

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 6/2009

ERGN Holdings Ltd.

og

Euro Refund Group North á Íslandi ehf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með bréfi, dagsettu 27. febrúar 2009, hafa ERGN Holdings Ltd. og Euro Refund Group North á Íslandi ehf. (hér eftir nefndur áfrýjandi) kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2009, frá 30. janúar 2009. Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að samningur, dagsettur 30. júlí 2008, um kaup Valitors hf. (Valitor) á öllu hlutafé í Euro Refund Group North á Íslandi ehf. feli í sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Enn fremur að samruninn raskaði samkeppni með umtalsverðum hætti og ynni þannig gegn markmiðum samkeppnislaga. Með heimild í 17. gr. c samkeppnislaga ógilti eftirlitið samrunann með ákvörðun sinni.

Af hálfu áfrýjanda er þess aðallega krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara er þess krafist að samruni Valitors og Euro Refund Group North á Íslandi ehf. verði heimilaður með eftirfarandi skilyrðum:

“Valitor sé óheimilt að gera það að skilyrði fyrir kaupum á einhverri þeirri þjónustu sem fyrirtækið veiti að Tax Free þjónusta sem það veiti skuli fylgja með í kaupunum. Jafnframt sé Valitor óheimilt að skilyrða kaup á Tax Free þjónustu við kaup á annarri þjónustu. Þá sé Valitor óheimilt að tvinna saman í sölu annars vegar Tax Free þjónustu og hins vegar eina eða fleiri þjónustur fyrirtækisins gegn verði eða viðskiptakjörum sem jafna megi til slíks skilyrðis.

Verð og kjör Valitor skuli vera almenn, gagnsæ og hlutlæg þannig að aðilar sem eigi í samskonar viðskiptum við Valitor skuli njóta sambærilegra kjara.

Valitor sé óheimilt að synja samkeppnisaðila á einum markaði um viðskipti á öðrum nema ríkar málefnalegar ástæður séu forsenda sölusynjunar.

Valitor sé óheimilt að gera einkakaupasamninga um Tax Free þjónustu við söluaðila.”

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Helstu málavextir

Hinn 30. júlí 2008 barst Samkeppniseftirlitinu tilkynning um að samningur um kaup Valitors á öllu hlutafé í Euro Refund Group North á Íslandi ehf. (ERGN) hafi verið undirritaður sama dag. Seljandi var ERGN Holdings Ltd., eigandi alls hlutafjár í ERGN. Í bréfinu var upplýst um veltu samrunaaðila á árinu 2007 og komist að þeirri niðurstöðu að skilyrði a. liðar 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 væru uppfyllt en sama væri ekki að segja um skilyrði b. liðar 1. mgr. 17. gr. sömu laga um að tvö af þeim fyrirtækjum sem aðild eigi að samrunanum séu með a.m.k. 200 millj. kr. ársveltu á Íslandi. Með vísan til þessa sé það skoðun beggja aðila kaupsamningsins að skilyrði 1. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga væru ekki uppfyllt og því ekki nauðsynlegt að tilkynna samrunann. Í samræmi við heimildarákvæði 4. mgr. 17. gr. b. hafi aðilar þó ákveðið að tilkynna eftirlitinu um kaupin og óska staðfestingar á því að samrunatilkynningar væri ekki þörf. Teldi eftirlitið hins vegar að samningurinn félli undir 3. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga var þess óskað að aðilum yrði tilkynnt um það hið fyrsta. Í bréfi til Valitors, dagsettu 13.

