

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 6. maí 2015 í máli nr. E-1152/2014:

Valitor hf.

(Halldór Brynjar Halldórsson hdl.)

gegn

Samkeppniseftirlitinu

(Gizur Bergsteinsson hrl.)

Mál þetta höfðaði Valitor hf., Dalshrauni 3, Hafnarfirði, með stefnu birtri 31. mars 2014 á hendur Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26, Reykjavík. Málið var dómtekið 17. mars sl.

Stefnandi krefst þess aðallega að felldur verði úr gildi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 5. október 2013 í máli nr. 4/2013, Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu, þar sem staðfest var ákvörðun stefnda nr. 8/2013, dags. 12. apríl 2013, um að stefnandi hefði brotið skilyrði 1. og 7. tl. 1. gr. í ákvörðunarorðum í ákvörðun stefnda nr. 4/2008, sbr. sátt dags. 29. nóvember 2007, og brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 54. gr. EES-samningsins, og stefnda gert að greiða 500.000.000 króna í stjórnvaldssekt. Jafnframt krefst stefnandi þess að ákvörðun stefnda nr. 8/2013 verði felld úr gildi.

Til vara krefst stefnandi þess að það ákvæði í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013 um að stefnandi skuli greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 500.000.000 króna verði felld úr gildi að öllu leyti, eða sektarfjárhæðin lækkuð verulega, svo og ákvæði ákvörðunar stefnda í ákvörðun nr. 8/2013 um sektir.

Í báðum tilvikum er þess krafist að stefndi greiði stefnanda málskostnað.

Stefndi krefst sýknu af kröfum stefnanda og málskostnaðar úr hans hendi.

Inngangur

Stefnandi starfar á greiðslukortamarkaði. Hann kveðst annars vegar vera vinnsluaðili í greiðslukortautgáfu og annist hann vinnslu greiðslukortanna sjálfra, fjármögnun kreditkortafærslna o.fl. Þá annist hann það sem kallað er hópaðild útgefenda VISA korta hér að VISA EU. Þetta sé gert í umboði VISA Ísland ehf., sem fari með aðildina. Einstakir bankar og sparisjóðir séu útgefendur

greiðslukorta. Hins vegar er stefnandi færsluhirðir. Í því segir hann að felist að semja við þá sem selja vöru eða veita þjónustu og gera þeim kleift að taka við greiðslu með greiðslukortum.

Stefnandi segir að færsluhirðar veiti söluaðilum þjónustu og taki af þeim þóknun. Síðan greiði þeir útgefendum greiðslukorta ákveðið gjald af hverri færslu, svokallað milligjald. Milligjald þetta sé annað hvort samræmt gjald sem ákveðið sé af VISA EU þar sem ekki hafi verið um annað samið, eða gjald sem hver færsluhirðir og útgefandi semji um.

Í gögnum málsins er því lýst að allt til haustsins 2002 hafi tveir aðilar starfað við færsluhirðingu hér á landi, stefnandi og Borgun. Í nóvember 2002 hóf danskt greiðslukortafyrirtæki, PBS, að bjóða færsluhirðingu í samstarfi við Kortþjónustuna. Fyrirtækið kvartaði til samkeppnisyfirvalda og kvaðst sæta ólögnum samkeppnishindrunum. Hóf samkeppniseftirlitið rannsókn af þessu tilefni.

Málinu var lokið með sátt sem stefnandi staðfesti 29. nóvember 2007. Niðurstaðan var birt sem ákvörðun samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008. Í henni fólst að stefnandi viðurkenndi að hann hefði brotið 10. og 11. gr. samkeppnislaga og greiddi 385.000.000 króna sekt. Stefnandi var talinn 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 starfsemi sinni. Í þessu máli reynir á tvö skilyrðanna, sem stefndi telur að stefnandi hafi brotið.

Annars vegar er skilyrði í 1. tl. 1. gr. ákvörðunarinnar sem hljóðar svo:

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

Hins vegar er skilyrði í 7. tl. sem hljóðar svo:

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

Rannsókn og málsmeðferð

Rannsókn þessa máls hófst hjá stefnda er honum barst kvörtun Borgunar hf., dags. 12. júní 2009, um misnotkun stefnanda á markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu og markaði fyrir posaleigu. Leitaði stefnandi eftir heimild til húsleitar og haldlagningar gagna á starfsstöð stefnanda, en sú heimild var veitt með úrskurði 30. júní 2009. Var húsleit framkvæmd 1. júlí 2009 og lagt hald á umtalsvert magn af gögnum. Gerði stefnandi athugasemdir við framkvæmd húsleitarinnar og afhenti starfsmönnum stefnda þegar að lokinni húsleit.

Haldlögð gögn voru afrituð og þeim skilað til stefnanda 8. júlí. Rannsókn gagnanna hófst 30. september 2009 og var þá fulltrúi stefnanda viðstaddur.

Stefnandi fékk afrit af kvörtun Borgunar, en felld hafði verið út m.a. öll umfjöllun um þá háttsemi sem stefnanda var gefin að sök. Krafðist stefnandi þess að fá nánari upplýsingar, en því erindi var hafnað með bréfi dags. 13. október 2009. Þessi höfnun var felld úr gildi með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála og var stefnda gert að taka nýja ákvörðun. Sendi stefndi stefnanda með bréfi, dags. 5. janúar 2010, kafla sem áður höfðu verið fjarlægðir úr kvörtun Borgunar, en nöfn viðskiptavina og verð voru afmáð. Var þessari ákvörðun skotið til áfrýjunarnefndar, sem staðfesti hana.

Stefnandi undi ekki þessari niðurstöðu og höfðaði mál fyrir héraðsdómi. Var úrskurður áfrýjunarnefndar felldur úr gildi með hæstaréttardómi 23. febrúar 2012.

Stefnandi hafði krafist þess 2. október 2009 að stefndi stöðvaði skoðun tiltekinna gagna og að þeim yrði skilað og afritum eytt. Þessu hafnaði stefndi. Leitaði stefnandi þá til dómstóla og með dómi Hæstaréttar 26. nóvember 2009 var stefnda gert að eyða þessum gögnum.

Rannsókn stefnanda lauk með því að hann gaf út svokallað andmælaskjal og sendi stefnanda þann 15. mars 2012. Samtímis sendi hann þau gögn sem honum hafði verið gert að afhenda stefnanda með áðurgreindum hæstaréttardómi frá 23. febrúar 2012.

Aðilar áttu nokkur samskipti í kjölfarið, en stefnandi óskaði eftir frekari gögnum. Honum voru send frekari gögn 25. júní 2012. Honum var síðan send viðbótarumfjöllun um tiltekin atriði 16. október 2012. Gerði hann athugasemdir við andmælaskjalið með bréfi dags. 12. nóvember 2012. Í kjölfarið var ákvörðun stefnda tekin þann 12. apríl 2013 sem ákvörðun nr. 8/2013.

Stefnandi kærði ákvörðun stefnda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála með bréfi dags. 10. maí 2013. Var málið tekið til meðferðar hjá nefndinni og úrskurður kveðinn upp 5. október 2013 eins og áður segir.

Ákvörðun stefnda. Formhlið.

Í ákvörðun stefnda er fyrst hafnað þeim staðhæfingum stefnanda að hann hafi gerst sekur um ólögmdæta notkun gagna og ólögmdæta rannsókn. Því er einnig hafnað að brotið hafi verið gegn 68. og 72. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála. Í ákvörðuninni er byggt á því að rafræn afrit teljist ekki haldlögð gögn í skilningi laganna.

Því næst er vikið að þeirri röksemd stefnanda að brotið hafi verið gegn 1. mgr. 68. gr. með því að leggja hald á samskipti fyrirtækisins við utanaðkomandi lögmenn. Segir í ákvörðun stefnda að úrskurður héraðsdóms hafi heimilað honum að leita og leggja hald á gögn og taka afrit af tölvutækum gögnum hjá stefnanda.

Hvorki í úrskurðinum né í 20. gr. samkeppnislaga sé að finna takmarkanir á því hvers konar gögn megi leggja hald á eða afrita. Ákvæði um trúnað eða þagnarskyldu í sérlögum komi almennt ekki í veg fyrir að Samkeppniseftirlitið fái gögn í hendur. Þá teljist stefnandi ekki sakborningur í skilningi laga um meðferð sakamála, enda fari rannsóknin fram eftir ákvæðum samkeppnis- og stjórnsýslulaga. Brot gegn 11. gr. samkeppnislaga og skilyrðum ákvörðunar stefnda varði stjórnvaldssektum. Því séu lögmenn sem átt hafi tölvupóstsamskipti við stefnanda ekki skipaðir eða tilnefndir verjendur samkvæmt lögum um meðferð sakamála.

Þá hafnar stefndi því að meðferð málsins hafi verið óréttlát gagnvart stefnanda. Hann hafi fengið tækifæri og nýtt sér það til að gera ítarlegar athugasemdir við andmælaskjalið.

Þessu næst er fjallað um þá málsástæðu stefnanda að gagnaöflun hafi ekki verið í samræmi við húsleitarheimild. Telur stefndi að stefnandi telji rannsóknina mun þrengri en hún hafi í raun verið og að hann telji húsleitarúrskurðinn sömuleiðis vera þrengri en hann hafi verið í raun. Vísað sé bæði til kvörtunar Borgunar og annarra ábendinga. Komi fram að ætlað brot kunni að felast í óeðlilega lágrí verðlagningu og að um geti verið að ræða brot gegn 11. gr. samkeppnislaga og þeim skilyrðum sem stefnanda voru sett með ákvörðun nr. 4/2008. Er því ekki fallist á það að aflað hafi verið eða notuð ólögmat sönnunargögn.

Þá er í ákvörðuninni fjallað um þær fullyrðingar stefnanda að brotið hafi verið gegn rétti hans til aðgangs að gögnum og því hafi hann ekki getað notið lögmælt andmælaréttar, sbr. 15. og 13. gr. stjórnsýslulaga. Rakinn er ítarlega ágreiningur um aðgang að gögnum, en Borgun hafði þegar í kvörtun sinni krafist trúnaðar um tilteknar upplýsingar. Er komist að þeirri niðurstöðu að stefnandi hafi fengið afrit af öllum gögnum þegar hann fékk andmælaskjal til að svara og því hafi hann fengið tækifæri til að svara öllu sem þar komi fram. Þá var ekki fallist á að sú staðreynd að stefnandi hafi þurft að leita til dómstóla til að fá viðurkennt að hann ætti að fá afhent öll gögn hefði falið í sér brot gegn ákvæðum stjórnsýslulaga.

Umfjöllun um formhlið og málsmeðferð lýkur með því að stefndi hafnar þeirri staðhæfingu að í andmælaskjali hans hafi falist fyrir fram ákveðin afstaða til niðurstöðu málsins. Segir stefndi að þessi gagnrýni stefnanda byggi á misskilningi á eðli og tilgangi andmælaskjala í samkeppnisrétti. Andmælaskjali sé ætlað að stuðla að því að mál sé að fullu upplýst áður en ákvörðun er tekin og að auðvelda aðila að nýta andmælarétt sinn.

Umfjöllun um meint brot í ákvörðun stefnda

Fyrsti hluti umfjöllunar um meint brot stefnanda fjallar um hvort hann hafi haft markaðsráðandi stöðu og í því sambandi eru skýrgreindir þeir markaðir sem hann starfar á.

Í ákvörðuninni segir m.a.:

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

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

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

Þá er starfsemi stefnanda lýst og hún sögð skiptast í megindráttum í fjóra þætti. Í fyrsta lagi hafi stefnandi aðallega frá VISA Europe og heimili íslenskum bönkum og sparisjóðum að gefa út greiðslukort með vörumerkinu VISA. Í öðru lagi sé hann vinnsluadili í útgáfu kreditkorta fyrir hönd banka og sparisjóða. Í þriðja lagi annist hann færsluhirðingu þar sem greiðslukort séu notuð í viðskiptum hjá söluaðilum. Loks í fjórða lagi leigi félagið söluaðilum posa, en það séu jaðartæki sem tengd séu við rafræna greiðslurás kortafyrirtækja og útgefenda. Í þessu felist m.a. að stefnandi sé í samningssambandi bæði við útgefendur VISA greiðslukorta á Íslandi og söluaðila um færsluhirðingu vegna notkunar korta.

Í ákvörðun stefnda er vísað til fyrri úrlausna og sagt að útgáfa greiðslukorta sé sérstakur markaður. Stefnandi starfi á þessum markaði. Bankar og sparisjóðir séu formlegir útgefendur greiðslukorta og sé samningur milli þeirra og korthafa. Aðkoma stefnanda að útgáfu greiðslukorta sé mismikil eftir tegundum korta. Hann sé beinn aðili að útgáfu VISA kreditkorta sem verktaki fyrir hönd banka og sparisjóða. Hlutverk hans við útgáfu Electron debetkorta sé óbeint, en til staðar, þar sem hann heimili bönkum og sparisjóðum að gefa út kortin og ákveði milligjald til útgefenda vegna notkunar þeirra hjá söluaðilum með sama hætti og varðandi notkun kreditkorta.

Þá er lýst þeirri skoðun að hlutverk stefnanda á markaði með útgáfu VISA greiðslukorta og á markaði fyrir færsluhirðingu vegna sömu korta og ákvörðun um milligjald, tengi þessa tvo undirmarkaði mjög saman. Stefnandi hafi árin 2007 og 2008 annast færsluhirðingu á um 90-95% af viðskiptum með íslensk VISA krot hjá íslenskum söluaðilum. VISA kort séu um 65-70% af útgefnum íslenskum greiðslukortum.

Síðan er rökstudd nánar sú niðurstaða stefnda að færsluhirðing vegna notkunar greiðslukorta hjá söluaðilum sé einn þjónustumarkaða málsins. Hins vegar sé það mat stefnda að fyrirtæki í færsluhirðingu bjóði söluaðilum tvo mismunandi þjónustuþætti á þeim markaði. Annars vegar færsluhirðingu vegna kreditkorta og hins vegar færsluhirðingu vegna debetkorta. Helstu rök séu mismunandi virkni sem leiði af notkun kortanna sem um leið endurspeglar mismunandi verðlagningu gagnvart söluaðilum. Segir að stefnandi hafi gert athugasemd við þetta sjónarmið og vilji hafna þeirri niðurstöðu að um sé að ræða tvo aðgreinda þjónustuþætti.

Þá er talið að landfræðilegur markaður sé landið allt, en tekið fram að stefnandi hafi mótmælt því. Telji hann að færa megi haldbær rök fyrir því að markaðurinn nái til allrar Evrópu, en ekki aðeins til Íslands.

Um stöðu stefnanda á markaðnum.

Stefndi tók til skoðunar í ákvörðun sinni hvort stefnandi hefði verið í markaðsráðandi stöðu í skilningi 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga á árunum 2007 og 2008 og fyrri helmingi ársins 2009. Er vísað til fyrri ákvarðana sem sýni að mestu skipti að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum.

Fyrst er farið yfir tölur um markaðshlutdeild hvers vörumerkis í kortaútgáfu. Er komist að þeirri niðurstöðu að sterkar vísbendingar séu um að stefnandi hafi á rannsóknartímabilinu haft markaðsráðandi stöðu í útgáfu greiðslukorta á Íslandi. Þessi staða hafi einnig styrkt stöðu hans á markaði fyrir færsluhirðingu.

