

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 28. febrúar 2011 í máli nr. E-12331/2009:

ERGN Holdings Ltd. og

Valitor hf.

(Hörður Felix Harðarson hrl.)

gegn

Samkeppniseftirlitinu

(Gizur Bergsteinsson hdl.)

Mál þetta, sem dómtekið var 1. febrúar sl., var höfðað 1. nóvember 2009 af ERGN Holdings Ltd., South Bank House, Barrow Street, Dublin 2, Írlandi, og Valitor hf., Laugavegi 77, Reykjavík, gegn Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26, Reykjavík.

Stefnendur krefjast þess að felldur verði úr gildi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 2. maí 2009 í máli nr. 6/2009 þar sem staðfest var ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2009 frá 30. janúar 2009. Þá krefjast stefnendur máls kostnaðar úr hendi stefnda að skaðlausu.

Af hálfu stefnda er krafist sýknu af kröfum stefnenda og að stefnendum verði gert að greiða stefnda málskostnað að mati dómsins.

Yfirlit málsatvika og ágreiningsefna

Stefnda var með bréfi 30. júlí 2008 tilkynnt að sama dag hefði verið undirritaður kaupsamningur um kaup stefnanda, Valitors hf., á öllu hlutafé í Euro Refund Group North á Íslandi ehf. (ERGN). Seljandi var stefnandi, ERGN Holdings Ltd., eigandi alls hlutafjár í ERGN. Einkahlutafélagið ERGN var þá eigandi alls hlutafjár í Tax Free á Íslandi ehf., Aðalstræti 2 í Reykjavík. Í bréfinu er því lýst að það sé skoðun beggja kaupsamningsaðila að skilyrði 1. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga sé ekki uppfyllt og því sé ekki nauðsynlegt að tilkynna samrunann. Í samræmi við heimildarákvæði 4. mgr. 17. gr. b sömu laga hafi aðilar þó ákveðið að tilkynna stefnda um kaupin. Þá segir í bréfinu að telji stefndi að samruninn falli undir 3. mgr. 17. gr. b laganna sé þess óskað að aðilum verði greint frá því hið fyrsta. Staðfestingar var óskað á því að samrunatilkynningar væri ekki þörf.

Með bréfi 13. ágúst sama ár tilkynnti stefndi stefnendum að ákveðið hefði verið að krefja stefnendur um samrunatilkynningu, sbr. 3. mgr. 17. gr. b samkeppnislaga. Af

hálfu stefnenda var stefnda send tilkynning 26. ágúst s.á. Þar kemur m.a. fram að stefnendur starfi ekki á sama markaði og að ekki sé lóðrétt tenging á milli þeirra. Því sé ekki um neina markaði að ræða þar sem áhrifa samrunans gæti í skilningi samkeppnisréttar. Samruninn hafi þar af leiðandi ekki skaðleg áhrif á samkeppni og ekki sé ástæða til að gera athugasemdir við hann.

Með bréfi 26. september s.á. tilkynnti stefndi stefnendum að hann teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans. Að þeirri rannsókn lokinni sendi stefndi stefnendum andmælaskjal vegna samrunans 12. desember s.á. Stefnendur sendu stefnda athugasemdir við andmælaskjalið 23. sama mánaðar. Í málatilbúnaði stefnenda er því lýst að þeir hafi brugðist við áhyggjum, sem stefndi virtist hafa af áhrifum samrunans, með því að setja fram tillögur að skilyrðum, færi svo ólíklega að stefndi teldi ástæðu til íhlotunar.

Með ákvörðun 30. janúar 2009 nr. 3/2009 var samningur um kaup stefnanda, Valitors hf., á öllu hlutafé í Euro Refund talinn fela í sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Einnig var hann talinn fela í sér að samkeppni raskaðist með umtalsverðum hætti og ynni þannig gegn markmiðum samkeppnislaga. Með heimild í 17. gr. c samkeppnislaga felldi stefndi samrunann úr gildi.

Stefnandi, ERGN Holdings Ltd., kærði ákvörðun stefnda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála 27. febrúar s.á. Var þess aðallega krafist að hin kærða ákvörðun yrði felld úr gildi en til vara að samruni stefnanda Valitors og ERGN yrði heimilaður með skilyrðum.

Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála 2. maí 2009 í máli nr. 6/2009 var ákvörðun stefnda um ógildingu samrunan staðfest. Af hálfu stefnenda er vísað til þess að í úrskurðinum sé mjög takmörkuð efnisleg umfjöllun um röksemdir stefnenda sem fram komi í kæru þeirra til nefndarinnar. Áfrýjunarnefndin láti að mestu við það sitja í úrskurðinum að vísa til þess að stefndi hafi með fullnægjandi hætti fært fram rök fyrir því að samruninn sé í grundvallaratriðum andstæður samkeppnislögum og að áfrýjunarnefndin fallist á þá röksemdafærslu. Stefnendur telja úrskurðinn og ákvörðun stefnda ranga og er krafa þeirra í málinu byggð á því. Af hálfu stefnda er þessum staðhæfingum stefnenda mótmælt enda hafi bæði úrskurðurinn og ákvörðun stefnda verið í samræmi við lög að öllu leyti.

Eftir að úrskurður áfrýjunarnefndarinnar var kveðinn upp eignaðist stefnandi, ERGN Holdings Ltd., allt hlutafé í Tax Free og var dótturfélaginu, ERGN ehf., slitið í kjölfarið. Stefnendur lýstu því undir rekstri málsins að við það hafi stefnandi, ERGN Holdings Ltd., orðið beinn eigandi hlutafjár í félaginu Tax Free á Íslandi ehf. Aðilar kaupsamningsins, sem var tilkynntur til stefnda, væru stefnendur málsins og hagsmunir þeirra af niðurstöðu þess væru þeir sömu og áður en ERGN ehf. var slitið.

Málsástæður og lagarök stefnenda

Í málatilbúnaði stefnenda er því lýst að Tax Free veiti erlendum ferðamönnum þá þjónustu að leysa til sín ávísanir fyrir virðisaukaskatti við brottför ferðamanna frá

landinu með vörur sem keyptar hafi verið hér. Um starfsemi félagsins fari samkvæmt reglugerð nr. 294/1997. Stefnandi, Valitor hf., starfi á markaði fyrir færsluhirðingu. Þá sé félagið vinnsluaðili í kreditkortaútgáfu fyrir hönd íslenskra banka og sparisjóða.

Stefnendur byggja kröfu sína um ógildingu á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnis mála frá 2. maí 2009 í fyrsta lagi á því að með því að krefja stefnendur um samrunatilkynningu hafi stefndi farið út fyrir heimildir í 3. mgr. 17. gr. b samkeppnislaga. Í öðru lagi hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála og stefndi farið út fyrir heimildir samkvæmt 17. gr. c samkeppnislaga með því að fella samrunann úr gildi. Ákvörðun stefnda um að krefja stefnendur um samrunatilkynningu og niðurstaða úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar brjóti í bága við orðalag ofangreindra lagaákvæða, eins og þau beri að skýra með hliðsjón af meðalhófsreglu stjórnarsýsluréttarins og dómaframkvæmd Evrópuþómstólsins. Jafnframt feli ákvörðun stefnda og niðurstaða úrskurðarins í sér sjálfstætt brot á rannsóknarreglu og meðalhófsreglu stjórnarsýsluréttarins, sem m.a. séu lögfestar í 10. og 12. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993.

Ógilding samruna sé í eðli sínu alvarlegt inngríp í starfsemi fyrirtækja á frjálsum markaði. Reglur samkeppnislaga um þetta efni væru undantekningar frá meginreglum um frelsi til samninga og feli í sér inngríp í atvinnufrelsi og eignarréttindi sem njóti verndar samkvæmt 72. og 75. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944. Slíkum reglum verði einungis beitt að vel athuguðu máli og ekki fyrr en ljóst sé að engin önnur úrræði séu tæk. Ákvæði samkeppnislaga um heimildir til íhlutunar í samruna beri af þessum sökum að túlka þröngt og hvers kyns vafa í málinu beri að skýra samrunaaðilum í hag.

Samkeppnisyfirvöldum sé skylt að virða meðalhófsreglu 12. gr. stjórnarsýslulaga. Samkvæmt henni skuli stjórnvald því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmætu markmiði verði ekki náð með öðru og vægara móti. Þess skuli þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn beri til og að velja það úrræði sem vægast sé til að ná því markmiði sem að er stefnt. Meðalhófsreglan komi ávallt til skoðunar þar sem efni ákvörðunar sé að einhverju leyti komið undir mati stjórnvalds.

Atvik málsins séu ekki þannig að forsendur hafi verið til íhlutunar. Stefnendur mótmæli efnislegu mati áfrýjunarnefndarinnar og stefnda á stöðu stefnenda á mörkuðum málsins, skilgreiningu markaða og meintum skaðlegum áhrifum samrunans á þá markaði sem stefnendur starfi á. Það sé einkennandi fyrir alla framsetningu í úrskurðinum og í ákvörðun stefnda að hvers kyns vafaatriði séu metin stefnendum í óhag. Auk þess sé víða byggt á getgátum um atvik í framtíðinni eða jafnvel órökstuddum fullyrðingum frá keppinautum stefnenda. Þessi meðferð áfrýjunarnefndarinnar og stefnda á málinu sé ekki í samræmi við framangreindar grundvallarreglur og því hafi áfrýjunarnefndin og stefndi farið út fyrir þær heimildir sem þeir hafi til íhlutunar á grundvelli 3. mgr. 17. gr. b og 17. gr. c samkeppnislaga.

Varðandi tilkynningaskyldu um samruna til stefnda vísi stefnendur til þess að heimild til að grípa til íhlutunar samkvæmt 3. mgr. 17. gr. b samkeppnislaga sé nýmæli og undantekning frá þeirri meginreglu að samkeppnisyfirvöld grípi ekki inn í samruna þegar fyrirtæki væru undir veltumörkum. Þetta sé matskennd undan

tekningarregla sem verði ekki beitt nema brýna nauðsyn beri til og að afar sterk rök séu því til íhlutunar. Þessi staðreynd endurspeglar með skýrum hætti í orðalagi lagaákvæðisins, enda þurfi að vera verulegar líkur á því að samruni drag umtalsvert úr samkeppni til að þessu heimildarákvæði verði beitt. Staðan hafi ekki verið sú að þessari undantekningarreglu skyldi beitt, enda sé samruninn ekki af þeim toga að almennt sé nokkrar ástæður til að óttast áhrif á samkeppni. Þar af leiðandi hafi ekki verið heimild til íhlutunar á grundvelli 3. mgr. 17. gr. b samkeppnislaga. Stefnendur vísi til skýrs orðalags ákvæðisins og meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga.

Um heimild samkeppnisfyrivalda til að grípa til íhlutunar á grundvelli 17. gr. c samkeppnislaga vísi stefnendur til þess að samruni þeirra hafi hvorki í för með sér að saman renni raunverulegir eða hugsanlegir keppinautar (láréttur samruni) né að samrunaaðili framleiði vöru eða þjónustu sem annar samrunaaðili noti í starfsemi sinni (lóðréttur samruni). Samrunar af því tagi sem hér um ræði, eða svokallaðir samsteypusamrunar, væru alla jafna ekki taldir hafa skaðleg áhrif á samkeppni, eins og fram kom í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins. Óumdeilt sé í málinu að keppi nautum fækki ekki með samrunanum þar sem hvorugur stefnenda hafi verið starfandi á mörkuðum sem hinn aðilinn hafi verið fyrir á. Af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins verði ráðið að ríkar sönnunarkröfur væru gerðar hvað varði skaðleg efnahagsleg áhrif samruna, eins og hér um ræði, þannig að samruni verði ekki heimill. Sérstaklega þurfi að fara varlega í að álykta að slíkur samruni feli í sér líkur á því að markaðsyfíráðum á einum markaði verði beitt á öðrum. Ekki sé nægjanlegt að setja fram tilgátur eða skilyrtar spár um áhrif samruna á markaði. Hagfræðileg greining þurfi að leiða líkur að því að viðkomandi fyrirtæki sjái sér hag í því að nýta sér markaðsyfíráð á þennan veg. Misbeiting markaðsráðandi stöðu þurfi því að vera efnahagslega fýsileg. Við mat á því beri að hafa í huga að slík hegðun geti falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu og því brot á ákvæðum samkeppnislaga.

Allan vafa um samkeppnisleg áhrif samrunans beri að túlka samrunaaðilum í hag. Gera verði ríkar kröfur til sönnunargagna sem verði höfð til marks um líkleg skaðleg áhrif hans. Það eigi sérstaklega við þegar fyrir fram verði að ætla að samruninn hafi ekki neikvæð áhrif á samkeppni, bæði vegna eðlis síns og vegna þess að ekki eru uppfyllt veltuskilyrði 1. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Úrskurður áfrýjunarnefndar standist ekki þær kröfur sem gera verði í þessum efnum, hvorki að því er varði hagfræðilegt mat, fullnægjandi rökstuðning, gæði sönnunargagna né meðferð lögskýringarreglna. Svo virtist sem einkum hafi verið byggt á sjónar miðum keppinauta stefnenda og eigin ályktunum áfrýjunarnefndar og stefnda um líklega hegðun stefnenda í framtíðinni. Í greinargerð stefnda til áfrýjunarnefndarinnar segi að niðurstaða stefnda hafi verið í samræmi við það mat keppinauta samrunaaðila að samruninn skaðaði virka samkeppni á hinum skilgreindu mörkuðum. Niðurstaða áfrýjunarnefndar og stefnda, sem varði alvarlegt inngríp í samningsfrelsið, verði ekki rökstudd með vísan til afstöðu samkeppnis aðila.