ágúst 2008, tilkynnti Samkeppniseftirlitið aðilum samrunans að eftirlitið hefði ákveðið að krefja samrunaaðila um samrunatilkynningu, sbr. 3. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga. Eftirlitinu barst samrunatilkynning frá samrunaaðilum með bréfi, dagsettu 26. ágúst 2008. Með bréfi, dagsettu 26. september s.á., tilkynnti eftirlitið samrunaaðilum að það teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, sbr. 1. ml. 1. mgr. 17. gr. d samkeppnislaga. Að lokinni þeirri athugun sendi eftirlitið samrunaaðilum andmælaskjal, dagsett 12. desember 2008. Samkeppniseftirlitið móttók greinargerð samrunaaðila, dagsetta 23. desember 2008, þar sem gerðar voru athugasemdir við frummat eftirlitsins. Með bréfi, dagsettu 5. janúar 2009, tilkynnti eftirlitið málsaðilum að það teldi ástæðu til að afla frekari upplýsinga og sjónarmiða um möguleg samkeppnisleg áhrif samrunans, sbr. 5. ml. 1. mgr. 17. gr. d samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið leitaði á mismunandi stigum málsins umsagnar og sjónarmiða hjá keppinautum samrunaaðila á viðkomandi mörkuðum. Er gerð grein fyrir umsögnum þessara aðila í hinni kærðu ákvörðun. Málsmeðferð eftirlitsins er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir.

Hinn 30. janúar 2009 tók Samkeppniseftirlitið ákvörðun í málinu. Ákvörðunarorðin eru svohljóðandi:

„Samningur, dags. 30. júlí 2008, um kaup Valitors hf. á öllu hlutafé í Euro Refund Group North á Íslandi ehf. felur í sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Samruninn felur í sér að samkeppni raskast með umtalsverðum hætti og vinnur þannig gegn markmiðum samkeppnislaga. Með heimild í 17. gr. c samkeppnislaga ógildir Samkeppniseftirlitið hér með samrunann.“

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 18. mars 2009, athugasemdir áfrýjanda 7. apríl 2009 og svör eftirlitsins 20. apríl s.á. Þá var málið sent Borgun hf. (Borgun), Global Refund á Íslandi ehf. (Global Refund), Valitor og Kortþjónustunni ehf. (Kortþjónustan) til kynningar og fyrirtækjunum veittur kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu. Athugasemdir bárust frá Global Refund þann 31. mars 2009 og athugasemdir Borgunar og Valitors bárust þann 6. apríl

s.á. Þá var Global Refund og Borgun gefin kostur á að kynna sér athugasemdir Valitors og koma á framfæri athugasemdum. Athugasemdir bárust frá Borgun þann 20. apríl 2009.

III.

Helstu málsástæður málsaðila

Málsástæður áfrýjanda

Af hálfu áfrýjanda er byggt á sömu málsástæðum og lagarökum og fram komu af hálfu samrunaaðila við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins og vísar hann til athugasemda þeirra frá 23. desember 2008 í heild sinni. Hann leggur þó sérstaka áherslu á eftirfarandi atriði.

Áfrýjandi bendir á að samruni samrunaaðila hafi hvorki í för með sér að saman renni raunverulegir eða hugsanlegir keppinautar (láréttur samruni) né að samrunaaðili framleiði vöru eða þjónustu sem annar samrunaaðili noti í starfsemi sinni (lóðréttur samruni). Hér sé um svokallaðan samsteypusamruna að ræða sem alla jafna sé ekki talin hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Um sönnunarfærslu í þessari tegundum samruna vísar áfrýjandi til mála Tetra Laval gegn Framkvæmdastjórn ESB og General Electric gegn Framkvæmdastjórn ESB.

Áfrýjandi telur að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins byggi að verulegu leyti á spádómum eða getgátum um framtíðina sem settar séu fram með almennum hætti en ekki með vísan til staðreynda sem unnt sé að leggja til grundvallar.