Farið er yfir stöðuna á markaði fyrir færsluhirðingu og bent á að þetta sé leyfisskyld starfsemi samkvæmt lögum nr. 161/2002. Þá sé færsluhirðing háð leyfi frá alþjóðlegu kortasamsteypunum, í þessu tilviki VISA EU og MasterCard International. Til ársloka 2008 hafi fyrirkomulagið verið þannig að stefnandi hefði annast færsluhirðingu VISA korta, en Borgun hefði færsluhirt MasterCard kort. PBS hefði færsluhirt báðar tegundir. Markaðshlutdeild stefnanda hefði verið 65-70% árið 2007, en 60-65% 2008 og 2009. Markaðshlutdeild PBS hafi verið innan við 5% árið 2007, en síðan innan við 10%. Markaðshlutdeild stefnanda í færsluhirðingu VISA korta var því eðlilega mjög mikil.

Þá taldi stefndi að atriði sem tengdust skipulagi markaðarins drægju ekki úr vægi markaðshlutdeildarinnar við mat á því hvort stefnandi hefði markaðsráðandi stöðu.

Fjárhagsstaða stefnanda er sögð sterk og lögð áhersla á að PBS hafi ekki eigin starfsstöð á Íslandi og sé ekki eignaraðili að íslensku félagi. Var talið að Kortþjónustan hefði ekki þann styrk að geta veitt stefnanda og Borgun raunverulega samkeppni í markaðssetningu og öðrum markaðsaðgerðum. Fjárhagsstyrkur stefnanda var því talinn styðja þá ályktun að hann hefði haft markaðsráðandi stöðu á rannsóknartímanum.

Stefndi telur í ákvörðun sinni að á rannsóknartímanum hafi verið verulegar lagalegar hindranir fyrir starfsemi í færsluhirðingu. Sú staðreynd að tilkoma nýs aðila á markaðinn hafi ekki haft þau áhrif að markaðshlutdeild stefnanda minnkaði sýni að stefnandi hafi haft markaðsráðandi stöðu. Aðild stefnanda að útgáfu greiðslukorta með vörumerkinu VISA hafi einnig verið aðgangshindrun.

Þá er tekið fram að markaðurinn sé ekki þannig að um sé að ræða fáa öfluga kaupendur, sem dragi úr vægi framangreindra atriða við mat á markaðsráðandi stöðu. Sterk staða PBS í færsluhirðingu í Danmörku og Noregi skipti ekki máli þar sem landfræðilegur markaður málsins sé Ísland.

Um brot gegn 1. og 7. tl. 1. mgr. ákvörðunar nr. 4/2008

Í máli því sem lauk með greindri ákvörðun viðurkenndi stefnandi að hafa misnotað upplýsingar sem honum bárust vegna stjórnar hans á aðild að VISA EU til aðgerða á markaði fyrir færsluhirðingu.

Fram kemur að yfirmenn á sviðinu Fyrirtækjalausnir hafi gengið eftir því að þeir fengju í hendur lista um söluaðila sem voru í viðskiptum við aðra færsluhirða. Hafi verið útbúinn listi um allar færslur með íslenskum VISA kortum sem stefnandi hirti ekki. Á þessum lista hafi komið fram auðkenni færsluhirðis og upplýsingar um söluaðila. Þessum lista hafi verið komið til yfirmanns Fyrirtækjalausna hjá stefnanda.

Stefndi kemst að þeirri niðurstöðu að stefnandi hafi með háttsemi sinni eftir 29. nóvember 2007 brotið með alvarlegum hætti gegn skilyrði 1. tl. 1. mgr. ákvörðunarinnar. Brotin hafi átt sér stað á árunum 2008 og 2009.

Meginástæða þess að þetta skilyrði 7. tl. var sett var sú að heimildarleit og fjárhagslegar færslur vegna notkunar íslenskra debetkorta fara fram í kerfum Reiknistofu bankanna. Stefndi segir að tölvupóstur sem liggja frammi sýni að starfsmenn stefnanda hafi óskað eftir upplýsingum frá Reiknistofu bankanna þann 9. mars 2009. Var beðið um að tilteknum lista yrði breytt þannig að hann gæfi frekari upplýsingar. Stefndi telur að þessi breyting hafi átt að auðvelda stefnanda að fylgjast með árangri keppinauta hans í færsluhirðingu.

Í ákvörðun stefnda segir að ljóst sé að stefnandi hafi óskað eftir sundurliðuðum upplýsingum um keppinauta sína frá Reiknistofu bankanna. Reiknistofan varð ekki við beiðninni. Stefndi telur að beiðnin hafi falið í sér brot og engu skipti þótt stefnandi hafi ekki fengið umbeðnar upplýsingar. Þá er hafnað öllum sjónarmiðum um að beiðnin hafi verið nauðsynleg vegna daglegs reksturs

stefnanda. Þá beri stefnandi ábyrgð á starfsmönnum sínum.

Svohljóðandi niðurstaða er dregin saman um þessi brot:

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

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

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

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

Undirverðlagning á færsluhirðingu debetkorta

Í ákvörðun stefnda er fjallað um það sjónarmið stefnanda að hann hafi verið að selja þjónustu sem hafi verið færsluhirðing greiðslukorta. Hagnaður hafi orðið af þeirri starfsemi hans bæði árið 2007 og 2008. Vill hann ekki greina á milli debet- og kreditkorta í þessu sambandi. Þá er vikið að þeim sjónarmiðum hans að hann hafi misst talsvert mikið af viðskiptum í færsluhirðingu til Borgunar eftir að fyrirtækin tóku að færsluhirða öll kort.

Í ákvörðuninni er ítrekuð sú afstaða að greina verði á milli færsluhirðingar debetkorta og kreditkorta. Ljóst sé að færsluhirðing debetkorta hjá stefnanda hafi verið undirverðlögð á árunum 2007 og 2008. Yfirstjórn fyrirtækisins hafi vitað af þessari undirverðlagningu og ekki gripið til neinna aðgerða. Þá hafi sú staðhæfing stefnanda að tilgangurinn hafi ekki verið að hindra keppinaut enga þýðingu. Öll háttsemi stefnanda, bæði undirverðlagning og lækkun milligjalda til banka, sýni að brotavilji stefnanda hafi verið einbeittur.

Þá er talið að háttsemin og staða stefnanda hafi verið til þess fallin að hafa áhrif á möguleika Borgunar þegar fyrirtækin hófu að færsluhirða öll kort. Hafi verið erfiðara fyrir samkeppnisaðilann að ná viðskiptum þegar þjónusta stefnanda var undirverðlögð. Þróun síðar segi ekki að stefnandi hafi ekki beitt skaðlegri undirverðlagningu á árunum 2007 og 2008.

Í ákvörðuninni er niðurstöðu lýst orðrétt:

Sterk tengsl eru á milli færsluhirðingar vegna debetkorta annars vegar og kreditkorta hins vegar. Þetta nána samband gerir það að verkum að færsluhirðir sem býður og semur við einstaka söluaðila um lága þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta er líklegur til þess að semja einnig um færsluhirðingu kreditkorta fyrir sama söluaðila. Við slíkar aðstæður getur færsluhirðir talið það þjóna heildarhagsmunum sínum að verðleggja þjónustu sína með tilteknum hætti. Í því getur falist að verðleggja einn tiltekinn þjónustubátt undir kostnaði til þess að halda eða ná viðskiptum um aðra tiltekna þjónustu. Í samkeppnisrétti eru gerðar strangar kröfur til þess að markaðsráðandi fyrirtæki beiti ekki stöðu sinni með slíkum hætti. Verðlagning einstakra þjónustubátta verður að vera málefnaleg og byggja á rekstrarlegri frammistöðu og má ekki vera til þess fallin að raska eða koma í veg fyrir samkeppni eða starfsemi keppinauta með minni markaðshlutdeild.

Auk þess að ákvarða milligjaldið með þeim hætti sem lýst hefur verið þá samdi Valitor við fjölda söluaðila um þóknun fyrir færsluhirðingu á debetkortum sem var lægri en milligjald félagsins til útgefenda og því undir breytilegum kostnaði eins og rakið er í umfjöllun um töflur 4 og 6 hér að framan. Mátti fyrirtækinu vera ljóst að um undirverðlagningu hafi verið að ræða gagnvart þeim söluaðilum. Var þessi háttsemi til þess fallin að útiloka t.d. PBS frá viðskiptum við stóran hluta íslenskra söluaðila á árunum 2007 og 2008. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi með þessari háttsemi beitt skaðlegri undirverðlagningu í samningum við tiltekna söluaðila og haft með þeim hætti útilokandi áhrif á möguleika nýrra keppinauta á að hasla sér völl á markaðnum, auk þess sem háttsemin hamlaði því að núverandi keppinautar gætu keppt við fyrirtækið. Verður ekki séð að eðlilegar rekstrarlegar forsendur standi til þess að fyrirtæki geti keppt við Valitor um færsluhirðingu við aðstæður eins og lýst hefur verið hér að framan.

Háttsemi Valitors varðandi viðskipti við einstaka söluaðila um færsluhirðingu vegna debetkorta var til þess fallin að raska samkeppni í færsluhirðingu debetkorta. Einnig er líklegt að afleiðingin af þeirri háttsemi hafi haft hliðstæð skaðleg áhrif á færsluhirðingu vegna kreditkorta og þar með á

markaðinn fyrir færsluhirðingu í heild sinni. Er þessi háttsemi sérstaklega alvarleg þar sem félaginu mátti vera ljóst, og var ljóst, að þóknun félagsins fyrir þjónustuna var lægri en breytilegur kostnaður við að veita hana. Á sú niðurstaða, eins og fyrr segir, við um þjónustuna við mikinn fjölda söluaðila, sem samtals höfðu á bilinu 54% til 61% af veltu þar sem greitt var með debetkortum. Á þetta við um bæði árin 2007 og 2008. Kemur það m.a. fram í gögnum málsins að félaginu var ljóst að afkoman af færsluhirðingu vegna debetkorta var ekki ásettannleg ...

Þegar allt framangreint er virt er ljóst að árunum 2007 og 2008 seldi Valitor fjölmörgum söluaðilum þjónustu sína í færsluhirðingu á verði sem stóð ekki undir breytilegum kostnaði við að veita þjónustuna. Bæði var um ræða tilvik þar sem þóknun Valitors dugði ekki fyrir breytilegum kostnaði við færsluhirðingu debetkorta og tilvik þar sem Valitor undirverðlagði þjónustuna af færsluhirðingu í heild sinni, þ.e. bæði vegna debetkorta og kreditkorta. Til viðbótar þessu var færsluhirðing vegna debetkorta hjá íslenskum söluaðilum á árunum 2007 og 2008 í heild sinni rekin með tapi hjá Valitor.

Þessi háttsemi Valitors var til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti á markaði fyrir færsluhirðingu. Undirverðlagning á færsluhirðingu hjá fjölda söluaðila hafði alvarleg áhrif á möguleika keppinauta til þess að ná viðskiptum hjá mikilvægum söluaðilum fyrir færsluhirðingu debetkorta og þar af leiðandi einnig fyrir færsluhirðingu kreditkorta. Hið sama gildir þegar undirverðlagning tók til færsluhirðingu bæði debet- og kreditkorta. Var þessi háttsemi Valitors augljóslega til þess fallin að hindra minni keppinaut í að ná fótfestu og eflast á markaði fyrir færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum vöru og þjónustu. Skiptir í þessu sambandi einnig máli hin afar sterka staða sem Valitor naut vegna m.a. tengsla sinna við útgefendur greiðslukorta, sbr. umfjöllun hér að framan. Engar eðlilegar rekstrarforsendur standa til þess að þóknun Valitors dugi ekki fyrir milligjöldum ...

Samkvæmt þessu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með undirverðlagningu á færsluhirðingamarkaði á árunum 2007 og 2008. Er þetta brot Valitors bæði alvarlegt í eðli sínu og umfangsmikið.

Aðgerðir gagnvart tilteknum söluaðilum

Í ákvörðun stefnda segir að hann telji að markaðsaðgerðir stefnanda varðandi færsluhirðingu debetkorta geti hafa haft áhrif á ákvörðun söluaðila um færsluhirðingu vegna kreditkorta. Hafi hann tekið til athugunar hvernig stefnandi hafi beitt sér gagnvart þremur tiltölulega stórum söluaðilum. Segir að stefndi telji þessar aðgerðir fela í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.

IKEA/Miklatorg hf.

Í ákvörðun stefnda er fjallað ítarlega um tilboð og samninga sem stefnandi gerði um færsluhirðingu við IKEA/Miklatorg hf.

Sagt er frá því að í apríl 2008 hafi IKEA samið um VISA kreditkort með 1,65% þóknun fyrir daglegt uppgjör og 0,18% fyrir debetkort. Á þeim tíma hafi

viðmiðunarverðskrá stefnanda verið 0,90-1,99% fyrir kreditkort, auk 1% álags fyrir daglegt uppgjör, en 0,35-0,8% fyrir debetkort. Stefndi taldi að stefnandi hefði hér samið um þóknun sem var umtalsvert undir verðskrá. Þetta hafi verið veruleg undirverðlagning á þjónustu vegna debetkorta sem hafi gert það að verkum að keppinautar stefnanda hafi ekki átt möguleika á að ná samningi við IKEA um færsluhirðingu. Þar sem stefnandi samdi við IKEA um daglegt uppgjör vegna kreditkorta hafi hann þurft að fjármagna uppgjörið. Samkvæmt verðskrá hafi álag fyrir tíðari uppgjör en mánaðarleg verið á bilinu 0,85-0,9% í febrúar 2008, sem gefi til kynna að álagið fyrir daglegt uppgjör hafi verið nær 0,90%.

Í ákvörðun stefnda er niðurstöðunni lýst með þessum orðum: „Að teknu tilliti til þess sem að framan er rakið er það mat Samkeppniseftirlitsins að Valitor hafi beitt ólögmætri undirverðlagningu í viðskiptum við IKEA þegar félagið samdi um færsluhirðingu í apríl 2008 vegna kreditkorta. Á það einnig augljóslega við um færsluhirðingu fyrir debetkort ...“

Þá segir að í september 2008 hafi stefnandi gert nýjan samning við IKEA, en þar hafi þóknun fyrir mánaðarlegt uppgjör verið 0,9%, en áfram 0,18% fyrir debetkort.

Þann 2. júní 2009 samdi stefnandi við IKEA um uppgjör vegna allra kortategundanna. Þóknun var 0,8% vegna kreditkorta og uppgjörið mánaðarlega. Þóknun vegna debetkorta var áfram 0,18%.

Fram kemur í ákvörðuninni að Valitor hafi sagt að miðað hefði verið við stýrivexti Seðlabankans þegar vaxtaálag fyrir daglegt uppgjör vegna kreditkorta var ákveðið. Hafi stefndi fallist á að miða við það. Telur hann að í apríl 2008 þegar stýrivextir voru 15% hefði álag vegna daglegs uppgjörs kreditkortafærslna átt að vera 1,21%. Þetta sé mun hærra álag en birt hafi verið í verðskrá stefnanda á þessum tíma. Þá hafi útgefendum VISA kreditkorta verið greitt 0,75% milligjald af upphæð hvernar færslu. Því hafi breytilegur kostnaður stefnanda verið 1,96%. Þá eigi eftir að taka tillit til annars breytilegs kostnaðar vegna þjónustunnar hjá stefnanda. Var það mat stefnda að stefnandi hefði verðlagt færsluhirðingu sína hjá IKEA á árinu 2008 undir breytilegum kostnaði en ekki á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu.