Samruninn muni ekki sjálfkrafa hafa í för með sér breytingu á stöðu aðila á markaði. Hin meintu skaðlegu áhrif hans séu háð því að samrunafyrirtækið hagi sér með ólögumætum hætti í framtíðinni, þ.e. beiti vöndlun eða samtvinnun í trássi við 11. gr. samkeppnislaga. Ákvörðun stefnda og úrskurður áfrýjunarnefndar byggðust því að verulegu leyti á spádómum eða getgátum um framtíðina. Þar sé ekki vísað til

staðreynda sem sé unnt að leggja til grundvallar. Ályktanir áfrýjunarnefndar og stefnda byggðust á meintum styrk stefnanda á hinum skilgreindu mörkuðum sem sé stórlega ofmetinn. Umfjöllun í úrskurði áfrýjunarnefndar og ákvörðun stefnda um áhrif samrunans á samkeppni sé mjög einhliða og eingöngu vikið að þeim atriðum sem hugsanlega kunni að vera skaðleg samkeppni. Þau atriði sem mæli með samþykkt samrunans og séu stefnendum til hagsbóta fái aftur á móti litla sem enga umfjöllun. Vafaatriði væru túlkuð stefnendum í óhag, svo sem skilgreining markaða, styrkur samkeppnisaðila o.s.frv.

Íhlutun stefnda hafi þar af leiðandi brotið í bága við 17. gr. c samkeppnislaga og rannsóknarreglu 10. gr. og meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga. Ályktanir í ákvörðun stefnda, sem staðfestar hafi verið með úrskurðinum, hafi verið reistar á mati án fullnægjandi rannsóknar og í mörgum tilvikum byggðar á getgátum einum saman.

Niðurstaða stefnda um skilgreiningu markaða hafi verið staðfest í úrskurðinum án sérstakrar umfjöllunar en þessar skilgreiningar séu rangar. Komist sé að þeirri niður stöðu að posar og greiðslulausnir í kassakerfum séu ekki á sama markaði. Það eigi ekki við rök að styðjast.

Þótt staðan í dag sé sú að gjaldeyrisumsnúning sé aðeins hægt að framkvæma í posum en ekki kassakerfum verði breyting á því í nánustu framtíð þegar kassakerfi komi til með að innihalda allar lausnir sem posar innihaldi. Ekkert tillit sé tekið til þessa í ákvörðun stefnda þegar skilgreint er hvort greiðslulausnir í kassakerfum og posar væru á sama markaði. Í ákvörðun stefnda sé spáð fyrir um þróun markaða og atvik í framtíðinni samrunaaðilum í óhag.

Í ákvörðun stefnda sé tekið fram að til séu lausnir sem eingöngu verði framkvæmdar í kassakerfum en ekki posum. Það eigi ekki að hafa áhrif á skilgreiningu markaðarins. Þarna sé um að ræða staðgengdarþjónustu en posar geti talist hluti af markaði fyrir kassakerfi þó svo að kassakerfi verði ekki talin hluti af posamarkaði. Rökstuðningur ákvörðunar stefnda byggðist meira og minna á getgátum en á stefnda hvíli sérstök skylda að rannsaka með fullnægjandi hætti hvernig markaðurinn komi til með að þróast.

Hlutfall söluaðila sem noti kassakerfi í stað posa sýni glöggt hina miklu staðgöngu sem þar sé á milli. Þótt posum hafi farið lítillega fjölgandi síðustu ár gefi þær upplýsingar villandi mynd af þróun markaðarins. Markaðir málsins hafi ekki verið rannsakaðir nægilega af hálfu stefnda. Fjölgreiðslumiðlun hf. hafi yfir að ráða upplýsingum um stærð markaða sem stefndi hefði getað aflað. Það hafi ekki verið gert heldur hafi stefndi staðhæft fyrir áfrýjunarnefndinni að upplýsingar stefnenda um hlutfall söluaðila, sem notuðu kassakerfi, væru rangar.

Í ákvörðun stefnda sé lagt til grundvallar að minni söluaðilar muni frekar kjósa að nota posa þar sem sá kostur sé ódýrari. Þetta sé ekki rétt en fjölmargar minni verslanir hafi nýlega skipt úr posum yfir í kassakerfi. Ósannað sé að kassakerfi sé dýrari kostur. Í gögnum málsins komi fram að stærsti hluti viðskiptavina Tax Free sé með kassakerfi.

Þróunin sé í þá átt að posum sé skipt út fyrir kassakerfi sem sýni glögglega að um staðgönguþjónustu sé að ræða. Posar séu því á markaði fyrir kassakerfi. Full

yrðingar stefnda um markaðinn og þróun á honum verði ekki lagðar til grundvallar í málinu.

Sé miðað við að hinn skilgreindi markaður sé móttökubúnaður korta, þ.m.t. lausnir í kassakerfum og posar en ekki útleiga posa, sé ljóst að stefnandi Valitor geti ekki talist í markaðsráðandi stöðu. Við mat á markaðshlutdeild sé almennt miðað við veltu aðila. Önnur sjónarmið eigi ekki við um markaðinn fyrir kassakerfi. Hlutdeild stefnanda Valitors af veltu markaðarins sé lítil. Hún fari minnkandi þar sem söluaðilar skipti í auknum mæli posum út fyrir sérlausnir í kassakerfum. Stefnandi Valitor geti því ekki talist í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir móttökubúnað korta. Þvert á móti sé félagið Point Transaction Systems á Íslandi ehf. í afar sterkri stöðu á markaðnum. Jafnvel þótt beitt yrði aðferðafræði stefnda og miðað við fjölda söluaðila í stað veltu sé ljóst að stefnandi Valitor geti engan veginn talist markaðsráðandi.

Markaðinn eigi ekki að skilgreina með þeim hætti sem gert sé í úrskurði áfrýjunar nefndarinnar og í ákvörðun stefnda. Allur rökstuðningur stefnda byggðist á því að posar hjá söluaðilum séu farvegur fyrir virkni þjónustu á öðrum mörkuðum málsins. Enn fremur telji stefndi að markaður fyrir posaleigu sé sá markaður sem tengi þá markaði sem stefnandi Valitor starfi á annars vegar og Tax Free hins vegar. Fallist dómurinn á sjónarmið stefnanda, um að posar séu hluti af markaði fyrir móttökubúnað greiðslukorta, sé grundvöllur fyrir ákvörðun stefnda þar með brostinn. Gallar séu á röksemdafærslu og gagnaöflun stefnda um þennan þátt málsins. Í ljósi vægis þessa þáttar í niðurstöðum stefnda hefði staðganga milli mismunandi tegunda búnaðar til móttöku korta átt að sæta nánari rannsókn.

Gjaldeyrisumsnúningur sé ekki sérstakur markaður eins og talið sé í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar og ákvörðun stefnda. Samkvæmt úrskurðinum sé gjaldeyris umsnúningur ekki hluti af færsluhirðingarmarkaði. Þessi niðurstaða eigi ekki við rök að styðjast. Gjaldeyrisumsnúningur verði innan skamms hluti af lausnum kassakerfa. Ekki geti skipt máli við mat á því hvort gjaldeyrisumsnúningur teljist sjálfstæður markaður hversu útbreidd þessi tækni er orðin. Það breyti ekki þeirri staðreynd að um sé að ræða færslur sem sannanlega væru móttæknar af færsluhirði. Það eigi aðeins við þegar um erlenda korthafa sé að ræða. Það leiði þó ekki til þess að færslan falli við það utan færsluhirðingarmarkaðar. Hér sé einfaldlega um að ræða færsluhirðingu í erlendri mynt.

Varðandi styrk stefnanda og samkeppnisaðila á mörkuðum málsins er af hálfu stefnanda vísað til þess að í úrskurði áfrýjunarnefndar og ákvörðun stefnda sé komist að þeirri niðurstöðu að Tax Free sé í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna. Þessu hafni stefnendur. Að gangshindranir á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts séu litlar sem engar og því geti samrunafélagið ekki talist í ráðandi stöðu á markaðnum. Um þetta vísi stefnendur til ákvörðunar samkeppnisráðs í máli nr. 8/2003. Þar hafi verið tekið til skoðunar hvort Global Refund hefði verið í markaðsráðandi stöðu þegar gripið var til ýmissa aðgerða við innkomu Tax Free á markaðinn á árinu 2001. Þrátt fyrir að vera stærsta fyrirtæki heims á sínu sviði og að hafa haft einokunarstöðu hér á landi í mörg ár hafi Global Refund ekki verið talið í markaðsráðandi stöðu. Það hafi einkum verið leitt af því að aðgangshindranir væru nær engar og markaðshlutdeild gæfi vegna séreðlis markaðarins ekki jafn afgerandi vísbendingar um styrkleika og á öðrum mörkuðum. Aðgangshindranir að markaðnum hafi ekki verið þrátt fyrir að

Global Refund sé hluti af samstæðu sem sé talsvert fjárhagslega sterkari en stefnendur til samans. Í ákvörðun stefnda nú beri hins vegar svo við að styrkur hins sameinaða félags sé talin slík aðgangshindrun að það teljist markaðsráðandi á umræddum markaði. Þessi umskipti í afstöðu stefnda standist ekki enda ætti hvers kyns vafi í þessum efnum að vera metinn samrunaaðilum í hag. Það hafi ekki verið gert hér.

Staðan á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts sé afar sérstök. Þrátt fyrir að Tax Free hafi tekist að halda sínum hlut á markaðnum um nokkurn tíma geti það engan veginn hagað sér án tillits til keppinauta eða viðskiptavina. Tax Free hafi heldur ekki þann efnahagslega styrkleika sem sé forsenda þess að fyrirtæki geti talist markaðsráðandi. Verðlagning Global Refund á markaðnum hafi nú um lengri tíma ekki tekið mið af eðlilegum rekstrarlegum forsendum en fyrirtækið hafi verið rekið með umtalsverðu tapi mörg ár í röð. Þessar aðgerðir félagsins marki verðlagningu á markaðnum en Tax Free hafi með ráðdeild og umtalsvert minni yfirbyggingu tekist að lifa þessa óheilbrigðu samkeppni af.

Tax Free hafi í tvígang kvartað til stefnda þar sem hann telji þessa stöðu á markaðnum til marks um markaðsráðandi stöðu Global Refund þar sem félagið starfi ekki á grundvelli eðlilegra rekstrarlegra forsendna heldur sæki fjármuni ár eftir ár í digra sjóði móðurfélagsins, sbr. mál nr. 41/2006 og 41/2008. Ekki hafi verið fallist á kröfur Tax Free í umræddum málum en ummæli í ákvörðunum stefnda hafi þó gefið skýrt til kynna að þessi staða kynni hins vegar að gefa tilefni til aðgerða síðar, einkum ef til þess kæmi að Tax Free færi að missa verulega hlutdeild á markaði vegna þessara aðgerða. Nú kveði hins vegar við nýjan tón í afstöðu áfrýjunarnefndar og stefnda enda sé talið í ákvörðun nr. 3/2009 að Tax Free sé markaðsráðandi og í engu vikið að þessari sérstöku stöðu á markaðnum eða gríðarlegum styrk Global Refund samsteypunnar sem geri það að verkum að Tax Free geti engan veginn talist markaðsráðandi. Mat áfrýjunarnefndar og stefnda á stöðu Tax Free á markaðnum og meintum aðgangshindrunum sé rangt. Þá sé því mótþæmt að meint sterk staða samrunaaðila á þessum markaði geti talist til sjálfstæðrar markaðshindrunar, líkt og haldið sé fram í ákvörðun stefnda.

Hin meintu skaðlegu áhrif samrunans séu m.a. talin þau að Global Refund muni hverfa af markaði. Í forsendum ákvörðunar stefnda sé ítrekað tekið fram að þetta sé líkleg afleiðing samrunans og að sú staða muni að líkindum koma upp að hið sam-einaða félag verði í einokunarstöðu á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts. Sú staða geti síðan aftur leitt til þess að samrunafyrirtækið beiti stöðu sinni á þeim markaði til þess að viðhalda eða styrkja stöðu sína á mörkuðum fyrir posaleigu og færsluhirðingu.