Varðandi skilgreiningu markaða bendir áfrýjandi í fyrsta lagi á að afstaða samrunaaðila sé sú að greiðslulausnir í kassakerfum og posar séu á sama markaði. Áfrýjandi bendir á að í andmælaskjalinu sé ekki að finna neinn rökstuðning fyrir því að posar myndi sérstakan markað heldur sé vísað til ákvörðunar eftirlitsins í máli nr. 4/2008 þar sem heldur sé ekki að finna sérstakan rökstuðning. Í hinni kærðu ákvörðun sé að finna viðbótarrökstuðning en þar sé aðeins tilgreind ein lausn sem í dag sé einungis hægt að

framkvæma í posum en ekki kassakerfum en það sé svokallaður gjaldeyrisumsnúningur. Í ákvörðuninni sé ekkert tillit tekið til fyrirsjáanlegrar tækniþróunar. Þá bendir áfrýjandi á að í hinni kærðu ákvörðun sé engin afstaða tekin til þess sjónarmiðs hvort móttökubúnaður fyrir greiðslukort í gegnum internetið teljist hluti af sama markaði og að rökstuðningi Samkeppniseftirlitsins sé áfátt að þessu leyti. Einnig bendir áfrýjandi á að sé miðað við að hinn skilgreindi markaður sé móttökubúnaður korta, þ.m.t. lausnir í kassakerfum og posar, en ekki útleiga posa sé ljóst að Valitor geti ekki talist í markaðsráðandi stöðu. Við mat á markaðshlutdeild sé almennt miðað við veltu aðila og verði ekki séð að önnur sjónarmið eigi við um markaðinn fyrir kassakerfi. Hlutdeild Valitors af veltu markaðarins sé aðeins um [1] og fari hún minnkandi þar sem söluaðilar skipti í auknum mæli posum út fyrir sérlausnir í kassakerfum. Af þessu leiði að mati áfrýjanda að fráleitt sé að telja Valitor í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir móttökubúnað korta.

Í öðru lagi bendir áfrýjandi á að í athugasemdum samrunaaðila við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins hafi verið ítrekuð sú afstaða þeirra að gjaldeyrisumsnúningur teljist ekki vera sérstakur markaður heldur hluti af færsluhirðingarmarkaði. Vísast til þeirra sjónarmiða sem þar komi fram og umfjöllunar um þá þróun að gjaldeyrisumsnúningur verði innan skamms hluti af lausnum kassakerfa. Áfrýjandi leggur áherslu á að gjaldeyrisumsnúningur sé einfaldlega færsluhirðing í erlendri mynt.

Varðandi styrk samrunaaðila og samkeppnisaðila á mörkuðum málsins bendir áfrýjandi í fyrsta lagi á að í fyrri ákvörðun eftirlitsins hafi ekki verið taldar aðgangshindranir að markaðnum þrátt fyrir að Global Refund hafi verið hluti af samstæðu sem hafi verið talsvert fjárhagslega sterkari en samrunaaðilar til samans. Áfrýjandi bendir á að staðan á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts sé afar sérstök. Þrátt fyrir að áfrýjanda hafi tekist að halda sínum hlut á markaðnum um nokkurn tíma sé ljóst að hann geti engan veginn hegðað sér án tillits til keppinauta eða viðskiptavina. Þá sé ljóst að áfrýjandi hafi ekki þann efnahagslega styrkleika sem sé forsenda þess að fyrirtæki geti talist markaðsráðandi. Mat Samkeppniseftirlitsins á stöðu Tax Free á markaðnum og á

¹ Trúnaðarmál

meintum aðgangshindrunum sé rangt og því sé mótmælt að meint sterk staða samrunaaðila á þessum markaði geti talist til sjálfstæðrar markaðshindrunar.

Í öðru lagi bendir áfrýjandi á að rökstuðningur Samkeppniseftirlitsins um meint skaðleg áhrif samrunans sé m.a. reistur á þeirri forsendu að Global Refund muni hverfa af markaði. Eftirlitið vanmeti stöðu Global Refund á markaðnum en fyrirtækið sé það stærsta í heimi á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts og hafi einokunarstöðu á mörgum landsmörkuðum. Eftirlitið gefi sér það sem staðreynd í málinu að Global Refund muni víkja af markaðnum án þess að fyrir þeirri ályktun séu færð nokkur haldbær rök. Sé lagt á samrunaaðila að sýna fram á að þessi ályktun eftirlitsins sé röng. Þá bendir áfrýjandi á að breytingar á markaði fyrir færsluhirðingu sem átt hafi sér stað nú nýverið veiti sóknarfæri fyrir Borgun og að félagið verði í lykilstöðu til þess að auka hlutdeild sína umtalsvert.