Því er enn lýst að í gögnum sem lagt hafi verið hald á hjá stefnanda komi fram að á tímabilunum frá nóvember 2006 til febrúar 2007 og í maí og júní 2007 hafi stefandi tapað verulega á færsluhirðingu fyrir IKEA. Hafi tapið þó verið minna á síðara tímabilinu, en þá hafi uppgjör kreditkorta farið fram vikulega, en ekki daglega eins og á fyrra tímabilinu. Þá hafi vextir lækkað.

Þá segir í ákvörðun stefnda að í tilboði stefnanda til IKEA í maí 2009 hafi falist ólögmæt undirverðlagning, bæði varðandi debetkort og kreditkort. Gögn frá stefnanda sýni að færsluhirðing vegna debetkorta hjá IKEA hafi verið undirverðlögð á árinu 2009. Sé þetta til marks um að stefnandi hafi ekki hegðað sér á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu á árinu 2009 og því sé hér einnig um brot gegn 11. gr. samkeppnislaga að ræða.

Fyrirtæki í Leifsstöð

Þau fyrirtæki sem hér er fjallað um í ákvörðun stenda eru Fríhöfnin ehf., Flugstöð Leifs Eiríkssonar ohf. og Keflavíkurflugvöllur ohf. Fríhöfnin var dótturfélag Flugstöðvarinnar, nú Keflavíkurflugvallar ohf., sem tók við starfsemi Flugmálastjórnar á Keflavíkurflugvelli og Flugstöðvar Leifs Eiríkssonar í ársbyrjun 2009.

Í ákvörðun stefnda er lýst samningum sem voru í gildi milli stefnanda og Fríhafnarinnar um VISA kort, en á árinu 2009 kom til samkeppni stefnanda og Borgunar um færsluhirðingu beggja kortategundanna, VISA og MasterCard. Í ákvörðuninni er komist að þessari niðurstöðu:

Samkvæmt því sem hér er lýst er ljóst að Valitor hefur verið með samning á árinu 2007 við Fríhöfnina um þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta sem var langt undir opinberri verðskrá fyrirtækisins og verulega lægri en milligjaldið... Kemur fram í töflu 4 að Valitor hefur innheimt lægri þóknun vegna þessara viðskipta en félagið greiddi útgefendum kortanna sem milligjald vegna sömu viðskipta. Á árinu 2008 gerði Valitor samning við Fríhöfnina um þóknun vegna færsluhirðingar fyrir kreditkort sem fól í sér lægri þóknun en opinber verðskrá sýndi og óbreyttri þóknun fyrir debetkortin og undirverðlagningu vegna þeirra eins og fram kemur í töflu 6. Í júní 2008 samþykkti Fríhöfnin tilboð Valitors í færsluhirðingu vegna kreditkorta ... Á þessum árum mátti Valitor vera ljóst að félagið var að undirbjóða keppinaut (PBS) með þessari undirverðlagningu sinni, og gera honum með því erfiðara um vik að keppa um viðskipti við Fríhöfnina fyrir færsluhirðingu. Gefur þessi umfjöllun til kynna að Valitor hafi beitt undirverðlagningu vegna færsluhirðingar debetkorta á árinu 2007. Gildir það sama um tilboð Valitors og samning við Fríhöfnina í júní 2008 um færsluhirðingu vegna kreditkorta og óbreytta þóknun fyrir debetkort. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að með þessari háttsemi hafi Valitor ekki hegðað sér á grundvelli rekstarlegrar frammistöðu á árunum 2007 og 2008.

Síðan er fjallað í ákvörðuninni um samningaumleitaniir um færsluhirðingu beggja kortategundanna á fyrri hluta árs 2009. Segir að stefnandi hafi gert samning við Fríhöfnina þar sem þóknun hafi verið mun lægri fyrir báðar kortategundirnar en samkvæmt gjaldskrá. Taldi stefndi að þessi samningur hefði verið alvarleg undirverðlagning vegna debetkorta með sama hætti og árin 2007 og 2008.

Loks er fjallað um auglýsingar sem stefnandi keypti af Flugstöðinni. Því er lýst að sem hópaðili að VISA EU stýri stefnandi allri markaðssetningu á vörumerkinu gagnvart korthöfum og samstarfsaðilum hér á landi. Telur stefndi að öll markaðssetning og auglýsingastarfsemi tengd vörumerkinu VISA á vegum stefnanda, tilheyri útgáfuhlutverki hans og hópaðildinni að VISA EU, en ekki hlutverki hans sem færsluhirðis. Segir í ákvörðuninni að í tengslum við samningaumleitaniir við Fríhöfnina hafi verið beitt tilboðum um markaðssamstarf, sem hafi greinilega verið ætlað að hafa áhrif á val á færsluhirði. Hafi sölumenn stefnanda tengt saman tilboð í færsluhirðingu og leigu á auglýsingarými í byggingunni, á handfarangurskerrum og innkaupapokum.

Er niðurstaða stefnda sú að stefnandi hafi með samningum um kaup á auglýsingarými beitt stöðu sinni til að hafa áhrif á val Frihafnarinnar á færsluhirði, í þeim tilgangi að viðhalda og efla markaðsráðandi stöðu og þannig brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Rúmfatalagerinn og tengd fyrirtæki

Fram kemur í ákvörðun stefnda að þrjú fyrirtæki, Rúmfatalagerinn, ILVA og Pier hafi verið í eigu sömu aðila á árinu 2008. Því tilheyri þau sömu fyrirtækjasamstæðu í skilningi 4. gr. samkeppnislaga.

Rúmfatalagerinn hafði samning við stefnanda frá 2005 um færsluhirðingu VISA korta. Pier var ekki í viðskiptum við stefnanda fyrr en eftir tilboð stefnanda á árinu 2008. ILVA gerði samning við stefnanda 28. ágúst 2008. Mál þróuðust þannig að fyrirtækin þrjú áttu í sameiginlegum viðræðum við stefnanda og var gert samkomulag á grundvelli tilboðs stefnanda 19. september 2008. Telur stefndi að þar hafi stefnandi verið kominn talsvert undir opinbert viðmið í verðskrá. Í janúar og febrúar 2009 var samningurinn einnig látinn ná til MasterCard korta, með litlum breytingum á þóknun.

Í ákvörðun stefnda segir að umsamin þóknun stefnanda hafi verið undir breytilegum kostnaði þótt allir liðir hans séu ekki teknir með. Tilboð stefnanda sem hafi verið samþykkt hafi verið undir viðmiðum í verðskrá hvað varði þóknun fyrir kreditkort og debetkort, en einnig fyrir lágmarks þóknun fyrir debetkort. Einnig sé ljóst að þóknun fyrir debetkortin hafi verið lægri en stefnandi greiddi útgefendum kortanna á þessum tíma. Hér hafi því verið um að ræða skaðlega undirverðlagningu fyrir færsluhirðingu á árinu 2008. Sé ljóst að þóknun fyrir debetkort skipti miklu máli og hafði áhrif á val á færsluhirði fyrir alla færsluhirðingu.

Brot á 54. gr. EES-samningsins

Í ákvörðun stefnda er fjallað um heimfærslu til 54. gr. EES-samningsins. Er það skýrt með því að samkvæmt 1. mgr. 21. gr. samkeppnislaga skuli hann beita 53. og 54. gr. samningsins eftir því sem kveðið sé á um í lögnum. Nánar segi í 26. gr. að þegar ákvæðum laganna sé beitt vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem bönnuð sé samkvæmt 54. gr. EES-samningsins, þá skuli einnig beita því ákvæði.

Telur stefndi að brotið hafi verið gegn 54. gr., stefnandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína hér á landi og Ísland teljist verulegur hluti af Evrópska efnahagssvæðinu. Misnotkunin hafi verið til þess fallin að hindra mögulega keppinauta frá öðrum EES-ríkjum í að ná fótfestu á íslenska markaðnum. Hafi aðgerðir stefnanda verið til þess fallnar að hafa áhrif á viðskipti milli EES-ríkja í skilningi 54. gr. Verði því að beita ákvæðinu í málinu. Hafi brot gegn 11. gr. samkeppnislaga með undirverðlagningu á markaði fyrir færsluhirðingu há íslenskum söluaðilum því brotið gegn 54. gr. EES-samningsins.

Ákvörðun viðurlaga

Um sektir er í ákvörðun stefnda vísað fyrst til 37. gr. samkeppnislaga um brot gegn sáttum sem gerðar hafa verið við stefnda, eða ef brotið hefur verið gegn 11. gr. laganna og 54. gr. EES-samningsins. Samkvæmt 37. gr. geti sektir numið allt að 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem eiga aðild að brotunum. Taka beri tillit til þess hversu lengi samkeppnishömlur hafi staðið og þá skipti einnig máli hvort brot sé ítrekað.

Síðan eru brotin afmörkuð, en þau eru í tveimur hlutum:

- a) *Brot gegn skilyrðum sem félagið undirgekkst í sátt við Samkeppniseftirlitið í nóvember 2007, sbr. 1. og 7. tl. 1. gr. ákvörðunarorða ákvörðunar nr. 4/2008.*
- b) *Brot á 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES. Brotin fólust í umfangsmikilli undirverðlagningu á færsluhirðingamarkaði sem m.a. tók til aðgerða gagnvart mikilvægum söluaðilum.*

Síðan segir að miklu skipti að öll verðmyndun sé eðlileg á sviði greiðslukortastarfsemi. Er sagt hver veltan á þessum markaði sé, en hún er umtalsverð. Undirverðlagning stefnanda hafi varðað gríðarlega mikil viðskipti og samsvarandi hagsmuni fyrir keppinaut félagsins í færsluhirðingu og neytendur. Brotið sé í eðli sínu alvarlegt og full ástæða til að beita sektarheimild 37. gr. samkeppnislaga. Langur brotatími horfi til þyngingar viðurlaga. Þá sé brot ítrekað sem leiði einnig til þyngingar viðurlaga.

Þá taldi stefndi að stefnandi gæti ekki borið fyrir sig reynslu- eða þekkingarleysi. Er dregin sú ályktun að stefnandi hafi haft ásetning til að raska samkeppni og það horfi til þyngingar viðurlaga.

Gerð er grein fyrir heildarveltu stefnanda á árinu 2011 og sagt síðan:

Valitor er dótturfélag Arion banka hf. og telst félagið því hluti af mjög efnahagslega öflugri fyrirtækjasamstæðu. Brúttó rekstrartekjur Arion banka á árinu 2012 voru um 82,5 milljarðar króna og hreinar rekstrartekjur um 44,8 milljarðar króna og hagnaður um 17,1 milljarður króna. Heildareign bankans í árslok var um 901 milljarður króna.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að brot Valitors séu mjög alvarleg. Telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja 500.000.000 kr. sekt á Valitor vegna brota fyrirtækisins á skilyrðum 1. og 7. tl. 1. gr. í ákvörðunarorðum í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 og gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins.

Málsskot og niðurstaða áfrýjunarnefndar

Eins og áður segir var ákvörðun stefnda skotið til áfrýjunarnefndar í samkeppnismálum. Kæra stefnanda til nefndarinnar var dagsett 10. maí 2013.

Svar stefnda barst nefndinni 24. maí sama ár og svör og gagnsvör 5. og 12. júní sama ár. Þá skiluðu Borgun hf., Greiðsluveitan ehf. og Kortþjónustan athugasemdir til nefndarinnar. Málið var flutt munnlega fyrir nefndinni 6. september 2013. Úrskurður var kveðinn upp 5. október sama ár.

Í niðurstöðu nefndarinnar er fyrst fjallað um athugasemdir stefnanda varðandi málsmeðferð hjá stefnda. Þar segir nefndin:

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

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 kærðu áfrýjanda til efnislegrar úrlausnar.

Um brot gegn 1. tl. skilyrðis sem sett var með ákvörðun nr. 4/2008 segir nefndin:

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 viðskiptavinum keppninautanna og boðið þeim betri kjör.

Um brot gegn 7. tl. ákvörðunarinnar segir nefndin:

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 keppinauta

félagsins. Samkvæmt seinni málslið ákvæðisins er áfrýjanda síðan óheimilt að taka við og nýta sér upplýsingar frá RB um keppnina 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.

Þá féllst nefndin á að hinn landfræðilegi markaður fyrir færsluhirðingu væri bundinn við Ísland. Enn fremur var fallist á þá niðurstöðu stefnda að stefnandi hefði verið í markaðsráðandi stöðu á færsluhirðingarmarkaði. Þá er fjallað um hvort greina megi á milli færsluhirðingar fyrir debetkort og kreditkort, eða hvort líta beri á hvort tveggja sem eina heild.

Í hinni kærðu ákvörðun bendir Samkeppniseftirlitið réttilega á að um ólögmeta 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 viðtækari en nauðsynlegt sé til að ná hinu samkeppnishamlandi markmiði. Fær þessi skilningur ótvíræða stoð í framangreindum dómi Hæstaréttar frá 18. nóvember 2010 ...

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 viðtækari 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 hnekkð 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/Kortaþjónustuna 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.

Því næst er fjallað um undirverðlagningu á færsluhirðingu:

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 kortaútgefendur 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, bifreiðaumboð og fasteignasalar. Hvað þessa málsvörn varðar tekur áfrýjunarnefndin undir rök

Samkeppniseftirlitsins og fellst þar með á að hún sé með öllu haldlaus ...

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.

Þá er fjallað um undirverðlagningu gagnvart þremur aðilum, Rúmfatalagernum, fyrirtækjum í Leifsstöð og IKEA. Um þann þátt segir nefndin:

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.

Loks er fjallað um sektarákvörðun:

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 ennfremur 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

ólikt 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 viðtæk hér á landi... 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 yferráð 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 enn fremur 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.

Málsástæður og lagarök stefnanda

Málsástæður varðandi málsmeðferð samkeppnisyfirvalda

Stefnandi byggir á því að fella verði umræddar stjórnvaldsákvarðanir úr gildi þar sem rannsókn hafi verið haldin slíkum annmörkum að réttarvernd stefnanda og réttur hans til réttlátrar málsmeðferðar hafi ekki verið tryggður. Skipta má umfjöllun stefnanda um málsmeðferð á stjórnarsýslustigi í þrennt. Hann segir að stefnandi hafi lagt hald á og skoðað trúnaðarsamskipti sín við utanaðkomandi lögmenn. Þá hafi verið lagt hald á gögn umfram heimild í húsleitarúrskurði og þeim ekki eytt. Loks hafi verið brotið gegn andmælarétti 13. gr. stjórnarsýslulaga og upplýsingarétti 15. gr. laganna.

Skoðun og útprentun samskipta stefnanda við utanaðkomandi lögmenn

Stefnandi segir að lagt hafi verið hald á samskipti hans við utanaðkomandi lögmenn og hafi stefndi prentað þau út og skoðað við rannsókn málsins. Þetta brjóti gegn ákvæðum 1. og 2. ml. 1. mgr. 68. gr. laga um meðferð sakamála nr. 88/2008, auk 72. gr. laganna, meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, og 70. og 71. gr. stjórnarskrárinnar, eins og þær verði að túlka með hliðsjón af 1. mgr. 6. gr. og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994.

Stefnandi segir að samkvæmt 2. mgr. 20. gr. laga nr. 44/2005 skuli við húsleitir samkeppnisyfirvalda og framkvæmd aðgerða fylgja ákvæðum laga um meðferð sakamála. Þar sé vísað til 68. gr. laga nr. 88/2008, en í 1. mgr. 68. gr. sé takmarkað hvað leggja megi hald á við rannsókn máls. Meðal annars sé vísað til 2. mgr. 119. gr. laganna, sem taki til upplýsinga um einkahagi manns sem aðila hafi verið trúað fyrir í starfi, m.a. sem lögmaður. Því hafi stefnda verið óheimilt að leggja hald á, prenta út og skoða samskipti hans við lögmenn sína. Þetta sé raunar grundvallarregla réttarríkisins.