Áfrýjunarnefndin og stefndi hafi stórlega vanmetið stöðu Global Refund á markaðnum. Global Refund sé stærsta fyrirtæki heims á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts og hafi einokunarstöðu á mörgum landsmörkuðum. Að þessu sé ekki vikið í umfjöllun stefnda en rökstuðningur sé hins vegar reistur á getgátum um framtíðina og væri jafnvel ekki í neinum takti við staðreyndir um starfsemi Global Refund, hvorki hér á landi né á öðrum mörkuðum þar sem félagið er með starfsemi. Af háttsemi félagsins á markaði hér á landi sé ljóst að félagið muni gera það sem til þurfi til að verja stöðu sína á þessum markaði eða styrkja hana. Stefnendur hafi bent á það í athugasemdum sínum við andmælaskjal stefnda, í kærnu til áfrýjunarnefndar og í athugasemdum við greinargerð stefnda fyrir

áfrýjunarnefndinni að Global Refund væri ekki þekkt fyrir að víkja af neinum þeirra markaða þar sem félagið hefði mætt samkeppni. Í ákvörðun stefnda sé tiltekið að Global Refund hafi svarað þessu og vakið athygli á því að félagið hefði hætt starfsemi á þremur mörkuðum, þ.e. í Ungverjalandi, Færeyjum og Kanada. Í ákvörðun stefnda sé ekkert vikið að því að stefnendur hefðu bent á að Ungverjaland væri a.m.k. enn tilgreint á heimasíðu Global Refund eða að ástæða þess að félagið hætti starfsemi í Kanada væri sú að ríkið hefði ákveðið að taka þessa starfsemi yfir í heild sinni. Í Færeyjum hátti svo til að eigandi flugvallarins þar í landi hafi sjálfur stofnað til þessarar starfsemi og neitað Global Refund um aðstöðu á flugvællinum. Global Refund hafi því aldrei horfið af markaði af sjálfsdáðum eða vegna samkeppni sem félagið hefði mætt. Fullyrðingar Global Refund um þetta í ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndar litu út eins og um staðreyndir væri að ræða en athugasemda stefnenda sé ekki getið eða gagna aflað um það efni. Sú aðferð sé ekki í samræmi við þær skyldur sem hvíli á áfrýjunarnefnd og stefnda að gæta hlutlægni og til að skýra vafaatriði samrunaaðilum í hag en ekki óhag.

Varðandi stöðu Borgunar á markaði sé vísað til þess í ákvörðun stefnda að stefnandi Valitor hafi annast færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum vegna VISA korta og Borgun vegna MasterCard korta. Í dag hafi félögin hins vegar einnig fengið heimild til færsluhirðingar vegna korta sem tengdust vörumerki hins aðilans. Í ákvörðun stefnda sé afleiðing þessa talin sú að samrunafyrirtækið hafi möguleika á að styrkja enn frekar stöðu sína á mörkuðum sem tengdust greiðslukortaviðskiptum á kostnað annarra færsluhirða. Enn álykti stefndi gegn stefnendum án sjáanlegrar ástæðu og án þess að byggt sé á gögnum eða rannsóknum sem gefi til kynna að þessi þróun á markaði sé líkleg. Ályktun stefnda eigi ekki við nokkur rök að styðjast. Þessar breytingar á markaði fyrir færsluhirðingu veiti þvert á móti mikil sóknarfæri fyrir Borgun og að félagið verði í lykilstöðu til þess að auka hlutdeild sína umtalsvert. Ástæðan sé sú að í dag sé Valitor með stærri hlut af færsluhirðingarmarkaðnum en Borgun. Af því leiði sjálfkrafa að fyrir hvern söluaðila sem Borgun nái samningum við um að hirða allar færslur aukist hlutdeild Borgunar meira en sem nemi aukningu hlutdeildar stefnanda Valitor ef það félag næði samningum við sama söluaðila. Þar sem Borgun sé ekki ráðandi á þessum markaði í dag þurfi félagið ekki að gæta ákvæða 11. gr. samkeppnislaga þegar komi að tilboðum til söluaðila í færsluhirðingum á báðum kortategundum. Þetta skipti einnig máli við þær aðstæður sem nú hafi skapast til nýrra samninga við söluaðila. Borgun sé því í stöðu til að auka hlutdeild sína umtalsvert og allar líkur séu á því að svo verði. Ályktun um annað sé órökrétt. Valitor hafi ekki mikið forskot á Borgun hvað viðkomi því að hirða færslur fyrir bæði vörumerkin. Aðeins mánuður hafi liðið frá því að stefnandi Valitor fékk leyfi til starfseminnar og þar til Borgun fékk sama leyfi. Félagin standi því jafnt að vígi að þessu leyti en samkeppnisstaða Borgunar sé hins vegar ótvírætt betri eftir þessar breytingar, eins og hér hafi verið lýst.

Stefnendur mótmæli því að samruninn leiði til þess að söluaðilar geti samið við einn aðila um alla þjónustu í stað þess að semja við tvo eða fleiri aðila. Borgun hafi einkaleyfi til að færsluhirða American Express kort og það sé eina félagið sem hirði færslur af erlendu kortategundunum JCB og Diner's Club. Söluaðilar þurfi því að vera í viðskiptum við Borgun vilji þeir færsluhirða framangreind kort. Jafnframt auglýsi Borgun sig sérstaklega sem eina fyrirtækið á landinu sem bjóði heildarlaun í færsluhirðingu. Drjúgur hluti ályktana stefnda um líkleg neikvæð áhrif samrunans sé á því reistur að Valitor muni styrkja stöðu sína á markaði fyrir færsluhirðingu enn frekar.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar og ákvörðun stefnda sé komist að þeirri niðurstöðu að með samrunanum yrði til staðar efnahagslegur hvati hjá samrunafyrirtækinu til þess að beita keppinauta sína útilokandi aðgerðum. Þessu hafni stefnendur en sá hópur sem notfæri sér þjónustu Tax Free og Valitors sé afar smár, verðmæti þess markaðar sem stefndi telji viðkvæmastan sé lítið (markaður fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts) og að mögulegur fórnarkostnaður vegna útilokunaraðgerða sé mun meiri en hugsanlegur ávinningur. Velta stefnanda Valitors fyrir árið 2007 hafi verið tæpir 6 milljarðar samanborið við ríflega 100 milljóna króna veltu Tax Free. Efnahagslegur hvati sé því ekki fyrir hendi til að grípa til ólögættra aðgerða.

Líta verði til dómaframkvæmdar dómstóla EB þegar lagt er mat á hvort til staðar sé hvati til að viðhafa útilokandi aðgerðir. Í greinargerð stefnda til áfrýjunarnefndar sé gert lítið úr því að viðkvæmasti markaður samrunans sé ekki mjög verðmætur og að það ráði ekki úrslitum þegar lagt sé mat á möguleg áhrif samrunans. Í 107. mgr. leiðbeiningarreglna framkvæmdastjórnar EB um mat á lóðréttum samrunum sé sér staklega tekið fram að þetta atriði beri að hafa til hliðsjónar við mat á hvata aðila til að útiloka aðra frá markaðnum.

Í ákvörðun stefnda felist þversögn þegar annars vegar sé lagt mat á hugsanleg skaðleg áhrif samruna út frá hreinum getgátum um hegðun hins sameinaða félags á viðkomandi mörkuðum í framtíðinni en því hins vegar hafnað að líta til þeirra þátta sem dragi verulega úr líkindum þess að vogarafshægðun verði beitt af hálfu hins sameinaða félags. Ástæða þess að stefndi líti ekki til þessara þátta sé sögð vera sú að í því felist of mikil ágiskun. Enn og aftur halli á stefnendur í röksemdafærslu stefnda án þess að séð verði að fyrir því séu nokkur haldbær rök.

Meðferð stefnda á þessum mikilvæga þætti málsins sé ekki í samræmi við dómaframkvæmd hjá dómstólum EB eða rannsóknarreglu og meðalhófsreglu stjórn sýsluréttar. Stærstum hluta umfjöllunar í ákvörðun stefnda sé varið í að fjalla um að ekki sé nauðsynlegt að rannsaka sérstaklega hvort brot gegn 11. gr. samkeppnislaga séu líkleg og takmarki hvata samrunaaðila til útilokunar. Þegar hegðun sé bönnuð að lögum og þung viðurlög liggja við broti hafi það mikið vægi við mat á því hvort líklegt sé að til slíkrar hegðunar muni koma. Þegar veigamikill hluti röksemda fyrir ógildingu samrunans sé reistur á ályktunum um líklega hegðun í framtíðinni verði að gera sérstaklega ríkar kröfur til samkeppnisyfirvalda um að þau gæti hlutlægni.

Í ákvörðun stefnda sé einnig vísað til þess að stefnandi Valitor hafi áður misnotað markaðsráðandi stöðu sína í andstöðu við bannreglur samkeppnislaga. Dregin sé sú ályktun að þetta sýni að fyrirtækið sé reiðubúið að beita samkeppnishamlandi aðgerðum til að efla viðskiptahagsmuni sína. Í ljósi þess að stefnandi Valitor hafi nú nýlega undirgengist sátt um að greiða 385 milljónir króna í sekt vegna brota á samkeppnislögum, sbr. ákvörðun stefnda nr. 4/2008, verði af því ekki dregin önnur ályktun en sú að fyrirsvarsmenn félagsins muni seint grípa til aðgerða sem brjóti í bága við ákvæði samkeppnislaga.

Í gögnum málsins sé ýjað að því af hálfu stefnda að í samstarfi stefnenda hefði verið beitt samkeppnishamlandi aðgerðum. Jafnframt hafi því verið haldið fram að starfsmaður á vegum samrunaaðila hafi skilyrt sölu á þjónustu annars þeirra við að þjónusta hins sé einnig keypt. Þetta sé ósannað og því mótmælt sem röngu. Það geti enga þýðingu haft við úrlausn málsins.

Varðandi posaleigu sé úrskurður áfrýjunarnefndar og ákvörðun stefnda byggð á því að staða stefnanda Valitors á markaði fyrir posaleigu sé forsenda ýmissa áhrifa á samkeppni sem stefnda telji líkleg. Í greinargerð stefnda til áfrýjunarnefndar segi að þar sem posar hafi virkni fyrir þrjá af hinum skilgreindu mörkuðum en kassakerfi aðeins tvo þeirra sé ljóst að posar gegni lykilhlutverki á hinum tengdu mörkuðum. Stefnda telji að viðskipti, sem virðisaukaskattur sé endurgreiddur af, eigi sér einkum stað í litlum sérverslunum og að þær þurfi einnig að geta boðið upp á gjaldeyrisumsnúning sem eingöngu sé hægt að framkvæma í gegnum posa.

Stefnendur telji þetta ósannað. Fjölmargar minni verslanir noti kassakerfi en ekki posa. Posa verði því ekki þörf hjá mikilvægum söluaðilum í næstu framtíð, eins og stefndi haldi fram. Gjaldyrisumsnúningur verði innan skamms hluti af lausnum kassakerfa. Tax Free endurgreiði virðisaukaskatt af öllum vörum sem beri virðisaukaskatt hjá öllum verslunum landsins. Því fari fjarri að slík viðskipti eigi sér einkum stað í litlum sérverslunum. Þótt hið sameinaða félag leigði út posa gerði það því ekki kleift að beita aðgerðum sem leitt gætu til útilokunaráhrifa og þar með verið skaðlegar samkeppni. Fyrirtæki, sem bjóði þjónustu sem sé á undanhaldi, geri ekki kröfur um samtvinnun eða skilyrðingu enda myndi það aðeins flýta því að söluaðilar hættu viðskiptum við það og færu alfarið yfir í kassakerfi eða yfir til keppinauta.

Úrskurður áfrýjunarnefndar og ákvörðun stefnda byggðust á því að staða Valitor á markaði fyrir posaleigu sé forsenda ýmissa áhrifa á samkeppni, sem stefnda telji líkleg, en með því sé grundvöllur úrskurðarins og ákvörðunarinnar brostinn.

Í ákvörðun stefnda sé vikið að þjónustusamningi Tax Free við Borgun um markaðssetningu og útbreiðslu þjónustu fyrir gjaldyrisumsnúning til söluaðila og um að forrita í posa frá Borgun lausn sem reikni út endurgreiðslu á virðisaukaskatti. Í ákvörðuninni sé tilvist samningsins talin geta skapað samráðsvettvang milli keppinauta. Uppsögn samningsins sé hins vegar einnig talin geta haft neikvæð áhrif þar sem valkostum Borgunar um samstarf um gjaldyrisumsnúning og endurgreiðslu virðisaukaskatts fækki. Í ákvörðuninni sé gengið út frá því að Global Refund muni hrökklast af markaði ef af samrunanum verði. Uppsögn samnings Borgunar og Tax Free ætti þó að vera hvalreki á fjörur Global Refund og hafa jákvæð áhrif á stöðu þess félags á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts enda næsta víst að Borgun myndi ganga til samninga við Global Refund um sama efni. Engin rök standi til ályktana stefnda um hugsanleg neikvæð áhrif uppsagnar samstarfssamnings við Borgun á samkeppni.

Ófullnægjandi mat hafi verið lagt á möguleg skilyrði samrunans. Í athugasemdum stefnanda við andmælaskjal stefnda og í kærnu til áfrýjunarnefndar hafi verið gerðar tillögur að mögulegum skilyrðum fyrir samrunanum, eins og fram komi í varakröfu stefnanda fyrir áfrýjunarnefndinni. Í ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndar hafi tillögum stefnanda verið hafnað sem ófullnægjandi með afar takmörkuðum rökstuðningi.

Af hálfu stefnda hafi aðeins verið gerðar tillögur að skilyrðum sem falið hafi í sér rekstrarlegan og fjárhagslegan aðskilnað samrunaaðila. Allur rökstuðningur stefnda fyrir skaðlegum áhrifum samrunans byggðist á þeirri forsendu að hið sameinaða félag myndi haga sér með tilteknum hætti, þ.e. beita skilyrðingu, samtvinnun eða

öðrum útilokunaraðgerðum. Af þeirri ástæðu telji stefnendur að hegðunarskilyrði ein og sér komi í veg fyrir hugsanleg skaðleg áhrif samrunans. Sú afstaða stefnda að samruninn verði einungis samþykktur að undangengnum rekstrarlegum skilyrðum sé í beinni mótsögn við alla röksemdafærslu stefnda fyrir hugsanlegum skaðlegum áhrifum samrunans. Samkvæmt fordæmum Evrópudómstólsins sé ekki hægt að útiloka að hegðunarskilyrði nægi til þess að koma í veg fyrir hugsanleg áhrif samruna.

