglegan rekstur Valitors. Í beiðninni fólst ósk um nýjar upplýsingar sem tengdust starfsemi keppinauta Valitors. Ítarlegri upplýsingar en áður hafa fengist verður að telja nýjar upplýsingar. Það er ekki rétt og eðlileg túlkun í þessu samhengi að afhending upplýsinga og móttaka þeirra þurfi að fylgja beiðni þannig að um brot á 7. tl. sé að ræða. Beiðni Valitors um tilgreindar upplýsingar frá Reiknistofu bankanna er sjálfstætt brot á skilyrðinu. Með sama hætti ber Valitor fulla ábyrgða á því ef starfsmaður félagsins óskar eftir upplýsingum frá Reiknistofu bankanna ef óskin fer gegn skilyrði sáttar sem Valitor hefur undirgengist. Skiptir í því

⁹⁰ Bréf Samkeppniseftirlitsins til Reiknistofu bankanna, dags. 21. september 2012, fylgiskjali og bréf frá Reiknistofu bankanna hf., dags. 28. september 2012.



sambandi ekki máli hvort upplýsingarnar berist Valitor eða ekki. Er það því mat Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi brotið gegn ákvæði 7. tl. 1. gr. í ákvörðunarorðum í ákvörðun nr. 4/2008.

3. Niðurstaða um brot á 1. og 7. tl. 1. gr. ákvörðunar 4/2008.

Öll vinnsla og framsetning á listunum sem hér eru til umfjöllunar og dreifing þeirra innan Valitors, bæði fyrir og eftir 29. nóvember 2007, sýnir að mati Samkeppniseftirlitsins að tilgangurinn með gerð þeirra og dreifingu hafi verið óbreyttur, og þar með ólögmaður, eftir gerð sáttarinnar á milli Valitors og Samkeppniseftirlitsins. Með hliðsjón af því að *Fyrirtækjalausnir* fengu með reglubundnum hætti viðkvæmar upplýsingar um keppinautana í færsluhirðingu, þ.e. nöfn söluaðila í viðskiptum við þá, fjölda færslna og upphæð viðskipta, er ljóst að þessar upplýsingar voru áfram notaðir í markaðslegum tilgangi gegn keppinautum Valitors. Eru framangreindar kringumstæður og háttsemi Valitors til marks um að félagið hafi brotið þau ákvæði framangreindra skilyrða. Eru skilyrðin skýr. Annars vegar um að Valitor væri óheimilt að nota upplýsingar sem félagið býr yfir um söluaðila í viðskiptum við keppinauta til markaðsaðgerða gegn keppinautum. Hins vegar að Valitor væri óheimilt að óska eftir viðskiptalegum upplýsingum frá Reiknistofu bankanna um núverandi eða mögulega keppinauta félagsins. Sama gildir um að taka við og nýta sér upplýsingar frá Reiknistofu bankanna um keppinauta félagsins.

Þessi framkvæmd fól í sér að sú starfsemi Valitors sem tengist útgefendum og útgáfu VISA greiðslukorta miðlaði mikilvægum markaðsupplýsingum um keppinauta til þess starfssviðs Valitors sem sinnir færsluhirðingu og semur við söluaðila um þjónustuna. Hefur t.d. PBS/Kortabjónustan ekki sambærilegar upplýsingar um söluaðila í viðskiptum við Valitor í færsluhirðingu.

Með þessu móti fylgdist færsluhirðingarhluti Valitors mjög nákvæmlega með starfsemi og framgangi keppinauta og öllum umsvifum í færsluhirðingu vegna notkunar VISA greiðslukorta hjá íslenskum söluaðilum og notað upplýsingarnar til að skipuleggja og undirbúa markaðsaðgerðir gagnvart þessum söluaðilum. Þá má benda á það að með þessu móti fylgdist Valitor ekki aðeins með framgangi keppinauta í færsluhirðingu heldur gat félagið einnig fylgst með viðskiptum hjá söluaðilum og þróun þeirra, þar sem íslensk VISA greiðslukort voru notuð hjá PBS og VISA kreditkort hjá Borgun.

Að ofangreindu virtu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi á rannsóknatíma þessa máls brotið með alvarlegum hætti gegn skilyrðum 1. og 7. tl. 1. gr. ákvörðunarorðs ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008.

VI. BROT VALITORS Á 11. GR. SAMKEPPNISLAGA og 54. gr. EES

Í máli þessu er til skoðunar hvort Valitor hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum á markaði fyrir færsluhirðingu sem beindust gegn keppinautum fyrirtækisins, PBS/Kortabjónustunni og Borgun. Rannsóknartímabil málsins tekur til áranna 2007 og 2008 og fyrri helmingis ársins 2009.



Samkeppniseftirlitið framkvæmdi húsleit á skrifstofum Valitors þann 1. júlí 2009. Verður í eftirfarandi undirköflum gerð grein fyrir hluta þeirra gagna sem þar var lagt hald á, auk annarra gagna málsins. Að mati Samkeppniseftirlitsins gefa þau til kynna að Valitor hafi gripið til aðgerða sem miðuðu að því að raska samkeppni frá Kortþjónustunni og Borgun á markaði fyrir færsluhirðingu. Eru vísbendingar um að Valitor hafi undirverðlagt þjónustu sína tengda færsluhirðingu.

1. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga

Áður en vikið er að aðgerðum Valitors verður fjallað almennt um túlkun á 11. gr. samkeppnislaga. Einnig verður grein fyrir banni ákvæðisins við undirverðlagningu.

1.1 Almennt um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Eins og að framan greinir er það mat Samkeppniseftirlitsins að Valitor sé í markaðsráðandi stöðu á skilgreindum mörkuðum þessa máls. Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við hvers konar misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu þess. Túlka ber ákvæðið í tengslum við það íslenska lagaumhverfi sem það er í og með hliðsjón af markaðsaðstæðum hér á landi. Ákvæðið er byggt á 54. gr. EES-samningsins og við túlkun þess er almennt rétt að hafa einnig hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2012 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga hljóðar svo:

„Misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu er bönnuð.

Misnotkun skv. 1. mgr. getur m.a. falist í því að:

- a. beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir,*
- b. settar séu takmarkanir á framleiðslu, markaði eða tækniþróun, neytendum til tjóns,*
- c. viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt,*
- d. sett sé það skilyrði fyrir samningagerð að hinir viðsemjendurnir taki á sig viðbótarskuldbindingar sem tengjast ekki efni samninganna, hvorki í eðli sínu né samkvæmt viðskiptavenju.“*

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur, sem staðfestur var með vísan til forsendna af Hæstarétti Íslands í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, segir:

„Skilgreina verður hverju sinni hvort um misnotkun er að ræða á markaðsráðandi stöðu sem er bönnuð samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga, en í lagagreininni kemur ekki fram tæmandi talning á því hvað teljist misnotkun, eins og réttilega kemur fram í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar.“

Í samkeppnisrétti er talið að misnotkun sé hlutlægt hugtak sem vísar til hegðunar markaðsráðandi fyrirtækis sem er til þess fallin að hafa áhrif á gerð tiltekins markaðar þar sem samkeppni er þegar takmörkuð vegna þess að á markaðnum er fyrir hendi markaðsráðandi fyrirtæki. Hegðunin felst í aðgerðum sem ekki geta talist til eðlilegrar



samkeppni (e. *normal competition*) í skilningi samkeppnisréttarins. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurlflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram eftirfarandi:

„Verður almennt talið að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða þegar fyrirtæki beita aðferðum á tilteknum markaði sem ekki er unnt að samrýma eðlilegri samkeppni og hindra hana eða vöxt hennar. Af framangreindu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki má ekki grípa til neinna aðgerða sem veikt geta keppinauta þess og þar með styrkt markaðsráðandi stöðu sína nema aðgerðirnar helgist af samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins.“

Samkvæmt þessu er markaðsráðandi fyrirtæki óheimilt að bæta stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins (e. *competition on the merits*). Hér má einnig vísa til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003, nr. 4/2007 og nr. 3/2008 og dóma dómstóla ESB.⁹¹

Framangreint þýðir óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðri heldur en almennt er heimilt í viðskiptum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2011 *Vífilfell hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hugtakið eðlileg samkeppni í framangreindum skilningi hefur því þrengri merkingu en sú samkeppni sem fyrirtæki geta stundað sem ekki eru í ráðandi stöðu.⁹² Markaðsráðandi fyrirtæki er þannig ekki heimilt að keppa í verði nema sú samkeppni byggist á eðlilegum efnahagslegum grunni.⁹³ Það getur því verið ólöglegt fyrir markaðsráðandi fyrirtæki að grípa til ráðstafana sem almennt þykja sjálfsgöðar á samkeppnismarkaði, eins og t.d. að bjóða viðskiptavinum smærri keppinautar lægra verð. Þessi regla helgast af þeirri ríku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

⁹¹ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli nr. C-457/10P *AstraZeneca v Commission*, mgr. 74-75: „...it is settled case-law that the concept of 'abuse' is an objective concept referring to the conduct of a dominant undertaking which is such as to influence the structure of a market where the degree of competition is already weakened precisely because of the presence of the undertaking concerned, and which, through recourse to methods different from those governing normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition ... It follows that Article 82 EC prohibits a dominant undertaking from eliminating a competitor and thereby strengthening its position by using methods other than those which come within the scope of competition on the merits ...”.

⁹² Sjá hér t.d. John Ratliff, *Abuse of Dominant Position and Pricing Practices- A Practitioner's Viewpoint*. Birt m.a. í: Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu: *European Competition Law Annual 2003 - What Is An Abuse of A Dominant Position?: „... the focus in the definition of abuse on the term „normal competition” can be difficult for some. Many companies argue that all they are doing is competing as hard as they can and that all the methods they use to that end are „normal competition”. They do not readily accept the narrower definition of „competition by trading performance”, which is permitted for the dominant. Often therefore we have to explain that, even though there may be types of competition which appear normal, nevertheless, the dominant company may not use them because of their perceived effects on the „weakened” competition in the market. ”*

⁹³ Sjá t.d. Dr. Hans-Georg Kamann og Ellen Bergman, *The Granting of Rebates by Market Dominant undertakings under Article 82 of the EC Treaty*, [2005] ECLR 83. „A market dominant undertaking is not allowed to take recourse to price and rebate methods which do not constitute normal means of efficiency competition. Such methods would constitute an abuse under Article 82. EC. ”



Í hinni ríku skyldu sem hvílir í samkeppnisrétti á markaðsráðandi fyrirtækjum felst að þau mega ekki grípa til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.⁹⁴

Umfang hinnar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum um að raska ekki samkeppni ræðst af atvikum í hverju máli fyrir sig.⁹⁵ Við nánari skilgreiningu á umræddri skyldu ber að líta til ákvæðis 1. gr. samkeppnislaga en samkvæmt því skal markmiði laganna náð með því m.a. að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og að auðvela nýjum keppinautum aðgengi að markaðnum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Má telja að skyldur fyrirtækja nái m.a. til þess að vinna ekki gegn framangreindum markmiðum samkeppnislaga, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006. Þá ber að horfa til þess að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geta að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem staða þeirra á markaðnum er enda má ætla að samkeppni veikist þá að sama skapi meira, sbr. nefnda úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 17-18/2003 og 4/2007. Af þessari skyldu leiðir m.a. að markaðsráðandi fyrirtæki geta brotið 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem einar og sér fela ekki í sér misnotkun, t.d. gerð samninga.⁹⁶

Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu.⁹⁷ Misnotkunin getur einnig verið fólgin í því að vinna gegn framangreindu markmiði samkeppnislaga ef slíkar aðgerðir byggja ekki á eðlilegum samkeppnislegum forsendum. Misnotkunin þarf því ekki að felast í því að hinni markaðsráðandi stöðu sé beitt eða að misnotkunin byggji á hinum efnahagslega styrkleika sem felst í markaðsráðandi stöðu.⁹⁸ Kjarni þeirrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu

⁹⁴ Sjá einnig t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.

⁹⁵ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-333/94P, *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.

⁹⁶ Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-111/96 *ITT Promedia NV. v Commission* [1998] ECR II-2937: „It follows from the nature of the obligations imposed by Article 86 [nú 82. gr.] of the Treaty that, in specific circumstances, undertakings in a dominant position may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if adopted or taken by non-dominant undertakings ... Thus, the conclusion of a contract or the acquisition of a right may amount to abuse for the purposes of Article 86 of the Treaty if that contract is concluded or that right is acquired by an undertaking in a dominant position.“ Sjá einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 15. júní 2005 í máli nr. COMP/A.37.507 *AstraZeneca*: „... conduct which may be permissible in a normal competitive situation may amount to an abuse if carried out by dominant firms. Undertakings in a dominant position may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if adopted or taken by non-dominant undertakings.“

⁹⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 15. júní 2005 í máli nr. COMP/A.37.507 *AstraZeneca*: ... „the Court of Justice has held that the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under Article 82 of the Treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, and even irrespective of any fault.“

⁹⁸ Sjá hér dóm dómstóls ESB í máli nr. 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215: Í málinu benti dómstóllinn á þetta: „Such being the meaning and the scope of article 86 of the EEC treaty, the question of the link of causality ... between the dominant position and its abuse, is of no consequence, for the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under article 86 of the treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, ...“



sem raskar samkeppni er að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallin að hamla þeirri takmörkuðu samkeppni sem er á markaðnum eða hindra vöxt hennar.⁹⁹ Markaðsráðandi fyrirtæki mega þannig ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja eða verja stöðu sína á markaðnum, sbr. t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003 og 3/2008.

Valitor heldur því fram að til þess að verðhegðun markaðsráðandi fyrirtækis teljist ólögmat verði að leiða af henni skaðleg áhrif á samkeppni. Ekki sé um brot að ræða ef jafn skilvirkur keppinautar hefði getað keppt við markaðsráðandi fyrirtækið. Segir Valitor að þetta komi fram „í leiðbeiningu framkvæmdastjórnar ESB, en Samkeppniseftirlitið hefur haldið því fram að ekki beri að líta reglnanna og inntaks þeirra fyrr en ljóst sé að dómstólar EB séu sama sinnis.“ Vísar Valitor til dóms dómstóls ESB frá 27. mars 2012 í máli nr. C-209/10 sem varðar danska póstin. Heldur fyrirtækið því fram að sá dómur staðfesti framangreinda túlkun á banni við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Brot á 11. gr. samkeppnislaga á sér stað ef markaðsráðandi fyrirtæki grípur til aðgerða sem eru til þess fallnar að raska samkeppni og fela ekki í sér samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu. Markaðsráðandi fyrirtæki hafa í eldri málum haldið því fram að það sé skilyrði fyrir broti á 11. gr. samkeppnislaga að aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis hafi í raun haft skaðleg áhrif á samkeppni. Með öðrum orðum verði Samkeppniseftirlitið að sanna skaðleg áhrif til þess að um brot geri verið að ræða. Hvorki áfrýjunarnefnd samkeppnismála né dómstólar hafa fallist á þetta. Má hér t.d. vísa til dóma Hæstaréttar í málum nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* og nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Einnig má vísa til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 3/2011 *Vífílfell hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* og nr. 10/2011 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Sama túlkun er einnig lögð til grundvallar í EES/ESB-samkeppnisrétti. Á þetta reyndi í nýlegu máli fyrir EFTA dómstólum. Málið varðaði misnotkun norska póstsins á markaðsráðandi stöðu sinni en dómur í málinu var kveðin upp 18. apríl 2012. Fyrir dómstólum hélt norski pósturinn því fram að þróun í samkeppnisrétti sýndi að horfa verði til raunverulegra áhrifa af misnotkun á markaðsráðandi stöðu og Eftirlitsstofnun EFTA hefði ekki sannað slík skaðleg áhrif. Einnig hélt pósturinn fram samskonar sjónarmiðum og Valitor um jafn skilvirka keppinauta. Dómstóllinn féllst ekki á þetta heldur byggði á hefðbundinni túlkun og taldi að ESA hefði ekki verið skylt að sýna fram á raunveruleg skaðleg áhrif. Aðeins þyrfti að rökstyðja að aðgerð hafi verið til þess fallin að raska samkeppni. Þá hefði tilvísun til jafn skilvirkra keppinauta enga þýðingu enda eigi samkeppni á markaði, sem ekki hefur verið skert af markaðsráðandi fyrirtæki, að ráða því hvaða fyrirtæki lifa af.¹⁰⁰

⁹⁹ Sjá hér dóm dómstóls ESB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.

¹⁰⁰ Dómur EFTA dómstólsins í máli nr. E-15/10, sjá mgr. 131-132: „... the argument of the applicant that ESA was required to demonstrate actual anti-competitive effects must be rejected. It was sufficient for ESA to show that the conduct in question was liable to distort competition by raising barriers to entry and, therefore, to the maintenance or growth of the competition still existing in the market.

For the same reason, it is immaterial whether an “as efficient competitor” could have competed effectively with Norway Post. As ESA has correctly pointed out, it is for the competitive process to decide, without being distorted, which firms stay in the market.”



Í dómi dómstóls ESB frá 19. apríl 2012 í Tomra málinu var komist að sömu niðurstöðu að þessu leyti.¹⁰¹ Í því máli lá fyrir að framkvæmdastjórn ESB hafði lagt sekt á norskt fyrirtæki, Tomra Systems, vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu. Héldu fræðimenn því fram að í því máli myndi reyna á hvort sanna þyrfti skaðleg áhrif af aðgerðum markaðsráðandi fyrirtækja.¹⁰² Undirréttur ESB staðfesti ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB með dómi sínum frá 9. september 2010 í máli nr. T-155/06. Fyrir dómstólnum hélt Tomra því fram að ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar stæðist ekki þar sem hún hefði ekki sýnt fram á samkeppnishamlandi áhrif. Dómstóllinn féllst ekki á það og áréttaði fordæmi þess efnis að brot á 102. gr. sé ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif.¹⁰³ Benti dómstóllinn einnig á það að jafnvel þótt framkvæmdastjórnin hefði ranglega byggt á því að aðgerðir Tomra hefðu í raun raskað samkeppni myndi það ekki breyta neinu um lögmæti ákvörðunarinnar.¹⁰⁴ Dómstóll ESB staðfesti dóm undirréttarins um að ekki þurfi að sýna fram á áhrif.¹⁰⁵ Í dómi sínum frá 6. desember 2012 í AstraZeneca málinu áréttaði dómstóllinn þessa túlkun.¹⁰⁶

Brot á 11. gr. laganna er heldur ekki háð því að sýnt sé fram á ásetning til þess að raska samkeppni, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008. Af þessu öllu leiðir einnig að ekki skiptir t.d. máli í þessu sambandi þó markaðshlutdeild hins markaðsráðandi fyrirtækis minnki eða verð þess hafi lækkað á því tímabili sem misnotkun átti sér stað.¹⁰⁷

1.2 Bann við undirverðlagningu

Bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu var tekið upp í samkeppnislögum með lögum nr. 107/2000. Í athugasemdum við frumvarp sem varð að þeim lögum segir að markaðsráðandi fyrirtæki getur „*misbeitt markaðsyferráðum sínum með óeðlilega lágu verði eða undirverðlagningu ...*.” Í máli þessu kemur til skoðunar hvort Valitor hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með undirverðlagningu á markaði fyrir færsluhirðingu. Áður en vikið er að aðgerðum Valitors er rétt að fara nokkrum orðum um túlkun 11. gr. samkeppnislaga að þessu leyti.

¹⁰¹ Mál nr. C-549/10.

¹⁰² Áður en dómurinn féll fjölluðu fræðimenn um þennan þátt málsins. Sjá Richard Whish, Competition Law, sjötta útgáfa 2009, bls. 197: „*It is ultimately for the Community Courts to determine whether per se rules are appropriate under Article 82. In a case currently before the CFI, Tomra Systems v Commission, one of Tomra's specific grounds of appeal against the Commission's decision is that the Commission committed a manifest error in holding that exclusivity arrangements, individualised quantity commitments, and individualised retroactive rebates were unlawful per se under Article 82.*”

¹⁰³ „*It must also be stated that, for the purposes of establishing an infringement of Article 82 EC, it is not necessary to show that the abuse under consideration had an actual impact on the relevant markets. It is sufficient in that respect to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having that effect (Michelin II, paragraph 239, and British Airways v Commission, paragraph 293).*”

¹⁰⁴ „*In fact, even if the Commission had made a manifest error of assessment, as the applicants allege, in holding that those agreements actually eliminated competition, the legality of the contested decision would not be affected.*”

¹⁰⁵ Sjá m.a. mgr. 79: „*...it is therefore unnecessary to undertake an analyse of the actual effects of the rebates on competition given that, for the purposes of establishing an infringement of Article 102 TFEU, it is sufficient to demonstrate that the conduct at issue is capable of having an effect on competition, as recalled in paragraph 68 of this judgment.*”

¹⁰⁶ Dómur í máli nr. C-457/10, sjá m.a. mgr. 112.

¹⁰⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission* [2003] ECR II-4071: „*The applicant cannot base an argument on the fact that its market shares and prices fell during the period in question.*”



Samkeppnislög banna ekki markaðsráðandi fyrirtækjum að bregðast við samkeppni með því að lækka verð ef sú verðlækkun byggir á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum eða að bregðast við samkeppni á annan hátt. Þvert á móti er það í samræmi við markmið samkeppnislaga og hagstætt neytendum að markaðsráðandi fyrirtæki taki með virkum hætti þátt í heilbrigðri verðsamkeppni eða bæti og auki vöru- eða þjónustuframboð. Á hinn bóginn verður að líta til þess sem fyrr sagði að ákvæði 11. gr. samkeppnislaga banna markaðsráðandi fyrirtæki að veikja keppinaut með því að beita öðrum aðferðum en þeim sem teljast til eðlilegrar samkeppni í skilningi samkeppnisréttarins.¹⁰⁸ Af þessu leiðir að ekki er öll verðlækkun eða verðsamkeppni af hálfu markaðsráðandi fyrirtækja lögmæt, sbr. m.a. dóm Hæstaréttar nr. 120/2001 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*. Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í Lyf og heilsu málinu, sem Hæstiréttur staðfesti með vísan til forsendna í máli nr. 355/2012, segir að markaðsráðandi fyrirtæki geti misnotað stöðu sínu með því að „veita afslætti með mjög lága eða neikvæða framlegð af sölu, með það að tilgangi að mæta samkeppni.“

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segir

„Íslenskir dómstólar og samkeppnisyfirvöld hafa byggt á því að sé vara eða þjónusta seld undir breytilegum kostnaði sé um undirverðlagningu að ræða í þessum skilningi, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 188/2010. Undirverðlagning getur haft þær afleiðingar að veikari samkeppnisaðilar sjá ekki ástæðu til að taka þátt í samkeppni. Þar fyrir utan er ljóst að hvati að því að leggja til atlögu við markaðsráðandi aðila verður til muna minni ef þeim er frjálst að bregðast við samkeppni með því að verðleggja vöru sína undir kostnaðarverði. Loks getur afleiðing undirverðlagningar orðið sú að samkeppnisaðilar hverfi af markaði sem getur orðið til tjóns fyrir neytendur sé litið til lengri tíma.“

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* er einnig útskýrt í hvaða tilvikum verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis telst vera ólögmæt undirverðlagning:

„Svonefnd undirverðlagning af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis er dæmi um aðgerð sem getur falið í sér misnotkun markaðsráðandi stöðu. Í því sambandi ber helst að nefna að verðlagning af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sem stendur ekki undir breytilegum kostnaði getur að öðru jöfnu falið í sér slíka misnotkun. Ástæðan er sú að verðlagning af þessu tagi verður vart skýrð út frá eðlilegum rekstrarsjónarmiðum viðkomandi fyrirtækis. Er þá haft í huga að verðákvarðanir framleiðslu- og þjónustufyrirtækja eru að öllum jafnaði byggðar á þessum grunni. Verðákvörðun markaðsráðandi fyrirtækis sem er lægri en þetta er því að öllum jafnaði til þess fallin að raska samkeppni með ólögmætum hætti. Því má ætla að slíkar aðgerðir af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis brjóti í bága við 11., sbr. 1. gr. samkeppnislaga, nema unnt sé að sýna fram á sérstakar ástæður sem réttlæti hana.“

¹⁰⁸ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í Akzo málinu, mál nr. C-62/86 [1991] ECR-3359.



Í úrskurðinum kemur einnig fram að verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis sem er undir meðaltali heildarkostnaðar en yfir meðaltali breytilegs kostnaðar geti falið í sér misnotkun. Viðmiðanir í þessum flokki séu ógleggri þar sem slík aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis geti verið skýrð út frá eðlilegum rekstrarlegum og samkeppnislegum forsendum og með stoð í eðlilegri sjálfsbjargarviðleitni fyrirtækisins „að teknu tilliti til sérkenna þeirra markaða sem við er að glíma hverju sinni.“ Við mat á þessu er í fyrsta lagi nauðsynlegt að líta til þess hversu mikið frávik frá meðaltali breytilegs kostnaðar verðlagningin felur í sér. Ef verð er lítið yfir meðaltali breytilegs kostnaðar er almennt meiri ástæða til íhlutunar en ef það er mikið hærra en breytilegur kostnaður. Í öðru lagi þarf að meta hversu sérhæfð aðgerð felst í verðlagningunni. Ef verðlagningaraðgerðinni er eingöngu beitt á þeim mörkuðum þar sem keppinautur starfar en ekki á sambærilegum mörkuðum þar sem ekki gætir samkeppni getur það verið vísbending um misnotkun hins markaðsráðandi aðila á stöðu sinni á markaðnum. Úrskurður áfrýjunarnefndar var staðfestur að þessu leyti með dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 205/2011 *Samkeppnieftirlitið gegn Icelandair ehf. og gagnsök frá 9. febrúar 2012.*

Aðrir þættir sem þarf að hafa í huga þegar bera á saman verð og kostnað er t.a.m. lengd tímabilsins sem miðað er við, þar sem kostnaður sem telst fastur til mjög skamms tíma getur verið breytilegur þegar lengri tímabil eru skoðuð. Almennt hefur í samkeppnisrétti verið notast við þá reglu að miða við það hversu lengi hin meinta undirverðlagning hefur staðið yfir, eða hve lengi hún muni vara ef henni er ekki lokið þegar rannsókn hefst.

Óeðlileg verðlagning markaðsráðandi fyrirtækja af þeim toga sem hér hefur verið lýst getur leitt til þess að önnur fyrirtæki sem ekki hafa sambærilegan efnahagslegan styrkleika hrökklist af markaðnum. Verðlagningin kann því að stuðla að fákeppni sem er andstæð markmiði samkeppnislaga. Í þessu sambandi ber einnig að hafa í huga að markaðsráðandi fyrirtæki er oft í þeirri stöðu að geta boðið mun meira úrval af þjónustu en smærri keppinautar. Markaðsráðandi fyrirtæki getur því í aðalatriðum mætt samkeppni með verðlækkun. Sé verð keppinautarins jafnað getur þó í raun verið um að ræða aðgerð sem ekki samrýmist markmiði samkeppnislaga og þar með eðlilegri samkeppni þar sem ekki er um einsleitir vörur að ræða, sbr. framangreindan úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 4/2007.

Markaðsráðandi fyrirtækjum er þó heimilt að mæta samkeppni af afli, með hliðsjón af hagrænum aðstæðum hverju sinni, og ná skyldur markaðsráðandi fyrirtækja ekki til þess að hlífa fyrirtækjum á viðkomandi markaði sem ekki geta staðist eðlilega samkeppni, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í málum nr. 17-18/2003. Ef aftur á móti markaðsráðandi fyrirtæki mætir aukinni samkeppni með verðlækkunum sem ekki byggja á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum getur það gert það að verkum að skilvirkari fyrirtæki, sem hafa ekki nægilegan fjárhagsstyrk til þess að standa af sér slíkt verðstríð, neyðist til þess að yfirgefa markaðinn. Verð mun þar af leiðandi haldast hátt eða jafnvel hækka og kemur slíkt að sjálfsögðu engum til góða nema hugsanlega þeim fyrirtækjum er beitt hafa ólögmætri undirverðlagningu.

Hér ber einnig að líta til þess að fræðilega séð eru ákveðin tilvik þar sem fyrirtæki gætu hagnast á því að bjóða verð undir kostnaði án þess að það hafi neikvæð samkeppnisleg



áhrif, t.d. með sölu á gömlum birgðum, og fellur það almennt í hlut fyrirtækisins að færa sannfærandi málefnaleg rök fyrir því.¹⁰⁹ Með öðrum orðum þarf fyrirtækið að geta sýnt fram á að verðlagning þess hefði verið sú sama jafnvel þó enginn möguleiki hefði verið á því að skaða samkeppnina. Sem dæmi um hugsanlega réttlætingu á undirverðlagningu er t.a.m. sala á birgðum sem eru að nálgast, eða komnar rétt yfir, síðasta sölundag.

Framangreint þýðir óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðri heldur en almennt er heimilt í viðskiptum. Þýðir þetta m.a. að ekki er öll verðsamkeppni af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis lögmæt.¹¹⁰

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í máli Haga gegn Samkeppniseftirlitinu segir eftirfarandi um ólögmæt aðgerðir fyrirtækja:

„Markaðsráðandi fyrirtæki má því ekki grípa til aðgerða sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem er á markaði. Við mat á því hvort aðgerð verði talin ólögmæt getur markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis skipt verulegu máli, enda liggur í hlutarins eðli að oft þarf lítið til að aðgerðir fyrirtækis með mikla markaðshlutdeild teljist samkeppnishamlandi. Þannig kann að vera ólögmætt ef markaðsráðandi fyrirtæki grípur til ráðstafana, sem alla jafna þykja eðlilegar á samkeppnismarkaði, t.d. bjóða viðskiptavinum sínum lægra verð en keppinautarnir.“

Héraðsdómurinn var sem fyrr segir staðfestur með dómi Hæstaréttar í máli nr. 188/2010 með vísan til forsendna hans.

Valitor heldur því fram að til þess að verðhegðun markaðsráðandi fyrirtækis teljist ólögmæt verði að leiða af henni skaðleg áhrif á samkeppni. Ekki sé um brot að ræða ef jafn skilvirkur keppinautar hefði getað keppt við markaðsráðandi fyrirtækið.

Valitor leggur hér til grundvallar ranga túlkun á 11. gr. samkeppnislaga. Vísast til almennrar umfjöllunar um 11. gr. samkeppnislaga hér að framan.

2. Eðli samkeppni í færsluhirðingu og áhrif milligjalda

Áður en fjallað er um aðgerðir Valitors er nauðsynlegt að lýsa nánar sérkennum greiðslukortamarkaðar og samkeppni færsluhirða á honum. Einnig er nauðsynlegt að útskýra nánar svonefnd milligjöld. Ákvarðanir Valitors sem tengjast milligjöldum í færsluhirðingu vegna íslenskra VISA greiðslukorta hjá íslenskum söluaðilum hafa talsverða þýðingu í málinu.

¹⁰⁹ Sjá t.d. mgr. 688 í dómi undirréttar ESB í máli nr. T-201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II-3601.

¹¹⁰ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 2. apríl 2009 í máli nr. C-202/07P France Telecom v Commission: „... Article 82 EC prohibits a dominant undertaking from eliminating a competitor and thereby strengthening its position by using methods other than those which come within the scope of competition on the basis of quality. From that point of view, not all competition by means of price can be regarded as legitimate ...“



2.1 Aðstæður á markaði

Óumdeilt er að notkun greiðslukorta er mjög almenn og víðtæk í viðskiptum með vöru og þjónustu hér á landi. Það veldur því að hver sá sem á í viðskiptum við almenna neytendur er nánast knúinn til að taka við öllum helstu vörumerkjum og tegundum greiðslukorta. Höfnun söluaðila á viðtöku greiðslukorta er líkleg til þess að valda því að af viðskiptum verði ekki. Um er að ræða í aðalatriðum tvær tegundir greiðslukorta, debetkort og kreditkort. Eins og fyrr er lýst er virkni þeirra og verðlagning mismunandi hvort heldur litið er af sjónarhóli korthafa eða söluaðila.

Meginstarfsemi Valitors er á markaði þar sem greiðslukort koma við sögu. Þeim markaði er skipt m.a. í markað fyrir útgáfu greiðslukorta og markað fyrir færsluhirðingu þar sem umrædd greiðslukort eru notuð í viðskiptum, sbr. umfjöllun hér að framan.

Í þessu máli er gerður greinarmunur á tveimur þjónustupáttum á markaði fyrir færsluhirðingu:

- Færsluhirðing kreditkorta
- Færsluhirðing debetkorta.

Út frá sjónarhóli færsluhirða er hver einstakur söluaðili „eftirsóknarverð bráð“ sem þeir vilja „veiða“ í viðskipti. Þar af leiðandi beina færsluhirðar athygli sinni og markaðsaðgerðum að sérhverjum söluaðila með aðskildum hætti ekki síður en með almennum hætti. Færsluhirðir ber skýrt afmarkanlegan breytilegan kostnað af þjónustu sinni við hvern söluaðila um sig og hefur af honum skýrt afmarkaðar tekjur. Því er ótvírætt bæði viðeigandi og málefnalegt við mat á mögulegri undirverðlagningu að litið sé til afkomunnar af viðskiptum færsluhirðis við hvern og einn söluaðila fyrir sig. Ber að hafa í huga að um ólögmetta undirverðlagningu getur verið að ræða þrátt fyrir að hún taki ekki til allrar vöru/þjónustu sem hið markaðsráðandi fyrirtæki selur á hinum skilgreinda markaði, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 188/2010. Þessi regla er rökrétt því hið markaðsráðandi fyrirtæki hefur hag af því að hafa undirverðlagninguna ekki víðtækari en nauðsynlegt er til að ná hinu samkeppnishamlandi markmiði.¹¹¹

Eins og fram hefur komið hófu Borgun og Valitor svonefnda „dual“ færsluhirðingu í árslok 2008. Við þessa breytingu jókst samkeppni milli Valitors og Borgunar. Fram til þess tíma hafði samkeppnin milli þessara fyrirtækja að mestu falist í samkeppni um hylli neytenda/korthafa um vörumerki greiðslukorta sem þau önnuðust útgáfu á.

Þegar Valitor annast færsluhirðingu hjá söluaðilum vegna MasterCard kreditkorta fer heimildarleit og færslur um alþjóðlega uppgjörskerfi MasterCard International á grundvelli milligjalda sem ákveðin eru fyrir það kerfi. Milligjald er greiðsla söluaðila til útgefenda fyrir meinta þjónustu og verður því lýst nánar hér á eftir. Á sambærilegan hátt fer um færslur og uppgjör þar sem Borgun annast færsluhirðingu vegna VISA kreditkorta, það fer fram í VISA NET uppgjörskerfinu á milligjöldum sem ákveðin eru fyrir það kerfi. Að

¹¹¹ Sjá t.d. Faull & Nikpay, The EC Law of Competition, önnur útgáfa 2007 bls. 373-374: „Predatory pricing strategies are normally targeted at actual or potential competitors. Dominant firms usually charge below cost only to the minimum amount of products and customers necessary to achieve the exclusionary aim, thereby reducing the amount of losses incurred and facilitating a recovery strategy.“



Þessu leyti voru þessir ferlar eins og hjá PBS sem færsluhirðir hjá íslenskum söluaðilum. Hins vegar gildir annað um uppgjör fyrir færsluhirðingu vegna debetkorta hjá þessum tveimur félögum. Ef Valitor færsluhirðir Maestro debetkort og Borgun vegna Electron debetkorta þá fara færslur og uppgjör um innlenda debetkortakerfið sem er á vegum Reiknistofu bankanna. Í því uppgjöri gilda milligjöld sem ákveðin hafa verið af Valitor og Borgun fyrir hönd útgefenda sem hafa, til skamms tíma, verið verulega lægri en milligjöld sem PBS greiðir í alþjóðlegu uppgjörskerfunum og á það við um rannsóknartímabil þessa máls. Á rannsóknartímabilinu hafði PBS/Kortapjónustan ekki aðgang að innlenda debetkortakerfinu og taldi sig því ekki standa jafnfætis t.d. Valitor hvað varðar færsluhirðingu vegna debetkorta hjá íslenskum söluaðilum.

2.2 Milligjald vegna notkunar greiðslukorta

Í m.a. kafla IV. hér að framan var stuttlega fjallað um svonefnd milligjöld. Nauðsynlegt er að fjalla nánar um þau hér þar sem það er ekki síst milligjaldið sem tengir saman markaði fyrir útgáfu greiðslukorta og færsluhirðingu í þessu máli. Með sama hætti þá eru milligjöldin stærsti einstaki kostnaðarliður í rekstri færsluhirða og því mest afgerandi við mat á afkomu Valitors af færsluhirðingu.

Staða Valitors, sem hópaðili að VISA EU og sem aðila að greiðslukortautgáfu, hefur áhrif á markaðinn fyrir færsluhirðingu. Koma þau áhrif fram í þeirri þóknun sem færsluhirðir semur um við söluaðila fyrir þjónustu sína við þá vegna viðtöku þeirra á greiðslukortum í viðskiptum. Grunnþáttur þessarar þóknunar er milligjald (e. *interchange fee*) sem færsluhirðar greiða útgefendum greiðslukorta fyrir þjónustu sem útgefendur eru sagðir veita söluaðilum þegar greiðslukort eru notuð í viðskiptum við þá. Hefur þetta fyrirkomulag verið rökstutt með því að útgefendur hafi tiltekinn beinan kostnað af notkun greiðslukorta hjá söluaðilum sem eðlilegt sé að þeir greiði.¹¹² Er sá kostnaður sagður mismikill eftir tegundum greiðslukorta. Þar sem ekki er um að ræða samningssamband milli útgefenda og söluaðila vegna þessa er færsluhirðir milliliður í að innheimta gjald fyrir þessa þjónustu útgefenda við söluaðila og greiða það til útgefenda. Er milligjaldið því hluti af þeirri þóknun sem söluaðilar greiða færsluhirði fyrir færsluhirðingu. Af þessu leiðir að milligjaldið og ákvörðun þess hefur bein áhrif á markaðinn fyrir færsluhirðingu.

Almennt er það viðurkennt, bæði í umfjöllun á vegum framkvæmdastjórnar ESB og annarra, að milligjaldið sem færsluhirðir greiðir útgefendum (sé slíkt gjald notað í viðkomandi kerfi) myndi gólf í verðlagningu færsluhirða gagnvart söluaðilum fyrir færsluhirðingu. Þegar korthafi notar kort í viðskiptum hjá söluaðila greiðir söluaðili færsluhirði þóknun fyrir þjónustuna (e. *merchant service charge, MSC*). Færsluhirðir greiðir síðan milligjald til útgefanda kortsins og eftir atvikum einnig eitthvað til alþjóðlegu kortasamsteypunnar, í þessu tilfalli til VISA EU vegna VISA greiðslukorta. Milligjaldið vegur þyngst allra kostnaðarliða sem liggja að baki þóknuninni sem söluaðilar greiða færsluhirðum. Til viðbótar kemur ýmiss annar kostnaður, bæði breytilegur og fastur, sem stafar af framlagi færsluhirðisins sjálfs við að veita færsluhirðingarþjónustu og framlag til hagnaðar.

¹¹² Sjá t.d. bréf Valitors, dags. 17. september 2007, sem tengist ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 62/2008, um ósk Valitors fyrir undanþágu fyrir samræmt milligjald í kortaviðskiptum.



Rétt er í þessu samhengi að benda á að tilvist milligjalds er umdeild og til eru greiðslukortakerfi sem starfa án þess að um milligjald sé að ræða. Þá liggur fyrir að bæði í íslenskum samkeppnisrétti og EES/ESB-samkeppnisrétti hafa tiltekin millgjöld verið talin skapa samkeppnisleg vandamál, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2009 *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* og dóm undirréttar ESB frá 24. maí 2012 í máli nr. T-111/08 *MasterCard gegn framkvæmdastjórn ESB*.

Þrátt fyrir að milligjaldið sé sagt vera endurgjald fyrir þjónustu útgefanda hefur fyrirkomulagið verið með þeim hætti að útgefendur hafa framselt ákvörðunarvald sitt um fjárhæð milligjaldsins til Valitors. Í gögnum sem fyrir liggja í þessu máli kemur þannig fram að Valitor, sem vinnsluaðili við útgáfu kortanna, hefur ákvarðað milligjald sem Valitor sem færsluhirðir, greiðir formlegum útgefendum VISA greiðslukorta sem eru bankar og sparisjóðir, vegna notkunar kortanna hjá íslenskum söluaðilum. Valitor hefur mótmælt þessu en að mati Samkeppniseftirlitsins geta sjónarmið Valitors ekki breytt framangreindu. Nánar er fjallað um sjónarmið Valitors í kafla 3.6 hér á eftir.

Milligjald tengt starfsemi Valitors hefur verið ákvarðað sem hreint prósentuhlutfall af upphæð viðskiptanna, eða allt þar til í febrúar 2009 að Valitor ákvað að sett skyldi til viðbótar rammi um lágmarks- og hámarksgjald á greiðslur til útgefanda vegna notkunar debetskorta.¹¹³ Þar sem greitt milligjald er hluti af rekstrarkostnaði Valitors í færsluhirðingu er augljóst að milligjaldið var til þess tíma beinn breytilegur kostnaður hjá félaginu. Til viðbótar kemur annar breytilegur kostnaður sem stafar af starfsemi færsluhirðisins sjálfs.

Samkvæmt framansögðu er færsluhirðir, í þessu máli Valitor, milliliður í innheimtu á milligjöldum fyrir hönd útgefanda. Á sama tíma er Valitor ákvarðandi um fjárhæð milligjaldsins sem útgefendum VISA greiðslukorta er greitt. Einnig ákvað Valitor einhliða það milligjald sem félagið greiddi útgefendum Maestro debetskorta vegn færsluhirðingar þess vörumerkis. Greitt milligjald til útgefanda fer um rekstrarreikning færsluhirðis og telst því til rekstrargjalda hjá honum. Mikilvægt er að hafa þetta í huga varðandi umfjöllun hér á eftir um ákvörðun, meðferð og áhrif milligjalda á markaði fyrir færsluhirðingu vegna notkunar greiðslukorta hjá söluaðilum.