Stefnandi byggir á því að túlka verði gagnaöflunarheimildir stefnda til samræmis við Evrópurétt, en túlka beri ákvæði laga nr. 44/2005 til samræmis við Evrópurétt. Segir stefnandi að haldlagning á samskiptum aðila við utanaðkomandi lögmenn sé ólögæt í Evrópurétti. Ísland sé aðili að EES-samningnum, sbr. lög nr. 2/1993, og hafi skuldbundið sig til að túlka löggjöf sína til samræmis við hann svo sem frekast er unnt, sbr. 3. gr. sammingsins. Þá brjóti þessi haldlagning og skoðun gegn 6. og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Ákvörðun stefnda kveði á um refsingu í skilningi 1. mgr. 6. gr. sáttmálans.

Vegna þessarar haldlagningar sé útilokað að stefnandi hafi notið réttlátrar málsmeðferðar í skilningi 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmálans. Engu skipti hvort þessi samskipti hafi beinlínis verið lögð til grundvallar niðurstöðu stefnda. Mótmælir hann því að sú röksemd

áfrýjunarnefndar að hann hafi ekki bent á nein ólögsmæt sönnunargögn sé haldlaus.

Hald lagt á gögn umfram húsleitarheimild og þeim ekki eytt þrátt fyrir lagaskyldu

Stefnandi byggir á því að stefnda hafi einungis verið heimilt að leggja hald á gögn í samræmi við húsleitarúrskurð. Ekki hafi verið heimilt að leggja hald á gögn sem kynnu að varð annars konar brot en lýst hafi verið í beiðni um húsleit. Telur stefnandi að þetta felist í dómi Hæstaréttar í máli nr. 633/2009, að umsvifalaust hafi borið að aflétta haldi á þeim gögnum sem ekki tengdust efnisatriðum málsins eins og það hafi verið afmarkað í húsleitarbeiðni. Stjórnvaldi sé jafnframt óheimilt að nýta slík gögn til að afmarka nýjan málsgrundvöll og undirbúa þannig málatilbúnað sem ekki var lagður í húsleitarbeiðni.

Þá telur stefnandi að það leiði af lögsmætisreglu stjórnisýsluréttar að stefndi geti ekki krafist þess að aðili leiti ítrekað til dómstóla til að tryggja að stjórnvöld fari eftir réttum leikreglum.

Stefnandi telur að stefndi hafi brotið gegn 1. ml. 1. mgr. 68. gr. og 1. mgr. 72. gr. laga nr. 88/2008 og meðalhófsreglu 12. gr. laga nr. 37/1993. Byggir hann á því að slík ítrekuð og alvarleg brot stjórnvalda undir rekstri máls verði að hafa einhver réttaráhrif. Ohjálkvæmilegt sé að fella úr gildi umþrættar stjórnvaldsúrlausnir. Í öllu falli hljóti þessi ítrekuðu brot að hafa áhrif á viðurlagaákvörðun.

Brot gegn andmælarétti upplýsingarétti stefnanda

Stefnandi byggir á því að við meðferð málsins fyrir samkeppnisyfirvöldum hafi verið brotið gegn andmælarétti stefnanda sem honum sé tryggður með 13. gr. stjórnisýslulaga, með því að brjóta gegn upplýsingarétti hans, sbr. 15. gr. laganna. Það sé forsenda þess að andmælaréttur sé virtur að aðili eigi þess kost að kynna sér öll gögn málsins.

Stefnandi segir að í tæp þrjú ár hafi mikilvægum upplýsingum úr þeim gögnum sem húsleit var byggð á verið haldið leyndum fyrir sér. Með þessu hafi verið brotið gegn andmælarétti hans. Telur stefnandi að úr þessum annmarka verði ekki bætt með útgáfu andmælaskjals. Stefnandi byggir á því að þegar við ritun andmælaskjals hafi stefndi verið búinn að gera upp hug sinn um ætluð brot stefnanda, en á því stigi hafi stefnandi ekki átt neinn kost á að gæta andmælaréttar síns, enda hafi hann vantað til þess nauðsynleg gögn.

Stefnandi rekur nokkur dæmi úr andmælaskjali stefnda sem hann telur að sýni að stefndi hafi þá þegar tekið afstöðu til hinnar umdeildu háttsemi. Almennt orðaður fyrirvari í byrjun breyti því ekki. Fram til þess að andmælaskjalið var gefið út hafi stefnandi ekki haft neina möguleika á að koma fram andmælum þar sem hann hafi ekki fengið aðgang að gögnum málsins. Þetta séu verulegir ágallar á umræddum stjórnvaldsákvörðunum og verði því að fella þær úr gildi.

Um ákvörðun nr. 4/2008

Stefnandi kveðst með ákvörðun þessari hafa gengist undir umfangsmikil skilyrði og greitt háa sekt. Ákvörðunin hafi verið verulega íþyngjandi. Slíkar ákvarðanir segir hann verða að vera skýrar og ótvíræðar og þær verði ekki túlkaðar rúmt. Þá verði að orða skyldur skýrt í ákvörðunarorðum, en ummæli í forsendum dugi ekki til.

Meint brot gegn 1. tl. 1. gr.

Stefnandi segir að í 1. tl. ákvörðunarinnar hafi sagt að honum væri óheimilt að nota upplýsingar sem hann byggir yfir um söluaðila í viðskiptum við keppinauta til markaðsaðgerða gegn keppinautum. Skilyrðið hafi verið sett vegna þess að stefnandi hefði nýtt sér upplýsingar um viðskipti PBS til markaðsaðgerða gegn þeim aðila.

Stefnandi bendir á að skilyrðið hafi ekki lagt bann við því að hann hefði þessar upplýsingar. Honum hafi hins vegar verið óheimilt að hafa samband við þá aðila sem höfðu skipt um færsluhirði og bjóða þeim betri kjör eða hafa áhrif á þá með öðrum hætti.

Stefnandi telur að skilyrðið sé túlkað of vítt í ákvörðun stefnda. Stefndi virðist byggja á því að sviðinu Fyrirtækjalausnum hafi verið óheimilt að hafa þessar upplýsingar. Stefnandi kveðst mótmæla því að unnt sé að túlka ákvörðunina með þeim hætti. Þá mótmælir hann því einnig að hann hafi notað þessar upplýsingar til markaðsaðgerða gegn keppinautum.

Þá vísar stefnandi til þess að í kvörtun Kortþjónustunnar, dags. 9. júlí 2009, segi að stefnandi hafi að mestu hætt að hafa beint samband við viðskiptavina fyrirtækisins. Þetta staðfesti að stefnandi hafi látið af þessari háttsemi.

Stefnandi mótmælir því að þau tölvupóstsamskipti starfsmanna sinna sem vísað sé til í ákvörðun stefnda, sýni fram á að hann hafi brotið gegn skilyrðinu. Í einum tölvupósti sé talað um söluaðila í C-flokki, en þar sé vísað til viðskiptavina stefnanda sjálfs. Þá hafi verið óskað eftir breytingum á listum vegna þess að „dual“ færsluhirðingar hafi verið að hefjast og honum því verið nauðsynlegt að fylgjast með brotthvarfi viðskiptavina. Ekki komi fram í þessum samskiptum að nota hafi átt upplýsingarnar til markaðsaðgerða af neinu tagi, enda hafi það ekki verið gert.

Stefnandi segir að áfrýjunarnefndin hafni því sem fram komi í ákvörðun stefnda, að stefnandi hafi haldið áfram með óbreyttum hætti eftir að sáttin var gerð. Þá segi nefndin að stefnandi hefði ekki notað upplýsingarnar til beinna aðgerða gegn keppinautum sínum. Nefndin túlki skilyrðið hins vegar mun rýmra en stefnandi telur að sé heimilt. Mótmælir stefnandi því að sú háttsemi sem áfrýjunarnefndin byggir á að hann hafi viðhaft, feli í sér notkun upplýsinganna til markaðsaðgerða gegn keppinautum samkvæmt skilyrðinu.

Stefnandi dregur umfjöllun sína saman með því að hann hafi ekki brotið gegn skilyrði 1. tl. og því verði að fella umræddar stjórnvaldsákvarðanir úr gildi.

Meint brot gegn 7. tl. 1. gr.

Stefnandi byggir á því að túlka verði skilyrði 7. tl. með hliðsjón af þeim tilgangi ákvörðunarinnar að koma í veg fyrir að stefnandi nýtti sér upplýsingar um keppinauta sína gegn þeim.

Ætlað brot hafi verið beiðni eins starfsmanns um að Reiknistofan breytti svonefndum „DK lista 860“ þannig að upplýsingar um veltu yrðu sundurliðaðar eftir færsluhirðum. Þessi staka beiðni eins starfsmanna hans sem ekki hafi komið til framkvæmda, geti ekki talist brot gegn skilyrði 7. tl.

Jafnframt byggir stefnandi á því að lesa verði 1. og 2. málslið skilyrðisins saman, þannig að beiðnin feli ekki í sér fullframið brot, heldur verði stefnandi að hafa tekið við upplýsingunum og nýtt þær.

Verði ekki á þetta fallist sé brotið a.m.k. ekki alvarlegt og þá hafi það ekki komið til framkvæmda.

Hvort stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu

Stefnandi mótmælir því að hann hafi verið í markaðsráðandi stöðu.

Stefnandi vísar til skýrgreiningar 4. tl. 1. mgr. 4. gr. laga nr. 44/2005 á markaðsráðandi stöðu. Um hana sé að ræða þegar fyrirtæki hafi þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Í umdeildum stjórnvaldsúrlausnum sé litið fram hjá þeirri staðreynd að samkeppnisaðilinn, PBS, hafi verið margfalt sterkari fjárhagslega en stefnandi. Það sé ekki réttmætt að líta fram hjá þessum styrk PBS með því að segja að fyrirtækið hafi ekki haft starfsstöð hér á landi. Telur stefnandi að PBS hafi verið hinn starfandi færsluhirðir, en Kortþjónustan aðeins þjónustuaðili.

Stefnandi byggir á því að hann hafi ekki getað hagað sér án tillits til PBS, en fjárhagslegur styrkur þess fyrirtækis sé margfaldur á við stefnanda. Þess vegna geti hann ekki hafa verið í markaðsráðandi stöðu á ætluðu brotatímabili og því ekki getað hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Stefnandi segir að markaðshlutdeild sín hafi minnkað úr 65-70% í 40%. Það veiti skýra vísbendingu um að hann hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu. Líta verði til þess hversu vel fyrirtæki takist að halda markaðshlutdeild við breytingar á markaðnum. Breytingar hafi orðið í byrjun árs 2009 þegar Borgun hafi byrjað að færsluhirða VISA kort. Hafi stefnandi þá misst marga viðskiptavini á skömmum tíma. Þetta hrun í markaðshlutdeild sýni að hann hafi ekki á ætluðu

brotatímabili haft þann fjárhagslega styrk að geta hindrað virka samkeppni.

Misnotkun markaðsráðandi stöðu

Stefnandi mótmælir því að hann hafi misnotað ætlaða markaðsráðandi stöðu með því annars vegar að beita skaðlegri undirverðlagningu í færsluhirðingu debetkorta á árunum 2007 og 2008, hins vegar með aðgerðum gegn tilteknum söluaðilum á árinu 2008 og fyrri hluta árs 2009.

Um túlkun 11. gr. laga nr. 44/2005

Stefnandi gerir athugasemdir við það hvernig 11. gr. laga nr. 44/2005 er túlkuð í ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndarinnar. Segir hann að við túlkun ákvæðisins verði að hafa í huga þá meginreglu að markaðsráðandi fyrirtækjum sé að meginstefnu til frjálst og raunar skylt að taka þátt í verðsamkeppni og að gæta verði varúðar við alla íhlutun í verðstefnu markaðsráðandi fyrirtækja, einkum lágt verð. Verðlagning brjóti ekki gegn 11. gr. fyrr en hún sé orðin samkeppnishamlandi og leiði til útilokunar.

Stefnandi segir að verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis undir meðaltali breytilegs kostnaðar sé ekki sjálfkrafa misnotkun. Sýna verði fram á að fyrirækið sé í raun að selja á markaði með tapi til skamms tíma til þess að útiloka keppinauta. Vísar stefnandi hér til 63. mgr. í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins. Telur stefnandi að túlkunin á 11. gr. í umræddum ákvörðunum sé misvísandi og röng.

Að líta beri til tekna af hverjum einstökum færsluhirðingarsamningi

Stefnandi byggir á því að við mat á því hvort um misnotkun sé að ræða verði að skoða hvaða þjónusta sé veitt. Ef um er að ræða fleiri en einn þjónustubátt verði að skoða verðlagninguna heildstætt, en ekki megi skoða hvern lið sérstaklega, enda sé hann almennt ekki veittur sjálfstætt. Meta þurfi hvort selt sé undir meðaltali breytilegs kostnaðar í einstöku tilviki. Í þessu máli verði að skoða hvort tekjur af viðkomandi samningi um færsluhirðingu nái upp í meðaltal breytilegs kostnaðar af viðkomandi samningi. Ef framlegð af samningi er jákvæð geti ekki verið um skaðlega undirverðlagningu að ræða, enda sé tilgangurinn með gerð samningsins að skila hagnaði. Mótmælir stefnandi þeim röksemdum stefnda að verðlagning á færsluhirðingu debet- og kreditkorta sé aðskilin í samningum og að ekki sé kunnugt um að stefnandi hafi boðið eitt verð fyrir færsluhirðingu beggja kortategundanna. Þetta telur stefnandi ekki geta haft áhrif á mat á því hvort um skaðlega undirverðlagningu sé að ræða.

Stefnandi bendir á að í ákvörðun stefnda sé raunar á einum stað tekið undir með honum, en þar segi stefndi að það sé bæði víðeigandi og málefnalegt að líta til afkomu af viðskiptum við hvern söluaðila fyrir sig við mat á mörgulegri

undirverðlagningu.

Stefnandi byggir á því að jafn skilvirkur keppinautur gæti mætt verðlagningu stefnanda og skilað hagnaði af færsluhirðingarsamningi. Ekki geti komið til útilokunaráhrifa af færsluhirðingarsamningum með jákvæðri framlegð, óháð því hver framlegð kunni að vera af einstökum þjónustupáttum hans. Líta beri til allra tekna af viðkomandi samningi, það sé sú eining sem sé seld.

Stefnandi segir að þegar litið sé til tekna af báðum kortategundum í hverjum samningi séu þau tilvik þar sem tekjur sé lægri en gjöld 156, en ekki 658, á árinu 2007. Sömuleiðis séu þau 132 á árinu 2008, en ekki 636. Þetta sé 1,76% viðskiptavina árið 2007, 1,52% árið 2008.

Skekkja í samningum stefnanda

Stefnandi heldur því fram að viss skekkja hafi verið í samningum hans á umræddu brotatímabili. Tilgangurinn hafi ekki verið að raska samkeppni. Í samningum við söluaðila hafi verið kveðið á um lágmark og hámark þóknunar af hverri færslu. Í samningum við útgefendur hafi hins vegar ekkert hámark verið ákveðið. Þessu hafi verið breytt áður en rannsókn þessa máls hófst.

Stefnandi segir að í stórum hluta samninga þar sem hann á að hafa brotið af sér árin 2007 og 2008 hafi verið lág fjárhæð og því ólíklegt að samkeppni væri raskað. Þar sem munurinn sé óverulegur geti verðlagningin ekki talist misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Verðlagning undir meðaltali breytilegs kostnaðar sé ekki ólögmet ef enginn ásetningur hafi raunverulega verið til útilokunar.

Í öllu falli sé brot þetta ekki alvarlegt og ekki framið af ásetningi.

Markaðsaðgerðir gagnvart tilteknum söluaðilum

Stefnandi mótmælir því að hann hafi brotið gegn 11. gr. laga nr. 45/2005 með aðgerðum gagnvart þremur tilgreindum söluaðilum.

Stefnandi vísar til þess sem áður segir að hann hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á árinu 2009. Verði ekki á það fallist byggir hann á því að tilboð sín til þessara þriggja aðila hafi verið heimil til að mæta fordæmalausum samkeppnisaðstæðum sem hann hafi staðið frammi fyrir. Borgun hafi gert nánast öllum viðskiptavinum stefnanda tilboð í færsluhirðingu, sem hafi verið með betri kjörum en þeir nutu hjá stefnanda. Stefnandi byggir á því að hann hafi mátt verja hagsmuni sína. Segir hann að viðurkennt sé að markaðsráðandi fyrirtækjum sé heimilt að verja viðskiptahagsmuni sína ef á þá er ráðist. Þetta sé hlutlæg réttlætningarástæða sem heimili hegðun sem ella yrði talin ólögmet. Megi jafnvel verðleggja þjónustu undir meðaltali breytilegs kostnaðar. Byggir stefnandi á því að þau tilboð hans sem hér um ræðir hafi verið eðlileg og hófleg viðbrögð við þeim samkeppnisaðstæðum sem hann hafi staðið frammi fyrir.

Líta skuli til meðaltals breytilegs kostnaðar

Stefnandi byggir á því að ósannað sé að hann hafi beitt skaðlegri undirverðlagningu í tilviki söluaðilanna þriggja. Stefnandi og áfrýjunarnefndin hafi beitt rangri aðferð við mat á broti. Telur hann að ranglega sé litið til beins breytilegs kostnaðar að baki hvers samnings, í stað meðaltals breytilegs kostnaðar. Stefnandi kveður kostnað af hverjum söluaðila hafa verið ólíkan á þessum tíma. Hann hafi hagað verðlagningu sinni þannig að meðaltal breytilegs kostnaðar var reiknað og þess gætt að verðlagning væri ekki lægri. Þetta sé í samræmi við allar réttarheimildi samkeppnisréttar og raunar umfjöllun stefnda sjálfs í almenna hluta ákvörðunar hans.

Stefnandi byggir samkvæmt framansögðu á því að líta beri annars vegar til allra tekna af samningnum, bæði vegna debet- og kreditkorta, og hins vegar reikna allan breytilegan kostnað við færsluhirðingu og deila í með veltu. Það sé í samræmi við viðurkennda aðferð við útreikning meðaltals breytilegs kostnaðar.

Aðgerðir gagnvart IKEA

Stefnandi mótmælir því að verðlagning hans í samningi við IKEA hafi falið í sér skaðlega undirverðlagningu. Hann hafi reiknað út að tekjur af samningnum yrðu yfir meðaltali breytilegs kostnaðar. Hann hafi byggt á 12 mánaða stýrivaxtaspa Seðlabankans. Þegar gerður sé samningur um viðvarandi viðskiptasamband sé eðlilegt að líta til spár um allan samningstímann.

Stefnandi segir það aðfinnsluvert að áfrýjunarnefnd hafi ekki gert athugasemdir við útreikninga stefnda á vaxtaálagi, þótt nefndin hafi sagt að málefnalegt væri að nota spár Seðlabankans.

Stefnandi segir að það hvor aðferðin sé notuð geti haft úrslitaáhrif á niðurstöðu. Við töku íþyngjandi stjórnvaldsákvæðana skuli velja þann skýringarkost sem sé síst íþyngjandi fyrir hinn brotlega. Áfrýjunarnefndin hafi enda talið aðferð stefnanda málefnalega. Þar sem stefnandi hafi vænst jákvæðrar framlegðar af tilboðinu hafi hann ekki gerst sekur um skaðlega undirverðlagningu.

Aðgerðir gagnvart fyrirtækjum í Leifstöð

Stefnandi mótmælir niðurstöðum stefnda um brot gegn 11. gr. samkvæmt þessum lið. Hann kveðst ekki hafa undirverðlagt debetkort á árinu 2007. Tekur hann fram að þetta brot sé tvítalið í ákvörðun stefnda, en það sé einnig meðal þeirra tilvika sem vikið sé að í umfjöllun um undirverðlagningu til fjölda söluaðila á árinu 2007. Vísar hann til þess sem áður segir um að líta beri til framlegðar af hverjum færsluhirðingarsamningi fyrir sig. Því sé þetta ekki brot.

Þá mótmælir stefnandi því að tilboð hans til Fríhafnarinnar í júní 2008 hafi falið í sér ólöglega undirverðlagningu. Fríhöfnin hafi ekki tekið upp daglegt uppgjör þótt tilboðinu hafi verið tekið, umrætt verð hafi því ekki tekið gildi. Þá sé ekki tekið tillit til álags vegna erlendra korta í ákvörðun stefnda, en það hafi verið lagt á alla samninga samkvæmt verðskrá á þessum tíma.

Stefnandi mótmælir því að hann hafi stundað skaðlega undirverðlagningu í færsluhirðingu debetkorta á árinu 2009. Ítrekar hann það sem áður segir um að hann hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu og hann hafi verið að mæta samkeppni, svo og að líta verði á framlegð af samningnum í heild.

Þá mótmælir hann því að hann hafi beitt stöðu sinni til að hafa áhrif á val Fríhafnarinnar á færsluhirði á árinu 2009 með því að kaupa auglýsingu. Þótt hann hefði verið í markaðsráðandi stöðu á þeim tíma hefðu kaup á auglýsingum ekki getað falið í sér misnotkun þeirrar stöðu. Kaupin á auglýsingaplássi og færsluhirðingarsamningurinn hafi ekki tengst, en Fríhöfnin hafi haft frumkvæði að því að bjóða stefnanda þetta auglýsingapláss. Auglýsingaplássíð sé verðmætt, en milljónir fari um flugstöðina í hverju ári. Fráleitt sé að draga greiðslur fyrir auglýsingaplássíð frá þóknun af færsluhirðingarsamningnum við Fríhöfnina. Auglýsingaplássíð hafi haft gríðarlegt fjárhagslegt gildi fyrir félagið.

Aðgerðir gagnvart Rúmfatalagernum ehf.

Stefndi mótmælir því að hann hafi undirverðlagt þjónustu sína gagnvart Rúmfatalagernum og tengdum fyrirtækjum. Vísar hann til áðurgreindra sjónarmiða. Segir hann að munurinn á meðaltali breytilegs kostnaðar og þóknun hafi verið jákvæð og því hafi ekki verið um skaðlega undirverðlagningu að ræða.

Varakrafa stefnanda

Varakrafa stefnanda er byggð á því að hin ákveðna sekt sé úr öllu hófi og ekki í samræmi við viðurlög í sambærilegum málum. Stefnandi vísar fyrst til alls sem áður er rakið um brotin, en síðan til þess sem rakið verður hér á eftir.

Stefnandi byggir á því að stjórnvaldssekt samkvæmt 37. gr. laga nr. 44/2005 sé refsikennd viðurlög og að hún teljist refsing í skilningi 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Þá byggir hann á því að ítrekuð og alvarleg brot stefnda á réttindum hans undir rekstri málsins leiði til þess að fella beri sektir niður eða lækka verulega, verði ekki fallist á ógildingu hinna umdeildu ákvarðana.

Stefnandi fjallar stuttlega almennt um ákvörðun viðurlaga. Hann fjallar um 37. gr. laga nr. 44/2005. Hann bendir á að sektir geti numið allt að 10% af heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem eigi aðild að broti. Þá beri við sektarákvörðun að byggja á málefnalegum sjónarmiðum og gæta samræmis í framkvæmd. Sektin í þessu máli sé hæsta sekt sem um geti vegna brots gegn 11. gr. samkeppnislaga og sú hæsta miðað við veltu. Telur stefnandi

sektina of háa.

Stefnandi mótmælir þeim skilningi stefnda að brotatími sé langur. Segir hann þvert á móti að hann geti ekki talist langur, 24 mánuðir sé tímabilið, hugsanlega 30 mánuðir.

Stefnandi mótmælir því að unnt sé að líta til ítrekunaráhrifa við ákvörðun sektar. Hann bendir á að hér sé sektað fyrir brot framin frá 2007 fram á mitt ár 2009. Hann hafi gengist undir sátt á árinu 2008. Því geti ítrekun ekki komið til. Í öllu falli geti ítrekunaráhrifa ekki gætt nema um hluta af brotunum.

Stefnandi mótmælir því að honum hafi áður verið gerð sekt fyrir sambærileg brot. Eldri sektarákvörðun hafi að mestu verið vegna brots gegn 10. gr. samkeppnislaga. Sá þáttur sem í því máli varðaði 11. gr. hafi ekki lotið að skaðlegri undirverðlagningu. Brotin séu því ekki sambærileg, en það sé í Evrópurétti skilyrði þess að ítrekunaráhrifum sé beitt. Vegna þessara atriða telur stefnandi að lækka beri sektina verulega.

Stefnandi mótmælir því að brot hans hafi verið framin af ásetningi. Telur hann að röksemdir stefnda um að þekkingu hans á stöðu sinni og reglum um undirverðlagningu sýni að brot sé framið af ásetningi ekki réttar. Telur hann ekki unnt að vísa til þess að aðili eigi að þekkja til réttarframkvæmdar í samkeppnisrétti, enda séu þær aðferðir sem beitt sé í þessu máli ekki í samræmi við fyrri réttarframkvæmd. Þá liggi engin gögn fyrir um huglæga afstöðu stefnanda.

Um veltu og fjárhæð sektar

Stefnandi telur rangt að taka tillit til þess við ákvörðun sektar að fyrirtækið sé nú dótturfélag Arion banka. Hann bendir á að hugtakið fyrirtækjasamstæða, sem sé skilgreint í 3. tl. 1. mgr. 4. gr. laga nr. 44/2005, sé ekki notað í 2. mgr. 37. gr. laganna. Hugtakið eigi við um Arion banka og stefnanda núna, en svo hafi ekki verið á stærstum hluta brotatímabilsins.

Stefnandi segir að samkvæmt 37. gr. skuli ekki líta til veltu fyrirtækjasamstæðu við ákvörðun sektar. Því hljóti það að vera óheimilt. Þá fari Arion banki nú með yferráð yfir stefnanda í skilningi laga nr. 44/2005, en hlutur hans sé þó aðeins 60,78%. Skipi hann þrjá af fimm stjórnarmönnum, þar af einn óháðan bankanum.

Stefnandi byggir á því að óheimilt sé að telja veltu Arion banka með veltu stefnanda þegar sekt er ákveðin. Það sé ekki heimilt að lögum og væri óeðlilegt og ósanngjarnt gagnvart öðrum hluthöfum stefnanda. Vísar hann til 72. gr. stjórnarskrárinnar í þessu sambandi.

Stefnandi telur að Kaupþing banki hafi náð yferráðum yfir stefnanda 19. maí 2008. Síðar komi Arion banki til sögunnar, en aðild þessara tveggja banka verði ekki jafnað saman. Segir hann að í evrópskri réttarframkvæmd sé m.a. horft til þess við álagningu sekta á móðurfélag hvort það hafi á brotatímabili haft afgerandi áhrif á stjórn dótturfélagsins. Viðurlög verði aðeins lögð á það félag eða þann

einstakling sem fremur brot. Arion banki hafi engin áhrif haft á rekstur stefnanda á meginhluta brotatímabilsins.

Stefnandi segir að það sé viðurkennt í evrópskum samkeppnisrétti að þegar fyrirtæki skipti um hendur sé ekki heimilt að leggja sektir á félagið sem eignast hið brotlega fyrirtæki nema fyrir brotatímabilið eftir kaupin. Sektarákvörðun stefnda sé ekki í samræmi við þetta. Þá telur stefnandi rangt að miða við veltu 2011 og 2012, telur hann að skýra verði 2. mgr. 37. gr. svo að átt sé við rekstrarár er brot stóð yfir.

Dráttur á málsmeðferð o.fl.

Stefnandi telur líta verði til þess að rannsókn máls tók að hans mati óhæfilega langan tíma. Fjögur ár hafi liðið frá húsleit og þar til ákvörðun stefnda var tekin. Stefnanda verði ekki kennt um þennan drátt.

Stefnandi byggir á því að það sé rangt í niðurstöðu stefnda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála að brotin sem um ræðir séu alvarleg. Þetta álit sé heldur ekki rökstutt. Stefnandi krefst þess að sektarfjárhæð verði lækkuð og vísar til alls sem að framan hefur verið rakið um málsástæður hans. Telur hann að brotin séu mun færri og minni en stefndi hafi talið. Það skipti ekki máli um sektarfjárhæð þótt greiðslukortastarfsemi sé mikilvæg fyrir neytendur og atvinnulífið. Engin gögn liggja fyrir um áhrif brotanna á vöruverð, en undirverðlagning ætti að hafa leitt til lægra vöruverðs. Þá skipti máli að færsluhirðing sé ekki þjónusta við neytendur.

Stefnandi segir að stefndi hafi einatt sagt að samráð væri alvarlegasta brot gegn samkeppnislögum. Stefnandi segir að brotin sem rætt sé um í þessu máli séu þau minnst alvarlegu gegn 11. gr. samkeppnislaga. Samt sé sekt ákveðin hærri en fordæmi séu til um. Verulega skorti á að fylgt sé almennum viðmiðunum um mat á viðurlögum í umræddum ákvörðunum.

Lagatilvitnanir

Í lok greinargerðar sinnar greinir stefnandi frá þeim lagaákvæðum sem hann styðji mál sitt við. Það eru samkeppnislög nr. 44/2005, einkum 11. gr., meginreglur stjórnisýsluréttar og stjórnisýslulög nr. 37/1993, einkum 10., 11., 13. og 15. gr., lög um meðferð sakamála, einkum 68. og 72. gr. Þá vísar hann til 70. og 71. gr. stjórnarskrárinnar, mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994, og EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993.

Málsástæður og lagarök stefnda

Stefndi byggir á því að stefnandi hafi gerst sekur um þá háttsemi sem lýst er í ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndarinnar gerst sekur um brot gegn 1. og 7. tl. 1. gr. ákvörðunar stefnda nr. 4/2008 og 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr.

EES-samningsins. Þá hafi málsmeðferð stefnda og áfrýjunarnefndarinnar verið í samræmi við ákvæði stjórnsýslulaga og meginreglur stjórnsýsluréttar.

Ætluð ólögmacet haldlagning og notkun gagna

Stefndi mótmælir málsástæðu stefnanda um brot gegn tilteknum ákvæðum með því að leggja hald á og skoða samskipti stefnanda við lögmenn. Þessi málsástæða sé vanreifðuð, en stefnandi hafi ekki lagt fram umrædd gögn.

Þá byggir stefndi á því að honum hafi verið heimilt að gera húsleit og leggja hald á umrædd gögn. Við húsleitina hafi verið tekið afrit af öllum gögnum sem farið höfðu um og verið vistuð á pósthjóni í tölvum stefnanda. Því hafi verið óhjákvæmilegt að tekin væru afrit af gögnum sem ekki tengdust rannsókninni beint. Ágreiningur hafi staðið um það hvort stefnda bæri að eyða gögnum sem vörðuðu samskipti stefnanda við lögmenn. Hæstiréttur hafi leyst úr þeim ágreiningi með dómi 26. nóvember 2009 og kveðst stefndi hafa farið eftir þeirri niðurstöðu.

Stefndi bendir á að í 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu felist réttur þess sem borinn sé sökum um refsiverða háttsemi til að halda uppi vörnum með aðstoð verjanda. Í því felist m.a. að hann geti ráðfært sig í einrúmi við verjandann og að samskipti þeirra séu í trúnaði. Samskiptin við lögmenn njóti hins vegar því aðeins verndar að þau tengist því máli sem sé til úrlausnar. Stefnandi hafi sagt að umrædd gögn varði ekki rannsókn stefnda. Því geti hann ekki hafa brotið gegn rétti stefnanda með því að leggja hald á gögnin. Af sömu ástæðu geti stefnandi ekki byggt hér á 1. mgr. 68. gr. laga nr. 88/2008.

Stefndi byggir á því að brot gegn 11. gr. samkeppnislaga varði hvorki fyrirtæki né starfsmenn þeirra refsingu. Stjórnvaldssektir samkvæmt samkeppnislögum séu ekki taldar til refsinga. Því hafi stefnandi ekki verið sakborningur í skilningi laga um meðferð sakamála. Án tillits til þess hvort 2. mgr. 119. gr. laganna hafi tekið til þessara gagna kveðst stefndi byggja á því að ætlað brot sitt geti ekki hafa haft nein áhrif á gildi ákvörðunar hans. Enn síður geti það haft áhrif á gildi úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar. Nefndin geti bætt úr annmörkum sem kunnir að hafa verið á málsmeðferð á lægra stjórnsýslustigi.

Um haldlagningu og eyðingu gagna

Stefndi mótmælir því að honum hafi einungis verið heimilt að rannsaka hvort stefnandi hefði beitt sértækri verðlækkun á færsluhirðingu eftir að Borgun hóf samkeppni í færsluhirðingu VISA greiðslukorta. Lagt hafi verið hald á gögn og starfsemi stefnanda rannsökuð í samræmi við bærði húsleitar- og haldlagningarbeiðni stefnda og úrskurð héraðsdóms. Rannsóknin hafi leitt í ljós að stefnandi hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína á færsluhirðingarmarkaði. Þá hafi komið í ljós brot gegn ákvörðun nr. 4/2008. Grunur um mismunun og ólögmacetar aðgerðir á markaði fyrir posa hafi aftur á móti virst ástæðulaus. Stefnandi kveðst mótmæla því að hann hafi verið í „veiðiferð“.

Stefndi mótmælir þeirri fullyrðingu stefnanda að samkvæmt dómi Hæstaréttar í máli nr. 633/2009 hafi honum borið að eyða gögnum sem ekki tengdust efnisatriðum málsins eins og það hefði verið afmarkað í húsleitarbeiðni.

Þá byggir stefndi á því að synjun hans um að eyða tilteknum gögnum geti ekki haft áhrif á gildi ákvörðunar hans, því síður á gildi úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar. Stefnandi hafi ekki bent á nein gögn sem stuðst hafi verið við án heimildar í lögum.

Ætluð brot á andmæla- og upplýsingarétti stefnanda

Stefndi mótmælir því að brotið hafi verið gegn andmælarétti stefnanda. Þá mótmælir hann því að hann hafi verið búinn að gera upp hug sinn um ætluð brot stefnanda þegar andmælaskjal málsins var skrifað.

Stefndi segir að stefnanda hafi verið afhent öll gögn málsins og veittur langur frestur til að gera athugasemdir. Hann hafi ekki bent á nein atriði sem hann hafi ekki átt kost á að tjá sig um eða koma að. Deilt hafi verið um hvort tilteknar blaðsíður í kvörtun Borgunar hafi verið bundnar trúnaði og leyst hafi verið úr þeim ágreiningi með dómi Hæstaréttar.

Stefndi segir að stefnanda hafi verið veittur ríkari andmælaréttur en felist í stjórnslögum þegar honum var afhent ítarlegt andmælaskjal þar sem rökstutt hafi verið frummat stefnda á málinu. Ítrekað hafi verið bent á að það fæli ekki í sér bindandi stjórnvaldsákvörðun. Efnistösk andmælaskjalsins hafi borið með sér að ekki hafi verið um að ræða endanlega afstöðu stefnda. Enda hafi athugasemdir stefnanda leitt til þess að ekki var talið að brot stefnanda hefði falið í sér ólögmeta mismunun.

Þá hafi stefnandi fengið og nýtt sér tækifæri til að tjá sig við meðferð málsins hjá áfrýjunarnefnd.

Brot stefnanda gegn skilyrðum ákvörðunar nr. 4/2008

Stefndi byggir á því að stefnandi hafi með þeim aðgerðum sem lýst er í ákvörðuninni brotið gegn 1. tölulið og 7. tölulið 1. gr. í ákvörðun stefnda nr. 4/2008. Þar hafi verið tekin upp níu tölusettt fyrirmæli sem stefnandi hafi fallist á fara eftir með sátt sem hann gerði við stefnda. Skilyrðunum hafi verið ætlað að efla virka samkeppni og koma í veg fyrir að sams konar brot yrðu framin á ný. Tekið hafi verið fram að brot á skilyrðum ákvörðunarinnar varðaði stjórnvaldssektum samkvæmt samkeppnislögum.

Brot gegn 1. tölulið

Stefndi segir að í ákvörðuninni hafi verið kveðið á um að stefnanda væri óheimilt „að nota upplýsingar sem félagið býr yfir um söluaðila í viðskiptum við keppinauta til markaðsaðgerða gegn keppinautum“. Þetta hafi verið sett vegna þess að stefnandi hefði notað upplýsingar um viðskipti keppinautar síns í færsluhirðingu í því skyni að styrkja markaðsráðandi stöðu sína á markaðinum. Hann hafi vegna stöðu sinnar sem hópaðila að VISA Europe fengið ítarlegar upplýsingar um nöfn söluaðila, fjölda færslna og heildarfjárhæð viðskipta. Vegna þessa hafi hann getað setið um viðskiptavinum keppinautar síns. Keppinauturinn hafi ekki haft sambærilegar upplýsingar um viðskiptavinum stefnanda. Leikurinn hafi verið ójafn og stefnanda því sett skilyrði til að tryggja virka samkeppni á markaðnum.

Stefndi byggir á því að stefnandi hafi á brotatímabilinu notað upplýsingarnar til markaðsaðgerða gegn keppinautum og þannig brotið gegn 1. tl. ákvörðunarinnar. Hann hafi unnið lista með nákvæmum upplýsingum um viðskipti söluaðila keppinautanna og notað á sviði fyrirtækisins sem nefnist Fyrirtækjalausnir, en það svið annist starfsemi stefnanda við færsluhirðingu, þar á meðal samninga við söluaðila. Þessum brotum sé annars lýst ítarlega í ákvörðun stefnda.

Listar sem hafi verið útbúnir fyrir Fyrirtækjalausnir hafi verið alveg sambærilegir við þá sem höfðu verið gögn í málinu sem lauk með sátt. Stefnandi hafi haldið áfram sömu aðgerðum. Ekki hafi verið deilt um það í fyrra málinu að listarnir hefðu haft markaðslegan tilgang og verið notaðir í aðgerðum gegn söluaðilum sem voru í viðskiptum við keppinauta stefnanda. Skilyrðið hafi haft þann tilgang að koma í veg fyrir að upplýsingarnar væru nýttar á þennan hátt. Eina leiðin til þess hafi verið að koma í veg fyrir að Fyrirtækjalausnir hefðu aðgang að þessum upplýsingum. Þrátt fyrir þetta hafi Fyrirtækjalausnir aflað vikulega, jafnvel oft, upplýsinga um notkun VISA greiðslukorta hjá viðskiptavinum annarra færsluhirða. Þá hafi sviðið látið breyta listunum fyrir sig eftir að Borgun hóf færsluhirðingu VISA korta á fyrri hluta árs 2009. Sviðið hafi haft undir höndum upplýsingar um starfsemi keppinauta.

Stefndi byggir á því að stefnanda hafi ekki getað dulist að sér væri þetta óheimilt. Með skilyrðinu hafi verið lagðar hömlur á markaðsaðgerðir af ýmsum toga sem stefnandi myndi nýta upplýsingar þessar við. Í skilyrðinu sé talað um markaðsaðgerðir án nánari afmörkunar. Eigi að skýra þetta svo þröngt sem stefnandi kjósi hefði þetta skilyrði nánast sama inntak og skilyrði 2. tl, sem hafi kveðið á um að stefnanda væri „óheimilt að beita sértækum verðlækkunum og kjörum gagnvart söluaðilum sem eru í viðskiptum hjá keppinautum félagsins“.

Stefndi mótmælir þeim staðhæfingum stefnanda að upplýsingarnar hafi ekki verið notaðar í markaðsaðgerðum gegn keppinautum. Við húsleit hafi fundist gögn sem staðfestu slíka notkun. Bendir hann á tölvupóstsamskipti sem rakin hafi verið í ákvörðun stefnda. Rekur hann efni nokkurra tölvuskeyta um þetta efni. Þá hafi það ekki þýðingu þótt keppinautur stefnanda hafi í kvörtun til stefnda, dags. 9. júlí 2009, lýst því yfir að stefnandi hefði „að mestu leyti“ látið af þeirri háttsemi að hafa beint samband við viðskiptavinum keppinautarins, enda hafi brotatímabilið þá verið á enda.

Stefndi mótmælir þeirri staðhæfingu að upplýsingar þessar hafi verið nauðsynlegar til að staðfesta „minnkandi tekjur“ og að nauðsynlegt hefði verið að afla upplýsinganna vegna áhættustýringar. Starfsmenn á sviði Fyrirtækjalausna hafi ekki annast áhættustýringu og við hana hafi nöfn söluaðila ekki verið nauðsynleg. Tilgangurinn með svo ítarlegum listum hafi ekki getað verið annar en sá að undirbúa markaðsaðgerðir gegn keppinautum stefnanda.

Stefndi mótmælir fullyrðingum stefnanda um að umfjöllun um tölvupóstsamskipti í ákvörðun stefnda hafi falið í sér misskilning eða mistúlkun. Tölvupóstur sem stefnandi geri að umtalsefni frá 29. ágúst 2009 sýni og staðfesti með lista sem fylgi honum að stefnandi hafi greint og flokkað söluaðila sem voru í viðskiptum við keppinauta hans.

Þá telur stefndi að það sé ekki rétt hjá stefnanda að breytingar hafi verið gerðar á listunum vegna svonefndrar „dual“ færsluhirðingar sem hafi hafist á þessum tíma. Fyrirtækjalausnir hafi ekki þurft að fá svo viðamiklar og viðkvæmar upplýsingar um keppinauta til að meta eigin frammistöðu. Hin mikla eftirfylgni Fyrirtækjalausna við að listarnir bærust sýni að tilgangurinn hafi verið annar. Fyrirtækjalausnir hafi átt þess kost að fylgjast með árangri stefnanda á hinum skilgreinda markaði án þess að afla þessara upplýsinga. Fyrirtækjalausnir sinni samskiptum við söluaðila, selji þjónustu stefnanda við færsluhirðingu og hafi allar upplýsingar um eigin árangur. Því geti tilgangurinn með listunum ekki hafa verið annar en sá að nota þá við markaðsaðgerðir gegn keppinautum.

Brot gegn 7. tölulið

Stefndi segir að samkvæmt 7. tl. ákvörðunarinnar hafi stefnanda verið óheimilt „að óska eftir því að Reiknistofa bankanna afli eða miðli hvers konar viðskiptalegum upplýsingum um núverandi eða mögulega keppinauta félagsins“. Heimildaleit og fjárhagslegar færslur vegna notkunar íslenskra debetkorta fari fram í kerfum Reiknistofu bankanna.

Stefndi byggir á því að stök beiðni eins starfsmanns um þessar upplýsingar feli ekki í sér brot gegn þessu skilyrði. Beiðnin hafi verið send að beiðni deildarstjóra Hugbúnaðardeildar stefnanda og hafi framkvæmdastjóri Fyrirtækjalausna vitað af fyrirspurninni. Send hafi verið beiðni um upplýsingar um keppinauta og í því felist skýrt brot gegn ákvæðinu.

Brot stefnanda á 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins

Stefndi byggir á því að stefnandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína á markaði fyrir færsluhirðingu hér á landi. Með því hafi hann brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Stefnandi hafi gerst sekur um skaðlega undirverðlagningu á færsluhirðingu debetkorta á árunum 2007 og 200 og á fyrra hluta árs 2009.

Um markaðsráðandi stöðu stefnanda

Stefndi byggir á því að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á því tímabili sem rannsakað var. Við mat á því hafi hann fyrst og fremst litið til markaðshlutdeildar við færsluhirðingu, fjárhagslegan styrk og aðgangshindranir og til annarra aðstæðna á markaðnum. Þá hafi verið litið til fyrri úrlausna um stöðu stefnanda og stöðu hans á markaði fyrir útgáfu greiðslukorta.

Stefnandi hafi viðurkennt í margnefndri sátt að hann væri í markaðsráðandi stöðu. Við mat á stöðu PBS A/S verði að líta til þess að fyrirtækið hafi ekki verið með starfsstöð hér á landi og engin merki séu um að það hafi beitt fjárhagslegum styrk sínum í samkeppni við stefnanda.

Markaðshlutdeild stefnanda hafi verið um 65-70% á árinu 2007 og 60-65% á árinu 2008 og fyrri hluta ársins 2009. Litlar breytingar hafi orðið á markaðshlutdeildinni árin á undan. Á því tímabili sem rannsókn stefnda hafi beinst að hafi markaðshlutdeild Borgunar verið 30-35%. Aðrar aðstæður hafi einnig bent til þess að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á tímabilinu.

Við mat á því hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu beri einkum að líta til markaðshlutdeildar og þróunar hennar. Sé hlutdeildin meiri en 50% séu löglíkur fyrir því að fyrirtækið sé í markaðsráðandi stöðu, nema sterkar vísbendingar séu um annað. Þá séu líkur á að fyrirtæki sé markaðsráðandi ef mikill munur sé á markaðshlutdeild þess og þess sem næst kemur. Markaðshlutdeild stefnanda hafi verið vel yfir 50%, en þess næst stærsta 20-25%. Þá hafi upplýsingar um stærðarhagkvæmni og fjárhagslegan styrk staðfest þetta álit enn frekar.

Þá byggir stefndi á því að við þetta mat verði að miða við aðstæður á þeim tíma sem brot voru framin. Minnkandi markaðshlutdeild síðar skipti hér ekki máli.

Um beitingu stefnda á 11. gr. samkeppnislaga

Stefndi byggir á því að niðurstaða sín og áfrýjunarnefndarinnar um 11. gr. samkeppnislaga sé rétt og í samræmi við dóma Evrópudómstólsins. Það sé ekki rétt hjá stefnanda að nauðsynlegt sé að sýna fram á raunveruleg áhrif af aðgerðum markaðsráðandi fyrirtækja.

Stefndi mótmælir tilvísun stefnanda til leiðbeiningarreglna framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins. Hún sé haldlaus. Í reglum sé einungis að finna umfjöllun um hvernig framkvæmdastjórnin hyggist forgangsraða málum sem hún taki til rannsóknar.

Stefndi byggir á því að markaðsráðandi fyrirtæki megi ekki grípa til aðgerða sem eru til þess fallnar að raska samkeppni og feli ekki í sér samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu. Slíkar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis geti t.d. falist í því að það selji vörur eða þjónustu á verði sem er lægra en meðaltal

breytilegs kostnaðar.

Í ákvörðuninni og úrskurði áfrýjunarnefndarinnar hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að stefnandi hafi í fjölmörgum tilvikum selt færsluhirðingarþjónustu sína á verði sem stóð ekki undir meðaltali breytilegs kostnaðar. Þetta hafi falist í því að þóknun stefnanda hafi verið lægri en svokallað milligjald sem hann hafi greitt útgefendum greiðslukorta vegna færslunnar.

Stefnandi hafi beitt undirverðlagningu gagnvart 658 söluaðilum vegna færsluhirðingar á debetkortum og 158 söluaðilum vegna færsluhirðingar í heild sinni á árinu 2007. Á árinu 2008 hafi hann beitt undirverðlagningu gagnvart 636 söluaðilum vegna færsluhirðingar á debetkortum og gagnvart 123 söluaðilum vegna færsluhirðingar í heild. Við þetta mat sé eingöngu stuðst við milligjald sem breytilegan kostnað og sé þá annar breytilegur kostnaður við þjónustuna ótalinn. Á þessu tímabili hafi færsluhirðing stefnanda á debetkortum í heild verið rekin með tapi. Byggir stefndi á því að þessi háttsemi hafi verið til þess fallin að raska með alvarlegum hætti samkeppni á markaði fyrir færsluhirðingu og brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Um að líta beri til tekna af hverjum einstökum samningi um færsluhirðingu

Stefndi mótmælir því að við mat á skaðlegri undirverðlagningu á færsluhirðingarmarkaði skuli líta til heildartekna af hverjum samningi, þ.e. til tekna fyrir færsluhirðingu bæði debet- og kreditkorta. Um ólögsmæta undirverðlagningu geti verið að ræða þrátt fyrir að hún taki ekki til alls sem hið markaðsráðandi fyrirtæki selur á hinum skilgreinda markaði. Þessi regla sé rökrétt því að hið markaðsráðandi fyrirtæki hafi hag af því að hafa undirverðlagninguna ekki viðtækari en nauðsynlegt er til að ná markmiði sínu.

Stefndi segir að þótt færsluhirðing á debet- og kreditkortum feli í sér tvo aðskilda þjónustubætti séu sterk tengsl á milli þeirra. Tengslin geti stuðlað að því að söluaðilar kjósi að eiga viðskipti við einn færsluhirði um báða þjónustubætti. Líkur séu á að söluaðili sem fái tilboð um lága þóknun fyrir færsluhirðingu debetkorta semji við sama færsluhirði um færsluhirðingu kreditkorta. Því geti færsluhirðir talið það þjóna hagsmunum sínum að verðleggja færsluhirðingu debetkorta undir þeim kostnaði sem á hann fellur við þjónustuna, í þeim tilgangi að ná til sín færsluhirðingu kreditkorta, sem sé eftirsóknarverðari þjónusta fyrir færsluhirði. Þannig hafi undirverðlagning stefnanda almennt skilað hagnaði. Þetta hafi þó ekki verið einhlítt.

Stefndi kveðst mótmæla því að reikna beri framlegð af hverjum og einum samningi þar sem samningar stefnanda um færsluhirðingu taki bæði til debet- og kreditkorta, að undanskildum samningum við söluaðila sem taki aðeins við einni kortategund. Það sé ákvörðun söluaðila hvort hann eigi viðskipti með báðar kortategundir. Ákveði hann að taka við báðum kortategundum sé það í höndum hans hvort hann semji við einn færsluhirði eða tvo.

Með vísan til framangreinds byggir stefndi á því að stefnandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með undirverðlagning á færsluhirðingu debetkorta.

Um „skekku“ í samningum stefnanda

Stefndi mótmælir þeirri málsástæðu stefnda að undirverðlagning á árunum 2007 og 2008 hafi stafað af skekkju í samningum hans. Telur stefndi að stefnandi hafi langa reynslu af færsluhirðingu og jafnframt reynslu af samkeppnismálum. Ætla verði að stefnanda hafi verið ljós sá munur sem var á þóknun söluaðila annars vegar og milligjaldi til útgefenda debetkorta hins vegar. Ótrúverðugt sé að um smávægilega skekkju hafi verið að ræða.

Um aðgerðir stefnanda gagnvart ákveðnum söluaðilum

Stefndi mótmælir því að aðgerðir stefnanda gagnvart IKEA, fyrirtækjum í Leifsstöð og Rúmfatalagernum ehf. og tengdum fyrirtækjum hafi byggst á heimild hans til að mæta samkeppni.

Stefndi byggir á því að viðbrögð markaðsráðandi fyrirtækis við samkeppni verði að byggja á rekstrarlegri frammistöðu þess, vera í samræmi við hagsmuni neytenda og taka mið af efnahagslegum styrk fyrirtækisins. Vísar hann hér til fordæmis í dómi Hæstaréttar í máli nr. 188/2010 þar sem því hafi verið hafnað að markaðsráðandi fyrirtæki gæti réttlætt verðlagningu undir breytilegum kostnaði með því að það væri verið að verjast samkeppni. Þá hafi stefnandi ekki sýnt fram á neinar hlutlægar réttlættingarástæður.

Stefndi byggir á því að undirverðlagning stefnanda hafi orðið til þess að hann hafi samið um færsluhirðingu vegna MasterCard kreditkorta og Maestro debetkorta, m.a. við IKEA og söluaðila í Leifsstöð. Verðlækkun stefnanda til að mæta aukinni samkeppni hafi ekki byggst á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum, heldur verið til þess fallin að raska samkeppni með ólögmatum hætti.

Stefndi gerir athugasemd við umfjöllun í stefnu um meðaltal breytilegs kostnaðar. Bendir hann á að við mat á því hvort stefnandi hafi stundað undirverðlagningu á árunum 2007 og 2008 hafi eingöngu verið miðað við svonefnt milligjald, sem sé minnsti mögulegi kostnaður við þjónustuna. Á þessu tímabili hafi meðaltal breytilegs kostnaðar verið jafnt beinum breytilegum kostnaði. Stefnandi hafi lækkað milligjald vegna tiltekinna vöruflokka á fyrri hluta ársins 2009. Vegna þessarar lækkunar sé ekki hægt að miða við árið 2009 við útreikning á breytilegum kostnaði.

Um aðgerðir stefnanda gagnvart IKEA

Stefndi byggir á því að verðlagning stefnanda í samningi við IKEA hafi falið í sér skaðlega undirverðlagningu. Fyrir liggi að stefnandi hafi greitt útgefendum debetkorta 0,36% af fjárhæð viðskipta, sem sé beinn breytilegur

kostnaður, en innheimt hjá IKEA 0,18% af sömu upphæð með tilteknu lágmarki og hámarki. Þá sé annar breytilegur kostnaður ekki tekinn með. Þetta sé alvarleg undirverðlagning.

Varðandi kreditkort byggir stefndi á því að málefnalegt sé að líta til gildandi stýrivaxta Seðlabankans. Í byrjun apríl 2008 hafi þeir verið 15%. Álag vegna daglegs uppgjors hefði átt að vera 1,21% vegna notkunar íslenskra kreditkorta hjá IKEA. Þetta sé mun hærra álag en birt hafi verið í verðskrá stefnanda á þessum tíma. Þá hafi stefnandi ekki getað búist við lækkun stýrivaxta næstu mánuði. Á þessum tíma hafi stefnandi greitt útgefendum VISA kreditkorta milligjald, 0,75% af upphæð hvernar færslu. Af því leiði að beinn breytilegur kostnaður hans hafi numið um 1,96% af upphæð hvernar færslu að teknu tilliti til vaxtakostnaðar fyrir daglegt uppgjör og greiðslu milligjalds. Stefnandi hafi samið við IKEA um 1,65% þóknun fyrir daglegt uppgjör.

Stefndi kveðst telja að miðað við veltu í færsluhirðingu stefnanda hjá IKEA á árinu 2007 hefði þessi samningur leitt til um 8,2 milljóna króna taps af þjónustunni á einu ári. Þá sé annar breytilegur kostnaður og fastur kostnaður ekki reiknaður með. Stefnandi hafi verðlagt færsluhirðingu hjá IKEA á árinu 2008 undir breytilegum kostnaði, en ekki á grundvelli rekstrarlegra frammistöðu.

Stefndi kveðst telja að tilboð stefnanda í færsluhirðingu hjá IKEA í maí 2009 hefði leitt til taps að fjárhæð 5,3 milljónir króna á einu ári. Stefnandi vill taka fram að stefnandi geti ekki jöfnum höndum eyrnamerkt tilteknum söluaðilum lækkun milligjalds til útgefenda, til að réttlæta þá þóknun sem þeir greiði og notað þær aftur til að fá fram útreiknaða lækkun á breytilegum kostnaði við að veita öðrum söluaðilum þjónustu. Við mat á skaðlegri undirverðlagningu sé málefnalegt að miða við greitt milligjald vegna hvers söluaðila.

Um aðgerðir stefnanda gagnvart söluaðilum í Leifsstöð

Stefndi byggir á því að verðlagning stefnanda til fyrirtækja í Leifsstöð hafi falið í sér skaðlega undirverðlagningu. Hann hafi undirverðlagt færsluhirðingu vegna debetkorta á árinu 2007. Þóknun hans hafi verið 0,25%, en milligjald sem var greitt útgefendum 0,36%. Það sama eigi við um árin 2008 og 2009.

Varðandi háttsemi stefnanda við gerð samnings um kreditkort á árinu 2008 skipti ekki máli þó að samningurinn hafi ekki komið til framkvæmda. Stefnandi hafi undirverðlagt þjónustu sína í tilboði og samningi vegna færsluhirðingar bæði debetkorta og kreditkorta hjá Leifsstöð/Fríhöfninni á árinu 2008.

Stefndi segir að í ákvörðun sinni hafi ekki verið gert ráð fyrir álagi vegna erlendra korta, en hvorki í tilboðum né samningum sem í gildi voru á árunum 2007 og 2008 hafi verið getið um slíkt álag. Jafnvel þótt álagið sé eingöngu reiknað með á tekjuhlíð verði þóknunin ekki hærri en beinn breytilegur kostnaður. Telur stefndi ekki ástæðu eða rök til þess að breyta fyrri aðferð.

Varðandi kaup á auglýsingarými byggir stefndi á því að ekki skipti máli hvor aðili hafi frumkvæði að viðskiptum. Tilboð og samningur um færsluhirðingu

og kaup á auglýsingarými tengist beint. Stefnandi hafi lýst sig tilbúinn í þriggja ára markaðssamstarf til þess að ná samningi um færsluhirðingu, þar með talið færsluhirðingu sem Borgun hf. hafði sinnt. Tölvupóstinum hafi fylgt tvö viðhengi, annars vegar tilboð um færsluhirðingu, hins vegar tilboð í kaup á auglýsingarými. Telur stefndi að ekki fari á milli mála að viðskiptin tengjast. Það sé áhersla stefnanda á að ná samningi um færsluhirðingu sem hér ráði för. Markaðssetning VISA vörumerkisins tilheyri sviði greiðslukortaútgáfu hjá stefnanda og hópaðildinni að VISA Europe, en ekki hlutverki hans sem færsluhirðis.

Um aðgerðir stefnanda gagnvart Rúmfatalagernum

Stefndi byggir á því að stefnandi hafi undirverðlagt þjónustu sína gagnvart Rúmfatalagernum.

Um sekt og sektarfjárhæð

Stefndi krefst sýknu af varakröfu stefnanda um lækkun sektar. Við ákvörðun sektar hafi verið litið til brotanna, þess að brotin hafi staðið um langan tíma, mikilvægis markaðarins og ítrekunaráhrifa. Stefnandi hafi áður gengist undir sátt vegna sambærilegra brota. Þá hafi verið litið til fjárhagsstyrks stefnanda og þeirrar samstæðu sem hann tilheyri, svo og veltu á umræddum markaði. Allt séu þetta málefnaleg sjónarmið.

Stefndi mótmælir tilvísunum stefnanda til sektarákvarðana í öðrum óskyldum málum sem órökstuddum. Telur hann að stefnanda hafi ekki getað dulist að aðgerðir hans væru til þess fallnar að raska samkeppni á alvarlegan hátt og að í þeim fælist misnotkun á markaðsráðandi stöðu, auk þess að brjóta gegn skýrum skilyrðum í ákvörðun nr. 4/2008.

Stefndi byggir á því að brot hafi verið framið af ásetningi. Stefnanda hafi mátt vera ljóst að aðgerðir hans brutu gegn ákvörðuninni. Þá sýni gögn málsins að stjórnendum stefnanda hafi verið ljóst að færsluhirðing á debetkortum var rekin með tapi. Sé því um að ræða aðgerðir sem framkvæmdar voru að yfirlögðu ráði og með það að markmiði að verja eða styrkja markaðsráðandi stöðu. Loks verði að hafa í huga að háttsemi stefnanda hafi varðað marga af stærstu söluaðilum vöru og þjónustu hér á landi. Þannig varði háttsemin smásölu nánast allrar vöru og þjónustu.

Stefndi segir að heildarvelta stefnanda hafi numið 9,5 milljörðum króna á árinu 2011 og 8,4 milljörðum á árinu 2012. Miða skuli hámark sektar við síðasta rekstrarár fyrirtækis áður en ákvörðun er tekin, sbr. 37. gr. samkeppnislaga. Stjórnvaldssekt stefnanda sé því langt innan við tilgreind mörk. Þá bendir hann á að í dómum hafi einatt verið litið til heildarveltu viðkomandi fyrirtækjasamstæðu. Rekstrartekjur Arion banka hafi numið 82,5 milljörðum króna á árinu 2012 og hreinar rekstrartekjur 44,8 milljörðum. Hagnaður hafi numið 17,1 milljarði króna. Málefnalegt sé að hafa hliðsjón af styrk þeirrar samstæðu sem stefnandi tilheyri við ákvörðun sektar. Álögð sekt nemi aðeins 0,61% af heildarveltu samstæðunnar á

árinu 2012.

Niðurstaða

1 Um málsmeðferð samkeppnisýfirvalda

Stefnandi telur einkum þrjú atriði varðandi meðferð samkeppnisýfirvalda á málinu eiga að leiða til þess að ákvörðun stefnda og úrskurður áfrýjunarnefndar verði felld úr gildi.

Í fyrsta lagi telur hann að starfsmenn stefnda hafi eftir húsleit í starfsstöð stefnanda skoðað tölvupóstsamskipti hans við lögmennt sem starfa utan fyrirtækisins. Hann vísar fyrst og fremst til 1. mgr. 68. gr. laga nr. 88/2008. Hafna verður því með skírskotun til forsendna áfrýjunarnefndar að þessi skoðun hafi verið óheimil.

Í öðru lagi telur stefnandi að lagt hafi verið hald á gögn sem ekki hafi varðað málið eins og það hafi verið afmarkað í húsleitarúrskurði. Hann rökstyður þessa staðhæfingu ekki nákvæmlega. Málsástæðunni verður að hafna. Stefnda var skylt að rannsaka þau brot sem rökstuddur grunur vaknaði um og getur afmörkun sakarefnis í húsleitarúrskurði ekki takmarkað skyldu hans og heimild til rannsóknar eða haldlagningar. Stefnda var veitt heimild til húsleitar með úrskurði dómstóls og voru aðgerðir hans því heimilar að lögum. Ekki er nauðsynlegt að leysa úr því í þessu máli hvort hald hafi verið lagt á gögn umfram nauðsyn eða þeim haldið í vörslu stefnda of lengi. Þótt svo hafi verið getur það ekki breytt niðurstöðu um meint samkeppnislaga brot stefnanda. Þá hefur stefnandi ekki verið gert erfitt fyrir með þessu eða starfsemi hans raskað svo að taka yrði tillit til þess við ákvörðun viðurlaga.

Í þriðja lagi telur stefnandi að hann hafi ekki notið lögmalets andmælaréttar þar sem mikilvægum upplýsingum úr gögnum málsins hafi verið haldið leyndum fyrir honum. Stefndi var ekki veittur aðgangur að hluta af gögnum málsins þegar við upphaf rannsóknar. Eins og lýst er að framan var leyst úr ágreiningi um afhendingu hluta gagnanna fyrir dómstólum. Sú staðreynd að stefnandi náði fram fyrir dómstólum viðurkenningu á að afhenda ætti honum frekari gögn en gert hafði verið, hagar ekki gildi rannsóknarinnar eða ákvörðun stefnda. Stefndi fékk rúma fresti til andmæla eftir að gögn höfðu verið afhent. Þá hafði hann öll gögn málsins þegar hann hafði fengið andmælaskjal í hendur og fékk þá nægan tíma til andmæla. Hafði hann fengið næg tækifæri til að koma öllum sínum sjónarmiðum á framfæri þegar ákvörðun stefnda var tekin. Hefur ekki verið brotið gegn 13. gr. stjórnsýslulaga gagnvart stefndi.

Loks telur stefnandi að stefndi hafi þegar verið búinn að taka afstöðu til málsins þegar andmælaskjal var sent. Á þetta verður ekki fallist. Almennur fyrirvari var settur við allan texta andmælaskjalsins og getur stefnandi ekki með réttu haldið því fram að niðurstaða málsins hafi þá þegar verið ráðin.

Samkvæmt þessu verður öllum mótbárum stefnanda varðandi málsmeðferð á stjórnáskilningi hafnað.

2 Brot gegn skilyrðum ákvörðunar nr. 4/2008

Með ákvörðun nr. 4/2008 gekkst stefnandi undir ákveðin skilyrði. Hann hafði verið staðinn að því að misnota markaðsráðandi stöðu og þá aðstöðu sem hann var í sem umboðsaðili VISA Europe hér á landi. Skilyrðin voru ströng, en á hitt ber einnig að líta að stefnanda var heimilað að halda áfram óbreyttri starfsemi og þess ekki krafist að fyrirtækinu yrði skipt upp.

Í 1. tl. 1. gr. ákvörðunarinnar var lagt bann við því að stefnandi notaði upplýsingar sem hann byggir yfir um söluaðila sem væru í viðskiptum við keppinauta hans, til markaðsaðgerða gegn þeim. Stefnandi mótmælir því ekki að hann hafi haft umræddar upplýsingar og að þeim hafi verið miðlað til Fyrirtækjalausna, sviðsins sem annast markaðssetningu og samninga um færsluhirðingu. Hann byggir hins vegar á því að skilyrði 1. tl. hafi ekki bannað honum að hafa þessar upplýsingar undir höndum.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála er komist að svohljóðandi niðurstöðu um brot stefnanda gegn skilyrði 1. tl.:

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 keppinautum 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.

Dómurinn tekur að öllu leyti undir þessa niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar. Stefnandi hlaut að gera sér grein fyrir inntaki skilyrðis 1. tl. og getur ekki borið fyrir sig að það sé óljóst eða óskýrt.

Í 7. tl. 1. gr. ákvörðunar nr. 4/2008 fólst í fyrsta lagi bann við því að stefnandi óskaði eftir því að Reiknistofa bankanna aflaði eða miðlaði til hans hvers konar viðskiptalegum upplýsingum um keppinauta félagsins. Í öðru lagi var honum bannað að taka við og nýta sér upplýsingar frá Reiknistofu bankanna um keppinauta hans. Stefnandi mótmælir því ekki að einn starfsmanna hans hafi beðið Reiknistofu bankanna að breyta tilteknum lista þannig að upplýsingar um veltu yrðu sundurliðaðar eftir færsluhirðum. Með þessu var brotið gegn skilyrðinu og skiptir ekki máli þótt einungis einn starfsmaður hafi sent umrædda beiðni. Um alvarleika þessa brots verður rætt þegar sjónarmið um viðurlög verða reifuð.

3 Markaðsráðandi staða

Í ákvörðun nr. 4/2008 sætti stefnandi viðurlögum vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu. Í ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndarinnar er byggt á því að stefnandi hafi enn verið í markaðsráðandi stöðu á árunum 2007 og 2008 og fyrri hluta ársins 2009. Á þessum tíma kepptu stefnandi og Borgun ekki sín á milli um færsluhirðingu, en færsluhirtu sitt hvort kortið.

Stefnandi telur að markaðssvæðið sé ekki bundið við Ísland eins og stefndi og áfrýjunarnefndin komust að. Dómurinn telur rétta þá ákvörðun stefnda um að hið landfræðilega markaðssvæði sé Ísland. Þá er það réttmætt að horfa fram hjá styrk PBS á öðrum mörkuðum þegar staðan á markaðnum hér á landi er metin. Þá telur dómurinn það rétt hjá nefndinni að greina verði á milli debetkorta og kreditkorta á markaðnum. Ljóst er að þótt alla jafna nái einn færsluhirðir samningi um báðar kortagerðirnar við söluaðila, er auðvelt að greina þarna á milli og boð um þjónustu annarrar kortagerðarinnar undir kostnaði getur tryggt færsluhirði samning um báðar kortategundir.

Árin 2007 og 2008 færsluhirtu stefnandi VISA kort og Borgun MasterCard kort eins og áður segir. Fyrirtækin voru því ekki í samkeppni um færsluhirðingu. PBS og íslenskur samstarfsaðili fyrirtækisins, Kortþjónustan, náðu ekki fótfestu á markaðnum. Markaðshlutdeild stefnanda var veruleg, en í færsluhirðingu VISA korta var hann því sem næst einráður. Verður að staðfesta þá niðurstöðu stefnda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu debet- og kreditkorta þessi ár.

Í ársbyrjun 2009 hófu stefnandi og Borgun að keppa beint sín á milli er þau buðu færsluhirðingu bæði VISA og MasterCard korta. Með þessu breyttist aðstaða stefnanda. Hann stóð frammi fyrir raunverulegri samkeppni um færsluhirðingu.

Markaðshlutdeild hans minnkaði fljótlega og telur dómurinn það til marks um að markaðurinn fyrir færsluhirðingu sé kvikur og að stefnandi hafi ekki lengur getað hagað sér að vild. Hann hafi orðið að taka tillit til samkeppnisaðila. Er ekki réttmætt að telja að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu eftir að Borgun hóf að bjóða færsluhirðingu VISA korta. Er þessi niðurstaða ekki í ósamræmi við niðurstöðu Hæstaréttar í máli nr. 355/2012.

4 Misnotkun markaðsráðandi stöðu

Þessum kafla skiptir áfrýjunarnefndin í fjóra hluta í úrskurði sínum, en þeir skarast að hluta til.

Í fyrsta lagi á stefnandi að hafa verðlagt færsluhirðingu vegna notkunar debetkorta undir breytilegum kostnaði hjá rúmlega 658 umfangsmiklum og mikilvægum íslenskum söluaðilum á árinu 2007 og 636 söluaðilum á árinu 2008. Í öðru lagi hafi hann verðlagt þjónustu sína fyrir færsluhirðingu debetkorta á Íslandi í heild sinni undir breytilegum kostnaði á árunum 2007 og 2008. Þá hafi hann í þriðja lagi verðlagt færsluhirðingu fyrir debetkort og kreditkort í heild undir breytilegum kostnaði hjá 154 söluaðilum árið 2007 og hjá 123 söluaðilum árið 2008. Loks er fjallað um brot stefnanda í viðskiptum við þrjá nafngreinda söluaðila.

Stefndi og áfrýjunarnefndin töldu þessi brot stefnanda sönnuð. Markaðsráðandi fyrirtæli er óheimilt að misbeita stöðu sinni í samkeppni, sem það hefur annars fulla heimild til að taka þátt í. Þá verður ekki fallist á það með stefnanda að líta verði á hvern færsluhirðingarsamning í heild sinni þegar metið er hvort þjónusta sé veitt á verði sem er lægra en kostnaður. Verður fallist á það með stefnda að nægilegt sé að einn hluti samsettrar þjónustu sé veittur á verði sem stendur ekki undir kostnaði. Með því er markaðsráðandi stöðu misbeitt. Þá er sú staðhæfing stefnanda að um sé að kenna skekkju í samningum hans ótrúverðug.

Útreikningur stefnda á meðaltali breytilegs kostnaðar er varfærinn. Verður fallist á þá niðurstöðu stefnda og áfrýjunarnefndarinnar að stefnandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með háttsemi samkvæmt áðurgreindum þremur liðum.

Með vísan til þess sem áður segir er ekki fallist á það með stefnanda að líta verði á alla færsluhirðingu fyrir hvern aðila þegar metið er hvort þjónusta er veitt á of lágu verði. Verður fallist á þá niðurstöðu stefnda og áfrýjunarnefndarinnar að stefnandi hafi beitt undirverðlagningu í samningi við IKEA.

Sömuleiðis verður staðfest niðurstaða stefnda og áfrýjunarnefndar varðandi aðgerðir gagnvart fyrirtækjum í Leifsstöð. Stefnandi hefur ekki sýnt fram á að brotið sé talið með í áðurnefndri samantekt um undirverðlagningu debetkorta á árinu 2007. Þá ber og að staðfesta niðurstöðuna um tilboð stefnanda til Fríhafnarinnar á árinu 2008. Hins vegar hefur verið komist að því að stefnandi hafi ekki lengur haft markaðsráðandi stöðu á árinu 2009 og því verður að fella úrskurðinn úr gildi að því er varðar undirverðlagningu á færsluhirðingu debetkorta á því ári og kaup á auglýsingu í byggingunni.

Stefnandi hefur ekki hnekkst niðurstöðu stefnda um undirverðlagningu gagnvart Rúmfatalagernum og tengdum fyrirtækjum. Verður sú niðurstaða staðfest, þó þannig að aðgerðir hans voru ekki óheimilar er komið var fram á árið 2009.

Dómurinn fellst á niðurstöður áfrýjunarnefndarinnar um brot stefnanda og heimfærslu þeirra, með áðurgreindri undantekningu um háttsemi stefnanda á árinu 2009.

5 Varakrafa um lækun sektar

Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar segir að brot stefnanda séu alvarleg. Þessu mótmælir stefnandi í málflutningi sínum. Telur hann að sektin sé allt of há og að fella beri hana niður eða lækka verulega.

Brot stefnanda stóðu yfir í tvö ár. Óþarfi er að deila um það hvort honum verði lýst með lýsingarorðinu langur. Líta verður til þess að um er að ræða tvö ár þar sem stefnandi gat hegðað sér nánast að vild á markaðnum og misbeitti þeirri stöðu sinni í fjölda tilvika.

Brot stefnanda eru ítrekuð að hluta til. Hann lét sér ekki segjast þrátt fyrir að hafa gengist undir skilyrðin sem fram koma í ákvörðun stefnda nr. 4/2008. Það gerði hann í nóvember 2007, en rannsókn þess máls hafði hafist nokkru fyrr.

Ekki er trúverðug sú staðhæfing stefnanda að brot hans hafi ekki verið framin af ásetningi. Stefnandi hafði verið undir rannsókn samkeppnisyfivalda og hlaut að gera sér grein fyrir þeirri óvenjulegu aðstöðu sem hann var í með því að hafa aðgang að mun betri upplýsingum um markaðinn en samkeppnisaðilar hans.

Í ákvörðun stefnda var talið að eðlilegt væri við ákvörðun sektarfjárhæðar að horfa til heildarveltu hins brotlega og þeirrar samstæðu sem hann tilheyrir. Er sagt hver heildarvelta stefnanda hafi verið á árunum 2011 og 2012. Þá er sagt frá rekstrartekjum Arion banka, móðurfélags stefnanda, árið 2012 og hversu mikill hagnaður hefði verið. Væri stefnandi hluti af efnahagslega mjög öflugri fyrirtækjasamstæðu.

Í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga segir að sektir geti „numið allt að 10% af heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að broti“. Hér er notað hugtakið samtök fyrirtækja, en í ákvörðun stefnda eru stefnandi og Arion banki taldir vera samstæða fyrirtækja. Hugtakið samstæða er skýrgreint í 3. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga. Stefnandi og Arion banki teljast nú vera fyrirtækjasamstæða í skilningi laganna. Hugtakið samtök fyrirtækja er ekki skýrgreint í lögnum, en af öðrum ákvæðum laganna, t.d. 12. gr., má ráða að hér er ekki horft til eignatengsla milli fyrirtækja. Ekki er rétt að telja stefnanda og Arion banka samtök fyrirtækja í skilningi laganna og ekki er byggt á því að bankinn hafi átt aðild að brotum stefnanda. Því telur dómurinn að hámark sektar í þessu tilviki sé hlutfall af heildartekjum stefnanda á síðasta rekstrarári, en að tekjur móðurfélagsins Arion banka hafi ekki áhrif á þetta hámark. Hins vegar ber að líta til þess við ákvörðun sektar, eins og stefndi og áfrýjunarnefndin gera, að

stefnandi er nú hluti öflugrar samstæðu. Þá fellst dómurinn á þá skýringu stefnda á hugtakinu *heildarveltu síðasta rekstrarárs* í 2. mgr. 37. gr., að hún skuli miðuð við tekjur síðasta rekstrarárs áður en sekt er lögð á, en hafnar þeirri málsástæðu stefnanda að miða eigi við tekjur á því ári er brot var framið.

Rannsókn og meðferð máls þessa á stjórnslustigi tók talsverðan tíma. Tíminn var þó ekki svo langur að unnt sé að horfa til hans við ákvörðun sektar. Hefur ekki verið sýnt fram á að málið hafi legið óhreyft langtímum saman.

Samkvæmt öllu framansögðu verður kröfu um ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafnað. Dómurinn hefur hér komist að þeirri niðurstöðu að það hafi borið að sekta stefnanda eins og stefndi og áfrýjunarnefndin gerðu. Hann hefur brotið gegn skilyrðum 1. og 7. tl. 1. gr. í ákvörðun stefnda nr. 4/2008 og gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Dómurinn telur brotatímabilið hins vegar nokkru styttra eins og áður segir. Brotin eru alvarleg eins og talið var, en um var að ræða ítrekun að hluta til eins og lýst er í úrskurði áfrýjunarnefndar. Þá var brotið gegn 7. tl. einnig alvarlegt þótt stefnanda tækist ekki að afla umræddra upplýsinga. Á móti kemur að ekki var heimilt að miða við samanlagða heildarveltu stefnanda og Arion banka við ákvörðun sektar og er hér litið til upplýsinga um veltu stefnanda í gögnum málsins. Er að öllu þessu virtu hæfilegt að sekt stefnanda verði ákveðin 400.000.000 króna.

Eftir þessari niðurstöðu er rétt að málskostnaður falli niður.

Jón Finnbjörnsson héraðsdómari kveður upp dóm þennan. Dómssamning hefur dregist vegna umfangs málsins, anna dómara og veikindaforfalla hans. Lögmenn voru þó sammála honum um að endurflutningur væri óþarfur.

D ó m s o r ð

Stefnda, Samkeppniseftirlitið, er sýknað af aðalkröfu stefnanda, Valitors hf.

Úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013 skal breytt þannig að stefnandi greiði 400.000.000 króna í sekt til ríkissjóðs.

Málskostnaður fellur niður.