Hvað varðar hvata til útilokunar þá telur áfrýjandi hann ekki til staðar. Hann telur það þversögn í röksemdum Samkeppniseftirlitsins að leggja annars vegar mat á hugsanleg skaðleg áhrif samruna út frá hreinum getgátum um hegðun hins sameinaða félags á viðkomandi mörkuðum í framtíðinni en hafna því hins vegar á sama tíma að líta til þeirra þátta sem dragi verulega úr líkindum þess að vogarafsls hegðun verði beitt af hálfu hins sameinaða félags. Ástæða þess að eftirlitið telur ekki efni til að líta til þessara þátta sé sögð vera sú að í því felist of mikil ágiskun. Að mati áfrýjanda hallar hér enn og aftur á samrunaaðila í röksemdafærslu eftirlitsins án þess að séð verði að fyrir því séu færð haldbær rök. Meðferð eftirlitsins á þessum þætti málsins sé ekki í samræmi við dómaframkvæmd hjá dómstólum ESB eða rannsóknarreglu og meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar. Það eitt að sú hegðun sem áhyggjur eftirlitsins lúti að sé bönnuð að lögum og þung viðurlög liggi við broti hafi mikið vægi við mat á því hvort líklegt sé að til slíkrar hegðunar muni koma. Í því sambandi verði að hafa í huga að þegar veigamikill hluti röksemda fyrir ógildingu samrunans sé reistur á ályktunum um líklega hegðun í framtíð verði að gera sérstaklega ríkar kröfur til samkeppnisyfirvalda um að gæta hlutlægni.

Áfrýjandi bendir á að allar getgátur Samkeppniseftirlitsins um skaðleg áhrif samrunans séu reistar á þeirri forsendu að vogararfshegðun verði beitt á milli þeirra markaða sem Valitor starfar á annars vegar og þeirra sem áfrýjandi starfi á hins vegar. Óumdeilt sé að öll samtvinnun eða vöndlun þjónustu af hálfu hins sameinaða félags milli framangreindra markaða sé ólögmæt. Sé því fullkomlega ljóst að slík háttsemi samrunafyrirtækisins færi gegn samkeppnislögum. Þá mótmælir áfrýjandi því að í núverandi samstarfi samrunaaðila hafi samkeppnishamlandi aðgerðum verið beitt líkt og ýjað sé að í ákvörðun eftirlitsins. Einnig mótmælir áfrýjandi athugasemdum eftirlitsins um að sjálfstæð þýðing hinna fyrirbyggjandi samrunareglna væri engin ef tilvist 11. gr. samkeppnislaga leiddi alltaf til þess að samruni yrði ekki ógiltur.

Áfrýjandi telur að posaleiga verði ekki farvegur takmörkunar á samkeppni. Sú staðreynd að hið sameinaða félag muni leigja út posa geri því ekki kleift að beita aðgerðum sem leitt gætu til útilokunaráhrifa og þar með verið skaðlegar samkeppni. Útleiga posa sé á undanhaldi á kostnað lausna í kassakerfum.

Áfrýjandi bendir á að samrunaaðilar hafi vakið athygli á því í athugasemdum sínum við andmælaskjalið að þeir myndu segja upp þjónustusamningi áfrýjanda við Borgun um markaðssetningu og þjónustu fyrir gjaldeyrisumsnúning til söluaðila og fleiri atriði ef Samkeppniseftirlitið teldi samninginn valda vandamálum. Í ákvörðun eftirlitsins sé slík uppsögn einnig talin hafa neikvæð áhrif á samkeppni en áfrýjandi telur svo ekki vera og bendir á að uppsögn fyrrgreinds samnings yrði hvalreki á fjörur Global Refund.