Útgefendur greiðslukorta, bankar og sparisjóðir, eru keppinautar og Valitor er í eigu m.a. Landsbankans og Arion banka. Í ljósi þessa og með hliðsjón af framangreindu eðli milligjaldsins geta álitafni tengd 10. og 12. gr. samkeppnislaga komið til skoðunar, sbr. einnig úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2009 *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Atriði þessu tengd eru hins vegar til rannsóknar í öðru máli. Í máli þessu verður því ekki tekin afstaða til lögmætis þess fyrirkomulags á ákvörðun milligjalda sem Valitor og útgefendur hafa viðhaft á rannsóknartímabili þessa máls. Hins vegar verður höfð hliðsjón af áhrifum þessa fyrirkomulags þegar aðgerðir Valitors eru metnar með hliðsjón af 11. gr. samkeppnislaga. Það sem skiptir máli í því sambandi er að Valitor

¹¹³ Sjá bréf frá Valitor til Samkeppniseftirlitsins, dags. 19. nóvember 2010. Lágmarks- og hámarksupphæð kemur þó ekki fram í verðskrá Valitors gagnvart útgefendum. Meðfylgjandi eru afrit af heildsöluverðskrá Valitors gagnvart útgefendum með gildistíma 18. apríl 2007, 18. apríl 2008 og 18. febrúar 2009.



hefur verið í þeirri stöðu að geta ákveðið milligjöldin sem félagið greiðir útgefendum einhliða í verðskrá sinni. Þess utan sýna aðgerðir Valitors að félagið líti svo á að það sé ekki þörf eða krafa útgefenda um greiðslu á kostnaði vegna notkunar kortanna hjá söluaðilum sem ákvarði milligjaldið heldur fremur rekstrarlegir hagsmunir Valitors, sem hefur síðan áhrif á samkeppnislega stöðu Valitors á markaði fyrir færsluhirðingu.

Valitor hefur um árabíl notað hugtakið milligjald um það gjald sem hér um ræðir. Í samningum Valitors við banka og sparisjóði um heimild til útgáfu greiðslukorta undir vörumerki VISA og hlutverks Valitors í færsluhirðingu vegna notkunar þeirra hjá íslenskum söluaðilum er þannig hugtakið „milligjald“ notað. Í þeim samningum er tiltekið að milligjald í þessum skilningi sé birt í verðskrá Valitors. Í gagnaöflun í þessu máli hefur Valitor notað þetta hugtak, sbr. bréf Valitors, dags. 10. júlí 2010, og í fundargerðum stjórnar Valitors, m.a. nr. 477, dags. 17. júlí 2008 og í verðskrá félagsins allt til 19. febrúar 2009 er þetta hugtak notað.

Í nokkrum tilvikum undir lok málsmeðferðar og í athugasemdum sínum við andmælaskjalið notar Valitor nýtt hugtak sem er „kostnaðarhlutdeildarþóknun“ í stað milligjalds. Eins og fyrr segir er skilgreiningin á milligjaldi skýr og þjónar það engum tilgangi að innleiða nýtt hugtak í þessu sambandi enda verður ekki annað séð en slíkt sé til þess eins fallið að drepa umfjölluninni á á dreif og jafnvel brengla hana. Tilraun Valitors til þess að gera efnislegan greinarmun á hugtakinu milligjald og nýja hugtakinu „kostnaðarhlutdeildarþóknun“ er eingöngu til þess fallin að gera mál þetta óskýrara. Milligjald hefur verið skilgreint með þeim hætti að það sé endurgjald vegna þjónustu formlegra útgefenda greiðslukorta við söluaðila og eru færsluhirðar milliliðir í því uppgjöri. Greiðsla Valitors sem færsluhirðis til útgefenda kortanna fellur undir þá skilgreiningu (hverju nafni sem Valitor kann að vilja nefna umrætt gjald). Skiptir þá ekki máli hvort fjármagnskostnaður er mögulega innifalinn í þeim kostnaði útgefenda eða ekki hvað varðar færsluhirðingu vegna kreditkorta. Þeim lið er í öllu falli ekki til að dreifa í tilfelli debetkorta. Mun því hugtakið milligjald verða notað yfir umrædda greiðslu Valitors til útgefenda í þessari ákvörðun.

3. Undirverðlagning Valitors

Af hálfu Borgunar og í ábendingum sem Samkeppniseftirlitinu hafa borist hefur því verið haldið fram að Valitor hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga á markaði fyrir færsluhirðingu. Hefur Samkeppniseftirlitið tekið til skoðunar í málinu hvort Valitor hafi misbeitt markaðsráðandi stöðu sinni með því að undirverðleggja þjónustu félagsins á markaði fyrir færsluhirðingu þar sem greiðslukort, einkum debetkort, eru notuð í viðskiptum hjá íslenskum söluaðilum.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri frumniðurstöðu að Valitor væri markaðsráðandi á markaðnum fyrir færsluhirðingu greiðslukorta. Undir þann markað falla annars vegar færsluhirðing á kreditkortum og hins vegar færsluhirðing á debetkortum. Var í andmælaskjalinu einnig komist að þeirri frumniðurstöðu að Valitor hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með undirverðlagningu í færsluhirðingu á debetkortum og kreditkortum. Taldi Samkeppniseftirlitið að Valitor hefði á árinu 2007



beitt undirverðlagningu gagnvart tæplega 660 söluaðilum í færsluhirðingu vegna debetkorta og gagnvart rúmlega 150 söluaðilum í heild sinni, þ.e. bæði vegna debet- og kreditkorta. Tilvikin á árinu 2008 voru svipuð að fjölda. Þá er í andmælaskjalinu fjallað sérstaklega um aðgerðir Valitors gagnvart tilteknum stórum söluaðilum, eins og t.d. IKEA, og komist að þeirri frumniðurstöðu að þær hefðu einnig falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Fjallað verður um aðgerðir gagnvart þessum tilteknu söluaðila í næsta kafla.

Valitor hefur mótmælt því að hafa beitt ólögumætri undirverðlagningu og hefur því til stuðnings í aðalatriðum haldið eftirfarandi fram:

- Samkeppniseftirlitið hafi beitt rangri aðferðafræði við mat á undirverðlagningu
- Ákvörðun um þóknun söluaðila hafi verið með eðlilegum hætti
- Verðstefna Valitors hafi ekki hindrað aðra færsluhirða á markaðnum og að aðgangur að innlenda debetkortakerfinu hafi verið öllum opinn
- Færsluhirðing Valitors hafi ekki verið undirverðlögð

Fjallað verður um sjónarmið Valitors hvað þetta varðar í kafla 3.6.

Verður hér gerð fyrst grein fyrir kostnaðar- og tekjugreiningu vegna starfsemi Valitors í færsluhirðingu. Að því búnu verður lagt mat á verðlagningu Valitors á færsluhirðingu.

3.1 Kostnaðar- og tekjugreining fyrir mat á undirverðlagningu

Eins og fram hefur komið getur markaðsráðandi fyrirtæki brotið 11. gr. samkeppnislaga með því að selja vöru á verði sem stendur ekki undir meðaltali breytilegs kostnaðar, sbr. dómur Hæstaréttar málum nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* og nr. 205/2011 *Samkeppniseftirlitið gegn Icelandair ehf.* Við mat á því hvort aðgerðir Valitors hafi falið í sér ólögumæta undirverðlagningu verður því að horfa til kostnaðarmyndunar sem tengist færsluhirðingu hjá söluaðilum vöru og þjónustu.

Helsti undirliggjandi kostnaður við færsluhirðingu er milligjald sem söluaðilar greiða kortaútfendum fyrir þjónustu þegar greiðslukort eru notuð í viðskiptum. Fer uppgjör milligjaldsins fram með milligöngu færsluhirða. Er þannig ljóst að stór hluti af þóknun færsluhirðis gagnvart söluaðilum ræðst af milligjaldinu sem rennur til útgefenda. Á það sérstaklega við um notkun debetkorta. Sökum þessa hefur verið bent á að milligjaldið myndi gólf í verðlagningu gagnvart söluaðilum fyrir færsluhirðingu vegna notkunar greiðslukorta, sbr. umfjöllun hér að framan. Undir eðlilegum kringumstæðum ætti því sú þóknun sem söluaðili greiðir færsluhirði að standa straum af milligjaldinu og öðrum kostnaði sem færsluhirðirinn hefur af viðkomandi viðskiptum, auk framlags til hagnaðar.

Færsluhirðir sem verðleggur þjónustu sína við söluaðila þannig að þóknunin fyrir hverja færslu er lægri en milligjald til útgefenda af sömu viðskiptum, gerir það ekki á eðlilegum rekstrarlegum forsendum.¹¹⁴ Er slík verðlagning óraunhæf frá rekstrarlegu sjónarmiði nema viðkomandi færsluhirðir sjái með þessu hag sínum betur borgið vegna áhrifa

¹¹⁴ Sjá t.d. mgr. 20 og 21 í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB 8. desember 2010 í máli nr. COMP/D1/39.398 VISA MIF.



þessarar háttsemi í öðrum viðskiptum. Slík verðlagning getur einnig verið liður í samkeppnishamlandi áætlun markaðsráðandi færsluhirðis. Í þessu sambandi skiptir ekki máli hvernig milligjaldið er skilgreint og hvaða kostnaði hjá útgefendum því er ætlað að mæta. Það sem skiptir höfuðmáli er að milligjöldin sem færsluhirðar greiða vegna mismunandi korta eru viðamestu kostnaðarliðirnir í færsluhirðingu.

Valitor hefur upplýst að velta söluaðila hafi mest áhrif á kjör (þóknun) þeirra vegna færsluhirðingar debetkorta.¹¹⁵ Þannig njóti veltumestu söluaðilar bestu kjara og greiði lægstu þóknunina vegna færsluhirðingar debetkorta. Einnig hafi ákveðnir þjónustugeirar, t.d. söluaðilar með matvöru, bensín og áfengi, sögulega notið góðra kjara. Séu þetta þjónustugeirar þar sem stærstu söluaðilarnir séu með mikla veltu og njóti því lágrar þóknunar, sem hafi haft áhrif til lækkunar á þóknun minni aðila í viðkomandi geira. Þá hafi viðgengist lágmarks- og hámarksgjöld fyrir hverja einstaka færslu hjá söluaðilum sem afmarki með ákveðnum hætti kjör söluaðila fyrir færsluhirðingu.

Á árunum 2007 og 2008 greiddi Valitor útgefendum debetkorta samkvæmt heildsöluverðskrá félagsins fyrst [...] % og síðar [...] % af allri Electron debetkortaveltu og án lágmarks- og hámarksgreiðslna.¹¹⁶ Þar sem ekki er um að ræða takmarkanir á upphæð milligjalds er þessi kostnaður Valitors beint tengdur undirliggjandi fjárhæð viðskipta sem Valitor færsluhirðir og telst því beinn breytilegur kostnaður.

Í ljósi framangreinds verður í máli þessu litið svo á að milligjaldið sé eðlileg nálgun á viðmiðið meðaltals breytilegur kostnaður. Ber að hafa í huga að þessi nálgun er ívilnandi fyrir Valitor þar sem hún vanmetur aðra kostnaðarliði sem einnig má telja breytilega eins og t.d. sölukostnað.

Taka verður til skoðunar hvort færsluhirðing hjá Valitor, aðallega á debetkortum, hafi verið verðlögð undir kostnaði á því tímabili sem um ræðir. Til grundvallar þessu mati er í öllum tilfellum byggt á gögnum og upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað hjá Valitor í framhaldi af skoðun á haldlögðum gögnum sem aflað var við húsleit á skrifstofum fyrirtækisins þann 1. júlí 2009. Óskað var eftir ítarlegum gögnum frá Valitor um viðskipti félagsins við alla söluaðila vöru og þjónustu sem voru í viðskiptum við Valitor á árunum 2007 og 2008 og að hluta til árið 2009. Um er að ræða nöfn og kennitölu söluaðila, gögn um þá þóknun sem söluaðilar greiddu Valitor fyrir færsluhirðingu annars vegar vegna notkunar debetkorta og hins vegar vegna notkunar kreditkorta. Með sama hætti var aflað gagna um veltu Valitors í færsluhirðingu Valitors hjá hverjum einstökum söluaðila og fjölda færslna. Einnig er um að ræða gögn um það milligjald sem Valitor greiddi útgefendum greiðslukorta vegna hvers og eins söluaðila, aðgreint eftir kortategund. Þá var kallað eftir gögnum og upplýsingum um ýmis atriði sem tengjast rekstri Valitors eins og t.d. afkomu félagsins af færsluhirðingu vegna beggja kortategundanna. Til viðbótar þeim gögnum sem kallað var eftir undir rannsókn málsins er stuðst við tiltekin gögn sem haldlögð voru í húsleit hjá Valitor 1. júlí 2009. Einnig var

¹¹⁵ Bréf Valitors til Samkeppniseftirlitsins, dags. 5. júlí 2010.

¹¹⁶ Sjá bréf frá Valitor til Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. október 2009 sem aflað var í öðru stjórnáskýslumáli, og 5. júlí 2010, t.l. 19. Það sem hér vekur athygli er að Valitor sem greiðandi ákveður það milligjald sem félagið greiddi útgefendum og sem er gjaldfært í rekstri félagsins og leggur grunn að þóknun sem söluaðilar greiða Valitor fyrir færsluhirðingu.



óskað eftir upplýsingum frá Borgun og Kortþjónustunni sem og frá nokkrum fjölda söluaðila.

3.2 Undirverðlagning í færsluhirðingu á debetkortum árið 2007

Í töflu 4 koma í dæmaskyni fram tilteknir söluaðilar sem greiddu Valitor lægri þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta árið 2007 en nam því milligjaldi sem Valitor greiddi útgefendum vegna sömu viðskipta og mismunur þeirra upphæða sem er beint tap Valitors af viðskiptum við hvern og einn söluaðila. Í heild var um að ræða [...] söluaðila en í framsetningu hér eru aðeins tilgreindir nokkrir þeirra. Töfluna í heild er að finna í viðauka 1 með ákvörðun þessari. Athygli skal vakin á því að hér hefur eingöngu verið tekið tillit til þess breytilega kostnaðar við þjónustu Valitors sem felst í milligjaldinu en ekki til annars breytilegs kostnaðar félagsins. Eðlilegt er því að telja að þessi greining sé ívilnandi fyrir Valitor.

Tafla 4: Þóknun Valitors og milligjöld til útgefenda vegna notkunar debetkorta hjá tilteknum söluaðilum árið 2007¹¹⁷

Söluaðili	Þóknun frá söluaðila	Milligjald greitt útgefendum	Mismunur
Bónus	[...]	[...]	[...]
Hagkaup	[...]	[...]	[...]
Fjarðarkaup ehf.	[...]	[...]	[...]
ÁTVR	[...]	[...]	[...]
Fríhöfnin ehf.	[...]	[...]	[...]
Byko	[...]	[...]	[...]
Húsasmiðjan ehf.	[...]	[...]	[...]
Miklatorg (IKEA)	[...]	[...]	[...]
Atlantsólía ehf.	[...]	[...]	[...]
Bensínorkan ehf.	[...]	[...]	[...]
Olíuverslun Íslands hf.	[...]	[...]	[...]
Johan Rönning hf.	[...]	[...]	[...]
Bræðurnir Ormsson ehf.	[...]	[...]	[...]
Tollstjóri	[...]	[...]	[...]
Hekla ehf.	[...]	[...]	[...]
Ingvar Helgason ehf.	[...]	[...]	[...]
Brimborg ehf.	[...]	[...]	[...]
Frumherji hf.	[...]	[...]	[...]
Sýslumaðurinn í Hafnarfirði	[...]	[...]	[...]

Eins og fram kemur í töflunni og áður er getið voru [...] söluaðilar þar sem Valitor innheimti lægri þóknun vegna færsluhirðingar debetkorta en félagið greiddi

¹¹⁷ Unnið úr excelskjali frá Valitor sem kom með tölvupósti, dags. 9. febrúar 2011, „fylgiskjöl til SE: Debet 2007 þóknun og milligjöld.xlsx“.



kortaútgefendum í milligjald vegna sömu viðskipta.¹¹⁸ Á því ári var samtals þóknun Valitors af færsluhirðingu debetkorta hjá þessum [...] söluaðilum um [...] m.kr. lægri en milligjaldið sem Valitor greiddi útgefendum debetkorta vegna þessara viðskipta hjá þessum sömu söluaðilum. Á þá eftir að gera ráð fyrir öðrum breytilegum kostnaði af starfseminni hjá Valitor vegna umræddrar færsluhirðingar. Milligjaldið sem Valitor greiddi útgefendum er minnsti mögulegi breytilegur kostnaður vegna þessarar starfsemi Valitors sem tengist viðkomandi söluaðilum. Á árinu 2007 var velta Valitors í færsluhirðingu vegna debetkorta hjá íslenskum söluaðilum um [...] m.kr. og þar af var veltan um [...] m.kr. hjá þeim söluaðilum þar sem tekjur af þóknun voru lægri en milligjald eða hjá söluaðilum með um [...] % af heildarveltunni.¹¹⁹

Af þessu verður vart dregin önnur ályktun en að Valitor hafi undirverðlagt umrædda þjónustu gagnvart hverjum og einum af þessum [...] söluaðilum á árinu 2007. Eins og rakið hefur verið hér að framan er það mat Samkeppniseftirlitsins að færsluhirðing sé þess eðlis að verðlagning færsluhirðis gagnvart söluaðilum vegna færsluhirðingar debetkorta hafi mikil og afgerandi áhrif á ákvörðun sömu söluaðila um val á færsluhirði fyrir færsluhirðingu kreditkorta. Af þessu má draga þá ályktun að Valitor hafi með verðstefnu sinni torvelað með alvarlegum og skaðlegum hætti starfsemi PBS á íslenskum færsluhirðingarmarkaði á árinu 2007.

Þegar PBS/Kortapjónustan byrjaði færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum í samkeppni við Valitor (áður Greiðslumiðlun hf.) og Borgun (áður gamla Kreditkort hf.) í lok árs 2002 gerði Borgun samning við Kortapjónustuna um tækniþjónustu vegna færsluhirðingar Maestro debetkorta en hins vegar hafnaði Valitor öllum samningum við Kortapjónustuna um tækniþjónustu við færsluhirðingu Electron debetkorta. Vegna þessa var PBS/Kortapjónustunni nauðsynlegt að senda heimildarbeiðnir og færslur vegna færsluhirðingar Electron debetkorta um alþjóðlega uppgjörskerfi VISA eða VISA NET. Um það gildi verðskrá sem var ákveðin og birt opinberlega af VISA EU. Þar sem aðstæður voru með þeim hætti árið 2007 að PBS var eini keppinautur Valitors í færsluhirðingu vegna VISA greiðslukorta þykir rétt að lýsa þeirri markaðslegri stöðu sem Valitor hafði skapað sér varðandi færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum.

Í töflu 5 eru tilgreindir nokkrir söluaðilar og meðalfærsla hvers og eins og meðalþóknun sem þeir greiddu Valitor fyrir færsluhirðingu debetkorta og meðalmilligjald sem Valitor greiddi útgefendum kortanna vegna sömu viðskipta á árinu 2007. Upplýsingar í þessari töflu eru byggðar á gögnum frá Valitor og sýna þá möguleika sem Valitor hafði umfram PBS í samkeppni í færsluhirðingu.

¹¹⁸ Unnið úr excelskjali sem komi með tölvupósti frá Valitor 9. febrúar 2011, „fylgiskjöl til SE: Debet 2007 þóknun og milligjöld.xlsx“.

¹¹⁹ Unnið úr excelskjölum sem komu með tölvupóstum frá Valitor 9. febrúar 2011, „fylgiskjöl til SE: Debet 2007 þóknun og milligjöld.xlsx“ og 8. apríl 2011, „Bréf dags 17032011.xlsx“.



Tafla 5: Meðalþóknun Valitors og meðalmilligjald til útgefenda vegna notkunar debetkorta hjá tilteknum söluaðilum árið 2007¹²⁰

Söluaðili	Meðal-færsla	Meðal-þóknun	Meðal-milligjald	Mis-munur
Bónus	[...]	[...]	[...]	[...]
Hagkaup	[...]	[...]	[...]	[...]
Kaupás hf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Fjarðarkaup ehf.	[...]	[...]	[...]	[...]
ÁTVR	[...]	[...]	[...]	[...]
Fríhöfnin ehf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Byko	[...]	[...]	[...]	[...]
Húsasmiðjan ehf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Miklatorg (IKEA)	[...]	[...]	[...]	[...]
Atlantsólía ehf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Bensínorkan ehf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Olíuverslun Íslands hf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Johan Rönning hf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Bræðurnir Ormsson ehf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Meðalfærsla í heild 2007 ¹²¹	[...]			

Hjá hverjum og einum söluaðila sem taldir eru upp í töflu 5 er meðalþóknun Valitors fyrir færsluhirðingu lægri upphæð en meðalmilligjald sem Valitor greiddi útgefendum. Valitor var ljóst, eða mátti vera ljóst, að keppinautur félagsins í færsluhirðingu vegna Electron debetkorta á þeim tíma, PBS/Kortapjónustan, greiddi milligjald samkvæmt ákvörðun VISA EU sem var 0,27 EUR fyrir hverja færslu óháð upphæð viðskiptanna. Miðað við meðalsölugengi samkvæmt gengistöflu Seðlabanka Íslands á árinu 2007 var PBS að greiða 23,72 krónur í milligjald fyrir hverja færslu. Samkvæmt upplýsingum frá PBS/Kortapjónustunni var meðalupphæð færslu vegna debetkorta í færsluhirðingu félagsins hjá íslenskum söluaðilum árið 2007 um [...] ¹²² krónur sem jafngildir að milligjaldið hafi verið um [...] % af meðalfærslu og taldi PBS/Kortapjónustan sér ekki fært að semja um lægri þóknun við söluaðila en [...] % af hverri færslu. Sama ár var meðalfærsla hjá öllum söluaðilum í viðskiptum við Valitor um færsluhirðingu vegna debetkorta um [...] krónur sem í uppgjörskerfi VIS NET jafngilti milligjaldi um [...] % ef miðað er við 0,27 EUR. Á árinu 2006 ákvað Valitor „einhlíða“ að greiða útgefendum Electron debetkorta [...] % ¹²³ af hverri færslu í milligjald og er það greitt á árinu 2007. Með þessari ákvörðun greiddi félagið lægra milligjald í íslenskum krónum til útgefenda en PBS/Kortapjónustunni var gert að greiða af öllum færslum sem voru undir um 6.500

¹²⁰ Unnið úr excelskjölum sem komu með tölvupóstum frá Valitor 9. febrúar 2011 og 8. apríl 2011.

¹²¹ Unnið úr excelskjali sem kom með tölvupósti frá Valitor 8. apríl 2011.

¹²² Sjá tölvupóst frá Jóhannesi I. Kolbeinssyni, Kortapjónustunni, dags. 20. ágúst 2008, kl. 10:30.

¹²³ Frá 1. janúar 2007 til 30. apríl 2008 greiddi Valitor útgefendum [...] % af upphæð hverrar færslu en [...] % frá 1. maí 2008 til 31. janúar 2009. Ekki var um að ræða lágmarks eða hámarks greiðslur af einstaka færslu. Sjá bréf Valitors til útgefenda VISA greiðslukorta, dags. 14. mars 2006, og bréf Valitors til Samkeppniseftirlitsins, dags. 5. júlí 2010. Sjá tölvupóst frá Önnu Ingu Grímsdóttur til RB Kjartans Jóhannessonar, dags. 15. maí 2008, kl. 08:54.



krónur sem er um 62% hærra en meðalfærsla Valitors á árinu 2007. Af um 7.900 söluaðilum í færsluhirðingu hjá Valitor voru rétt um 5000 með lægri meðalfærslu en 6.500 krónur og samtals með rétt tæplega 90% af veltunni af viðskiptum þar sem greitt var með debetkortum. Mátti Valitor því vera ljóst, á grundvelli eigin upplýsinga, að milligjaldið sem félagið greiddi var verulega lægra en það sem PBS varð að greiða í milligjald fyrir sambærileg viðskipti samkvæmt verðskrá VISA EU. Burtséð frá réttmæti ákvörðunar Valitors um milligjald til útgefenda er ljóst að gera verður þá kröfu til Valitors í ljósi stöðu þess að þóknun félagsins fyrir færsluhirðingu sé ekki lægri en milligjaldið. Annað er ekki byggt á rekstrarlegri frammistöðu.

Framangreind umfjöllun sýnir að á árinu 2007 voru það [...] söluaðilar sem greiddu Valitor lægri þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta en nam því milligjaldi sem Valitor greiddi útgefendum vegna sömu viðskipta og mismunur þeirra upphæða sem er beint tap Valitors af viðskiptum við hvern og einn söluaðila. Hjá [...] söluaðilum stóð þóknun þeirra af færsluhirðingu í heild sinni ekki undir milligjaldinu, þ.e. bæði vegna debetkorta og kreditkorta.

Það er Valitor í hag að milligjaldið sé notað sem viðmið fyrir breytilegan kostnað. Það þýðir að ótalin er annar breytilegur kostnaður en milligjöld sem tengjast starfseminni svo og allur annar kostnaður. Hefði annar breytilegur kostnaður verið talin með hefði framangreindum tilvikum fjölgað.

Af þessu leiðir að í fjölmörgum tilvikum á árinu 2007 var þjónusta Valitors á færsluhirðingarmarkaði seld á verði sem var lægra en breytilegur kostnaður við að veita hana. Er þetta skýr vísbending um alvarlegt brot á 11. gr. samkeppnislaga, sbr. nánar kafla 3.5 hér á eftir.

3.3 Undirverðlagning í færsluhirðingu á debetkortum árið 2008

Í töflu 6 eru tilgreindir nokkrir söluaðilar og þóknun sem þeir greiddu Valitor fyrir færsluhirðingu debetkorta og milligjald sem Valitor greiddi útgefendum kortanna vegna sömu viðskipta á árinu 2008. Er þessi tafla sambærileg töflu 4 vegna ársins 2007. Töfluna í heild er að finna í viðauka 2 með ákvörðun þessari.



Tafla 6: Þóknun Valitors og milligjöld til útgefenda vegna notkunar debetkorta hjá tilteknum söluaðilum árið 2008¹²⁴

Söluaðili	Þóknun	Milligjald	Mismunur
Bónus	[...]	[...]	[...]
Hagkaup	[...]	[...]	[...]
Kaupás hf.	[...]	[...]	[...]
Fjarðarkaup ehf.	[...]	[...]	[...]
ÁTVR	[...]	[...]	[...]
Fríhöfnin ehf.	[...]	[...]	[...]
Byko	[...]	[...]	[...]
Húsasmiðjan ehf.	[...]	[...]	[...]
Miklatorg (IKEA)	[...]	[...]	[...]
Atlantsólía ehf.	[...]	[...]	[...]
Bensínorkan ehf.	[...]	[...]	[...]
Olíuverslun Íslands hf.	[...]	[...]	[...]
N1	[...]	[...]	[...]
Johan Rönning hf.	[...]	[...]	[...]
Bræðurnir Ormsson ehf.	[...]	[...]	[...]
Frumherji hf.	[...]	[...]	[...]
Samskip hf.	[...]	[...]	[...]
Brimborg ehf.	[...]	[...]	[...]
Hekla ehf.	[...]	[...]	[...]
Ingvar Helgason ehf.	[...]	[...]	[...]
M. Kristinsson ehf.	[...]	[...]	[...]
Sýslumaðurinn í Hafnarfirði	[...]	[...]	[...]
Sýslumaðurinn í Kópavogi	[...]	[...]	[...]
Tollstjóri	[...]	[...]	[...]

Samkvæmt upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið aflaði frá Valitor, var á árinu 2008 um að ræða [...] söluaðila þar sem Valitor innheimti lægri þóknun vegna færsluhirðingar vegna debetkorta en félagið greiddi kortaútgefendum í milligjöld vegna viðskiptanna.¹²⁵ Á þessu ári var samtals þóknun Valitors af færsluhirðingu debetkorta hjá þessum [...] söluaðilum um [...] m.kr. lægri en milligjald sem Valitor greiddi útgefendum debetkorta vegna þessara sömu viðskipta hjá söluaðilunum. Er þá eftir að gera ráð fyrir öðrum breytilegum kostnaði af starfsemi Valitors í færsluhirðingu vegna debetkorta.

Eins og fyrr segir er milligjaldið sem Valitor greiddi útgefendum minnsti mögulegi breytilegi kostnaður vegna þessarar starfsemi Valitors sem tengist viðkomandi söluaðilum. Af þessu verður vart dregin önnur ályktun en að Valitor hafi undirverðlagt umrædda þjónustu sína gagnvart þessum [...] söluaðilum á árinu 2008. Á árinu 2008 var velta Valitors í færsluhirðingu vegna debetkorta hjá íslenskum söluaðilum um [...] m.kr. og þar

¹²⁴ Samkvæmt upplýsingum með tölvupósti frá Valitor 20.04.2011.

¹²⁵ Samkvæmt upplýsingum með tölvupósti frá Valitor 8. apríl 2011.



af var veltan um [...] m.kr. hjá söluaðilum þar sem þóknun var lægri en milligjald eða hjá söluaðilum með um [...] % af heildarveltunni.

Í töflu 7 hér fyrir neðan er sýnd meðalfærsla hjá tilteknum söluaðilum á árinu 2008 þar sem debetkort voru notuð sem greiðslumiðill og meðalþóknun og meðalmilligjald vegna sömu viðskipta. Upplýsingar í þessari töflu eru byggðar á gögnum frá Valitor.

Tafla 7: Meðalþóknun Valitors og meðalmilligjald til útgefenda vegna notkunar debetkorta hjá tilteknum söluaðilum árið 2008¹²⁶

Söluaðili	Meðal-færsla	Meðal-þóknun	Meðal-milligjald	Mis-munur
Bónus	[...]	[...]	[...]	[...]
Hagkaup	[...]	[...]	[...]	[...]
Kaupás hf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Fjarðarkaup ehf.	[...]	[...]	[...]	[...]
ÁTVR	[...]	[...]	[...]	[...]
Fríhöfnin ehf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Byko	[...]	[...]	[...]	[...]
Húsasmiðjan ehf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Miklartorg (IKEA)	[...]	[...]	[...]	[...]
Atlantsólía ehf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Bensínorkan ehf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Olíuverslun Íslands hf.	[...]	[...]	[...]	[...]
N1 hf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Johan Rönning hf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Bræðurnir Ormsson ehf.	[...]	[...]	[...]	[...]
Meðalfærsla í heild 2008 ¹²⁷	[...]			

Þar sem aðstæður voru með sama hætti árið 2008 og var 2007 þar sem PBS var eini keppinautur Valitors í færsluhirðingu vegna VISA greiðslukorta þykir rétt að lýsa þeirri markaðslegu stöðu sem ríkti í færsluhirðingu vegna Electron debetkorta á Íslandi árið 2008.

Hjá öllum söluaðilum sem taldir eru upp í töflu 7 nam meðalþóknun Valitors fyrir færsluhirðingu lægri upphæð en meðalmilligjald sem Valitor greiddi útgefendum. Valitor var ljóst, eða mátti vera ljóst, að keppinautur félagsins í færsluhirðingu vegna Electron debetkorta á þeim tíma, PBS, greiddi milligjald samkvæmt ákvörðun VISA EU sem var 0,27 EUR fyrir hverja færslu. Miðað við meðalsölugengi samkvæmt gengistöflu Seðlabanka Íslands á árinu 2008 var PBS að greiða um 34,50 krónur fyrir hverja færslu. Samkvæmt upplýsingum frá PBS/Kortapjónustunni var meðalupphæð færslu vegna

¹²⁶ Unnið úr excelskjöllum sem komu með tölvupóstum frá Valitor 9. febrúar 2011 og 8. apríl 2011.

¹²⁷ Samkvæmt upplýsingum frá Valitor með tölvupósti, dags. 8. apríl 2011.



debetkorta í færsluhirðingu félagsins hjá íslenskum söluaðilum árið 2008 [...] ¹²⁸ krónur sem jafngildir að milligjaldið hafi verið um [...] % af meðalfærslu. Sama ár var meðalfærsla hjá söluaðilum í viðskiptum við Valitor um færsluhirðingu vegna debetkorta um [...] krónur sem í uppgjörskerfi VISA NET jafngilti milligjaldi um [...] % ef miðað er við 0,27 EUR. Á árinu 2008 ákvað Valitor „einhlíða“ að greiða útgefendum debetkorta [...] % (um tíma [...] %) ¹²⁹ í milligjald sem félaginu mátti vera ljóst, á grundvelli eigin upplýsinga, að var verulega lægri upphæð hjá veltumiklum söluaðilum í færsluhirðingu en það sem PBS varð að greiða fyrir sambærileg viðskipti.

Framangreind umfjöllun sýnir að á árinu 2008 voru það [...] söluaðilar sem greiddu Valitor lægri þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta en nam því milligjaldi sem Valitor greiddi útgefendum vegna sömu viðskipta og mismunur þeirra upphæða sem er beint tap Valitors af viðskiptum við hvern og einn söluaðila. Hjá [...] söluaðilum stóð þóknun þeirra af færsluhirðingu í heild sinni ekki undir milligjaldinu, þ.e. bæði vegna debetkorta og kreditkorta.

Það er Valitor í hag að milligjaldið sé notað sem viðmið fyrir breytilegan kostnað. Það þýðir að ótalin er annar breytilegur kostnaður en milligjöld sem tengjast starfseminni svo og allur annar kostnaður. Hefði annar breytilegur kostnaður verið talin með hefði framangreindum tilvikum fjölgað.

Af þessu leiðir að í fjölmörgum tilvikum á árinu 2008 var þjónusta Valitors á færsluhirðingarmarkaði seld á verði sem var lægra en breytilegur kostnaður við að veita hana. Er þetta skýr vísbending um alvarlegt brot á 11. gr. samkeppnislaga, sbr. nánar kafla 3.5 hér á eftir.

3.4 Verðstefna Valitors og áhrif hennar

Eins og fyrr sagði er ljóst að færsluhirðir sem verðleggur þjónustu sína við söluaðila þannig að þóknunin fyrir hverja færslu er lægri en milligjald til útgefenda af sömu viðskiptum, gerir það ekki á eðlilegum rekstrarlegum forsendum.

Valitor hefur sagt að velta söluaðila hafi mest áhrif á þóknun þeirra vegna færsluhirðingar debetkorta. Þannig njóti veltumestu söluaðilar bestu kjara og greiði lægstu þóknunina vegna færsluhirðingar debetkorta. Einnig hafi ákveðnir þjónustugeirar, t.d. söluaðilar með matvöru, bensín og áfengi, sögulega notið góðra kjara. Þá hafi viðgengist lágmarks- og hámarksgjöld fyrir hverja einstaka færslu hjá söluaðilum sem afmarki með ákveðnum hætti kjör söluaðila fyrir færsluhirðingu.

Í opinberri verðskrá Valitors fyrir færsluhirðingu vegna debetkorta er hins vegar ekki, og hefur ekki, verið gerður greinarmunur á þóknun eftir vöruflokkum eða flokkum söluaðila. ¹³⁰ Ekki er heldur vísað til þess að velta viðkomandi söluaðila hafi, eða geti haft, áhrif á þóknun.

¹²⁸ Sjá tölvupóst frá Jóhannesi I. Kolbeinssyni, Kortþjónustunni, dags. 23. mars 2011, kl. 13:28.

¹²⁹ Frá 1. janúar 2008 til 30. apríl 2008 greiddi Valitor útgefendum [...] % af upphæð hverrar færslu en [...] % frá 1. maí 2008. Ekki var um að ræða lágmarks eða hámarks greiðslur af einstaka færslu.

¹³⁰ Afrit af verðskrá Valitors gagnvart söluaðilum fylgdu bréfi Valitors, dags. 5. júlí 2010, eða var aflagð af slóðinni www.vefsafn.is/visa.is.



Sérstök skylda hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum skv. 11. gr. samkeppnislaga. Í tilviki markaðsráðandi fyrirtækis getur verið eðlilegt að gera þá kröfu að opinberlega birt verðskrá upplýsi um verðstefnu félagsins og að háttsemi félagsins og verðlagning gagnvart einstaka söluaðila taki mið af þeirri verðskrá með málefnalegum hætti. Á árunum 2007 og 2008 sýndi opinber viðmiðunarverðskrá Valitors að þóknun fyrir færsluhirðingu vegna debetkorta hjá íslenskum söluaðilum var á bilinu 0,35 til 0,80% af veltu hvernar færslu með lágmarki og hámarki.

Með hliðsjón af stöðu Valitors verður að gera þá kröfu að þessi framsetning sýni mörk þóknunar og að málefnalegar ástæður liggi því til grundvallar hvar í þessu þóknunarbili einstaka söluaðilar eru staðsettir og enn frekar ef þóknun einstaka söluaðila er utan bilsins. Gögn málsins sýna að mikill misbrestur var á því að Valitor framfylgdi opinberri verðskrá og þá sérstaklega með þeim hætti að semja við ákveðna stóra og veltumikla söluaðila um þóknun sem var langt undir birtu neðra viðmiði eða allt niður í um [...] % þóknun af veltu hvernar færslu. Í umræddri verðskrá voru einnig ákvæði um lágmarks- og hámarksþóknun vegna einstakra viðskipta sem voru á umræddu tímabili lengst af átta krónur að lágmarki og um 300 krónur að hámarki. Áhrifin af þessu geta verið þau að raunþóknun fyrir mjög lágar færslur sýnist hlutfallslega hærri en að sama skapi er raunþóknun vegna hárra upphæða mun lægri en viðmiðunarverðskrá sýnir. Með þessu er ljóst að tekjur Valitors af þessari færsluhirðingu er ekki nema að takmörkuðu leyti tengdar veltu í færsluhirðingunni.

Eins og að framan greinir samdi Valitor við tiltekna söluaðila um þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta sem var allt niður í [...] til [...] % af upphæð færslu og með tiltekið lágmark og hámark á upphæð þóknunar fyrir hverja færslu. Söluaðilar sem nutu slíkra og álíka kjara voru helst (þó ekki án undantekninga) svokallaðir stórmarkaðir, olíu- og bensínstöðvar og söluaðili áfengis, þ.e. Vínbúðin (Áfengis- og tóbaksverslun ríkisins) eða með öðrum orðum tilteknir hópar söluaðila skilgreindir samkvæmt MCC kóðum.¹³¹ Á árunum 2007 og 2008 greiddi Valitor útgefendum debetkorta samkvæmt heildsöluverðskrá félagsins fyrst [...] % og síðar [...] % af allri Electron debetkortaveltu og án lágmarks- og hámarksgræðslna.¹³² Þar sem ekki er um að ræða takmarkanir á upphæð milligjalds er þessi kostnaður Valitors beint tengdur undirliggjandi fjárhæð viðskipta sem Valitor færsluhirðir og telst því, eins og fyrr sagði, beinn breytilegur kostnaður. Hafði þessi háttsemi í för með sér verulega undirverðlagningu vegna færsluhirðingar hjá fyrrnefndum stórum og veltumiklum söluaðilum, sbr. umfjöllun hér að framan.

Gat undirverðlagningin einnig átt við um ýmsa söluaðila, utan fyrrnefndra hópa, þar sem upphæðir einstakra viðskipta voru háar eins og t.d. hjá Tollstjóra, sýslumannsembættum, bílaumboðum og bílasölum. Í þeim tilfellum var ástæðan aðallega sú að upphæð þóknunar söluaðilanna var með hámarki en ekkert hámark á upphæð milligjalds sem

¹³¹ Um er að ræða fjögurra tölustafa kóða, samræmdir af VISA og MasterCard, sem skilgreinir hvern og einn söluaðila í tiltekinn flokk söluaðila eins og t.d. ættu bensínstöðvar að tilheyra sama flokki, stórmarkaðir sama flokki o.s.frv., t.d. er kóði 5311 stórverslanir (e. merchant category code, MCC).

¹³² Sjá bréf frá Valitor til Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. október 2009 sem aflað var í öðru stjórnáskjalumáli, og 5. júlí 2010, tl. 19. Það sem hér vekur athygli er að Valitor sem greiðandi ákveður það milligjald sem félagið greiddi útgefendum og sem er gjaldfært í rekstri félagsins og leggur grunn að þóknun sem söluaðilar greiða Valitor fyrir færsluhirðingu.



Valitor greiddi útgefendum vegna sömu viðskipta. Gat það fyrirkomulag eðli málsins samkvæmt mögulega leitt til umtalsverðrar undirverðlagningar.

Í febrúar 2009 tók Valitor ákvörðun um að greiða útgefendum mismunandi milligjald eftir því hvaða vöruflokka viðskiptin varða. Í þessu var sögð felast lækkun á milligjaldi vegna viðskipta með matvöru, bensíns og áfengis. Hið rétta er að í þessu fólst lækkun á milligjaldi vegna viðskipta hjá tilteknum söluaðilum sem, eins og fyrr er lýst, voru skilgreindir í tiltekna flokka samkvæmt MCC kóðum. Ekki verður séð að þessi flokkun eða breyting komi fram eða endurspeglar í opinberri verðskrá Valitors gagnvart söluaðilum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins endurspeglar þessi aðgerð Valitors alvarlegt samkeppnislegt vandamál á markaði fyrir færsluhirðingu. Valitor er í aðstöðu til þess að taka einhliða ákvörðun um að lækka milligjald sem félagið greiðir til útgefenda og styrkja með því samkeppnisstöðu sína á markaði fyrir færsluhirðingu. Með öðrum orðum þá er Valitor sem færsluhirðir, af samkeppnislegum ástæðum, að ákveða sjálfur og breyta upphæð stærsta útgjaldaliðar í eigin rekstri og það til mikillar lækkunar. Ekki verður séð að þessum tilteknu viðskiptum fylgi almennt minni áhætta fyrir færsluhirði/útgefendur þar sem aflað er heimildar fyrir viðskiptunum og beitt er ákveðinni áhættustýringu í ferlinu með skilgreindum hætti.¹³³ Ef um mismunandi áhættu er að ræða, umfram það sem leyst er með áhættustýringu, þá snýr sú áhætta ekki að mismunandi söluaðilum heldur að korthöfum og er þá gengið út frá því að söluaðilar fari að reglum um móttöku kortanna. Eins og fram kemur í samningum Valitors við útgefendur er það á ábyrgð útgefenda debetkorta að meta traust og greiðslugetu korthafa þegar gerður er samningur um afhendingu og notkun kortsins.¹³⁴ Að mati Samkeppniseftirlitsins er milligjaldi í debetkortaviðskiptum ekki ætlað að vera einhvers konar ábyrgðargjald til útgefenda vegna áhættu í viðskiptum. Verður ekki betur séð en að þetta sjónarmið sé viðurkennt m.a. með því að eftir breytinguna í febrúar 2009 er sett hámark á upphæð milligjalds fyrir einstök viðskipti.

Í lok rannsóknartímabils þessa máls var Valitor byrjaður að hirða færslur fyrir Maestro debetkort hjá söluaðilum. Er ljóst af gögnum málsins að Valitor sem færsluhirðir ákvað að vegna þeirra viðskipta greiði félagið útgefendum þeirra korta sama milligjald og vegna Electron korta.¹³⁵ Þess ber að geta að Valitor var á þeim tíma ekki leyfisveitandi eða aðili að útgáfu Maestro korta með neinum hætti. Benda gögn til þess að Valitor hafi sem færsluhirðir þessa vörumerkis ákveðið hvaða milligjald félagið ætti að greiða útgefendum Maestro debetkorta. Með þessari ákvörðun er fyrirtæki í samkeppni að taka sér það vald að ákvarða sjálft hvaða gjald það greiðir til þriðja aðila, þ.e. útgefenda, með hliðsjón af eigin hagsmunum í samkeppni í færsluhirðingu. Samkvæmt upplýsingum frá Valitor liggja engir samningar við útgefendur Maestro debetkorta að baki þessari framkvæmd.¹³⁶ Þessi ákvörðun skapaði Valitor sambærilega samkeppnislega yfirburði gagnvart PBS í

¹³³ Hér virðist færsluhirðirinn Valitor vera að taka ákvörðun f.h. formlegra útgefenda greiðslukorta að hluta til með vísan í að viðskipti með greiðslukort um tiltekna vöruflokka (söluaðila) sé öruggari en önnur viðskipti.

¹³⁴ Sjá t.d. „Samningur milli Landsbanka Íslands hf. og VISA Íslands – Greiðslumiðlunar hf. vegna útgáfu VISA greiðslukorta“, undirritaður 11. febrúar 2005. Þessi samningur var í gildi á rannsóknartímabili þessa máls. Sambærilegur samningur er við aðra útgefendur. Var þessara gagna aflað í öðru stjórnslumáli sem er til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu.

¹³⁵ Samanber bréf frá Valitor til Samkeppniseftirlitsins, dags. 5. júlí 2010, tl. 20.

¹³⁶ Sjá bréf frá Valitor til Samkeppniseftirlitsins, dags. 18. mars 2011.



færsluhirðingu Maestro debetkorta hjá íslenskum söluaðilum og félagið hafði í færsluhirðingu Electron debetkorta. Var þessi háttsemi Valitors til þess fallin að hafa alvarleg samkeppnisleg áhrif á markaði fyrir færsluhirðingu.

Auk háttseminnar, sem lýst er hér að framan um milligjald vegna Maestro debetkorta, þá liggur fyrir að Valitor tók, að því er virðist einhliða, ákvörðun um að félagið greiddi útgefendum Electron debetkorta ekki milligjald þar sem þau voru notuð í viðskiptum hjá söluaðilum sem PBS færsluhirti.¹³⁷

Að mati Samkeppniseftirlitsins sýnir þessi framkvæmd, eins og að framan er lýst, með skýrum hætti að óljós skil eru milli stöðu Valitors sem aðila að útgáfu greiðslukorta annars vegar og sem færsluhirðis hjá söluaðilum hins vegar. Ljóst er það hefur verið ákvörðun Valitors hvaða milligjald félagið hefur greitt útgefendum debetkorta. Háttsemi félagsins virðist einnig benda til þess að staða þess sem hópaðili að VISA EU og leyfisveitandi til útgefenda Electron debetkorta, og ákvörðun félagsins um greiðslu milligjalds til útgefenda, hafi haft áhrif á samkeppnisstöðu félagsins í færsluhirðingu. Með öðrum orðum hafi Valitor mætt aukinni samkeppni í færsluhirðingu, með því að lækka eigin tilkostnað, þegar félagið ákvað að lækka milligjaldið til útgefenda. Kemur þetta samspil greinilega fram í rökum Valitors fyrir lægra milligjaldi vegna viðskipta með matvöru, bensín og áfengi. Þar voru það hagsmunir Valitors sem færsluhirðis sem réðu ferðinni og eru ráðandi fyrir ákvörðun Valitors um greiðslu milligjalds til útgefenda.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er óeðlilegt að Valitor, í ljósi stöðu félagsins í útgáfu greiðslukorta og færsluhirðingu, geti hegðað sér með þeim hætti sem hér hefur verið lýst. Ekki verður betur séð en að félagið hafi verið í þeirri stöðu, sem aðili að útgáfu debetkorta, að geta haft óeðlileg og samkeppnisskekkjandi áhrif á markaði fyrir færsluhirðingu á Íslandi. Einnig verður ekki betur séð en að félagið hafi með háttsemi sinni gert það á afgerandi og alvarlegan hátt. Þessi háttsemi félagsins tekur ekki aðeins til færsluhirðingar vegna Electron debetkorta heldur hefur Valitor beitt stöðu sinni og ákveðið einhliða milligjald til útgefenda fyrir færsluhirðingu félagsins vegna Maestro debetkorta þó svo að Valitor hafi enga aðkomu að útgáfu þeirra korta. Með sama hætti hefur Valitor ákveðið að greiða útgefendum Electron debetkorta ekki milligjald ef PBS/Kortapjónustan hefur annast færsluhirðingu.

Eins og lýst hefur verið hér að framan þá hefur Valitor í gegnum tíðina ákveðið samræmt milligjald til útgefenda. Og í annan stað tók Valitor ákvörðun um breytingu um samræmt milligjald sem tók gildi 1. febrúar 2009. Virðist Valitor með þessari breytingu hafa formfest einhliða [...] samræmt milligjald vegna debetkorta og lagað það að þeirri þóknun sem félagið hafði samið um við tiltekna söluaðila eins og lýst hefur verið hér að framan. Er það líka viðurkennt af hálfu Valitors að eðlilegt sé að þóknunin sem félagið semji um við söluaðila fyrir færsluhirðingu sé ráðandi um milligjaldið sem það greiði útgefendum. Þessi afstaða Valitors er til vitnis um stöðu félagsins. Það er færsluhirðirinn Valitor sem ákveður hvaða milligjald Valitor greiðir útgefendum kortanna. Má vera ljóst hvaða yfirburðastöðu þetta skapar Valitor í færsluhirðingu umfram PBS/Kortapjónustuna

¹³⁷ Sjá bréf frá Valitor til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. apríl 2011.



og fleiri keppinauta. Er þessi staða Valitors og atburðarás að mati Samkeppniseftirlitsins til þess fallin að hafa samkeppnishamlandi áhrif á markaði fyrir færsluhirðingu á Íslandi.

3.4.1 Nánar um áhrif af verðstefnu Valitors

Hvað varðar samkeppnisleg áhrif af háttsemi Valitors á markaði fyrir færsluhirðingu er áréttað það mat Samkeppniseftirlitsins að verðlagning fyrir færsluhirðingu vegna debetkorta getur með skýrum hætti haft áhrif á val söluaðila á færsluhirði fyrir kreditkort og þar með á færsluhirðingarmarkaðinn í heild. Undirverðlagning á færsluhirðingu debetkorta á árunum 2007 og 2008 var því til þess fallin að hindra keppinauta í því að ná viðskiptum við fjölda íslenskra söluaðila á þessum markaði og raska þar með samkeppni með umtalsverðum hætti. Gefur það auga leið, með tilliti til umfangs debetkortaviðskipta hjá söluaðilum hér á landi, að undirverðlagning Valitors getur hafa haft mikil og alvarleg skaðleg áhrif á möguleika keppinauta til viðskipta við söluaðila um færsluhirðingu. Ekki aðeins vegna debetkorta heldur með beinum hætti einnig vegna kreditkorta.

Valitor hefur haldið því fram að aðgerðir fyrirtæksins hafi ekki komið í veg fyrir mögluleika PBS/Kortabjónustunnar til þess að keppa. Ekki er unnt að fallast á það.

Eins og fyrr hefur verið nefnt er markaður fyrir færsluhirðingu þess eðlis að starfandi færsluhirðar keppa innbyrðis um viðskipti við hvern einstakan söluaðila vöru og þjónustu. Hver söluaðili (kennitala) er í raun einstakur og ekkert innbyrðis samband er á milli þeirra. Jafnvel má líta svo á að hver sölustaður sé einstakur og án tengsla við annan sölustað sem tilheyrir sömu kennitölu. Hver þeirra hefur nauðsynlegan endabúnað sem jaðartæki (t.d. posi eða kassakerfi) til að færsluhirðing virki sem á því stigi felst í að afla heimildar fyrir viðskiptin og að senda fjárhagslega færslu verði af viðskiptunum. Sérstök og skilgreind fjarskiptatenging er milli þessa búnaðar hjá söluaðila við kerfi færsluhirðis sem þessi samskipti fara um.¹³⁸ Almenn er það þannig að endabúnaður hvers söluaðila tengist kerfi eins færsluhirðis. Ekkert hefur hins vegar komið fram við rannsókn málsins sem bendir til þess að tæknileg atriði standi í vegi fyrir því að þessi búnaður geti ekki tengst kerfum tveggja eða fleiri færsluhirða samtímis. Þvert á móti kemur fram í fundargerð stjórnar Valitors að stjórnin samþykki að útbúið verði forrit sem geri það kleift að senda úr sama posa heimildarbeiðnir og fjárhagslegar færslur annars vegar til Valitors (VISA Íslands) og hins vegar til PBS (eða annars færsluhirðis) vegna MC-færslna (þ.e. færslur vegna Mastercard greiðslukorta).¹³⁹

Á tímabilinu fram til ársloka 2002 er tæplega unnt að halda því fram að eiginleg samkeppni hafi verið til staðar í færsluhirðingu á Íslandi. Starfandi voru tveir færsluhirðar sem önnuðust hvor um sig færsluhirðingu fyrir báðar tegundir greiðslukorta (debet- og kreditkort) innan sama vörumerkis. Valitor með VISA vörumerki og Borgun með MasterCard vörumerki. Eins og fyrr hefur komið fram var það í lok árs 2002 að PBS hóf færsluhirðingu vegna beggja vörumerkja hjá íslenskum söluaðilum í samstarfi við Kortabjónustuna. Má segja að þá hafi samkeppni hafist á þessum markaði. Eldri stjórnarsýslumál sem hafa komið til kasta íslenskra samkeppnisyfirvalda sýna að þessir tveir færsluhirðar og kortaútgefendur hafi unað við það ástand sem ríkti fram að því. Má í

¹³⁸ Um er að ræða fasta fjarskiptatengingu í fastlínakerfi eða samband um GSM farsímakerfi.

¹³⁹ Sjá fundargerð stjórnar Valitors nr. 452, dags. 9. ágúst 2006.



Því sambandi sérstaklega nefna aðstæður og fyrirkomulag sem fjallað er um í áður nefndri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Í því máli viðurkenndu félögin Valitor og Borgun að hafa í gegnum tíðina viðhaft m.a. ólögæta markaðsskiptingu sem að mjög verulegu leyti takmarkaði samkeppni milli þessara fyrirtækja. Auk þess kemur fram að félögin höfðu viðhaft viðamikið samráð í færsluhirðingu og lögðust síðan á eitt ásamt tengdu félagi, Fjölgreiðslumiðlun hf., til að koma í veg fyrir innkomu PBS/Kortþjónustunnar á íslenskan færsluhirðingarmarkað. Í sama máli viðurkenndi Valitor að hafa brotið með alvarlegum hætti gegn 11. gr. samkeppnislaga og samþykkti tiltekin skilyrði til þess að stuðla að virkri samkeppni, eins og áður hefur verið lýst.

Í ljósi þessarar forsögu þá hefur háttsemi Valitors, sem fjallað er um í þessu máli, sérstaklega á árunum 2007 og 2008 aðallega beinst gegn og haft áhrif á starfsemi PBS/Kortþjónustunnar. En eins og fyrr segir er líklegt að háttsemin hafi einnig haft áhrif á starfsemi Borgunar á árinu 2009 þegar félögin byrjuðu samkeppni í færsluhirðingu á vörumerkjum hvors annars.

Hefur Valitor haldið því fram að PBS/Kortþjónustunni hafi verið í lófa lagið að tengjast innlenda debetkortakerfinu í stað þess að senda færslur um alþjóðlega uppgjörskerfi VISA NET. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki unnt að fallast á þetta.

Í gögnum málsins liggur fyrir að PBS/Kortþjónustan sendu ítrekað fyrirspurnir og gerðu tilraunir til að tengjast innlenda debetkortakerfinu. Í tölvupósti, dags. 18. janúar 2008, til FGM lýsir Kortþjónustan vilja sínum og PBS til að tengjast XPS-kerfinu¹⁴⁰ og þannig innlenda debetkortakerfinu. Er óskað eftir nánari upplýsingum varðandi ferlið. FGM svarar erindinu í tölvupósti, dags. 23. janúar 2008, þar sem bent er á að í fyrirspurninni séu atriði sem FGM geti ekki tekið afstöðu til og er lagt til að aðilar ræði nánar um málið á fundi.¹⁴¹ Í tölvupósti, dags. 12. febrúar 2008, upplýsir framkvæmdastjóri FGM framkvæmdastjóra Kortþjónustunnar um að hann hafi átt fund með fortjóra Reiknistofu bankanna varðandi beiðnina.¹⁴² Einnig upplýsir hann um þann skilning sinn, án þess þó að staðfesta það endanlega, að ósk um aðgang að RÁS kerfinu (XPS-kerfinu) ætti að leysast farsælega að uppfylltum skilyrðum. Þá segir að á vettvangi FGM verði unnið að því á næstu vikum og mánuðum að laga starfsemi FGM að kröfum sem Samkeppniseftirlitið hafi sett. Með þeim hætti sé vilji til að tryggja að aðkoma nýrra aðila fái þá athygli og þann tíma sem á þurfi að halda svo hægt sé að taka næsta skref, sem hann ætli að muni snúast um formlega aðildarumsókn og afgreiðslu hennar í framhaldinu. Þessi ósk um tengingu var hins vegar ekki afgreidd fyrr en talsvert síðar og þá með öðrum hætti.

Í mars 2011 eiga sér stað samskipti eftir yfirtöku Seðlabanka Íslands á FGM, sem nú er Greiðsluveitan. Í tölvupóstum milli fulltrúa félaganna á árinu 2011 er samkiptunum lýst

¹⁴⁰ XPS-kerfið er í eigu Greiðsluveitunnar ehf. áður Fjölgreiðslumiðlun hf. Hlutverk kerfisins er að miðla heimildum og færslum á milli söluaðila og greiðslukortakerfa færsluhirða. Hafa eingöngu færsluhirðarnir Valitor og Borgun tengst kerfinu.

¹⁴¹ Tölvupóstur frá Jóhannesi I. Kolbeinssyni til Loga Ragnarssonar FGM, dags. 18. janúar 2008, kl. 13:50 og tölvupóstur frá Loga Ragnarssyni til Jóhannesar I. Kolbeinssonar, dags. 23. janúar 2008, kl. 13:13.

¹⁴² Tölvupóstur frá Loga Ragnarssyni til Jóhannesar I. Kolbeinssonar, dags. 12. febrúar 2008, kl. 13:14.



og breyttum aðstæðum í umhverfi og rekstri Greiðsluveitunnar.¹⁴³ Leiða þau samskipti ekki til tengingar Kortþjónustunnar/PBS við kerfi Greiðsluveitunnar.

Í febrúar 2008 óskaði PBS/Kortþjónustan eftir beinum og milliliðalausum aðgangi að debetkortakerfi Reiknistofu bankanna og í kjölfarið fylgdu fleiri tölvupóstar.¹⁴⁴ Um þessa umsókn vissi Valitor og fjallaði um hana.¹⁴⁵ Þann 5. mars 2009 er þessi umsögn áréttuð við Reiknistofu bankanna.¹⁴⁶ Í framhaldinu eru all umfangsmikil samskipti milli Kortþjónustunnar og Reiknistofu bankanna sem lýkur með undirritun samnings, dags. 23. apríl 2012, milli aðila um tengingu Kortþjónustunnar við DK- debetkortakerfi Reiknistofunnar.¹⁴⁷

Með hliðsjón af öllum þessum samskiptum verður því ekki haldið fram með rökum að Kortþjónustan/PBS hafi ekki gert ítarlegar tilraunir til þess að tengjast innlenda debetkortakerfinu. Var Valitor kunnugt um þessar tilraunir og að þær hefðu ekki skilað árangri.

3.5 Niðurstaða um ólögmeta undirverðlagningu árin 2007 og 2008

Sterk tengsl eru á milli færsluhirðingar vegna debetkorta annars vegar og kreditkorta hins vegar. Þetta nána samband gerir það að verkum að færsluhirðir sem býður og semur við einstaka söluaðila um lága þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta er líklegur til þess að semja einnig um færsluhirðingu kreditkorta fyrir sama söluaðila. Við slíkar aðstæður getur færsluhirðir talið það þjóna heildarhagsmunum sínum að verðleggja þjónustu sína með tilteknum hætti. Í því getur falist að verðleggja einn tiltekinn þjónustupátt undir kostnaði til þess að halda eða ná viðskiptum um aðra tiltekna þjónustu. Í samkeppnisrétti eru gerðar strangar kröfur til þess að markaðsráðandi fyrirtæki beiti ekki stöðu sinni með slíkum hætti. Verðlagning einstakra þjónustupátta verður að vera málefnaleg og byggja á rekstrarlegri frammistöðu og má ekki vera til þess fallin að raska eða koma í veg fyrir samkeppni eða starfsemi keppnauta með minni markaðshlutdeild.

Auk þess að ákvarða milligjaldið með þeim hætti sem lýst hefur verið þá samdi Valitor við fjölda söluaðila um þóknun fyrir færsluhirðingu á debetkortum sem var lægri en milligjald félagsins til útgefenda og því undir breytilegum kostnaði eins og rakið er í umfjöllun um töflur 4 og 6 hér að framan. Mátti fyrirtækinu vera ljóst að um undirverðlagningu hafi verið að ræða gagnvart þeim söluaðilum. Var þessi háttsemi til þess fallin að útiloka t.d. PBS frá viðskiptum við stóran hluta íslenskra söluaðila á árunum 2007 og 2008. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi með þessari háttsemi beitt skaðlegri undirverðlagningu í samningum við tiltekna söluaðila og haft með þeim hætti útilokandi

¹⁴³ Tölvupóstar milli stjórnarformanns Greiðsluveitunnar og framkvæmdastjóra Kortþjónustunnar, með afriti til samkeppniseftirlitsins. Eru þeir dags. 11. mars 2011, kl. 15:19, 14. mars 2011, kl. 11:58, kl. 12:30 og kl. 12:57 sama dag og 17. nóvember 2011, kl. 13:37, kl. 14:55 og kl. 16:17 sama dag.

¹⁴⁴ Afrit af umsókn, dags. 11. febrúar 2008, sem viðhengi með tölvupósti frá Kortþjónustunni til Samkeppniseftirlitsins, dags. 11. mars 2008, kl. 17:18 og tölvupóstar milli Kortþjónustunnar og Reiknistofu bankanna, dags. 11. mars 2008, 17:08 og 12. mars 2008, kl. 11:33.

¹⁴⁵ Haldlagt á skrifstofu framkvæmdastjóra Valitors 1. júlí 2009. Afrit af minnisblaði frá Mörkin lögmannsstofa hf. til forstjóra Reiknistofu bankanna, dags. 11. ágúst 2008 (gagn á haldlagningaraskrá 2172/1-3) og afrit af tölvupósti frá Júlíusi Óskarssyni til Höskuldar H. Ólafssonar, dags. 25. september 2008, kl. 11:12 (gagn á haldlagningaraskrá 2172/4).

¹⁴⁶ Tölvupóstur frá Jóhannesi I. Kolbeinssyni til RB Helga H. Steingrímssonar, dags. 5. mars 2009, kl. 12:58.

¹⁴⁷ Afrit af samningi milli Reiknistofu bankanna og Kortþjónustunnar, dags. 23. apríl 2012, trúnaður.



áhrif á möguleika nýrra keppinauta á að hasla sér völl á markaðnum, auk þess sem háttsemin hamlaði því að núverandi keppinautar gætu keppt við fyrirtækið. Verður ekki séð að eðlilegar rekstrarlegar forsendur standi til þess að fyrirtæki geti keppt við Valitor um færsluhirðingu við aðstæður eins og lýst hefur verið hér að framan.

Háttsemi Valitors varðandi viðskipti við einstaka söluaðila um færsluhirðingu vegna debetkorta var til þess fallin að raska samkeppni í færsluhirðingu debetkorta. Einnig er líklegt að afleiðingin af þeirri háttsemi hafi haft hliðstæð skaðleg áhrif á færsluhirðingu vegna kreditkorta og þar með á markaðinn fyrir færsluhirðingu í heild sinni. Er þessi háttsemi sérstaklega alvarleg þar sem félaginu mátti vera ljóst, og var ljóst, að þóknun félagsins fyrir þjónustuna var lægri en breytilegur kostnaður við að veita hana. Á sú niðurstaða, eins og fyrr segir, við um þjónustuna við mikinn fjölda söluaðila, sem samtals höfðu á bilinu 54% til 61% af veltu þar sem greitt var með debetkortum. Á þetta við um bæði árin 2007 og 2008. Kemur það m.a. fram í gögnum málsins að félaginu var ljóst að afkoman af færsluhirðingu vegna debetkorta var ekki ásættanleg.

Í gögnum sem haldlögð voru í húsleit hjá Valitor kemur þannig í ljós að færsluhirðing debetkorta hjá íslenskum söluaðilum á árunum 2007 og 2008 var rekin með tapi. Er þessi niðurstaða staðfest af hálfu Valitors, sbr. fylgiskjöl með bréfum til Samkeppniseftirlitsins, dags. 19. nóvember 2010 og 9. febrúar 2011, og í fundargerð stjórnar Valitors í tengslum við áætlanagerð fyrir árið 2008.¹⁴⁸ Í þeim gögnum kemur fram að ekki aðeins hafi verið um tap af færsluhirðingunni að ræða heldur er ljóst að þóknunatekjur alls af þjónustu við söluaðila vegna debetkorta voru undir breytilegum kostnaði við þjónustuna bæði árin.

Samkvæmt eigin greiningu Valitors fyrir árið 2007 voru heildartekjur af færsluhirðingu debetkorta hjá íslenskum söluaðilum um [...] m.kr. Sama ár voru milligjöld til útgefenda og greiðslur til VISA EU um [...] m.kr. sem er breytilegur kostnaður og annar breytilegur kostnaður um [...] m.kr. eða samtals breytilegur kostnaður um [...] m.kr. Samkvæmt þessari greiningu Valitors voru heildartekjur af færsluhirðingu debetkorta um [...] m.kr. undir breytilegum kostnaði og heildartap miðað við það nam um [...] m.kr. á árinu 2007.¹⁴⁹

Samkvæmt eigin greiningu Valitors fyrir árið 2008 voru heildartekjur af færsluhirðingu debetkorta hjá íslenskum söluaðilum um [...] m.kr. Sama ár voru milligjöld til útgefenda og greiðslur til VISA EU um [...] m.kr. og annar breytilegur kostnaður um [...] m.kr. eða breytilegur kostnaður samtals um [...] m.kr. Samkvæmt þessari greiningu Valitors voru heildartekjur af færsluhirðingu debetkorta um [...] m.kr. undir breytilegum kostnaði og heildartap miðað við það nam um [...] m.kr. á árinu 2008.¹⁵⁰

Eins og að framan hefur verið rakið þá kemur skýrt fram í þessu máli að Valitor hefur samið um og innheimt þóknun hjá fjölmörgum einstökum söluaðilum fyrir færsluhirðingu vegna debetkorta sem er verulega lægri en milligjald sem Valitor hefur greitt útgefendum

¹⁴⁸ Fundargerð stjórnar Valitors nr. 469, dags. 20. desember 2007.

¹⁴⁹ Afkomugreining 2007 með bréfi frá Valitor, dags. 9. febrúar 2011, „Fylgiskjöl til SE 2007 afkoma færsluhirðingar.xlsx“ og 20. apríl 2011.

¹⁵⁰ Afkomugreining 2008 með bréfi frá Valitor til Samkeppniseftirlitsins, dags. 19. nóvember 2010 og 20. apríl 2011.



kortanna vegna sömu viðskipta. Ekki er aðeins um það að ræða að slíkt hafi verið gert í viðskiptum við einstaka tiltekna söluaðila heldur hefur heildarþóknun félagsins vegna þjónustunnar numið lægri upphæð en heildargreiðsla til útgefenda kortanna og launakostnaði sem fellur undir breytilegan kostnað. Tekjur félagsins af færsluhirðingu vegna notkunar debetkorta hjá íslenskum söluaðilum hafa verið undir (minnsta mögulega) breytilegum kostnaði við þjónustuna. Á þá eftir að taka tillit til annars breytilegs kostnaðar vegna starfseminnar. Eins og fyrr segir kemur það fram í gögnum frá Valitor að þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta hjá íslenskum söluaðilum var undir breytilegum kostnaði árin 2007 og 2008.

Á rannsóknatímabili þessa máls var Valitor í samkeppni við PBS/Kortþjónustuna í færsluhirðingu vegna VISA Electron debetkorta árin 2007 og 2008 og einnig við Borgun á fyrri helmingi ársins 2009 eins og nánar verður lýst hér á eftir varðandi markaðsaðgerðir Valitors gagnvart tilteknum söluaðilum.

Augljós áhrif af ákvörðunum Valitors á árinu 2009 um mismunandi milligjald eftir vöruflokkum, sem greitt er til útgefenda, eru að afkoma Valitors í færsluhirðingu á fyrri helmingi árs 2009 vegna debetkorta varð betri. Með öðrum orðum þá bætti Valitor afkomuna sína með eigin ákvörðun um lækkun á þjónustugjaldi til þriðja aðila, þ.e. útgefenda, en ekki t.d. með hækkun á eigin þóknun frá söluaðilum fyrir veitta þjónustu. Er það staðfest í gögnum frá félaginu meðal annars með skýringum og rökstuðningi Valitors fyrir lækkun á milligjaldi vegna viðskipta með fyrrnefnda vöruflokka. Önnur möguleg skýring að hluta getur verið hagræðing í rekstri. Á árunum 2007 og 2008 var verulegur rekstrarhalli af færsluhirðingu félagsins vegna debetkorta. Dró mjög úr þeim halla á fyrri helmingi ársins 2009. Ástæðan er að stærstum hluta áður nefnd einhliða lækkun á þeim milligjöldum sem Valitor sem færsluhirðir greiddi útgefendum debetkorta.

Þegar allt framangreint er virt er ljóst að árunum 2007 og 2008 seldi Valitor fjölmörgum söluaðilum þjónustu sína í færsluhirðingu á verði sem stóð ekki undir breytilegum kostnaði við að veita þjónustuna. Bæði var um ræða tilvik þar sem þóknun Valitors dugði ekki fyrir breytilegum kostnaði við færsluhirðingu debetkorta og tilvik þar sem Valitor undirverðlagði þjónustuna af færsluhirðingu í heild sinni, þ.e. bæði vegna debetkorta og kreditkorta. Til viðbótar þessu var færsluhirðing vegna debetkorta hjá íslenskum söluaðilum á árunum 2007 og 2008 í heild sinni rekin með tapi hjá Valitor.

Þessi háttsemi Valitors var til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti á markaði fyrir færsluhirðingu. Undirverðlagning á færsluhirðingu hjá fjölda söluaðila hafði alvarleg áhrif á möguleika keppnauta til þess að ná viðskiptum hjá mikilvægum söluaðilum fyrir færsluhirðingu debetkorta og þar af leiðandi einnig fyrir færsluhirðingu kreditkorta. Hið sama gildir þegar undirverðlagning tók til færsluhirðingu bæði debet- og kreditkorta. Var þessi háttsemi Valitors augljóslega til þess fallin að hindra minni keppnaut í að ná fótfestu og eflast á markaði fyrir færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum vöru og þjónustu. Skiptir í þessu sambandi einnig máli hin afar sterka staða sem Valitor naut vegna m.a. tengsla sinna við útgefendur greiðslukorta, sbr. umfjöllun hér að framan. Engar eðlilegar rekstrarforsendur standa til þess að þóknun Valitors dugi ekki fyrir milligjöldum.



Eins og rökstutt er í kafla 3.6 hér á eftir geta þau sjónarmið sem Valitor hefur sett fram ekki breytt mati Samkeppniseftirlitsins á eðli þessarar háttsemi Valitors.

Samkvæmt þessu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með undirverðlagningu á færsluhirðingamarkaði á árunum 2007 og 2008. Er þetta brot Valitors bæði alvarlegt í eðli sínu og umfangsmikið.

3.6 Nánar um sjónarmið Valitors

Í umsögn Valitors til Samkeppniseftirlitsins, dags. 5. júlí 2012, er því mótmælt að félagið hafi með háttsemi sinni undirverðlagt þjónustu sína fyrir færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum á því tímabili sem mál þetta tekur til. Í aðalatriðum byggir Valitor á því að ekki sé rétt að skilgreina færsluhirðingu sem tvo aðskilda þjónustubætti, þ.e. í færsluhirðingu vegna debetkorta annars vegar og færsluhirðingu vegna kreditkorta hins vegar. Um sé að ræða einu og sömu þjónustuna.

Valitor telur að Samkeppniseftirlitið dragi víða rangar ályktanir af þeim aðstæðum sem hafi ríkt á skilgreindum markaði og gefi sér rangar forsendur. Þetta leiði að mati Valitors til þess að mat Samkeppniseftirlitsins sé rangt. Hér á eftir verður fjallað um þessi sjónarmið Valitors.

3.6.1 Um ákvörðun milligjalda

Valitor hefur mótmælt því að félagið geti einhliða ákveðið milligjald og stýri þannig verðlagningu bæði í kortaútgáfu og færsluhirðingu. Milligjald sé greiðsla færsluhirðis fyrir kortaútgáfu sem eigi að standa undir ýmsum kostnaði. Blasi við ef slík greiðsla standi ekki undir þeim kostnaði sem hljótist af útgáfustarfsemi banka þá snúi þeir sér eitthvert annað með útgáfuna eða gefi sjálfir út kort. Gengur því alls ekki upp að Valitor geti einhliða ákveðið milligjald til lækkunar eins og félaginu sýnist. Ef svo væri þá myndi Valitor augljóslega velja þann kostinn að greiða ekki neitt milligjald til útgáfubanka og spara félaginu stórfé.

Færsluhirðar eigi viðskipti við Valitor sem vinnsluaðila í kortaútgáfu sem leiði af þátttöku allra aðila að VISA EU. Samkvæmt reglum VISA EU séu færslur milli Valitor og færsluhirða gerðar upp daglega, þ.e. færsluhirðir fái samstundis greitt frá Valitor þó korthafi hafi ekki greitt sinn kreditkortareikning. Fyrir þessa þjónustu (þ.e. vinnslu færslunnanna, fjármagnskostnað þar til korthafi greiðir og ábyrgð sem felist í því að greiða færsluhirði samstundis óháð því hvort korthafi greiði) greiði færsluhirðir Valitor sem vinnsluaðila í kortaútgáfu ákveðið gjald, milligjald. Þar sem ekkert landsbundið milligjald hafi verið sett fyrir Íslandsmarkað, gildi hið svokallaða „default gjald“ VISA EU.

Einstakir útgefendur sjái hins vegar um hluta af þessari þjónustu sem veitt sé færsluhirðum. Sé þar um að ræða hluta af kortavinnslu sem og ábyrgð á því að korthafi greiði. Gjald sem Valitor greiði einstökum útgefendum vegna þessa sé ákveðið með samningum milli Valitors og einstakra útgefenda, og sé gjaldið misjafnt eftir umfangi viðskipta.



Samkeppniseftirlitið hafi vísað til tölvupósts sem fjármálastjóri Valitors sendi Reiknistofu bankanna þann 15. maí 2008. Hafi eftirlitið talið þennan tölvupóst styðja að Valitor ákveði einhliða fjárhæð milligjaldsins. Valitor mótmælir þessu. Tölvupósturinn hafi ekkert gildi varðandi það hvort samningar Valitors við útgáfubankana séu einhliða verðskrár eða ekki. Viðkomandi starfsmaður komi ekki að samningum þeim sem áður hafi verið lýst og hafi því engar forsendur til þess að meta hvort um sé að ræða samninga, einhliða verðskrá eða eitthvað annað. Hvað varði umfjöllun eftirlitsins um útgáfusamning Valitors við Landsbankann þá sé þeirri skýringu eftirlitsins hafnað að hægt sé að lesa það út úr nefndum samningi að Valitor hafi „ákvarðað milligjald sem Valitor sem færsluhirðir, greiðir formlegum útgefendum VISA greiðslukorta“. Þá sé því jafnframt hafnað sem fram komi að Valitor hafi ákveðið að settur skyldi rammi um lágmarks- og hámarksgjald á greiðslur til útgafenda heldur hafi eingöngu verið að leiðrétta smávægilega skekkju.

Hvað sem því líði og hvort sem viðkomandi skjöl séu kölluð verðskrár eða samningar þá gefi auga leið að annar aðili viðskiptasambands geti aldrei ákveðið kjör þess einhliða. Eins og áður hafi komið fram þá kanni Valitor jarðveginn hjá hverjum og einum útgafenda áður en breytingar séu gerðar. Birtist þetta mjög vel í verðskrár frá því í febrúar 2009 (sem eftirlitið hafi fengið afrit af) þ.e. að mismunandi sé um hvaða kostnaðarliði viðkomandi bankar semji. Einstaka bankar semji um öll kort, aðrir bankar semji um tilteknar kortategundir en ekki aðrar. Þá séu einnig verð sem einstaka bankar greiði mismunandi t.d. hafi [...] krónur, skv. nefndri verðskrá, fyrir platinum kort á meðan [...] krónur o.s.frv. Enn fremur þá sé endanlegt milligjald sem viðkomandi bankar fái frá Valitor mismunandi þar sem korthafavelta viðkomandi banka geti haft áhrif til hækkunar á milligjaldinu. Samkvæmt þessu sé um mismunandi samninga að ræða hverju sinni sem skili mismunandi niðurstöðu fyrir hvern og einn banka.

Valitor hafnar því að geta einhliða breytt þóknunum til hækkunar eða lækkunar eins og félaginu sýnist. Þá verði á það að líta að þóknunin sé nauðsynleg eigi útgefendur að hafa einhvern hvata til þess að gefa út greiðslukort enda beri þeir kostnað af útgáfunni. Staðreyndin sé sú að sé þóknun of lág þá hætta útgefendur að gefa út kort hjá Valitor og hefji viðskipti við aðra hagkvæmari aðila eða hefji sjálfir kortaútgáfu. Slík ógnun vofi alltaf yfir og geri Valitor ómögulegt að breyta verði einhliða og með þeim hætti sem eftirlitið virðist telja. Hafi einstaka útgáfubankar kannað fyrir sér með kortaútgáfu eins og Samkeppniseftirlitinu sé kunnugt um sem staðfesti að einhliða breytingar Valitor til lækkunar séu ekki mögulegar. Hins vegar sé milligjaldið of hátt þá verði rekstur Valitor óhagkvæmur. Önnur leið í stöðu sem þessari sé að útgefendur krefji korthafa um margfalt hærri þóknunir en nú sé gert til þess að kortaútgáfa verði hagkvæm án milligjalds. Myndi slíkt hins vegar augljóslega hafa í för með sér verulegan samdrátt í kortanotkun sem myndi hafa slæm áhrif fyrir starfsemi útgáfubanka, færsluhirða sem og söluaðila.

Valitor vilji benda á að bæði VISA EU og MasterCard hafa í samskiptum sínum við framkvæmdastjórnina ESB fært fram rök þess efnis að þrátt fyrir að milligjöld hafi áhrif á þjónustugjöld söluaðila þá sé ekki hægt að halda því fram fullum fetum að milligjöld séu gólf í þóknun söluaðila. Í þessu samhengi hafi verið bent á markaði þar sem



Þjónustugjöld söluaðila séu lægri en þau milligjöld sem greidd séu bönkum og færsluhirðar innheimti önnur gjöld til þess að vega upp þennan mismun.

Valitor segir það ekki í samræmi við reynslu Valitors á færsluhirðingarmarkaði, eins og Samkeppniseftirlitið virðist telja, að þóknun í debetkortaviðskiptum sé ráðandi þáttur þegar söluaðili velji sé færsluhirði.



Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið vísar hér til samninga Valitors við banka og sparisjóði um rétt til útgáfu VISA greiðslukorta frá febrúar 2005 sem voru í gildi á rannsóknatímabili þessa máls. Þar kemur skýrt fram að ákvörðun um milligjald liggur hjá Valitor og er milligjaldið birt í verðskrá félagsins. Þessu hefur Valitor ekki tekist að hnekkja.

Hér ber einnig að líta til þess að í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 19. nóvember 2010, staðhæfði Valitor að félagið hafi gert tvíhliða samning um milligjald við einstaka útgefendur og sé gjaldið misjafnt eftir umfangi viðskipta.

Valitor hefur ekki lagt þessa samninga fram. Hins vegar hefur Samkeppniseftirlitið afrit af gjaldskrá/verðskrá frá árunum 2007 til 2009 gagnvart hverjum einstökum útgefanda greiðslukorta. Þessi skjöl bera það ekki með sér að vera tvíhliða samningar, enda ýmist nefnd gjaldskrá eða verðskrá fyrir hvern einstakan útgefanda, með nákvæmlega sömu kjörum fyrir alla hvað varðar grunnmilligjald til útgefanda og önnur veltutengd viðmið. Í sérlið er tilgreint sérstakt árlegt hvatakerfi vegna markaðsfærslu VISA korta sem tilgreinir mismunandi prósentustig til hækkunar á milligjaldi eftir korthafaveltu tengt viðkomandi útgefanda.¹⁵¹ Ekki kemur skýrt fram hvort um er að ræða hvatakerfi fyrir báðar tegundir korta eða bara vegna kreditkorta, sem af framsetningu virðist vera líklegra. Er þetta ákvarðanaferli í raun staðfest í bréfi f.h. Valitors til Samkeppniseftirlitsins eftir að óskað var eftir lýsingu á því hvar og hvernig milligjald vegna debetkorta væri ákvarðað.¹⁵² Þar segir um þetta:

„Sú þóknun sem umbjóðandi okkar [Valitor] greiðir útgefendum er ákveðin af umbjóðanda okkar í verðskrá, þó ekki án þess að kanna fyrst jarðveginn hjá hverjum og einum útgefanda áður en breytingar eru gerðar. Er þóknunin þannig viðskiptaleg ákvörðun umbjóðanda okkar.“

Er þetta að mati Samkeppniseftirlitsins einnig staðfest í tölvupósti frá fjármálastjóra Valitors til starfsmanns Reiknistofu bankanna sem sér um útreikninga á milligjaldi vegna debetkorta og skuld- og eignfærslu vegna þeirra. Í tölvupóstinum, dags. 15. maí 2008, segir:¹⁵³

„VALITOR hf. hefur tilkynnt bönkum og sparisjóðum um breytingu á milligjaldi af debetkortaveltu frá og með 1. maí 2008 í [...] % (var [...] %). Viltu sjá til þess að því verði breytt fyrir næsta útreikning og staðfesta við mig.“

Enn frekari staðfesting þessa fyrirkomulags er í áður tilvitnuðu bréf frá þáverandi forstjóra VISA Ísland (nú Valitor), dags. 14. mars 2006, til allra útgefanda VISA greiðslukorta.¹⁵⁴ Í því bréfi er tilkynnt um hækkun milligjalds til útgefanda debetkorta. Er boðskapur þessa bréfs mjög skýr. Í því er rækilega vísað í fyrrnefnda samstarfssamninga

¹⁵¹ Ekki er í þessu máli tekin afstaða til lögmætis þessa hvatakerfis.

¹⁵² Bréf frá Valitor til Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. október 2009, sem aflagð var í öðru stjórnisýslumáli sem er til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu.

¹⁵³ Tölvupóstur, dags. 15. maí 2008, kl. 08:54, frá Önnu Ingu Grímsdóttur fjármálastjóri Valitors til Kjartans Jóhannessonar yfirmanns hjá Reiknistofu bankanna.

¹⁵⁴ Sjá bréf frá Valitor (þá VISA Ísland) til útgefanda VISA greiðslukorta, dags. 14. mars 2006.



frá febrúar 2005 þannig að ekki fer á milli mála með hvað hætti og á hvaða grundvelli ákvarðanir um milligjöld eru teknar.

Valitor heldur því fram að tölvupósturinn frá 15. maí 2008 hafi ekki þýðingu þar sem fjármálastjóri fyrirtækisins hafi ekki komið að samningum um milligjöld. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það með Valitor að fjármálastjóri fyrirtækisins hafi ekki þekkt til þeirra málefna sem fjallað er um í tölvupósti hans. Einnig er vert að benda á að í bréfinu frá 14. mars 2006 er vísað á sviðsstjóra fjármálasviðs félagsins varðandi frekari upplýsingar um þessa breytingu á milligjöldum. Er þetta sami starfsmaðurinn og titlaður var fjármálastjóri á árinu 2008. Því skýtur það skökku við að Valitor skuli mótmæla því að þessi sami starfsmaður hafi eitthvað haft með þessi mál að gera á árinu 2008 þegar hann gegndi starfi fjármálastjóra Valitors. Eins og fram hefur komið eru milligjöld stærsti einstaki kostnaðarliður í færsluhirðingu hjá Valitor og ekki líklegt að fjármálastjóri félagsins komi ekki að eða hafi upplýsingar um ákvörðun milligjalda.¹⁵⁵ Í öllu falli var hann talinn hafa allar upplýsingar um fyrirkomulagið á árinu 2006 eða tveimur árum fyrr. Hér skiptir einnig miklu að Valitor hefur ekki lagt fram nein gögn sem styðja málflutning félagsins um tvíhliða samninga við útgefendur um milligjöld á tímabili þessa máls. Umfjöllun Valitors um að um hafi verið að ræða leiðréttingu á smávægilegri skekkju þegar sett voru takmörk á upphæð milligjalds til útgefenda vegna notkunar debetkorta hefur verið svarað og er vísað til þess. Málið var ekki smávægilegra en svo að Valitor tapaði umtalsverðum fjármunum með umræddri undirverðlagningu í langan tíma og hefur félagið viðurkennt það.

Til frekari stuðnings því að Valitor hafi ákveðið milligjöld einhliða og þá sérstaklega með hagsmunum færsluhirðingar félagsins í huga er rétt að vísa til bréfs Valitors til Samkeppniseftirlitsins, dags. 5. júlí 2010. Þar kemur fram að félagið hafi í gegnum tíðina greitt öllum íslenskum útgefendum VISA kreditkorta og Electron debetkorta sama milligjald óháð því fyrir hvaða vöru eða þjónustu var verið að greiða hjá söluaðilum. Einnig verður ekki annað skilið en að ekki hafi verið um að ræða lágmarks- og hámarksgreiðslu til útgefenda vegna einstakra viðskipta hjá söluaðilum með debetkort sem var gert varðandi þóknun söluaðila fyrir færsluhirðingu.