Af hálfu samkeppnisaðila stefnenda hafi því verið haldið fram að skilyrðin, sem stefnendur hafi lagt til, hafi ekki falið í sér annað en lýsingu á þeim skyldum sem félögin beri nú þegar samkvæmt samkeppnislögum. Stefnendur telji að hegðunar skilyrði sem þessi hafi verulega þýðingu. Með því sé fyrir fram búið að lýsa tiltekna háttsemi samrunaaðila ólögmeata, óháð því hvort skilyrði 11. gr. samkeppnislaga væru uppfyllt. Við rannsókn á brotum gegn þeirri lagagrein sé óhjákvæmilegt að ráðast í rannsókn á mörkuðum, greina stöðu keppinauta á þeim, eðli háttseminnar o.s.frv. Fari fyrirtæki hins vegar gegn skilyrðum, sem það hafi undirgengist, sé rannsókn á markaðnum með öllu óþörf. Í slíkum tilvikum geti komið til álita að grípa til bráðabirgðaákvæðana til að stöðva brot gegn skilyrðum. Sektarheimildir vegna brota gegn skilyrðum, sem sett eru fyrir samruna, séu þær sömu og við brotum gegn bannákvæðum samkeppnislaga auk þess sem unnt sé að grípa til ýmissa annarra úrræða gegn samrunaaðilum.

Í greinargerð stefnda til áfrýjunarnefndarinnar komi fram að keppinautar hafi talið að hegðunarskilyrði væru ekki fullnægjandi og vegna „eðlis málsins“ væri rekstrar legur aðskilnaður nauðsynlegur. Í ljósi hins ófullnægjandi rökstuðnings stefnda verði ekki annað séð en að stefnda hafi, án frekari rannsókna, gert þessi sjónarmið keppinauta samrunaaðila að sínum. Sú nálgun stefnda að telja umsagnir keppinauta samrunaaðila vera „markaðskönnun“ fái engan veginn staðist enda verði niðurstaða jafn þýðingarmikils máls ekki reist á afstöðu keppinauta samrunaaðila.

Stefnendur telji að stefnda og áfrýjunarnefnd hafi á grundvelli meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins borið að samþykkja samrunann með þeim skilyrðum sem stefnendur hefðu lagt til. Skilyrðin hafi verið að fullu til þess fallin að eyða meintum neikvæðum áhrifum samrunans enda hefðu þau alfarið verið reist á hugsanlegri hegðun samrunaaðila á mörkuðum í framtíð.

Málsástæður og lagarök stefnda

Af hálfu stefnda er því lýst að málið fjalli um hvort samruni stefnanda, Valitor hf., og Tax Free á Íslandi ehf., í eigu stefnanda, ERGN Holdings Ltd., samræmist ákvæðum samkeppnislaga nr. 44/2005. Með ákvörðun stefnda 30. janúar 2009 hafi samruninn verið ógiltur með vísan til þess að hann raskaði samkeppni á markaði með umtalsverðum hætti, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga.

Eins og fram komi í ákvörðun stefnda felist starfsemi Tax Free í því að endurgreiða virðisaukaskatt til ferðamanna sem eru búsettir erlendis. Starfsemi stefnanda, Valitor hf., felist aðallega í greiðslukortastarfsemi og svonefndri færsluhirðingu, en fyrirtækið starfi einnig á tengdum mörkuðum. Fyrirtækið bjóði viðskiptavinum sínum að leigja posa og að annast svonefndan gjaldeyrisumsnúning. Í bréfi

stefnanda, Valitor hf., 30. júlí 2008 komi fram að stefnendur hafi strax í upphafi gert sér grein fyrir því að samruninn kynni að vinna gegn markmiðum samkeppnislaga.

Stefnda, sem hafði á þessum tíma safnað ítarlegum gögnum um starfsemi samruna



aðila, hafi talið verulegar líkur á að samruninn gæti dregið umtalsvert úr virkri samkeppni. Með bréfi 13. ágúst s.á. hafi stefndi því krafist samrunaaðila um samrunatilkynningu. Tilkynning samrunaaðila hafi borist stefnda 26. sama mánaðar. Stefnda hafi í kjölfarið aflað ítarlegra upplýsinga og gagna frá samrunaaðilum og keppinautum þeirra. Að því búnu hafi það sent samrunaaðilum andmælskjál 12. desember s.á., sem þeim hafi verið boðið að gera athugasemdir við. Athugasemdir samrunaaðila hafi borist stefnda með bréfi 23. s.m. Stefnda hafi einnig borist athugasemdir frá keppinautum samrunaaðila, Borgun hf. og Global Refund á Íslandi hf., þar sem þeir hafi lýst verulegum áhyggjum af samrunanum.

Með ákvörðun 30. janúar 2009 hafi stefnda ógilt samrunann. Í ákvörðuninni sé bent á að samrunaaðilar starfi á fimm skilgreindum og mjög innbyrðis tengdum mörkuðum. Viðskiptavinir samrunaaðila séu hinir sömu á fjórum af þessum mörkuðum, þ.e. á mörkuðum fyrir færsluhirðingu, leigu á posum, gjaldeyris umsnúning og endurgreiðslu á virðisaukaskatti til ferðamanna. Þessir þjónustuþættir höfði allir til sama hóps viðskiptavina, þ.e. söluaðila, og séu notaðir til að fullnægja þörfum korthafa, þ.e. neytenda. Jafnframt sé beint samband milli útgáfu greiðslukorta og færsluhirðingar og gjaldeyrisumsnúnings. Samruninn sé sérstakur að því leyti að báðir samrunaaðilar hafi afar sterka stöðu á þeim mörkuðum sem þeir starfi á og á öllum þeirra ríki annaðhvort fákeppni eða tvíkeppni. Við samrunann verði því til fyrirtæki með markaðsráðandi stöðu á öllum skilgreindum mörkuðum málsins.

Í ákvörðun stefnda sé bent á að við mat á samrunanum verði að meta hvort hann geri samrunafyrirtæki mögulegt að útiloka keppinauta sína, hvort hvati til slíks sé til staðar og hvort slík háttsemi hafi neikvæð áhrif á samkeppni til tjóns fyrir neytendur. Þá verði að meta hvort slík útilokun geti haft þau áhrif að öðrum keppinautum verði gert erfiðara um vik eða mögulegum keppinautum að komast inn á einhvern af mörkuðunum. Í ákvörðuninni sé síðan fjallað um markaðsgerðina og styrk samrunaaðila. Með vísan til þessa sé síðan rökstutt að samruninn hafi ekki eingöngu í för með sér möguleika heldur jafnframt hvata fyrir hið sameinaða fyrir tæki, þ.e. efnahagslegan og rekstrarlegan fýsileika, til að beita markaðsráðandi stöðu sinni á einstaka mörkuðum til að efla stöðu sína á öðrum, svo sem með því að útiloka einstaka keppinauta. Jafnframt sé rökstutt að samruninn geti veikt stöðu keppinauta samrunaaðila og jafnvel leitt til þess að einhver þeirra hrekist af markaði. Innkoma nýrra aðila á hina skilgreindu markaði geti orðið mjög torveld eða ómöguleg. Samruninn geti því haft skaðleg áhrif fyrir samkeppni og neytendur.

Í ákvörðun stefnda sé gerð grein fyrir athugasemdum samrunaaðila við andmæla skjál stefnda þar sem lagt hafi verið til að samruninn yrði samþykktur með nánar til teknum skilyrðum. Stefnda hafi rökstutt að þau skilyrði sem samrunaaðilar hafi lagt til leysi ekki þau samkeppnislegu vandamál sem stafi af samrunanum. Þá hafi samrunaaðilar ekki verið reiðubúnir að fallast á frekari skilyrði. Með kærnu 27. febrúar 2009 hafi stefnandi, ERGN Holdings Ltd., skotið ákvörðun stefnda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem hafi með úrskurði 2. maí s.á. staðfest

Ákvörðun stefnda.

Krafa stefnda um sýknu sé reist á því að ákvörðun stefnda 19. janúar 2009 og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála 2. maí s.á. séu í samræmi við ákvæði samkeppnislaga. Sýknukrafan sé einnig reist á því að meðferð málsins hafi verið í samræmi við meginreglur stjórnarsýsluréttar og stjórnarsýslulög. Stefnenda mótmæli málsástæðum og yfirlýsingum stefnenda um að ákvörðun stefnda, úrskurður nefndarinnar og meðferð málsins hafi ekki verið í samræmi við lög og reglur.

Krafa stefnenda sé í fyrsta lagi reist á því að stefnda hafi skort heimild til að krefja samrunaaðila um samrunatilkynningu á grundvelli 3. mgr. 17. gr. b samkeppnislaga, eins og ákvæðinu hafi verið breytt með 3. gr. laga nr. 94/2008. Stefnendur vísi til þess að ákvæðið feli í sér undantekningu frá því sem þeir nefni „meginreglu“ um að samkeppnisyfirvöld grípi ekki inn í samruna undir veltumörkum. Þá haldi stefnendur því fram að með því að krefjast samrunatilkynningar hafi stefnda brotið gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnarsýslulaga. Stefnenda mótmæli þessum málsástæðum stefnenda en verulegar líkur séu á að samruninn dragi umtalsvert úr virkri samkeppni.

Ákvæði 17. gr. a samkeppnislaga feli í sér að tilkynna skuli um samruna sem uppfylli nánar tiltekin skilyrði. Aðalreglan sé sú að samrunaaðilum beri að tilkynna um samruna nema velta samrunaaðila nái ekki þeim mörkum sem greini í ákvæðinu. Ákvæði 3. mgr. 17. gr. b sömu laga veiti stefnda heimild til að óska eftir samrunatilkynningu séu verulegar líkur á að samruni dragi umtalsvert úr virkri samkeppni. Ákvæðið sé því í samræmi við aðalregluna um að tilkynna beri samruna. Stefnenda mótmæli því að um sé að ræða undantekningarreglu sem verði ekki beitt nema „brýn nauðsyn krefji“. Í ákvæðinu sé ekki mælt fyrir um annað en að verulegar líkur séu á að samruni dragi umtalsvert úr virkri samkeppni. Í ákvörðun stefnda sé ítarlega rökstutt að samruninn muni raska samkeppni með umtalsverðum hætti og vinna gegn markmiðum samkeppnislaga. Þessi niðurstaða endurspeglar það mat stefnda að samruninn muni hindra virka samkeppni á þeim mörkuðum hvar áhrifa hans gæti, takmarka möguleika nýrra aðila til að koma inn á markaði og fækka valkostum fyrir viðskiptavinum og neytendum. Stefnenda hafi því ákveðið að krefja samrunaaðila um samrunatilkynningu. Samrunaaðilar hafi átt frumkvæði að því að tilkynna um kaup stefnanda, Valitor hf., á öllu hlutfé Euro Refund Group North á Íslandi ehf. Samkvæmt því hafi samrunaaðilar strax á fyrstu stigum gert sér grein fyrir þeim áhrifum sem samruninn hefði á virka samkeppni.



Krafa stefnenda sé í öðru lagi reist á því að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé ekki í samræmi við þær kröfur sem gera verði að því er snerti „hagfræðilegt mat, fullnægjandi rökstuðning, gæði sönnunargagna eða meðferð lögskýringar reglna“. Stefnendur haldi því fram að ákvörðun stefnda og úrskurðurinn byggðust að verulegu leyti á spádómum eða getgátum um framtíðina sem settar séu fram með almennum hætti en ekki með vísan til staðreynda. Stefnendur rökstyðji þetta hins vegar ekki sérstaklega. Þeir virtust einnig telja að rangar upplýsingar hefðu verið lagðar til grundvallar þar sem stefnda vísi til afstöðu keppinauta samrunaaðila. Þá haldi stefnendur því fram að styrkur samrunaaðila á hinum skilgreindu mörkuðum sé stórlega ofmetinn. Þeir telji að umfjöllun um áhrif samrunans sé einhliða og vafaatriði túlkuð samrunaaðilum í óhag, svo sem þegar komi að skilgreiningu markaða og markaðsstyrk samrunaaðila. Stefnendur haldi því fram að ákvörðun um

Það ógilda samrunann brjóti í bága við 17. gr. c samkeppnislaga, rannsóknarreglu 10. gr. og meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga. Stefndi mótmæli þessum málsástæðum stefnenda sem röngum og haldlausum.

Ákvörðun stefnda fylgi ítarlegur rökstuðningur um að samruninn raski samkeppni með umtalsverðum hætti og vinni gegn markmiðum samkeppnislaga. Um sé að ræða samruna fyrirtækja sem starfi á fimm skilgreindum og mjög innbyrðis tengdum mörkuðum. Báðir samrunaaðilar hafi afar sterka stöðu á þeim mörkuðum sem þeir starfi á og að á öllum þeirra ríki fákeppni eða tvíkeppni. Við samrunann verði því til fyrirtæki með markaðsráðandi stöðu á öllum skilgreindum mörkuðum málsins. Niðurstöður stefnda séu reistar á gögnum frá samrunaaðilum og keppinautum þeirra, þar sem meðal annars komi fram tölulegar staðreyndir sem liggja að baki niðurstöðu stefnda.

Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar EB sé einkum litið til þriggja þátta við mat á útilokunaráhrifum samsteypusamruna. Í fyrsta lagi hvort samrunaaðilar geti gripið til aðgerða sem eru til þess fallnar að útiloka keppinauta þeirra frá markaðnum. Ekki sé gerð krafa um að slíkar aðgerðir útiloki alla keppinauta heldur sé fullnægjandi að mögulegt sé að grípa til slíkra aðgerða gagnvart sumum. Í öðru lagi hvort samrunaaðilar hafi efnahagslegan hvata til að grípa til útilokunaraðgerða og í þriðja lagi hvort slíkar aðgerðir séu til þess fallnar að skaða samkeppni. Ákvörðun stefnda fylgi vandaður og ítarlegur rökstuðningur um þessi atriði sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála vísi til í úrskurði sínum.

Í ákvörðun stefnda sé ítarlega rökstutt að samruninn feli ekki aðeins í sér möguleika samrunaaðila til að grípa til útilokunaraðgerða heldur styrki hann umtalsvert getu þeirra í því sambandi og feli í sér hvata til slíkra aðgerða. Mikil hætta sé á að einokun komi til á einum markaði verði ekkert að gert og að verulega þrengdist að keppinautum hins sameinaða fyrirtækis á öðrum mörkuðum. Samkvæmt því hafi samruninn ekki aðeins skaðleg áhrif fyrir keppinauta samrunaaðila heldur einnig viðskiptavinum samrunaaðila og neytendum. Samruninn sé í andstöðu við þau markmið samkeppnislaga að tryggja virka samkeppni á mörkuðum með því að veita keppinautum og viðskiptavinum, þar á meðal neytendum, markaðsráðandi aðila vernd gagnvart því að hann misnoti markaðsráðandi stöðu sína.

Við mat á því hvort samruni raski samkeppni með umtalsverðum hætti sé eðli málsins samkvæmt horft til þess hvernig aðstæður á markaði þróast í framtíðinni. Rökstudd spá um þróun markaða sé því óhjákvæmilegur þáttur í mati stefnda og í samræmi við dóma dómstóls EB og leiðbeiningar framkvæmdastjórnar EB um samruna sem ekki teljast láréttir, birtar 18. október 2008.

Í samkeppnisrétti sé eðlilegt og mikilvægt að hafa hliðsjón af sjónarmiðum keppinauta samrunaaðila. Með því að leita eftir þeim hafi stefndi og áfrýjunarnefnd samkeppnismála séð til þess að málið væri upplýst með fullnægjandi hætti.

Krafa stefnenda sé í þriðja lagi reist á því að niðurstaða stefnda sé röng um að leiga á posum annars vegar og gjaldeyrisumsnúningur hins vegar teljist sérstakir markaðir. Stefnda mótmæli þessum málsástæðum stefnenda. Í ákvörðun stefnda sé upplýst að söluaðilar noti posa til að tengjast rafrænum greiðslukortakerfum, t.d. rafrænu greiðslukortakerfi stefnanda, Valitor hf. Algengast sé að söluaðilar leigi posa. Einnig geti söluaðilar notað svonefnd kassakerfi til að tengjast rafrænum

greiðslukortakerfum en þau hafi svipaða virkni og posar í þessu sambandi. Almennt hafi söluaðilar um tvo kosti að velja til að skrá sölu. Annars vegar að notast við sjóðsvél, sem sé að jafnaði einfalt tæki, en hins vegar að notast við afgreiðslu- eða kassakerfi sem byggðist á þróðum tækni- og hugbúnaði. Slík kerfi væru almennt mun dýrari en sjóðsvélar enda virkni þeirra meiri og víðtækari. Jafnframt sé hægt að tengja þau við fjárhagsbókhald, uppgjörskerfi og birgðakerfi. Posar væru ólíkir slíkum kerfum en þeir væru einfaldari og færanlegir og með þeim geti söluaðilar boðið viðskiptavinum sínum gjaldeyrisumsnúning. Stefnða mótmæli því sem ósönnuðu að kassakerfi séu almennt ódýrari en posar.

Posar séu að langstærstum hluta leigðir söluaðilum sem notist við sjóðsvélar eða enn einfaldari lausnir í rekstri sínum. Stór hópur söluaðila muni áfram notast við sjóðsvélar eða einfaldari lausnir við skráningu sölu samhliða því að nota posa. Posar muni því gegna lykilhlutverki hjá ákveðnum hópi söluaðila um alllanga framtíð. Leiga á posum til söluaðila sé sérstakur markaður. Í árslok 2008 hafi um það bil níu til tíu þúsund posar verið leigðir til íslenskra söluaðila en þeim hefði fjölgað um 600 á árinu. Þessi fjöldi og þróun styðji það enn frekar að leiga á posum sé sérstakur markaður og engin rök séu fyrir því að ætla að leiga á posum sé á undanhaldi. Stefnði mótmæli því að niðurstaða hans um þetta atriði byggðist aðeins á getgátum um þróun markaða. Mat á þessu muni þó alltaf að einhverju leyti ráðast af óvissum atriðum.

Stefnendur telji að þróunin sé í þá átt að posum sé skipt út fyrir kassakerfi. Stærsti hluti viðskiptavina Tax Free sé með kassakerfi. Margar minni verslanir hafi nýlega skipt út posum fyrir kassakerfi. Stefnendur haldi því fram að þessi þróun sýni að um staðgönguþjónustu sé að ræða. Stefnði telji að ástæða þess að stór hluti af veltu söluaðila fari um kassakerfi sé sú að stórir smásöluaðilar noti almennt kassakerfi en minni söluaðilar ekki. Minni söluaðilar væru hins vegar langtum fleiri. Bæði posum og kassakerfum fjölgi sem styðji það að um tvo aðskilda markaði sé að ræða, þ.e. markaði sem þróast hlið við hlið og fari báðir vaxandi.

Stefnða mótmæli því að hátt hlutfall söluaðila sem noti kassakerfi hafi nokkra þýðingu við úrlausn á því hvort staðganga sé á milli þeirra sem noti kassakerfi og þeirra sem noti posa. Mestu skipti að til staðar séu ákveðnir söluaðilar, sem geri greinarmun á þessum búnaði með tilliti til þarfa þeirra og kostnaðar. Posum hafi fjölgað hjá söluaðilum síðastliðin ár sem gefi til kynna að stór hópur söluaðila telji notagildi posa meira en annars búnaður. Ekki ráði úrslitum þótt þessi fjöldi sveiflist á milli ára. Virkni búnaðarins og notagildi fyrir söluaðila annars vegar og mismunandi kostnaður hins vegar skipti mestu. Virkni posa og kassakerfa sé mjög mismunandi en ákveðin lausn í posum sé ekki fyrir hendi í kassakerfum og víðtækar og flóknar lausnir í sérhæfðum kassakerfum væru ekki fyrir hendi í posum. Hreyfanleikinn aðgreini einnig posa og kassakerfi, en ákveðinn hópur söluaðila leigi hreyfanlega posa til skamms tíma. Þá sé mikill munur á kostnaði eftir því hvor búnaðurinn er valinn. Þessi niðurstaða sé í samræmi við mat Borgunar sem sé helsti keppinautur annars stefnenda á greiðslukortamarkaði og tengdum mörkuðum.

Þá sé móttökubúnaður fyrir greiðslukort í gegnum Internetið ekki á sama markaði og posar. Posar væru ekki notaðir til að framkvæma sölu í gegnum Internetið, meðal annars vegna öryggiskrafna. Við sölu í gegnum Internetið væru notaðar sérstaklega forritaðar lausnir en þá verði söluaðilar að hafa sína eigin heimasíðu og

sé kostnaður því samfara verulega meiri en við notkun posa.

Stefnendur haldi því fram að gjaldeyrissamningur verði innan tíðar hluti af þeim lausnum sem felist í kassakerfum. Í málinu liggja ekkert fyrir um það. Posar og kassakerfi væru engu að síður á aðskildum mörkuðum. Ólíklegt sé að smærri söluaðilar muni almennt fjárfesta í dýrum kassakerfum vegna þess eins að



gjaldeyrissamningur sé lausn í slíkum kerfum enda lausnin þegar til staðar í posum. Engu breyti þótt stefnendur geti tilgreint nokkra smærri söluaðila sem hafi fjárfest í kassakerfum. Þrír aðilar leigi posa til íslenskra söluaðila og sé stefnandi, Valitor hf., einn þeirra. Stefnda hafi aflað upplýsinga um posaleigur og tekjur af þeim. Niðurstaða stefnda um að samrunaaðilar væru markaðsráðandi á hinum skilgreindu mörkuðum hafi meðal annars verið reist á þeim upplýsingum.

Krafa stefnenda sé í fjórða lagi reist á því að í ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé lagt rangt mat á stöðu Tax Free á markaði og aðgangshindranir. Á árinu 2007 hafi Tax Free verið með um 60-65% markaðs hlutdeild á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts til ferðamanna sem eru búsettir erlendis. Markaðshlutdeildin hafi haldist nær óbreytt frá árinu 2003. Svo sterk markaðshlutdeild feli í sér löglíkur fyrir markaðsyfirráðum á hinum skilgreinda markaði. Í stefnu komi ekkert fram sem hreki þessa staðreynd.

Stefnendur haldi því fram með vísan til eldri ákvarðana samkeppnisyfirvalda að aðgangshindranir á markaði fyrir endurgreiðslu á virðisaukaskatti séu óverulegar og samruninn komi því ekki til með að styrkja stöðu hins sameinaða félags á þessum markaði. Í ákvörðunum sem stefnendur vísi til hafi aðeins verið til athugunar samkeppni á markaði fyrir endurgreiðslu á virðisaukaskatti. Þetta mál sé hins vegar ólíkt þar sem samruninn taki ekki eingöngu til þess markaðar heldur allra annarra tengdra markaða sem snerti þjónustu stefnenda við söluaðila.

Hefði stefnda ekki ógilt samrunann hefði orðið til fyrirtæki sem starfaði á öllum mörkuðum málsins. Á fjórum þeirra sé stefnandi, Valitor hf., þegar í viðskipta sambandi við sama hóp viðskiptavina, þ.e. söluaðila. Ákvörðun stefnda og úrskurður áfrýjunarnefndarinnar byggðist á því að staða hins sameinaða fyrirtækis skapaði því allt aðra og sterkari stöðu gagnvart söluaðilum en Global Refund Iceland hf. hefði sem keppi við Tax Free á markaði fyrir endurgreiðslu virðisauka skatts. Það komi til af því að söluaðilar hefðu ýmist þörf fyrir alla eða einhverja þjónustu hins sameinaða fyrirtækis. Með samrunanum hefði orðið til fyrirtæki með afar víðtækt framboð á þjónustu. Söluaðilar hefðu átt þess kost að fá alla þá þjónustu sem þeir þyrftu á að halda á einum stað (e. one-stop-shop). Þannig næðust fram mun sterkari útilokunaráhrif en ella.

Hið sameinaða fyrirtæki hefði getað haft hvata til að beita stöðu sinni gagnvart Global Refund og nýjum aðilum sem freistuðu þess að ná fótfestu á markaðinum fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna. Hin sterka staða sam



einaða fyrirtækis hefði án efa falið í sér verulega aðgangshindrun á markaðnum.

Krafa stefnenda sé í fimmta lagi reist á því að ályktanir stefnda um skaðleg áhrif samrunans á samkeppni, svo sem um samkeppni frá Global Refund, séu rangar. Stefnda mótmæli þessu. Í ákvörðun stefnda sé eingöngu bent á að sterk staða hins

Sameinaða fyrirtækis geti haft í för með sér að staða Global Refund versni. Hér á landi annist aðeins Tax Free og Global Refund endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna. Markaðshlutdeild þessara aðila skiptist þannig að frá árinu 2003 hafi hlutdeild Tax Free verið u.þ.b. 60-65% en Global Refund u.þ.b. 35-40%. Hlutdeild Tax Free hafi heldur aukist síðustu árin. Rekstur Global Refund hafi gengið erfiðlega undanfarin ár. Hið sameinaða fyrirtæki hefði hvort tveggja möguleika og getu til að grípa til aðgerða gegn Global Refund og hefta með því möguleika fyrirtækisins eða hindra starfsemi þess. Samruninn muni því auka líkur á að Global Refund dragi sig af markaðnum en fyrir þeirri niðurstöðu séu rekstrar- og efnahagslegar forsendur. Niðurstaðan sé einnig í samræmi við afstöðu Global Refund um að samruninn sé líklegur til þess að fyrirtækið hætti starfsemi. Félög, sem tengdust Global Refund samstæðunni, hefðu horfið af ákveðnum lands mörkuðum, svo sem í Kanada, Ungverjalandi og Færeyjum, ýmist af samkeppnisástæðum eða vegna þess að ekki þótti vera grundvöllur fyrir áframhaldandi starfsemi. Sá samruni sem hér sé til umfjöllunar sé einstakur að því leyti að fyrirtæki sem sé markaðsráðandi á greiðslukortamarkaði á Íslandi sé með honum að eignast full yfirráð í markaðsráðandi fyrirtæki á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts.

Stefnendur mótmæli því að heimild stefnanda, Valitors hf., og Borgunar hf. til að færsluhirða vegna korta, sem tengdust vörumerki greiðslukorta fyrirtækjanna, sé líkleg til að styrkja stöðu samrunaaðila. Stefnendur telji þvert á móti að breytingin skapi mikil sóknarfæri fyrir Borgun hf. til að auka markaðshlutdeild sína. Stefnda mótmæli þessari málsástæðu stefnanda.

Á markaði fyrir færsluhirðingu starfi þrjár aðilar, þ.e. stefnandi, Valitor hf., Borgun hf. og Kortapjónustan/PBS. Í dómi Hæstaréttar frá 31. október 2002 í máli nr. 112/2002 hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að stefnandi, Valitor hf. (þá Greiðslumiðlun hf.), væri í markaðsráðandi stöðu. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/2003 hafi samkeppnisráð komist að þeirri niðurstöðu að fyrirtækið væri markaðsráðandi á markaði fyrir færsluhirðingu. Í fyrri ákvörðunum stefnda hafi einnig verið talið að fyrirtækið væri markaðsráðandi á þeim markaði með u.þ.b. 65-70% markaðshlutdeild, [sbr. t.d. ákvörðun nr. 4/2008](#). Fyrirtækið hafi í þessum málum einnig verið talið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir útleigu á posum og fyrir útgáfu greiðslukorta. Í ákvörðun stefnda sé sýnt fram á að þessir yfirburðir fyrir



tækisins séu enn fyrir hendi. Sú staðreynd að Valitor sé í yfirburðastöðu í m.a. færsluhirðingu sé kjarni þessa þáttar málsins

Þar sem samrunaaðilar starfi á tengdum mörkuðum myndi samruninn hafa þau áhrif að hið sameinaða fyrirtæki gæti styrkt stöðu sína á þeim mörkuðum sem um ræði, í þessu tilviki á markaði fyrir færsluhirðingu. Eftir samrunann gætu söluaðilar, sem noti posa eða kassakerfi, samið við hið sameinaða fyrirtæki um alla þá þjónustu sem þeir hafi þörf fyrir og snerti notkun búnaðarins. Því sé líklegra að hið sameinaða fyrirtæki myndi ná til sín samningum við söluaðila um færsluhirðingu vegna MasterCard/Maestro greiðslukorta en að Borgun hf. næði samningum um færsluhirðingu VISA/Electron greiðslukorta. Samruninn hefði í för með sér að sölu aðilar gætu samið við einn aðila en ekki tvo eða fleiri um alla þá þjónustu sem þeir þyrftu. Fyrirtæki, sem bjóði fleiri þjónustubætti en keppinautar þess, sé líklegra til að styrkja stöðu sína þar sem um sama hóp viðskiptavina sé að ræða. Hið sameinaða fyrirtæki hefði sterkari samningsstöðu en keppinautar þess sem gætu

Þingöngu boðið hluta þeirrar þjónustu sem viðskiptavinir hefðu þörf fyrir. Samkvæmt því séu verulegar líkur á að samruninn hefði skaðleg áhrif á samkeppni til lengri tíma, til tjóns fyrir viðskiptavini og neytendur.

Stefnendur mótmæli því að hið sameinaða fyrirtæki hafi hvata til þess að grípa til útilokandi aðgerða með tilliti til verðmæta þess markaðar sem stefnda skilgreini viðkvæmastan. Þeir haldi því fram að mat stefnda á mögulegum skaðlegum áhrifum samrunans sé byggt á „hreinum getgátum“ um hegðun hins sameinaða fyrirtækis í framtíðinni. Stefnendur haldi fram að ekki sé litið til þátta sem dragi verulega úr líkunum á því að hið sameinaða fyrirtæki beiti vogarafshcegðun. Þeir telji að ákvörðun stefnda sé hvorki í samræmi við dómaframkvæmd dómstóla EB né rannsóknar- og meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar. Þung viðurlög liggi við þeim aðgerðum sem um sé að ræða, en það hafi mikið vægi við mat á því hvort líklegt sé að hið sameinaða fyrirtæki grípi til slíkrar hegðunar. Stefnandi, Valitor hf., hafi undirgengist sátt um að greiða háa sekt vegna brota á samkeppnislögum en af því megi draga þá ályktun að fyrirsvarsmenn fyrirtækisins muni seint grípa til aðgerða sem brjóti í bága við ákvæði samkeppnislaga. Stefnendur haldi því fram að stefnda sé ekki stætt á að álykta sem svo að líkur séu á að hið sameinaða fyrirtæki muni brjóta samkeppnislög í framtíðinni. Þá mótmæli stefnendur því að í núverandi samstarfi stefnanda, Valitor hf., og Tax Free hafi samkeppnishamlandi aðgerðum verið beitt. Samruninn muni ekki hafa í för með sér að markaðsráðandi staða verði til eða styrkist. Samrunareglur eigi því ekki við í málinu. Þessum málsástæðum stefnenda mótmæli stefnda.

Við mat á mögulegum áhrifum samrunans hafi það ekki úrslitabýðingu hvort viðkvæmasti markaðurinn sé mjög verðmætur. Enda þótt litið sé til þessa atriðis skipti mestu að verulegar líkur séu á því að hið sameinaða fyrirtæki styrki stöðu sína á umræddum markaði, þ.e. möguleikinn, getan og hvatinn til að beita sterkri stöðu á einum markaði til að efla stöðuna á öðrum. Þeir markaðir sem um ræði séu það verðmætir hver um sig að efnahagslegur hvati sé augljóslega til staðar fyrir hið sameinaða fyrirtæki til að styrkja stöðu sína á einum eða fleiri mörkuðum með því að misnota stöðu sína á öðrum.



Umsvif á greiðslukortamarkaði og tengdum mörkuðum muni fara vaxandi þegar til lengri tíma sé litið. Þetta auki hvata hins sameinaða fyrirtækis til að styrkja stöðu sína með aðgerðum sem útiloki keppinauta. Það sé líklegra en ella að hið sameinaða fyrirtæki grípi til útilokandi aðgerða eða hafi neikvæð áhrif á keppinauta sína og/eða hindri innkomu nýrra enda þótt stefnandi, Valitor hf., hafi undirgengist sátt vegna brota á samkeppnislögum.

Við mat á samrunanum sé þýðingarmikið að meta hvaða áhrif hann hafi á líkur þess að hið sameinaða fyrirtæki styrki stöðu sína með vogarafshcegðun milli markaða. Stefnda hafi borist áreiðanlegar upplýsingar frá söluaðila um að starfsmaður á vegum samrunaaðila hafi skilyrt sölu á þjónustu annars þeirra við að einnig yrði keypt þjónusta hins.

Niðurstaða stefnda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé í samræmi við dóma dómstóla EB og leiðbeiningar framkvæmdastjórnarinnar. Í athugasemdum Tax Free til nefndarinnar sé viðurkennt að umfjöllun stefnda sé byggð upp með sambærilegum hætti og í EB-rétti. Þá sé því mótmælt að ákvörðun stefnda og

Úrskurður nefndarinnar samræmdist ekki rannsóknar- og meðalhófsreglu stjórnarsýsluréttar.

Stefnendur haldi því fram að ósannað sé að ákveðinn hópur söluaðila hafi áfram þörf fyrir posa um næstu framtíð. Útleiga hins sameinaða fyrirtækis á posum muni ekki gera því kleift að beita aðgerðum sem útiloki keppinauta eða séu skaðlegar samkeppni. Sjálfgefið sé að fyrirtæki, sem bjóði þjónustu, sem sé á undanhaldi, muni ekki gera kröfu um samtvinnun eða skilyrðingu enda myndi það aðeins flýta fyrir að söluaðilar hættu í viðskiptum.

Stefnda mótmæli þessum málsástæðum stefnenda. Stefnendur hafa ekki hrakið að posi sé eina jaðartækið hjá söluaðilum sem hafi virkni fyrir hina þrjá tengdu markaði, þ.e. færsluhirðingu, gjaldeyrisumsnúning og endurgreiðslu virðisaukaskatts. Hin sérhæfðu kassakerfi hafi aðeins virkni fyrir tvo af þessum þjónustubáttum. Samkvæmt því gegni posar lykilhlutverki á hinum tengdu mörkuðum.

Það hafi hverfandi áhrif þótt í framtíðinni verði mögulegt að bjóða upp á alla þessa þjónustubætti í kassakerfum. Óraunhæft sé að minni söluaðilar fjárfesti í sérhæfðu kassakerfi vegna þess kostnaðar sem sé því samfara en viðskipti sem virðisauka skattur sé endurgreiddur af eigi sér einkum stað í litlum sérsverslunum. Litlar líkur séu á því að þær hafi þörf eða getu til að koma sér upp kassakerfi í stað posa. Þessir sömu söluaðilar hafi einnig beinan fjárhagslegan og samkeppnislegan hag af því að bjóða gjaldeyrisumsnúning. Áður en til þess komi verði þeir hins vegar að gera samning um færsluhirðingu. Gjaldyrisumsnúningur verði eingöngu framkvæmdur í gegnum posa hjá söluaðilum. Samkvæmt þessu væru posar og posaleiga sá markaður sem tengi saman starfsemi hinna markaðanna. Þó svo að sérhæfðum kassakerfum hafi fjölgað yfir lengra tímabil verði með engu móti fullyrt að posa verði ekki þörf hjá ákveðnum mikilvægum hópi söluaðila um næstu framtíð. Þvert á móti muni þeirra verða þörf hjá stórum hópi söluaðila eins og áður hafi verið lýst. Samkvæmt því hafi markaðsráðandi fyrirtæki á markaði fyrir posaleigu hvort tveggja möguleika og getu til að beita stöðu sinni til að styrkja hana á þeim tengdum mörkuðum sem það starfi á, með neikvæðum áhrifum á keppinauta, viðskiptavini og neytendur.

Komi til samrunans muni hið sameinaða fyrirtæki segja upp samstarfssamningi sínum við Borgun hf. um markaðssetningu og útbreiðslu þjónustu fyrir gjaldeyris umsnúning og forritun lausna fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts í posa. Stefnendur haldi því fram að slík uppsögn verði hvalreki fyrir Global Refund og hafi jákvæð áhrif á stöðu fyrirtækisins enda næsta víst að Borgun hf. gangi þá til samninga við félagið um sama efni. Stefnda byggji á því að þetta sýni glögglega hvaða áhrif stefnendur telji að samruninn muni hafa á Global Refund. Stefnendur réttlæti neikvæð samkeppnisleg áhrif samrunans með því að benda á möguleika keppinautar síns til að stuðla að tvíkeppni á hinum skilgreindu mörkuðum. Í þessu felist ótvíræð vísending um skaðleg áhrif samrunans á samkeppni og það tjón sem hann kunni að hafa fyrir keppinauta, viðskiptavini og neytendur.

Stefnendur vísi til þess að gerðar hafi verið tillögur að mögulegum skilyrðum fyrir samrunanum. Í ákvörðun stefnda hafi þessum skilyrðum verið hafnað með almennu orðalagi án þess að rökstudd afstaða hafi verið tekin til hvers og eins skilyrðis. Ítarlegur rökstuðningur sé forsenda þess að samrunaaðili geti gert sér grein fyrir því

hvað þurfi til þess að samruni sé samþykktur. Stefnendur telji að þegar um sé að ræða samruna, sem sé hvorki láréttur eða lóðréttur, hvíli á stefnda á grundvelli rannsóknarreglunnar og meðalhófsreglunnar aðrar og meiri skyldur þegar komi að því að móta möguleg skilyrði fyrir slíkum samruna. Stefnda beri að setja samrunanum viðeigandi skilyrði ef á annað borð sé komist að þeirri niðurstöðu að samruninn hafi skaðleg áhrif á samkeppni. Stefnda hafi aðeins lagt fram tillögur að skilyrðum sem falið hafi í sér rekstrarlegan og fjárhagslegan aðskilnað samrunaaðila. Allur rökstuðningur fyrir skaðlegum áhrifum samrunans hafi byggst á þeirri forsendu að hið sameinaða fyrirtæki myndi haga sér með tilteknum hætti, þ.e. muni beita skilyrðingu, samtvinnun eða öðrum útilokunaraðgerðum. Stefnendur telji að hegðunarskilyrði ein og sér komi í veg fyrir hugsanleg skaðleg áhrif samrunans. Krafa stefnda um rekstrarleg skilyrði sé því í beinni mótsögn við rökstuðning hans um möguleg skaðleg áhrif samrunans.

Stefnda mótmæli þessari málsástæðu stefnenda. Eftirfarandi reglur gildi í samruna málum, sbr. meðal annars úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 18/2001 og 6/2006, en þessi sjónarmið eigi við um allar tegundir samruna:



Skilyrði verði að eyða með öllu þeim samkeppnishömlum sem stafi af samruna;

samrunaaðilar beri ábyrgð á því að gera tillögur að skilyrðum til að eyða þeim skað- legu áhrifum sem samruni geti haft á samkeppni;

hlutverk stefnda sé að meta þær tillögur með tilliti til þeirra skaðlegu áhrifa sem samruni geti haft á samkeppni;

ef tillögur samrunaaðila að skilyrðum væru ekki fullnægjandi sé engin annar kostur en að ógilda samruna.

Aðeins sé unnt að fallast á skilyrði í samrunamálum sem eyði með öllu hinum samkeppnislegu vandkvæðum. Tilgangur samrunareglna sé að vernda samkeppnislega gerð markaða, m.a. með því að vinna gegn því að markaðsráðandi staða myndist eða styrkist. Í samrunamálum eigi að beita skilyrðum sem lúti að gerð markaðarins (e. structural remedies) frekar en skilyrðum sem lúti að hegðun fyrirtækja (e. behavioural remedies). Tillögur að skilyrðum sem aðeins feli í sér loforð um að misnota ekki markaðsráðandi stöðu séu almennt ekki fullnægjandi.

Tillögur samrunaaðila að skilyrðum hafi ekki verið fullnægjandi til að eyða líklegum skaðlegum áhrifum samrunans á samkeppni á hinum skilgreindum mörkuðum. Samrunaaðilum hafi verið kynnt þessi niðurstaða á sérstökum fundi og leitað sjónarmiða þeirra um hvort grundvöllur væri fyrir víðtækari skilyrðum. Þeim hafi verið gefinn kostur á að leggja fram ítarlegri skilyrði sem mögulega hefðu getað leyst hin samkeppnislegu vandamál. Samrunaaðilar hafi hins vegar hafnað því. Stefnda mótmæli því að niðurstaða hans um tillögur samrunaaðila hafi brotið gegn meðalhófsreglu stjórnsluréttar. Sú skýra afstaða samrunaaðila kom fram að ekki kæmi til álita rekstrar- og efnahagslegur aðskilnaður, hvað þá stjórnunarlegur sem þó sé iðulega krafist í samrunamálum. Samrunaaðilar hafi talið slíkt fara gegn markmiði samrunans.

Krafa stefnda um sýknu sé byggð á því að eðli og tengsl þeirra markaða sem samruninn ná til og staða samrunaaðila á þeim leiði til þess að veruleg hættu sé á að samkeppni raskist með umtalsverðum hætti ef samruninn gangi eftir.

Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar EB sé sjónum sérstaklega beint að samruna fyrirtækja á mjög skyldum mörkuðum. Samrunar líkt og sá sem hér um ræði geti raskað samkeppni hvort tveggja vegna útilokunaráhrifa og vegna þess að hann breyti eða dragi úr þeirri samkeppni sem fyrir sé á markaði þar sem hann auðveldi fyrirtækjum að stilla saman strengi sína án þess þó að um beint samráð sé að ræða. Í kjölfar samrunans sem hér um ræði yrðu keppinautar samrunaaðila aðeins einn eða tveir á þeim mörkuðum sem samruninn ná til. Samrunaaðilar hefðu þannig afgerandi markaðshlutdeild og möguleika, getu og efnahagslegan hvata til að beita aðgerðum til að útiloka keppinauta. Slíkt muni hafa í för með sér skaða fyrir viðskiptavinum og neytendum.

Krafa stefnda um sýknu styðjist við ákvæði samkeppnislaga, stjórnarsýslulaga og meginreglur stjórnarsýsluréttar. Krafa um málskostnað sé reist á ákvæðum XXI. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Niðurstaða

Krafa stefnenda um ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála er meðal annars reist á því að með því að krefja stefnendur um samrunatilkynningu samkvæmt 3. mgr. 17. gr. b samkeppnislaga hafi stefndi farið út fyrir þær heimildir sem felist í lagaákvæðinu. Stefnda er samkvæmt lagaákvæðinu heimilt að krefja samrunaaðila um tilkynningu um samruna telji stefndi verulegar líkur á að samruninn geti dregið umtalsvert úr virkri samkeppni og sameiginleg heildarvelta viðkomandi fyrirtækja er meiri en einn milljarður króna á ári. Fram kemur í bréfi stefnenda til stefnda 30. júlí 2008 að sameiginleg heildarvelta félaganna fyrir rekstrarárið 2007 var yfir þeirri fjárhæð. Dómurinn fellst á með stefnendum að álykta megi að samrunar sem ekki uppfylla veltuskilyrði þau sem fram koma í a- og b-liðum 17. gr. a laganna séu almennt ekki skaðlegir samkeppni og bar stefndu að líta til þess við meðferð málsins. Í gögnum málsins kemur hins vegar fram að stefnda var kunnugt um að bæði félögin höfðu mjög sterka stöðu á þeim mörkuðum sem þeir störfuðu á. Við mat á því hvort stefndi hafi farið út fyrir heimildir sínar með því að krefja stefnendur um samrunatilkynningu ber einnig að líta til þess að samkvæmt 4. mgr. 17. gr. b laganna hafði stefndi aðeins 15 virka daga til að taka ákvörðun um það hvort samrunatilkynningar yrði krafist. Með vísan til þess sem komið var fram í málinu á þessum tíma og með hliðsjón af hinum skamma fresti sem stefnda er veittur í 4. mgr. 17. gr. b samkeppnislaga er það mat dómsins að stefndi hafi haft ástæðu til að ætla að verulegar líkur væru á því að samruninn gæti dregið umtalsvert úr virkri samkeppni. Með þessu voru uppfyllt skilyrði lagaákvæðisins fyrir því að stefndi krefði stefnendur um samrunatilkynningu.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála 2. maí 2009 er í megindráttum fallist á skilgreiningar í ákvörðun stefnda frá 30. janúar s.á. á þeim mörkuðum sem til skoðunar eru og á reynir í málinu. Einnig er talið í niðurstöðukafla úrskurðarins að stefndi hafi með fullnægjandi hætti fært rök fyrir því að samruninn sem um ræðir sé

í grundvallaratriðum andstæður samkeppnislögum og er af hálfu áfrýjunarnefndarinnar fallist á þá röksemdarfærslu. Telur áfrýjunarnefndin nægilega í ljós leitt af gögnum málsins, að umrædd kaup Valitors á öllu hlutafé í Euro Refund Group á Íslandi ehf. feli í sér samruna sem sé til þess fallinn að hafa skaðleg áhrif á þeim tengdu mörkuðum sem um er að ræða í málinu.

Í framangreindri ákvörðun stefnda er fjallað um samkeppnisleg áhrif samrunans. Segir þar að taka þurfi til skoðunar hvort samruni Valitors og ERG/Tax Free raski samkeppni á mörkuðum þessa máls, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga. Vísað er til ákvæða samkeppnislaga um samruna og að þeim hafi verið breytt með lögum nr. 94/2008. Sú breyting feli meðal annars í sér aukið svigrúm til efnislegs mats á samkeppnislegum áhrifum samruna. Samkvæmt framangreindu lagaákvæði geti stefndi gripið til íhlutunar í samruna ef hann skapi eða styrki markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis, skapi eða styrki markaðsráðandi stöðu tveggja eða fleiri fyrirtækja eða hafi þau áhrif að samkeppni raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti. Við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna sé almennt rétt að líta til markaðshlutdeildar samrunaaðila og helstu keppinauta þeirra, athuga samþjöppun á markaði og kanna aðgangshindranir á markaði ásamt fleiri þáttum. Þá segir enn fremur að samrunareglum sé ætlað að vernda samkeppnislega gerð markaða og koma í veg fyrir að fyrirtæki geti með samruna t.d. komist í eða styrkt markaðsráðandi stöðu og þar með haft möguleika eða aukna möguleika á því að misnota hana. Í ákvörðun stefnda kemur enn fremur fram að markaðshlutdeild hafi ávallt þýðingu þegar samkeppnisleg áhrif samruna eru metin. Líta verði til þess hvað sé til marks um markaðsráðandi stöðu. Samruni sem hér um ræði sé svonefndur samsteypusamruni. Taka verði einnig til skoðunar hvort samkeppnis hamlandi útilokunaráhrif fylgi samrunanum.

Þá er í ákvörðun stefnda gerð grein fyrir sterkri stöðu stefnanda Valitors á markaði fyrir greiðslukortautgáfu og að ætla megi að hin sterka staða á þeim markaði sé til þess fallin að styrkja stöðu félagsins á markaði fyrir færsluhirðingu. Útgáfa kreditkorta hafi óbein áhrif í gegnum færsluhirðingu á markaði fyrir gjaldeyrisumsnúning. Þessir markaðir tengist að þessu leyti þannig að sterk staða Valitors í útgáfu greiðslukorta hafi áhrif til að styrkja stöðu fyrirtækisins á hinum tveimur mörkuðunum. Hvað varði tengsl útgáfu kreditkorta við gjaldeyrisumsnúning þá grundvallist sú þjónusta á samningi milli færsluhirðis og söluaðila en því sterkari sem staða viðkomandi sé í útgáfu kreditkorta því sterkari verði staðan í færsluhirðingu sem síðan sé til þess fallin að styrkja stöðu viðkomandi félags í gjaldeyrisumsnúningi. Sterk staða félagsins í útgáfu innlendra kreditkorta (vörumerki) sé beinn áhrifavaldur í sterkri stöðu félagsins í færsluhirðingu hjá innlendum söluaðilum og þar með líklegt til að stuðla að sterkri stöðu í gjaldeyrisumsnúningi. Þá er í ákvörðun stefnda talið ljóst að stefnandi, Valitor ehf., sé í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu. Sterk staða samrunafyrirtækis á þessum markaði sé vísbending um möguleika þess til að öðlast samsvarandi markaðshlutdeild í gjaldeyrisumsnúningi í framtíðinni.

Því er lýst í ákvörðun stefnda að í þjónustu fyrir gjaldeyrisumsnúning felist að gerðir væru samningar milli færsluhirða og söluaðila en þar geti korthafar með erlend kreditkort valið um skuldfærslu á viðskiptareikning sinn í íslenskum krónum eða mynt síns lands. Þjónustan sé til þess fallin að takmarka gengisáhættu vegna viðskiptanna. Leitað hafi verið álits aðila um þennan markað en þeir hafi talið að hann myndi stækka í framtíðinni. Í ákvörðun stefnda er það talið gefa til kynna að

um geti verið að ræða verðmætan markað fyrir færsluhirða með tilliti til þeirrar þóknunar sem tekin sé fyrir gjaldeyrisumsnúning. Þar sem þessi þjónusta sé grundvölluð á samningi milli færsluhirða og söluaðila megi ætla að líkur séu til þess að þegar þjónustunni vaxi fiskur um hrygg verði markaðshlutdeild aðila sambærileg við markaðshlutdeild þeirra í færsluhirðingu. Á þeirri forsendu meti stefndi það líklegt að samrunafyrirtækið verði með stærsta hlutdeild á þessum markaði í framtíðinni ef ekki markaðsráðandi, sbr. stöðu þess á markaði fyrir kortaútgáfu og færsluhirðingu.

Í ákvörðun stefnda segir að á Íslandi hafi tveir aðilar með höndum endurgreiðslu virðisaukaskatts til ferðamanna sem búsettir eru erlendis, Tax Free og Global Refund. Löglíkur séu fyrir því að Tax Free hafi þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þessum markaði og að það geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Því sé Tax Free með markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna.

Posaleiga er í ákvörðun stefnda talinn sérstakur markaður og enn fremur að samrunaaðilar hafi markaðsráðandi stöðu á þeim markaði.

Metin eru áhrif af samrunanum og hvort samkeppnishömlur geti stafað af honum. Einnig er samþjöppun á mörkuðum málsins metin og hvernig hún hafi þýðingu við mat á áhrifum samrunans.

Niðurstaða í ákvörðun stefnda er sú að verði samruni stefnanda, Valitors ehf., og Tax Free að veruleika verði til fyrirtæki sem hafi möguleika, getu og hvata til þess að viðhalda eða styrkja markaðsráðandi stöðu sína á öllum skilgreindum mörkuðum þessa máls. Önnur atriði, sem talin eru í ákvörðuninni, veiti vísbendingar um að styrkur hins sameinaða fyrirtækis yrði jafnvel enn meiri en hin háa markaðshlutdeild segi til um. Við aðstæður sem skapist, verði samruninn að veruleika, sé mikill hvati hjá stjórnendum að beita sterkri stöðu fyrirtækisins á einum markaði til þess að mynda, viðhalda eða styrkja markaðsráðandi stöðu sína á tengdum mörkuðum.

Samkvæmt 17. gr. c samkeppnislaga getur stefndi ógilt samruna með þeim skil yrðum sem þar eru talin en þau eru að stefndi telji að samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti.

Við mat á því hver áhrifin eru af þeim samruna sem um ræðir skiptir máli að hér er um samsteypusamruna (e. conglomerate merger) að ræða en hvorki lóðréttan né láréttan samruna. Samkvæmt leiðbeiningum framkvæmdastjórnar Evrópusam bandsins (2008/C 265/07), sem ber að hafa til hliðsjónar við mat á samsteypusamruna, gilda aðrar reglur um samsteypusamruna en láréttan og lóðréttan samruna. Þar er gengið út frá því að samsteypusamrunar hafi minni neikvæð áhrif á samkeppni en láréttir samrunar auk þess sem þeir geti einnig haft jákvæð áhrif. Jákvæðu áhrifin byggja á því að möguleikar til rekstrarhagræðingar geta verið nokkrir við samsteypusamruna. Einnig geta þeir haft í för með sér hagræði fyrir neytendur þar sem þeir geti keypt fjölbreyttari vörur og/eða þjónustu af sama aðila. Í lið nr. 104 í leiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar er þetta kallað

„one-stop-shopping“ og samkvæmt þeirri grein þarf fleira að koma til en myndun slíkrar stöðu svo ástæða sé til að hafa áhyggjur af samkeppnislegum áhrifum samsteypusamruna. Hugsanleg neikvæð áhrif samsteypusamruna eru einkum þau að þeir geta styrkt stöðu samrunafyrirtækisins á markaði og gert því kleift að beita útilokun. Í ákveðnum tilvikum geta samsteypusamrunar líka hvatt aðra á markaði til að vinna saman.

Við úrlausn málsins verður að líta til þess hvort staða fyrirtækjanna styrkist við samrunann og hver önnur áhrif verða af samrunanum á stöðu þeirra sem á þessum mörkuðum starfa. Við mat á samsteypusamruna þarf því að bera saman stöðuna á markaði án samrunans við stöðuna eftir samrunann. Einnig má skoða hvað gæti gerst í framtíðinni við samrunann en skilyrði fyrir því að það geti skipt máli er að fyrir því sé unnt að færa viðhlítandi rök, sérstaklega hvað varðar ný fyrirtæki á markaði eða fyrirtæki sem hverfa af markaði. Þá verður við mat á samsteypusamruna að skoða bæði neikvæð áhrif af samruna á samkeppni og jákvæð áhrif af samruna á rekstrarhagræði samrunafyrirtækis og betri þjónustu sem kæmi neytendum til góða.

Fyrirtækin tvö, stefnandi, Valitor hf., og Tax Free, starfa ekki á sömu mörkuðum. Að mati stefnda starfar Valitor hf. á markaði fyrir útgáfu greiðslukorta, færslu hirðingu, leigu á posum og markaði fyrir gjaldeyrisumsnúning hjá söluaðilum og Tax Free starfar á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts. Landfræðilegur markaður að mati stefnda er innanlandsmarkaður og að hér sé um að ræða mjög innbyrðis tengda markaði. Að mati stefnanda eru markaðirnir færri, þ.e. markaður fyrir færsluhirðingu, markaður fyrir móttökubúnað korta, markaður fyrir útgáfu greiðslukorta og markaður fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts.

Eins og lýst er í ákvörðun stefnda eru markaðir málsins sérstakir að því leyti til að á þeim öllum ríkir fákeppni. Það hefur óhjákvæmilega áhrif á það hvernig metið verður hvort og hver hin skaðlegu áhrif verða talin leiða af samrunanum. Sérstaða samrunafyrirtækisins felst einkum í því að það verður eina fyrirtækið sem getur boðið upp á heildarlausn fyrir söluaðila á þeim mörkuðum sem um ræðir. Skiptir þá ekki máli hvort miðað er við fjóra markaði líkt og stefnandi byggir á eða fimm markaði líkt og byggt er á af hálfu stefnda. Gangi samruninn eftir munu söluaðilar, sem áður þurftu að gera samning við a.m.k. tvo aðila (þ.e. kortafyrirtæki og fyrirtæki sem sér um endurgreiðslu virðisaukaskatts) til að geta boðið tiltekna þjónustu, eftirleidis geta gert samning við einn aðila til að geta boðið sömu þjónustu. Þá er óumdeilt að sameinað fyrirtæki mun hafa mjög sterka markaðsstöðu, jafnvel markaðsráðandi stöðu á öllum mörkuðum málsins. Samruninn leiðir þó ekki til þess að á einhverjum þessara markaða myndist mjög sterk eða markaðsráðandi staða þar sem hún var ekki fyrir. Þessi sterka staða verður hins vegar nú í höndum eins fyrirtækis en ekki tveggja eins og áður.

Fyrsti mælikvarði varðandi skilyrðið í 17. gr. c samkeppnislaga, um að markaðs ráðandi staða verði til eða styrkist, er hlutdeild á markaði en hún þarf að vera stór á a.m.k. einum þeirra markaða sem til umfjöllunar eru til að vert sé að skoða samrunann nánar samkvæmt framangreindum leiðbeiningum. Fyrirtækin sem um ræðir í þessu máli eru með sterka markaðsstöðu á þeim mörkuðum sem þau starfa. Leiðbeiningar framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins miða við að Herfindahl-Hirschman (HHI) vísitalan mælist yfir 2000. Samkvæmt ákvörðun Samkeppniseftirlits 3/2009 er HHI- vísitala þeirra markaða sem hér um ræðir yfir

2000, að undanskildum markaði með gjaldeyrisumsnúning, en að mati stefnda er ekki raunhæft að meta HHI á þeim markaði. Miðað við leiðbeiningar framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins er af þeirri röksemd ástæða til að taka samrunann til frekari skoðunar (liður nr. 27).

Ljóst er að þótt samrunaðilar hafi sterka stöðu á þeim mörkuðum sem um er að tefla ræður það eitt ekki úrslitum um það hvort samruninn hefði neikvæð áhrif á samkeppni. Líta verður til þess hvort markaðshlutdeild breytist við samrunann. Skoða þarf hvort samruninn geri stöðu samrunafyrirtækisins enn sterkari á þeim mörkuðum sem þau starfa á í dag og hvort sú staða hafi samkeppnishamlandi áhrif. Því tengdari sem markaðirnir eru þeim mun meiri möguleikar eru til samtvinnunar og vöndlunar. Af hálfu stefnda var skoðað sérstaklega hvað gæti gerst á viðkvæmasta markaðnum sem er markaður með endurgreiðslu virðisaukaskatts þar sem einungis tvö fyrirtæki starfi í dag.

Til að meta hvort samruninn hafi neikvæð áhrif á samkeppni þarf að skoða möguleika samrunafyrirtækis til útilokunar. Í því sambandi þarf að meta þrennt; möguleika fyrirtækis til útilokunar, hvata fyrirtækis til útilokunar og áhrif útilokunar á markað.

Við samrunann verður til ein þjónustukeðja í stað tveggja áður. Við það verða til möguleikar til samtvinnunar og vöndlunar sem síður voru fyrir hendi áður. Hér verður að taka fram að samtvinnun og vöndlun hafa ekki nauðsynlega neikvæð áhrif á samkeppni. Hin neikvæðu áhrif verða einungis ef samtvinnun og vöndlun hafa útilokunaráhrif á samkeppnisaðila. Útilokun er líklegri ef fyrirtæki hafa sterka stöðu á markaði sem vissulega er fyrir hendi hvað varðar þann samruna sem hér um ræðir. Annað skilyrði er að samtvinnun og vöndlun verði fyrir „large common pool of customers“, sbr. lið nr. 100 í sömu leiðbeiningum. Söluaðilar sem eru í viðskiptum um endurgreiðslu virðisaukaskatts eru þau fyrirtæki sem selja til erlendra aðila á meðan allflestir söluaðilar eru í viðskiptum með færsluhirðingu. Eingöngu hluti viðskiptavina sameinaðs fyrirtækis er bæði í viðskiptum með færsluhirðingu og endurgreiðslu virðisaukaskatts. Stefnandi telur að einungis 2-6% söluaðila séu bæði í viðskiptum með færsluhirðingu og endurgreiðslu virðisaukaskatts. Ekki er að sjá að stefndi hafi staðfest þessar tölur en fram kemur í ákvörðun stefnda að langoftast sé um sömu viðskiptavinina að ræða. Hér verður að telja að ekki hafi komið nægilega fram að forsendur stefnda í þessum efnum séu á rökum reistar eða eigi sér viðhlítandi stoð í gögnum málsins. Í öllu falli verður að líta svo á að þar sem ákvörðun stefnda byggði á þessu hefði þurft að staðreyna það betur en gert var af hálfu stefnda.

Talið var af hálfu stefnda að útilokun af hálfu samrunafyrirtækisins gæti leitt til þess að á þeim markaði sem stefndi telur viðkvæmastan, þ.e. markaði með endurgreiðslu virðisaukaskatts, þar sem tvíkeppni ríkir í dag, muni samkeppnisaðilinn, Global Refund, víkja af markaði. Samrunafyrirtækið muni því fá þar einokunar aðstöðu. Dómurinn telur að fyrir þessari staðhæfingu skorti viðhlítandi rök. Fyrir liggur að Global Refund er alþjóðlegt fyrirtæki á markaði fyrir endurgreiðslu á virðisaukaskatti. Samkvæmt heimasíðu fyrirtækisins er það með 80% hlutdeild á þessum markaði í Evrópu. Fyrirtækið hefur verið rekið með tapi hér á landi undanfarin ár, en hefur engu að síður haldið áfram starfsemi. Í ákvörðun stefnda er vísað til þess að fram hafi komið af hálfu Global Refund að fyrirtækið hafi hætt starfsemi í Ungverjalandi, Kanada og Færeyjum. Í máltilbúnaði stefnanda kemur

fram að á tveimur þessara markaða hafi fyrirtækið hætt starfsemi vegna breyttra aðstæðna en ekki vegna samkeppni, eins og hér að framan er rakið. Þá er fyrirtækið enn með starfsemi í Ungverjalandi samkvæmt því sem fram kemur á heimasíðu fyrirtækisins. Ekki er að sjá að stefndi hafi staðreynt þessar upplýsingar sem ályktanir í ákvörðun stefnda eru þó byggðar á. Dómurinn telur því ekki nægilega sýnt fram á að samruninn leiði til þess að samrunafyrirtækið fá einokunaraðstöðu á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts.

Þá er það mat stefnda, sbr. ákvörðun nr. 8/2003, að aðstæður á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts séu slíkar að sú þjónusta sé einföld og krefjist starfsemin því ekki mikillar tækniþekkingar. Enn fremur þurfi stofnkostnaður ekki að vera hár. Almennt séð væru ekki fyrir hendi verulegar markaðshindranir á þeim þjónustumarkaði sem hér um ræði og aðgangshindrun á þennan markað því ekki fyrir hendi.

Samkvæmt lið nr. 107 í leiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar skal líta til þess við mat á samsteypusamrunum hvort hinn yfirtekni markaður er smár í samanburði við þá markaði sem samrunafyrirtækið starfar á fyrir samruna. Í téðu ákvæði segir að ólíklegt sé að samrunafyrirtæki hætti á að fórna sterkri stöðu sinni á stórum markaði til að styrkja stöðu sína á smáum markaði. Árleg heildarvelta stefnanda, Valitors hf., nam tæpum sex milljörðum króna á meðan velta Tax free nam rúmum 100 milljónum króna þannig að auðveldlega má heimfæra aðstæður stefnanda til þessa ákvæðis og bar stefnda því að gæta sérstaklega að því. Er það mat dómsins, með hliðsjón af lið nr. 107 í leiðbeiningunum, að stefndi hafi ekki með viðhlítandi hætti rökstutt að stefnandi, Valitor hf., hafi hvata til að beita útilokun.

Af hálfu stefnda hefur ekki verið lagt mat á þá hagræðingu sem hugsanlega verður til við samrunann. Þá hefur heldur ekki verið metið af hálfu stefnda hagræði söluaðila og neytenda sem leiðir af því að með samrunanum gefst kostur á að semja við einn aðila í stað tveggja.

Töluleg gögn sem lögð voru fram í málinu benda eindregið til þess að samkeppnis yfirvöld hafi dregið ranga ályktun um hver þróunin yrði á færsluhirðingarmarkaði eftir að Borgun og Valitor byrjuðu að hirða færslur hvort annars. Samkeppnis yfirvöld drógu þá ályktun að sterk staða Valitors í útgáfu korta myndi leiða til þess að þeir gætu bætt stöðu sína á færsluhirðingarmarkaði. Þessi ranga ályktun varð svo grundvöllur frekari ályktana af hálfu stefnda, einkum um gjaldeyrisumsnúning. Stefnandi, Valitor hf., hélt því fram að þessu væri öfugt farið og benda gögnin til þess að hann hafi rétt fyrir sér um það. Auk þess verður að telja að sú niðurstaða sé rökfræðilega rétt. Röksemdafærslu stefnda um þetta atriði verður að telja hægna, þ.e. að telja að sterk staða í kortaútgáfu leiði til sterkrar stöðu í færsluhirðingu sem leiði til sterkrar stöðu í gjaldeyrisumsnúningi.

Þegar lítið er til alls þess sem hér hefur verið rakið telur dómurinn að við samruna eins og þann sem hér um ræðir séu litlar líkur á að hann hafi neikvæð áhrif á markaði. Þá hefur stefndi samkvæmt því sem að framan greinir ekki sýnt fram á með óyggjandi hætti eða fært fyrir því viðhlítandi rök að áhrifin af samruna fyrirtækjanna tveggja hafi neikvæð áhrif á samkeppni. Dómurinn telur ekki fært að ógilda samruna nema áhrif hans hafi verið rannsökuð og metin með fullnægjandi hætti. Telja verður að það hafi ekki verið gert af hálfu stefnda í því tilviki sem hér um ræðir. eru því ekki uppfyllt skilyrði 17. gr. c samkeppnislaga um að samruninn,

sem hér er til umfjöllunar, muni hindra virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða fyrirtækjanna verði til eða styrkist eða verði til að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti. Ber með vísan til þess að fella úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 2. maí 2009 í máli nr. 6/2009 úr gildi.

Með vísan til 1. mgr. 130. gr. laga um meðferð einkamála ber stefnda að greiða stefnendum óskipt málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn samtals 1.500.000 krónur.

Dóminn kveða upp Sigríður Ingvarsdóttir héraðsdómari ásamt meðdómsmönnum Einar Ingimundarsyni, hagfræðingi og héraðsdómslögmanni, og dr. Katrínu Ólafsdóttur, hagfræðingi og lektor.

D Ó M S O R Ð:

Felldur er úr gildi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 2. maí 2009 í máli nr. 6/2009 þar sem staðfest var ákvörðun stefnda, Samkeppniseftirlitsins, nr. 3/2009 frá 30. janúar 2009.

Stefndi, Samkeppniseftirlitið, greiði stefnendum, ERGN Holdings Ltd. og Valitor hf., samtals 1.500.000 krónur í málskostnað.

Sigríður Ingvarsdóttir héraðsdómari

Einar Ingimundarson hdl.

dr. Katrín Ólafsdóttir.