Þá bendir áfrýjandi á að í athugasemdum samrunaaðila við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins hafi verið gerðar tillögur að mögulegum skilyrðum fyrir samrunanum, sbr. nú varakröfu áfrýjanda. Þeim tillögum hafi verið hafnað í hinni kærðu ákvörðun án fullnægjandi rökstuðnings.

Áfrýjandi telur að ekki eigi að þurfa að koma til nokkurra skilyrða fyrir samrunanum en verði fallist á framsetningu Samkeppniseftirlitsins í málinu sé ljóst að þau skilyrði sem samrunaaðilar hafa lýst yfir að þeir séu reiðubúnir að undirgangast eyði þeim skaðlegu

áhrifum sem eftirlitið telji að samruninn geti haft. Því beri að samþykkja samrunann með skilyrðum í samræmi við varakröfu áfrýjanda.

Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því haldið fram að verulegar líkur séu á því að samruninn dragi umtalsvert úr samkeppni. Samruninn muni hindra virka samkeppni á þeim mörkuðum þar sem áhrifa hans gætir, takmarka möguleika nýrra aðila til að koma inn á markaði og fækka valkostum fyrir viðskiptavinum og neytendum. Vegna þessa hafi Samkeppniseftirlitið ákveðið að krefja samrunaaðila um samrunatilkynningu.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í hinni kærðu ákvörðun sé meðal annars litið til leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB um samruna er ekki teljast láréttir sem hafi verið birtar 18. október 2008. Eftirlitið hafi í máli þessu lagt mat á samruna þessa máls í samræmi við gildandi sjónarmið í EES/ESB-samkeppnisrétti. Fullyrðingum áfrýjanda um annað sé mótmælt. Eftirlitið bendir á að um sé að ræða samruna fyrirtækja sem starfi á fimm skilgreindum og mjög innbyrðis tengdum mörkuðum. Samruninn sé sérstakur að því leyti að báðir samrunaaðilar hafi afar sterka stöðu á þeim mörkuðum sem þeir starfa á og að á öllum þeirra ríki fákeppni eða tvíkeppni. Við samrunann verði því til fyrirtæki með markaðsráðandi stöðu á öllum skilgreindum mörkuðum málsins. Séu niðurstöður eftirlitsins reistar á gögnum frá þeim aðilum sem starfi á umræddum mörkuðum.

Varðandi skilgreiningu markaða bendir Samkeppniseftirlitið í fyrsta lagi á að posar séu jaðartæki hjá söluaðilum sem tengjast meðal annars rafrænu greiðslukortakerfi Valitors. Almenna reglan sé sú að söluaðilar leigi slík tæki, meðal annars af Valitor. Annar möguleiki söluaðila til að tengjast rafrænum greiðslukortakerfum sé að nota kassakerfi en þau hafi svipaða virkni og posar þegar kemur að tengingu við greiðslukortakerfi. Eftirlitið bendir á að í hinni kærðu ákvörðun sé lagt til grundvallar að posar og kassakerfi séu á aðskildum mörkuðum enda þótt þeir skarist að ákveðnu leyti þar sem bæði tækin þjóni að sumu leyti ákveðnum þörfum. Niðurstaða eftirlitsins sé því sú að ekki hafi verið um að ræða staðgöngu á milli þessara markaða.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að í kæru sé því ranglega haldið fram að helmingur söluaðila noti kassakerfi. Mögulegt sé að um helmingur af veltu söluaðila fari um kassakerfi en ástæða þessa sé sú að stórir smásöluaðilar noti kassakerfi en minni söluaðilar ekki og séu þeir langtum fleiri.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í ákvörðun eftirlitsins nr. 4/2008 hafi verið byggt á því að posar væru á sérstökum markaði en þar sem málinu hafi lokið með sátt hafi ekki þurft eðli málsins samkvæmt að rökstyðja markaðsskilgreiningar ítarlega. Einnig bendir eftirlitið á að fullyrðingar áfrýjanda um að gjaldeyrisumsnúningur verði innan tíðar hluti af þeim lausnum sem felist í kassakerfum séu ekki studdar neinum haldbærum gögnum. Þá aflaði eftirlitið upplýsinga hjá Point Transaction Systems á Íslandi ehf. þrátt fyrir staðhæfingu áfrýjanda um annað. Hafi niðurstaða eftirlitsins meðal annars verið reist á upplýsingum frá þeim.