Í febrúar 2009 ákvað Valitor að greiða útgefendum kortanna lægra milligjald vegna debetkorta [...] og [...] vegna kreditkorta að því er félagið upplýsir, vegna viðskipta hjá söluaðilum með matvöru, bensín og áfengi (MBV). Var flokkun söluaðila sem þetta varðaði síðan grundvölluð á svo kölluðum MCC kóðum í kerfi félagsins. Skýring sem Valitor hefur gefið á mismunandi milligjaldi eftir vöruflokkum er sú að Valitor fái sem færsluhirðir „*hlutfallslega minni þóknunartekjur frá söluaðilum með matvöru, bensín og vín en frá öðrum söluaðilum og því eðlilegt að milligjöld til útgefenda endurspegli það*“.¹⁵⁶ Á sama tíma ákvað Valitor lágmarks- og hámarksgjald til útgefenda fyrir hverja færslu vegna debetkorta en það hafði ekki verið í gildi áður. Ekki verður samt séð að þessi ákvæði um greiðslur komi fram í verðskrá félagsins. Að mati Samkeppniseftirlitsins var þessi skýring ekki fullnægjandi ef horft er til almennrar skilgreiningar á milligjaldi og

¹⁵⁵ Þrátt fyrir að færsluhirðir sé milliliður milli útgefenda og söluaðila í meðferð milligjalds þá fer það um rekstrarreikning Valitors sem færsluhirðis og færist þar til gjalda.

¹⁵⁶ Samanber bréf frá Valitor til Samkeppniseftirlitsins, dags. 5. júlí 2010, tl. 19.



tilefnis þess eins og lýst er hér að framan. Einnig sýnir þessi afstaða og skýring að hér var það Valitor sem færsluhirðir, í samkeppni við aðra færsluhirða, sem ákvað hve há milligjöld félagið greiddi útgefendum af þessum tilteknu viðskiptum.

Tilvísun Valitors í heildsöluverðskrá félagsins hvað varði mismunandi verð til banka vegna útgáfu mismunandi greiðslukorta breytir hér engu. Um það er ekki fjallað í þessu máli. Í þessu máli er um að ræða ákvörðun milligjalda vegna notkunar greiðslukorta og hafa verðskrár félagsins hvað þann þátt varðar verið með nákvæmlega sama hætti gagnvart öllum útgefendum. Hafi verið um samkomulag að ræða við hvern og einn útgefenda má það með ólíkindum vera að kostnaður þeirra við þá þjónustu sem milligjaldinu er ætlað að standa fyrir skuli hafa verið nákvæmlega sá sami hjá þeim öllum. Það er ekki trúverðugt. Í þessu sambandi má vísa í umfjöllun um þetta atriði í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 62/2008 og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2009.

Fram kemur að Valitor telji að milligjaldið (þóknun) sé nauðsynleg eigi útgefendur að hafa einhvern hvata til þess að gefa út greiðslukort enda beri þeir kostnað af útgáfunni. Staðreyndin sé sú, segir Valitor, að sé milligjaldið of lágt þá hætti útgefendur að gefa út kort hjá Valitor og hefji viðskipti við aðra hagkvæmari aðila eða hefji sjálfir kortaútgáfu. Slík ógnun voði alltaf yfir og geri Valitor ómögulegt að breyta milligjaldi einhliða og með þeim hætti sem eftirlitið virðist telja. Sé milligjaldið hins vegar of hátt þá verði rekstur Valitors óhagkvæmur.

Eins og áður hefur komið fram tekur Samkeppniseftirlitið ekki afstöðu til þess í máli þessu hvort fyrirkomulag við setningu milligjalda sé samþýðanlegt 10. og 12. gr. samkeppnislaga. Ekki er í málinu heldur tekin afstaða til þess hvort milligjald sé nauðsynlegt eða hvort það sé of hátt eða of lágt. Það sem skiptir máli hér er að Valitor hefur verið í þeirri stöðu að geta ákveðið milligjöldin sem félagið greiðir útgefendum einhliða í verðskrá sinni. Þess utan virðist framangreindur málflutningur Valitors sýna að félagið líti svo á að það sé ekki þörf eða krafa útgefenda um greiðslu á kostnaði vegna notkunar kortanna hjá söluaðilum sem ákvarði milligjaldið heldur rekstrarlegir hagsmunir Valitors, sem hefur síðan áhrif á samkeppnislega stöðu Valitors á markaði fyrir færsluhirðingu. Undirstrikar þessi umfjöllun með skýrum hætti þau samkeppnislegu vandamál sem geta stafað af óbreyttu fyrirkomulagi í rekstri Valitors á greiðslukortamarkaði.

Valitor segir að bæði Visa og MasterCard hafi í samskiptum sínum við framkvæmdastjórn ESB fært fram rök þess efnis að þrátt fyrir að milligjöld hafi áhrif á þjónustugjöld söluaðila sé ekki unnt að halda því fram að milligjöld séu gólf í þóknun söluaðila. Bent hafi verið á markaði þar sem þjónustugjöld söluaðila séu lægri en þau milligjöld sem greidd séu bönkum og færsluhirðar innheimti önnur gjöld til þess að vega upp þennan mismun. Samkeppniseftirlitið fær ekki séð hvaða tilgangi þessi umfjöllun þjónar. Valitor skýri þessa framkvæmd ekki nánar. Þó kemur fram að færsluhirðar innheimti önnur gjöld en þjónustugjöld. Ætla verður, eðli málsins samkvæmt, að sú innheimta eigi sér stað hjá söluaðilum. Varla hjá útgefendum, sem væri þá ígildi endurgreiðslu á hluta milligjaldsins,



og ekki er þetta innheimt hjá korthöfum þar sem ekkert samnings samband er milli þeirra og færsluhirða.

Valitor gefur í skyn að Samkeppniseftirlitið telji að þóknun í debetkortaviðskiptum sé ráðandi þáttur þegar söluaðili velji sér færsluhirði. Sé þessi nálgun eftirlitsins ekki í samræmi við reynslu Valitor á færsluhirðingarmarkaði. Samkeppniseftirlitið mótmælir því að hafa haldið því fram að þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta sé ráðandi þáttur í þessu sambandi. Hins vegar hefur verið bent á að hlutur debetkorta í viðskiptum hjá íslenskum söluaðilum hafi verið stór hluti af heildargreiðslukortaviðskiptum en að hlutur kreditkorta sé þó meiri. Var hlutfall debetkorta um og yfir 40% á tímabili þessa máls. Gefur augaleið að þóknun fyrir færsluhirðingu þessara viðskipta varða hagsmunum söluaðila miklu. Tilboð og samstarfssamningar Valitors við söluaðila sýna þetta mikilvægi glöggt og hvaða áherslu Valitor hefur lagt á það í samskiptum sínum við þá. Aðgreind er með skýrum hætti þóknun fyrir hvora kortategund og eftir að Valitor og Borgun hófu að færsluhirða vegna vörumerkja hvors annars hefur Valitor haldið því skilmerkilega fram í sínum tilboðum og samningum að félagið taki ekki færslugjöld í kortaviðskiptum. Með því er félagið að aðgreina sig frá verðlagningu Borgunar sem hefur tekið færslugjald fyrir debetkortaviðskipti. Sýnir þessi framsetning með skýrum hætti hvaða áherslu Valitor lagði á mikilvægi debetkortaviðskiptanna.

Í gögnum málsins kemur einnig fram að Valitor hafi ekki greitt íslenskum útgefendum Electron debetkorta milligjald þegar PBS hefur annast færsluhirðingu vegna notkunar þeirra hjá íslenskum söluaðilum þrátt fyrir að PBS hafi greitt Valitor milligjald samkvæmt verðskrá VISA EU.¹⁵⁷ Að mati Samkeppniseftirlitsins er líklegt að þessi framkvæmd hafi haft áhrif á starfsemi Valitors á markaði fyrir færsluhirðingu og samkeppni á þeim markaði.

Til stuðnings þessari niðurstöðu um einhliða ákvörðun Valitors um milligjöld í færsluhirðingu vegna VISA greiðslukorta er einnig bent á að félagið tók einhliða þá ákvörðun um greiðslu milligjalds til íslenskra útgefenda Maestro debetkorta vegna færsluhirðingar þess vörumerkis. Liggur fyrir í gögnum málsins að svo var og hefur Valitor ekki sýnt fram á annað. Að öllu framansögðu virtu er það óbreytt niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi formlega ákveðið einhliða hvaða milligjöld félagið greiddi íslenskum útgefendum VISA greiðslukorta og Maestro debetkorta. Verður við það miðað í umfjöllun hér á eftir.

3.6.2 Um umfang undirverðlagningar

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri frumniðurstöðu að Valitor væri markaðsráðandi á markaðnum fyrir færsluhirðingu greiðslukorta. Undir þann markað falla annars vegar færsluhirðing á kreditkortum og hins vegar færsluhirðing á debetkortum. Var í andmælaskjalinu einnig komist að þeirri frumniðurstöðu að Valitor hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með undirverðlagningu í færsluhirðingu á debetkortum.

¹⁵⁷ Sjá bréf frá Valitor til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. apríl 2011. Var þetta milligjald 0,27 EUR á hverja færslu.



Í athugasemdum sínum heldur Valitor því fram að þessi aðferðafræði við mat á undirverðlagningu sé röng. Samkeppniseftirlitinu hafi borið að líta til framlegðar af þjónustunni í heild sinni, þ.e. færsluhirðingu á bæði debetkortum og kreditkortum.

Valitor bendir á að verðlagning markaðsráðandi fyrirtækja undir meðaltali breytilegs kostnaðar sé almennt talin fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu, að því leyti sem verðlagningin verði ekki skýrð með öðrum hætti en að tilgangurinn með henni sé sá að flæma keppinauta af markaði, enda tapi fyrirtækið þannig á hverri sölu, þ.e. við gerð hvers samnings.

Það sé hins vegar ekki svo að verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis undir meðaltali breytilegs kostnaðar teljist allt að því sjálfkrafa misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Sýna þurfi fram á að hið markaðsráðandi fyrirtæki sé raunverulega að selja þjónustu sína á markaði með tapi til skamms tíma í þeim tilgangi að útiloka raunverulega eða mögulega keppinauta. Þessu til stuðnings vísar Valitor til leiðbeiningu framkvæmdastjórnar ESB.

Við mat á því hvort verðlagning markaðsráðandi fyrirtækja feli í sér misnotkun beri almennt að líta til skilgreinds markaðar málsins og hver sú vara eða þjónusta sé sem hið markaðsráðandi fyrirtæki sé að selja. Samanstandi viðkomandi þjónusta sem hið markaðsráðandi fyrirtæki selji til að mynda af fleiri en einum þjónustuþætti, ber almennt að skoða verðlagningu þeirra liða heildstætt en ekki taka einn þjónustulið út fyrir sviga, enda myndi hann ekki sérstakan vöru- eða þjónustumarkað.

Að mati Valitors séu rök fyrir framangreindu margþætt. Þannig sé undirliggjandi röksemdafærsla AKZO reglu dómstóls ESB sú að hið markaðsráðandi fyrirtæki tapi á hverri sölu. Ef hver sala innifelur fleiri en einn þjónustulið sem saman myndi eina þjónustu sem teljist viðkomandi þjónustumarkaður, eiga rökin eðli máls samkvæmt ekki við þó einn liðurinn kunni að vera seldur undir meðaltali breytilegs kostnaðar, ef þjónustan sem myndar þjónustumarkaðinn geri það ekki. Þannig sé fyrirtækið ekki að tapa á gerð hvers samnings. Þá feli verðlagningin ekki í sér brot nema hún leiði til útilokunaráhrifa jafn skilvirkra keppinauta á þeim markaði sem um ræði. Við mat á því hvort svo sé verði að líta til verðlagningar þeirra vöru eða þjónustu sem myndi viðkomandi markað, enda ekki hægt að meta útilokunaráhrif af markaði með því einu að skoða verðlagningu á einum þjónustulið. Loks sé slík nálgun í samræmi við ákvörðunartöku nýrra aðila á markaði sem meti möguleika sína á innkomu út frá verðlagningu viðkomandi þjónustu á markaðnum en ekki einstökum liðum sem myndi þá þjónustu.

Valitor byggir á því að slík nálgun sé í samræmi við þá aðferðafræði sem samkeppnisyfirvöld hafi lagt til grundvallar hér á landi. Þannig hafi í ákvörðunum samkeppnisráðs nr. 20/2002 og nr. 40/2003 verið tekin afstaða til kvörtunar Tals hf. yfir verðlagningu Landssíma Íslands hf., þar sem meðal annars hafi verið byggt á því af hálfu kvartanda að um skaðlega undirverðlagningu væri að ræða. Var kvörtunin til komin vegna svokallaðrar hópáskriftar, sem var seld til fyrirtækja og hópa með ýmsum fríðindum og kjörum inniföldum. Fyrir hafi legið í málinu að svonefnd innankerfissímtöl Landssíma Íslands hf. höfðu verið verðlögð á 0 kr. mínútan innan þess hóps sem var í



hópáskrift. Augljóst megi vera að slík verðlagning sé undir meðaltali breytilegs kostnaðar. Hins vegar hafi aðeins verið um að ræða einn þjónustulið sem myndaði þá þjónustu sem um ræddi, en það hafi verið hópáskriftin. Þar sem framlegð af hópáskriftinni í heild hafi verið jákvæð hafi samkeppnisráð talið að ekki væri um misnotkun á markaðsráðandi stöðu að ræða.

Þar sem framkvæmd samkeppnisyfirvalda og dómstóla ESB sé fátækleg er viðkomi skaðlegri undirverðlagningu megi að mati Valitors hvað þetta atriði áhrærir hafa hliðsjón af framkvæmdinni á sviði svonefnds verðþrýstings. Sé enda í báðum tilvikum um að ræða brot á 102. gr. sáttmálans sem feli í sér útilokunaráhrif og ættu því sambærileg sjónarmið að gilda. Sjáist það af því að enginn sérstakur greinamunur sé gerður á þeim hvað þetta atriði áhrærir í leiðbeiningu framkvæmdastjórnar ESB. Byggi Valitor á því að skýrt megi leiða af þessari framkvæmd að líta beri til viðkomandi þjónustumarkaðar og allra þeirra liða sem mynda þá þjónustu sem um ræðir við mat á því hvort verðlagning feli í sér útilokunaráhrif og geti þar með talist misnotkun. Í því sambandi vísi Valitor til ákvörðar framkvæmdastjórnar ESB í máli Telefónica sem nýverið hafi verið staðfest af undirrétti ESB og í dóm dómstóla ESB í máli Deutsche Telekom.

Valitor byggi á því að sambærileg röksemdafærsla leiði til þess að hið sama verði að gera við mat á skaðlegri undirverðlagningu, líta verði til verðlagningar á þjónustunni sem myndi hinn skilgreinda markað. Þannig geti það ekki leitt til útilokunaráhrifa jafn skilvirkra keppinauta af markaði sé einn þjónustuliður af mörgum seldur undir meðaltali breytilegs kostnaðar en þjónustan sjálf sem myndi viðkomandi markað seld með framlegð. Þar sem þjónustumarkaðurinn í þessu máli sé færsluhirðing greiðslukorta, þ.e. hvoru tveggja færsluhirðing kredit- og debetkorta og verði að líta til framlegðar af vörunni í heild, færsluhirðingu, þ.e. framlegð af gerð hvers samnings. Hins vegar geti það ekki talist brot ef eingöngu hluti þjónustunnar (debetkortin) sé verðlagður undir meðaltali breytilegs kostnaðar.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Í umfjöllun um þjónustumarkaði þessa máls var bent á að á markaði fyrir færsluhirðingu sé um að ræða tvo þjónustubætti sem eru sjálfstæðir og umsemjanlegir en hafi innbyrðis samkeppnisleg áhrif á markaðnum. Um er annars vegar að ræða færsluhirðingu vegna notkunar debetkorta og kreditkorta hins vegar.

Valitor telur að færsluhirðing vegna notkunar debetkorta annars vegar og kreditkorta hins vegar sé samsett og ein þjónusta gagnvart söluaðilum. Sökum þessa verði að horfa á báða þjónustuliðina saman þegar möguleg undirverðlagning er metin. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta.

Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga bannar fyrirtæki sem telst markaðsráðandi í sölu á tiltekinni þjónustu eða vörum að selja þær á verði sem stendur ekki undir meðaltali breytilegs kostnaðar. Það er skýrt í samkeppnisrétti að um brot getur verið að ræða þrátt fyrir að undirverðlagningin taki aðeins til hluta þeirrar þjónustu/vöru sem seld er á hinum skilgreinda markaði. Bæði framkvæmd í innlendum samkeppnisrétti og EES/ESB-rétti sýnir þetta:



- Á þetta reyndi í máli sem varðaði undirverðlagningu Haga í verslunum Bónuss, sbr. dóm Hæstaréttar frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010. Hagar héldu því fram að Samkeppniseftirlitið hefði beitt rangri aðferð við mati á undirverðlagningu þeirra. Skilgreindur markaður var sala á dagvöru og því hefði eftirlitinu verið óheimilt að horfa aðeins til eins vöruflökks, mjólkurvara, við mat á undirverðlagningu.¹⁵⁸ Ekki var fallist á þetta. Þannig segir í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur, sem staðfestur var með vísan til forsendna í Hæstarétti, að um brot á 11. gr. samkeppnislaga geti „verið að ræða þrátt fyrir að undirverðlagningin taki aðeins til hluta þeirrar vöru sem seld er á hinum skilgreinda markaði.“
- Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var niðurstaðan sú að Icelandair hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með verðlagningu á ódýrustu fargjöldunum á áætlunarleiðum til m.a. Kaupmannahafnar og London (sk. Netsmellur að upphæð 16.900 kr.). Fyrir lá að ýmis önnur fargjöld voru í boði á þessum mörkuðum (önnur almenn fargjöld og viðskiptafargjöld) þar sem Icelandair var í markaðsráðandi stöðu. Var úrskurður áfrýjunarnefndar staðfestur að þessu leyti fyrir dómstólum, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011.
- Í AKZO málinu fyrir dómstól ESB var staðan sú að fyrirtækið AKZO var markaðsráðandi framleiðandi á ákveðnu hráefni. Hráefnið var selt til hveitiðnaðarins (flour sector) og plastiðnaðarins (plastics sector). Sala AKZO til viðskiptavina í plastiðnaðinum var miklu mun meiri en sala viðskiptavina í hveitiðnaðinum. Dómstóll EB taldi að AKZO hefði gripið til ólögmætrar undirverðlagningu í sölu á hráefninu til viðskiptavina í hveitiðnaðinum en AKZO lækkaði ekki verð til viðskiptavina í plastiðnaðinum.¹⁵⁹

Ekki er stoð fyrir framangreindri túlkun Valitors í leiðbeiningu framkvæmdastjórnar ESB. Þar er þvert á móti við það miðað að undirverðlagning geti tekið til hluta þeirrar vöru sem seld er á viðkomandi markaði.¹⁶⁰

Samkvæmt þessu er ljóst að um ólögmæta undirverðlagningu getur verið að ræða þrátt fyrir að hún taki ekki til allrar vöru/þjónustu sem hið markaðsráðandi fyrirtæki selur á hinum skilgreinda markaði. Þessi regla er rökrétt því hið markaðsráðandi fyrirtæki hefur

¹⁵⁸ Lýst svo í dómi héraðsdóms: „Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi beðið um gögn um verðlagningu í öllum verslunum stefnanda, en hafi bara notað verðlagningu þeirra í Bónus, þrátt fyrir að nota veltu mjólkurvara frá öllum verslunum stefnanda til að ákvarða markaðshlutdeild hans. Undirverðlagningin hafi aðeins náð til lítils hluta markaðarins, en skilgreiningin til hans alls. Með þessum rökum stefnda mætti ákvarða sölu á einni vöru í einni verslun sem skaðlega undirverðlagningu. Það sé fjarstæða hvernig sem á væri litið. Þessi nálgun stefnda eigi sér ekki neina stoð í lögum eða fordæmum og sé hún því ólögmæt.“

¹⁵⁹ Mál nr. C-62/86 [1991] ECR-3359: „...it is not disputed that the plastics sector was more important to AKZO than the flour additives sector, since it had a much higher turnover in that sector. AKZO therefore applied price reductions in a sector (that of flour additives) which was vital to ECS but only of limited importance to itself.“

¹⁶⁰ Sjá t.d. leiðbeiningareglur framkvæmdastjórnar ESB frá 3. desember 2008 (Guidance on the Commission's enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings): „...the Commission will generally intervene where there is evidence showing that a dominant undertaking engages in predatory conduct by deliberately incurring losses or foregoing profits in the short term (referred to hereafter as "sacrifice") ...Conduct will be viewed by the Commission as entailing a sacrifice if the dominant undertaking, by charging a lower price for all **or a particular part** of its output over the relevant time period ...“ (Leturbr. SE)



hag af því að hafa undirverðlagninguna ekki víðtækari en nauðsynlegt er til að ná hinu samkeppnishamlandi markmiði.¹⁶¹

Tilvísun Valitors til mála sem varða verðþrýsting markaðsráðandi fyrirtækja er byggð á misskilningi. Fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála í máli nr. 1/2012 hélt Síminn því fram að Samkeppniseftirlitið hefði beitt rangri aðferðafræði við mat á verðþrýstingi með því að horfa aðeins til tekna af símtölum í farsímakerfinu. Eftirlitinu hefði borið að taka mið af öllum þjónustupáttum sem féllu undir undir hinn skilgreinda markað, t.d. tekjur af SMS og MMS skilaboðum. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála féllst ekki á þetta og benti á að símtöl væru mikilvægur þáttur á hinum skilgreinda markaði.¹⁶² Ef beitt er of rúmri aðferðafræði að þessu leyti getur það skapað hættu á alverlegum samkeppnishömlum, t.d. með því að gera markaðsráðandi fyrirtæki kleift að beita víxlniðurgreiðslum.¹⁶³

Máli sínu til stuðnings vísar Valitor einnig til ákvarðana samkeppnisráðs nr. 20/2002 og nr. 40/2003 sem varða kvörtun Tals gagnvart verðlagningu Landssíma Íslands tengt tiltekinni áskriftarleið, Hópáskrift, í farsímapjónustu. Samkeppniseftirlitinu er ekki ljóst hvaða tilgangi þessi tilvísun gegnir og telur hana ekki styðja sjónarmið Valitors heldur þvert á móti. Skal það útskýrt nánar.

Fjarskiptapjónusta í almennum skilningi er samsett af mismunandi þjónustuliðum. Geta þeir síðan verið seldir sem sjálfstæð þjónusta, t.d. talþjónusta eða SMS sending, eða saman í mismunandi samsetningum sem aðgreindar áskriftarleiðir. Innan farsímapjónustunnar er fjöldi mismunandi vara eða áskriftaleiðir, svo sem m.a. áskriftarleiðin Hópáskrift á þeim tíma. Hver og ein áskriftarleið er sjálfstæð gagnvart öðrum áskriftarleiðum og metin sem slík en þær tilheyra sama þjónustumarkaði. Innan hvernar áskriftarleiðar eru mismunandi notkunarmöguleikar og þjónusta þeirra allra opin hverjum notanda hvernar áskriftarleiðar með sama hætti. Þar er ekki samið um hvern þjónustulið fyrir sig, eins og t.d. símtal, gagnasendingar eða sendingu SMS, heldur allan pakkann. Innan færsluhirðingar í þessu máli eru tvær mismunandi vörur eða þjónustupættir, færsluhirðing vegna kreditkorta og færsluhirðing vegna debetkorta. Hvor þjónustupáttur er samsettur úr mismunandi þjónustuliðum. Samið er um hvorn þjónustupátt fyrir sig og er hann aðeins virkur ef svo er gert. Eru þjónustupættirnir að öllu leyti ótengdir innbyrðis og er sinnt í mismunandi kerfum og um þá gilda aðgreindar og mjög ólíkar verðskrár. Í þessu tilfalli er engin pakkalausn. Því má segja að færsluhirðing vegna t.d. debetkorta sé sambærileg við áskriftarleiðina Hópáskrift í farsímapjónustu.

¹⁶¹ Sjá t.d. Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007 bls. 373-374: „*Predatory pricing strategies are normally targeted at actual or potential competitors. Dominant firms usually charge below cost only to the minimum amount of products and customers necessary to achieve the exclusionary aim, thereby reducing the amount of losses incurred and facilitating a recovery strategy.*”

¹⁶² Ekki hefur heldur verið fallist á slíka sæmþættingarvörn (integrated services defence) í EES/ESB-samkeppnisrétti. Sjá t.d. mgr. 219-245 í dómi dómstóls ESB í Deutsche Telekom málinu frá 28. október 2010, mál nr. C-280/08.

¹⁶³ Sjá hér t.d. skýrslu evrópskra fjarskiptayfirvalda: ERG (09) 07, Report on the Discussion on the application of margin squeeze test to bundles, mars 2009. „**Scope of retail offers to be included in the MS analysis** 65. *In light of the above, the first step is to determine the scope of the analysis i.e. to identify how many and which retail offers will be considered in a single test. For example, should one consider all services included in a relevant market or only one/some of those services? ...*

66. *The larger the product set considered in the test, the greater the opportunity for the SMP operator to cross-subsidize some products from other products. If this is the case, this may mean that, in some products or sub-set of products, alternative operators may not be able to enter the market.*”



Úrlausnarefni þessa máls, hvað varðar mögulega undirverðlagningu einstakrar vöru eða þjónustu er því sambærilegt við þau úrlausnarefni sem við var fengist í tilgreindum eldri ákvörðunum samkeppnisráðs. Í fyrrnefndum ákvörðunum var afkoma áskriftarleiðar metin sjálfstætt með sama hætti og í þessu máli þar sem afkoma færsluhirðinar vegna debetkorta er metin sjálfstætt.

Færsluhirðing er falin í því að færsluhirðir, sem starfar á grundvelli starfsleyfa frá tilteknum greiðslukortasamsteypum, semur við söluaðila vöru og þjónustu um móttöku tiltekinn greiðslukorta í viðskiptum, færsluvísun vegna þeirra og síðan uppgjör við söluaðila vegna viðskiptanna. Er þetta einn skilgreindra þjónustumarkaða þessa máls. Er þessi þjónusta til þess fallin að uppfylla þarfir bæði söluaðila og korthafa um viðskipti á markaði. Hins vegar er málum þannig háttað að í grundvallaratriðum er um að ræða færsluhirðingu vegna tveggja tegunda greiðslukorta, debetkorta og kreditkorta. Uppgjörsform tengt þessum tveimur mismunandi kortategundum er ólíkt. Í tilfelli debetkorta er um staðgreiðslu að ræða milli korthafa og söluaðila en í tilfelli kreditkorta er um lánsviðskipti að ræða í hefðbundinni greiðslukortastarfsemi á Íslandi. Í lánsviðskiptum felst víðtækari þjónusta en í staðgreiðslu óháð því hvernig sú viðbót kemur inn í verðmyndunina og uppgjör vegna þessa. Uppgjör við söluaðila vegna kreditkorta getur verið frá því að vera daglegt og að vera mánaðarlegt en korthafinn greiðir mánaðarlega. Í þeim skilningi er um tvær aðgreindar afurðir að ræða innan þjónustumarkaðarins. Ferli heimildarbeiðna, fjárhagsfærslna og uppgjörs eru mismunandi en eigi að síður heldur færsluhirðingarþjónustan utan um allt ferlið gagnvart söluaðila. Skýr greinarmunur er hjá Valitor á þóknun söluaðila fyrir færsluhirðingu vegna kreditkorta annars vegar og debetkorta hins vegar.

Verðmyndun fyrir færsluhirðingu endurspeglar þennan mun og er með mismunandi hætti eins og hún birtist í verðskrá Valitors gagnvart söluaðilum. Á tímabili þessa máls er ekki vitað til þess að Valitor hafi boðið „eitt“ verð (pakka eða áskriftarleið) fyrir færsluhirðingu greiðslukorta svo dæmi sé tekið.

Í annan stað, eins og rakið hefur verið hér að framan, gat verið margfaldur munur á veltutengdri þóknun kortategundanna auk þess sem þóknun fyrir debetkort var með lág- og hámarks upphæð. Á það ekki við um þóknun fyrir færsluhirðingu vegna kreditkorta. Í starfseminni er um að ræða undirliggjandi rekstrarkostnað, eftir atvikum sameiginlegan með annarri vöru eða þjónustu og eftir atvikum sérgreindan eins og t.d. greitt milligjald til útgefenda kortanna. Síðast en ekki síst þá er rétt að geta þess að tveir af viðamestu þáttum í færsluhirðingu, sem er heimildaröflun og fjárhagsfærslur, fara um mismunandi kerfi í tilviki Valitors. Hvað varðar VISA kreditkort fer þetta að mestu um eigið kortakerfi Valitors en aðallega um kerfi Reiknistofu bankanna í tilfelli Electron debetkorta og einnig í tilviki Maestro debetkorta eftir að Valitor hóf að færsluhirða fyrir það vörumerki. Meðal annars af þessari ástæðu er undirliggjandi kostnaður mjög mismunandi. Með sama hætti og hvað varðar skilgreinda Hópáskrift er eðlilegt að sú krafa sé gerð til markaðsráðandi fyrirtækis að báðir þessir skilgreindu þjónustubættir í færsluhirðingu séu hvor fyrir sig ekki niðurgreiddir heldur skili hvor fyrir sig ásættanlegri framlegð. Ástæða þessa er ekki síst hin augljósu áhrif sem verðlagning hvors þáttar fyrir sig getur haft á samkeppnistöðu



aðila á markaði fyrir færsluhirðingu í heild og mögulega einnig á markaði fyrir útgáfu greiðslukorta.

Framangreind sjónarmið Valitors eru ekki í samræmi við þau sjónarmið sem fyrirtækið setti fram í tengslum við erindi þess til Samkeppniseftirlitsins í september 2007 um undanþágu til setningar samræmds milligjalds vegna notkunar kreditkorta hjá íslenskum söluaðilum. Var undanþágubeiðni hafnað í ákvörðun í lok árs 2008.¹⁶⁴ Í máflutningi sínum í því máli hélt Valitor því eindregið fram að ekki ætti að blanda saman umfjöllun um milligjald vegna kreditkorta og milligjald vegna debetkorta. Í rökstuðningi sínum fyrir þörf á samræmdu milligjaldi vegna kreditkorta tók félagið ekki tillit til afkomu félagsins í færsluhirðingu vegna debetkorta. Þá taldi Valitor ekki rétt að tvinnna þessa tvo þjónustupætti í einn við mat á afkomu. Eins og viðurkennt er m.a. af Valitor, þá er milligjald stærsti einstaki kostnaðarliðurinn hjá félaginu vegna færsluhirðingar beggja kortategunda. Þar sem þóknun Valitors er mismunandi eftir kortategundum stenst ekki að færsluhirðing hvorrar tegundar fyrir sig eigi ekki að koma til skoðunar við mat á mögulegri undirverðlagningu. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 62/2008 var afstaða eftirlitsins til færsluhirðingar mismunandi kortategunda skýr, en þar segir m.a.:

„Einnig vill Samkeppniseftirlitið áréttta það, sem komið hefur fram hér að framan, um afstöðu eftirlitsins til þess að skoða verði saman milligjald vegna kreditkorta annars vegar og debetkorta hins vegar. Samkeppniseftirlitið telur það mögulegt að núverandi fyrirkomulag varðandi milligjald hjá Valitor vegna debetkorta geti valdið verulegri samkeppnislegri röskun í færsluhirðingu vegna kreditkorta.“

Þessari ákvörðun Samkeppniseftirlitsins áfrýjaði Valitor til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Beitti Valitor sambærilegum máflutningi fyrir nefndinni og fyrir eftirlitinu. Í kærðu Valitors í því máli til áfrýjunarnefndar samkeppnismála segir m.a.:

„Algjör eðlismunur er á milligjaldi vegna kreditkorta annars vegar og debetkorta hins vegar. [...]. Allt önnur sjónarmið búa því að baki bæði ákvörðun og eðlis þess gjalds, jafnt varðandi vinnslu og áhættustýringu, og eðli málsins samkvæmt fjármögnunarkostnað. Verður því ekki séð hvaða rök hníga að því að fjalla verði um bæði gjöldin saman.“

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að öllu leyti í úrskurði máli nr. 1/2009 með vísan í forsendur hennar.

Af þessum máflutningi Valitors verður ekki betur séð en að félagið sé sammála Samkeppniseftirlitinu um að mismunur milligjaldanna og hlutverk þeirra séu þess eðlis og það miklir að um er að ræða tvo mismunandi þjónustupætti, þ.e. færsluhirðingu vegna kreditkorta og færsluhirðingu debetkorta sem leiði til þess að meta verði afkomu hvors fyrir sig hjá markaðsráðandi fyrirtæki í færsluhirðingu. Með sama hætti er eðlilegt, eins og fram kemur í umræddri ákvörðun, að komi til skoðunar tilgangur, eðli og réttmæti

¹⁶⁴ Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 62/2008, Ósk Valitors hf. um undanþágu fyrir samræmt milligjald í kortaviðskiptum.



milligjalda við notkun greiðslukorta að meta málið heildstætt en þó út frá hvorri kortategund fyrir sig.

Einnig er rétt að vísa til þess, sem áður hefur verið gert, að á stjórnarfundum Valitors í tengslum við áætlanagerð fyrir árið 2008 upplýsti forstjóri félagsins að færsluhirðing vegna debetkorta væri rekin með tapi.¹⁶⁵ Sýnir þetta glögglega að starfsmenn Valitors og stjórnendur voru sér meðvitaðir um afkomu þessa þjónustubáttar. Gefur þetta eindregið til kynna að unnið var mat á afkomu af hvorum þjónustubættinum fyrir sig.

Af öllu framansögðu virtu er það óbreytt mat Samkeppniseftirlitsins að á markaði fyrir færsluhirðingu er um að ræða tvær mismunandi vörur eða þjónustubætti sem áhrif geta haft á ákvörðun söluaðila um val á færsluhirði og því eðlilegt að gera kröfu um eðlilega og ásættanlega afkomu hvors fyrir sig.

3.6.3 Um kostnaðar- og tekjugreiningu og undirverðlagningu 2007 og 2008

Valitor staðhæfir að færsluhirðing vegna kreditkorta og debetkorta af sömu tegund (sama vörumerki) sé án undantekninga „seld“ saman þegar samið sé um færsluhirðinguna. Bendi þetta ótvírætt til þess að umræddar kortategundir verði ekki aðskildar sem sitt hvor varan í skilningi samkeppnisréttar heldur sé um að ræða eina vöru á færsluhirðingarmarkaði. Ástæðan fyrir því að í tilboðum og samningum við söluaðila sé greint á milli debet- og kreditkorta sé aðallega sú að söluaðilar kjósi að fá sundurgreiningu á þeim þjónustubáttum sem greitt sé fyrir.

Það hafi verið frjálst val PBS/Kortapjónustunnar, þrátt fyrir hærra milligjald (EUR 0,27), að senda heimildarbeiðnir og færslur vegna Electron debetkorta um kerfi VISA EU og hafi höfnun Valitors ekkert gildi í þessu máli. Vandséð sé hvaða þýðingu meint neitun á því að gera samning við Kortapjónustuna fyrir 10 árum síðan um Electron debetkort hafi í þessu máli. Þessi ætlaða höfnun geti ekki verið rök fyrir því að PBS/Kortapjónustan hafi um árábil þurft að senda debetkortafærslur félagsins erlendis í gegnum kerfi VISA EU.

PBS/Kortapjónustunni hafi staðið til boða að tengjast hinu íslenska debetkortakerfi í gegnum Fjölgreiðslumiðlun (nú Greiðsluveitan) og Reiknistofu bankanna árum saman. Félagið hafi hins vegar kosið að gera ekki samning við nefnda aðila og hafi sent debetkortafærslur sínar úr landi þrátt fyrir að það séu dýrara en hið innlenda debetkortakerfi. Af þessu leiði augljóslega að það hafi verið val PBS/Kortapjónustunnar að haga viðskiptum sínum með þeim hætti að senda Electron debetkortafærslurnar úr landi í gegnum kerfi VISA EU þrátt fyrir að það hafi verið óhagstæðara en hið innlenda debetkortakerfi. Hérna megi og benda á að PBS/Kortapjónustan muni hafa byrjað að senda debetkortafærslur sínar um innanlandskerfi Reiknistofu bankanna og Greiðsluveitunnar í júnímánuði 2012 og það án nokkurrar aðkomu Valitors. Sýni þetta án vafa að félaginu hafi verið mögulegt að nýta sér innanlandskerfið um árábil en kosið aðrar leiðir.

¹⁶⁵ Fundargerð stjórnar Valitors nr. 469, dags. 20. desember 2007, sbr. einnig eigin yfirlit Valitors um afkomu af færsluhirðingu hvorrar kortategundarinnar fyrir sig á árunum 2007 og 2008.



Þá sé það nýmæli í samkeppnisrétti ef fyrirtæki þurfi að haga verðlagningu sinni eftir kostnaði keppinauta en ekki sínum eigin kostnaði. Augljóslega verði fyrirtæki að haga sinni verðlagningu á eigin forsendum og í samræmi við eigin kostnað. Þess utan hafni Valitor því að hafa einhliða ákveðið að greiða útgefendum Electron debetkorta [...]% milligjald af hverri færslu á árinu 2007.

Hvað varði mat Samkeppniseftirlitsins um undirverðlagningu Valitors á árunum 2007 og 2008 þá hefur félagið lýst sig ósammála þeirri aðferð sem Samkeppniseftirlitið notar við útreikninga á meintri undirverðlagningu debetkorta. Vísar Valitor í fyrsta lagi til þess að félagið sé ekki sammála þeirri nálgun eftirlitsins að reikna út fyrir hvern og einn söluaðila hvað Valitor hafi fengið í þóknun og hvað Valitor hafi greitt til útgefenda. Það felist einfaldlega í hugtakinu meðaltalsbreytilegur kostnaður að líta beri til meðaltals breytilegs kostnaðar Valitors, en ekki breytilegs kostnaðar að baki hverjum og einum einstökum söluaðila.

Ef notast sé við aðferðarfræði eftirlitsins (og horft á hvern og einn söluaðila fyrir sig) og skoðaður er listi yfir söluaðila þar sem innheimtar þóknunir í færsluhirðingu greiðslukorta (hvorutveggja debet- og kreditkorta) séu lagðar saman og bornar saman við greidd milligjöld til útgáfubanka á árinu 2007 þá komi í ljós að um sé að ræða [...] aðila þar sem útgáfubankar hafi fengið greidda hærri þóknun en sem nemi þóknun þeirri sem Valitor hafi fengið fyrir færsluhirðingu. Á árinu 2008 hafi verið um að ræða [...] aðila sem eins hafi verið ástatt um. Á þessum mismuni séu hins vegar eðlilegar skýringar.

Eins og áður hafi verið gerð grein fyrir þá hafi verið viss skekkja í uppgjöri við banka hvað varði debetkort sem ekki hafi verið leiðrétt fyrr en í byrjun árs 2009. Skekkjan hafi verið á þá leið að hámark og lágmark á færslum sem samið hafði verið um við söluaðila á færsluhirðingu debetkorta hafi ekki verið fyrir hendi þegar milligjöld hafi verið reiknuð til útgáfubanka. Hafi þetta leitt til þess að bankar hafi fengið óeðlilega há milligjöld vegna vissra aðila sem hafi verið með háar debetkortafærslur s.s. sýslumenn, bifreiðumboð og fasteignasölur. Sem dæmi megi nefna, ef bifreið hafi verið greidd með debetkorti þá fékk Valitor hámarksgjald samkvæmt gjaldskrá eða [...] krónur eftir því hvenær á rannsóknartímabili kaupin hafi átt sér stað en hins vegar hafi útgáfubankinn fengið prósentu af kaupfjárhæðinni [... eða ...]% eftir því hvenær á rannsóknartímabilinu færslan hafi átti sér stað.

Af þessu megi ráða að hin ætlaða undirverðlagning hafi alls ekki verið með þeim hætti að söluaðilar hafi fengið færsluhirðingu greiðslukorta á sérstökum vildarkjörum vegna lágra debetkortapóknana (sem hafi hugsanlega komið öðrum aðilum á markaði illa) heldur hafi eingöngu verið um það að ræða að Valitor greiddi útgáfubönkum óeðlilega hátt milligjald vegna nokkurra aðila sökum skekkju. M.ö.o. hafi færsluhirðing debetkorta hjá áðurnefndum aðilum verið á svipuðu verði og hjá öðrum söluaðilum en ekki hafi verið um að ræða sértæka verðlækkun sem hugsuð hafi verið í samkeppnishamlandi tilgangi. Þá séu nefndir aðilar ekki mikilvægir út frá samkeppnislegum tilliti (sýslumenn, fasteigna- og bílasalar) heldur sé það eingöngu vegna sérstakrar samsetningar færslna þeirra (háar debetkortafærslur) að milligjald það sem greitt var bönkum hafi í vissum tilvikum verið hærra en innheimt þóknun. Eigi þessi sjónarmið við um stærsta hlutann af tilvitnuðum



lista. Bendir Valitor á að þessi skekkja hafi bersýnilega ekki haft þann tilgang að skaða samkeppni né hafi hún falið í sér skaðlega undirverðlagningu, enda um almenna verðlagningu að ræða sem hafi staðið um langan tíma. Séu löglíkur til þess að slík verðlagning geti ekki falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Að mati Valitors verði einnig að athuga að í mörgum tilvikum, t.d. varðandi sýslumenn, þá hafi þeir ekki tekið við kreditkortum sökum þess að þeir stundi ekki lánaviðskipti sem skekki myndina enn frekar varðandi nefnda aðila.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Eftirlitið áréttar að eðlilegt sé að líta á færsluhirðingu debetkorta og kreditkorta sem aðskilda þjónustupætti á markaði fyrir færsluhirðingu. Rétt er að gera athugasemdir við þessa afstöðu Valitors um aðgreiningu á grundvelli kortategunda.

Ekki er unnt að fallast á að undantekningalaust sé samið um færsluhirðingu vegna beggja tegundanna einu lagi. Í því sambandi má benda á umfjöllun Valitors í athugasemdunum um að í mögum tilvikum sé svo ekki, t.d. varðandi sýslumenn þá taki þeir ekki við kreditkortum. Þetta er ekki hægt að skilja með öðrum hætti en að eingöngum sé samið við þau embætti um færsluhirðingu vegna debetkorta. Hér á greinilega ekki við að samið sé um færsluhirðingu beggja kortategunda án undantekninga. Með öðrum orðum þá er það alfarið ákvörðun söluaðila hvort hann tekur við báðum tegundum kortanna í viðskiptum og eins er það hans ákvörðun, taki hann við báðum tegundunum, hvort hann semur við einn eða tvo færsluhirða. Er það t.d. raunin hjá þeim söluaðilum sem hafa samið við PBS/Kortapjónustuna um færsluhirðingu vegna VISA greiðslukorta og Mastercard kreditkorta, þeir semja við Borgun um færsluhirðingu vegna Maestro debetkorta.

Þessar tvær skýringar Valitors fara ekki saman enda andstæðar. Hins vegar er sú skýring Valitors trúverðug að aðgreining milli kortategundanna stafi m.a. af kröfu söluaðila sem staðfestir mat Samkeppniseftirlitsins. Ástæðan er sú að um tvo aðskilda þjónustupætti er að ræða. Til enn frekari staðfestingar á því er að verðmyndun Valitors vegna þeirra er verulega mismunandi eins og rakið hefur verið hér að framan.

Þessu til enn frekari staðfestingar má benda á að í verðskrá Valitors fyrir færsluhirðingu til 18. nóvember 2007 var sérstaklega gert ráð fyrir samningum við söluaðila sem aðeins tóku við debetkortum. Voru þeir aðilar með önnur kjör vegna færsluhirðingar debetkorta en söluaðilar sem tóku við báðum tegundum VISA greiðslukorta.¹⁶⁶ Staðhæfing Valitors um að undantekningalaust sé samið um færsluhirðingu beggja kortategundanna stenst ekki.

Ekki er heldur unnt að fallast á gagnrýni Valitors á umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um aðstæður á markaði fyrir færsluhirðingu á Íslandi. Sú umfjöllun varðar háttsemi Valitors og aðkomu félagsins að ákvörðun um milligjöld vegna færsluhirðingar þar sem VISA greiðslukort eru notuð hjá íslenskum söluaðilum. Eins og rakið er í þeirri umfjöllun hefur

¹⁶⁶ Verðskrár Valitors sem tóku gildi 1. september 2006 og 1. maí 2007, sjá á www.vefsafn.is/visa.is.



Valitor verið í þeirri stöðu að geta ákveðið einhliða stærsta einstaka gjaldaliðinn sem tengist færsluhirðingu félagsins og jafnvel aðlagað hann að tekjum frá söluaðilum. Það eru aðstæður sem t.d. PBS/Kortabjónustan nýtur ekki. Er að öðru leyti vísað í umfjöllun hér að framan um þetta atriði.

Á tímabili þessa máls hafði PBS/Kortabjónustan ekki möguleika á að senda færslur vegna debetkorta um innanlandskerfi Reiknistofu bankanna eins og Valitor gat gert. Valitor reynir hér að gera lítið úr forsögu félagsins hvað varðar tilraunir þess til að koma í veg fyrir innkomu PBS/Kortabjónustunnar frá árinu 2002. Forsaga félagsins er ljós og er henni lýst í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Er Valitor vel ljóst að á tímabilinu 2002 til ársloka 2007 báru tilraunir PBS/Kortabjónustunnar um tengingu við innlenda debetkortakerfið (DK-kerfið) engan árangur. Meðal annars vegna afstöðu Valitors eða forvera þess. Eftir að fyrrnefnd ákvörðun var birt í janúar 2008 hefur PBS/Kortabjónustan gert ítrekaðar tilraunir með óskum um hvaða skilyrði fylgdu mögulegum tengingum og kjör og aðra skilmála. Eru þessi samskipti staðfest í tölvupóstum og öðrum gögnum eins og fram hefur komið. Í febrúar 2008 sótti félagið formlega um tengingu við debetkortakerfið til Reiknistofu bankanna. Um þessar aðstæður á íslenskum greiðslumiðlunarmarkaði hefur verið fjallað af hálfu Samkeppniseftirlitsins í tveimur öðrum ákvörðunum og þar er undirstrikað að mikilvægt sé að nýir aðilar á þessum markaði hafi greiðan og gagnsæjan aðgang að öllum nauðsynlegum kerfum Reiknistofu bankanna og Greiðsluveitunnar.¹⁶⁷ Í framhaldi af þessari umfjöllun var það fyrst í apríl 2012 að Reiknistofa bankanna gerir samning við PBS/Kortabjónustuna um tengingu við innlenda debetkortakerfið. Staðhæfing Valitors um að aðgangur að innlenda debetkortakerfinu hafi verið auðveldur, og að um hafi verið að ræða alfarið eigið val PBS/Kortabjónustunnar, er því ekki á rökum reist.

Hvað varðar einhliða ákvörðun Valitors um [...]% milligjald sem var í gildi á árinu 2007 og fram á árið 2008, þá stendur Samkeppniseftirlitið við þá umfjöllun. Því til staðfestingar er vísað í bréf frá forstjóra Valitors til útgefenda, dags. 14. mars 2006, sem áður hefur verið vísað til og eins síðar í þessu skjali. Er í bréfinu vísað til gildandi samstarfssamnings milli félagsins og kortaútgefenda um útgáfu VISA greiðslukorta frá febrúar 2005. Þar er augljóslega um einhliða tilkynningu um hækkað milligjald vegna debetkorta frá 1. janúar 2006 að ræða og eru stjórnendur hvattir til þessa að kynna sér þetta vel og bera saman við aðra valkosti. Augljóst er að þar er forstjórinn að vísa til keppinautarins í útgáfu debetkorta, þ.e. Borgunar vegna Maestro debetkorta. Er þessi tilkynning forstjórans mjög skýrt dæmi um að Valitor beitir stöðu sinni og ábyrgist gagnvart útgefendum að færsluhirðingarstarfsemi Valitors muni greiða tiltekið milligjald vegna færsluhirðingar kortanna. Um leið er þetta greinilega hvatning til stjórnenda að einbeita sér að útgáfu VISA greiðslukorta fremur en útgáfu korta frá keppnautnum. Það sem sérstaklega vekur athygli er að bréfið er sent öllum útgefendum Electron debetkorta og tilkynnt um sömu milligjöld til allra aðila. Valitor getur ekki haldið því fram að um samninga við útgefendur, og alls ekki við hvern og einn, hafi verið að ræða heldur einhliða tilkynningu um sama

¹⁶⁷ Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2011, *Yfirtaka Seðlabanka Íslands á Fjölgreiðslumiðlun hf. (nú greiðsluveitunni hf.)* og nr. 14/2012, *Undanþágubeiðni vegna starfsemi Reiknistofu bankanna hf. og samruni við Teris.*



milligjald til allra útgefenda. Í sama bréfi er tilkynnt um óbreytt milligjald vegna VISA kreditkorta.

Þá er Samkeppniseftirlitið ekki sammála því sjónarmiði Valitors að ekki sé eðlilegt að fjalla um og meta verðstefnu Valitors gagnvart einstökum söluaðilum. Hugtakið „meðaltals breytilegur kostnaður“ í færsluhirðingu vegna debetkorta getur jafnt átt við um einstaka söluaðila sem þjónustuna í heild og var hlutfall (%) meðaltals breytilegs kostnaðar í raun óbreyttur og samur fyrir hvora kortategund um sig (debetkort annars vegar og kreditkort hins vegar) á árunum 2007 og 2008 eins og ákvörðun um milligjöld var tekin hjá Valitor.

Til 1. febrúar 2009 var milligjaldið vegna debetkorta beinn breytilegur kostnaður, og í framkvæmd hjá Valitor, sá sami gagnvart öllum söluaðilum. Ef Valitor innheimtir lægri þóknun hjá einstaka söluaðilum en sem nemur þessum kostnaði er félagið að undirverðleggja þjónustu sína. Um það þarf ekki að deila. Er þá annar breytilegur kostnaður ótalinn.

Með hliðsjón af fyrirkomulaginu á markaði fyrir færsluhirðingu er nálgun Smkeppniseftirlitsins málefnaleg og eðlileg. Hver söluaðili getur skipt miklu máli um árangur færsluhirða á markaðnum. Það sem styður þetta sjónarmið er jafnframt ekki síst það að Valitor semur sjálfstætt við hvern einstakan söluaðila um þóknun vegna færsluhirðingar en ekki samtímis við hóp eða hópa söluaðila. Einnig semur Valitor við söluaðila með aðgreindum hætti um þóknun fyrir hvora kortategund fyrir sig. Kostnaðargrunnur og verðlagning er í grundvallaratriðum ólík. Eins og rakið er hér að framan og Valitor hefur ekki gert athugasemdir við, þá sýna listarnir yfir þá söluaðila sem greiddu lægri þóknun en nam milligjaldi vegna þeirra, að um er að ræða flesta stærstu söluaðila á smásölumarkaði dagvöru á Íslandi. Að undanskyldum sýslumannsembættum, Tollstjóra, bílasölum og fasteignasölum, þá er um að ræða söluaðila sem velta miklu í viðskiptum þar sem kreditkort eru notuð. Þessir aðilar voru með um 46% af heildarveltu hjá Valitor í færsluhirðingu kreditkorta á árinu 2007 og um 51% á árinu 2008. Því geta það verið miklir hagsmunir fyrir Valitor að semja um lága þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta til þess að ná viðskiptum fyrir færsluhirðingu kreditkorta, sem samkvæmt afkomugreiningu Valitors er mun verðmætari markaður.¹⁶⁸ Í því sambandi er samið við hvern einstakan söluaðila og því er eðlilegt að afkoma færsluhirðingar debetkorta sé metin sérstaklega. Undirverðlagning vegna þess þjónustubáttar hjá Valitor, hvort heldur hún er metin gagnvart einstaka söluaðilum eða í heild, er skaðleg samkeppni á markaði fyrir færsluhirðingu í heild.

Að þessu slepptu er rétt að víkja að umfjöllun Valitors um neikvæða afkomu félagsins af samanlagðri færsluhirðingu hjá tilteknum hópi söluaðila. Hér staðfestir Valitor að félagið niðurgreiddi færsluhirðingu hjá tilteknum fjölda söluaðila svo nam tugum milljóna króna á hvoru ári. Er þetta skýrt dæmi um að verðstefna Valitors á þessum árum var ekki byggð á eðlilegum rekstarlegum forsendum eða rekstrarlegri frammistöðu. Augljóst er að þessi

¹⁶⁸ Afkomugreining 2007 með bréfi frá Valitor, dags. 9. febrúar 2011, „Fylgiskjöl til SE 2007 afkoma færsluhirðingar.xlsx“ og 20. apríl 2011 og afkomugreining 2008 með bréfi frá Valitor til Samkeppniseftirlitsins, dags. 19. nóvember 2010 og 20. apríl 2011.



háttsemi Valitors, sem markaðsráðandi fyrirtæki, var til þess fallin að hindra keppinauta félagsins með alvarlegum hætti frá því að eiga viðskipti um færsluhirðingu við þessa söluaðila.

Valitor heldur því hér endurtekið fram að ástæðan fyrir því að færsluhirðing vegna debetkorta á árunum 2007 og 2008 stafi af skekkju sem tengist uppgjöri á milligjaldi til íslenskra útgefenda debetkorta. Eins og áður hefur verið rakið stenst þetta ekki. Verður að telja þessa eftirá skýringu Valitors villandi og ámælisverða. Hér verður að hafa í huga að Valitor hefur unnið um árabíl á grundvelli heilðsöluverðskrár gagnvart útgefendum. Hluti af þeirri verðskrá er milligjöld vegna debetkorta annars vegar og kreditkorta hins vegar. Þar er hvergi getið um lágmarks- eða hámarksupphæð vegna hversrar færslu. Það er ekki gert í verðskrá sem tók gildi í apríl 2007, ekki í verðskrá í apríl 2008 og heldur ekki í verðskrá sem tók gildi í febrúar 2009. Í framangreindu bréfi forstjóra Valitors til útgefenda, dags. 14. mars 2006, er ekki minnst á lágmarks- og/eða hámarksupphæð varðandi greitt milligjald. Miklu fremur er undirstrikað mikilvægi þeirrar hækkunar á milligjaldi vegna debetkorta sem boðuð er í bréfinu og stjórnendur hvattir til að kynna sér vel það sem væri í boði hjá öðrum. Enginn fyrirvari var um takmarkanir á upphæð greiðslu. Valitor viðurkennir að þetta fyrirkomulag hafi staðið í langan tíma.

Staðhæfing Valitors nú um að skekkja hafi verið í uppgjörinu stenst ekki. Gögn málsins sýna að stjórnendur Valitors voru upplýstir um að færsluhirðing vegna debetkorta væri rekin með tapi og svo hafði ljóslega verið um árabíl. Í málflutningi Valitors hér er enn og aftur staðfest að félagið aðlagaði gjaldahlið sína einhliða að tekjuhlið félagsins. Hér er það ekki krafa útgefenda um milligjald vegna kostnaðar þeirra tengdan notkun debetkorta hjá söluaðilum sem ræður heldur aðgerðir Valitors til að viðhalda og/eða bæta samkeppnisstöðu félagsins í færsluhirðingu. Keppinautur Valitors í færsluhirðingu á árunum 2007 og 2008, PBS/Kortapjónustan, naut ekki sömu aðstöðu.

Réttlæting Valitors þess eðlis að um hafi verið að ræða almenna verðlagningu gagnvart söluaðilum og að hún hafi staðið í langan tíma getur ekki átt við um þessa sönnuðu undirverðlagningu. Ekki er heldur unnt að fallast á að þeir hópar aðilar sem Valitor nefnir séu ekki mikilvægir í samkeppnislegum skilningi. Ljóst er að þessir aðilar velta miklu í þeim viðskiptum sem þeir stunda. Ef verðmyndun á þessum hluta markaðarins er eðlileg getur verið um að ræða verðmæt viðskipti fyrir færsluhirða. Í öllu falli er það ekki á valdi Valitors að ákvarða að svo sé ekki fyrir hönd annarra færsluhirða. Háttsemi Valitors með undirverðlagningu á þessari þjónustu var skaðleg samkeppni.

3.6.4 Um verðstefnu Valitors

Valitor hefur bent á, hvað varðar opinbera verðskrá félagsins, að sökum þess hversu misjafnt verð til viðskiptavina geti verið, byggt einkum á veltu en einnig öðrum þáttum, gefi Valitor út svokallaða „viðmiðunarverðskrá“. Sé þar gefið upp það verðbil sem söluaðilar geti almennt vænst að tilboð til þeirra falli innan. Hvar aðilar falli innan þess bils fari svo eftir því hvers konar verð Valitor geti boðið til að tryggja eðlilega framlegð. Stórir viðskiptavinir geti jafnvel fengið lægra verð en kveðið sé á um í viðmiðunarverðskránni, sökum þess hagræðis sem Valitor hafi af viðskiptum við þá. Það sé ekkert í 11. gr. samkeppnislaga sem banni markaðsráðandi fyrirtækjum að víkja frá



verðskrá. Rétt sé að árétta að verðlagning fari eftir einstökum samningum en verðskráin sé aðeins til viðmiðunar eins og heiti hennar gefi skýrlega til kynna.

Valitor segir það alþekkta staðreynd að milligjaldi sé ætlað að standa undir svikaáhættu í greiðslukortaviðskiptum. Hámark það sem sett hafi verið á í upphafi árs 2009 hafi eingöngu verið sett til þess að leiðrétta skekkju í uppgjöri milli Valitors og banka. Skekkjan hafi haft það í för með sér að útgáfubankar fengu greidd milligjöld af hverri færslu án hámarks eða lágmarks sem hafi getað leitt til þess að bankarnir fengju hærri þóknun en Valitor sem færsluhirðir ef um háar færslur hafi verið að ræða. Verði nánar fjallað um þennan þátt síðar.

Þegar Valitor hafi byrjað færsluhirðingu fyrir MasterCard greiðslukort á Íslandi, það er hvoru tveggja kredit- og debetkort, hafi verið ákveðið að nota sömu leiðir varðandi færslumiðlun og áður höfðu verið notaðar. Færslur vegna MasterCard kreditkorta hafi verið sendar í gegnum alþjóðlega kerfi MasterCard og vegna Maestro debetkortin hafi færslurnar farið í gegnum innanlandskerfi Reiknistofu bankanna eins og VISA Electron debetkort. Milligjöld fyrir kreditkortafærslur hafi verið greidd samkvæmt milligjaldatöflu MasterCard fyrir Ísland en hins vegar hafi verið greitt fyrir debetkortafærslurnar sama milligjald og fyrir Electron færslur Valitors. Valitor fái ekki séð að þessi framkvæmd veiti nokkra samkeppnislega yfirburði gagnvart PBS. Staðreyndin sé sú að milligjöld taki sífellt breytingum. Til dæmis hafi heimskerfi VISA verið hagkvæmara en innanlandskerfi þegar debetkort séu annars vegar eftir að VISA EU lækkaði milligjöld debetkorta niður í 0.2% af hverri færslu. Valitor líti ekki á slíka lækkun sem samkeppnislegt forskort PBS eða annarra aðila heldur sýni þetta eingöngu hve síbreytilegt umhverfi greiðslukorta sé.

Ástæðan fyrir því að ekki sé greitt milligjald til útgáfubanka af færslum sem PBS færsluhirði sé sú að vegna mikils fjármagnskostnaðar sem hafi hlotist af því að fjármagna daglegar greiðslur til PBS þá hafi milligjald sem Valitor hafi fengið greitt ekki staðið undir fjármagnskostnaði. M.ö.o. þá hafi allt milligjaldið farið í fjármagnskostnað sem Valitor hafi borið og ekkert verið til skiptanna. Verði því að teljast eðlilegt að Valitor hafi ekki greitt milligjald vegna þessara færslna.

Valitor fái ekki séð hvernig staða félagsins sem hópaðila að VISA EU og leyfisveitandi til útgefenda debetkorta komi þessari umfjöllun við. Þá fái Valitor ekki séð hvernig háttsemi Valitors hafi skekkt samkeppni á markaði með afgerandi og alvarlegum hætti eins og fram komi í andmælaskjali.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið er sammála Valitor um að markaðsráðandi fyrirtæki á samkeppnismarkaði geti vikið frá verðskrá ef til þess liggja málefnalegar ástæður. Samkeppnislög gera hins vegar þá kröfu til markaðsráðandi fyrirtækja að verðlagning vöru og þjónustu taki mið af rekstrarlegri frammistöðu fyrirtækisins. Ekki fæst séð að í tilfelli færsluhirðingar vegna notkunar debetkorta sé málefnalegt og eðlilegt að réttlæta lægri þóknun söluaðila (%) með mikilli veltu þeirra þegar færsluhirðirinn greiðir til útgefenda hærra milligjald (%) af sömu veltu vegna notkunar kortanna en sem nemur þóknuninni.



Á árunum 2007 og 2008 greiddi Valitor útgefendum um [...] % af veltu sem er vissulega hærra en lægra viðmið í þóknunarbili til söluaðila sem var 0,35%. Hins vegar samdi Valitor um þóknun við tiltekna söluaðila sem var allt að [...] % af veltu. Auk þess er upphæð þóknunar bundin ákveðnu hámarki en upphæð milligjaldsins ekki. Var svo til febrúar 2009 eins og fram hefur komið. Ef samið er um þóknun undir [...] % kallast það í öllum venjulegum skilningi að tapa á veltunni í þessu samhengi. Er þá annar kostnaður, breytilegur og fastur, ótalinn. Samkeppniseftirlitið telur að þessi háttsemi hjá markaðsráðandi fyrirtæki tryggi ekki eðlilega framlegð af þjónustunni og grundvallist ekki á rekstrarlegri frammistöðu.

Verðskrár Valitors, annars vegar vegna færsluhirðingar debetkorta og hins vegar greitt milligjald vegna hennar, gefa til kynna að milligjaldi er ekki hugsað sem ábyrgðargjald nema þá að litlu leyti. Söluaðilar greiða Valitor þóknun vegna færsluhirðingar debetkorta með ákveðnu hámarki. Gefur þetta fyrir það fyrsta til kynna að Valitor meti áhættuna í viðskiptunum og kostnað sinn af færsluhirðingunni af henni ekki vera nema að hluta til veltutengda. Í öllu falli endurspeglast áhættan ekki í umsáminni þóknun. Valitor breytir fyrirkomulaginu í greiðslu milligjalds vegna debetkorta með þeim hætti í febrúar 2009 að setja hámark á greiðslu til útgefenda kortanna. Með því að rjúfa veltutenginguna vegna áhættu með þeim hætti gefur það til kynna að milligjaldinu sé ekki ætlað, nema þá að mjög takmörkuðu leyti, að virka sem ábyrgðargjald, t.d. vegna svika í viðskiptunum. Ætla verður að áhættan sé meiri eftir því sem upphæð hverra viðskipta er hærra, en svo virðist ekki vera samkvæmt þessari framkvæmd Valitors. Skýring Valitors um að áralöng framkvæmd varðandi greiðslu milligjalds hafi verið skekkja, sem skyndilega hafi verið leiðrétt í upphafi árs 2009 breytir hér engu um. Hefur þeirri skýringu Valitors áður verið svarað og er vísað til þess.

Umfjöllun Valitors um ákvörðun sína um ferli heimildaröflunar og færslna sem tengjast færsluhirðingu félagsins vegna Maestro debetkorta og upphæð milligjalds henni tengdri til útgefenda er lýsandi fyrir háttsemi félagsins. Valitor kemur sannanlega með engum hætti að leyfisveitingu eða útgáfu Maestro debetkorta en tekur eigi að síður þá einhliða ákvörðun að afla heimildar og senda færslur um innanlandskerfið beint til Reiknistofu bankanna en ekki um alþjóðlega kortakerfi MasterCard. Með sama hætti ákvað Valitor einhliða að greiða íslenskum útgefendum Maestro debetkorta sama milligjald og félagið greiddi vegna Electron debetkorta. Valitor viðurkennir að svona hafi verið staðið að verki. Engir samningar voru gerðir við útgefendur um þetta fyrirkomulag. Með þessari háttsemi var Valitor sem færsluhirðir að ákveða einhliða hver væri stærsti útgjaldaliður félagsins af starfseminni. Með þessum hætti gat PBS/Kortapjónustan ekki unnið. Enda var það svo að PBS/Kortapjónustan treystu sér ekki til þess að annast færsluhirðingu vegna Maestro debetkorta hér á landi vegna þess hve há milligjöldin voru í alþjóðlega uppgjörskerfi MasterCard. Var samið við Borgun um að annast þessa færsluhirðingu hjá söluaðilum sem að öðru leyti voru í viðskiptum við PBS/Kortapjónustuna um færsluhirðingu annarra greiðslukorta. Að vísa til lækkunar milligjalda í heimskerfi VISA hefur ekkert gildi í þessu samhengi. Umræðan hér snýst um milligjöld vegna Maestro debetkorta. Augljóst er að þessi háttsemi Valitors var til þess fallin að bæta samkeppnisstöðu félagsins enn frekar gagnvart PBS/Kortapjónustunni. Að mati Samkeppniseftirlitsins undirstrikar þessi háttsemi Valitors að félagið telji sig ekki þurfa að semja á nokkurn hátt við útgefendur



Maestro debetkorta um milligjald heldur ákvað félagið það einhliða. Þessi staðreynd gerir fullyrðingar Valitors um að félagið hafi staðið í umfangsmiklum samningum við útgefendur VISA greiðslukorta um milligjöld vægast sagt ótrúverðugar enda hefur Valitor ekki lagt fram nein gögn sem styðja þær fullyrðingar. Vísun Valitors í tíðar breytingar á milligjaldi vegna debetkorta stenst ekki. Eins og rækilega hefur verið lýst, og er óumdeilt, var milligjald vegna íslenskra Electron debetkorta í færsluhirðingu Valitors því sem næst óbreytt [...] á árunum 2006, 2007, 2008 og til 1. febrúar 2009. Þetta geta ekki kallast tíðar breytingar.

Skýring Valitors á því af hverju félagið greiddi útgefendum ekki milligjald vegna færsluhirðingar PBS vegna Electron debetkorta stenst ekki skoðun. Mögulegur fjármagnskostnaður Valitors í þessu samhengi varðar ekki milligjald vegna notkunar debetkorta. Notkun debetkorta í viðskiptum er ekki lánsviðskipti heldur skilgreinist hún sem staðgreiðsla og án fjármagnskostnaðar hvað varðar færsluhirðingu. Skýring Valitors á því ekki við.

Stöðu Valitors sem hópaðila að VISA EU og leyfisveitanda til útgefenda debetkorta hefur verið lýst hér að framan. Augljóst er, með vísan í samstarfssamninga sem Valitor gerir við banka og sparisjóði um heimild til útgáfu VISA greiðslukorta og síðan stöðu Valitors í færsluhirðingu vegna þessara sömu korta, að forræði og ákvörðun um milligjald liggur hjá Valitor. Þessi staða er til þess fallin að raska samkeppni á markaði fyrir færsluhirðingu með alvarlegum hætti eins og lýst var í umfjöllun Samkeppniseftirlitsins í andmælaskjalinu.

Samkeppniseftirlitið telur engu við að bæta hvað varðar umfjöllun Valitors um möguleika Valitors, vilja og getu, til að ákveða einhliða breytingu á milligjaldi. Vísar Samkeppniseftirlitið til umfjöllunar hér að framan um það atriði. Sama á við um að ekki eigi að skipta færsluhirðingu í tvær aðgreindar afurðir og um mikilvægi debetkorta þegar söluaðilar velja sér færsluhirði. Hefur Samkeppniseftirlitið þegar lýst öllum aðstæðum á markaði fyrir færsluhirðingu og mikilvægi debetkorta tengt viðskiptum þar sem greiðslukort eru notuð sem greiðslumiðill hjá íslenskum söluaðilum.

3.6.5 Um áhrif á aðra færsluhirða og aðstæður þeirra

Valitor hefur mótmælt því að háttsemi félagsins hafi haft áhrif á starfsemi Borgunar og PBS/Kortapjónustunnar. Hvað varði áhrif af háttsemi Valitors á starfsemi Borgunar sé í fyrsta lagi bent á að markaðshlutdeild Valitors á færsluhirðingarmarkaði hafi hrunið á undanförunum árum og að mestu færst yfir til Borgunar. Fáist því ekki séð hvernig háttsemi Valitors á markaðnum eftir að „dual“ færsluhirðing hafi hafist á árinu 2009 eigi að hafa haft áhrif á starfsemi Borgunar. Sé hér um samskonar rangfærslu að ræða og komi fram í ákvörðun nr. 3/2009 þar sem kaup Valitor á Tax Free hafi verið ógilt, þ.e. að „dual“ færsluhirðing myndi styrkja stöðu Valitors á færsluhirðingarmarkaði sem hafi alls ekki gengið eftir, sbr. umfjöllun í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-12333/2009.

Í annan stað þá verði að hafa í huga að upphaf þessa máls megi rekja til kvörtunar Borgunar undan háttsemi Valitors á markaði fyrir færsluhirðingu. Veki því nokkra undrun að eftir húsleit og margra ára rannsókn á háttsemi Valitors, að af þeim 15 einstökum



tilvikum, sem Borgun hafi kvartað undan þá standi aðeins tvö eftir og virðist þau aðallega snúa að háttsemi Valitors gagnvart PBS/Kortapjónustunni. Verði því ekki séð hvernig Samkeppniseftirlitið komist að þeirri niðurstöðu að háttsemi Valitor hafi haft skaðleg áhrif á starfsemi Borgunar. Hvað varði meint áhrif á starfsemi PBS/Kortapjónustunnar þá fái Valitor ekki séð að hin meinta háttsemi hafi haft nokkur skaðleg áhrif á starfsemi þeirra og séu ekki færð rök fyrir slíkum áhrifum.

Valitor mótmælir því að PBS/Kortapjónustan hafi ekki getað boðið samkeppnishæft verð í færsluhirðingu debetkorta á þeim forsendum að Valitor hafi ekki sent debetkortafærslur sínar úr landi heldur í gegnum innanlandskerfi Fjölgreiðslumiðlunar og Reiknistofu bankanna.

PBS/Kortapjónustan hafi á rannsóknartíma hugsanlega verið að greiða hærri kostnað tengdan VISA debetkortum vegna þess að félagið hafi kosið að senda debetkortafærslur sem félagið færsluhirti úr landi í gegnum kerfi VISA EU, líkt og kreditkortafærslur félagsins. Kortapjónustunni hafi getað nálgast Fjölgreiðslumiðlun (Greiðsluveitan ehf.) til þess að fá aðgang að XPS-kerfinu og þar með hinu innlenda debetkortakerfi. Blasi í öllu falli við að eftir að afskipti samkeppnisyrivalda hófust af kortamarkaðnum þá hafi ekkert staðið í vegi fyrir PBS/Kortapjónustunni að sækja um aðgang að hinu innlenda debetkortakerfi gegnum Fjölgreiðslumiðlun og Reiknistofu bankanna. PBS/Kortapjónustan hafi einfaldlega kosið að senda allar greiðslukortafærslur úr landi þrátt fyrir að aðrir kostir hafi staðið félaginu til boða. Hins vegar virðist eitthvað hafa breyst hjá PBS/Kortapjónustunni þar sem félagið muni hafa hafið að senda inn debetkortafærslur sínar um hið íslenska kerfi í júní mánuði 2012 án þess að nokkur samskipti hafi verið höfð um það við Valitor.

Valitor byggir á því að gögn málsins séu ekki í andstöðu við athugasemdir fyrirtækisins. PBS/Kortapjónustan virðist hafa átt í einhverjum samskiptum við FGM en ekki verði annað ráðið en að PBS/Kortapjónustan hafi ekki formlega óskað eftir aðgangi að kerfum Greiðsluveitunnar. Komi þetta meðal annars fram í tölvupósti frá 11. mars 2011. Í öðrum tölvupóstum sé óskað eftir ýmsum upplýsingum af hálfu Kortapjónustunnar. Ekkert í þeim samskiptum sem Valitor hafi undir höndum bendi til annars en að unnið hafi verið í samræmi við ákvörðun eftirlitsins nr. 4/2008 og að ekki hafi staðið annað tíl en að veita Kortapjónustunni aðgang þegar eftir því yrði óskað og nauðsynleg skilyrði væru uppfyllt.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Eitt af tilefnum rannsóknar þessa máls var kvörtun Borgunar þar sem því var haldið fram að Valitor hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína á markaði fyrir færsluhirðingu. Rannsókn málsins hefur leitt í ljós að sú kvörtun var ekki tilhæfulaus. Við rannsókn málsins hefur komið í ljós að fullt tilefni var til þess að skoða ýmsa aðra starfshætti Valitors en beinlínis voru tilteknir í kvörtun Borgunar. Meginniðurstaða Samkeppniseftirlitsins er að margvíslegar aðgerðir og athafnir Valitors hafi verið með þeim hætti, á rannsóknartímabili málsins, að hafa raskað samkeppni á markaði fyrir færsluhirðingu með alvarlegum hætti. Er eðlilegt að sú röskun hafi beinst fremur að PBS/Kortapjónustunni en Borgun. Skýrist það einfaldlega af því að Borgun og Valitor voru ekki í beinni samkeppni á markaðnum nema stuttan tíma í lok þess tímabils sem er til



rannsóknar, sbr. umfjöllun hér að framan. Eigi að síður er háttsemi Valitors á tímabilinu fyrir árið 2009 til þess fallin að hafa haft samkeppnislega röskun í för með sér gagnvart Borgun í upphafi árs 2009.

Valitor heldur því ítrekað fram í athugasemdum sínum að PBS/Kortapjónusan hafi nánast haft frjálstan aðgang að innlenda debetkortakerfinu en hafi frekar kosið að senda heimildaröflun og færslur um alþjóðlega uppgjörskerfið. Sé því ekki hægt að halda því fram að aðstæður og staða Valitors hafi verið með þeim hætti að raska mögulega samkeppnisstöðu PBS/Kortapjónustunnar.

Eins og rakið er í umfjöllun Samkeppniseftirlitsins hér að framan gerði PBS/Kortapjónustan ítarlegar tilraunir til þess að tengjast innlenda debetkortakerfinu. Var Valitor upplýst um þær tilraunir. Hófust þessar tilraunir í janúar 2008, í sama mánuði og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 var gerð opinber, og lauk þeim fyrst í apríl 2012 eða rúmlega fjórum árum síðar. Sýnir þessi umfjöllun einnig hverjar aðstæður voru á þessum markaði á tímabili þessa máls. Valitor ákvað einhliða að senda heimildaröflun og færslur vegna Maestro debetkorta um innlenda debetkortakerfið með eigin ákvörðun um milligjald meðan PBS/Kortapjónustan átti þess ekki kost. Eru þessi samskipti sem hefur verið lýst, að mati Samkeppniseftirlitsins, til marks um verulegar og í raun óútskýrðar hindranir gagnvart nýjum aðila í færsluhirðingu um aðgang að einu af þeim kerfum sem málefnalegt er að gera kröfu um að sé gagnsæ og að jafnræði ríki um þann aðgang.

3.6.6 Um niðurstöðu um undirverðlagningu

Valitor áréttar það sjónarmið sitt að sé markaðurinn skoðaður úr frá færsluhirðingu greiðslukorta sé ekki um að ræða mörg tilvik þar sem neikvæður mismunur sé á innheimtri þóknun annars vegar og greiddu milligjaldi hins vegar. Því síður hafi verið um það að ræða að Valitor væri að reyna að útiloka PBS frá hinum íslenska færsluhirðingarmarkaði. Þess utan sé það áréttað að ástæða þess að PBS/Kortapjónustan hafi ekki getað boðið sambærileg kjör í færsluhirðingu greiðslukorta hafi einfaldlega verið að félagið hafi kosið að fara með debetkortafærslur sínar úr landi sem hafi leitt til hækkunar á verði þjónustunnar, þ.e. færsluhirðingar greiðslukorta. Á móti hafi félagið notið hagstæðara umhverfis við færsluhirðingu kreditkorta og hafi þannig getað verið samkeppnisfært á markaði fyrir færsluhirðingu greiðslukorta.

Gögn málsins varðandi meinta undirverðlagningu á færsluhirðingu debetkorta breyti ekki þessari niðurstöðu. Í tilvísuðum bréfum frá Valitor var t.d. verið að svara beinum fyrirspurnum Samkeppniseftirlitsins um afkomu debetkorta hjá íslenskum söluaðilum á tilteknum árum en ekki hafi verið með því tekin efnislega afstaða til þess hver væri hin eiginlega söluvara á íslenskum færsluhirðingarmarkaði, þ.e. færsluhirðing greiðslukorta. Hvað varði tilvitnaða fundargerð fundar stjórnar Valitors þann 20. desember 2007 þá sé ekkert óeðlilegt við það að stjórn félagsins brjóti einstakar rekstrareiningar niður í undirþætti. Hins vegar sé stjórnin ekki að taka afstöðu til þess hver sé söluvara á markaði og breyti því fundargerðin ekki þeirri staðreynd að gagnvart söluaðilum sé færsluhirðing greiðslukorta söluvaran. Þegar afkoma færsluhirðingar greiðslukorta sé



skoðuð fyrir árin 2007 og 2008 þá komi í ljós að árið 2007 hafi verið [...] m. króna hagnaður af starfseminni og [...] m. króna hagnaður árið 2008.

Ástæðan fyrir því að PBS/Kortapjónustan hafi hugsanlega ekki verið samkeppnisfært í verði vegna færsluhirðingar greiðslukorta hafi ekkert haft með háttsemi Valitor að gera heldur stafi eingöngu af eigin ákvörðunum PBS, þ.e. að kjósa að senda debetkortafærslur félagsins úr landi líkt og kreditkortafærslur en ekki nýta sér innanlandskerfin. Þegar verðlagning Valitor sé skoðuð út frá færsluhirðingu greiðslukorta en ekki einangrað debetkorta og kreditkorta komi allt önnur mynd í ljós. Sú mynd sýni að ekki hafi verið um að ræða kerfisbundna undirverðlagningu á markaði, heldur í nokkrum tilvikum smávægilega skekkju vegna örfárra aðila sem hafi engin áhrif haft á markaði. Þá hafi PBS verið vel samkeppnishæft á markaði fyrir færsluhirðingu greiðslukorta, vegna þeirra hagstæðu kjara sem félagið hafi notið í færsluhirðingu kreditkorta við það að senda færslurnar úr landi í gegnum greiðslumiðlunarkerfi VISA.

Samkeppniseftirlitið sé meðvitað um að meint háttsemi Valitors hafi ekki haft nokkur áhrif á starfsemi Borgunar á færsluhirðingarmarkaði. Eins og ítrekað hafi komið fram hér að ofan þá hafi hinar meintu aðgerðir Valitors ekki skilað betri árangri en svo að markaðshlutdeild félagsins hafi hrunið á undanförunum árum eða frá þeim tíma sem "dual" færsluhirðing hafi verið tekin upp. Þannig hafi um [...] söluaðilar yfirgefið Valitor á fyrstu 3 mánuðum „dualsins“ þrátt fyrir meintar samkeppnishömlur Valitors. Sé því ályktun eftirlitsins um að háttsemi Valitors hafi hamlað vexti Borgunar á markaðnum eftir að hann varð „dual“ markaður ekki í neinu samræmi við staðreyndir málsins.

Valitor mótmæli því að um einhliða ákvörðun félagsins hafi verið að ræða við lækkun á milligjaldi sem greidd hafi verið til banka og sparisjóða. Með sama hætti verði að teljast einkennilegt þegar það virðist grunsamlegt að færsluhirðing Valitors hagræði í rekstri sínum til þess að ná betri arðsemi. Skjóti það skökku við þegar það virðist eðlilegri aðgerð að hækka þjónustugjöld söluaðila (og væntanlega með því vöruverð) í stað þess að hagræða í rekstri og lækka milligjöld.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið vísar til fyrri umfjöllunar um skilgreiningu á mörkuðum þessa máls og þeirrar niðurstöðu að færsluhirðing vegna debetkorta annars vegar og vegna kreditkorta hins vegar eru aðskildir þjónustuþættir sem Valitor hefur í raun staðfest með sínum málflutningi. Með sama hætti er undirstrikað að eigin upplýsingar Valitors staðfesta þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að færsluhirðing Valitors vegna debetkorta var undirverðlögð á árunum 2007 og 2008. Jafnframt liggur ljóst fyrir að yfirstjórn Valitors var vel meðvituð um þessa stöðu, sbr. tilvitnaða fundargerð stjórnar.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á það mat Valitors að umrædd háttsemi félagsins hafi ekki haft áhrif á samkeppnislega stöðu PBS/Kortapjónustunnar á markaði fyrir færsluhirðingu á Íslandi á tímabilinu. Í því sambandi skiptir ekki meginmáli hvort það milligjald sem Valitor greiddi útgefendum var hærra eða lægra en það sem PBS/Kortapjónustan greiddi, heldur hitt að Valitor, sem markaðsráðandi fyrirtæki, undirverðlagði þjónustu sína sem er skaðlegt samkeppni. Þar sem um áralanga og upplýsta háttsemi var að ræða hafa



skýringar Valitors um að tilgangurinn hafi ekki verið að hindra keppinautinn enga þýðingu. Öll háttsemi Valitors, bæði hvað varðar ákvörðun um milligjöldin og framkvæmdina gagnvart söluaðilum, sýnir einbeittan brotavilja Valitors að mati Samkeppniseftirlitsins.

Með sama hætti, þó augljóslega ekki jafn alvarlega, hefur umrædd háttsemi Valitors og staða félagsins verið til þess fallin að hafa áhrif á möguleika Borgunar þegar „dual“ færsluhirðing félaganna hófst. Því lægri sem umsamin þóknun Valitors var við söluaðila um færsluhirðingu Electron debetkorta því erfiðara fyrir Borgun að ná samningum við þá söluaðila. Þó svo að Borgun hafi aukið markaðshlutdeild sína á fyrri helmingi árs 2009 þrátt fyrir háttsemi Valitors verður ekki annað séð en árangur Borgunar hefði verið enn meiri ef Valitor hefði verðlagt sína þjónustu með eðlilegum hætti. Er seinni tíma þróun á markaðnum ekki staðfesting á því að Valitor hafi ekki á árunum 2007 og 2008 beitt skaðlegri undirverðlagningu í færsluhirðingu vegna debetkorta.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er umfjöllun Valitors um afstöðu þess til hagræðingar og lækkunar þóknunar röng. Valitor getur ekki vísað til umfjöllunar þar sem Samkeppniseftirlitið gagnrýnir að félagið hagræði í sínum rekstri og lækki með því móti þóknun sem félagið innheimtir hjá söluaðilum sem geti skilað sér í lægra verðlagi til neytenda. Þvert á móti kemur fram að ekki sé útilokað að betri afkoma Valitors í færsluhirðingu vegna debetkorta á árinu 2009 megi að hluta skýra með mögulegri hagræðingu í rekstri. Hins vegar fjallar Samkeppniseftirlitið um þá stöðu Valitors, sem aðili að útgáfu greiðslukorta, að geta með einhliða ákvörðun sinni á milligjaldi til útgefenda lækkað stærsta einstaka gjaldalið í færsluhirðingarstarfsemi Valitors.¹⁶⁹

Það skal enn og aftur áréttað að milligjaldi vegna notkunar debetkorta hefur verið lýst sem umbun til útgefenda fyrir veitta þjónustu þeirra við söluaðila þar sem færsluhirðir er milliliður í innheimtu. Með hliðsjón af þessu er ljóst að færsluhirðir ætti augljóslega ekki að ákvarða milligjaldið einhliða eins og honum hentar hverju sinni. Með þessari háttsemi er færsluhirðingarstarfsemi Valitors ekki að hagræða í sínum rekstri til þess að geta mögulega lækkað sinn hlut í þóknuninni til söluaðila. Að mati Samkeppniseftirlitsins væri það hins vegar ákjósanlegt og málefnalegt. Það er útgáfustarfsemi Valitors sem ákveður að lækka greiðslu til banka og sparisjóða sem síðan hefur þau áhrif að rekstrarkostnaður í færsluhirðingu hjá Valitor lækkar. Með öðrum orðum ákveður félagið sjálft hvað það greiðir fyrir þjónustu til þriðja aðila. Með þessum hætti bætir Valitor það sem félagið kallar „arðsemina af færsluhirðingunni“ eða skapar getu með óeðlilegum hætti til að lækka tilboð um þóknun til söluaðila. Þessi háttsemi er til þess fallin að skekkja samskeppnisstöðu keppinauta á markaði fyrir færsluhirðingu. Í þessari stöðu var t.d. PBS/Kortabjónustan ekki.

4. Aðgerðir gagnvart tilteknum söluaðilum

Eins og fram hefur komið hér áður er það mat Samkeppniseftirlitsins að markaðsaðgerðir Valitors varðandi færsluhirðingu vegna debetkorta geti haft áhrif á ákvörðun söluaðila um færsluhirðingu vegna kreditkorta og öfugt. Til að varpa frekari ljósi á þetta þykir rétt að

¹⁶⁹ Sbr. samstarfssamningar milli Valitors og útgefenda VISA greiðslukorta frá febrúar 2005.



taka til athugunar með hvaða hætti Valitor beitti sér gagnvart þremur stórum söluaðilum sem tekur mögulega einnig til skaðlegrar undirverðlagningar fyrir færsluhirðingu vegna kreditkorta.

Eins og fyrr er rakið er hver einstakur söluaðili vöru og þjónustu mögulegur viðskiptavinur í færsluhirðingu að því gefnu að hann sé tilbúinn að taka við greiðslukortum sem greiðslumiðli í viðskiptum. Er eðlilegt og mikilvægt að um þessi viðskipti ríki heilbrigð samkeppni milli færsluhirða. Á færsluhirðingarmarkaði hefur Valitor boðið söluaðilum tvær aðgreindar en tengdar afurðir í færsluhirðingu. Er það annars vegar færsluhirðing vegna debetkorta og hins vegar færsluhirðing vegna kreditkorta. Eins og rakið hefur verið hér að framan hefur Valitor m.a. ákveðið það milligjald sem félagið hefur greitt útgefendum debetkorta á skilgreindu tímabili þessa máls. Með þeirri ákvörðun hefði mátt ætla að félaginu væri ljóst hvaða lágmarkspóknun félagið sjálft þyrfti að innheimta hjá einstökum söluaðilum fyrir færsluhirðingu þessara korta án þess að um undirverðlagningu væri að ræða eða niðurgreiðslu. Eigi að síður hefur Valitor markvisst undirverðlagt þjónustu sína fyrir færsluhirðingu debetkorta hjá tilteknum fjölda mikilvægra söluaðila. Með þessari háttsemi hefur Valitor hindrað eða torveldað keppinautum sínum að keppa um viðskipti við tiltekna söluaðila um færsluhirðingu vegna greiðslukorta.

Hér á eftir verður lýst atburðarás varðandi tilboð og gerð samninga við nokkra mikilvæga söluaðila um færsluhirðingu vegna notkunar greiðslukorta. Kemur hér fram nánari lýsing á háttsemi Valitors á markaðnum fyrir færsluhirðingu gagnvart þessum tilteknu söluaðilum.

Eins og nánar verður rökstutt fela þessar aðgerðir Valitors í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í kafla 4.5 er gerð grein fyrir sjónarmiðum Valitors en þau eru ekki til þess fallin að breyta mati Samkeppniseftirlitsins á lögmæti þessara aðgerða félagsins.

4.1 Aðgerðir gagnvart IKEA

IKEA/Miklatorg hf. var með samning við Valitor frá 13. desember 2006 um VISA kreditkort með [...]% póknun fyrir mánaðarlegt uppgjör.¹⁷⁰ Kortabjónustan kom með tilboð í „dual“ færsluhirðingu 11. mars 2008 sem fól í sér [...]% póknun fyrir daglegt uppgjör vegna kreditkorta og [...]% póknun fyrir debetkort.¹⁷¹ Tilboðið varðandi kreditkort var síðan lækkað í [...]%. Tilboðinu var ekki tekið vegna hárrar póknunar fyrir debetkort.¹⁷² Í apríl 2008 samdi Valitor um VISA kreditkort sem fól í sér [...]% póknun fyrir daglegt uppgjör og fyrir debetkort fyrir [...]% (viðmiðunarverðskrá Valitors var þá fyrir kreditkort 0,90-1,99% + 1,00% álag fyrir daglegt uppgjör og fyrir debetkort 0,35-0,80%).¹⁷³ Af gögnum verður ekki annað séð en að póknun sem IKEA samdi um fyrir debetkort hafi verið [...]% á árinu 2007. Í september 2008 gerði Valitor nýjan samning við IKEA um kreditkort fyrir [...]% póknun fyrir mánaðarlegt uppgjör og óbreytt fyrir

¹⁷⁰ Samstarfssamningur milli VISA Ísland – Greiðslumiðlunar hf. og Miklators hf., undirritaður 13. desember 2006.

¹⁷¹ Tölvupóstur frá Ásmundi Þorvaldssyni til jorunn@ikea.is, dags. 11. mars 2008, kl. 16:17.

¹⁷² Bréf Kortabjónustunnar til Samkeppniseftirlitsins, dags. 21. júní 2010, tl. 35 og fylgiskjal 1.8.

¹⁷³ Samstarfssamningur milli Valitors og Miklators hf., undirritaður 4. apríl 2008.



debetkort.¹⁷⁴ Í ágúst 2008 gerði Borgun samning við IKEA um MasterCard kreditkort sem fól í sér [...]% þóknun fyrir mánaðarlegt uppgjör og [...]% þóknun fyrir debetkort.¹⁷⁵

Í febrúar 2009 átti Valitor fund með IKEA þar sem „dual“ færsluhirðing var kynnt. Tilboð í „dual“ var gert 18. febrúar sem fól í sér [...]% þóknun fyrir daglegt uppgjör vegna kreditkorta (verðskrá þá 0,90-1,99% fyrir mánaðarlegt uppgjör auk álags 1,15-1,65% fyrir tíðari uppgjör) og [...]% þóknun vegna debetkorta.¹⁷⁶ Lögð var sérstök áhersla á að engin færslugjöld yrðu innheimt. Valitor sendi IKEA nýtt tilboð 13. maí 2009 sem fól í sér [...]% þóknun fyrir daglegt uppgjör (álag vegna daglegs uppgjörs var þá 1,15-1,65%).¹⁷⁷ Enn gerði Valitor IKEA nýtt tilboð 15. maí um [...]% þóknun fyrir mánaðarlegt uppgjör, [...]% fyrir daglegt uppgjör og [...]% fyrir færsluhirðingu vegna debetkorta. Valitor sagði áhrif lágmarks- og hámarksgjalda vera hverfandi eða um [...]% á árinu 2008, og fari lækkandi vegna hækkandi meðalfærslna.¹⁷⁸ Enn gerði Valitor IKEA nýtt tilboð 26. maí 2009 um [...]% þóknun fyrir kreditkort í mánaðarlegu uppgjöri.¹⁷⁹ Með þessu tilboði tilkynnti IKEA að Valitor hefði „*hitt í mark*“.¹⁸⁰ Borgun gerði tilboð 25. maí 2009 um [...]% þóknun fyrir mánaðarlegt uppgjör vegna kreditkorta og [...]% þóknun fyrir daglegt uppgjör og [...]% þóknun fyrir debetkort.¹⁸¹ IKEA hafði samband við Kortþjónustuna í febrúar 2009 en nýtt tilboð var ekki gert þar sem PBS taldi sig ekki geta boðið nægilega lága þóknun fyrir debetkort.¹⁸² Samdi IKEA við Valitor 2. júní 2009 um [...]% þóknun fyrir kreditkort m.v. mánaðarlegt uppgjör og að þóknun fyrir debetkort verði áfram [...].¹⁸³

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að Valitor samdi um þóknun við IKEA í apríl 2008 sem var umtalsvert undir verðskrá bæði vegna kreditkorta fyrir daglegt uppgjör og debetkorta. Einnig var um að ræða verulega undirverðlagningu í tilfalli debetkorta, eins og lýst verður hér á eftir, sem gerði það að verkum að keppinautar félagsins áttu ekki möguleika á að ná samningi við IKEA um færsluhirðingu. Þar sem Valitor samdi við IKEA um daglegt uppgjör vegna kreditkorta hefur félagið þurft að fjármagna uppgjörið þar sem korthafar greiða sína úttekt aðeins einu sinni í mánuði. Samkvæmt verðskrá Valitors var álag fyrir tíðari en mánaðarleg uppgjör í febrúar 2008 á bilinu 0,85 – 0,90% sem gefur til kynna að fyrir daglegt uppgjör hafi álagið verið nær 0,90%.

Við mat á vaxtaálagi fyrir daglegt uppgjör vegna kreditkorta segir Valitor að miðað hafi verið við stýrivexti Seðlabanka Íslands og spá bankans og annarra sérfróðra aðila um þróun vaxta á hverjum tíma og fjármagnskostnaður Valitors hafður til hliðsjónar.¹⁸⁴ Getur Samkeppniseftirlitið tekið undir að það sé málefnalegt að líta á stýrivexti sem grunn að

¹⁷⁴ Samstarfssamningur milli Valitors og Miklatorgs hf., undirritaður 1. september 2008.

¹⁷⁵ Samstarfssamningur milli Borgunar og Miklatorgs hf., dags. 22. ágúst 2008.

¹⁷⁶ Tölvupóstur frá Björgu Jónsdóttur til Stefáns Árnasonar, dags. 18. febrúar 2009, kl. 13:56.

¹⁷⁷ Tölvupóstur frá Björgu Jónsdóttur til Stefáns Árnasonar, dags. 13. maí 2009, kl. 17:07, með viðhengi, og sama dag kl. 21:07.

¹⁷⁸ Tölvupóstur frá Björgu Jónsdóttur til Stefáns Árnasonar, dags. 15. maí 2009, kl. 16:03, með tvö viðhengi.

¹⁷⁹ Tölvupóstur frá Björgu Jónsdóttur til Stefáns Árnasonar, dags. 26. maí 2009, kl. 15:42.

¹⁸⁰ Tölvupóstur frá Stefáni Árnasyni til Bjargar Jónsdóttur, dags. 28. maí 2009, kl. 22:52.

¹⁸¹ Tölvupóstur frá Sigurði Guðmundssyni til Stefáns Árnasonar, dags. 25. maí 2009, kl. 19:49.

¹⁸² Bréf Kortþjónustunnar til Samkeppniseftirlitsins, dags. 21. júní 2010, tl. 35.

¹⁸³ Samstarfssamningur milli Miklatorgs hf. og Valitors, dags. 2. júní 2009.

¹⁸⁴ Sjá bréf frá Valitor til Samkeppniseftirlitsins, dags. 5. júlí 2010, tölvupóst, dags. 27. mars 2008, frá Sigurhans Vigni til „VALITOR – Fyrirtækjalausnir“, tölvupóst, dags. 1. apríl 2008, frá Ragnheiði Kr. Jóhannsdóttur til „VALITOR – Fyrirtækjalausnir“ og tölvupóst, dags. 30. október 2008, frá Ragnheiði Kr. Jóhannsdóttur til „VALITOR – Fyrirtækjalausnir; Valitor – Þjónustumiðstöð“.



eðlilegu lágmarksálagi fyrir tíðari uppgjör hjá Valitor.¹⁸⁵ Í þessu sambandi verður að hafa í huga að greiðslufrestur korthafa (fjármögnunartími) í hverju úttektartímabili, ef úttekt er daglega, er 44 dagar fyrir fyrsta úttektardag og 15 dagar fyrir síðasta úttektardag á tímabili. Er þá miðað við að úttektartímabil byrji 18. hvers mánaðar og ljúki 17. næsta mánaðar og að korthafi greiði fyrir úttektina 2. dag þar næsta mánaðar. Endurspeglar þetta fyrirkomulag fjármögnunartímabilið ef Valitor gerði upp daglega við söluaðila. Í apríl 2008 voru stýrivextir Seðlabankans 15,00% sem er fjármögnunarkostnaður fjármálafyrirtækja hjá Seðlabankanum. Á þessum forsendum og ef úttektir dreifast jafnt á úttektartímabilinu ætti álag vegna daglegs uppgjörs við söluaðila þegar stýrivextir voru 15,00% að hafa verið um 1,23%. Sé það lagt til grundvallar í tilviki IKEA og tekið tillit til hlutfalls erlendra kreditkorta hjá IKEA, sem var á þessum tíma um [...]%,¹⁸⁶ ætti álag vegna daglegs uppgjörs að hafa verið um [...]% vegna notkunar íslenskra kreditkorta hjá IKEA. Er þetta verulega hærra álag en birt var í verðskrá Valitors á þessum tíma. Á það má einnig benda að Valitor gat ekki á þessum tíma haft raunhæfar væntingar um lækkun stýrivaxta næstu mánuði eða misseri.

Á þessum tíma greiddi Valitor útgefendum VISA kreditkorta milligjald sem nam [...]% af upphæð hvernar færslu. Af þessu leiðir að beinn breytilegur kostnaður Valitors var um [...]% af upphæð hvernar færslu þegar tekið hefur verið tillit til vaxtakostnaðar fyrir daglegt uppgjör vegna VISA kreditkorta og milligjalds sem félagið greiddi útgefendum kreditkorta.

Að teknu tilliti til þess sem að framan er rakið er það mat Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi beitt ólögumætri undirverðlagningu í viðskiptum við IKEA þegar félagið samdi um færsluhirðingu í apríl 2008 vegna kreditkorta. Á það einnig augljóslega við um færsluhirðingu fyrir debetkort með þóknun sem nam [...]% þegar Valitor greiddi útgefendum [...]%. Er þetta staðfest hvað varðar debetkort í gögnum frá Valitor, sbr. töflur 4 og 6 hér að framan. Á þetta einnig við um kreditkortin þar sem þóknunin var [...]% fyrir daglegt uppgjör þegar fjármagnskostnaður og milligjald voru um [...]%. Á þá eftir að taka tillit til annars breytilegs kostnaðar vegna þjónustunnar hjá Valitor. Til að setja þetta í samhengi og leggja til grundvallar veltu í færsluhirðingu Valitors hjá IKEA á árinu 2007 þá hefði þessi samningur haft í för með sér u.þ.b. [...] m.kr. tap af þjónustunni á einu ári (um [...] m.kr. vegna kreditkorta og um [...] m.kr. vegna debetkorta) og er þá ótalinn annar breytilegur kostnaður og allur fastur kostnaður hjá Valitor. Nemur þetta tap ríflega 25% af heildarþóknun Valitors frá IKEA miðað við veltu árið 2007. Því meiri sem veltan væri því meira yrði tapið. Var það mat Samkeppniseftirlitsins, að Valitor verðlagði færsluhirðingu sína hjá IKEA á árinu 2008 undir breytilegum kostnaði en ekki á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu.

Í haldlögðum gögnum hjá Valitor kemur fram í skjali sérfræðings á fjármálasviði Valitors að á tilteknum tímabilum, annars vegar frá nóvember 2006 til febrúar 2007 og hins vegar í maí til júní 2007, hafi Valitor borið verulegt tap af færsluhirðingu kreditkorta hjá

¹⁸⁵ Til viðmiðunar er eðlilegt að taka mið af REIBOR vöxtum sem yfirleitt eru hærra en stýrivextir á hverjum tíma.

¹⁸⁶ Sjá tölvupóst frá Valitor til Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. september 2011. Valitor fékk greitt daglega vegna færsluhirðingar þar sem erlend kreditkort voru notuð.



IKEA.¹⁸⁷ Á tímabilinu nóvember 2006 til febrúar 2007 hafi tapið verið um [...] m.kr. og um [...] þús. kr. tímabilið maí til júní 2007. Skýringin á minna tapi seinna tímabilið sé að IKEA hafi breytt úr daglegu uppgjöri í vikulegt og að lægri vaxtakostnaður og styttri lánstími hafi líka haft áhrif. Ekki verður betur séð en að í þessum útreikningum eigi eftir að taka tillit til annars breytilegs kostnaðar en milligjalds og fjármagnskostnaðar.

Samkvæmt verðskrá Valitors var álag fyrir tíðari uppgjör í maí 2009 (gilti frá 1. júní 2009) í færsluhirðingu vegna kreditkorta á bilinu 0,90-1,00% sem gefur til kynna að fyrir daglegt uppgjör hafi álagið verið nær 1,00%. Í maí 2009 gerði Valitor IKEA tilboð (dual) í daglegt uppgjör fyrir kreditkort um [...]% þóknun fyrir hverja færslu og óbreytta þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta eða [...]%. Laut þetta tilboð að færsluhirðingu beggja vörumerkjanna VISA og MasterCard. Af gögnum í málinu kemur fram að Valitor hafi áætlað að hlutur MasterCard kreditkorta í viðskiptum hjá íslenskum söluaðilum væri um 30% af viðskiptum þar sem kreditkort eru notuð. Þegar Valitor annast færsluhirðingu vegna íslenskra MasterCard kreditkorta fær félagið daglega greitt frá útgefendum kortanna (frá Borgun fyrir þeirra hönd) og þarf Valitor því ekki að fjármagna daglegt uppgjör við söluaðila vegna þeirra og á það sama við ef erlend kreditkort eru notuð. Á þessum tíma voru stýrivextir Seðlabanka Íslands 13,00% sem ætti að leiða til þess að álag fyrir daglegt uppgjör vegna VISA kreditkorta hefði átt að vera um 1,07% ef beitt er sömu forsendum og hér að ofan. Ef byggt er á því að hlutur íslenskra MasterCard kreditkorta (sem Borgun hafði færsluhirt) hafi verið um 30% og hlutur erlendra VISA korta um [...]% var fjármagnskostnaður hjá Valitor vegna daglegs uppgjörs um [...]%.

Á þessum tíma greiddi Valitor útgefendum VISA kreditkorta milligjald sem nam [...]% (varla verður sagt að IKEA versli í miklum mæli með matvöru, bensín eða áfengi) af upphæð hvernar færslu. Af þessu leiðir að beinn breytilegur kostnaður Valitors hafi verið um það bil [...]% af upphæð hvernar færslu þegar tekið hefur verið tillit til fjármagnskostnaðar og milligjalds sem félagið hefði átt að greiða útgefendum kreditkorta. Er þá eftir að taka tillit til annars breytilegs kostnaðar fyrir veitta þjónustu. Að teknu tilliti til þessa er það mat Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi beitt ólögumatri undirverðlagningu í viðskiptum við IKEA þegar félagið gerði tilboð í færsluhirðingu í maí 2009 og á það bæði við um færsluhirðingu fyrir kreditkort með þóknun sem nam [...]% af færsluupphæð og fyrir debetkort með [...]% þóknun en þá var milligjald vegna þeirra [...]%. Það er mat Samkeppniseftirlitsins að ef velta í færsluhirðingu Valitors hjá IKEA á árinu 2008 er lögð til grundvallar og hlutur erlendra VISA kreditkorta og MasterCard korta hafi verið um 32% hafi þetta tilboð Valitors leitt til taps um [...] m.kr. á ársgrundvelli.¹⁸⁸ Er þá ótalinn annar breytilegur kostnaður og allur fastur kostnaður við þjónustuna. Í júní 2009 gerði Valitor samning við IKEA um færsluhirðingu vegna kreditkorta fyrir [...]% þóknun miðað við mánaðarlegt uppgjör og vegna debetkorta fyrir [...]% þóknun. Gögn frá Valitor sýna að færsluhirðing vegna debetkorta hjá IKEA var undirverðlögð á fyrri helmingi árs 2009. Er þessi lýsing til marks um það að Valitor

¹⁸⁷ Fylgiskjal „Útreikningar atlantsolía ikea lyfja.doc“, með tölvupósti frá Reyni Bjarna Egilssyni, dags. 29. júní 2007, kl. 14:03. Pósturinn er til Sigurhans Vignis, Andra Vals Hrólfssonar, Höskuldar H. Ólafssonar og Önnu Ingu Grímsdóttur.

¹⁸⁸ Er í þessum útreikningum byggt á því að milligjald sem Valitor greiddi vegna MasterCard kreditkorta hafi verið [...]%. Ef miðað er við að það hafi verið [...]% hefði tapið verið um [...] m.kr.



hegðaði sér ekki á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu á árinu 2009 og var hér einnig um að ræða brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.

4.2 Aðgerðir gagnvart fyrirtækjum í Leifstöð

Hér um að ræða Fríhöfnina ehf., Flugstöð Leifs Eiríkssonar ohf. og Keflavíkurflugvöll ohf.

Flugstöð Leifs Eiríkssonar hf. (FLE) var stofnuð árið 2000 og tók til starfa 1. október sama ár. Við stofnun félagsins var sameinaður rekstur tveggja ríkisstofnana, Fríhafnarinnar á Keflavíkurflugvelli sem rak fríhafnarverslunina og Flugstöð Leifs Eiríkssonar sem rak fasteignina. Í upphafi árs 2005 var stofnað dótturfélag um verslunarrekstur FLE, Fríhöfnin ehf., sem tók við verslunarrekstri FLE. Fríhafnarverslunin var þar með aðskilin öðrum rekstri FLE bæði stjórnunar- og rekstrarlega. Fasteignarekstur flugstöðvarinnar, ásamt stoðsviðum, heyrði áfram undir FLE en Fríhöfnin kaupir þjónustu af stoðsviðum FLE. Í upphafi árs 2009 tók Keflavíkurflugvöllur ohf. við starfsemi Flugmálastjórnar á Keflavíkurvelli og Flugstöðvar Leifs Eiríkssonar.

Fríhöfnin ehf. (Fríhöfn) var með samning við Valitor árið 2007 um VISA greiðslukort. Þóknun vegna kreditkorta var [...] %¹⁸⁹ fyrir mánaðarlegt uppgjör og þóknun fyrir debetkort var [...] %.¹⁹⁰ FLE var með sömu kjör hjá Valitor frá mars 2004.¹⁹¹ PBS gerði tilboð 1. apríl 2008 í „dual“ færsluhirðingu með [...] % þóknun fyrir kreditkort í daglegu uppgjöri og [...] % fyrir debetkort.¹⁹² Þann 17. apríl 2008 gerði Valitor Fríhöfninni og FLE tilboð í færsluhirðingu með þóknun fyrir VISA kreditkort sem nam [...] % fyrir mánaðarlegt uppgjör og [...] % álag fyrir vikulegt uppgjör og fyrir daglegt uppgjör [...] %.¹⁹³ Þann 16. maí 2008 óskaði Fríhöfnin eftir endurskoðun á daglegu og vikulegu uppgjöri og Valitor lækkaði álagið í [...] % fyrir daglegt uppgjör og [...] % fyrir vikulegt.¹⁹⁴ Þann 11. júní 2008 samþykkti Fríhöfnin tilboðið.¹⁹⁵ Þóknun fyrir debetkort var óbreytt. Þann 30. janúar 2008 gerði FLE samning við Borgun um [...] % þóknun vegna MasterCard kreditkorta og [...] % vegna Maestro debetkorta.¹⁹⁶

Snemma í janúar 2009 óskaði Valitor eftir fundi með Fríhöfninni til að ræða færsluhirðingu fleiri vörumerkja eða „dual“.¹⁹⁷ Þann 9. febrúar 2009 gerði Borgun tilboð í „dual“ færsluhirðingu með [...] % þóknun fyrir kreditkort fyrir mánaðarlegt uppgjör og sex króna færslugjald og [...] % fyrir uppgjör debetkorta og fimm króna færslugjald.¹⁹⁸

¹⁸⁹ Frá 3. janúar 2005.

¹⁹⁰ Samstarfssamningur milli VISA Ísland – Greiðslumiðlun hf. og Fríhafnarinnar ehf. undirritaður 3. janúar 2005 og frá 20. september 2002. Umrædd kjör frá 20. september 2002.

¹⁹¹ Samstarfssamningur milli VISA Ísland – Greiðslumiðlun hf. og Flugstöðvar Leifs Eiríkssonar hf. undirritaður 30. mars 2004.

¹⁹² Tölvupóstur frá Jóhannesi I. Kolbeinssyni hjá Kortþjónustunni til hlynur@dutyfree.is og elin@dutyfree.is, dags. 1. apríl 2008, kl. 14:30.

¹⁹³ Tölvupóstur frá Björgu Jónsdóttur til hlynur@dutyfree.is og Elínar Árnadóttur, dags. 17. apríl 2008, kl. 09:03, með viðhengi.

¹⁹⁴ Tölvupóstur frá Hlyni Sigurðssyni til Bjargar Jónsdóttur, dags. 16. maí 2008, kl. 11:31 og svar Bjargar Jónsdóttur, dags. 20. maí 2008, kl. 11:27.

¹⁹⁵ Tölvupóstur frá Hlyni Sigurðssyni til Bjargar Jónsdóttur, dags. 11. júní 2008, kl. 13:54 og svar Bjargar Jónsdóttur sama dag kl. 15:06, með samning í viðhengi.

¹⁹⁶ Samningur milli Borgunar og Fríhafnarinnar, undirritaður 30. janúar 2008.

¹⁹⁷ Tölvupóstur frá Björgu Jónsdóttur til Hlyns Sigurðssonar, dags. 6. janúar 2009, kl. 16:22.

¹⁹⁸ Tilboð Borgunar í febrúar eða mars 2009, sjá tölvupóst frá Margréti Kjartansdóttur til Samkeppniseftirlitsins, dags. 22. september 2011, kl. 18:22.



Valitor gerði tilboð þann 20. febrúar 2009 í „dual“, með [...]% þóknun fyrir kreditkort og [...]% þóknun fyrir debetkort. Í tilboðinu lagði Valitor mikla áherslu á færslugjöld hjá Borgun sem Valitor tæki ekki og bauð aukið markaðssamstarf. Valitor lagði mikla áherslu á að halda Fríhöfninni í viðskiptum. Þann 25. febrúar bauð Valitor síðan niðurfellingu á [...]% álagi á erlendum kortum.¹⁹⁹ Þann 3. mars var tilboðið til Fríhafnarinnar og tengdra félaga lækkað fyrir kreditkort í [...], og boðinn þriggja ára samningur um markaðssamstarf. Í tölvupósti með tilboðinu frá Valitor segir m.a. „*Veit ég er að pressa á ykkur en við viljum þá frekar binda okkur til lengri tíma.*“²⁰⁰ Tilboð Valitors í markaðssamstarf við Fríhöfnina og tengda aðila fyrir auglýsingar á pokum, sulum, skiltum og kerrum, var samtals fyrir [...] m.kr. án vsk. á ári í þrjú ár. Þann 4. mars 2009 gerði Borgun tilboð í „dual“ færsluhirðingu með [...]% þóknun fyrir kreditkort (virkt [...]% vegna færslugjalda) fyrir mánaðarlegt uppgjör, [...]% fyrir vikulegt og [...]% fyrir daglegt og [...]% þóknun fyrir debetkort (virkt [...]% vegna færslugjalda) og auglýsingasamning í þrjú ár sem nam [...] m.kr. á ári og ekkert erlent álag.²⁰¹ Tilboði Valitors var tekið 5. mars 2009 þar sem Fríhöfnin áréttaði að ekkert álag væri tekið vegna erlendra korta.²⁰²

Samkvæmt því sem hér er lýst er ljóst að Valitor hefur verið með samning á árinu 2007 við Fríhöfnina um þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta sem var langt undir opinberri verðskrá fyrirtækisins og verulega lægri en milligjaldið var til útgefenda sem var á þessum tíma [...]. Kemur fram í töflu 4 að Valitor hefur innheimt lægri þóknun vegna þessara viðskipta en félagið greiddi útgefendum kortanna sem milligjald vegna sömu viðskipta. Á árinu 2008 gerði Valitor samning við Fríhöfnina um þóknun vegna færsluhirðingar fyrir kreditkort sem fól í sér lægri þóknun en opinber verðskrá sýndi og óbreyttri þóknun fyrir debetkortin og undirverðlagningu vegna þeirra eins og fram kemur í töflu 6. Í júní 2008 samþykkti Fríhöfnin tilboð Valitors í færsluhirðingu vegna kreditkorta með [...]% þóknun fyrir daglegt uppgjör. Á þeim tíma voru stýrivextir 15,50% og hlutur erlendra kreditkorta um [...]% hjá Fríhöfninni. Með sömu forsendum og lýst er í umfjöllun um IKEA hér að framan og hlutfalli erlendra kreditkorta ætti þetta að hafa haft í för með sér 1,10% álag fyrir daglegt uppgjör. Milligjald til útgefenda var [...]% og því samtals beinn breytilegur kostnaður af þessum tveimur þáttum um [...]. Er þá ótalin annar breytilegur kostnaður við þjónustuna. Á þessum árum mátti Valitor vera ljóst að félagið var að undirbjóða keppinaut (PBS) með þessari undirverðlagningu sinni, og gera honum með því erfiðara um vik að keppa um viðskipti við Fríhöfnina fyrir færsluhirðingu. Gefur þessi umfjöllun til kynna að Valitor hafi beitt undirverðlagningu vegna færsluhirðingar debetkorta á árinu 2007. Gildir það sama um tilboð Valitors og samning við Fríhöfnina í júní 2008 um færsluhirðingu vegna kreditkorta og óbreytta þóknun fyrir debetkort. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að með þessari háttsemi hafi Valitor ekki hegðað sér á grundvelli rekstarlegrar frammistöðu á árunum 2007 og 2008.

Snemma árs 2009 hafði Valitor frumkvæði að því að kynna Fríhöfninni möguleika félagsins til að færsluhirða einnig vegna notkunar greiðslukorta undir vörumerki

¹⁹⁹ Tölvupóstur frá Björgu Jónsdóttur til Hlyns Sigurðssonar, dags. 20. febrúar 2009, kl. 15:29 ásamt samningsformi og tölvupósti frá Björgu Jónsdóttur til Guðfinns Jóhannssonar, dags. 25. febrúar 2009, kl. 12:43.

²⁰⁰ Tölvupóstar frá Björgu Jónsdóttur til Hlyns Sigurðssonar, dags. 3. mars 2009, kl. 09:08 og kl. 14:57 með samningsformi og tilboði í markaðssamstarf.

²⁰¹ Tölvupóstur frá Stefáni Garðarssyni til Arnars F. Reynissonar, dags. 4. mars 2009, kl. 11:28.

²⁰² Tölvupóstur frá Hlyni Sigurðssyni til Bjargar Jónsdóttur, dags. 5. mars 2009, kl. 10:44 og afrit af samstarfssamningi, dags. 3. mars 2009.



MasterCard. Í framhaldinu gerði Valitor endurtekið tilboð í „dual“ færsluhirðingu sem var lægra en gildandi samningur Borgunar við Fríhöfnina, að teknu tilliti til færslugjalda sem Valitor var vel kunnugt um, og lægra en tilboð sem Borgun gerði um „dual“ færsluhirðingu. Samningur sem Valitor gerði við Fríhöfnina í framhaldi af þessu var hvað þóknun varðar verulega undir því sem verðskrá kvað á um vegna beggja kortategundanna. Þar sem starfsemi Fríhafnarinnar fellur tæplega undir sölu á matvöru, bensíni og áfengi, nema að litlu leyti,²⁰³ þá er það mat Samkeppniseftirlitsins að tilboðið og samningur á árinu 2009 sé alvarleg undirverðlagning hvað varðar færsluhirðingu vegna debetkorta með sama hætti og árin 2007 og 2008. Enda sýna gögn frá Valitor að svo var á fyrri helmingi ársins 2009.

Viðurkennt er, eins og fram kemur m.a. í samningum Valitors við banka og sparisjóði um útgáfu VISA greiðslukorta, að það er Valitor sem hópaðili að VISA EU, sem annast vörslu og meðhöndlun vörumerkisins VISA hér á landi og gætir hagsmuna þess. Útgefendur þurfa heimild Valitors og samþykki fyrir allri eigin markaðsetningu á vörumerkinu gagnvart korthöfum og samstarfsaðilum.²⁰⁴ Af þessu er ljóst að öll markaðssetning og auglýsingastarfsemi tengd vörumerki VISA, sem er á vegum Valitors, tilheyrir útgáfuhlutverki félagsins og hópaðildinni að VISA EU. Auglýsingar í opinberu rými og á innkaupapokum hjá söluaðilum tengist því hlutverki Valitors við útgáfu greiðslukorta en ekki hlutverki félagsins sem færsluhirðis. Í tengslum við tilboð og samningagerð um færsluhirðingu fyrir Fríhöfnina var beitt tilboðum og samningum um markaðssamstarf sem greinilega var ætlað að hafa áhrif á val Fríhafnarinnar á færsluhirði. Í markaðssamstarfinu fólst að Valitor keypti auglýsingarými með einum eða öðrum hætti af Fríhöfninni og/eða tengdum aðila. Af gögnum málsins er ljóst að sölufólk Valitors tengdi saman tilboð í færsluhirðingu og markaðssamstarf með því að bjóðast til að leigja tiltekið auglýsingarými á ýmsum stöðum í flugstöðvarbyggingunni, á handfarangurskerrum og á innkaupapokum. Var þessum samningum annars vegar beint að Fríhöfninni og hins vegar rekstraraðila fasteignarinnar. Verður ekki annað séð en að þetta markaðssamstarf hafi haft mikið vægi í vali Fríhafnarinnar og tengdra aðila á færsluhirði. Samkvæmt þeim samningum sem Valitor gerði við þessa tengdu aðila var áætlað í tilboðinu að samtals greiðsla yrði um [...] m.kr. án vsk. á ári í þrjú ár.²⁰⁵ Ef þessi upphæð er sett í samhengi við þóknun Valitors af færsluhirðingu greiðslukorta hjá Fríhöfninni á árinu 2008 þá nemur hún tæplega 60% af þeirri þóknun samkvæmt gögnum frá Valitor.

Sett í annað samhengi þá var þessi kostnaður rúmlega tvöföld framlegð af allri færsluhirðingu Valitors hjá Fríhöfninni og tengdum aðilum á því ári, samkvæmt sömu gögnum. Má af þessu vera ljóst að samningur sem þessi er til þess fallinn að hafa áhrif á val Fríhafnarinnar á færsluhirði fyrir sín viðskipti. Verður ekki betur séð að mati Samkeppniseftirlitsins en að Valitor sem framkvæmdaraðili að útgáfu VISA greiðslukorta fyrir banka og sparisjóði og markaðsráðandi fyrirtæki á þeim markaði hafi beitt stöðu sinni á þeim markaði til þess að tryggja eða efla markaðsráðandi stöðu félagsins á markaði fyrir færsluhirðingu. Í því samhengi má vera ljóst að umrædd samtvinnum milli

²⁰³ Valitor skilgreinir Fríhöfnina í söluaðilaflokk 5309 sem Tollfrjálsa verslun.

²⁰⁴ Samningur t.d. milli Íslandsbanka hf. og VISA Íslands – Greiðslumiðlunar hf. vegna útgáfu VISA greiðslukorta frá 11. febrúar 2005.

²⁰⁵ Afrit af Leigusamningi um auglýsingarými milli Valitors hf. og Fríhafnarinnar hf., dags. 17. apríl 2009 og afrit af Leigusamningi um auglýsingarými milli Valitors hf. og Keflavíkurflugvallar ohf., dags. 22. apríl 2009.



auglýsingastarfsemi Valitors á vörumerki VISA greiðslukorta og hlutverks félagsins í færsluhirðingu er til þess fallin að hafa alvarleg skaðleg samkeppnisleg áhrif á markaði fyrir færsluhirðingu. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að með þessum samningum um kaup á auglýsingarými hafi Valitor á markaði fyrir útgáfu VISA greiðslukorta beitt stöðu sinni til þess að hafa áhrif á val Fríhafnarinnar á færsluhirði fyrir móttöku á bæði VISA og MasterCard greiðslukortum í þeim tilgangi að viðhalda eða efla markaðsráðandi stöðu og brotið þannig gegn 11. gr. samkeppnislaga á árinu 2009.

4.3 Aðgerðir gagnvart Rúmfatalagernum og tengdum fyrirtækjum Eftirfarandi fyrirtæki eru í eigu Lagersins ehf.

- a. Rúmfatalagerinn ehf.
- b. ILVA ehf.
- c. The Pier ehf.

Í gögnum málsins kemur fram að þessi þrjú rekstrarfélög, Rúmfatalagerinn, ILVA og Pier hafi verið í eigu sömu aðila á árinu 2008.²⁰⁶ Í ljósi þess er hér um að ræða tengda aðila sem tilheyra sömu fyrirtækjasamstæðu í skilningi 4. gr. samkeppnislaga og verður fjallað um þá sameiginlega.

Rúmfatalagerinn var með samninga við Valitor frá 22. júlí 2005 um færsluhirðingu vegna VISA og var þóknunin fyrir kreditkort [...] % og fyrir debetkort [...] % og við Borgun frá 19. júlí 2005 um þóknun fyrir kreditkort [...] % og fyrir debetkort var þóknunin [...] %.²⁰⁷ Pier var ekki í viðskiptum við Valitor fyrr en eftir tilboð frá Valitor á árinu 2008. Í júlí 2008 óskaði ILVA eftir tilboðum í færsluhirðingu og gerði Valitor tilboð um þóknun fyrir kreditkort [...] % og fyrir debetkort [...] %. ILVA óskaði eftir lækkun hjá Valitor og var í framhaldinu haldinn fundur 16. júlí s.á., daginn eftir fund ILVU með Borgun.²⁰⁸ Valitor lækkaði tilboðið fyrir kreditkort í [...] % fyrir mánaðarlegt uppgjör (+ [...] % fyrir vikulegt uppgjör og + [...] % fyrir daglegt) og fyrir debetkort í [...] %.²⁰⁹

Þann 28. ágúst 2008 samþykkir ILVA tilboðið.²¹⁰ Í samstarfssamningi, dags. 5. september 2008 hafði Valitor lækkað þóknun fyrir kreditkort í [...] % fyrir mánaðarlegt uppgjör og þóknun fyrir debetkort í [...] %.²¹¹ Kortapjónustan sendi Rúmfatalagernum tilboð í september 2008 fyrir kreditkort um þóknun [...] % fyrir daglegt uppgjör og fyrir Electron debetkort [...] %.²¹² Borgun bauð í því tilviki [...] % þóknun fyrir Maestro debetkort sem PBS færsluhirðir ekki.²¹³ PBS/Kortapjónustan virtist ekki eiga möguleika aðallega vegna þóknunar fyrir debetkort. Rúmfatalagerinn greindi ILVU frá tilboði Kortapjónustunnar. ILVA var hvött til þess að leita eftir lækkun hjá Valitor eða tala við Kortapjónustuna. Þann 8. september 2008 leitaði ILVA eftir lækkun í daglegt uppgjör hjá Valitor. Valitor gat um

²⁰⁶ Tölvupóstur frá Katrínu (kartin@ilva.is) til Bjargar Jónsdóttur, dags. 14. júlí 2008, kl. 12:50.

²⁰⁷ Samstarfssamningur milli Rúmfatalagersins hf. og VISA Ísland – Greiðslumiðlun hf., dags. 22. júlí 2005 og við Kreditkort hf., dags. 19. júlí 2005.

²⁰⁸ Tölvupóstur frá Katrínu (kartin@ilva.is) til Bjargar Jónsdóttur, dags. 14. júlí 2008, kl. 12:50 og tölvupóstur frá Björgu Jónsdóttur til Sigurhans Vignis, dags. 16. júlí 2008, kl. 11:34.

²⁰⁹ Tölvupóstur frá Björgu Jónsdóttur til Katrínar, dags. 16. júlí 2008, kl. 14:38.

²¹⁰ Tölvupóstur frá Katrínu (katin@ilva.is) til Bjargar Jónsdóttur, dags. 28. ágúst 2008, kl. 16:45.

²¹¹ Tölvupóstur frá Björgu Jónsdóttur til Katrínar, dags. 5. september 2008, kl. 18:03, með samningsform.

²¹² Tölvupóstur frá Jóhannesi I. Kolbeinssyni (jik@korta.is) til Þorsteins Þorsteinssonar, dags. 4. september 2008, kl. 18:19.

²¹³ Tölvupóstur Bryndísar Einarsdóttur til katin@ilva.is, dags. 9. september 2008, kl. 14:10.



tilboð félagsins til Rúmfatalagersins um daglegt uppgjör, og sagði að þetta hengi „auðvitað“ saman. Valitor lækkaði síðan tilboðið í [...]% þóknun fyrir daglegt uppgjör vegna kreditkorta. ILVA óskaði eftir lækkingu í [...]% og bað Valitor að boða sameiginlegan fund með félögunum þremur og kynna málið.²¹⁴ Var fundur boðaður 18. september 2008. Málin þróuðust síðan þannig að öll félögin komu að málinu gagnvart Valitor og 19. september 2008 sendi Valitor enn nýtt tilboð til félaganna þriggja sameiginlega og bauð [...]% þóknun fyrir daglegt uppgjör (viðmiðunarverðskrá var þá (0,90%-1,99%) + álag 1,00% fyrir daglegt uppgjör) og engin færslugjöld og [...]% þóknun fyrir debetkort (verðskrá var þá 0,35-0,80%).²¹⁵ Valitor bauð markaðssamstarf. Tilboðinu var tekið samdægurs.²¹⁶ Hér var Valitor komið talsvert undir opinbert viðmið í verðskrá. Rúmfatalagerinn gerði samning við Borgun 29. september 2008 um þóknun fyrir kreditkort sem var [...]% fyrir mánaðarlegt uppgjör og fyrir debetkort [...], var þetta óbreytt frá 2005.²¹⁷ ILVA gerði samning við Borgun 26. september 2008 vegna kreditkorta um [...]% fyrir mánaðarlegt uppgjör og fyrir debetkort [...].²¹⁸ Pier gerði samning við Borgun 1. október 2008 um [...]% þóknun fyrir kreditkort fyrir daglegt uppgjör og fyrir debetkort [...]%.²¹⁹

Í janúar 2009 tilkynnti Valitor að félagið væri tilbúið í „dual“ færsluhirðingu og að samningarnir frá haustinu 2008 myndu gilda um bæði vörumerkin og að færslugjöld myndu falla alveg niður.²²⁰ Þann 11. febrúar 2009 var gengið frá samningum milli Valitors og Rúmfatalagersins og Pier um „dual“ færsluhirðingu á sömu kjörum og voru í gildi fyrir VISA greiðslukortin nema breyta fyrir kreditkort í [...]% fyrir mánaðarlegt uppgjör.²²¹

Í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 24. nóvember 2010, segir Rúmfatalagerinn að tilboð Kortabjónustunnar hafi verið mun óhagstæðari en Valitors sérstaklega vegna þóknunar fyrir debetkortin en velta í þeim sé hátt hlutfall af heildarveltu hjá félaginu. Fram kemur að eftir útboð í september 2008 hafi Valitor verið með hagstæðasta tilboðið og hafi því verið tekið.²²² Í gögnum málsins kemur fram að Rúmfatalagerinn virðist hafa verið leiðandi aðilinn í ákvörðun um val á færsluhirði haustið 2008 hjá félögunum þremur.

Með tilboði sínu í september 2008 fyrir daglegt uppgjör vegna kreditkorta bauð Valitor [...]% þóknun fyrir daglegt uppgjör vegna kreditkorta sem var undir beinum breytilegum kostnaði. Milligjaldið var [...]% af upphæð hvefrrar færslu. Á þessum tíma voru stýrivextir Seðlabanka Íslands 15,5% á ársgrundvelli sem þýðir um 1,27% álag vegna uppgjörs

²¹⁴ Tölvupóstur frá katrin@ilva.is til Bjargar Jóhannsdóttur, dags. 8. september 2008, kl. 22:16, tölvupóstur frá Björgu Jónsdóttur til katrin@ilva.is, dags. 11. september 2008, kl. 21:04, tölvupóstur frá Björgu Jónsdóttur til Katrínar, dags. 12. september 2008, kl. 13:17 og tölvupóstur frá Katrínu til Bjargar Jónsdóttur, dags. 12. september 2008, kl. 13:56.

²¹⁵ Tölvupóstur frá Björgu Jónsdóttur til siggi@lagerinn.is; steini@rumfatalagerinn.is; omar@ilva.is, dags. 19. september 2008, kl. 09:45, með samningsform í viðhengi.

²¹⁶ Tölvupóstur frá Þorsteini Þorsteinssyni til Bjargar Jónsdóttur, dags. 19. september 2008, kl. 11:69, og afrit af undirrituðum samningi, dags. 22. september 2008.

²¹⁷ Afrit af undirrituðum samstarfssamningi, dags. 29. september 2008.

²¹⁸ Afrit af undirrituðum samstarfssamningi, dags. 26. september 2008.

²¹⁹ Afrit af undirrituðum samstarfssamningi, dags. 1. október 2008.

²²⁰ Tölvupóstur frá Björgu Jónsdóttur til siggi@lagerinn.is, dags. 30. janúar 2009, kl. 13:32.

²²¹ Afrit af fimm samstarfssamningum milli Rúmfatalagersins og Valitor, dags. 11. febrúar 2009, og afrit af tveimur samstarfssamningum milli Pier og Valitors, dags. 11. febrúar 2009. Tölvupóstur frá Björgu Jónsdóttur til robert@ilva.is, dags. 18. mars 2009, kl. 09:02 og svar frá Róberti Valtýssyni til Bjargar Jónsdóttur sama dag, kl. 09:41.

²²² Bréf frá Rúmfatalagerinum ehf. til Samkeppniseftirlitsins, dags. 24. nóvember 2010.



daglega. Ef tekið er tillit til erlendra kreditkorta, sem voru rúmlega [...] % á þessum tíma, var þetta álag um 1,25%. Með tilliti til þessa var samanlagður breytilegur kostnaður þessara tveggja gjaldaliða hafi verið um [...] % af færsluupphæð. Er því ljóst að umsamin [...] % þóknun hefur verið undir þessum breytilega kostnaði, og er þá annar breytilegur kostnaður ekki talinn með. Ljóst er að tilboð Valitors sem samþykkt var af félögum þremur var undir viðmiðum í verðskrá hvað varðar þóknun fyrir kreditkort og debetkort og einnig fyrir lágmarks þóknun fyrir debetkort. Einnig er ljóst að þóknun fyrir debetkortin var lægri upphæð en Valitor greiddi til útgefenda kortanna á þeim tíma. Valitor greiddi útgefendum [...] % sem milligjald samkvæmt verðskrá en þóknun hjá þessum söluaðilum var [...] %.

Að mati Samkeppniseftirlitsins var því um skaðlega undirverðlagningu að ræða við verðlagningu fyrir færsluhirðingu á árinu 2008 og var háttsemi félagsins ekki grundvölluð á rekstrarlegri frammistöðu. Greinilegt er m.a. af yfirlýsingu Rúmfatalagersins að þóknun fyrir debetkort skipti miklu máli og hafði áhrif á val á færsluhirði fyrir alla færsluhirðingu.²²³

4.4 Niðurstaða um markaðsaðgerðir

Að mati Samkeppniseftirlitsins sýnir þessi atburðarás við gerð tilboða og samninga við framangreinda söluaðila að Valitor hefur markvisst og með ólögætum hætti boðið og samið um undirverðlagða þjónustu sína fyrir færsluhirðingu vegna debetkorta og undirboðið keppinauta sína. Gildir þetta sama í sumum tilvikum um tilboð og samninga um færsluhirðingu vegna kreditkorta. Á árunum 2007 og 2008 á þetta sérstaklega við um undirboð gagnvart PBS/Kortabjónustunni þar sem Valitor hafði m.a. mikilsverðar upplýsingar um viðskipti hjá flestum þessara söluaðila vegna fyrri viðskipta í færsluhirðingu og hvar mörkin voru hjá keppinautum varðandi tilboð til þeirra um þóknun.

Lýsingin hér að framan á markaðsaðgerðum Valitors í formi tilboða og/eða samninga undirstrikar og staðfestir það mat Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi beitt umfangsmikilli undirverðlagningu við færsluhirðingu debetkorta hjá íslenskum söluaðilum á árunum 2007 og 2008. Einnig verður að líta svo á að Valitor hafi, í einstökum tilfellum þegar um daglegar útborganir var að ræða, beitt undirverðlagningu fyrir færsluhirðingu þar sem kreditkort voru notuð í viðskiptum. Má af gögnum ráða að starfsmenn Valitors hafi gert sér fulla grein fyrir þessari stöðu.²²⁴ Gefur þetta vísbendingu um að brotin hafi verið framin af ásetningi í skilningi samkeppnislaga.

Það sem að mati Samkeppniseftirlitsins gerir brot Valitors enn alvarlegra er að hinn undirverðlagði þjónustuflokkur er annar af tveimur sem félagið sinnir í færsluhirðingu. Var velta í færsluhirðingu hjá Valitor í viðskiptum hjá íslenskum söluaðilum þar sem notuð voru debetkort á árinu 2007 um 46% af heildarveltu með greiðslukort og um 42% á árinu 2008.²²⁵ Var heildarveltan í viðskiptum með greiðslukort hjá söluaðilum í

²²³ Bréf frá Rúmfatalagernum ehf. til Samkeppniseftirlitsins, dags. 24. nóvember 2010.

²²⁴ Fylgiskjal „Útreikningar atlantsolía ikea lyfja.doc“, með tölvupósti frá Reyni Bjarna Egilssyni, dags. 29. júní 2007, kl. 14:03. Pósturinn er til Sigurhans Vignis, Andra Vals Hrólfssonar, Höskuldar H. Ólafssonar og Önnu Ingu Grímsdóttur.

²²⁵ Samkvæmt upplýsingum frá Valitor.



viðskiptum hjá Valitor um [...] milljarðar króna hvort ár. Af þessu er ljóst að undirverðlagningin varðar gríðarlega mikil viðskipti og samsvarandi hagsmunir fyrir keppinauta félagsins í færsluhirðingu og almenna neytendur. Að mati Samkeppniseftirlitsins getur óeðlileg verðmyndun með þessum hætti á þessum samkeppnismarkaði ekki leitt til annars, til lengri tíma, en röskunar á samkeppni til tjóns fyrir notendur þjónustunnar og neytendur. Þar sem ekki verður betur séð en að Valitor hafi beitt víxlنيðurgreiðslu milli þeirra tveggja þjónustubátta sem félagið seldi söluaðilum hefur þessi hegðun Valitors sambærilega samkeppnislega truflun hvað þá þjónustu varðar til skaða fyrir notendur hennar og neytendur. Líklegar afleiðingar eru því þær að keppinautar verði fyrir umtalsverðum skaða og hrökklist út af markaðnum. Hið markaðsráðandi fyrirtæki nær hins vegar sterkari tókum á markaðnum þar sem það nær að halda vexti keppinauta sinna í skefjum. Þannig getur hið markaðsráðandi fyrirtæki aukið markaðshlutdeild sína með undirverðlagningu og haldið henni til frambúðar.

Við mat á því hvort markaðsráðandi fyrirtæki hafi að þessu leyti misnotað markaðsráðandi stöðu sína er stuðst við ákveðin viðmið. Ef verð veittrar þjónustu er undir meðaltali breytilegs kostnaðar, þ.e. verð er lægra en kostnaðurinn við að bjóða þjónustuna, óháð umfangi hennar, getur það gefið sterka vísibendingu um misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Almennt má vera ljóst að ef markaðsráðandi aðili verðleggur mikilvæga þjónustu með þessum hætti yfir langt árabíll á markaði sem viðkomandi aðili hefur tögl og hagldir á, felur það í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu í skilningi samkeppnisréttar. Hér getur skipt máli að horfa til þess hvort hið markaðsráðandi fyrirtæki skili taprekstri yfir lengri tímabil og hvort sá taprekstur sé afleiðing verðlagningarinnar. Víxlنيðurgreiðslur við þessar aðstæður teljast því til óhlutlægra og ámálaefnalegra sjónarmiða. Ábati hins markaðsráðandi fyrirtækis af því að verðleggja þjónustu sína með þessum hætti er eins og áður segir enginn, nema ef verðlagningin leiðir til þess að keppinautar hrökklist út af markaðnum og samkeppnislegt aðhald þeirra verði því minna eða ekkert fyrir vikið.

4.5 Sjónarmið Valitors um markaðsaðgerðir

Valitor telur að Samkeppniseftirlitið hafi ekki beitt rétttri aðferð við mat á undirverðlagningu greiðslukorta. Þá geti Valitor ekki fallist á umfjöllun um aðgerðir gagnvart einstökum söluaðilum.

4.5.1 Um ranga aðferðafræði

Við mat á undirverðlagningu verði að reikna allan breytilegan kostnað sem til falli varðandi færsluhirðingu greiðslukorta og deila í með veltu. Að mati Valitors sé með því fundinn meðaltals breytilegur kostnaður vegna færsluhirðingar félagsins. Þannig hafi sú lækking sem átti sér stað á milligjaldi á matvöru, bensín og víni áhrif til lækkunar á meðaltali breytilegs kostnaðar vegna færsluhirðingar í heild sinni og áhrif til lækkunar á meðaltali breytilegs kostnaðar allra söluaðila Valitors.

Samkeppniseftirlitið kjósi hins vegar „að flokka hvern og einn viðskiptavin niður og meta hvað viðkomandi viðskiptavinur var að greiða í kostnaðarhlutdeildarþóknun sem hugsanlega í einhverjum tilvikum var yfir meðaltali breytilegs kostnaðar. Þetta skekki



nokkuð þá mynd sem eftirlitið birtir og hefur hugsanlega þau áhrif að einstaka kúnnar sem ekki eru að selja matvöru, bensín og vín teljast vera að selja undir breytilegum kostnaði þrátt fyrir að þeir séu talsvert yfir meðaltals breytilegum kostnaði færsluhirðingar félagsins." Sé þessi aðferðafræði Samkeppniseftirlitsins ekki í neinu samræmi við eldri úrlausnir, gildandi fordæmi í ESB rétti eða rit fræðimanna.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitinu er ekki ljóst hvað Valitor á við með því að aðferð Samkeppniseftirlitsins hafi þau áhrif að einstaka söluaðilar (kúnnar) sem ekki selja matvöru, bensín og áfengi teljist vera að selja undir breytilegum kostnaði þrátt fyrir að þeir séu talsvert yfir meðaltali breytilegs kostnaðar vegna færsluhirðingar Valitors.

Í annan stað hefur umfjöllun um áhrif af matvöru, bensíni og áfengi takmarkað gildi í þessu máli þar sem sú aðgreining í verðlagningu hjá Valitor kom fyrst til sögunnar í febrúar 2009. Á þessi umfjöllun ekkert erindi við greiningu á markaðnum á árunum 2007 og 2008, sem er lengsti hluti þess tímabils sem mál þetta varðar.

Valitor hefur auk þess tengt með beinum hætti saman lága þóknun þessara söluaðila (MCC kóða) og umrædda lækkun á milligjaldi til útgefenda. Því fæst ekki séð hvaða rök standi til þess að nota þessa lækkun á milligjaldi „aftur“ gagnvart öðrum söluaðilum í þeim tilgangi að sýna lægri breytilegan kostnað hjá þeim. Þessi mismunun í milligjaldi undirstrikar einmitt með skýrum hætti að eðlilegt og málefnalegt er að meta og bera saman breytilegan kostnað af hverjum söluaðila og þóknunina sem hann greiðir fyrir færsluhirðingu.

Umfjöllun Valtors um útreikning á „meðaltals breytilegum kostnaði“ hefur hér ekki þýðingu enda er vandséð til hverra atriða Valitor er að vísa. Er þessi umfjöllun Valitors afar óljós. Í aðferð Samkeppniseftirlitsins fellst að lagt er til grundvallar milligjald vegna færsluhirðingar debetkorta hjá Valitor sem er veltutengt. Er óumdeilt að þetta gjald er beinn breytilegur kostnaður og sá lægsti mögulegi. Til viðbótar kemur annar breytilegur kostnaður. Er þetta í fullu samræmi við framkvæmd í bæði innlendum og EES/ESB-samkeppnisrétti.

Niðurstaðan í þessu máli er skýr hvað varðar færsluhirðingu Valtors þar sem debetkort eru notuð í viðskiptum hjá íslenskum söluaðilum. Tekjur Valitors af þeirri þjónustu á árunum 2007 og 2008 eru umtalsvert lægri en breytilegur kostnaður vegna sömu viðskipta. Valitor verðlagði þjónustu sína fyrir færsluhirðingu vegna debetkorta undir meðaltali breytilegs kostnaðar á árunum 2007 og 2008, sama á hvaða einingu það er mælt. Þetta þýðir undirverðlagning og hún er alvarleg í skilningi samkeppnisréttar. Eins og fyrr er rakið hefur Valitor staðfest að afkoma félagsins í færsluhirðingu vegna debetkorta var neikvæð að minnsta kosti þessi tvö ár, um það er ekki deilt. Þessi staðreynd og tengsl færsluhirðingar vegna debetkorta við færsluhirðingu kreditkorta gerir það að verkum að þessi háttsemi Valitors var til þess fallin að hafa í för með sér skaðleg samkeppnisleg áhrif á markaði fyrir færsluhirðingu á þessum árum. Er þessi heildarniðurstaða af færsluhirðingu vegna debetkorta mun alvarlegri en ef eingöngu er metin áhrif af undirverðlagningu gagnvart einstökum söluaðilum fyrir sömu þjónustu.



Valitor hefur ekki tekist að hrekja það mat Samkeppniseftirlitsins að félagið braut með alvarlegum hætti gegn 11. gr. samkeppnislaga á árunum 2007 og 2008 með skaðlegri undirverðlagningu fyrir færsluhirðingu þar sem debetkort voru notuð í viðskiptum hjá íslenskum söluaðilum. Stendur það mat óhaggað.

4.5.2 Um IKEA

Valitor mótmælir því að færsluhirðing debetkorta sé sérstök söluvara og sökum þess verði við mat á framlegð að líta til færsluhirðingar greiðslukorta. Þess utan sé eftirlitið að gera of mikið úr þætti debetkorta í þessu samhengi. Þannig sjáist að samkvæmt þeim tilboðum og samningum sem áttu sér stað á milli IKEA og Valitors á rannsóknartímabilinu hafi þóknun debetkorta aldrei verið breytt heldur hafi eingöngu verið um að ræða þóknun vegna kreditkorta. Sýni það án vafa að debetkort séu mjög lítill þáttur af ákvörðunartöku söluaðila við val á færsluhirði og sú mynd sem eftirlitið birti í andmælaskjali sínu þar sem færsluhirðing debetkorta virðist ráðandi þáttur sé ekki í samræmi við þann veruleika sem blasi við á markaði.

Þá geti Valitor alls ekki fallist á að keppinautar Valitors „áttu ekki möguleika á að ná samningi við IKEA um færsluhirðingu.“ vegna undirverðlagningar debetkorta. Hérna verði að hafa í huga að Valitor fjármagni báða keppinauta sína þ.e. Borgun og PBS vegna notkunar VISA korta. Þar sem VISA kreditkortafærslur sem keppinautar Valitors hirði fari úr landi og í gegnum VISA NET þá beri Valitor sem vinnsluáðili í útgáfu umræddra korta að greiða Borgun og PBS strax næsta dag eftir að kortin hafi verið notuð hjá þeim söluaðilum sem keppinautar Valitors færsluhirði. Keppinautar Valitors þurfi hins vegar ekki að gera upp við viðkomandi söluaðila fyrr enn um mánaðarmót ef söluaðilinn er í mánaðarlegum uppgjörum (einhverjum dögum seinna sé söluaðilinn í vikulegum uppgjörum o.s.frv.). Sú staðreynd að u.þ.b. 70% allra útgefina korta á innlendum markaði séu VISA kort leiði til þess að Borgun og PBS fá greitt daglega fyrir 70% af öllum kortaviðskiptum. Það þýði með öðrum orðum að keppinautar Valitors séu í sama hlutfalli með fjármögnun frá Valitor án nokkurs kostnaðar sem veiti keppinautum Valitors mikið samkeppnisforskot á færsluhirðingarmarkaði. Þetta fyrirkomulag uppgjörs sé hluti af regluverki VISA EU og geti Valitor ekki haft áhrif á eða breytt því hvernig VISA kortafærslur séu gerðar upp milli landa.

Þar sem fjármögnun sé mjög stór hluti af kostnaði við færsluhirðingu þá hafi umrædd staða veruleg áhrif á möguleika keppinauta Valitors á markaðnum. Þannig geti Borgun og PBS auðveldlega keppt við Valitor á færsluhirðingarmarkaði vegna þessa ókeypis fjármagns og nefndir aðilar því í raun með yfirburðamarkaðsstyrk. Sé um að ræða afar óvenjulegar aðstæður á samkeppnismarkaði og keppinautar Valitor í raun í einstakri stöðu. Sé þessi þáttur málsins með öllu órannsakaður af hálfu Samkeppniseftirlitsins, en af honum leiði að keppinautar Valitors hafi mjög auðveldlega getað boðið mun lægra í færsluhirðingu greiðslukorta hjá IKEA og öðrum aðilum sem Samkeppniseftirlitið nefni en Valitor nokkru sinni. Hafi það enda verið svo að gríðarlegur fjöldi söluaðila hafi yfirgefið Valitor og farið í viðskipti við Borgun á þessum tíma, sbr. umfjöllun hér að framan. Sé í öllu falli ljóst að jafn skilvirkur keppinautur hafi getað keppt við verðlagningu Valitors og því ekki um misnotkun á markaðsráðandi stöðu að ræða.



Skipti engu í þessu sambandi að PBS hafi að eigin sögn ekki verið samkeppnishæft hvað varðar þann þátt færsluhirðingar greiðslukorta sem sneri að debetkortum. Eins og áður hafi komið fram þá hafi það verið val PBS að senda debetkortafærslu sínar úr landi í gegnum kerfi VISA EU. Geti Valitor ekki sopið seyðið af því að PBS hafi kosið að senda debetkortafærslur sínar dýrari leið en í gegnum innanlandskerfi Fjölgreiðslumiðlunar og Reiknistofu bankanna þegar sú leið hafi staðið félaginu opin.

Ekkert sé athugavert við að Valitor hafi í vissum tilvikum samið um færsluhirðingu á verði sem hafi verið undir viðmiðunargjaldskrár félagsins á þeim tíma. Gjaldskrárnar séu eingöngu til viðmiðunar eins og áður hafi komið fram og því ekki óeðlilegt að samið sé við tiltekna kaupmenn á verði sem sé lægra en nefndar gjaldskrár. Standi engin rök til þess að verðlagning undir gjaldskrá feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu séu kostnaðarviðmið uppfyllt, enda jafn skilvirkum keppinaut í lófa lagið að keppa við slíka verðlagningu, sbr. dóm dómstóls ESB frá 27. mars 2012 í *Post Danmark* málinu. Bendir Valitor í því sambandi einnig á niðurstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli Eimskipafélags Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu í máli nr. 3/2008 en þar hafi áfrýjunarnefndin ekki tekið undir það með Samkeppniseftirlitinu að horfa ætti sérstaklega til þess hvort frávik væru frá verðskrá þegar metið væri hvort ákvæði 11. gr. samkeppnislaga væri brotið.

Þá hefur Valitor bent á að ef þeir samningar sem séu til umfjöllunar hjái eftirlitinu eru skoðaðir með fyrrnefnd sjónarmið í huga komi eftirfarandi í ljós:

Hvað varði umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um þann samning sem Valitor hafi gert við IKEA í upphafi apríl mánaðar 2008 þá megi vera að umræddur samningar hafi verið lítillaga undir meðaltali breytilegs kostnaðar. Hérna verði þó að athuga að um afar lágar tölur hafi verið að ræða sem hafi ekki haft áhrif á möguleika keppinauta Valitor til þess að ná viðskiptunum.

Hvað varði aðgerðir í maí og júní 2009 sé rétt að benda á að þóknun debetkorta hafi ekki verið breytt í því tilboði og samningi sem áttu sér stað á þeim tíma. Því fáist ekki séð að debetkortin hafi verið lykilatriði í þeim samningum eins og Samkeppniseftirlitið beri við í málflytningu sínum. Til þess að svara Samkeppniseftirlitinu sé færsluhirðingunni til hægðarauka skipt í færsluhirðingu debet- og kreditkorta. Samkvæmt tölum Valitors þá hafi meðaltal breytilegs kostnaðar félagsins fyrir VISA og Mastercard færsluhirðingu á þessum tíma verið [...]% (vegna lækkunar á milligjaldi á matvöru, eldsneyti og áfengi) af hverri færslu.

Samkeppniseftirlitið hafi tekið til umfjöllunar tilboð sem Valitor hafi gert IKEA þann 15. maí 2009 og um [...]% þóknun í daglegt uppgjör kreditkorta og óbreytta debetkortabóknun eða [...]%. Hafi tilboðið miðað við [...]% álag vegna daglegra uppgjöra sem var ákveðið í samræmi við 12 mánaða vaxtaspá Seðlabanka Íslands. Hagnaður Valitor hafi þá verið [...]% eða mismunur á kostnaði félagsins sem hafi verið [...]% + [...]% eða [...]% og þóknun samkvæmt tilboði [...]%. Miðað við veltu IKEA á árinu 2008 þá hafi Valitor mátt reikna með u.þ.b. [...] milljón króna hagnaði af þessu tilboði. Þann 2. júní



2009 hafi Valitor samið við IKEA um „dual“ færsluhirðingu sem hafi byggt á ofangreindu tilboði eða [...] % þóknun á daglegt uppgjör og [...] % fyrir mánaðarlegt uppgjör.

Valitor hefur áréttað að ekki hafi verið samið um debetkort við IKEA á þessum tíma en miðað við gildandi þóknun þá hafi Valitor mátt reikna með því að tapa [...] m.kr. á færsluhirðingu debetkorta. Hafi þetta leitt til þess að hagnaður að fjárhæð [...] milljónum króna hafi verið á færsluhirðingu greiðslukorta IKEA. Fari því fjarri að um hafi verið að ræða verulega undirverðlagningu eins og Samkeppniseftirlitið beri við í þessum þætti málsins.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að hafa gert of mikið úr þætti debetkorta við mat á hegðun Valitors í þessu máli. Fyrir það fyrsta þá var t.d. velta Valitors í færsluhirðingu hjá IKEA vegna Electron debetkorta um [...] milljarðar króna hvort ár, 2007 og 2008, og vegna VISA kreditkorta um [...] milljarðar árið 2007 og um [...] milljarðar árið 2008. Að halda því fram að velta um [...] milljarðar króna á ári skipti mjög litlu máli við val á færsluhirði stenst ekki. Hafa verður í huga að þóknun sem IKEA greiddi Valitor vegna þessara viðskipta var aðeins [...] % meðan Valitor greiddi útgefendum [...] % vegna sömu veltu. Hefur Valitor ekki mótmælt því að hafa tapað verulega á færsluhirðingu vegna debetkorta hjá IKEA. Erfitt er í raun að sjá hvernig Valitor hefði getað samið um lægri þóknun við IKEA og því ekki að undra að þóknunin hafi ekki verið lækkuð og í öllu falli var hún ekki hækkuð. Er Valitor með þessum samningum við IKEA og umfjöllun um þau viðskipti að staðfesta með skýrum hætti að mikill greinarmunur er gerður á færsluhirðingu og verðlagningu vegna þessara tveggja kortategunda. Ummæli forráðamanns Kortapjónustunnar staðfestir einnig að þeir hafi ekki haft möguleika á að bjóða nægilega lágar þóknunir fyrir debetkortafærslur.²²⁶ Gefur það ótvírætt til kynna að þóknunin fyrir debetkort skipta söluaðilann miklu máli.

Valitor staðhæfir að keppinautar félagsins hafi haft yfirburðastöðu gagnvart félaginu. Lýsir Valitor í því samhengi fyrirkomulagi á uppgjöri þegar um „dual“ færsluhirðingu er að ræða á árinu 2009. Hér skal enn og aftur áréttað að rannsóknartímabil þessa máls er árin 2007, 2008 og fyrri helmingur ársins 2009. Á fyrri tveimur árunum var Valitor aðeins í samkeppni við PBS/Kortapjónustuna um færsluhirðingu vegna Electron debetkorta og VISA kreditkorta. Á öllu tímabilinu greiddi IKEA í þóknun fyrir færsluhirðingu Electron debetkorta [...] % af veltu en á sama tíma greiddi Valitor útgefendum [...] % af sömu veltu. Er þetta staðfest af Valitor. Þetta kallast að tapa á veltunni og getur ekki talist ákvörðun sem byggir á rekstrarlegri frammistöðu. Ef miðað er við umfang viðskipta hjá IKEA þar sem greiðslukort eru notuð í viðskiptum, má ætla að tilboð Valitors í apríl 2008 hefði leitt til [...] m.kr. taps á því ári. Hefur Valitor ekki hrakið þessa niðurstöðu. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki raunhæft að PBS/Kortapjónustan hafi getað mætt eða bætt það tilboð án þess að bera af því fjárhagslegan skaða. Á þessum tíma taldi PBS/Kortapjónustan sér ekki fært að bjóða betur en um [...] % í þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta sem var það milligjald sem félagið þurfti að greiða. Valitor bauð [...] % í þóknun fyrir færsluhirðinguna. Áður hefur tilraunum PBS/Kortapjónustunnar til að tengjast innlenda debetkortakerfinu verið lýst og er vísað til þeirrar lýsingar. Með

²²⁶ Bréf frá Kortapjónustunni, dags. 21. júní 2010.



sama hætti er ljóst að Borgun treysti sér ekki á árinu 2009 að jafna, hvað þá bæta tilboð Valitors til IKEA. Ekki er því unnt að fallast á að þetta ástand sé til marks um yfirburðastöðu PBS/Kortþjónustunnar gagnvart Valitor.

Hvað varðar umfjöllun Valitors um aðstæður sem tengjast færsluhirðingu vegna kreditkort vekur það athygli að félagið lýsir eingöngu síðasta hálfu árinu sem málið varðar. Er lýsing Valitors villandi hvað þetta varðar. Valitor greinir heldur ekki frá því að á sama tíma og það greiðir öðrum færsluhirðum vegna VISA kreditkorta fær Valitor greitt milligjald frá þeim. Einnig er rétt að taka fram í þessu sambandi að Valitor greiddi útgefendum kortanna ekki það milligjald sem þeim tilheyrir ef aðrir en Valitor önnuðust færsluhirðingu vegna þeirra. Þá skal áréttað að PBS/Kortþjónustan greiðir söluaðilum í öllum tilvikum daglega en Borgun á þessum tíma vikulega eða mánaðarlega. Er þetta fyrirkomulag því ekki nauðsynlega til þess fallið að styrkja stöðu keppinauta Valitors og þá ekki þannig að úrslitum ráði. Einnig er sú staðhæfing Valitors röng að keppinautar félagsins á færsluhirðingarmarkaði fái að fullu ókeypis fjármagn vegna þess fyrirkomulags sem gildi um uppgjör í VISA NET. Í milligjaldinu sem Valitor fái greitt frá keppinautum í færsluhirðingu er gert ráð fyrir fjármagnskostnaði eins og Valitor sé mæta vel kunnugt um. Það fer svo eftir vaxtastigi hér á landi hvort sá hlutur í milligjaldinu er hærri eða lægri en raunverulegur fjármagnskostnaður Valitors. Að þessu virtu er staðhæfing Valitors um áhrif af fyrirkomulaginu ekki að öllu leyti rétt. Á það skal einnig bent að Valitor bar á árunum 2007 og 2008 engan fjármagnskostnað af færsluhirðingu keppinauta hjá IKEA hvorki hvað varðar notkun VISA kreditkorta eða Electron debetkorta. Á það sama við um fyrri helming ársins 2009.

Samkeppniseftirlitið getur tekið undir að það geti verið réttmætt að Valitor hafi í vissum tilvikum samið um færsluhirðingu á verði sem hafi verið undir viðmiðunarverðskrá félagsins eins og hún er á hverjum tíma. Hins vegar getur verðlagning undir verðskrá falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu ef kostnaðarviðmið er ekki uppfyllt, enda líklegt að jafn skilvirkum keppinaut sé ekki mögulegt að keppa við slíka verðlagningu. Málefnalegar ástæður verða að vera fyrir hendi ef markaðsráðandi fyrirtæki víkur út af opinberlega kynntri verðskrá. Gætti Valitor þess ekki í viðskiptum við IKEA um færsluhirðingu vegna debetkorta. Það getur ekki verið málefnalegt hjá markaðsráðandi fyrirtæki að verðleggja þjónustu sína í samkeppni við aðra þannig tap af henni aukist með aukinni veltu.

Hvað varðar samning Valitors við IKEA í apríl 2008 þá viðurkennir Valitor að þóknunin hafi verið undir meðaltali breytilegs kostnaðar. Hins vegar hafi verið um lágar tölur að ræða sem ekki hafi haft áhrif á möguleika keppinauta til þess að ná viðskiptunum. Þessu mati Valitors um lítil eða engin áhrif á stöðu keppinauta er ekki unnt að fallast á. Hafa ber í huga að tap Valitors á árinu hafi verið metið að minnsta kosti [...] m.kr. á árinu 2008 og er þá ekki allur kostnaður Valitors af þjónustunni talinn með. Hefur Valitor ekki dregið þessa upphæð í efa. Því meiri sem veltan væri því meira yrði tapið. Af þessu má vera ljóst að Valitor verðlagði færsluhirðingu sína hjá IKEA á árinu 2008 ekki á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu og braut því gegn 11. gr. samkeppnislaga með alvarlegum hætti. Var um skaðlega undirverðlagningu að ræða.



Hvað varðar tilboð og samninga í „dual“ færsluhirðingu á fyrri hluta árs 2009 þá viðurkennir Valitor að þóknun fyrir færsluhirðingu vegna debetkorta hafi verið óbreytt og sama á við um milligjaldið til útgefenda. Af þessu er ljóst að Valitor undirverðlagði þessa þjónustu á árinu 2009 með sama hætti og á árunum 2007 og 2008.

Valitor réttlæti núna tilboð félagsins á fyrri helmingi ársins 2009 í færsluhirðingu vegna VISA og MasterCard kreditkorta með tölum um meðalbreytilegan kostnað á árinu 2009 sem sýni að hann hafi verið [...]% af hverri færslu eftir að tekið hafi verið tillit til lækkunar á milligjaldi vegna matvöru, bensíns og áfengis. Við þennan málflutning er ýmislegt að athuga.

Fyrir það fyrsta liggur fyrir að Valitor greiddi útgefendum í milligjald [...]% af hverri færslu vegna kreditkorta hjá IKEA. Í öðru lagi hefur Valitor réttlætt lækkun á milligjaldi vegna færsluhirðingar tengt söluaðilum með matvöru, bensín og áfengi með því að áhætta í þeim viðskiptum sé langtum minni en hjá öðrum söluaðilum. Er því einnig haldið fram að bein tenging sé á milli þóknunar þessara tilteknu söluaðila fyrir færsluhirðingu og greiðslu milligjalds til útgefenda vegna þeirra sömu viðskipta. Því skýtur skökku við að Valitor telji það málefnalegt að auk þess að láta þessa tilteknu söluaðila njóta þessarar lækkunar í þóknun að nota hana „aftur“ gagnvart öðrum söluaðilum sem að mati Valitors hafa meiri áhættu í för með sér. Ef þessi málflutningur á að ganga upp þýðir það að búið er að jafna út áhættu og allir söluaðilar ættu að greiða sömu þóknun að teknu tilliti til sömu tíðni útborgana og mögulega umfangi veltu. Þessi forsenda Valitors stenst því ekki. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins er að til grundvallar tilboðum og samningum við IKEA eigi að miða við það milligjald sem Valitor greiddi útgefendum vegna IKEA eða [...]% af veltu viðskiptanna sem er raunveruleg greiðsla Valitors vegna þess félags.

Hvað varðar útreikninga Valitors á fjármagnskostnaði fyrir daglegt uppgjör þá segist félagið byggja á 12 mánaða vaxtaspá Seðlabanka Íslands án þess að tiltaka hver sú spá hafi verið og hvar hún sé birt. Samkeppniseftirlitið kannast ekki við þessa nefndu langtímaspá og veit ekki til þess að Seðlabanki Íslands birti slíka spá með tilteknum tölum. Í útreikningum Samkeppniseftirlitsins á tilboði Valitors um daglegt uppgjör var stuðst við stýrivexti eins og þeir voru í maí 2009 eða 13,00% og stendur eftirlitið við þá forsendu og útreikninga varðandi færsluhirðingu vegna kreditkorta. Þá sýna gögn frá Valitor að færsluhirðing vegna debetkorta hjá IKEA var undirverðlögð á fyrri helmingi árs 2009. Er þessi lýsing til marks um það að Valitor hegðaði sér ekki á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu á árinu 2009 fremur en á árunum 2007 og 2008 heldur þess í stað misnotað markaðsráðandi stöðu sína.

4.5.2 Um fyrirtæki í Leifsstöð

Valitor áréttar að ekki sé ólöglegt að víkja frá viðmiðunargjaldskrá félagsins. Í annan stað mótmælir Valitor þeirri niðurstöðu eftirlitsins að Valitor hafi mátt vera ljóst að félagið hafi verið að undirbjóða PBS með undirverðlagningu og gera félaginu erfitt um vik að keppa um viðskipti við Fríhöfnina í færsluhirðingu. Hér beri að athuga að Fríhöfnin hafi aldrei tekið upp daglegt uppgjör heldur virðist eingöngu hafa verið kallað eftir tilboði í dagleg uppgjör til þess að kanna hvað væri í boði á þeim vettvangi. Þá sé villa í



Útreikningum eftirlitsins þar sem eftirlitinu láðist að bæta [...] %²²⁷ vegna álags á erlend kort við í útreikningum sínum. Niðurstaðan hvað varði tilboð Valitors, ef notast sé við tölur eftirlitsins, er því grunnþóknunin [...] % að viðbættu álagi vegna daglegs uppgjörs [...] % og að lokum er bætt við álagi vegna erlendra korta sem var [...] % eða samtals [...] % ([...+...+...]). Samkvæmt útreikningum Samkeppniseftirlitsins var beinn breytilegur kostnaður [...] %. Af þessu leiði að tilboð Valitor hafi verið talsvert yfir beinum breytilegum kostnaði og því ekkert athugavert við tilboðið.

Hvað varði dagleg uppgjör og þá fullyrðingu Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi gert keppinautum sínum erfitt um vik sé vísað til þess að Valitor hafi fjármagnað [...] % af starfsemi PBS og Borgunar, sbr. umfjöllun hérna að ofan. Ef PBS sé tekið sem dæmi þá hafi það [...] % álag á dagleg uppgjör ekki verið fyrir hendi hjá PBS þar sem Valitor hafi fjármagnað stærstan hluta starfsemi félagsins. Megin kostnaður PBS hafi verið væntanlega milligjöld vegna VISA og MasterCard korta sem á þessum tíma hafi líklegast verið u.þ.b. [...] % að meðaltali á VISA kortum (70% útgefinna korta) og [...] % á MasterCard kortum (30% útgefinna korta). Samtals hafi því kostnaður PBS vegna milligjalda í daglegum uppgjörum líklegast verið í kringum [...] % (kostnaðurinn hafi væntanlega verið lægri hjá Borgun þar sem MasterCard færslur séu "On Us" færslur hjá Borgun) á meðan sambærilegur kostnaður Valitors samkvæmt útreikningum Samkeppniseftirlitsins hafi verið [...] %. Gefi auga leið að PBS sem og Borgun hafi getað boðið mun lægra í dagleg uppgjör en Valitor. Í þriðja lagi hafni Valitor því að líta beri til gildandi stýrivaxta í stað spár um þróun þeirra, sbr. hér að framan.

Hvað varði meinta undirverðlagningu debetkorta sem fjallað sé um í sama þætti málsins þ.e. samningur frá júní 2008 þá verði að hafa í huga að söluvaran sé færsluhirðing greiðslukorta. Samkvæmt tölum Valitor þá hafi þóknun félagsins af þessum samningi vegna kreditkorta verið [...] m.kr. Meðaltals breytilegs kostnaðar Valitors hafi verið á þessum tímar [...] % eða u.þ.b. [...] m. kr. og hagnaður því [...] m.kr. Þá hafi tap vegna debetkorta verið um [...] þúsund krónur og því heildar hagnaður af færsluhirðingu greiðslukorta hjá Fríhöfninni u.þ.b. [...] m.kr. Sé því ljóst að í umræddu tilboði hafi ekki falist ólögleg undirverðlagning. Eins og áður sagði þá hafi Fríðhöfnin aldrei byrjað í daglegu uppgjör heldur hafi eingöngu verið í mánaðarlegu uppgjöri.

Því næst taki eftirlitið til umfjöllunar kynningu Valitors fyrir Fríhöfninni á möguleikum Valitors í "dual" færsluhirðingu. Sé rétt að hafa nokkur orð um þennan þátt málsins. Í fyrsta lagi þá fáist ekki séð hvaða tilgangi það þjóni að taka fram að tilboð Valitor í "dual" færsluhirðingu hafi verið lægra en gildandi samningur Fríhafnarinnar við Borgun og lægra en tilboð Borgunar í "dual" færsluhirðingu til Fríhafnarinnar. Valitor hafi ekki verið meðvitað um á hvaða verði Fríhöfnin hafði samið við Borgun né meðvitað um tilboð Borgunar í "dual" færsluhirðingu þ.e. hvorki efni þess né að tilboð hafi verið gert. Í annan stað varðandi umfjöllun um að tilboð Valitors þann 20. febrúar 2009 hafi verið lægra en almenn viðmiðunarverðskrá félagsins vísast til þess sem áður hafi komið fram. Í þriðja lagi hvað varði meinta undirverðlagningu á debetkortum þá sé á það bent sem áður hafi komið fram að söluvaran sé færsluhirðing greiðslukorta. Ef tilboð og samningur Valitors

²²⁷ Vegna [...] % álags á öll erlend kort þá hækki greidd raunþóknun til Valitors um [...] % á ársgrundvelli.



vegna "dual" færsluhirðingar sé skoðað með eðlilega nálgun að leiðarljósi þá sé hagnaður færsluhirðingar greiðslukorta um [...] milljónir króna.

Hvað varði umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um markaðssamstarf og tengingu þess við útgáfuhlutverk Valitor þá sé því hafnað að hægt sé að draga þær ályktanir af tilvitnuðum útgáfusamningi að markaðsstyrkir og auglýsing vörumerkis VISA sé eingöngu bundið við útgáfuhlið Valitors. Hérna verði að hafa í huga að auglýsing og almenn kynning á VISA vörumerkinu nýtist færsluhirðingu VISA kreditkorta með sama hætti og útgáfustarfsemi Valitors. Þannig sé færsluhirðing Valitors í viðskiptum við yfir [...] söluaðila hverju sinni og því eðlilegt að kynna VISA vörumerkið vel fyrir viðskiptavinum félagsins hverju sinni. Auglýsing á vörumerkinu á staðnum auki líkurnar á að korthafar borgi með kortum sínum í viðkomandi verslun og hafi þannig bein áhrif á tekjur færsluhirðingar. Af þessum sökum sé ekki hægt að fullyrða, að markaðssamningar eigi heima útgáfumegin og draga þá ályktun að um sé að ræða misnotkun á markaðsráðandi stöðu ef færsluhirðingarstarfsemi Valitor tengist eða komi að samningi um markaðssamstarf. Þess fyrir utan þá verði að athuga að Valitor hafi verið að kaupa þjónustu af Flugstöðinni, þ.e. auglýsingapláss og auglýsingar á plastpoka. Því sé ekki eins og Valitor hafi reitt fram þessa fjármuni til Flugstöðvar án þess að fá neitt fyrir. Megi einnig benda á að nefndar auglýsingar koma keppinautum Valitors á færsluhirðingarmarkaði jafn vel og Valitor þar sem hvoru tveggja PBS og Borgun höfðu á þessum tíma hafið færsluhirðingu VISA greiðslukorta.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Varðandi umfjöllun Valitors um frávík frá birtri verðskrá vísar Samkeppniseftirlitið til þess sem áður hefur komið fram. Samkeppniseftirlitið telur sem fyrr að Valitor hafi mátt vera ljóst að félagið var með tilboði sínu og samningi um þóknun fyrir færsluhirðingu vegna debetkorta að undirbjóða PBS/Kortapjónustuna. Valitor var vel kunnugt um meðalfærslu Fríhafnarinnar í debetkortaviðskiptum og um leið hvaða möguleika PBS/Kortapjónustan hafði í tilboði í þóknun án þess að tapa á viðskiptunum. Á árinu 2007 samdi Valitor um [...]% þóknun við Fríhöfnina en greiddi [...]% milligjald til útgefenda kortanna. Þessi undirverðlagning Valitors gerði PBS/Kortapjónustunni augljóslega erfitt um vik að fá viðskiptin við Fríhöfnina og í raun ómögulegt án þess að bera fjárhagslegan skaða af.

Það er rétt hjá Valitor að Samkeppniseftirlitið gerði ekki ráð fyrir álagi vegna notkunar erlendra korta, sem Valitor segir að hafi verið 0,35% á árinu 2008. Ástæðan er sú að hvorki í tilboðum eða samningum sem í gildi voru árin 2007 og 2008 er getið um nefnt álag. Samkvæmt fyrri upplýsingum frá Valitor ber félagið mögulega hærra milligjald vegna notkunar erlendra korta og eru það rökin fyrir álaginu og ennfremur að í sumum tilvikum sé ekki sérstakt ákvæði um álagið heldur sé það þá hugsanlega fellt inn í grunnþóknunina og verður að ætla að svo sé í þessu tilfalli. Ef svo er ekki, þá er ekki nauðsynlegt að gera sérstaklega ráð fyrir álaginu í tekjuhliðinni nema samsvarandi álag komi einnig fram í gjaldahliðinni þannig að áhrifin jafnist út. Telur Samkeppniseftirlitið ekki ástæðu eða rök til að breyta frá fyrri aðferð. Þar sem hlutur erlendra kreditkorta hjá Fríhöfninni í viðskiptum var um [...]% jafngildir þetta álagi á heildina um [...]% sem ætti þá að leggjast við bæði þóknun Valitors og breytilegan kostnað. Í athugasemdum sínum segir Valitor nú að Fríhöfnin hafi aldrei farið í daglegt uppgjör vegna kreditkorta. Í gögnum málsins kemur fram að Valitor gerði tilboð og samdi við félagið um daglegt



uppgjör gegn samtals [...]% þóknun. Í þessu sambandi er ekki gerður greinarmunur á formlegu tilboði og undirrituðum samningi. Enda er það staðfest í gögnum málsins að Fríhöfnin tekur tilboði Valitors í júní 2008 um þóknun fyrir daglegt uppgjör vegna kreditkorta. Beinn breytilegur kostnaður var [...]% og átti þá eftir að gera ráð fyrir öðrum breytilegum kostnaði en milligjaldi og fjármagnskostnaði. Athugasemdir Valitors breyta ekki þeirri niðurstöðu að Valitor hafi undirverðlagt þjónustu sína í tilboði og samningi vegna færsluhirðingar bæði debetkorta og kreditkorta hjá Fríhöfninni á árinu 2008.

Valitor staðhæfi að PBS/Kortapjónustan hefði getað boðið betur en Valitor og því sé ályktun Samkeppniseftirlitsins um að þeim hafi verið gert erfitt fyrir röng. Að mati Samkeppniseftirlitsins er augljóst að verðlagning Valitors á færsluhirðingu vegna debetkorta gerði PBS/Kortapjónustunni erfitt um vik. Það sem skiptir máli er að Valitor, sem markaðsráðandi fyrirtæki, samdi um þóknun fyrir þessa færsluhirðingu sem var undir breytilegum kostnaði við að veita Fríhöfninni þjónustuna. Eiga sömu rök við um málflutning Valitors sem varða Borgun. Í þessu fellst brot Valitors. Þá hafnar Samkeppniseftirlitið því að rangt sé að miða við gildandi stýrivexti þegar tilboðið var gert. Er það málefnalegt og hvorki Valitor eða aðrir gátu á þeim tíma haft væntingar á þeim tíma um að stýrivextir færu lækkandi í nánustu framtíð.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að útreikningar Valitors um hagnað félagsins af færsluhirðingu hjá Fríhöfninni hafi gildi í málinu. Það sem skiptir máli er að Valitor gerði tilboð og samdi um þóknun við Fríhöfnina í júní 2008 sem var undir breytilegum kostnaði. Varðar það tilboð félagsins í færsluhirðingu vegna debetkorta og fyrir færsluhirðingu vegna kreditkorta með daglegt uppgjör. Á þeim tíma tók Fríhöfnin ákvörðun um val á færsluhirði. Bein afleiðing þessa er að Valitor hindraði keppinaut félagsins í að fá viðskiptin með ólögumætum hætti. Hvað varðaði færsluhirðingu vegna Electron debetkorta og VISA kreditkorta var PBS/Kortapjónustan keppinautur Valitors á þeim tíma. Hvað varðar tilboð og samning Valitors við Fríhöfnina á árinu 2009 þá hefur Valitor ekki sýnt fram á að ekki hafi verið um að ræða alvarlega undirverðlagningu hvað varðar færsluhirðingu vegna debetkorta með sama hætti og árin 2007 og 2008. Enda sýna gögn frá Valitor að svo var á fyrri helmingi ársins 2009.

Samkeppniseftirlitið lítur svo á að markaðsstyrkir sem tengjast vörumerki VISA sé bundnir við útgáfu VISA greiðslukorta. Er ljóst að markaðsstyrkir eins og hér um ræðir grundvallast á hagsmunum úitgefenda kortanna og þar með útbreiðslu kortanna og notkun þeirra til hagsbóta fyrir útgefendur. Vörumerkið er tengt kortunum en ekki færsluhirðum. Hafa verður í huga að útgáfa greiðslukorta og færsluhirðing vegna þeirra eru aðskildir undirmerkaðir í greiðslukortastarfsemi. Í þessu máli er það skýrt að það er Valitor sem veitir Fríhöfninni og tengdum félögum markaðsstyrk. Í hugtakinu markaðsstyrkur verður að telja að felist greiðsla sem skilgreinist sem styrkur og í því felist mat á því að upphæð greiðslunnar sé umfram verðmæti þess sem á móti kemur. Það er að mati Samkeppniseftirlitsins ótvírætt að Valitor sem hópaðili að VISA EU gerir samninga við banka og sparisjóði um heimild þeirra til að gefa út VISA greiðslukort og kemur skýrt fram að Valitor er vörsluaðili vörumerkisins. Ekki er hægt að leggja þær auglýsingar sem hér er fjallað um að jöfnu við merkingu hjá söluaðilum um að þeir taki við tilteknum vörumerkjum greiðslukorta. Er samningnum um auglýsingarnar hjá



Fríhöfninni og tengdum aðilum greinilega ætlað að liðka fyrir samningsgerð um færsluhirðingu Valitors. Er það staðfest í samskiptum milli aðila eins og lýst er að framan. Samkeppniseftirlitið hefur ekki haldið því fram að umræddar auglýsingar komi færsluhirðingu Valitors og öðrum færsluhirðum VISA greiðslukorta ekki til góða. Það er hins vegar ekki aðalatriðið. Aðalatriðið er að samningurinn var til þess fallinn að tryggja Valitor færsluhirðingu fyrir Fríhöfnina í samkeppni við aðra færsluhirða sem hafa ekkert með VISA vörumerkið að gera hér á landi.

4.5.3 Um Rúmfatalagerinn og tengd félög

Valitor bendir á að séu þessir samningar skoðaðir með þá staðreynd í huga að um hafi verið að ræða „dual“ samninga og þá staðreynd að meðalbreytilegur kostnaður færsluhirðingar félagsins hafi verið [...] % (sem lækkaði í [...] % nokkrum mánuðum síðar) hafi hagnaður af færsluhirðingu kreditkorta verið [...] m. kr. Hafi því færsluhirðing greiðslukorta skilað hagnaði að frádregnu [...] þús. kr. tapi vegna debetkorta.

Viðkomandi söluaðili hafi einnig skilað hagnaði ef notast væri við aðferðarfræði Samkeppniseftirlitsins (sem Valitor sé þó ekki sammála). Þá teljist kostnaður Valitors [...] % fyrir VISA hlutann (70% korta) og [...] % fyrir MasterCard hlutann (30% korta) sem samanlagt gerir [...] % að viðbættu [...] % (vegna fjármögnunar) sem geri samanlagt [...] % sem er nokkuð undir þeim [...] % sem um var samið fyrir dagleg uppgjör sbr. meðfylgjandi útreikninga. Hérna hafi Samkeppniseftirlitið gert þau mistök að telja að fjármögnunin hafi verið [...] %, sem eigi ekki við þar sem Valitor fjármagni bara VISA hlutann þar sem um hafi verið að ræða „dual“ samning. Með réttu hafi fjármögnunarkostnaðurinn verið [...] %. Sé notast við aðferðarfræði Samkeppniseftirlitsins hafi hagnaður af umræddum samningi verið um [...] þús. kr. af kreditkortafærsluhirðingunni sem geri [...] þús. kr. að frádregnum debetkortunum.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið telur að Valitor beiti hér villandi framsetningu. Staðreyndin er að Valitor gerði tilboð og samninga í september 2008. Þá annaðist Valitor aðeins færsluhirðingu vegna VISA kreditkorta þannig að ekki var um fjármögnun að ræða frá Borgun vegna MasterCard korta á þeim tíma. Við þessar aðstæður var tilboðið gert.

Samkeppniseftirlitið gerði því ekki mistök við mat á fjármagnskostnaði Valitors við daglegt uppgjör. Tilvísun Valitors um áhrif af lækkun milligjalds vegna matvöru, bensíns og áfengis hefur verið svarað áður og hefur hún ekkert gildi. Málflutningur Valitors hér breytir ekki niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins hvað varðar árið 2008. Staðfestir Valitor undirverðlagningu vegna færsluhirðingar debetkorta. Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi beitt skaðlegri undirverðlagningu á færsluhirðingu á árinu 2008 enda var háttsemi félagsins ekki grundvölluð á rekstrarlegri frammistöðu.

4.5.3 Um niðurstöðu um markaðsaðgerðir

Valitor mótmælir því að atburðarrás við gerð tilboða og samninga við framangreinda söluaðila sýni að félagið hafi markvisst boðið og samið um undirverðlagða þjónustu sína fyrir færsluhirðingu vegna debetkorta. Þá sé því hafnað að Valitor hafi undirboðið keppinauta sína í tilboðum og samningum um færsluhirðingu kreditkorta. Að lokum sé því



mótmælt að vegna fyrri samskipta við söluaðila hafi Valitor haft mikilsverðar upplýsingar um viðskipti flestra söluaðilanna og vitað hvar mörkin hafi verið hjá keppinautum varðandi tilboð um þóknun.

Valitor áréttar enn og aftur að söluvaran á færsluhirðingarmarkaði sé færsluhirðing greiðslukorta en ekki færsluhirðing kreditkorta annars vegar og debetkorta hins vegar. Sé markaðurinn skoðaður sem færsluhirðing greiðslukorta þá hafi eingöngu verið um að ræða nokkra aðila þar sem útgefendum hafi verið greidd of hátt milligjald vegna færsluhirðingar eins og nánar hafi verið gerð grein fyrir. Ástæðan fyrir því að í vissum tilvikum hafi útgefendur fengið of há milligjöld sé vegna skekkju sem hafi leitt til þess að Valitor hafi verið með hámark og lágmark á hverri færslu vegna debetkorta á meðan engar slíkar takmarkanir hafi verið gagnvart útgáfuböndum. Hafi þessi skekkja snert aðallega þá aðila sem hafi verið með háar debetkortafærslur eins og sýslumenn, fasteignasala o.s.frv. Sé því fjarri lagi að Valitor hafi með markvissum og skipulögðum hætti stundað undirboð á markaðnum eins og eftirlitið haldi fram. Hérna verði einnig að hafa í huga að nefndir aðilar séu í flestum tilvikum ekki svokallaðir lykilviðskiptavinir á markaði sem skipti verulegu máli, heldur hafi verið um að ræða viðskiptavinir sem hafi haft minna vægi. Sýni það enn frekar að um skekkju í uppgjöri hafi verið að ræða en ekki kerfisbundna misnotkun.

Hvað varði fullyrðingar eftirlitsins um að Valitor hafi búið yfir einhverjum sérstökum upplýsingum um söluaðila sem keppinautar Valitors færsluhirtu ekki þá sé það ekki rétt. Verði að hafa í huga að færsluhirðingarmarkaður sé mjög hreyfanlegur markaður og vitneskja um þóknun í dag hafi lítið gildi á morgun. Hafi þetta sérstaklega átt við þegar „dual“ færsluhirðingin hófst þar sem menn fetuðu inn á lítt þekktar slóðir og sviptingar hafi verið gríðarlegar. Þá hafi söluaðilar nýtt sér sviptingar á markaði og harða samkeppni með þeim hætti að etja keppinautum saman, þ.e. með því að bera því við að keppinautar Valitors hafi boðið töluvert lægra varðandi ýmsa þjónustupætti. Séu því meintar upplýsingar á færsluhirðingarmarkaði lítils virði.

Hvað varði útreikninga Samkeppniseftirlitsins á stærð markaðarins og mat á alvarleika meintra brota Valitors þá sé nálgun eftirlitsins mjög villandi. Sé afar ósanngjarnt að taka eingöngu veltutölur á markaði og líta ekki til neinna annarra sjónarmiða. Mun eðlilegri nálgun sé að taka saman hve há fjárhæð hin meinta undirverðlagning hafi snúist um í stað þess að skoða veltutölur. Með nálgun eftirlitsins megi segja að eitt þúsund króna undirverðlagning á markaði fyrir greiðslukort sé að skekkja hundruð milljarða markað í stað þess að horfa á að undirverðlagningin hafi snúist um eitt þúsund krónur. Sé markaðurinn skoðaður út frá því sjónarhorni að um hafi verið að ræða markað fyrir greiðslukort og horft til þess hve margir aðilar hafi verið örlítið undir kostnaði vegna skekkju þá sjáist að fjárhæðin sem um hafi verið að ræða árið 2007 hafi verið [...] milljónir króna. Í stað þess kjósi Samkeppniseftirlitið að nefna að undirverðlagningin hafi tengst [...] milljarða króna markaði. Sambærileg tala fyrir árið 2008 hafi verið [...] milljónir króna.

Þá sé því jafnframt hafnað að um víxlniðurgreiðslur hafi verið að ræða þar sem debetkort og kreditkort séu hluti sömu söluvöru eða færsluhirðingu greiðslukorta. Sé því alls ekki



um það að ræða að verið sé að niðurgreiða debetkort með kreditkortum eða öfugt. Staðfesti Samkeppniseftirlitið þetta raunar með skilgreiningu sinni á mörkuðum málsins.

Í ljósi ofangreinds og þá sérstaklega í því ljósi að um smávægilega skekkju kafi verið að ræða, sem kom eins niður á öllum þeim aðilum sem skekkjan hafi tengst (þ.e. enginn söluaðili hafi verið skv. ákvörðun Valitors að njóta sérkjara) sé því algerlega hafnað að ofangreind háttsemi Valitor hafi leitt til röskunnar á samkeppni til tjóns fyrir notendur þjónustunnar og neytendur eins og eftirlitið beri við. Þá sé því jafnframt hafnað að með gerð tilboða og samninga við framangreinda söluaðila hafi Valitor með markvissum og ólögætum hætti boðið og samið um undirverðlagða þjónustu sína.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið hefur aðallega tvennt að athuga við þessar athugasemdir Valitors, hefur öðrum atriðum verið ítarlega svarað og er vísað til þess. Það fyrra er að Valitor mótmælir þeirri ályktun Samkeppniseftirlitsins að félagið hafi búið yfir ítarlegum upplýsingum um viðskipti hjá flestum söluaðilum umfram PBS/Kortapjónustuna á árunum 2007 og 2008. Annað hvort misskilur Valitor hér umfjöllun eftirlitsins eða rangtúlkar hana. Valitor hafði átt viðskipti við marga þessa söluaðila í áraraðir og bjó yfir ýmsum upplýsingum sem skipta máli við gerð tilboða og samninga um færsluhirðingu gagnvart hverjum og einum söluaðila. Varðar þetta t.d. bæði upplýsingar um veltu og fjölda færslna og hegðun korthafa í viðskiptum við söluaðila. Gildir þetta sérstaklega um færsluhirðingu vegna debetkorta þar sem sett eru viðmið um lágmarks og hámarks upphæð þóknunar. Veitti þetta Valitor umtalsvert forskot á keppinautinn við gerð tilboða.

Hitt atriðið er málflutningur Valitors um mat Samkeppniseftirlitsins á stærð markaðarins og alvarleika brota Valitors. Virðist Valitor álíta að við mat á alvarleika brota félagsins eigi að meta hver upphæð undirverðlagningarinnar var en alls ekki að meta alvarleika brotanna með tilliti til umfangs og veltu á þeim markaði sem brotið hefur áhrif á. Að mati Samkeppniseftirlitsins fær þetta ekki staðist. Eins og rakið er hér að framan eru möguleg áhrif af undirverðlagningu með þeim hætti að geta skaðað samkeppni á skilgreindum markaði og mögulega á tengdum mörkuðum. Gefur því auga leið að því umfangsmeiri og þjóðhagslega mikilvægari sem viðkomandi markaður er því meiri skaða má ætla að undirverðlagningin geti valdið til lengri tíma litið. Auk þess hefur þetta sjónarmið Valitors ekkert gildi þar sem, eins og í þessu máli, er ekki lagt heildstætt mat á það hver heildarupphæð undirverðlagningarinnar hafi verið enda er þess ekki þörf.

Sú háttsemi sem felst í undirverðlagningu vöru og þjónustu er til þess fallin að vera skaðleg samkeppni til tjóns fyrir neytendur og þjóðfélagið í heild. Starfsemi Valitors varðar einn af mikilvægustu mörkuðum nútímasamfélags og gífurlega hagsmuni neytenda og fyrirtækja. Er hér um að ræða því sem næst öll smásöluviðskipti vöru og þjónustu hjá íslenskum söluaðilum. Að hafa með háttsemi sinni stuðlað að samkeppnislegri röskun á jafn umfangsmiklum og mikilvægum markaði, eins og í tilfelli færsluhirðingar vegna greiðslukorta, er brot alvarlegs eðlis. Þegar lagt er heildarmat á veltu þess markaðar þar sem mögulegra áhrifa gætir af þeirri háttsemi Valitors, sem lýst er í þessu skjali, þá er veltan ekki um [...] milljarðar króna, sem var hlutur Valitors, heldur 480 til 505 milljarðar króna í heild á árunum 2007 og 2008. Er hér um að ræða



þjónustu sem varðar umtalsverðan hluta af öllum viðskiptum hjá íslenskum söluaðilum vöru og þjónustu.

Í þessu sambandi er rétt að áréttta að ekki þarf að sýna fram á samkeppnishamlandi áhrif undirverðlagningar. Jafnframt þarf ekki að sýna fram á að fyrirtæki geti síðar bætt sér upp tap af undirverðlagningunni, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr.188/2010.

5. Brot á 54. gr. EES-samningsins

Samkvæmt 1. mgr. 21. gr. samkeppnislaga skal Samkeppniseftirlitið beita 53. og 54. gr. EES-samningsins eftir því sem kveðið er á um í lögnum. Nánar er mælt fyrir um þetta í m.a. 26. gr. laganna en þar segir m.a:

„Ef Samkeppniseftirlitið, áfrýjunarnefnd samkeppnismála eða dómstólar beita ákvæðum laga þessara vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem bönnuð er skv. 54. gr. EES-samningsins skulu þau einnig beita 54. gr. EES-samningsins.“

Í 54. gr. er lagt bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu á svæðinu sem EES-samningurinn tekur til, eða verulegum hluta þess, að því leyti sem hún kann að hafa áhrif á viðskipti milli samningsaðila EES-samningsins. Efnisákvæði 54. gr. EES-samningsins eru fyllilega sambærileg við ákvæði 11. samkeppnislaga enda sækja samkeppnislögin að þessu leyti fyrirmynd sína til EES/ESB-samkeppnisréttar.

Landfræðilegur markaður þar sem Valitor er markaðsráðandi er Ísland. Ísland telst vera verulegur hluti af Evrópska efnahagssvæðinu.²²⁸

Í 93. mgr. tilkynningar Eftirlitsstofnunar EFTA, *Leiðbeiningar um hugtakið áhrif á viðskipti eins og það er notað í 53. gr. og 54. gr. EES-samningsins*, segir:

„Ef fyrirtæki, sem nýtur markaðsráðandi stöðu í einu EES-ríki í heild, grípur til markaðshindrandi misnotkunar geta viðskipti milli EES-ríkjanna venjulega orðið fyrir áhrifum. Misnotkun af því tagi gerir keppinautum í öðrum EES-ríkjum yfirleitt erfiðara um vik að komast inn á markaðinn, og viðskiptamynstur geta þá orðið fyrir áhrifum.“²²⁹

Ber að hafa í huga ekki þarf að sýna fram á raunveruleg áhrif á viðskipti til þess að 54. gr. EES-samningsins geti átt við.²³⁰

²²⁸ Sjá mál 322/81 Michelin v Commission (Michelin I) [1983] ECR-3461, tl. 28; mál C-323/93 Centre d'Insémination de la Crespelle [1994] ECR I-5077, tl. 17 og mál T-228/97 Irish Sugar v Commission [1999] ECR II-2969, tl. 99.

²²⁹ Birt í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins, 30.11.2006.

²³⁰ Sjá ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA frá 14. júlí 2010 í máli nr. 34250 Norway Post/Privpak: „... it is sufficient that the abuse "may affect trade", i.e. that it is sufficiently probable that the practices are capable of having an effect on the patterns of trade based on an objective assessment.517 It is not necessary that trade be reduced; the abusive practices must simply be capable of affecting the pattern of trade.“



Valitor er í markaðsráðandi stöðu og markaður málsins tekur til landsins alls. Þau útilokunaráhrif sem stafa af misnotkun Valitors á markaðsráðandi stöðu sinni eru til þess fallin að hindra mögulega keppinauta frá öðrum EES-ríkjum í því að ná fótfestu á íslenska markaðnum. Í ljósi þessa og með hliðsjón af atvikum þessa máls voru aðgerðir Valitors til þess fallnar að hafa áhrif á viðskipti milli EES ríkja í skilningi 54. gr. EES-samningsins. Af þessu leiðir að beita verður því ákvæði í málinu.

Hér að framan hafa verið færð fyrir því rök að Valitor hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með undirverðlagningu á markaði fyrir færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum vöru og þjónustu. Með vísan til sömu raka er það einnig mat Samkeppniseftirlitsins að aðgerðir Valitors hafi farið gegn 54. gr. EES-samningsins.



VII. MÖGULEGAR AÐGERÐIR

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins kom fram að til álita kæmi að beita heimildum 1. og 2. mgr. 16. gr. samkeppnislaga til að efla virka samkeppni. Kæmi m.a. til álita að gera breytingar á skipulagi Valitors í því skyni að stöðva brot og efla samkeppni. Í athugasemdum sínum mótmælti Valitor því að tilefni væri til slíkra aðgerða þar sem félagið teldi að engin brot hefðu átt sér stað. Einnig benti Valitor á að breytingar hefðu átt sér stað á markaðnum og nauðsynlegt væri að frekari rannsókn ætti sér stað áður en 16. gr. laganna væri beitt.

Í ákvörðun þessari hefur verið rakið og lýst með hvaða hætti skipulag Valitors hefur haft skaðleg áhrif á samkeppni á markaði fyrir færsluhirðingu. Atvik þessa máls sýna að sjálft skipulagið á greiðslukortamarkaði, þar með talið uppbygging Valitors, felur í sér verulegt ójafnræði milli keppinauta og óeðlilega frjóan jarðveg fyrir hvers konar samkeppnishamlandi aðgerðir félagsins.

Í máli þessu er Valitor uppvíst m.a. að broti á 1. tl. 1. gr. ákvörðunarorða ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Í því broti felst ólögmæt notkun á upplýsingum um keppinauta sem Valitor hafði aðgang að úr sínum eigin kerfum sem tengjast beint starfsemi félagsins sem hópaðili að VISA EU og aðili að útgáfu VISA greiðslukorta hér á landi. Gefur þetta til kynna að sökum skipulags og uppbyggingar Valitors hafi hegðunarfyrirmæli skv. samkeppnislögum takmarkaðri þýðingu. Með sama hætti hefur aðkoma Valitors að ákvörðun um milligjald vegna notkunar VISA greiðslukorta samkeppnishamlandi áhrif á markaði fyrir færsluhirðingu. Það sama gildir um aðstöðu félagsins til þess að ákveða milligjald vegna færsluhirðingar félagsins á Maestro debetkortum frá byrjun árs 2009. Ákvörðun um milligjald í greiðslukortaviðskiptum, sem eðli málsins samkvæmt er ákvörðun útgefenda kortanna, er mjög til þess fallin að hafa bein áhrif á markaði fyrir færsluhirðingu. Hér að framan hefur því verið lýst með hvaða hætti þau áhrif eru. Til að leysa þau vandamál sem af núverandi skipulagi Valitors stafa kann fullkominn aðskilnaður greiðslukortautgáfu og færsluhirðingar að vera nauðsynlegur.

Hér ber hins vegar að hafa í huga að fyrir Samkeppniseftirlitinu er rekið annað mál sem varðar m.a. ætluð brot Valitors og kortaútgefenda á 10. og 12. gr. samkeppnislaga. Í því máli þarf að taka afstöðu til þess hvort grundvallaratriði í skipulagi Valitors séu samþýðanleg banni samkeppnislaga við samráði. Í því felst m.a. að taka afstöðu til þess fyrirkomulags sem gerir Valitor kleift að ákvarða milligjöld.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er nauðsynlegt að horfa í einu lagi til allra mikilvægra þátta sem tengjast framtíðarskipulagi Valitors. Tryggir það að möguleg íhlutun sem horfir til framtíðarskipulags Valitors byggist á sem bestu upplýsingum og er þannig til þess fallin að ná sem mestum árangri. Mun Samkeppniseftirlitið í málinu sem varðar ætluð brot á 10. og 12. gr. samkeppnislaga því taka heildstæða afstöðu til beitingar 16. gr. laganna varðandi mögulega breytingu á skipulagi Valitors. Af þessu leiðir að í máli þessu er ekki tekin afstaða til beitingar 16. gr. gagnvart Valitor. Í seinna málinu verður hins vegar höfð hliðsjón af þeim samkeppnishömlum sem fram hafa komið í þessu máli. Reynist grunur um brot á 10. og 12. gr. ekki eiga við rök að styðjast verður tekin afstaða til þess í



sérsöku máli hvort beita skuli 16. gr. samkeppnislaga vegna þeirra brota sem þessi ákvörðun tekur til.

VIII. VIÐURLÖG

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var athygli Valitors vakin á því að til álita kæmi að leggja á fyrirtækið sekt vegna þeirra ætluðu brota sem lýst var í skjalinu. Eins og að framan greinir hefur Valitor rökstutt það mat sitt að rannsókn málsins sé gölluð og að engin brot hafi átt sér stað. Staðhæfir Valitor að ekkert tilefni sé því til að beita sektum. Að öðru leyti kaus fyrirtækið að tjá sig ekki frekar um mögulega stjórnvaldssekt.

Samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga leggur Samkeppniseftirlitið sektir á fyrirtæki sem brjóta gegn sátt sem það gerir við Samkeppniseftirlitið og ef fyrirtæki brjóta gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni.

Eins og leiðir af orðalagi 1. mgr. 37. gr. er tilgangur ákvæðisins sá að varnaðaráhrif sekta stuðli að framkvæmd samkeppnislaga og þar með að aukinni samkeppni, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Meginreglan er sú að leggja skal á sekt vegna brota á ákvæðum samkeppnislaga, sbr. dóm Hæstaréttar frá 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011 *Samkeppniseftirlitið gegn Icelandair ehf.* Ákvæðið felur hins vegar ekki í sér skyldu til álagningar sekta við öllum brotum á bannákvæðum laganna. Mjög ríkar ástæður verða hins vegar að réttlæta það að sektum sé ekki beitt vegna brota á samkeppnislögum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2008 *Sundagarðar ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í 37. gr. samkeppnislaga kemur m.a. fram að sektir geti numið allt að 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun sekta ber skv. ákvæðinu að hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamla og hvað þær hafa staðið lengi. Einnig ber að líta til þess hvort um ítrekuð brot sé að ræða. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segir að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta. Hefur áfrýjunarnefndin talið að það megi einnig líta t.d. til stærðar fyrirtækja sem teljast brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda og hagnaðarsjónarmiða, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hafa dómstólar staðfest þessa túlkun áfrýjunarnefndar, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012 *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Eðlilegt er að túlka 37. gr. laganna með hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011.²³¹

Í ákvörðun þessari hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að Valitor hafi brotið af sér með eftirfarandi hætti:

²³¹ Í athugasemdum við 2. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 52/2007 er fjallað um tillögur að breytingum á 37. gr. samkeppnislaga: „Í ákvæðinu er mælt fyrir um skyldu Samkeppniseftirlitsins til að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja, við nánar tiltekna aðstæður. Byggist tillagan eins og núgildandi ákvæði á fyrirmyndum úr EES/EB-samkeppnisrétti.“



- Brot gegn skilyrðum sem félagið undirgekkst í sátt við Samkeppniseftirlitið í nóvember 2007, sbr. 1. og 7. tl. 1. gr. ákvörðunarorða ákvörðunar nr. 4/2008.
- Brot á 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES. Brotin fólust í umfangsmikilli undirverðlagningu á færsluhirðingamarkaði sem m.a. tók til aðgerða gagnvart mikilvægum söluaðilum.

Hvað eðli og umfang brota Valitors varðar liggur fyrir að á brotatímabilinu var Valitor í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu hér á landi. Sá markaður og tengd greiðslukortastarfsemi er mikilvæg fyrir bæði neytendur og atvinnulífið. Ber að hafa hér í huga að á árunum 2007 og 2008 var heildarveltan í viðskiptum með greiðslukort hjá söluaðilum í viðskiptum hjá Valitor samtals um [...] milljarðar króna hvort árið og um 480 og 505 milljarðar króna í heild á markaðnum árin 2007 og 2008. Miklu skiptir að öll verðmyndun sé eðlileg á svo mikilvægu sviði viðskipta og minni keppinautar séu ekki með óeðlilegum hætti hindraðir í að veita samkeppnislegt aðhald. Í málinu hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að Valitor beitti ólögmætri undirverðlagningu í færsluhirðingu og misnotaði þar með markaðsráðandi stöðu sína. Rökstutt hefur verið að þessi aðgerð hafi verið til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti. Ljóst er að undirverðlagningin varðaði gríðarlega mikil viðskipti og samsvarandi hagsmuni fyrir keppinauta félagsins í færsluhirðingu og almenna neytendur. Brotið var umfangsmikið og varðar eins og fyrr sagði mikilvægan markað. Er það í eðli sínu alvarlegt.

Skilyrði þau sem fram koma í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 eru viðbrögð við alvarlegum brotum m.a. Valitors og voru sett til að vinna gegn frekari brotum fyrirtækisins og vernda þar með samkeppni á umræddu sviði samkeppni. Er í eðli sínu afar alvarlegt að fyrirtæki brjóti skilyrði af þessum toga sem það hefur skuldbundið sig til þess að virða. Brot Valitors á 1. tl. ákvörðunarorðs ákvörðunar var umfangsmikið í þeim skilningi að hin ólögmæta miðlun og notkun upplýsinga var bæði tíð og skipulögð. Þá tengdust þessi brot mikilvægu sviði viðskipta, sbr. umfjöllun hér að framan.

Samkvæmt framansögðu eru brot þessa máls þeirrar tegundar, bæði með hliðsjón af eðli þeirra og umfangi, að full ástæða er til beita sektarheimild 37. gr. samkeppnislaga.

Brot þessi áttu sér stað á árunum 2007-2009. Þessi brotatími er umtalsverður og horfir hann því til þyngingar viðurlaga.

Við mat á fjárhæð sekta ber skv. 37. gr. samkeppnislaga jafnframt að líta til þess hvort um ítrekuð brot sé að ræða, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2012 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Ítrekun leiðir að öllu jöfnu til þyngingar viðurlaga. Sú staðreynd að fyrirtæki fremur aftur sambærileg brot sýnir að sekt sem lögð var á í eldra máli hafði ekki áhrif til varnaðar frekari brotum þess, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 2. október 2008 í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Með sátt sem gerð var 29. nóvember 2007 viðurkenndi Valitor alvarleg brot á m.a. 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Tóku þessi brot til aðgerða Valitors á markaði fyrir færsluhirðingu og voru til þess fallin að valda keppinautnum PBS/Kortabjónustunni samkeppnislegu tjóni. Áttu þessi brot sér stað á árunum 2002-



2006. Í máli þessu liggur fyrir að Valitor hætti ekki brotastarfsemi sinni á færsluhirðingarmarkaði heldur þvert á móti beitti ólögumætri undirverðlagningu á árunum 2007-2009. Þá hefur og þýðingu að Valitor braut gegn skilyrðum sem ætlað var vinna gegn frekari misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Þessi ítrekuðu brot Valitors á 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES horfa óhjákvæmilega til þyngingar viðurlaga og sýna að stjórnvaldssekt í eldra máli hafði ekki næganleg varnaðaráhrif.

Ákvæði 37. gr. samkeppnislaga gera ekki samkvæmt orðalagi sínu þá kröfu að sektir séu metnar með hliðsjón af þeim áhrifum sem viðkomandi ráðstöfun hefði í reynd haft á markaðnum. Hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála í því samhengi bent á að „*ekki skipti öllu máli hvort skaðleg áhrif hafi sannanlega orðið í hvert og eitt sinn þegar markaðsráðandi staða er misnotuð*“, sbr. úrskurð í máli nr. 10/2011 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Af þessu leiðir að bæði er heimilt og eðlilegt, í því skyni að skapa varnaðaráhrif, að leggja á stjórnvaldssektir vegna brots á bannreglum samkeppnislaga þrátt fyrir að ekki sé sýnt fram á samkeppnislegan skaða, t.d. að verð hafi hækkað eða keppinautur hafi hrökklast út af markaðnum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Er þetta sama regla og gildir í EES/ESB-samkeppnisrétti.²³² Hefur komið skýrt fram að ekki sé við mat á sektum þörf á að horfa til þess að brot hafi ekki skilað viðkomandi fyrirtæki hagnaði eða öðrum ávinningi. Eftir sem áður sé rétt að leggja á sektir til að tryggja varnaðaráhrif.²³³ Ef hins vegar „*sýnt er fram á að ólögumæt aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft áhrif til hækkunar sekta*“ eins og segir í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008. Skipta ber mati á áhrifum af samkeppnislagabroti í tvennt. Annars vegar hvort tiltekið brot hafi verið framkvæmt. Ólögumætur samningur markaðsráðandi fyrirtækis sem kemst til framkvæmda er dæmi um þetta, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Hins vegar hvort framkvæmdin hafi leitt af sér bein áhrif á markaðnum, t.d. á verð vöru eða þjónustu eða á keppinaut.²³⁴ Báðar þessar tegundir af áhrifum af broti geta falið í sér rök til hækkunar á sektum.

²³² Sjá hér t.d. mgr. 165-166 í dómi dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli C-457/10 AstraZeneca v. Commission. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 Michelin v Commission: „... the applicant states that, in the contested decision ... the Commission based its assessment of the seriousness of the infringement on its alleged effects, without carrying out a detailed analysis. It maintains that the Commission made a serious error of assessment in evaluating the alleged effects of the infringement for the purpose of determining its seriousness. The applicant, submits that the practices complained of never had the anti-competitive effects which the Commission alleges. The Court notes that, in the contested decision, the Commission did not examine the specific effects of the abusive practices. Nor was it required to do so ... It is true that, in recitals 355 to 357 of the contested decision, the Commission speculated on the effects of the abusive conduct. However, the seriousness of the infringement was established by reference to the nature and the object of the abusive conduct. ... it is clear from settled case-law ... that factors relating to the object of a course of conduct may be more significant for the purposes of setting the amount of the fine than those relating to its effects.“

²³³ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-213/00 CMA CGM and others v Commission [2003] ECR II913: „...the fact that an undertaking did not benefit from an infringement cannot, according to the case-law, preclude the imposition of a fine, since otherwise it would cease to have a deterrent effect ... It follows that, contrary to Senator Lines' argument, the Commission is not required, in order to fix fines, to establish that the infringement brought about an unlawful advantage for the undertakings concerned, or to take into consideration any lack of benefit from the infringement“

²³⁴ Af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2001 má ráða að gerður er greinarmunur annars vegar á því hvort tiltekið samráð hafi komist til framkvæmda og hins vegar hvort samráðið hafi haft bein áhrif á verð (verðáhrif). Sjá hér einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í *Zinc Phosphate Cartel* málinu [2003] 5 CMLR 14: „... the actual impact of a complex of agreements in the market depends on, first whether these arrangements were implemented and, secondly, whether the implementation of these arrangements produced an effect in the market.“



Í máli þessu liggur fyrir að umræddum aðgerðum Valitors var hrint í framkvæmd. Aðgerðir Valitors voru því til þess fallnar að raska samkeppni með alvarlegum hætti. Undirverðlagning Valitors vann þannig gegn því að keppinautar gætu veitt meira samkeppnislegt aðhald á markaði. Hefur sú staðreynd að aðgerðum var hrint í framkvæmd áhrif á viðurlög.

Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á getur huglæg afstaða þeirra sem hlut eiga að broti skipt máli við mat á fjárhæð sekta, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 8/2008. Í samkeppnisrétti er talið að brot sé framið af ásetningi þegar viðkomandi aðila mátti vera ljóst að aðgerðum hans var ætlað að raska samkeppni. Ekki er skilyrði að viðkomandi hafi verið það ljóst að aðgerðir hans fælu í sér brot á samkeppnisreglum.²³⁵ Skýr ásetningur getur falið í sér rök fyrir hækkun sekta en ekki er hins vegar sjálfgefið að brot framin af gáleysi eigi að leiða til lægri sekta en ella.²³⁶

Þegar huglæg afstaða er hér metin ber að líta til þess að í eldri málum hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að Valitor væri markaðsráðandi, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 112/2002 og ákvarðanir samkeppnisyfirvalda í málum nr. 18/2003, 4/2008 og 33/2008. Einnig skiptir máli að lengi hefur legið fyrir að markaðsráðandi fyrirtæki geta misnotað markaðsráðandi stöðu sína með undirverðlagningu. Bannregla 11. gr. samkeppnislaga var fyrst lögfest með lögum nr. 107/2000 sem breyttu þágildandi samkeppnislögum. Í frumvarpi sem varð að þeim lögum kemur fram að markaðsráðandi fyrirtæki geti misnotað stöðu sína með undirverðlagningu og fyrir liggja úrlausnir sem skýra inntak ólögmætrar undirverðlagningar, sbr. t.d. dóm dómstóls ESB frá 1991 í AKZO málinu og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003.

Að mati Samkeppniseftirlitsins getur Valitor ekki borið fyrir sig reynslu- og þekkingarleysi. Fyrirtækið hefur áður sætt afskiptum samkeppnisyfirvalda og ætti því að þekkja vel inntak samkeppnislaga. Hér skiptir og máli að Valitor er öflugt fyrirtæki á sínu sviði og hefur í samkeppnismálum notið ráðgjafar sérfræðinga.

Af þessu leiðir að Valitor mátti vera ljóst að sú hegðun sem felst í undirverðlagningu geti farið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Draga verður því þá ályktun að Valitor hafi haft ásetning til að raska samkeppni og verja þar með markaðsráðandi stöðu sína með ólögmætum hætti. Horfir þetta til þyngingar viðurlaga.

Að mati Samkeppniseftirlitsins gat Valitor heldur ekki dulist að með háttsemi sinni fór það gegn skilyrðum sáttar sem fyrirtækið hafði gert við Samkeppniseftirlitið og sem var til grundvallar ákvörðunar nr. 4/2008. Fyrirtæki sem fallast á skilyrði, sem þau taka þátt í að móta og er ætlað að stuðla að virkri samkeppni, verða að leitast við að tryggja að markmið skilyrðanna nái fram að ganga, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/2007, *Icelandair Group hf. og Bláfugl ehf. gegn*

²³⁵ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í sameinuðum málum nr. T-202, 204 og 207/98 *Tate & Lyle, British Sugar plc and Napier Brown plc v Commission* [2001] 5 CLMR 22: „It is settled case-law that, for an infringement of the competition rules of the Treaty to be regarded as having been committed intentionally, it is not necessary for an undertaking to have been aware that it was infringing those rules. It is sufficient that it could not have been unaware that its conduct was aimed at restricting competition.”

²³⁶ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-137/95P *SPO v Commission* [1996] ECR I-1611.



Samkeppniseftirlitinu. Er það alvarlegt ef fyrirtæki brjóta í bága við skilyrði sem þau hafa sjálf undirgengist að hafa í heiðri, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2010 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* og nr. 5/2011 *Forlagið hf. gegn Samkeppniseftirlitinu.*

Þegar framangreint er virt og höfð er hliðsjón af hinu skipulagða eðli brotanna gegn 1. tl. ákvörðunarorðs ákvörðunar nr. 4/2008 verður að telja að þau brot hafi verið framin af ásetningi. Ofangreint, og rök tengd varnaðaráhrifum stjórnvaldssekta, leiðir til þyngingu viðurlaga til þess að tryggja að markmiðum skilyrða í ákvörðun nr. 4/2008 verði náð.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu segir:

„Til þess að stjórnslusektir sem þessar geti haft tilætluð áhrif verður loks að taka mið af styrkleika áfrýjanda en þar kemur velta hans á síðasta almanaksári og þeirrar samstæðu, sem hann tilheyrir, einkum til skoðunar.“

Í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 14/2009 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* er framangreint áréttað og bent á að ef við ákvörðun viðurlaga sé ekki horft til fjárhagslegs styrkleika sé ekki nægjanlega stuðlað að því að fyrirtæki virði samkeppnislög.

Eins og leiðir af framangreindu er við mat á fjárhæð sekta eðlilegt að horfa til heildarveltu hins brotlega aðila og þeirrar samstæðu, sem hann tilheyrir. Í samkeppnisrétti hefur einnig verið bent á það að velta á þeim markaði sem brotið tók til geti gefið sanngjarna vísbendingu um umfang brotsins. Jafnframt gefi velta á viðkomandi markaði til kynna hlutlægan mælikvarða á því tjóni sem brot getur valdið samkeppni á markaðnum.²³⁷

Valitor var markaðsráðandi á markaði sem skilgreindur hefur verið í máli þessu. Velta á færsluhirðingarmarkaði gefur til kynna að umfang brota Valitors var verulegt og til þess fallið að valda umtalsverðu samkeppnislegu tjóni. Heildarvelta Valitors var 9,5 milljarðar króna á árinu 2011. Á árinu 2012 var heildarvelta Valitors 8,4 milljarðar króna.²³⁸ Valitor er dótturfélag Arion banka hf. og telst félagið því hluti af mjög efnahagslega öflugri fyrirtækjasamstæðu. Brúttó rekstrartekjur Arion banka á árinu 2012 voru um 82,5 milljarðar króna og hreinar rekstrartekjur um 44,8 milljarðar króna og hagnaður um 17,1 milljarðar króna. Heildareign bankans í árslok var um 901 milljarðar króna.²³⁹

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að brot Valitors séu mjög alvarleg. Telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja 500.000.000 kr. sekt á Valitor vegna brota fyrirtækisins á skilyrðum 1. og 7. tl. 1. gr. í ákvörðunarorðum í ákvörðun

²³⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-224/00 Amnio Acids [2003] 5 CMLR 12: „... as is clear from settled case-law ... the proportion of turnover derived from the goods in respect of which the infringement was committed is likely to give a fair indication of the scale of the infringement on the relevant market. In particular, as the Court of First Instance has emphasised, the turnover in products which have been the subject of a restrictive practice constitutes an objective criterion which gives a proper measure of the harm which that practice causes to normal competition ... ”.

²³⁸ Valitor hf., Ársreikningur 2012, birtur á www.lt.is.

²³⁹ Arion banki hf., Ársreikningur 2012, birtur á www.arionbanki.is.



Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 og gegn 11. gr. samkeppnislag og 54. gr. EES-samningsins.



IX. ÁKVÖRÐUNARORÐ:

„Með háttsemi þeirri sem lýst er í ákvörðun þessari braut Valitor hf. skilyrði 1. og 7. tl. 1. gr. í ákvörðunarorðum í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008, sbr. sátt dags. 29. nóvember 2007. Einnig braut Valutor hf. gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 54. gr. EES-samningsins. Er Valitor hf. gert að greiða kr. 500.000.000 í stjórnvaldssekt.

Sekt skal greiðast í ríkissjóð eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson