

## ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

### úrskurður í máli nr. 4/2013

**Valitor hf.**

**gegn**

**Samkeppniseftirlitinu**

#### I

##### KRÖFUR MÁLSADILA

Með kæru 10. maí 2013 hefur Valitor hf. (hér eftir nefndur áfrýjandi) kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2013 frá 12. apríl 2013 til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi brotið skilyrði 1. og 7. töluliðar 1. gr. í ákvörðunarorðum ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008, sbr. sátt dagsett 29. nóvember 2007. Þá var það ennfremur niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að áfrýjandi hafi á árunum 2007 og 2008 og fram á mitt ár 2009 brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 54. gr. EES-samningsins með umfangsmikilli undirverðlagningu á markaði fyrir færsluhirðingu greiðslukorta. Var áfrýjanda gert að greiða 500.000.000 krónur í stjórnvaldssekt.

Áfrýjandi krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara krefst hann þess að sektin verði felld niður, en að því frágengnu að hún verði lækkuð verulega. Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

#### II

##### MÁLSATVIK

Áfrýjandi starfar á greiðslukortamarkaði hér á landi. Er hlutverk hans þar einkum tvíþætt. Annars vegar starfar hann sem svonefndur færsluhirðir. Felst í því hlutverki að áfrýjandi semur við söluaðila vöru og þjónustu og gerir þeim þannig kleift að taka á móti greiðslukortum í viðskiptum korthafa við þá. Hins vegar starfar hann sem vinnsluaðili í greiðslukortaútgáfu. Í því felst að hann hefur með höndum þætti kortaútgáfu

fyrir hönd einstakra útgefenda VISA greiðslukorta. Útgefendur greiðslukorta eru síðan einstakir bankar og sparisjóðir.

Allt til haustsins 2002 voru tveir færsluhirðar starfandi hér á landi og önnuðust þeir nánast alla færsluhirðingu hjá söluaðilum vöru og þjónustu á Íslandi. Á þessum tíma var áfrýjandi í eigu nánast allra banka og sparisjóða á Íslandi. Var áfrýjandi á þeim tíma stór eignaraðli í Fjölgreiðslumiðlun hf. og átti hlut í Reiknistofu bankanna (hér eftir RB) sem áttu öll helstu grunnkerfi í greiðslumiðlun og greiðslujöfnun. Gegna þessi félag lykilhlutverki í starfsemi sem tengist notkun greiðslukorta hér á landi. Voru þessi tvö félag alfarið í eigu íslenskra banka, sparisjóða og greiðslukortafélaganna Valitors hf. og Borgunar hf.

Í nóvember 2002 hóf PBS (nú Teller), sem er danskt greiðslukortafyrirtæki, færsluhirðingu í samstarfi við Kortþjónustuna hf. Barst samkeppnisýfirvöldum kvörtun frá PBS/Kortþjónustunni hf. þar sem því var haldið fram að fyrirtækið sætti ólögætum samkeppnishindrunum. Samkeppniseftirlitið framkvæmdi húsleit á starfsstöð áfrýjanda í júní 2006 og í framhaldinu hjá Borgun hf. og Fjölgreiðslumiðlun hf.

Málinu lauk gagnvart áfrýjanda með gerð sáttar sem áfrýjandi staðfesti með undirritun sinni 29. nóvember 2007. Í sáttinni fólst að áfrýjandi viðurkenndi brot á 10. og 11. gr. samkeppnislaga og samþykkti greiðslu sektar að fjárhæð kr. 385.000.000 króna. Efni sáttarinnar var birt með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Í sáttinni fólst að áfrýjandi viðurkenndi að hafa misnotað markaðsráðandi stöðu sína með aðgerðum sem ætlað var að hindra að samkeppnisaðili næði fötfestu í færsluhirðingu hér á landi. Jafnframt féllst áfrýjandi á að hlíta ákveðnum skilyrðum í stafsemi sinni. Meðal annars féllst áfrýjanda á að honum væri óheimilt að nota upplýsingar sem félagið býr yfir um söluaðila í viðskiptum við keppinauta til markaðsaðgerða gegn keppinautum, sbr. 1. tölulið 1. gr. ákvörðunarinnar. Einnig féllst áfrýjandi á að honum væri óheimilt að óska eftir því að RB aflaði eða miðlaði hvers konar viðskiptalegum upplýsingum um núverandi eða mögulega keppinauta félagsins og að áfrýjanda væri óheimilt að taka við og nýta sér upplýsingar frá RB um keppinauta, sbr. 7. tölulið 1. gr. ákvörðunarinnar.

Þann 18. júní 2009 barst Samkeppniseftirlitinu kvörtun frá Borgun hf. þar sem því var haldið fram að áfrýjandi hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína. Þessi kvörtun, auk fyrirliggjandi ábendinga um ætluð brot áfrýjanda, leiddu til þess að framkvæmd var húsleit hjá honum 1. júlí 2009. Í framhaldinu fór fram gagnaöflun og rannsókn af hálfu Samkeppniseftirlitsins á háttsemi áfrýjanda.

Ágreiningur var um tiltekna þætti í málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Annars vegar var ágreiningur um aðgang að upplýsingum í kvörtun Borgunar hf. sem húsleitinn byggði

á. Var leyst úr þeim ágreiningi með dómi Hæstaréttar Íslands 23. febrúar 2012 í máli nr. 72/2011 þar sem fallist var á kröfu áfrýjanda um afhendingu gagna. Hins vegar var ágreiningur um kröfu áfrýjanda um eyðingu gagna sem Samkeppniseftirlitið aflaði með húsleitinni. Var leyst úr honum með dómi Hæstaréttar Íslands 26. nóvember 2009 í máli nr. 633/2009 þar sem Samkeppniseftirlitinu var gert að eyða afritum af tilteknum gögnum.

Andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins var sent áfrýjanda til umsagnar 15. mars 2012 og bárust athugasemdir hans 5. júlí 2012. Samkeppniseftirlitið sendi áfrýjanda viðbót við andmælaskjalið 16. október 2012 og gaf honum kost á að koma að athugasemdum og bárust þær 12. nóvember 2012.

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í málinu lá fyrir 12. apríl 2013 og var hún birt áfrýjanda þann sama dag.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar og gagna málsins.

### III

#### MÁLSMEDFERÐ HJÁ ÁFRÝJUNARNEFNDINNI

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 24. maí 2013. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust áfrýjunarnefndinni 5. júní 2013 og svar Samkeppniseftirlitinu við þeim 12. sama mánaðar.

Hagsmunaaðilum, Borgun hf., Greiðsluveitunni ehf. og Kortþjónustunni hf., var gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu og bárust þær 27. júní og 5. og 8. júlí 2013. Þá bauðst þeim að koma fyrir nefndina og gera stuttlega grein fyrir sjónarmiðum sínum og þáði Kortþjónustan hf. það boð.

Málið var flutt munnlega fyrir nefndinni þann 6. september 2013.

Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna anna nefndarmanna, sumarleyfa og umfangs málsins. Þá var nefndin ekki fullskipuð fyrr en 27. maí sl., en með bréfi atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins þann dag var Þorgeir Ingi Njálsson dómstjóri skipaður í nefndina um stundarsakir til að fjalla um fram komna kæru.

### IV

#### RÖKSEMDIR MÁLSAÐILA

## **1. Málsástæður áfrýjanda**

### **1.1 Um öflun og notkun gagna**

Áfrýjandi byggir á því að fella verði hina kærðu ákvörðun úr gildi þar sem rannsókn málsins sé haldin svo verulegum annmörkum að réttur til réttlátrar málsmeðferðar verði ekki tryggður. Þannig hafi trúnaðarsamskipti áfrýjanda við utanaðkomandi lögmann hans, það er lögmann sem ekki séu í föstu starfi hjá honum, verið haldlögð, skoðuð og prentuð út við rannsókn málsins. Brjóti þetta gegn ákvæðum laga um meðferð sakamála nr. 88/2008, meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 og ákvæðum Mannréttindasáttmála Evrópu, stjórnarskrárinnar og EES-samningsins.

Áfrýjandi telur alveg skýrt að Samkeppniseftirlitinu hafi verið óheimilt að haldleggja, hvað þá skoða og prenta út, samskipti áfrýjanda við lögmann sína. Sé það í samræmi við reglur flestra ef ekki allra ríkja heims enda grundvallarregla réttarríkisins að samskipti lögmanna og umbjóðenda þeirra njóti trúnaðar. Áfrýjandi hafnar rökstuðningi Samkeppniseftirlitsins fyrir lögmati aðgerða sinna með öllu og telur að hann standist ekki.

Áfrýjandi vísar til dóms Hæstaréttar í máli aðila frá 26. nóvember 2009 (mál nr. 633/2009) og bendir á að þar komi fram með skýrum hætti að sú réttarvernd sem leitarpólum sé tryggð með lögum um meðferð sakamála nái einnig til rafrænna afrita, enda væri annar skýringarkostur ótækur. Tók dómurinn til greina kröfu áfrýjanda um að Samkeppniseftirlitið eyddi tilteknum rafrænum afritum gagna sem það hafði haldlagt, meðal annars samskiptum við utanaðkomandi lögmann og öðrum gögnum sem gátu ekki með nokkru móti varðað rannsókn málsins eins og hún hafi verið afmörkuð í húsleitarbeiðni. Það að Samkeppniseftirlitið hafi haldið fram nákvæmlega sömu röksemdum undir rekstri dómsmálsins og það geri enn í hinni kærðu ákvörðun sé vítavert í ljósi dómsins.

Áfrýjandi telur ljóst að samskipti hans við utanaðkomandi lögmann sína geti aldrei orðið andlag halds og hafi Samkeppniseftirlitinu borið að hafa frumkvæði að því að aflétta haldi á slíkum gögnum. Af því leiði að Samkeppniseftirlitinu hafi ekki verið heimilt að skoða gögnin, hvert sem innihald þeirra hafi verið.

Áfrýjandi byggir á því að með því að Samkeppniseftirlitið, sem hafi með höndum rannsókn og ákvörðunarvald í fyrirbyggjandi máli, hafi á grundvelli húsleitar lagt hald á, skoðað og prentað út samskipti félagsins við utanaðkomandi lögmann, sé útilokað að áfrýjandi 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 sé að mati áfrýjanda að það jafnræði sé fyrir búi, hafi annar málsaðilinn, stjórnvaldið, undir höndum samskipti hins ætlaða brotlega aðila við lögmennt sína. Slík niðurstaða grafi undan reglum réttarríkisins, enda sé trúnaðarsamband lögmannna og skjólstaðinga varið í lögum nr. 77/1998 um lögmennt, auk siðareglna lögmannna (codex ethicus).

Áfrýjandi byggir jafnframt á því að við húsleit Samkeppniseftirlitsins og eftirfarandi skoðun haldlagðra gagna hafi stofnunin farið langt útfyrir þá heimild sem leiddi af húsleitarúrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur. Áfrýjandi vísar til dóms Hæstaréttar 26. nóvember 2009 í máli aðila nr. 633/2009 og til dóma Hæstaréttar 30. maí 2012 í málum nr. 356/2012 og 357/2012 og telur ljóst að afmörkun á því máli sem til rannsóknar sé samkvæmt húsleitarbeiðni ráði því hvaða gögn sé heimilt að haldleggja. Komist lögregla, eða stjórnvöld, við húsleit yfir gögn sem ekki tengist rannsókninni eins og hún hafi verið afmörkuð í húsleitarbeiðni beri að aflétta þeirri haldlagningu þegar í stað. Fari sú aflétting fram með þeim hætti að frumritum sé skilað og rafrænum afritum eytt. Sé það og í samræmi við 68. og 72. gr. laga um meðferð sakamála. Af því leiði jafnframt að stjórnvaldi sé óheimilt að nota þau gögn, sem það kemst yfir á grundvelli húsleitarúrskurðar vegna tiltekins máls sem til rannsóknar er, til að afmarka nýjan málsgrundvöll og undirbyggja þannig málalíbúnað gegn ætluðum brotlegum aðila sem ekki hafi verið lagður í húsleitarbeiðni.

Áfrýjandi telur að rannsókn Samkeppniseftirlitsins í þessu máli hafi ekki verið í samræmi við framangreint. Þá bendir áfrýjandi á að 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 26. nóvember 2009 í máli nr. 633/2009. Sé að mati áfrýjanda óhjákvæmilegt að ógilda hinna kærðu ákvörðun af þessum sökum, enda hafi ólögmet sönnunargögn sannanlega verið notuð til að afmarka nýjan grundvöll málsins.

## **1.2 Um andmælarétt, upplýsingarétt og rannsóknarreglu**

Áfrýjandi byggir á því að Samkeppniseftirlitið hafi undir rekstri málsins brotið með alvarlegum hætti gegn rétti áfrýjanda til aðgangs að gögnum, rétti sem honum sé tryggður með 15. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Þar sem rétturinn til aðgangs að gögnum sé nátengdur andmælarétti sem aðilum stjórnsýslumáls sé tryggður með 13. gr. stjórnsýslulaga sé einnig um að ræða brot á því ákvæði. Vísar áfrýjandi í þessu sambandi til dóms Hæstaréttar 23. febrúar 2012 í máli nr. 72/2011. Úr slíkum verulegum annmarka verði ekki bætt undir rekstri málsins með útgáfu andmælaskjals, einkum þar sem þegar við útgáfu þess virðist sem Samkeppniseftirlitið hafi í raun verið búið að taka afstöðu til

háttsemi áfrýjanda, það er að Samkeppniseftirlitið hafi þegar við ritun andmælaskjals verið búið að gera upp hug sinn, en á því stigi hafi áfrýjandi ekki átt neinn kost á að gæta andmælaréttar síns enda hafi hann ekki haft lykilupplýsingar úr gögnum málsins undir höndum. Þetta leiði að mati áfrýjanda til þess að málsmeðferðin brjóti gegn bæði rannsóknarreglu 10. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 og andmælarétti kæranda, sbr. 13. gr. laganna.

### **1.3 Ákvörðun nr. 4/2008**

Áfrýjandi hafnar því að hafa brotið gegn þeim skilyrðum sem honum voru sett með ákvörðun nr. 4/2008. Á hann verði ekki lagðar frekari skyldur en þær sem beinlínis má leiða af ákvörðunarorðum í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Við túlkun á inntaki þeirra verði þó að taka mið af tilgangi þeirra, enda sé það áfrýjanda í hag. Sé það í samræmi við almennar meginreglur um túlkun íþyngjandi stjórnvaldsákvæðana.

Áfrýjandi hafnar því að hafa brotið gegn 1. tölulið 1. gr. ákvörðunarinnar og bendir á að það sé óhjákvæmilegt að hann búi yfir upplýsingum um samkeppnisaðila sína vegna hlutverks síns. Af þeim sökum leggi ákvæðið einungis bann við því að þær verði nýttar „til markaðsaðgerða gegn keppinautum“. Áfrýjandi hafi ekki nýtt þessar upplýsingar gegn keppinautum sínum og bendir á að þrátt fyrir gríðarlegt magn gagna frá áfrýjanda nefni Samkeppniseftirlitið engin dæmi um slíka notkun þeirra og sé brotið því ósannað. Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið túlki inntak skilyrðisins með mun víðtækari hætti en leiða megi af hvort sem er orðalagi þess eða tilgangi. Þannig sé beinlínis lagt til grundvallar að tilteknu sviði áfrýjanda, „Fyrirtækjalausnum“, sem annist m.a. færsluhirðingu, hafi verið óheimilt að hafa upplýsingarnar undir höndum og það eitt og sér feli í sér brot á þessu skilyrði ákvörðunarinnar. Áfrýjandi bendir á að skilyrðinu hafi greinilega verið ætlað að stöðva tiltekna háttsemi, sem fjallað var um í sáttinni. Áfrýjandi telur að sú túlkun Samkeppniseftirlitsins að skilyrðið leiði „eðli málsins samkvæmt“ til þess að tilteknu sviði innan félagsins hafi verið óheimilt að hafa upplýsingarnar undir höndum fái einfaldlega ekki staðist. Hafi það verið ætlunin hefði það einfaldlega verið tekið fram. Það hafi hins vegar ekki verið gert, enda tilgangur skilyrðisins sá að koma í veg fyrir notkun þessara upplýsinga til markaðsaðgerða gegn keppinautum, en ekki umráð þeirra. Þvert á móti hafi verið lagt til grundvallar ákvörðuninni að óhjákvæmilegt væri að kærandi hefði þessar upplýsingar undir höndum og enginn greinarmunur gerður á einstökum sviðum innan félagsins í þeim efnum.

Áfrýjandi bendir á að ekkert liggi fyrir í gögnum málsins, þrátt fyrir húsleit hjá áfrýjanda þar sem gífurlegt magn gagna var haldlagt, að upplýsingarnar hafi verið notaðar með þeim hætti sem lýst var í sáttinni og umræddu skilyrði var ætlað að taka til. Enda hafi það

ekki verið gert og sé því þar af leiðandi harðlega mótmælt sem röngu og algerlega ósönnuðu að áfrýjandi hafi haldið „óbreyttum hætti“ eins fram komi í hinni kærðu ákvörðun. Þá vísar áfrýjandi til fyrirbyggjandi gagna í málinu um afstöðu keppinautar til háttsemi áfrýjanda eftir gerð sáttarinnar sem styðji að félagið hafi látið af þeirri háttsemi sem sáttin fjallar um.

Áfrýjandi telur að ekkert í hinni kærðu ákvörðun sýni fram á að áfrýjandi hafi notað þessar upplýsingar til markaðsaðgerða gegn keppinautunum, enda hafi það ekki verið gert. Ber því að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi hvað varðar brot gegn 1. tölulið 1. gr. ákvörðunar nr. 4/2008.

Áfrýjandi hafnar því einnig að hafa brotið gegn 7. tölulið 1. gr. ákvörðunar nr. 4/2008. Telur hann að ekki sé skýrt samkvæmt forsendum hennar gegn hvað háttsemi henni var stefnt að þessu leyti, það er hver hafi verið tilgangur umrædds skilyrðis. Í forsendum ákvörðunarinnar hafi þannig ekki verið að því vikið að brot gegn skilyrðinu gæti falist í því einu að áfrýjandi fengi upplýsingar frá RB. Verði því að túlka skilyrðið með þeim hætti að því hafi verið ætlað að koma í veg fyrir að áfrýjandi nýtti sér slíkar upplýsingar um keppinauta sína gegn þeim.

Þá byggir áfrýjandi á því að eina verkbeiðni hans, sem Samkeppniseftirlitið telur fela í sér brot á því skilyrði sem hér um ræðir, hafi ekki verið fylgt eftir og aldrei hafi komið til þess að upplýsingar á grundvelli hennar hafi verið veittar. Samkvæmt framansögðu séu ekki forsendur til að líta svo á að fyrir liggi brot á greindu skilyrði. Verði á hinn bóginn ekki á það fallist byggir áfrýjandi á því að ekki sé um alvarlegt brot að ræða og vart forsendur fyrir því að honum verði gerð viðurlög vegna þess.

#### **1.4 Markaðsskilgreining**

Áfrýjandi hafnar því að hafa verið í markaðsráðandi stöðu á ætluðu brotatímabili eins og lagt er til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun. Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi í ákvörðun sinni litið framhjá skýrum einkennum þess að færsluhirðingarmarkaður sé stærri en Ísland. Þá hafi Samkeppniseftirlitið litið framhjá gríðarlegum fjárhagsstyrk samkeppnisaðila áfrýjanda hér á landi, danska færsluhirðisins PBS, og sterkri markaðsstöðu hans á mörkuðum í nágrenni Íslands. Áfrýjandi byggir á því að landfræðilegur markaður málsins sé stærri en Ísland og að hann nái til Evrópu allrar, en a.m.k. til Íslands og Danmerkur.

Áfrýjandi bendir m.a á að aðgangshindranir inn á íslenska markaðinn séu afar litlar og hér sé notast við alþjóðlegt greiðslukortakerfi sem auðveldi erlendum aðilum aðgang. Þá sé starfsemi PBS hér á landi til marks um alþjóðleg einkenni markaðarins. Sé

markaðurinn skilgreindur sem samevrópskur markaður sé markaðshlutdeild áfrýjanda hverfandi og áfrýjandi alls ekki í markaðsráðandi stöðu eins og Samkeppniseftirlitið heldur fram. Áfrýjandi geti því ekki hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjandi byggir einnig á því að PBS hafi margfaldan efnahagslegan styrkleika umfram kæranda og að fyrir liggi að þessi samkeppnisaðili áfrýjanda á ætluðu brotatímabili hafi gríðarlega fjárhagslega yfirburði fram yfir hann. Í hinni kærðu ákvörðun hafni Samkeppniseftirlitið því að þessi óumdeilda staðreynd hafi þýðingu í málinu. Áfrýjandi telji ljóst að PBS sé starfandi færsluhirðir hér á landi en Kortþjónustan hf. sé aðeins þjónustuaðili þess félags og að Samkeppniseftirlitið hafi ekki sinnt rannsóknarskyldu sinni með fullnægjandi hætt þegar það komst að annarri niðurstöðu hvað þetta varðar. Áfrýjandi bendir á að hann geti ekki hegðað sér án tillits til keppinautar sem hafi slíka gríðarlega fjárhagslega yfirburði. Af því leiði að áfrýjandi geti ekki hafa verið í markaðsráðandi stöðu á ætluðu brotatímabili.

Þá byggir áfrýjandi á því að þróun markaðshlutdeildar hans hafi verið með þeim hætti á undanförunum árum að hún veiti skýrar vísbendingar um að félagið hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á ætluðu brotatímabili. Hann byggir á því að algjört hrun í markaðshlutdeild hans í kjölfar breytinga á markaðnum í upphafi árs 2009 sýni að hann hafi aldrei á ætluðu brotatímabili haft þann efnahagslega styrk að geta hindrað virka samkeppni. Í öllu falli hafi áfrýjandi ekki getað verið í markaðsráðandi stöðu á fyrri helmingi árs 2009 og beri því að lágmarki að fella úr gildi hina kærðu ákvörðun hvað það tímabil varðar.

### **1.5 Misnotkun á markaðsráðandi stöðu**

Verði talið að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu er á því byggt að áfrýjandi hafi ekki misnotað hana þannig að farið hafi bága við 11. gr. samkeppnislaga.

Í hinni kærðu ákvörðun sé byggt á því að áfrýjandi hafi með tvenns konar hætti brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Annars vegar með skaðlegri undirverðlagningu í færsluhirðingu debetkorta á árunum 2007 og 2008. Hins vegar með svonefndum „aðgerðum gegn tilteknum söluaðilum“ á árinu 2008 og á fyrri helmingi árs 2009.

Áfrýjandi bendir á að víða í hinni kærðu ákvörðun sé fjallað ítarlega um svonefnt milligjald á færsluhirðingarmarkaði og ákvörðun þess. Eins og fram komi í ákvörðuninni sé sérstakt stjórnarsýslumál til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu þar sem lögmæti þess fyrirkomulags er til skoðunar. Áfrýjandi fái ekki séð hvaða þýðingu ákvörðun og fjárhæð milligjalds hafi fyrir þau ætluðu brot hans sem fjallað sé um í hinni kærðu ákvörðun.



Áfrýjandi mótmælir þó almennt öllum staðhæfingum Samkeppniseftirlitsins í þessa veru sem röngum og í öllu falli þýðingarlausum fyrir úrlausn þessa máls.

Áfrýjandi hefur verulegar athugasemdir við túlkun Samkeppniseftirlitsins á 11. gr. samkeppnislaga eins og hún kemur fram í hinni kærðu ákvörðu og telur hana í ósamræmi við gildandi rétt.

Áfrýjandi telur að við túlkun 11. gr. verði að hafa í huga þá meginreglu að markaðsráðandi fyrirtækjum sé að meginstefnu til frjálst að taka þátt í verðsamkeppni af krafti og gæta verði mikillar varúðar við alla íhlutun í verðstefnu markaðsráðandi fyrirtækja, einkum („of“) lága verðlagningu, enda samkeppni í verði kjarni heilbrigðrar samkeppni. Til að verðlagning brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga verði hún að vera samkeppnishamlandi og leiða til útilokunaráhrifa. Þá verði að hafa í huga að mörkin milli samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu og samkeppnishamlandi hegðunar kunna að vera óljós, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2010.

Áfrýjandi bendir á að til að verðhegðun markaðsráðandi fyrirtækja teljist samkeppnishamlandi og hafi í för með sér útilokunaráhrif, verði hún að vera hlutlægt séð til þess fallin að útiloka keppinauta af markaði. Komi þetta fram í leiðbeiningu framkvæmdastjórnar ESB og enginn vafi leiki á því að dómstólar ESB leggi sams konar skilgreiningu til grundvallar.

Þá telur áfrýjandi að það sé ekki svo að verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis undir meðaltalsbreytilegum kostnaði teljist allt að því sjálfkrafa misnotkun á markaðsráðandi stöðu, líkt og virðist vera byggt á í hinni kærðu ákvörðun. Áfrýjandi telur að 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 keppinauta

Áfrýjandi telur að í hinni kærðu ákvörðun sé ólík túlkun lögð til grundvallar á inntaki 11. gr. samkeppnislaga og skaðlegri undirverðlagningu. Sé hún ýmist misvísandi eða efnislega röng.

Áfrýjandi telur að við mat á því hvort verðlagning markaðsráðandi fyrirtækja sé misnotkun beri að líta til vörunnar eða þjónustunnar sem hið markaðsráðandi fyrirtæki stundar sölu á. Samanstandi viðkomandi þjónusta til að mynda af fleiri en einum þjónustubætti beri almennt að skoða verðlagningu þeirra liða heildstætt en ekki taka einn þjónustulið út fyrir sviga, enda sé hann almennt ekki seldur sjálfstætt.

Áfrýjandi byggir á því að samkeppnisyfírvöld hér á landi hafi hingað til lagt til grundvallar hina svokölluðu AKZO-reglu og þá aðferðafræði sem byggir á henni. Í hinni kærðu ákvörðun sé þeim röksemdum áfrýjanda að líta eigi til framlegðar af hverjum einstökum

samningi hafnað og á því byggt að heimilt sé að taka verðlagningu debetkorta út fyrir sviga.

Áfrýjandi telur að grundvallarspurningin við mat á skaðlegri undirverðlagningu sé hvort hið markaðsráðandi fyrirtæki sé að verðleggja hverja sölu á vöru eða þjónustu undir meðaltali breytilegs kostnaðar. Í fyrirliggjandi máli sé hver einstök sala samningur áfrýjanda við söluaðila um færsluhirðingu, bæði debet- og kreditkorta. Ekki séu gerðir aðskildir samningar við sama söluaðila um debetkort annars vegar og kreditkort hins vegar.

Áfrýjandi byggir á því að sú staðreynd að fjárhæð þóknunar sé ólík eftir færsluhirðingu debetkorta og kreditkorta geti auðsýnilega ekki breytt þeirri staðreynd að sú þjónusta sem félagið selji sé færsluhirðing. Þóknun sé reiknuð sem hlutfall af fjárhæð færslu. Ólíkur kostnaður liggi að baki ólíkum kortategundum. Kjör áfrýjanda endurspeglir þetta og væri annað óeðlilegt, enda auðveldi það söluaðilum að haga starfsemi sinni eins og þeim hentar og auki gagnsæi í þóknun áfrýjanda, auk þess sem augljós sanngirnisþjónarmið búi þar að baki. Óeðlilegt sé að söluaðili greiði jafn háa þóknun til áfrýjanda eftir tegund korta, þegar ljóst sé að kostnaður sé ólíkur. Það breyti því hins vegar ekki að hver einstök sala áfrýjanda sé samningur um færsluhirðingu.

Áfrýjandi bendir á að grundvallarregla samkeppnisréttar um skaðlega undirverðlagningu, svonefnd AKZO-regla, byggir á þeirri forsendu að þegar fyrirtæki tekur ákvörðun um einstaka sölu sem sé undir meðaltali breytilegs kostnaðar hljóti tilgangurinn að vera sá að skaða samkeppni. Þegar fyrirtæki á færsluhirðingarmarkaði ákveði hvort geri eigi einstakan samning, sem undantekningalaust taki til beggja kortategunda, kanni það meðaltal breytilegs kostnaðar fyrirtækisins. Því næst kanni það þær tekjur sem það hafi af samningnum. Séu tekjurnar hærri en meðaltal breytilegs kostnaðar hagnast félagið á gerð samningsins. Þegar af þeirri ástæðu geti AKZO-reglan ekki átt við nema heildartekjurnar séu skoðaðar.

Byggir áfrýjandi þar af leiðandi á því að við mat á skaðlegri undirverðlagningu á færsluhirðingarmarkaði beri á tekjuhliðinni að líta til allra tekna áfrýjanda af viðkomandi samningi, enda sé það sú eining sem seld sé, ákvörðun um sölu eigi sér stað við gerð hvers samnings. Önnur regla, þar á meðal sú sem Samkeppniseftirlitið noti í hinni kærðu ákvörðun, endurspeglir ekki raunverulegar samkeppnisaðstæður á markaðnum og leiði til efnislega rangrar niðurstöðu.

Þannig leiði verðlagning samkvæmt færsluhirðingarsamningi ekki til taps fyrir áfrýjanda ef heildartekjur af samningnum standa undir meðaltali breytilegs kostnaðar. Sé því tilgangurinn ekki að skaða samkeppni, heldur að hagnast.

Þá hafnar áfrýjandi því að umfang ætlaðrar undirverðlagningar hafi verið mikið, þvert á móti sýni tölur að um hafi verið að ræða mjög óverulegan hluta viðskipta áfrýjanda í færsluhirðingu. Þá sé því alfarið hafnað að neikvæð framlegð áfrýjanda af færsluhirðingu debetkorta í heild á tímabilinu hafi þýðingu, enda söluvaran færsluhirðing í heild og óumdeilt að framlegð af henni hafi verið jákvæð á tímabilinu.

Áfrýjandi bendir á að viss skekkja hafi verið í samningum áfrýjanda á ætluðu brotatímabili þessa máls. Þannig hafi í samningum áfrýjanda við söluaðila í tilviki debetkorta verið kveðið á um lágmark og hámark á þóknun af hverri færslu. Í samningum áfrýjanda við útgefendur um milligjald hafi hins vegar eingöngu verið kveðið á um hundraðshluta af hverri þóknun, en ekki hámark og lágmark. Hafi þessi skekkja verið leiðrétt í byrjun árs 2009 með því að sambærileg hámark taka einnig til greiðslna til útgefenda. Bendir áfrýjandi á að það hafi verið um hálfu ári áður en rannsókn þessa máls hófst með húsleit og löngu áður en rannsóknin tók að beinast að því sakarefni sem birtist í hinni kærðu ákvörðun.

Áfrýjandi byggir á því að það hafi hvorki verið tilgangur hans né markmið að raska samkeppni. Ekki hafi verið um að ræða neina kerfisbundna undirverðlagningu sem beint hafi verið gegn söluaðilum, enda þessir söluaðilar á sambærilegum þóknunum og aðrir. Mun fremur hafi verið um að ræða skekkju í samningum áfrýjanda við útgefendur um milligjald þar sem láðst hafi að láta hámark og lágmark í þóknunum áfrýjanda endurspeglast í þeim greiðslum. Verðlagningin hafi verið almenn, en löglíkur séu fyrir því að slík verðlagning feli ekki í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu, sbr. leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB.

Áfrýjandi byggir á því að jafnvel þó verðlagning hans í færsluhirðingu hafi í þessum fáu tilvikum verið undir kostnaði á grundvelli aðferðarfræði Samkeppniseftirlitsins hafi sérstakar aðstæður á færsluhirðingarmarkaði gert það að verkum að verðlagningin hafi ekki verið til þess fallin að útiloka keppinaut félagsins, sem á ætluðu brotatímabili var PBS.

Áfrýjandi vísar hér til þess gríðarlega aðstöðumunar á milli sín og PBS á ætluðu brotatímabili í færsluhirðingu kreditkorta sem geri það að verkum að jafnvel þó áfrýjandi hafi verðlagt lítinn hluta færsluhirðingar debetkorta undir breytilegum kostnaði hafi sú verðlagning hlutlægt séð ekki getað haft í för með sér útilokunaráhrif gagnvart PBS á markaði fyrir færsluhirðingu.

Þá bendir áfrýjandi á að í hinni kærðu ákvörðun sé á því byggt að PBS hafi ekki haft aðgang að innlenda debetkortakerfinu og að áfrýjanda hafi með einhverjum hætti borið ábyrgð á því. Áfrýjandi hafnar þessu alfarið og áréttar þau sjónarmið sín úr

athugasemdum við andmælaskjal þess efnis að þetta sé rangt og í öllu falli þýðingarlaust fyrir úrlausn máls þessa.

Áfrýjandi hafnar því alfarið að hann hafi með tilteknum tilboðum til þriggja tilgreindra söluaðila á seinni hluta árs 2008 og fyrri helmingi árs 2009 undirverðlagt þjónustu sína í færsluhirðingu bæði debet- og kreditkorta.

Áfrýjandi bendir á að hann hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á árinu 2009, enda blasi það við að hann hafi ekki haft þann efnahagslega styrk að geta hindrað virka samkeppni á þessum tíma. Beri þegar af þeirri ástæðu að fella þann hluta hinar kærðu ákvörðunar úr gildi.

Verði af einhverjum ástæðum talið að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á árinu 2009 byggir áfrýjandi á því að umrædd tilboð hans hafi fallið innan heimilda hans til að mæta þeim fordæmalausum samkeppnisaðstæðum sem hann hafi staðið frammi fyrir. Það sé óumdeilt að markaðsráðandi fyrirtækjum sé almennt heimilt að verja viðskiptahagsmunum sína ef á þá er ráðist. Áfrýjandi byggir á því að verðlagning hans samkvæmt þeim tilboðum á árinu 2009 sem í hinni kærðu ákvörðun voru talin fela í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga hafi verið eðlileg og hófleg viðbrögð við þeim samkeppnisaðstæðum sem áfrýjandi hafi staðið frammi fyrir. Þó áfrýjandi hafi þannig tekist að halda í þessa þrjá viðskiptavinum sína hafi hann á sama tíma misst marga aðra söluaðila úr viðskiptum vegna hinnar gríðarlegu hörðu markaðsatlögu Borgunar hf. Byggir áfrýjandi á því að þessi viðbrögð hafi fallið innan heimilda hans til að mæta samkeppni.

Áfrýjandi hafnar alfarið ætlaðri þýðingu umfjöllunar Samkeppniseftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun varðandi það að verðlagning hans hafi verið undir verðskrá hans. Áfrýjandi bendir á að staðreyndin sé sú að færsluhirðingarmarkaður sé tilboðsmarkaður þar sem samkeppnisaðilar berjast um viðskipti hvers og eins söluaðila. Af þeim ástæðum geti áfrýjandi augljóslega ekki birt opinberlega þau verð sem hann bjóði í öllum tilvikum. Sé því verðskrá áfrýjanda eingöngu viðmiðunarverðskrá, eins og heiti hennar gefi til kynna.

Þá bendir áfrýjandi á að engin skylda hvíli á markaðsráðandi fyrirtækjum eða öðrum að birta opinberlega nákvæmar upplýsingar um verð sín. Þvert á móti geti slíkt stuðlað að svonefndri þegjandi samhæfingu og geti upplýsingaskipti um verð raunar falið í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga. Þaðan af síður geti það talist brot á 11. gr. samkeppnislaga ef vikið er frá slíkri verðskrá.

Áfrýjandi bendir á að í hinni kærðu ákvörðun sé við mat á skaðlegri undirverðlagningu litið til beins breytilegs kostnaðar að baki hverjum samningi, en ekki meðaltals breytilegs kostnaðar. Þannig sé eingöngu litið til tekna áfrýjanda af þóknun annars vegar og milligjalds/kostnaðarhlutdeildarþóknunar af hverjum samningi hins vegar. Í tilviki verðlagningar áfrýjanda gagnvart þeim þremur söluaðilum sem sérstaklega sé talin brjóta gegn 11. gr. samkeppnislaga í hinni kærðu ákvörðun hafi það höfuðþýðingu hvor aðferðin sé valin. Stafi þetta af því að áfrýjandi greiddi ólíka kostnaðarhlutdeildarþóknun eftir söluaðilum á því tímabili. Hagaði áfrýjandi verðlagningu sinni með þeim hætti að meðaltal þessa breytilega kostnaðar hafi verið reiknað út og þess gætt að verðlagning væri ekki undir því. Sé það í samræmi við allar réttarheimildir samkeppnisréttar og raunar umfjöllun Samkeppniseftirlitsins sjálfs í almennum hluta hinnar kærðu ákvörðunar.

Vegna ætlaðar aðgerða áfrýjanda gagnvart IKEA hafnar áfrýjandi því að verðlagning skv. samningnum við félagið hafi falið í sér skaðlega undirverðlagningu. Áfrýjandi byggir á því að við mat á skaðlegri undirverðlagningu eigi að líta til meðaltals breytilegs kostnaðar áfrýjanda. Einnig hafnar áfrýjandi því að hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með tilboðum til IKEA í færsluhirðingu á árinu 2009. Hann hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á þessum tíma, auk þess sem verðlagningin réttlætist af heimildum áfrýjanda til að mæta samkeppni. Þess utan sé verðlagningin, vegna sérstakra aðstæðna á færsluhirðingarmarkaði þar sem áfrýjandi fjármagnaði stóran hluta reksturs samkeppnisaðila sinna, ekki til þess fallin að útiloka keppinauta. Loks hafi verðlagningin ekki verið undir meðaltali breytilegs kostnaðar áfrýjanda.

Vegna ætlaðra aðgerða áfrýjanda gagnvart fyrirtækjum í Leifsstöð hafnar áfrýjandi því alfarið að hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með þeim hætti sem lýst er í hinni kærðu ákvörðun. Í fyrsta lagi hafnar áfrýjandi því að hafa misnotað markaðsráðandi stöðu sína með undirverðlagningu debetkorta á árinu 2007 og áréttað að líta beri á framlegð af hverjum færsluhirðingarsamningi fyrir sig og hafi hún verið jákvæð í þessu tilviki. Í öðru lagi hafnar áfrýjandi því að tilboð hans til Fríhafnarinnar í júní 2008 hafi falið í sér ólögmetna undirverðlagningu. Bendir áfrýjandi á að þó tilboðinu hafi verið tekið hafi Fríhöfnin aldrei hafið daglegt uppgjör og hafi því þau verið sem þar hafi verið að finna aldrei tekið gildi. Jafnframt bendir áfrýjandi á að Samkeppniseftirlitinu hafi láðst að taka tillit til álags vegna erlendra greiðslukorta sem lagt hafi verið á alla samninga samkvæmt verðskrá áfrýjanda á þessum tíma. Í þriðja lagi hafnar áfrýjandi því að hafa stundað skaðlega undirverðlagningu í færsluhirðingu debetkorta á árinu 2009. Áréttað áfrýjandi fyrri sjónarmið sín um að hann hafi ekki getað verið í markaðsráðandi stöðu það ár, verðlagning hans hafi réttlæst af heimildum til að mæta samkeppni og að vegna sérstakra aðstæðna á markaði hafi verðlagningin ekki verið til þess fallin að útiloka keppinauta. Í

fjórða lagi hafnar áfrýjandi því að hafa „beitt stöðu sinni til þess að hafa áhrif á val Fríhafnarinnar á færsluhirði ...“ á árinu 2009 með kaupum á auglýsingum.

Vegna ætlaðar aðgerða áfrýjanda gagnvart Rúmfatalagernum og tengdum fyrirtækjum hafnar áfrýjandi því alfarið að hafa undirverðlagt þjónustu sína gagnvart fyrirtækjunum. Áréttar áfrýjandi fyrri sjónarmið sín um að líta beri til meðaltals breytilegs kostnaðar og að mun málefnalegra sé við áætlaðan kostnað við fjármögnun að líta til stýrivaxtaspáa aðila á markaði í stað gildandi stýrivaxta á þeim tíma sem samningur er gerður.

### **1.6 Viðurlagaákvörðun**

Áfrýjandi byggir á því að viðurlög samkvæmt hinni kærðu ákvörðun séu úr öllu hófi og í engu samræmi við viðurlög í öðrum sambærilegum málum.

Áfrýjandi bendir á að samanburður við önnur mál sýni að álögð sekt sé margföld á við hæstu sektir til þessa miðað við veltu. Að auki sé þar um alvarlegri mál að ræða, s.s. samráðsmál, brotatímabil margfalt lengri og brot margítrekuð. Þá bendir hann á að við ákvörðun sekta beri ekki að líta til veltu Arion banka hf., sem ekki hafi haft yfirráð í áfrýjanda á langstærstum hluta ætlaðs brotatímabils og eigi í dag aðeins hlut í félaginu. Engin heimild sé í samkeppnislögum að miða sektarfjárhæð við veltu stærsta eiganda við slíkar aðstæður. Þá telur áfrýjandi að ítrekunaráhrif geti ekki átt við, en honum hafi verið gerð sekt vegna samkeppnislaga brota eftir að rannsókn á ætluðum brotum hans í þessu máli hófst. Um samfellt brot sé að ræða og því komi ítrekunaráhrif ekki til álita. Að öðrum kosti væri ítrekunaráhrifum beitt með afturvirkum hætti.

Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið ofmeti alvarleika og eðli brotanna þar sem háttsemin hafi aðeins getað haft lítil áhrif á takmarkaðan hluta markaðarins og ekki hafi verið um samráðsbrot að ræða. Loks hafi háttsemi áfrýjanda ekki verið til þess fallin að hafa skaðleg áhrif á neytendur.

Áfrýjandi byggir einnig á því að ítrekuð og alvarleg brot Samkeppniseftirlitsins á réttindum hans undir rannsókn málsins eigi ein og sér að leiða til þess að fella beri álagða sekt niður. Í öllu falli séu fullt tilefni til lækka sektina verulega á þessum grundvelli. Þá byggir áfrýjandi á því að við ákvörðun viðurlaga verði að líta til þess óhæfilega og óútskýrða dráttar sem orðið hafi á rannsókn málsins.

### **1.7 Athugasemdir áfrýjanda við greinargerð Samkeppniseftirlitsins.**

Í athugasemdum áfrýjanda kemur m.a. fram að hann byggi ekki á því að sanna þurfi að skaðleg áhrif á samkeppni hafi hlotist af ætluðu broti eins og Samkeppniseftirlitið virðist halda fram. Áfrýjandi ítrekar þá skoðun sína að til þess að um brot á 11. gr. samkeppnislaga sé að ræða þurfi að sýna fram á að „háttsemi sé hlutlægt séð til þess fallin

*að útiloka keppinauta af markaði.*“ Um það sé ekki að ræða í þessu máli m.a. vegna sérstakra aðstæðna á færsluhirðingarmarkaði.

Áfrýjandi bendir á að hann hafi aldrei haldið því fram að hann hafi ekki gert samninga sem taki aðeins til einnar kortategundar. Það geri hann í þeim tilvikum þar sem viðkomandi söluaðili vill eða getur ekki tekið við hinni kortategundinni, s.s. í tilviki sýslumanna sem taki aðeins við debetkortum og aðila sem selji á netinu sem taki aðeins við kreditkortum. Áfrýjandi byggir á því að hann geri ekki aðskilda samninga við sömu söluaðila.

## **2. Málsástæður Samkeppniseftirlitsins**

### **2.1 Um öflun og notkun gagna**

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að hafa brotið gegn lögum um meðferð sakamála og ákvæðum stjórnarskrár, Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE) og EES-samningsins við meðferð málsins. Samkeppniseftirlitið bendir m.a. á að það hafi tekið allar beiðnir áfrýjanda um eyðingu gagna til athugunar og tekið afstöðu til þeirra með rökstuddum hætti. Einnig að Samkeppniseftirlitið hafi farið að dómi Hæstaréttar frá 26. nóvember 2009 í máli nr. 633/2009 varðandi þá 18 tölvupósta sem það mál tók til, þ.m.t. þá sem vörðuðu samskipti við utankomandi lögmenn. Hin kærða ákvörðun byggir á engu leyti á gögnum sem varði samskipti áfrýjanda við utanaðkomandi lögmenn.

Samkeppniseftirlitið bendir á að brot á 11. gr. samkeppnislaga varði hvorki fyrirtæki né starfsmenn þeirra refsingu. Stjórnvaldssektir samkvæmt samkeppnislögum séu ekki taldar til refsinga. Áfrýjandi sé því ekki sakborningur í skilningi laga um meðferð sakamála. Engu breyti í þessum efnum þótt samkeppnisyfirvöldum sé skylt að fylgja ákvæðum laganna við framkvæmd leitar og hald á munum við húsleit vegna gruns um brot á 11. gr. samkeppnislaga. Viðkomandi fyrirtæki sé eftir sem áður aðili að stjórnisýslumáli þar sem háttsemi þess er rannsökuð. Hvað varðar sjónarmið áfrýjanda um ætluð brot Samkeppniseftirlitsins á MSE og EES-samningnum bendir eftirlitið á að húsleit þess og rannsókn á gögnum sem aflað hafi verið í henni hafi verið í samræmi við ákvæði íslenskra laga og þær leiðbeiningar sem fram hafa komið í dómum Hæstaréttar.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst að réttur til trúnaðar, samkvæmt bæði MSE og ESB samkeppnisrétti, taki aðeins til samskipta sem tengjast viðkomandi máli. Áfrýjandi hafi staðhæft að gögn sem Samkeppniseftirlitið búi yfir og varði samskipti hans við utanaðkomandi lögmenn tengist ekki með nokkrum hætti rannsókn Samkeppniseftirlitsins. Gögnin varði þannig ekki vörn hans í því máli sem lokið hafi með

hinni kærðu ákvörðun. Samkvæmt þessu sé ljóst að aldrei hafi geta verið um að ræða brot á þeim réttindum sem áfrýjandi telur sig njóta samkvæmt MSE og EES-samningnum.

Varðandi það að Samkeppniseftirlitið hafi við húsleit og eftirfarandi skoðun gagna farið langt umfram þá heimild sem leiddi af heimild Héraðsdóms Reykjavíkur bendir eftirlitið á að hin kærða ákvörðun beri með sér að rannsókn málsins hafi verið í samræmi við þá afmörkun sem samþykkt hafi verið í héraðsdómi.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að hafa brotið gegn lögum um meðferð sakamála og meðalhófsreglu stjórnsýslulaga með því að verða ekki við kröfum áfrýjanda um að eyða öllum afritum af gögnum sem ekki varði málið eins og hann afmarki það. Samkeppniseftirlitið bendir á að öllum haldlögðum munum, þ.m.t. skjölum, hafi verið skilað til áfrýjanda viku eftir húsleit. Hafi Samkeppniseftirlitið þá ekki lengur búið yfir frumriti af gögnum sem máli gátu skipt fyrir daglega starfsemi áfrýjanda. Þá hafi áfrýjandi ekki náð að sýna fram á að Samkeppniseftirlitinu hafi borið að eyða þeim afritum sem eftirlitið hafði áfram undir höndum, ef undan eru skilin þau gögn sem dómur Hæstaréttar frá 26. nóvember 2009 í máli nr. 633/2009 tók til.

## **2.2 Um andmælarétt, upplýsingarétt og rannsóknarreglu**

Samkeppniseftirlitið hafnar því með öllu að brotið hafi verið á andmælarétti áfrýjanda þar sem hann hafi ekki fengið að tjá sig um hluta af kvörtun Borgunar hf. fyrr en að gengnum dómi Hæstaréttar. Samkeppniseftirlitið bendir á að á meðan deilt var um aðgang að upplýsingum hafi áfrýjandi verið veittur ótímabundin frestur til þess að tjá sig um kvörtun Borgunar hf. Eftir að niðurstaða Hæstaréttar lá fyrir hafi áfrýjandi getað tjáð sig um umræddan kafla í kvörtun Borgunar hf. og um alla aðra þætti málsins. Þá hafi engar óeðlilegar tafir orðið á málsmeðferðinni og Samkeppniseftirlitið hafi ekki heldur brotið gegn andmæla- og rannsóknarreglu stjórnsýslulaga með því að tjá fyrirfram ákveðna afstöðu í andmælaskjali því sem sent var áfrýjanda. Telur Samkeppniseftirlitið þvert á móti að athugasemdir áfrýjanda við andmælaskjalið sýni að það hafi náði tilgangi sínum og áfrýjandi hafi ekki getað dulist hvert væri frummat Samkeppniseftirlitsins á stöðu hans á mörkuðum málsins og í hvaða aðgerðum ætluð brot fælust. Áfrýjandi hafi tjáð sig ítarlega um þessi atriði og þau andmæli hafi haft áhrif sem sjáist m.a. af því að fallið hafi verið frá því frummati að brot áfrýjanda hafi falið í sér ólögmetna mismunun.

## **2.3 Ákvörðun nr. 4/2008**

Samkeppniseftirlitið byggir á því að áfrýjandi hafi brotið gegn skilyrði sem honum var sett með 1. tölulið 1. gr. ákvörðunar eftirlitsins nr. 4/2008, sbr. sátt sem gerð var á milli aðilanna 29. nóvember 2007, en samkvæmt því sé áfrýjandi óheimilt „að nota



*upplýsingar sem félagið býr yfir um söluaðila í viðskiptum við keppinauta til markaðsaðgerða gegn keppinautum.*“

Til stuðnings því að áfrýjandi hafi brotið gegn skilyrðinu hefur af hálfu Samkeppniseftirlitsins einkum verið vísað til þess að á vegum áfrýjanda hafi verið teknir saman listar með nákvæmum upplýsingum um viðskipti söluaðila keppinauta félagsins og að sjálfstætt svið innan þess, fyrirtækjalausnir, sem annast samninga af hálfu félagsins við söluaðila um færsluhirðingu og markaðssetningu þeirrar þjónustu, hafi notað þá til markaðsaðgerða í framangreindum skilningi, en til stuðnings þeirri niðurstöðu hefur Samkeppniseftirlitið vísað til tölvupóstssamskipta starfsmanna áfrýjanda sem það telur sýna að listarnir hafi verið notaðir í þessu skyni. Vísast að öðru leyti til gagna málsins um notkun áfrýjanda á umræddum upplýsingum.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að áfrýjandi hafi einnig brotið gegn skilyrði samkvæmt 7. tölulið 1. gr. ákvörðunarinnar og sáttarinnar sem hún grundvallaðist á, en samkvæmt því skilyrði sé áfrýjanda óheimilt „að óska eftir því að Reiknistofa bankanna afli eða miðli hvers konar viðskiptalegum upplýsingum um núverandi eða mögulega keppinauta félagsins.“ Samkeppniseftirlitið bendir á að það liggja fyrir í málinu að áfrýjandi hafi óskað eftir slíkum upplýsingum og að RB hafi hafnað því að veita þær. Lítur Samkeppniseftirlitið svo á að sú synjun breyti engu um brot áfrýjanda. Sú háttsemi að óska eftir upplýsingunum hafi falið í sér brot á skilyrðinu.

#### **2.4 Markaðsskilgreining**

Samkeppniseftirlitið byggir á því að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu á Íslandi á rannsóknartímabili málsins, þ.e. frá árinu 2007 og fram til 30. júní 2009.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í eldri samkeppnismálum hér á landi hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að markaður fyrir færsluhirðingu taki til Íslands. Reynt hafi á sama álitafni í ýmsum málum í EES/ESB-samkeppnisrétti þar sem komist hafi verið að þeirri niðurstöðu að um landsmarkað sé að ræða þar sem ýmsir þættir hindri í raun færsluhirðingu milli landa.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í nóvember 2007 hafi áfrýjandi gert sátt við eftirlitið þar sem hann hafi m.a. viðurkennt brot á 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins á árunum 2002 til 2006, sbr. einnig ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Megininntak þeirra brota hafi verið aðgerðir áfrýjanda sem hafi verið til þess fallnar að hindra innkomu PBS/Kortapjónustunnar hf. á íslenskan færsluhirðingar-markað. Með þessari sátt hafi áfrýjandi augljóslega viðurkennt að hann hafi verið í markaðsráðandi stöðu

gagnvart PBS/Kortapjónustunni hf. á árunum 2002-2006. Á brotatímabili þessa máls hafi staðan verið alveg sú sama. PBS hafi verið mjög öflugt á sínum heimamarkaði en hafi með Kortapjónustunni hf. litla hlutdeild hér á landi. Að mati Samkeppniseftirlitsins sé vandséð hvað hafi breyst í ytra umhverfi sem valdi því að áfrýjandi staðhæfi nú að efnahagslegur styrkur PBS á Íslandi sé með allt öðrum hætti á árunum 2007 til 2009 en hann hafi verið á árunum 2002 til 2006. Samkeppniseftirlitið telur að í þessu máli eigi að horfa með sama hætti á styrk PBS/Kortapjónustunnar hf. hér á landi og gert hafi verið í hinu eldra máli. Þá hafi þessi þáttur málsins verið rannsakaður sérstaklega hjá Samkeppniseftirlitinu til að ganga úr skugga um að þessar aðstæður hafi ekki breyst.

Samkeppniseftirlitið bendir á að það sé meginregla í samkeppnisrétti að fyrirtæki sem sé með 50% markaðshlutdeild eða meira á hinum skilgreinda markaði sé markaðsráðandi nema skýr sönnunargögn bendi til annars. Þessi meginregla sé sterkari eftir því sem hlutdeildin sé hærri. Á tímabili þessa máls hafi markaðshlutdeild áfrýjanda verið milli 60 og 70%. Ljóst sé að það þurfi verulega sterk rök til að hnekkja því að áfrýjandi hafi verið markaðsráðandi á umræddu tímabili. Samkeppniseftirlitið telur að þau rök séu ekki fyrir hendi í málinu.

Samkeppniseftirlitið bendir m.a á að áfrýjandi hafi haft tvöfalt meiri markaðshlutdeild en Borgun hf. á brotatímabilinu. Þá hafi hann haft verulega markaðshlutdeild í langan tíma þegar rannsókn hófst og hafi verið talinn markaðsráðandi í eldri dómsmálum. Markaðshlutdeildin hafi minnkað lítillega á rannsóknartímabilinu en hafi samt verið yfir 60% í lok þess.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að rannsóknartímabilið taki ekki til tímabilsins eftir húsleitina í júlí 2009. Samdráttur í markaðshlutdeild skipti að jafnaði ekki máli ef hann á sér stað eftir að því tímabili sem rannsókn tekur til lýkur.

## **2.5 Misnotkun á markaðsráðandi stöðu**

Samkeppniseftirlitið vísar til hinnar kærðu ákvörðunar um rökstuðning fyrir því hvað felist í bannákvæði 11. gr. samkeppnislaga. Hér skipti mestu að sú túlkun á ákvæðinu, sem liggja til grundvallar þeirri niðurstöðu eftirlitsins að áfrýjandi hafi með tilteknum aðgerðum sínum gerst sekur um brot á því, sé í fullu samræmi við úrlausnir áfrýjunarnefndar samkeppnismála og dómstóla.

Samkeppniseftirlitið komst í hinni kærðu ákvörðun að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi í fjölmörgum tilvikum selt færsluhirðingarþjónustu sína á verði sem hafi ekki staðið undir breytilegum kostnaði við að veita hana. Þetta hafi falist í því að þóknun fyrir hverja færslu hafi verið lægri en það milligjald sem áfrýjandi greiddi útgefendum vegna hennar.

Sé það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að á árinu 2007 hafi áfrýjandi beitt undirverðlagningu gagnvart 658 söluaðilum í færsluhirðingu á debetkortum og gagnvart 158 söluaðilum vegna færsluhirðingar í heild sinni, þ.e. bæði vegna debet- og kreditkorta. Á árinu 2008 hafi undirverðlagning vegna debetkortanna tekið til 636 söluaðila og til 123 vegna færsluhirðingar í heild sinni. Á þessu tímabili hafi færsluhirðing áfrýjanda á debetkortum í heild verið rekin með tapi.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi haldi því fram að eftirlitið hafi beitt rangri aðferðafræði við mat á undirverðlagningu hans. Þjónusta áfrýjanda samanstandi af tveimur þjónustubáttum þ.e. annars vegar færsluhirðing á debetkortum og hins vegar á kreditkortum og beri að skoða verðlagningu þeirra heildstætt en ekki taka annan þjónustubáttinn út fyrir sviga, enda myndi hann ekki sérstakan þjónustumarkað. Í þessu felist að áfrýjandi byggji á því að hann geti selt söluaðila færsluhirðingu á debetkortum undir breytilegum kostnað ef tekjur hans af færsluhirðingu af kreditkortum leiða til þess að hann tapi ekki á færsluhirðingu í heild sinni fyrir söluaðilann. Samkeppniseftirlitið bendir á að um ólögmæta undirverðlagningu geti verið að ræða þrátt fyrir að hún taki ekki til allrar vöru/þjónustu sem hið markaðsráðandi fyrirtæki selur á hinum skilgreinda markaði. Sé þessi regla rökrétt því hið markaðsráðandi fyrirtæki hafi hag af því að hafa undirverðlagninguna ekki víðtækari en nauðsynlegt sé til að ná hinu samkeppnishamlandi markmiði.

Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi hafi undirverðlagt færsluhirðingu vegna debetkorta til þess að tryggja sér um leið færsluhirðingu vegna kreditkorta sem óumdeilanlega sé arðsamari þjónusta. Að öðrum kosti hefði áfrýjandi mögulega orðið af viðskiptum við söluaðila. Þó hafi þetta ekki verið einhlítt því í fjölda tilvika hafi undirverðlagning vegna færsluhirðingar debetkorta hjá tilteknum söluaðilum verið meiri en nam framlegð af færsluhirðingu kreditkorta og færsluhirðingin í heild sinni þannig undirverðlögð hjá þeim söluaðilum. Hafi þetta verið í um 280 tilvikum á brotatímabilinu. Aðferðin við að ná heildarviðskiptum við hvern einstakan söluaðila hafi verið undirverðlagning á færsluhirðingu vegna notkunar debetkorta.

Samkeppniseftirlitið dregur ekki í efa að gerðir séu samningar við hvern söluaðila fyrir sig. Það sé hins vegar ekki rétt, eins og áfrýjandi haldi fram, að hver einasti samningur áfrýjanda við söluaðila taki til beggja kortategunda. Fyrir liggir í málinu að áfrýjandi gerði t.d. samninga við embætti sýslumanna sem aðeins taki til þóknunar vegna notkunar debetkorta. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að í þeim samningum sem taki til beggja kortategundanna sé með mjög afgerandi hætti gerður greinarmunur á kjörum vegna hvorrar kortategundar og séu þau kjör mjög mismunandi.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að um sé að ræða tvo mismunandi þjónustupætti sem áfrýjandi semji um við söluaðila og beri markaðsráðandi fyrirtæki að gæta þess að verðlagning hvors fyrir sig grundvallist á rekstrarlegri frammistöðu félagsins og raski ekki samkeppni á markaðnum. Um þetta atriði sé að öðru leyti vísað í ítarlegan rökstuðning í hinni kærðu ákvörðun.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að þann mun sem sé milli þóknunar áfrýjanda frá söluaðilum og greidds milligjalds til útgáfubanka megi réttlæta með því að um hafi verið að ræða skekkju sem rakin verði til mistaka. Þessi munur hefur verið til staðar a.m.k. frá árinu 2005. Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi sé öflugt fyrirtæki sem hafi stundað færsluhirðingu lengi og verið í eigu helstu banka hér á landi og hafi reynslu af samkeppnismálum. Samkeppniseftirlitið telur að það hafi ekki verið óhapp eða vangá að áfrýjandi hafi gripið til þeirrar umfangsmiklu undirverðlagningar sem lýst sé í hinni kærðu ákvörðun. Þvert á móti hafi stjórnendum áfrýjanda verið fullkomlega ljóst að þessi verðstefna fyrirtækisins hefði þau áhrif að færsluhirðing á debetkortum yrði rekin með tapi á brotatímabilinu. Hafi því verið um að ræða aðgerðir sem framkvæmdar voru að yfirlögðu ráði í því skyni að verja eða styrkja markaðsráðandi stöðu félagsins.

Samkeppniseftirlitið hafnar skilningi áfrýjanda á því hvað felist í banni 11. gr. samkeppnislaga. Hvað varðar möguleg áhrif af aðgerð sem felur í sér brot á ákvæðinu sé niðurstaða eftirlitsins í samræmi við úrlausnir áfrýjunarnefndar og dómstóla. Þannig feli aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis í sér brot ef sýnt er fram á að hún sé til þess fallin að raska samkeppni með óeðlilegum hætti. Af þessu leiðir að aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækja geti brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga „*án tillits til þess að sýnt sé fram á raunveruleg skaðleg áhrif þeirra á samkeppni*“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2011. Markaðsráðandi fyrirtæki sé óheimilt að veita þjónustu á verði sem ekki nær breytilegum kostnaði og tapa á viðskiptunum. Vísast til dóma Hæstaréttar og til dómstóla ESB um að slík háttsemi feli í sér brot.

Samkeppniseftirlitið hafnar rökstuðningi áfrýjanda um áhrif fyrirkomulags á greiðslukortamarkaði hér á landi sem leiði til mikils munar á kostnaði áfrýjanda annars vegar og PBS hins vegar við færsluhirðingu kreditkorta. Samkeppniseftirlitið vísar til rökstuðnings í hinni kærðu ákvörðun um að undirverðlagning áfrýjanda hafi verið til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti og að hún hafi verið til þess fallin að hindra keppinauta í því að ná viðskiptum við fjölda söluaðila á brotatímabilinu.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi hafi á árinu 2008 og á fyrri helmingi ársins 2009 verið með 60-65% markaðshlutdeild í færsluhirðingu hér á landi. Sá sem næst honum komi hafi verið með um 30% markaðshlutdeild. Þetta hafi verið staðan þegar

brotin voru framin. Ekkert nýtt komi fram í kærðu áfrýjanda sem breyti því mati Samkeppniseftirlitsins að hann hafi verið með markaðsráðandi stöðu á þessum tíma. Áréttar eftirlitið að við mat á því hvort um markaðsráðandi stöðu sé að ræða skipti mestu að horfa til þess tíma þegar ætluð brot voru framin.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á það með áfrýjanda að við hinar breyttu aðstæður í upphafi árs 2009 hafi hann haft heimild til að grípa til aðgerða til að verja viðskiptahagsmunum sína sem annars hefðu farið gegn samkeppnislögum. Telur Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi hafi ekki fært fram sannfærandi rök fyrir því að hann hafi hegðað sér á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu á árinu 2009 gagnvart IKEA, fyrirtækjum í Leifstöð sem og Rúmfatalagernum og tengdum fyrirtækjum og því sé um að ræða brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að markaðsráðandi fyrirtæki sé ekki heimilt að víkja frá opinberlega birtri verðskrá með því að verðleggja þjónustu sína undir þeim breytilega kostnaði sem falli til við að veita hana og raska á þann hátt samkeppni á markaðnum. Slík tilvik séu í þessu máli. Samkeppniseftirlitið tekur þó fram að í þessu máli hafi eftirlitið ekki metið frávikið frá gjaldskrá sem sjálfstætt brot heldur sé það til stuðnings því að ekki hafi verið um eðlilega samkeppni af hálfu áfrýjanda að ræða.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á það með áfrýjanda að við mat á skaðlegri undirverðlagningu eigi að líta til meðaltals breytilegs kostnaðar.

Sé þar til að taka að í málum sem varða undirverðlagningu geti verið um að ræða flókin álitafni sem tengjast kostnaði og kostnaðarviðmiðum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Því sé ekki að heilsa í þessu máli. Í hinni kærðu ákvörðun sé hugtakið milligjald útskýrt en það felur í aðalatriðum í sér gjald sem söluaðilar greiða kortaútgefendum fyrir þjónustu þegar greiðslukort eru notuð í viðskiptum. Það sé færsluhirðirinn sem innheimtir þetta gjald og standi skil á því til útgefenda. Stór hluti af þeirri þóknun sem færsluhirðar fá greidda frá söluaðilum renni þannig til kortaútgefenda. Eins og nánar sé rökstutt í hinni kærðu ákvörðun sé litið svo á að milligjaldið sé eðlileg nálgun á viðmiðið breytilegur kostnaður. Þessi nálgun sé ívilnandi fyrir áfrýjanda þar sem í henni felist að ekki séu teknir með aðrir breytilegir kostnaðarliðir eins og t.d. laun og sölukostnaður.

Samkeppniseftirlitið ítrekar að rétt sé að gera greinarmun á þeim tveimur þjónustubáttum sem áfrýjandi annist fyrir söluaðila, þ.e. færsluhirðingu vegna debetskorta og færsluhirðingu vegna kreditkorta. Önnur mikilvæg forsenda sé að við mat á undirverðlagningu á árunum 2007 og 2008 sé greitt milligjald eingöngu tekið sem

breytilegur kostnaður vegna notkunar kortanna, sem sé minnsti mögulegi kostnaður við þjónustuna. Það sé óumdeilt að áfrýjandi greiddi útgefendum greiðslukorta sama milligjald fyrir sömu kortategund á árunum 2007 og 2008. Áfrýjandi breytti fyrirkomulagi á greiðslu milligjalds í febrúar 2009 með þeim hætti að hann lækkaði greitt milligjald vegna notkunar beggja kortategundanna vegna viðskipta með þau hjá tilteknum söluaðilum (eftir MCC kóðum) sem áfrýjandi tengdi sölu á tilteknum vöruflokkum, þ.e. matvöru, bensíni og áfengi. Uppgefin ástæða sé að þóknun þessara söluaðila hafi verið svo lág og eigi það að endurspeglast í milligjaldinu til útgefenda. Það sé augljóst að þessi lækkun verði ekki „*notuð*“ tvisvar. Með öðrum orðum sé lækkunin eyrnamerkt þessum tilteknu söluaðilum. Þessi aðgerð áfrýjanda hafi leitt til þess að á árinu 2009 hafi ekki verið eðlilegt eða málaefnalegt að miða við meðaltal breytilegs kostnaðar við mat á því hvort einstaka samningur um færsluhirðingu vegna debetkorta, frekar en vegna kreditkorta, hafi verið undirverðlagður. Verði því að meta hvort þóknun vegna færsluhirðingar hvers þjónustuþáttar sé undir beinum breytilegum kostnaði við hvern samning sérstaklega. Það sama gildi á þessu tímabili að eingöngu milligjaldið sé tekið sem breytilegur kostnaður auk síðan fjármagnskostnaðar ef hann eigi við enda eigi hann að endurspeglast í þóknun. Með framangreint í huga verði ekki fallist á að óeðlilega hafi verið staðið að mati á því hvort áfrýjandi hafi undirverðlagt þjónustu sína eða ekki á brotatímabili.

Um aðgerðir gagnvart IKEA, telur Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi bæti engu efnislega við frá því sem fram komi í athugasemdum hans við andmælaskjalið. Samkeppniseftirlitið áréttar að áfrýjandi geti ekki jöfnum höndum eyrnamerkt söluaðilum lækkanir á milligjöldum til útgefenda til réttlætningar þeirri þóknun sem þeir greiði og notað þær aftur til að fá fram útreiknaða lækkun á meðaltals breytilegum kostnaði gagnvart tilboðum og samningum við aðra söluaðila. Í mati á skaðlegri undirverðlagningu gangvart þeim sé málefnalegt að miða við greitt milligjald vegna hvers og eins.

Um aðgerðir gagnvart fyrirtækjum í Leifsstöð vísar Samkeppniseftirlitið að mestu til rökstuðnings í hinni kærðu ákvörðun. Varðandi höfnun áfrýjanda á því að hann hafi beitt stöðu sinni til þess að hafa áhrif á val Fríhafnarinnar á færsluhirði á árinu 2009 með kaupum á auglýsingu bendir Samkeppniseftirlitið á að fyrir það fyrsta sé um að ræða misnotkun á markaðsráðandi stöðu jafnvel þó viðskiptavinur eigi frumkvæði að viðskiptum sem komist í framkvæmd. Það sem skipti máli sé hvort áfrýjandi, í þessu tilviki sem kaupandi að auglýsingarými, hafi með óeðlilegum og ólögætum hætti tengt þau kaup sölu hans á þjónustu á markaði þar sem hann sé markaðsráðandi. Af gögnum

málsins sé ljóst að tilboð og samningar um færsluhirðingu og kaup á auglýsingarými tengist með beinum hætti.

Um aðgerðir gagnvart Rúmfatalagernum og tengdum fyrirtækjum hafi áfrýjandi mótmælt því að hafa undirverðlagt þjónustu sína gagnvart þeim. Heldur áfrýjandi því m.a. fram að Samkeppniseftirlitið fari rangt með fjármagnskostnað sem tengist samningi í september 2008. Samkeppniseftirlitið fellst ekki á þetta og áréttar að áfrýjandi hafi gert umræddan samning í september á árinu 2008 áður en hann hóf „*dual*“ færsluhirðingu. Áhrif af greiddu milligjaldi frá Borgun hf. komi því ekki til á þeim tíma og stendur Samkeppniseftirlitið við útreikninga sína í þessu sambandi. Að öðru leyti sé vísað í rökstuðning í hinni kærðu ákvörðun.

## **2.6 Viðurlagaákvörðun**

Samkeppniseftirlitið byggir á því að fjárhæð sektar sé eðlileg og að ákvörðun um hana byggji á heildstæðu mati á eðli og umfangi brota áfrýjanda. Litið hafi verið til lengdar brotatímabilsins, mikilvægis þess markaðar sem brotin vörðuðu og ítrekunaráhrifa. Þá hafi verið litið til þess að áfrýjandi hafi áður undirgengist sátt vegna sambærilegra brota, að brotið hafi komist í framkvæmd, huglægra þátta, fjárhagslegs styrkleika áfrýjanda og þeirrar samstæðu sem hann tilheyri og veltu á þeim markaði sem brotin taki til. Framangreint séu allt þættir sem talið hafi verið málefnalegt að líta til við ákvörðun sekta í samkeppnismálum.

Samkeppniseftirlitið bendir á að jafnræðisregla stjórnarsýslulaga feli í sér að leysa skuli úr sambærilegum málum á sambærilegan hátt. Viðurlagaákvörðun í samkeppnismálum byggji á fjölda breyta sem horfi ólíkt við í hverju einstöku máli. Til að mynda hvað varði samsetningu og þjóðhagslegt mikilvægi markaðar, eðli brota, vörur og þjónustu, umfang, styrkleika fyrirtækis o.s.frv. Vegna þessara fjölbreyttu áhrifaþátta séu tvö mál nánast aldrei sambærileg og reyni því helst á jafnræðisregluna við ákvörðun sekta þegar í hlut eiga tvö eða fleiri fyrirtæki sem eru aðilar að sama máli.

Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að áfrýjandi hafi með sáttinni frá 2007 viðurkennt alvarleg brot gagnvart samkeppnisaðilum sem áttu sér stað á árunum 2002-2006. Hafi verði lögð sekt á áfrýjanda vegna brotanna að fjárhæð 385.000.000 krónur. Þessi sekt hafi ekki haft þau áhrif á áfrýjanda að hann hætti brotastarfsemi sinni á færsluhirðingarmarkaði. Þvert á móti hafi áfrýjandi beitt ólögmati undirverðlagningu á árunum 2007-2009. Álögð sekt á áfrýjanda í þessu máli verði að hafa slík áhrif að hann hætti brotastarfsemi.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að við ákvörðun um fjárhæð sekta skuli samkvæmt 2. mgr. 37. gr. hafa hliðsjón af því hvort um ítrekað brot sé að ræða. Ítrekun brota eigi bæði við í tilvikum þegar síðara brot hefst eða brotleg háttsemi heldur áfram eftir að samkeppnisyfirvöld hafa með ákvörðun staðfest fyrra brot fyrirtækisins. Sé ljóst að um ítrekun sé að ræða í skilningi samkeppnisréttar þegar um er að ræða brot á sömu lagareglu. Ljóst sé að áfrýjandi lét ekki af háttsemi sinni þrátt fyrir þá sátt sem hann gerði við Samkeppniseftirlitið í nóvember 2007 og sem lá til grundvallar ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Að mati Samkeppniseftirlitsins gat áfrýjanda ekki dulist að með háttsemi sinni hafi hann verið að misnota markaðsráðandi stöðu sína og fara gegn skilyrðum sáttarinnar sem hann hafi fallist á að hlíta í því skyni að koma í veg fyrir að slík brot yrðu endurtekin. Brotin sem áfrýjandi framdi í hið fyrra skipti og nú séu sambærileg og eðlislík. Samkeppniseftirlitið bendir á að það sé alvarlegt ef fyrirtæki brjóta í bága við skilyrði sem þau hafa sjálf undirgengist að hafa í heiðri.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í samkeppnisrétti sé litið svo á að brot sé framið af ásetningi þegar viðkomandi aðila mátti vera ljóst að aðgerðum hans var ætlað að raska samkeppni. Samkeppniseftirlitið telur ljóst að í ljósi stöðu sinnar, þess hversu lengi hin ólögmeta undirverðlagning stóð yfir og fyrri afskipta samkeppnisyfirvalda af áfrýjanda, hafi áfrýjanda mátt vera það fullljóst að sú hegðun sem felist í undirverðlagningu geti farið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Á sama hátt hafi áfrýjanda mátt vera það ljóst að aðgerðir hans brutu gegn þeim skilyrðum sem hann sjálfur gekkst undir að hlíta samkvæmt sátt sem hann gerði við samkeppnisyfirvöld á miðju brotatímabili þessa máls.

Samkeppniseftirlitinu taldi hæfilegt að leggja á áfrýjanda 500.000.000 króna stjórnvaldssekt. Sé þessi sekt 5,95% af heildarveltu áfrýjanda á árinu 2012 og sé því vel innan hins formlega sektarhámarks í 37. gr. samkeppnislaga.

Þá telur Samkeppniseftirlitið ljóst að ekki hafi orðið slíkar tafir á rannsókn þessa máls að efni standi til þess að lækka álagða sekt.

### **2.7 Svör Samkeppniseftirlitsins við athugasemdum áfrýjanda.**

Í svörum Samkeppniseftirlitsins kemur m.a. fram að eftirlitið fellst ekki á þá skoðun áfrýjanda að eftirlitið hafi skýrt 11. gr. samkeppnislaga með röngum hætti í hinni kærðu ákvörðun. Áfrýjandi bendi á að til að um brot á 11. gr. sé að ræða þurfi að sýna fram á að „háttsemi sé hlutlægt sé til þess fallin að útiloka keppinauta af markaði.“ og að ekkert í greinargerð Samkeppniseftirlitsins hnekki þessari ályktun. Samkeppniseftirlitið vísar til umfjöllunar um túlkun á 11. gr. samkeppnislaga í hinni kærðu ákvörðun og greinargerð



og telur að þar komi fram að þær ályktanir sem áfrýjandi dragi eigi ekki við rök að styðjast.

Samkeppniseftirlitið vísar til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun og greinargerðar um rökstuðning fyrir því að líta beri á færsluhirðingu fyrir hvora kortategund sem sérstakan þjónustubátt. Samkeppniseftirlitið ítrekar að með því að undirverðleggja eina vöru skapi fyrirtæki hvata fyrir viðskiptavinum til að kaupi í leiðinni fleiri vörutegundir. Undirverðlagning á færsluhirðingu debetkorta hafi tryggt áfrýjanda færsluhirðingu kreditkorta sem sé arðsamari þjónusta. Að öðrum kosti hefði hann mögulega orðið af viðskiptum við söluaðila. Með þessu hafi undirverðlagningin skilað hagnaði fyrir áfrýjanda. Þetta hafi þó ekki verið einhlítt þar sem í 280 tilvikum hafi tap hans af undirverðlagningu færsluhirðingar debetkorta numið hærri fjárhæð en hagnaði hans af færsluhirðingu kreditkorta.

Samkeppniseftirlitið ítrekar að kostnaðarviðmiðið á árunum 2007 og 2008, sem tekið sé mið af við mat á undirverðlagningu, sé beinn breytilegur kostnaður (milligjald fyrir hvora kortategund) sem sé um leið sá sami og meðaltal breytilegs kostnaðar.

### **3. Sjónarmið Kortabjónustunnar hf.**

Kortabjónustan hf. bendir m.a. á að það sé rangfærsla að halda því fram, eins og áfrýjandi geri, að „*allir aðilar á markaði líti svo á að sú þjónusta sem seld er á markaðnum og samkeppni sé um sé færsluhirðing, án aðgreiningar eftir kortategundum*“. Söluaðilar geti vissulega ákveðið að gera samning við einn færsluhirði um eina kortategund og við annan um aðra kortategund. Þannig hefur fyrirkomulagið enda alla tíð verið, og sé enn.

Kortabjónustan hf. mótmælir því að hafa staðfest að áfrýjandi hafi hætt samkeppnisbrotum sínum. Hið rétta sé að áfrýjandi hafi breytt um aðferðir en alls ekki hætt háttseminni. Einnig mótmælir félagið því sem áfrýjandi haldi fram um „*að aðgangshindranir að íslenska greiðslukortamarkaðnum séu afar takmarkaðar*“. Félagið fullyrðir að aðgangshindranir séu umtalsverðar.

Þá bendir Kortabjónustan hf. á að PBS/Teller hafi aldrei haft í hyggju að fjárfesta á íslenskum markaði heldur hafi sala og markaðssetning alfarið verið í höndum Kortabjónustunnar hf. og á kostnað félagsins. Samstarfið byggi á því að Kortabjónustan hf. fái að skrá nýja viðskiptavinum hjá PBS/Teller, senda kortafærslur þeirra í uppgjör til PBS/Teller, sem geri þær síðan upp í alþjóðlegum greiðslukortakerfunum og greiði út til söluaðila. PBS/Teller hafi ekki neitt hlutverk á íslenska greiðslukortamarkaðnum.

## V

## NIÐURSTAÐA

## 1.

Svo sem fram er komið komst Samkeppniseftirlitið annars vegar að þeirri niðurstöðu í þeirri ákvörðun þess sem hér er til endurskoðunar að áfrýjandi hafi brotið gegn skilyrðum sem honum voru sett með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008, en þau voru grundvölluð á sátt sem gerð var við áfrýjanda 29. nóvember 2007. Um þessi skilyrði segir svo í ákvörðuninni: „1. gr. Með sátt, dags. 29. nóvember 2007, er gengist við því að Greiðslumiðlun hf. (nú Valitor hf.) hafi brotið gegn 10. og 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 53. og 54. gr. EES-samningsins og fallist er á að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 385.000.000. Til að stuðla að virkri samkeppni á þeim mörkuðum sem Valitor hf. starfar á fellst félagið á að hlíta eftirfarandi í starfsemi sinni: 1. Valitor er óheimilt að nota upplýsingar sem félagið býr yfir um söluaðila í viðskiptum við keppinauta til markaðsaðgerða gegn keppinautum. ... 7. Valitor er óheimilt að óska eftir því að Reiknistofa bankanna aflu 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 Valitor.“ Að því er seinni tölulíðinn varðar snýr meint brot áfrýjanda einvörðungu að því að hann hafi í eitt skipti óskað eftir viðskiptalegum upplýsingum frá RB um keppinauta sína, en fyrir liggur að ekki var orðið við þeirri beiðni hans sem hér er um ræðir.

Hins vegar var það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að áfrýjandi hafi á árunum 2007 og 2008 og fram á mitt ár 2009 gerst sekur um umfangsmikla undirverðlagningu í færsluhirðingu greiðslukorta og með því brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið.

Fyrir áfrýjunarnefndinni gerir áfrýjandi margvíslegar athugasemdir við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Telur hann að slíkir annmarkar séu á henni að óhjákvæmilegt sé að nefndin felli hina kærðu ákvörðun úr gildi. Varði þar mestu að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gróflega gegn réttindum áfrýjanda með því að draga inn í rannsókn sína tölvupóstsamskipti hans við lögmennt utan starfsstöðvar félagsins, þ.e. lögmennt sem ekki starfa sem launþegar á hans vegum.

Efnislegar varnir áfrýjanda í málinu lúta í fyrsta lagi að því að hann hafi ekkert aðhafst sem fari í bága við ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Í öðru lagi heldur áfrýjandi því fram að Samkeppniseftirlitið leggi það ranglega til grundvallar í ákvörðun

sinni að landfræðilegur markaður fyrir færsluhirðingu sé bundinn við Ísland. Í þriðja lagi hafnar áfrýjandi því að hann hafi verið í ráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu greiðslukorta hér á landi fram á mitt ár 2009. Í fjórða lagi beinast varnir áfrýjanda að því að hvað sem líður niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um landfræðilegan markað í færsluhirðingu og ráðandi stöðu hans á þeim markaði hafi hann ekki brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Er þá annars vegar byggt á því að til þess að um brot á þessum ákvæðum sé að ræða þurfi að sýna fram á að „háttsemi sé hlutlægt séð til þess fallin að útiloka keppinauta af markaði“. Sönnun um þetta liggja ekki fyrir. Hins vegar heldur áfrýjandi því fram að ekkert hafi komið fram í málinu sem hnekki því grundvallaratriði í málatilbúnaði hans að samningar hans um færsluhirðingu, sem undantekningarlaust taki til beggja kortategunda svo framarlega sem söluaðili veitir þeim báðum viðtöku, hafi skilað honum framlegð í þeim tilvikum þegar færsluhirðing debetkorta á ein og sér að hafa verið undirverðlögð. Sú aðferðarfræði Samkeppniseftirlitsins að taka einn þjónustubátt í færsluhirðingu út fyrir sviga, það er færsluhirðingu debetkorta, fái engan veginn staðist. Staðreyndin sé sú að áfrýjandi hafi haft framlegð af þessum samningum og þar með fjárhagslegan hvata til samningsgerðarinnar. Að þessum tilvikum frátöldum, þ.e. þegar áfrýjandi er talinn hafa verðlagt þjónustu sína fyrir færsluhirðingu debetkorta og kreditkorta í heild sinn undir breytilegum kostnaði, geti heldur ekki verið um brot að ræða. Í fimmta lagi gerir áfrýjandi margvíslegar athugasemdir við fjárhæð þeirrar stjórnvaldssektar sem á hann var lögð. Þannig telur hann að ýmis sjónarmið sem Samkeppniseftirlitið leggur til grundvallar sektarákvörðun fái ekki staðist lögum samkvæmt.

## 2.

Áfrýjandi heldur því fram að málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins sé haldin verulegum annmörkum þar sem það hafi við rannsókn málsins haldlagt, skoðað og prentað út trúnaðarsamskipti áfrýjanda við utanaðkomandi lögmenn hans auk þess að hafa ekki eytt þeim gögnum. Jafnframt heldur áfrýjandi því fram að Samkeppniseftirlitið hafi farið út fyrir húsleitarheimild héraðsdóms og aflað gagna sem hafi ekki tengst rannsókn málsins. Telur áfrýjandi að þetta hafi brotið gegn ákvæðum 68. gr. og 72. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála, 12. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 og 70. gr. og 71. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 1. mgr. 6. gr. og 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Áfrýjandi heldur því enn fremur fram að haldlagning og skoðun Samkeppniseftirlitsins á samskiptum áfrýjanda við utanaðkomandi lögmenn sína hafi verið ólögmet samkvæmt EES-rétti. Telur áfrýjandi það engu máli skipta þó Samkeppniseftirlitið hafi ekki við ákvörðun sína byggt á umræddum gögnum.

Annmarkar á rannsókninni eigi að leiða til þess að fella eigi hana úr gildi, enda verði ekki tryggt að áfrýjandi hafi notið réttar til réttlátrar málsmeðferðar við rannsóknina.

Samkvæmt 1. mgr. 20. gr. samkeppnislega getur Samkeppniseftirlitið við rannsókn máls gert nauðsynlegar athuganir á starfsstað fyrirtækis og samtaka fyrirtækja og lagt hald á gögn þegar ríkar ástæður eru til að ætla að brotið hafi verið gegn lögnum eða ákvörðunum samkeppnisyfirvalda. Kveðið er á um það í 2. mgr. sömu greinar að við framkvæmd aðgerða skuli fylgja ákvæðum laga um meðferð sakamála um leit og hald á munum. Í samræmi við það aflaði Samkeppniseftirlitið heimildar héraðsdóms 30. júní 2009 fyrir leit og haldi hjá áfrýjanda auk heimildar til að taka afrit af gögnum sem geymd væru í tölvutæku formi. Áfrýjandi átti þess kost að bera lögmati haldlagningar undir dóm á grundvelli 3. mgr. 69. gr. sakamálalaga, þar á meðal á þeim grundvelli að hald hafi verið lagt á gögn umfram það sem heimilað var með dómsúrskurði. Áfrýjandi lét það ógert en krafðist þess hins vegar fyrir dómi að Samkeppniseftirlitinu yrði gert að eyða tilteknum átján afritum af gögnum í málinu. Fallist var á þessa kröfu áfrýjanda, sbr. dóm Hæstaréttar 26. nóvember 2009 í máli nr. 633/2009. Meðal þessara gagna voru að sögn áfrýjanda gögn sem vörðuðu samskipti áfrýjanda við utanaðkomandi lögmennt sína. Áfrýjandi átti þess kost að bera undir dómstóla frekari ágreining um eyðingu afrita gagna málsins sem hann lét ógert. Í þessu sambandi ber að áréttta að hér á landi gildir meginreglan um frjálst mat sönnunargagna, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 10/2011. Í því felst að sönnunargögnum verður almennt ekki hafnað fyrirfram en við endanlega ákvörðun kemur hins vegar til álita hvort og að hvaða marki sönnunargögn verði notuð. Gildir það einnig um svonefnd ólögmet sönnunargögn en þess ber að geta að áfrýjandi hefur ekki bent á nein slík gögn sem Samkeppniseftirlitið byggði ákvörðun sína á í málinu.

Samkvæmt öllu framangreindu verður ekki fallist á að málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins hafi farið gegn fyrrnefndum ákvæðum sakamálalaga, stjórnslulaga, stjórnarskrá, Mannréttindasáttmála Evrópu eða reglum EES-réttar svo varði ógildingu ákvörðunarinnar

Áfrýjandi heldur því jafnframt fram að Samkeppniseftirlitið hafi undir rekstri málsins brotið gegn rétti hans til aðgangs að gögnum málsins samkvæmt 15. gr. stjórnslulaga og andmælarétti hans samkvæmt 13. gr. sömu laga, með því að halda frá honum upplýsingum með ólögmetum hætti í tæplega 3 ár. Hafi áfrýjandi mátt sitja undir ásökunum um lögbrot allan þennan tíma án þess að hafa upplýsingar undir höndum til að geta metið í hverju ætlað brot væri falið. Úr slíkum verulegum annmarka hafa ekki verið bætt undir rekstri málsins með útgáfu andmælskjals þar sem Samkeppniseftirlitið

hafi við útgáfu þess verið búið að taka afstöðu til háttsemi hans fyrirfram og hafi um leið brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga.

Fyrir liggur að áfrýjandi fékk tækifæri til að koma sínum sjónarmiðum að í málinu eftir að hafa fengið í hendur gögn málsins og svonefnt andmælaskjal. Ljóst er að útgáfa slíks skjals er liður í meðferð málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu til að tryggja andmælarétt málsaðila auk þess að tengjast náð rannsóknarreglunni. Ekki verður fallist á að Samkeppniseftirlitið hafi við útgáfu andmælaskjalsins verið búið að taka afstöðu til háttsemi áfrýjanda. Þvert á móti verður að telja að umrætt andmælaskjal hafi leitt til þess að réttindi áfrýjanda samkvæmt 10. og 13. gr. stjórnsýslulaga hafi verið enn frekar tryggð. Að auki hefur áfrýjandi átt þess kost að koma sínum sjónarmiðum að fyrir áfrýjunarnefndinni og hefur hann ekki bent á nokkurt atriði sem hann hefur ekki átt kost á að koma á framfæri við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Samkvæmt því verður ekki fallist á að málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins hafi farið gegn 10., 13. og 15. gr. stjórnsýslulaga.

Með vísan til alls framangreinds eru engin efni til að fallast á það með áfrýjanda að slíkir annmarkar séu á málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins að fella beri ákvörðunina úr gildi. Er þannig ekkert því til fyrirstöðu að áfrýjunarnefndin taki kærú áfrýjanda til efnislegrar úrlausnar.

### 3.

Ætluð brot áfrýjanda á skilyrðum ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 eru svo sem fram er komið tvíþætt. Að meginstefnu til lýtur þessi þáttur málsins að því hvort áfrýjandi hafi brotið gegn því skilyrði ákvörðunarinnar að honum sé „óheimilt að nota upplýsingar sem félagið býr yfir um söluaðila í viðskiptum við keppinauta til markaðsaðgerða gegn keppninautunum“. Svo sem fram kemur í ákvörðunarorðum var þessu og öðrum skilyrðum sem áfrýjanda voru sett með ákvörðuninni og hann gekkst undir að hlíta með formlegri sáttargerð 29. nóvember 2007 ætlað að stuðla að virkri samkeppni á þeim mörkuðum sem félagið starfar á.

Ekki er um það deilt að óhjákvæmilegt sé að áfrýjandi hafi þær upplýsingar sem hér um ræðir undir höndum. Er gerð grein fyrir þessari aðstöðu í hinni kærðu ákvörðun og hefur sú lýsing ekki sætt athugasemdum af hálfu áfrýjanda. Er hún svohljóðandi: „Valitor/Greiðslumiðlun hefur verið í eigu banka og sparisjóða. Þessar fjármálastofnanir eru formlegir útgjafendur á greiðslukortum og þær hafa falið Valitor að fara með svonefnda hópaðild að greiðslukortasamsteypunni 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 þeirra hönd 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.“*

Þessu næst er í ákvörðuninni vikið að því að önnur meginstarfsemi áfrýjanda, þ.e. að því frátöldu að vera vinnsluaðili í útgáfu greiðslukorta fyrir banka og sparisjóði sem séu formlegir útgefendur þeirra, sé færsluhirðing vegna notkunar kortanna hjá söluaðilum. Sé augljóst að þessi tvíþætta staða áfrýjanda skapi hættu á alvarlegum samkeppnishömlum sem falist geti í því að félagið nýti þessar viðkvæmu upplýsingar, það er ítarlegar upplýsingar um nöfn söluaðila, fjölda færslna og upphæð hverrar færslu, gegn keppninautum sínum í færsluhirðingu. Áfrýjandi hafi á árinu 2007 gengist við því að hafa hagnýtt sér upplýsingar af þessu tagi og að hafa með því brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Tilurð skilyrðisins í 1. tölulið 1. gr. ákvörðunarinnar verði rakin til þessa.

Í málinu heldur Samkeppniseftirlitið því fram að á vegum áfrýjanda og í skjóli þeirrar aðstöðu sem félagið nýtur samkvæmt framansögðu hafi á árunum 2008 og 2009 verið teknir saman listar með nákvæmum upplýsingum um viðskipti söluaðila keppinauta félagsins og að deild eða svið innan þess, fyrirtækjalausnir, sem annist samninga af hálfu félagsins við söluaðila um færsluhirðingu og markaðssetningu þeirrar þjónustu, hafi fengið þá í hendur og notað til markaðsaðgerða í skilningi 1. töluliðar 1. gr. ákvörðunar nr. 4/2008, en til stuðnings því að listarnir hafi verið notaðir í þessu skyni hefur Samkeppniseftirlitið vísað til tölvupóstsamskipta starfsmanna áfrýjanda sem það komst yfir við húsleit hjá félaginu. Áfrýjandi heldur því á hinn bóginn fram að hann hafi ekkert aðhafst sem fallið geti undir skilyrðið samkvæmt ákvörðunarorðum eða forsendum sem lágu því til grundvallar. Í ákvörðuninni hafi að þessu leyti verið á því byggt að þær markaðsaðgerðir sem koma átti í veg fyrir hefðu falist í því að áfrýjandi setti sig í samband við viðskiptavinum keppinautanna og biði þeim betri kjör. Ekkert slíkt hafi átt sér stað af hálfu áfrýjanda eftir að sáttin við Samkeppniseftirlitið var gerð. Hafi það verið ætlunin að skilyrðið hefði annað og víðtækara gildissvið hefði þurft að kveða á um það með skýrum og ótvíráðum hætti í ákvörðunarorðum og forsendum ákvörðunarinnar.

Í umræddri ákvörðun kemur fram að vegna stöðu sinnar á markaði hafi Greiðslumiðlun hf., nú Valitor hf., búið yfir upplýsingum um viðskipti PBS/Kortþjónustunnar hf. Þar á meðal hafi verið upplýsingar um veltu söluaðila í viðskiptum við þennan keppinaut og hafi þær verið nýttar til aðgerða gegn honum með tilboðum um sértæk kjör og tilboðum sem miðuðu að því að ná þeim úr viðskiptum við hann. Í 2. gr. sáttarinnar, sem ákvörðunin var grundvölluð á, er meðal annars tekið fram að áfrýjandi hafi nýtt sér upplýsingar úr kerfum sínum til þess að hafa eftirlit með PBS/Kortþjónustunni og ennfremur að hann hafi beitt sértækum verðlækkunum og kjörum gagnvart söluaðilum sem voru í viðskiptum við PBS/Kortþjónustuna.

Aðila greinir samkvæmt framansögðu á um það hvernig túlka beri ákvæði 1. töluliðar 1. gr. ákvörðunarinnar og lýtur sá ágreiningur að hugtakinu markaðsaðgerð, en það er ekki sérstaklega skilgreint í forsendum hennar og hefur ekki sérstaka merkingu að lögum. Samkvæmt orðum sínum og því samhengi sem hér á við felur ákvæðið það í sér að áfrýjanda er óheimilt að nota þær upplýsingar sem um ræðir til aðgerða á færsluhirðingarmarkaði sem beinast gegn keppinautum félagsins. Við frekari afmörkun og skýringu á ákvæðinu verður fyrst að hafa í huga hinn almenna tilgang skilyrða sem áfrýjanda voru sett með ákvörðuninni og hann gekkst undir með sáttinni, það er að stuðla að virkri samkeppni á þeim mörkuðum sem áfrýjandi starfar á. Þá verður að líta til eðlis þeirra upplýsinga sem áfrýjanda er bannað að nota til markaðsaðgerða gegn keppinautum sínum. Skal hér áréttað að þær taka til notkunar á VISA greiðslukortum í viðskiptum við íslenska söluaðila vöru og þjónustu án tillits til þess hver annast færsluhirðingu fyrir þá. Er áfrýjandi þar með í aðstöðu sem gerir honum kleift með fyrirhafnarlítilli úrvinnslu upplýsinga að fylgjast með og eftir atvikum kortleggja markað með færsluhirðingu greiðslukorta að þessu leyti í samkeppnislegum tilgangi, en að þessu er vikið með beinum hætti í sáttinni svo sem að framan greinir. Er í ljósi þessa nærtækast að álykta á þann veg að með skilyrðinu hafi átt að búa svo um hnútana að tekið væri fyrir hvers konar notkun af hálfu áfrýjanda á þeim upplýsingum sem það tekur til sem hefði samkeppnislegan tilgang gagnvart keppinautum félagsins á markaði fyrir færsluhirðingu. Þar undir geta eðli máls samkvæmt fallið margvíslegar aðgerðir aðrar en þær að áfrýjandi noti upplýsingarnar til að hafa samband við söluaðila sem ekki eru í viðskiptum við hann og bjóði þeim betri kjör en þeir njóta hjá keppinautum hans. Hafi skilyrðinu þannig verið ætlað að koma því til leiðar að keppinautar áfrýjanda á færsluhirðingarmarkaði þyrftu ekki að sæta því að hann gæti með einu eða öðru móti nýtt hina sérstöku stöðu sína að þessu leyti í samkeppni við þá, enda má til sanns vegar færa að tilgangi um virka samkeppni á þeim markaði væri að öðrum kosti ekki náð. Það að skírskotað er til markaðsaðgerða almennt styður og þessa niðurstöðu, enda fer hún ekki

gegn forsendum ákvörðunarinnar og samrýmist fyllilega þeim forsendum sáttarinnar sem áður er getið. Liggur þannig beinast við með tilliti til þeirrar stöðu sem hér er uppi að banni við notkun upplýsinga hafi verið ætlað að hafa viðtækari tilgang en áfrýjandi vill meina og að með því hafi verið lagðar hömlur á aðgerðir af ýmsum toga sem hann gæti gripið til gagnvart keppinautum sínum á grundvelli þeirra. Við þetta bætist síðan að í 2. tölulið 1. gr. ákvörðunarinnar er sérstaklega kveðið á um það að áfrýjanda sé „óheimilt að beita sértækum verðlækkunum og kjörum gagnvart söluaðilum sem eru í viðskiptum hjá keppinautum félagsins“. Er í ljósi þessa skilyrðis vandséð að sú þrönga túlkun áfrýjanda á skilyrði 1. töluliðar 1. gr. sem að framan er lýst fái staðist, en í henni felst í raun að efnislegt inntak skilyrðanna sé nánast það sama og það eitt hvort áfrýjandi hafi í aðgerð á færsluhirðingarmarkaði notast við upplýsingar sem félagið býr yfir um söluaðila í viðskiptum við keppinauta eða ekki ráði niðurstöðu um það undir hvorn þessara töluliða háttsemi þess fellur.

Með vísan til þess sem að framan er rakið er sjónarmiðum áfrýjanda um túlkun og skýringu á ákvæði 1. töluliðar 1. gr. ákvörðunar nr. 4/2008 hafnað og komist að þeirri niðurstöðu að tilgangur þess hafi verið sá að koma í veg fyrir að áfrýjandi notaði upplýsingar um söluaðila í viðskiptum við keppinauta í færsluhirðingu, sem hann bjó yfir sem hópaðili að VISA EU samkvæmt framansögðu, í þágu hvers kyns markaðsstarfs gegn keppinautum sínum. Er það jafnframt mat áfrýjunarnefndarinnar að áfrýjandi hafi hlotið að gera sér grein fyrir því, ekki hvað síst í ljósi eðlis þeirra upplýsinga sem hér um ræðir, forsendna sáttarinnar og almennrar tilvísunar til markaðsaðgerða í ákvörðuninni, að skilyrðinu væri ætlað að hafa þennan tilgang. Ber þá einnig að hafa í huga að ekki var um einhliða ákvörðun af hálfu Samkeppniseftirlitsins að ræða heldur lá formlegt samkomulag á milli aðila til grundvallar henni. Af þessu leiðir m.a. að ekki verður á það fallist með áfrýjanda að ákvörðunin hafi ekki verið svo ákveðin og skýr að hann gæti skilið hana og metið réttarstöðu sína.

Fyrir liggur í málinu að á árunum 2008 og 2009 var með skipulögðum hætti unnið að því á vegum áfrýjanda að ítarlegar upplýsingar um söluaðila í viðskiptum við keppinauta hans væru teknar saman og þeim miðlað til fyrirtækjalausna, sem annast þá samkeppnisstarfsemi félagsins sem felst í færsluhirðingu. Þar með höfðu fyrirtækjalausnir undir höndum upplýsingar sem vörðuðu starfsemi keppinauta og öll umsvif þeirra í færsluhirðingu vegna notkunar VISA greiðslukorta hjá íslenskum söluaðilum. Hefur áfrýjandi ekki náð að sýna fram á að eðlilegar samkeppnislegar forsendur eða aðrar málefnalegar ástæður hafi staðið til þess að farið var með þessar upplýsingar á þennan hátt. Með vísan til þessa, forsendna hinnar kærðu ákvörðunar og gagna málsins er staðfest sú niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að áfrýjandi hafi notað



Þessar upplýsingar til markaðsaðgerða í þeim skilningi sem að framan greinir gegn keppninautum sínum í færsluhirðingu og þannig brotið gegn skilyrði 1. töluliðar 1. gr. ákvörðunar eftirlitsins nr. 4/2008. Er þess þá sérstaklega að gæta að svo sem Samkeppniseftirlitið afmarkar brot áfrýjanda í þessum þætti málsins samkvæmt hinni kærðu ákvörðun nær það ekki til þess að félagið hafi sett sig í samband við viðskiptavini keppinautanna og boðið þeim betri kjör.

Í ákvæði fyrri málsliðar 7. töluliðar 1. gr. ákvörðunarinnar felst annars vegar að lagt er bann við því að áfrýjandi óski eftir því að RB afli eða miðli hvers konar viðskiptalegum upplýsingum um núverandi eða mögulega keppnauta félagsins. Samkvæmt seinni málslið ákvæðisins er áfrýjanda síðan óheimilt að taka við og nýta sér upplýsingar frá RB um keppnauta hans. Óumdeilt er að starfsmaður áfrýjanda óskaði eftir upplýsingum frá RB sem falla undir þetta ákvæði. RB varð ekki við þeirri beiðni.

Samkvæmt framansögðu er það ekki áskilið samkvæmt 7. tölulið 1. gr. ákvörðunarinnar að brot gegn skilyrðinu felist í því áfrýjandi taki við og nýti sér þær upplýsingar sem þar er getið og hann hefur óskað eftir, heldur nægir það eitt að slík beiðni sé sett fram. Ástæða þess að áfrýjandi tók ekki við upplýsingunum og notaði þær helgast af því að RB varð ekki við beiðni hans. Er með vísan til þessa fallist á það með Samkeppniseftirlitinu að fyrir liggi brot af hálfu áfrýjanda gegn fyrri málslið 7. töluliðar ákvörðunar þess nr. 4/2008.

#### 4.

Undir rekstri máls hefur áfrýjandi haldið því fram að rök standi til þess að hinn landfræðilegi markaður fyrir færsluhirðingu nái út fyrir landsteinana, í öllu falli til Danmerkur.

Í ákvörðun nr. 3/2009, 30. janúar 2009, var það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að landfræðilegi markaðurinn fyrir færsluhirðingu væri Ísland. Þá niðurstöðu staðfesti áfrýjunarnefndin með úrskurði sínum 2. maí 2009 í máli nr. 6/2009. Er ekkert komið fram í þessu máli sem gefur ástæðu til að horfið verði frá þessu mati. Samkvæmt þessu er fallist á það með Samkeppniseftirlitinu að leggja beri til grundvallar við úrlausn málsins að landfræðilegi markaðurinn fyrir færsluhirðingu sé Ísland.

#### 5.

Í hinni kærðu ákvörðun er með ítarlegum rökstuðningi gerð grein fyrir þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum á rannsóknartíma þessa máls.

Samkvæmt 4. tölulið 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga nýtur fyrirtæki markaðsráðandi stöðu þegar það „hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á

markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.“ Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 19. febrúar 2010 var komist að þeirri niðurstöðu að við mat á því hvort fyrirtæki hafi haft markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði sé einkum litið til tveggja atriða og þau metin saman. Þannig sé annars vegar litið til markaðshlutdeildar viðkomandi fyrirtækis á skilgreindum markaði og þróunar hennar. Sé ein viðmiðunin sú að fari markaðshlutdeild yfir 50% séu allar líkur á því að fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu. Hins vegar sé litið til markaðshlutdeildar þess fyrirtækis sem verið er að meta og hún borin saman við markaðshlutdeild annarra fyrirtækja á markaði. Sé mikill munur á markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem stærsta hlutdeild hefur og þess fyrirtækis sem næst kemur í röðinni sé líklegt að stærsta fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu. Að þessu viðbættu sé einnig litið til aðgangshindrana á markaði, þ.e. lagalegra og fjárhagslegra hindrana, stærðarhagkvæmni, aðgengis að birgjum, sölukerfis og þess hvort um er að ræða þekkt vörumerki. Í því tilviki sem til úrlausnar var í málinu var markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem mesta hlutdeild hafði og talið var í markaðsráðandi stöðu um eða yfir 50% og munur á henni og markaðshlutdeild næststærsta fyrirtækisins var 20-25 prósentustig. Réðst niðurstaða málsins af þessum tveimur þáttum, en talið var að upplýsingar um stærðarhagkvæmni og efnahagslegan styrkleika hefðu styrkt hana enn frekar. Með dómi sínum 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010 staðfesti Hæstiréttur héraðsdóminn með vísan til forsendna hans.

Samkvæmt því sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun var markaðshlutdeild áfrýjanda af veltu í færsluhirðingu vegna notkunar greiðslukorta hjá íslenskum söluaðilum rétt yfir [x]<sup>1</sup> % á árinu 2007, en [x]<sup>2</sup> % árið 2008 og á fyrri hluta árs 2009. Sá færsluhirðir sem næst kom var með [x]<sup>3</sup> % markaðshlutdeild á öllu þessu tímabili.

Aðstæður á færsluhirðingarmarkaði tóku nokkrum breytingum í ársbyrjun 2009 þegar áfrýjandi og keppinautur hans lögðu af tiltekna markaðsskiptingu og hófu svonefnda „dual“ færsluhirðingu. Er óumdeilt að samkeppni í færsluhirðingu jókst í kjölfar þessa og hefur áfrýjandi haldið því fram að markaðshlutdeild hans hafi verið komin niður í [x]<sup>4</sup> % í júní 2009 og hún hafi haldið áfram að lækka og verið komin niður [x]<sup>5</sup> % í mars 2012. Samkeppniseftirlitið telur ljóst að dregið hafi úr markaðshlutdeild áfrýjanda frá árinu

---

<sup>1</sup> Trúnaðarupplýsingar

<sup>2</sup> Trúnaðarupplýsingar

<sup>3</sup> Trúnaðarupplýsingar

<sup>4</sup> Trúnaðarupplýsingar

<sup>5</sup> Trúnaðarupplýsingar

2009. Að mati eftirlitsins breyti það því á hinn bóginn ekki að hann hafi borið ægishjálmyfir keppinauta sína á þessum tíma.

Samkeppniseftirlitið hefur í málatilbúnaði sínum vísað til úrskurða áfrýjunarnefndarinnar þar sem komist er að þeirri niðurstöðu að í málum sem varða brot á 11. gr. samkeppnislaga verði að taka til athugunar hvort viðkomandi fyrirtæki hafi verið í markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði þegar atvik málsins áttu sér stað og að samdráttur á markaðshlutdeild geti að jafnaði aðeins skipt máli að því leyti sem hann á sér stað á viðkomandi tímabili, sbr. sérstaklega úrskurð nefndarinnar í máli nr. 3/2011. Með dómi Hæstaréttar 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012 var þetta sjónarmið um túlkun á 11. gr. samkeppnislaga staðfest. Í dómi héraðsdóms í málinu eru færð rök fyrir því að ekki sé fært að láta þróun markaðshlutdeildar fyrirtækis, eftir að Samkeppniseftirlitið byrjar rannsókn á ætluðum brotum þess, ráða úrslitum við mat á markaðsráðandi stöðu þess fyrir þann tíma, enda þurfi hún alls ekki að vera til marks um það að fyrirtækið hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á brotatímabili. Mestu skipti við mat á því hvort fyrirtæki hafi verið í markaðsráðandi stöðu að horfa til þess tíma þegar ætluð brot á samkeppnislögum voru framin. Hæstiréttur staðfesti þennan dóm með vísan til forsendna hans. Það er í ljósi þessa niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar að ekkert sé komið fram sem gefi tilefni til þess að þróun markaðshlutdeildar áfrýjanda í kjölfar þess tímabils sem rannsókn þessa máls tekur til geti haft þýðingu við mat á því hvort félagið hafi verið í markaðsráðandi stöðu meðan á því stóð.

Með sérstakri vísan til þess sem að framan er rakið en að öðru leyti til ítarlegs rökstuðnings Samkeppniseftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun er staðfest sú niðurstaða þess að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum á rannsóknartíma málsins.

## 6.

### 6.1

Samkeppniseftirlitið heldur því fram að áfrýjandi hafi með eftirfarandi hætti brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins í færsluhirðingarstarfsemi sinni á árunum 2007 og 2008 og á fyrri hluta árs 2009:

1. Áfrýjandi hafi verðlagt færsluhirðingu vegna notkunar debetkorta undir breytilegum kostnaði hjá rúmlega 658 umfangsmiklum og mikilvægum íslenskum söluaðilum á árinu 2007 og 636 á árinu 2008.
2. Áfrýjandi hafi verðlagt þjónustu sína fyrir færsluhirðingu debetkorta á Íslandi í heild sinni undir breytilegum kostnaði á árunum 2007 og 2008.

3. Áfrýjandi hafi verðlagt færsluhirðingu sína fyrir debetkort og kreditkort í heild undir breytilegum kostnaði hjá 154 söluaðilum árið 2007 og hjá 123 söluaðilum árið 2008.

4. Áfrýjandi hafi verðlagt færsluhirðingu hjá þremur tilteknum söluaðilum undir breytilegum kostnaði á tímabilinu 2007 fram á fyrri helming árs 2009.

Þess skal sérstaklega getið að því er 3. töluliðinn hér að framan varðar að sú undirverðlagning sem þar er lýst fólst í því að tap var á færsluhirðingu debetkorta hjá hverjum söluaðila fyrir sig og sú framlegð sem áfrýjandi hafði af færsluhirðingu kreditkorta hjá sama söluaðila nægði ekki til að vega upp á móti því. Þá er rétt að taka það fram að í öllum meginþorra tilvika var hér um sömu söluaðila að ræða og er þannig villandi sú framsetning Samkeppniseftirlitsins í greinargerð þess til áfrýjunar-nefndarinnar að þau hafi verið um 280 talsins.

Til grundvallar framangreindri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins liggja þau rök að færsluhirðing vegna notkunar greiðslukorta hjá söluaðilum felist í tveimur aðskildum þjónustubáttum sem séu óháðir innbyrðis en tengdir. Sé það annars vegar færsluhirðing vegna debetkorta og hins vegar færsluhirðing vegna kreditkorta. Byggist þessi forsenda í meginatriðum á því að ferli þessara þjónustubátta séu að stærstum hluta í mismunandi kerfum og verðlagning og uppgjörform þeirra séu ólík. Þá standi ekkert því í vegi að hver söluaðili geti verið í viðskiptum við tvo færsluhirða samtímis, þar sem annar þeirra annist færsluhirðingu debetkorta en hinn færsluhirðingu kreditkorta. Við mat á undirverðlagningu sé síðan hver og einn söluaðili lagður til grundvallar. Sé það bæði viðeigandi og málefnalegt þar sem færsluhirðir beri skýrt afmarkaðan og breytilegan kostnað af þjónustu sinni við hvern söluaðila um sig og hafi af honum skýrt afmarkaðar tekjur. Miðist matið við að breytilegur kostnaður sé greitt milligjald áfrýjanda til útgefanda kortanna sem sé mismunandi eftir kortategund. Sé hér um að ræða beinan breytilegan kostnað hjá áfrýjanda á árunum 2007 og 2008 og um leið meðtals breytilegan kostnað fyrir hvora kortategundina.

Milligjald hefur verið skilgreint þannig að það sé endurgjald fyrir þjónustu formlegra útgefenda greiðslukorta við söluaðila. Þar sem ekki er samningssamband á milli útgefenda og söluaðila eru færsluhirðar milliliðir í innheimtu gjaldsins og standa útgefendum skil á því. Greitt milligjald til útgefenda fer um rekstrarreikning færsluhirðis og telst því til rekstrargjalda hjá honum. Að mati Samkeppniseftirlitsins og í ljósi þessa sé milligjaldið grunnþáttur þeirrar þóknunar sem færsluhirðir semur um við söluaðila fyrir þjónustu sína við þá vegna viðtöku þeirra á greiðslukortum í viðskiptum og myndi þannig „gólf“ í verðlagningu færsluhirða. Af þessu leiði að milligjaldið og ákvörðun þess hafi bein áhrif á markað fyrir færsluhirðingu. Færsluhirðir sem verðleggi þjónustu sína

við söluaðila lægra en sem nemur milligjaldi til útgefenda af sömu viðskiptum geri það ekki á eðlilegum rekstrarlegum forsendum. Slík verðlagning geti hins vegar verið liður í samkeppnishamlandi áætlun markaðsráðandi færsluhirðis.

Áfrýjandi hefur ekki gert athugasemdir við útreikninga Samkeppniseftirlitsins að gefnum þeim forsendum sem eftirlitið beitti við þá samkvæmt framansögðu. Skal sérstaklega tekið fram að samkvæmt þeim forsendum er breytilegur kostnaður áfrýjanda alfarið reiknaður út frá þeim kostnaði hans sem felst í milligjaldinu og tekur hann þar með ekki til fleiri kostnaðarliða sem einnig má telja breytilega. Má ljóst vera að með þessari nálgun er beitt ýtrustu varfærni við mat á því hvort um undirverðlagningu geti verið að ræða.

## 6.2

Auk þess að halda því fram að til þess að um brot á 11. gr. samkeppnislaga sé að ræða þurfi að sýna fram á að „háttsemi sé hlutlægt séð til þess fallin að útiloka keppinauta á markaði“ hefur áfrýjandi byggt kröfur sínar í þessum þætti málsins á því að í færsluhirðingu sé um að ræða samsetta þjónustu en ekki tvo þjónustuþætti. Þar af leiðandi verði að kanna hvort hann hafi haft framlegð af samningi við söluaðila sem taki til beggja kortategunda, svo sem jafnan eigi við um þjónustu hans. Samkeppniseftirlitinu sé ekki stætt á því að taka færsluhirðingu debetkorta út fyrir sviga og álykta á þann veg að áfrýjandi hafi gerst sekur um ólögmdæta undirverðlagningu með því að tekjur af þeirri þjónustu standi ekki undir kostnaði af því að veita hana. Auk þess taka varnir áfrýjanda til þess hvernig Samkeppniseftirlitið afmarkar breytilegan kostnað í ákvörðun sinni að því er tekur til verðlagningar hjá tilgreindum söluaðilum á öllu rannsóknartímabili málsins, sbr. tölulið 4 í kafla 6.1 hér að framan, en leyst verður sérstaklega úr þeim þætti málsins í kafla 6.5. Um varnir hans að þessu frágengnu vísast til kafla IV.1.5.

## 6.3

Samkvæmt 1. gr. samkeppnislaga er það markmið þeirra að efla virka samkeppni í viðskiptum og þar með vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins. Skal því markmiði m.a. náð með því að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og auðvelda aðgang nýrra samkeppnisaðila að markaðnum. Í þessu sama skyni er lagt bann við því í 11. gr. laganna að fyrirtæki sem er í markaðsráðandi stöðu, sbr. 4. tölulið 1. mgr. 4. gr. þeirra, misnoti hana. Er ákvæðið í samræmi við 54. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið.

Áfrýjunarnefndin hefur svo sem að framan er getið staðfest þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á

færsluhirðingarmarkaði á rannsóknartímabili málsins, þ.e. á árunum 2007 og 2008 og fram á mitt ár 2009.

Af 11. gr. samkeppnislaga leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki má ekki grípa til aðgerða sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem er á markaði. Hér undir falla aðgerðir sem ekki styðjast við eðlilegar samkeppnislegar forsendur. Er markaðsráðandi fyrirtæki þannig að meginstefnu til óheimilt að bæta stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu þess. Vísast um skyldur markaðsráðandi fyrirtækis að öðru leyti til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar. Til samræmis við þetta hefur verið litið svo á að markaðsráðandi fyrirtæki geti misbeitt markaðsyfirráðum sínum með óeðlilega lágu verði eða undirverðlagningu, sbr. athugasemdir með frumvarpi því er varð að samkeppnislögum nr. 107/2000, enda byggji slíkar aðgerðir ekki á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum, og dóm Hæstaréttar frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2013 þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að markaðsráðandi fyrirtæki geti misnotað stöðu sína með því að „veita afslætti með mjög lága eða neikvæða framlegð af sölu, með það að tilgangi að mæta samkeppni“. Síðast en ekki síst er þess hér að geta að íslenskir dómstólar hafa litið svo á að 11. gr. samkeppnislaga banni markaðsráðandi fyrirtæki að selja vöru eða þjónustu undir breytilegum kostnaði, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010. Ástæðan sé sú að verðlagning af þessu tagi verði vart skýrð út frá eðlilegum rekstrarsjónarmiðum viðkomandi fyrirtækis.

Svo sem áfrýjunarnefndin hefur áður bent á, sbr. t.d. úrskurð í máli nr. 10/2011, getur undirverðlagning haft þær afleiðingar að veikari samkeppnisaðilar sjá ekki ástæðu til að taka þátt í samkeppni. Þar fyrir utan er ljóst að hvati til að leggja til atlögu við markaðsráðandi fyrirtæki verður til muna minni ef því er frjálst að verðleggja vöru sína undir kostnaðarverði. Loks getur afleiðing undirverðlagningar orðið sú að samkeppnisaðilar hverfi af markaði sem aftur getur haft í för með sér tjón fyrir neytendur til lengri tíma litið.

Í hinni kærðu ákvörðun bendir Samkeppniseftirlitið réttilega á að um ólögmetna undirverðlagningu geti verið að ræða þrátt fyrir að hún taki ekki til allrar vöru/þjónustu sem hið markaðsráðandi fyrirtæki selur á hinum skilgreinda markaði. Þetta sé rökrétt þar sem markaðsráðandi fyrirtæki hafi hag af því að undirverðlagningin sé ekki víðtækari en nauðsynlegt sé til að ná hinu samkeppnishamlandi markmiði. Fær þessi skilningur ótvíræða stoð í framangreindum dómi Hæstaréttar frá 18. nóvember 2010.

#### 6.4

Sá ágreiningur málsaðila sem snýr að undirverðlagningu tekur ekki hvað síst til þess álitaefnis hvort líta megi svo á að í færsluhirðingu felist tveir sjálfstæðir en þó tengdir þjónustubættir, svo sem Samkeppniseftirlitið heldur fram, eða hvort um sé að ræða samsetta þjónustu sem ekki verði brotin upp, en á því hefur áfrýjandi byggt. Sé skilningur áfrýjanda lagður til grundvallar leiðir af því með tilliti til mögulegrar undirverðlagningar að í færsluhirðingu sé ávallt um að ræða einu og sömu þjónustuna án tillits til þess í hverju hún nánar felst og þar með breyti engu hvort samningur um hana við söluaðila gildi um báðar kortategundir eða einungis aðra þeirra.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar er ekki unnt að fallast á það með Samkeppniseftirlitinu að í máli sem áfrýjandi var aðili að fyrir samkeppnisyfirvöldum og var til lykta leitt með úrskurði nefndarinnar í máli nr. 1/2009 hafi afstaða hans til þess álitaefnis sem hér er til umfjöllunar verið önnur en framangreind málsvörn hans gengur út á og þar með í samræmi við þann skilning sem eftirlitið heldur fram.

Þegar þær tvær tegundir greiðslukorta sem hér um ræðir eru bornar saman og litið framhjá því að kortin má nota til að greiða fyrir kaup á vöru og þjónustu af söluaðilum er um flest ólíku saman að jafna. Fyrir það fyrsta má nefna að uppgjör vegna notkunar þessara tveggja kortategunda á sér stað með mismunandi hætti og fjárhagsfærslur og heimildaröflun fara um mismunandi kerfi. Þegar debetkort er notað er um staðgreiðslu að ræða í viðskiptum korthafa og söluaðila, en lánsviðskipti í tilfelli kreditkorta. Í lánsviðskiptum í þessu samhengi felst víðtækari þjónusta en við á um debetkort. Uppgjör við söluaðila vegna kreditkorta getur farið fram mánaðarlega og allt niður í það að viðskipti með slíkum kortum séu gerð upp daglega. Verðmyndun fyrir færsluhirðingu endurspeglar þennan mun. Einnig er skýr munur á undirliggjandi kostnaði og veltutengdri þóknun mismunandi kortategunda. Því bera færsluhirðar skýrt afmarkaðan lágmarks beinan breytilegan kostnað af hvorum þjónustulið. Að öðru leyti en að framan greinir er látið við það sitja að vísa hvað þetta varðar til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar.

Í málinu hefur ekki verið hnekkkt þeirri staðhæfingu áfrýjanda að samningar hans við söluaðila um færsluhirðingu taki ávallt til beggja kortategunda að því gefnu að viðsemjandinn taki á móti þeim báðum við sölu á vöru og þjónustu. Þetta breytir því á hinn bóginn ekki að það er alfarið komið undir ákvörðun söluaðila hvort hann samþykkir að taka á móti báðum kortategundum. Kjósi söluaðili að gera það er það með sama hætti alfarið í höndum hans hvort hann semur við einn færsluhirði eða tvo. Er tekið fram í hinni kærðu ákvörðun að dæmi séu um það að söluaðili hafi samið við tvo færsluhirða þannig að annar þeirra annist færsluhirðingu debetkorta og hinn færsluhirðingu

kreditkorta. Sé þetta raunin hjá þeim söluaðilum sem samið hafi við PBS/Kortapjónustuna hf. um færsluhirðingu VISA greiðslukorta og Mastercard kreditkorta, en þeir hafi samið við Borgun hf. um færsluhirðingu Maestro debetkorta. Eru engar forsendur til annars en að leggja þessa lýsingu til grundvallar við úrlausn málsins.

Framangreind atriði breyta því ekki að sterk tengsl eru á milli færsluhirðingar vegna notkunar debetkorta annars vegar og kreditkorta hins vegar. Þetta samband gerir það að verkum að færsluhirðir sem semur við tiltekinn söluaðila um lága þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta er líklegur til að ná einnig samningi um færsluhirðingu kreditkorta fyrir sama söluaðila. Svo sem Samkeppniseftirlitið bendir á getur færsluhirðir við þessar aðstæður talið það þjóna heildarhagsmunum sínum að verðleggja færsluhirðingu debetkorta undir þeim kostnaði sem á hann fellur við að veita hana í þeim tilgangi að ná til sín færsluhirðingu kreditkorta, sem óumdeilanlega og fyrir margra hluta sakir er eftirsóknarverðari þjónusta.

Með vísan til þess sem að framan er rakið og sérstakri hliðsjón af dómi Hæstaréttar 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010 er fallist á það með Samkeppniseftirlitinu að brot gegn 11. gr. samkeppnislaga geti falist í undirverðlagningu í færsluhirðingu debetkorta einni og sér og engu breyti þótt samningur við söluaðila hafi tekið til beggja kortategunda og að sú þjónusta í heild hafi skilað færsluhirði tekjum umfram þann breytilega kostnað sem hann hafði af því að veita hana.

Fram til 1. febrúar 2009 var milligjald við færsluhirðingu debetkorta beinn breytilegur kostnaður og í framkvæmd sá sami gagnvart öllum söluaðilum. Af þessu leiðir að hafi áfrýjandi innheimt lægri þóknun hjá söluaðila en sem nam þessum kostnaði var félagið að undirverðleggja þessa þjónustu sína. Er með hliðsjón af fyrirkomulagi á markaði fyrir færsluhirðingu og með vísan til annarra forsendna hinnar kærðu ákvörðunar að þessu leyti fallist á það með Samkeppniseftirlitinu að það sé í senn eðlilegt og málaefnalegt að fjalla um og meta verðstefnu áfrýjanda út frá hverjum söluaðila.

Varðandi umfang undirverðlagningar í færsluhirðingu debetkorta á árunum 2007 og 2008, sbr. 1., 2. og 3. tölulið í kafla 6.1 hér að framan og tölulegan grundvöll þeirrar niðurstöðu sem þar er gerð grein fyrir, var byggt á gögnum og upplýsingum sem aflað var hjá áfrýjanda í framhaldi af skoðun á gögnum sem lagt var hald á við húsleit á skrifstofu félagsins 1. júlí 2009. Að gefnum þeim forsendum sem Samkeppniseftirlitið beitti hefur þessari niðurstöðu ekki verið hnekkkt.



Í kafla 6.1 er gerð grein fyrir forsendum sem lágu til grundvallar niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um undirverðlagningu í færsluhirðingarstarfsemi áfrýjanda. Samkvæmt framansögðu felst áfrýjunarnefndin á þær forsendur.

Með vísan til þess sem rakið hefur verið í þessum kafla úrskurðarins og með skírskotun til umfjöllunar í kafla 6.3 er fallist á þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins samkvæmt hinni kærðu ákvörðun að á árunum 2007 og 2008 hafi áfrýjandi selt fjölmörgum söluaðilum þjónustu sína í færsluhirðingu á verði sem ekki stóð undir breytilegum kostnaði við það að veita hana. Var bæði um að ræða tilvik þar sem þóknun áfrýjanda dugði ekki fyrir breytilegum kostnaði við færsluhirðingu debetkorta og tilvik þar sem félagið undirverðlagði færsluhirðingarþjónustu sína í heild. Þessu til viðbótar var færsluhirðing vegna debetkorta hjá íslenskum söluaðilum í heild rekin með tapi á þessum árum.

Með vísan til dóma Hæstaréttar 2. október 2008 í máli nr. 550/2007 og 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010 er fallist á það með Samkeppniseftirlitinu að brot á 11. gr. samkeppnislaga eigi sér stað ef markaðsráðandi fyrirtæki grípur til aðgerða sem eru til þess fallnar að raska samkeppni og fela ekki sér samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu.

Hvað varðar útreikninga Samkeppniseftirlitsins á milligjöldum fyrir debetkort telur áfrýjandi að ekki hafi verið tekið tilliti til þess að viss skekkja hafi verið í uppgjöri félagsins við kortaútfendur hvað varðar debetkort sem ekki hafi verið leiðrétt fyrr en í byrjun árs 2009. Skekkjan hafi falist í því að hámark og lágmark á færslum sem samið hafi verið um við söluaðila á færsluhirðingu debetkorta hafi ekki endurspeglast í milligjöldum sem greidd voru útgefendum greiðslukorta sem þar með hafi fengið óeðlilega há milligjöld þegar söluaðilar með háar debetkortafærslur áttu í hlut, svo sem sýslumenn, bifreiðumboð og fasteignasalar. Hvað þessa málsvörn varðar tekur áfrýjunarnefndin undir rök Samkeppniseftirlitsins og fellst þar með á að hún sé með öllu haldlaus.

Ekki er þörf á því í þessu máli að taka afstöðu til þess hvort áfrýjandi hafi ákveðið milligjald einhliða eða í samningum við útgáfubanka.

Áfrýjandi heldur því fram að verðskrá félagsins vegna færsluhirðingar sé „viðmiðunarverðskrá“, enda sé verð til einstakra viðskiptavina sammingsatriði sem ræðst m.a. af veltu söluaðila og að frávik frá verðskrá geti ekki talist óeðlilegt. Samkeppniseftirlitið telur að markaðsráðandi fyrirtæki sé ekki heimilt að víkja frá opinberlega birtri verðskrá með því að verðleggja þjónustu sína undir þeim breytilega kostnaði sem falli til við að veita hana og raska á þann hátt samkeppni á markaðnum.

Hér verður að líta til þess að Samkeppniseftirlitið hefur ekki í þessu máli metið frávik frá gjaldskrá sem sjálfstætt brot, heldur notað það sem rökstuðning fyrir því að áfrýjandi hafi ekki stundað eðlilega samkeppni. Ekki verði séð að réttlæta megi lægri þóknun fyrir færsluhirðingu söluaðila með mikla veltu þegar færsluhirðir greiði útgáfuböndum herra milligjald en hann fær greitt af sömu veltu. Undir þetta sjónarmið Samkeppniseftirlitsins tekur áfrýjunarnefndin.

Að því virtu sem að framan er rakið er það mat áfrýjunarnefndarinnar að engin efni séu til að hnekkja þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins samkvæmt hinni kærðu ákvörðun að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með undirverðlagningu á færsluhirðingarmarkaði á árunum 2007 og 2008. Er það þannig niðurstaða nefndarinnar að þessi háttsemi áfrýjanda hafi verið til þess fallin að raska með alvarlegum hætti samkeppni á markaði fyrir færsluhirðingu. Beindist hún einkum gegn PBS/Kortabjónustunni hf. og var aðallega til þess fallin að hafa áhrif á starfsemi þess félags, enda voru áfrýjandi og Borgun hf. ekki í beinni samkeppni á markaðnum nema í stuttan tíma í lok þess tímabils sem til rannsóknar var. Undir það er aftur á móti tekið með Samkeppniseftirlitinu að sú háttsemi áfrýjanda sem hér um ræðir hafi verið til þess fallin að hafa samkeppnislega röskun í för með sér gagnvart Borgun hf. í upphafi árs 2009.

## 6.5

Í hinni kærðu ákvörðun er lýst atburðarás við gerð tilboða og samninga um færsluhirðingu greiðslukorta við þrjá stóra söluaðila, þ.e. IKEA, fyrirtæki í Leifsstöð og Rúmfatalagerinn og tengd fyrirtæki, og komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi markvisst og með ólögumætum hætti boðið og samið um þjónustu fyrir færsluhirðingu vegna debetkorta undir breytilegum kostnaði. Hafi það einnig í sumum tilvikum mögulega átt við um tilboð og samninga um færsluhirðingu vegna kreditkorta.

Aðila greinir á um nokkra meginþætti sem liggja til grundvallar mati Samkeppniseftirlitsins sem áfrýjunarnefndin hefur í þessu máli þegar tekið afstöðu til og vísast til þeirrar umfjöllunar. Áfrýjunarnefndin telur þó rétt að áréttta að þegar mál sem varða undirverðlagningu eru til umfjöllunar þarf oft að beita misjafnlega flóknum aðferðum til að ákvarða breytilegan kostnað á selda einingu. Hér háttar þannig til að skýrt liggur fyrir hver er lágmarks breytilegur kostnaður við hverja einingu, annars vegar vegna hvernar færslu við notkun debetkorts og hins vegar vegna kreditkorts, sem er milligjald fyrir hverja færslu. Einnig liggur fyrir hvert þetta lágmarksgjald er fyrir mismunandi flokka söluaðila, þar sem þeir sem versla með matvöru, áfengi og eldsneyti greiddu lægri færslugjöld á árinu 2009. Því verður ekki fallist á að lágmarks breytilegur

kostnaður verði ákvarðaður með meðaltalsútreikningum þegar nákvæmara viðmið liggur fyrir.

Varðandi ágreining aðila um útreikning á kostnaði vegna kreditkorta, meðal annars um hvaða vexti beri að nota sem mat á fjármagnskostnaði fyrir daglegt uppgjör tekur áfrýjunarnefndin undir það að málefnalegt geti verið að líta til spár um stýrivexti vegna mats á fjármagnskostnaði, en ekki sé síður málefnalegt að líta til ríkjandi stýrivaxta, einkum ef opinberir aðilar eru hættir að gefa út slíkar spár eins og í tilviki Seðlabanka Íslands sem hætti að birta slíka spá haustið 2008. Verða því ekki gerðar athugasemdir við útreikninga Samkeppniseftirlitsins á vaxtaálagi.

Að öðru leyti og með vísan til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins varðandi háttsemi áfrýjanda í tengslum við tilboð og samninga um færsluhirðingu greiðslukorta við framangreinda þrjá söluaðila staðfest.

## 6.6

Með vísan til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar er fallist á það með Samkeppniseftirlitinu að með þeirri háttsemi sinni sem samkvæmt framansögðu fól í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga hafi áfrýjandi enn fremur brotið gegn 54. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993.

## 7.

Samkvæmt framansögðu er staðfest sú niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að áfrýjandi hafi með undirverðlagningu í færsluhirðingu á árunum 2007 og 2008 og fram á mitt ár 2009 og svo sem áður en nánar rakið brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 54. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993. Þá er sömuleiðis fallist á það með Samkeppniseftirlitinu að áfrýjandi hafi með tilgreindum hætti brotið skilyrði 1. og 7. töluliðar 1. gr. í ákvörðunarorðum ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008, sbr. sátt 29. nóvember 2007. Er það mat áfrýjunarnefndarinnar að brot áfrýjanda gegn tilvitnuðum lagaákvæðum og fyrri tölulið ákvörðunarinnar séu alvarleg.

Samkvæmt b. og j. liðum 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga leggur Samkeppniseftirlitið stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn banni samkvæmt 11. gr. laganna og 54. gr. EES-samningsins. Þá nær sektarheimild Samkeppniseftirlitsins enn fremur til brota á sátt sem aðili gerir við eftirlitið á grundvelli ákvæðis 17. gr. f. hinna tilvitnuðu laga, sbr. h. lið 1. mgr. 37. gr. þeirra. Samkvæmt 2. mgr. 37. gr. laganna geta sektir numið allt að 10% af heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að broti. Ef brot fyrirtækja tengjast starfsemi aðila þeirra skal fjárhæð sektar ekki vera hærri en 10% af heildarveltu hvers aðila þeirra sem

er virkur á þeim markaði sem brot samtakanna tekur til. Við ákvörðun sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota, hvað brot hafa staðið lengi og hvort um ítrekað brot er að ræða.

Ákvæði 37. gr. samkeppnislaga felur ekki í sér tæmandi talningu á þeim sjónarmiðum sem horfa skal til við töku ákvörðunar um fjárhæð sektar. Það leiðir hins vegar af meginreglunni um skyldubundið mat stjórnvalda að Samkeppniseftirlitinu ber a.m.k. að byggja á framangreindum sjónarmiðum við töku slíkrar ákvörðunar, sbr. álit umboðsmanns Alþingis frá 27. mars 2012 í máli nr. 6110/2010. Eins og lögskýringargögn bera með sér er einnig eðlilegt að túlka ákvæðið með hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti. Að því er ólögfest sjónarmið varðar verða þau að vera málefnaleg auk þess sem gæta verður jafnræðis og meðalhófs. Þannig hefur áfrýjunarnefndin svo dæmi sé tekið talið það skipta máli að samræmi sé í sektarákvörðunum í samkeppnismálum að því marki sem unnt er, sbr. úrskurði hennar í málum nr. 3/2011 og 1/2012. Í því sambandi er þess þó sérstaklega að gæta, svo sem Samkeppniseftirlitið vísar til í hinni kærðu ákvörðun, að viðurlagaákvörðun í samkeppnismálum getur byggst á fjölda breyta sem horfa ólíkt við í hverju einstöku máli.

Til grundvallar sáttinni sem áfrýjandi gerði við Samkeppniseftirlitið 29. nóvember 2007 lá meðal annars að hann hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Eftir það tímamark braut áfrýjandi gegn sama lagaákvæði með því að beita undirverðlagningu á markaði fyrir færsluhirðingu. Var þar um ítrekun brots að ræða, sbr. meginreglu 1. mgr. 71. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.

Í heild stóðu þau brot áfrýjanda gegn samkeppnislögum, sem þetta mál tekur til, yfir í langan tíma, eða tvö og hálf ár.

Svo sem að framan greinir geta sektir numið allt að 10% af heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að broti. Er engum vafa undirorpið að mati áfrýjunarnefndarinnar að leggja beri þann skilning í ákvæði 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga að veltuviðmið taki til síðasta almanaksárs áður en sektarákvörðun er tekin.

Óumdeilt er að notkun greiðslukorta í viðskiptum með vöru og þjónustu er mjög almenn og víðtæk hér á landi. Er á það bent í hinni kærðu ákvörðun að á árunum 2007 og 2008 var heildarvelta í viðskiptum með greiðslukort hjá söluaðilum sem voru í viðskiptum við

áfrýjanda um [x]<sup>6</sup> milljarðar króna hvort árið og um [x]<sup>7</sup> og [x]<sup>8</sup> milljarðar króna á markaðnum í heild. Er undir það tekið með Samkeppniseftirlitinu að í ljósi þessa og mikilvægis þessa markaðar fyrir neytendur og atvinnulífið skipti miklu að öll verðmyndun sé eðlileg og minni keppinautar séu ekki með óeðlilegum hætti hindraðir í að veita samkeppnislegt aðhald.

Svo sem áfrýjunarnefndin hefur áður bent á er stjórnvaldssektum samkvæmt samkeppnislögum m.a. ætlað að hafa varnaðaráhrif og er fjárhæð sekta mikilvæg í því sambandi. Í þessu máli er ljóst að sektin sem áfrýjandi gekkst undir að greiða samkvæmt sáttinni, en hún nam 385.000.000 króna, hafði ekki áhrif til varnaðar frekari brotum félagsins.

Í sektarákvörðun sinni í þessu máli byggir Samkeppniseftirlitið á því að áfrýjandi sé dótturfélag Arion banka hf. og teljist félagið því hluti af mjög efnahagslega öflugri fyrirtækjasamstæðu, sbr. 3. tölulið 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga, en samkvæmt því sem fram er komið í málinu fer bankinn í dag með yfirráð í áfrýjanda með um 60% eignarhlut. Var þá horft til þess að eigi stjórnvaldssektir samkvæmt samkeppnislögum að hafa tilætluð áhrif verði að taka mið af styrkleika hins brotlega fyrirtækis, en þar komi styrkleiki þeirrar samstæðu sem það tilheyrir meðal annars til skoðunar. Með vísan til úrskurða áfrýjunarnefndarinnar í málum nr. 4/2006 og 2/2010 og með hliðsjón af dómi Hæstaréttar 2. október 2008 í máli nr. 550/2007 er á það fallist með Samkeppniseftirlitinu að hér sé um málefnalegt viðurlagasjónarmið að ræða. Þær forsendur sem liggja hér að baki samkvæmt framansögðu leiða ennfremur til þeirrar niðurstöðu að mati áfrýjunarnefndarinnar að ekki fái staðist að við sektarákvörðun sé því aðeins heimilt að líta til styrkleika samstæðunnar að eignaraðild að hinu brotlega fyrirtæki sé að öllu leyti bundin við hana. Á hinn bóginn er ekki óeðlilegt að tekið sé mið af stærð eignarhlutarins við mat á vægi þessa sjónarmiðs þegar sekt er ákveðin.

Að framangreindu virtu en að öðru leyti með vísan til þeirra sjónarmiða sem liggja til grundvallar ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um fjárhæð stjórnvaldssektar á hendur áfrýjanda er það mat áfrýjunarnefndarinnar að ekki séu efni til þess að hrófla við henni. Verður hún því staðfest.

Með vísan til alls þess sem að framan greinir er það niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar að staðfesta beri hina kærðu ákvörðun.

---

<sup>6</sup> Trúnaðarupplýsingar

<sup>7</sup> Trúnaðarupplýsingar

<sup>8</sup> Trúnaðarupplýsingar

**Úrskurðarorð:**

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 8/2013 frá 12. apríl 2013 er staðfest.

Reykjavík, 5. október 2013.

Þorgeir Ingi Njálsson

Brynhildur Benediktsdóttir

Kristín Benediktsdóttir