Hvað varðar það álitaefni hvort gjaldeyrisumsnúningur sé sérstakur markaður bendir Samkeppniseftirlitið á að ósk korthafa um gjaldeyrisumsnúning hjá söluaðila sé upplýst ákvörðun sem feli í sér takmörkun á gengisáhættu gegn greiðslu ákveðinnar þóknunar. Í því tilviki fari saman hagsmunir söluaðila og færsluhirða sem skipti þóknuninni með sér. Hagsmunir þessara aðila séu andstæðir að því er snertir þá þóknun sem söluaðilar greiði færsluhirðum fyrir færsluhirðingu. Sé því með engu móti unnt að líta svo á að um sama þjónustumarkað sé að ræða.

Varðandi styrk samrunaðila og samkeppnisaðila á mörkuðum málsins bendir Samkeppniseftirlitið á að á árinu 2007 hafi áfrýjandi verið með um 60-65% markaðshlutdeild á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts til ferðamanna sem eru búsettir erlendis og hafi svo verið nær óbreytt frá árinu 2003. Eftirlitið telur að svo sterk markaðshlutdeild sem raun ber vitni um feli í sér löglíkur fyrir markaðsyfirráðum á hinum skilgreinda markaði. Þá bendir eftirlitið á að þetta mál sé ólíkt málum sem eldri ákvarðanir samkeppnisyfirvalda taki til að því leyti að þessi samruni taki ekki eingöngu til markaðar fyrir endurgreiðslu á virðisaukaskatti heldur til allra annarra tengdra markaða málsins sem snerti þjónustu við söluaðila. Eftirlitið telur að miklar líkur séu á

Því að sameinað félag geti og hafi hvata til þess að beita stöðu sinni gagnvart núverandi keppinaut og gagnvart nýjum aðilum sem vildu komast inn á markaðinn fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts. Því verði að telja að þessi sérstaka og sterka staða feli í sér verulega aðgangshindrun á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts.

Þá telur Samkeppniseftirlitið að sterk staða samrunaaðila á mörkuðum málsins geti leitt til þess að samkeppnisstaða Global Refund versni. Muni samruninn án efa auka líkur á því að Global Refund dragi sig út af markaðnum, þar sem fyrir séu tveir aðilar, áfrýjandi og Global Refund. Fyrir þessari niðurstöðu eftirlitsins séu rekstrar- og efnahagslegar forsendur. Einnig bendir eftirlitið á að á markaði fyrir færsluhirðingu starfi þrjú aðilar, þ.e. Valitor, Borgun og Kortþjónustan/PBS. Valitor hafi á undanförunum árum í mörgum málum talist vera í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir útleigu á posum og markaði fyrir útgáfu greiðslukorta.

Samkeppniseftirlitið bendir á að þegar samrunaaðilar starfi á tengdum mörkuðum hafi samruni oft þau áhrif að aðilar geti styrkt stöðu sína á þeim mörkuðum sem um ræðir. Sá samruni sem hér um ræðir skapi einmitt þessar aðstæður á markaði fyrir færsluhirðingu. Eftir samrunann sé söluaðilum mögulegt að semja við einn aðila um alla þá þjónustu sem þeir þurfa í stað þess að semja við tvo eða fleiri aðila. Áfrýjandi hefði því mun sterkari samningsstöðu eftir samrunan en keppinautar hans. Eftirlitið telur að verulegar líkur sé á að slíkt hefði skaðleg áhrif á samkeppni til lengri tíma.

Hvað varðar hvata til útilokunar bendir Samkeppniseftirlitið á að meginatriðið sé að samruninn auki verulega líkurnar á því að hið sameinaða fyrirtæki styrki stöðu sína á umræddum markaði. Þeir markaðir sem um ræði séu það verðmætir hver um sig að efnahagslegur hvati sé til staðar fyrir hið sameinaða fyrirtæki til að styrkja stöðu sína á einum eða fleiri mörkuðum með því að misnota stöðu sína á öðrum. Þá sé almennt talið að umsvif á greiðslukortamarkaði og tengdum mörkuðum fari vaxandi þegar til lengri tíma sé litið. Þetta auki hvata samrunafyrirtækisins til að styrkja stöðu sína á hinum skilgreindu mörkuðum með aðgerðum sem útiloki keppinauta.

Samkeppniseftirlitið telur að posar gegni lykilhlutverki á hinum tengdu mörkuðum sem eina jaðartækið hjá söluaðilum er hefur virkni fyrir hina þrjá tengdu markaði, þ.e. færsluhirðingu, gjaldeyrisumsnúning og endurgreiðslu virðisaukaskatts. Hin sérhæfðu kassakerfi hafi aðeins virkni fyrir tvo af þessum þjónustubáttum. Þótt mögulegt verði að bjóða upp á alla þessa þjónustubætti í kassakerfum framtíðarinnar telur eftirlitið að það hafi hverfandi áhrif. Sé óraunhæft að reikna með því að lítill eða meðalstór söluaðili fjárfesti í sérhæfðu kassakerfi vegna þess kostnaðar sem því fylgi.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á rök áfrýjanda fyrir skilyrðum samrunans. Eftirlitið bendir á að ákveðnar meginreglur séu taldar gilda varðandi skilyrði í samrunamálum sem byggja m.a. á úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála og séu taldar gilda um allar tegundir af samruna. Eftirlitið bendir á að í þessu máli hafi tillögur samrunaaðila verið metnar af samkeppnisyfirvöldum og þær m.a. verið kynntar keppinautum samrunaaðila og með því móti framkvæmd markaðskönnun á því hvort þær teldust fullnægjandi miðað við þær aðstæður sem samruninn að öðrum kosti skapaði. Niðurstaðan hafi orðið sú að tillögurnar hafi ekki þótt fullnægjandi til þess að koma í veg fyrir líkleg skaðleg áhrif samrunans á samkeppni á skilgreindum mörkuðum. Hafi eftirlitið kynnt þessa niðurstöðu fyrir samrunaaðilum á fundi og leitað afstöðu þeirra um hvort grundvöllur væri fyrir víðtækari skilyrðum. Hafi því var hafnað af þeirra hálfu.

IV.

Niðurstaða

Málavöxtum, kröfum og rökstuðningi málsaðila hefur verið ítarlega lýst hér að framan og að mati Áfrýjunarnefndar samkeppnismála er málið nægilega upplýst til þess að fullnaðarúrskurð megi leggja á það.

Áfrýjandi krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins verði felld úr gildi, en til vara að umræddur samruni Valitors og Euro Refund Group North á Íslandi

ehf. verði heimilaður með nánar tilgreindum skilyrðum. Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

Áfrýjunarnefnd telur að nægilega sé í ljós leitt af gögnum málsins, að umrædd kaup Valitors á öllu hlutafé í Euro Refund Group North á Íslandi ehf. feli í sér samruna, komist þau til framkvæmda með þeim hætti sem meginætlun áfrýjanda byggist á, sem er til þess fallinn að hafa skaðleg áhrif á þeim tengdu mörkuðum, sem um er að ræða í málinu. Vísast þar til ákvæða 17. gr. samkeppnislaga, en að mati nefndarinnar fullnægir samruninn þeim lagaskilyrðum, sem fram koma í 17. gr. a. þeirra laga. Verður að telja að Samkeppniseftirlitið hafi með fullnægjandi hætti fært fram rök fyrir því að samruninn sé í grundvallaratriðum andstæður samkeppnislögum og fellst Áfrýjunarnefndin á þá röksemdafærslu. Þá fellst nefndin einnig í meginráttum á skilgreiningar eftirlitsins á þeim mörkuðum sem til skoðunar eru og á reynir í máli þessu.

Áfrýjandi hefur fært þau rök fyrir samrunanum að tilgangur hans sé að auka og bæta þjónustu við viðskiptavinum og að hann muni leiða til hagræðingar í rekstri. Hvorki í samrunatilkynningu né öðrum þeim gögnum sem áfrýjandi hefur lagt fyrir Áfrýjunarnefnd sé að finna neinn rökstuðning fyrir því í hverju rekstrarleg hagræðing samrunans sé fölgín. Er og fallist á með Samkeppniseftirlitinu að enda þótt samruninn kunni að hafa í för með sér einhverja rekstrarhagræðingu geti hún ekki verið réttlætning fyrir samrunanum ef talið verður að hann hafi í för með sér skaðleg samkeppnisleg áhrif.

Fram er komið í málinu að áfrýjandi og þar með samrunafyrirtækið er með 60-65% markaðshlutdeild á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna. Þá er samrunafyrirtækið með 60-65% markaðshlutdeild í útgáfu greiðslukorta og 65-70% markaðshlutdeild í færsluhirðingu og 65-70% markaðshlutdeild í posaleigu. Er fallist á rök Samkeppniseftirlitsins fyrir því að þegar svo háttar til séu miklar líkur á því að samrunafyrirtækið geti raskað þegar takmarkaðri samkeppni á tengdum mörkuðum með því að beita vogarafslshögðun milli einstakra markaða. Verður og að telja að með samrunanum verði til möguleiki, geta og efnahagslegur hvati hjá samrunafyrirtækinu til að beita keppinauta útilokandi aðgerðum. Getur þetta leitt til skertrar samkeppni þegar til

lengri tíma er litið til tjóns fyrir viðskiptavinum og keppinauta í ljósi þeirrar fákeppni sem þegar ríkir á skilgreindum mörkuðum. Þá er einnig til þess að líta að sú aðstaða á skilgreindum mörkuðum, sem yrði til við samrunann, leiðir til þess að söluaðilar geta samið við einn og sama aðila um alla þjónustu á mörkuðum sem hefur þá þýðingu að samrunafyrirtækið styrkti enn frekar markaðsráðandi stöðu sína.

Með vísun til þess, er hér var sagt, getur nefndin því ekki fallist á aðalkröfu áfrýjanda um að hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins verði felld úr gildi.

Eins og fyrr segir hefur áfrýjandi borið fram varakröfu, sem felur í sér að umræddur samruni verði heimilaður með nánari skilyrðum sem tilgreind eru í kærinni. Af hálfu áfrýjanda hafa verið færð rök fyrir því, að umrædd skilyrði, komist þau til framkvæmda, muni leiða til þess, að þau skaðlegu áhrif umrædds samruna, er ella kynnu að standa í vegi fyrir lögmæti hans, verði ekki virk. Samkeppniseftirlitið hefur að sínu leyti andmælt varakröfunni með röksemdum um að skilyrðin muni ekki hafa í för með sér þau jákvæðu réttaráhrif, sem áfrýjandi heldur fram.

Áfrýjunarnefnd hefur gaumgæft umrædd skilyrði, sem áfrýjandi hefur sjálfur lagt til að samþykkt verði með þeim áhrifum að samruninn geti farið fram. Er það álit nefndarinnar að þegar allt framangreint er virt í heild hafi áfrýjandi ekki sýnt fram á með óyggjandi hætti að skilyrðin komi í veg fyrir þau skaðlegu áhrif sem samruninn myndi hafa í för með sér.

Með þessum athugasemdum og að öðru leyti með vísan til forsendna hinnar áfrýjuðu ákvörðunar ber að staðfesta hana.

Úrskurðarorð

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2009 frá 30. janúar 2009 er staðfest.

Reykjavík, 2. maí 2009

Páll Sigurðsson

Brynhildur Benediksdóttir

Helgi I. Jónsson

Rétt endurrit staðfestir: