

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 1/2009

Valitor hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með bréfi, dagsettu 12. janúar 2009, hefur Valitor hf. kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 62/2008, frá 15. desember 2008. Í hinni kærðu ákvörðun komst eftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði ekki sýnt fram á að erindi hans um undanþágu til ákvörðunar og setningar milligjalds á innanlandsmarkaði fyrir kreditkortaviðskipti uppfyllti skilyrði 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 sem sett eru fyrir undanþágu frá bannákvæðum laganna, sbr. 10. og 12. gr. laganna. Var því beiðni áfrýjanda um undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga hafnað.

Af hálfu áfrýjanda er þess aðalleg krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi þar sem setning milligjalds sem endurspeglir raunkostnað áfrýjanda falli ekki undir 12. sbr. 10. gr. samkeppnislaga. Verði talið að 12. sbr. 10. gr. samkeppnislaga eigi við um setningu milligjaldsins er þess til vara krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og áfrýjanda veitt undanþága á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga. Verði ekki fallist á að

veita undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga þá er til þrautavara krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og því beint til Samkeppniseftirlitsins að taka ákvörðun að nýju.

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

II.

Helstu málavextir

Hinn 17. september 2007 barst Samkeppniseftirlitinu erindi áfrýjanda þar sem óskað var eftir því að eftirlitið samþykkti að áfrýjandi ákvæði og setti á svonefnt milligjald (e. IRF/Interchange Reimbursement Fee eða MIF/Multilateral Interchange Fee) á innanlandsmarkaði fyrir greiðslukortaviðskipti. Óskað var eftir undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga teldi Samkeppniseftirlitið gjaldið falla undir 10. gr. sömu laga.

Í erindinu kom fram að áfrýjandi starfi sem vinnsluaðili í kortaútgáfu og útgefandi fyrir hönd banka og sparisjóða, sem vinnsluaðili í færsluhirðingu og sem færsluhirðir í greiðslukortaviðskiptum. Sá háttur sé hafður á hjá fyrirtækjum sem vinni kort til útgáfu að þau taki við ákveðnu gjaldi, svokölluðu milligjaldi, af þeim sem sjái um færsluhirðingu. Alþjóðlegu kortafélögin VISA og MasterCard hafi gefið út töflur þar sem fram komi milligjald fyrir einstakar tegundir korta og tegundir kortafærslna. Hafi ekki verið skráð sérstakt milligjald fyrir innanlandsmarkað viðkomandi lands fari uppgjör fram í samræmi við þessar töflur.

Ástæða þess að áfrýjandi stefnir að skráningu sérstaks milligjalds fyrir innanlandsmarkað hér á landi, sem kæmi í stað þess sem sett hafi verið af VISA EU, sé að fjármagnskostnaður á Íslandi hafi þróast með þeim hætti að ekki sé hægt að vinna innan ramma Evrópumeðaltals sem útreikningur VISA EU miðist við. Í þeim útreikningum sé miðað við rúmlega 4% ársvexti á fjármagn en þeir séu u.þ.b. 10 prósentustigum lægri en stýrivextir hér á landi. VISA EU hafi reglulega látið vinna kostnaðargreiningu fyrir íslenska markaðinn sem endurskoðuð hafi verið af hlutlausum endurskoðanda. Á

grundvelli þessarar greiningar hafi áfrýjandi óskað eftir heimild, sem „principal member“ að VISA EU fyrir íslenska markaðinn, að skrá [...] ¹ milligjald sem gildi fyrir alla færsluhirða og útgjafendur sem starfi á hinum íslenska markaði.

Í því skyni að leggja mat á áhrif af þeirri breytingu sem lagt var til í erindi áfrýjanda var erindið sent eftirgreindum aðilum til umsagnar: Borgun hf., Kortþjónustunni ehf., Samtökum verslunar og þjónustu, Samtökum ferðaþjónustunnar, Högum hf., Norvik hf., Samkaupum hf., Skeljungu hf., N1 hf. og Olíuverslun Íslands hf.

Hinn 7. mars 2008 sendi Samkeppniseftirlitið áfrýjanda bréf, þar sem athygli hans var vakin á nokkrum atriðum og frumniðurstaða eftirlitsins kynnt. Var áfrýjanda bent á að það gæti komið sjónarmiðum sínum að varðandi þessi atriði eða bætt úr ágöllum á undanþágubeiðni félagsins. Í bréfi dagsettu 29. apríl 2008 kom áfrýjandi að frekari sjónarmiðum vegna undanþágubeiðni sinnar.

Málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir.

Hinn 15. desember 2008 tók Samkeppniseftirlitið ákvörðun í málinu. Ákvörðunarorðin eru svohljóðandi:

„Samkeppniseftirlitið telur ekki að Valitor hf. hafi sýnt fram á það í gögnum sem hafa verið afhent að erindi um undanþágu til ákvörðunar og setningu milligjalds á innanlandsmarkaði fyrir kreditkortaviðskipti uppfylli skilyrði 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 sem sett eru fyrir undanþágu frá bannákvæðum laganna, sbr. 10. og 12. gr. laganna. Beiðni Valitors hf. um undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga er hafnað.“

¹ Trúnaðarmál

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 28. janúar 2009, athugasemdir áfrýjanda 9. febrúar 2009 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins 13. febrúar 2009. Þá var málið sent Borgun hf. og Kortþjónustunni ehf. til kynningar og fyrirtækjunum veittur kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu. Athugasemdir Kortþjónustunnar ehf. bárust 10. febrúar 2009 og athugasemdir Borgunar hf. þann 23. febrúar s.á. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðir Kortþjónustunnar ehf. og Borgunar hf. bárust 2. mars 2009.

III.

Helstu sjónarmið málsaðila

Sjónarmið áfrýjanda

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að hvorki sé hægt að heimfæra setningu landsbundins milligjalds hér á landi undir 10. né 12. gr. samkeppnislaga og sé því ákvörðun Samkeppniseftirlitsins efnislega röng. Áfrýjandi mótmælir því sjónarmiði eftirlitsins að umrætt milligjald falli undir 10. gr. samkeppnislaga og bendir á að þrátt fyrir óljósan rökstuðning eftirlitsins segi hvergi að ákvörðun áfrýjanda fari í bága við hana. Einnig mótmælir hann þeim skilningi að hann sé samtök fyrirtækja í skilningi 12. gr. laganna.

Áfrýjandi bendir á að hann starfi sem hlutafélag og sé að öllu leyti sjálfstæður frá eigendum sínum. Þannig gerast útgefendur ekki aðilar að áfrýjanda í sama skilningi og með VISA EU eða MasterCard. Þvert á móti verða útgefendur að fylgja þeim reglum sem VISA EU setji. Hluti útgefenda séu hluthafar í áfrýjanda, en aðrir hafi einungis útgáfusamning við fyrirtækið. Allar helstu ákvarðanir áfrýjanda séu teknar af stjórn þess og megi t.a.m. benda á að engin óeðlileg ákvæði séu í samþykktum áfrýjanda og sé honum ekki kunnugt um að neitt hluthafasamkomulag sé í gildi milli hluthafa um stjórnun þess. Hafi því minni hluthafar afar takmörkuð áhrif á ákvarðanir áfrýjanda.

Einnig bendir áfrýjandi á að auk þess að starfa sem færsluhirðir og vinnsluaðili í kortaútgáfu haldi fyrirtækið utan um hópaðild að VISA EU fyrir hönd útgefenda hér á landi. Sé þar um að ræða ákveðna þjónustu sem áfrýjandi veiti útgefendum, svo hver og

einn þeirra þurfi ekki að gerast sérstakur aðili að VISA EU. Sé sú þjónusta byggð á útgáfusamningum áfrýjanda við hvern og einn útgefanda. Velji útgefendur þannig að kaupa þessa þjónustu af áfrýjanda frekar en að gerast aðilar að VISA EU kerfinu hver fyrir sig. Það breyti því ekki að hver og einn útgefandi sé aðili að VISA EU í gegnum hópaðildina, en ekki aðili að áfrýjanda í sama skilningi og útgefendur séu aðilar að VISA EU eða MasterCard. Það sé ekkert sem skyldi útgefendur VISA kreditkorta hérlendis að eiga aðild að VISA EU í gegnum hópaðild áfrýjanda. Séu þannig a.m.k. tveir þeirra sjálfstæðir aðilar að VISA EU þótt þeir séu jafnframt innan hópaðildar áfrýjanda af hagkvæmnisástæðum.

Áfrýjandi telur það ekki rétt sem fram komi í hinni kærðu ákvörðun að hann hafi óskað eftir því að ákvarða og setja „fyrir hönd íslenskra banka og sparisjóða, sérstakt samræmt milligjald vegna notkunar VISA greiðslukorta hjá íslenskum söluaðilum.“ Áfrýjandi hafi aldrei óskað eftir því að gjaldið yrði sett fyrir hönd annarra aðila. Hafi það heldur aldrei komið fram undir rekstri málsins, hvorki munnlega né skriflega. Sé ósk áfrýjanda í undanþágubeiðninni umorðuð þannig að í henni felist eitthvað annað en hún í raun og veru lúti að. Milligjöld séu ekki og hafi ekki verið ákvörðuð af einstökum bönkum og sparisjóðum hvorki hér á landi né erlendis.

Áfrýjandi telur að lýsa megi starfsemi hans þannig að hann bjóði uppá þjónustu annars vegar fyrir söluaðila og hins vegar fyrir útgefendur. Meðal þeirra þjónustuliða sem boðið sé uppá fyrir söluaðila sé daglegt uppgjör á færslum, þrátt fyrir að korthafar borgi ekki fyrir en eftir mánuð eða eftir atvikum síðar. Meðal þeirra þjónustuliða sem útgefendum sé boðið uppá megi nefna vinnslu sjálfra kortanna. Þá sé áfrýjandi skyldugur til þess samkvæmt reglum VISA EU að gera daglega upp við aðra færsluhirða í uppgjörskerfi VISA EU. Séu allar færslur þannig gerðar upp af VISA EU, sem jafnframt sjái um að draga frá viðeigandi milligjald samkvæmt þeim reglum sem gilda í hverju tilfelli hvort heldur um ræðir landsbundið milligjald eða „default“ gjaldið. Áfrýjandi haldi utan um og beri kostnað af hinu svokallaða „free funding“ tímabili korthafa, en ekki útgefendur. Þrátt fyrir það geri áfrýjandi samkvæmt reglum VISA EU daglega upp við aðra færsluhirða sem geti því samstundis greitt söluaðilum. Dragi VISA EU ákveðna fjárhæð frá því

uppgjöri á grundvelli „default“ milligjaldsins. Jafnframt sé útgefendum síðan greitt mánaðarlega fyrir þá þjónustu sem þeir veiti söluaðilum, s.s. vegna greiðsluábyrgðar sem útgefendur veita. Sé sú þjónusta augljóslega í þágu söluaðila, enda tryggi hún þeim greiðslu jafnvel þó korthafi hafi ekki átt fyrir viðkomandi vöru.

Áfrýjandi telur að mál þetta snúist um það hvort áfrýjanda sé sem vinnslu- og fjármögnunaraðila í kreditkortaútgáfu heimilt að taka gjald sem nemi raunkostnaði hans fyrir þá þjónustu sem hann veiti. Snúist því málið í raun um það hvort sjálfstæðu fyrirtæki með sjálfstæða stjórn sé heimilt að rukka fyrir þjónustu sína sem nemi þeim kostnaði sem á það falli. Telur áfrýjandi að slík ákvörðun falli ekki undir 12. sbr. 10. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi hafi þó viljað hafa vaðið fyrir neðan sig og hafi því sótt um undanþágu til Samkeppniseftirlitsins, teldi það setningu slíks gjalds falla undir bannákvæði samkeppnislaga.

Áfrýjandi telur að þar sem hvorki sé um sameiginlega ákvörðun fyrirtækja eða ákvörðun samtaka fyrirtækja að ræða brjóti ákvörðun hans um að setja landsbundið milligjald ekki gegn samkeppnislögum. Áfrýjandi bendir á að, jafnvel þótt talið verði að um brot á ákvæðum samkeppnislaga sé að ræða þá leiði sú staðreynd að það sé hvorki markmið né afleiðing gjaldsins að samkeppni takmarkist, til sömu niðurstöðu.

Áfrýjandi bendir á að þar sem stærsti hluti þess kostnaðar sem milligjaldinu sé ætlað að standa undir falli á áfrýjanda en ekki útgefendur, sé það rangt sem fram komi í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að útgefendur hafi hag af því að milligjald sé sem hæst. Milligjaldinu sé ætlað að standa undir sannanlegum kostnaði þ.e. fjármagnskostnaði.

Áfrýjandi vísar til þess að það séu kreditkortafyrirtæki hér á landi en ekki einstakir kortaútgefendur sem sjái um öll samskipti við færsluhirða fyrir milligöngu VISA NET og standi straum af mestum kostnaði vegna kreditkortakerfisins hér á landi. Kreditkortakerfi sé því ekki uppbyggt á þann hátt að samkeppni milli útgefenda um milligjald sé til staðar og því ekki unnt að takmarka samkeppni sem ekki sé til staðar. Áfrýjandi telur gjaldið gera það að verkum að núverandi fyrirkomulag kerfisins sé mögulegt.

Þá bendir áfrýjandi á að meginröksemdir Samkeppniseftirlitsins fyrir þeirri niðurstöðu að setning milligjalds falli undir 12. sbr. 10. gr. samkeppnislaga lúti að því að verið sé að takmarka mögulega samkeppni milli útgefenda við ákvörðun milligjalds. Útgangspunkturinn í þeim rökum virðist vera sá að hægt sé að starfrækja greiðslukortakerfi án milligjalds. Áfrýjandi vill í þessu sambandi benda í fyrsta lagi á að hann starfi innan VISA EU kortakerfisins og í því kerfi séu milligjöld til staðar og það sé ekki á forræði áfrýjanda að breyta því. Í öðru lagi sé það ekki rétt hvað kreditkort varðar að hægt sé að starfrækja greiðslukortakerfi án milligjalds.

Áfrýjandi telur að þar sem sá útgangspunktur Samkeppniseftirlitsins að kreditkortakerfi geti þrífist án milligjalds sé ekki byggður á réttum forsendum verði að meta allan rökstuðning eftirlitsins hvað varði mögulega samkeppni milli kortaútgefenda við ákvörðun milligjalds í því ljósi. Áfrýjandi telur slíka samkeppni illfrankvæmanlega vegna þeirrar einföldu staðreyndar að hver færsluhirðir þyrfti að gera tugþúsundir samninga við hvern og einn söluaðila um hirðingu á færslum hvernar og einnar kortategundar. Þá myndi það að öllum líkindum leiða til mun hærra milligjalds en þess sem undanþágubeiðnin lúti að, sem einungis endurspegli raunkostnað.

Áfrýjandi bendir á að grundvöllur VISA EU kerfisins sem hann sé aðili að byggist á að milligjöld séu samræmd. Séu þau ekki sett sérstaklega fyrir hvern landsmarkað, gildi „default“ gjald VISA EU. Það sé ekki á forræði áfrýjanda að breyta því kerfi. Til að samkeppni milli útgefenda um milligjöld væri möguleg þyrfti Ísland því að skipta um kerfi.

Fallist áfrýjunarnefndin ekki á að setning milligjalds í kreditkortaviðskiptum falli utan 10. gr. og 12. sbr. 10. gr. samkeppnislaga og undanþágu því ekki þörf, byggir áfrýjandi á því að skilyrði 15. gr. laganna um undanþágu sé uppfyllt.

Áfrýjandi telur að rökstuðningur í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, þess efnis að skilyrði 15. gr. samkeppnislaga séu ekki uppfyllt, lúti fyrst og fremst að tilvist milligjalds sem

slíks og hafi eftirlitið farið út fyrir undanþágubeiðni hans og metið atriði sem ekki hafi verið sótt um. Þrátt fyrir að undanþágubeiðnin hafi verið orðuð svo að áfrýjandi „ákveði og setji á svonefnt milligjald... á innanlandsmarkaði fyrir greiðslukortaviðskipti“ verði að meta hvort skilyrði 15. gr. séu uppfyllt út frá afleiðingum aðgerðanna. Milligjald sé þegar við lýði hér á landi og sé Samkeppniseftirlitinu fullkunnugt um það. Það að gjaldið endurspegli raunkostnað áfrýjanda, hvort sem er til hækkunar eða lækkunar frá núverandi gjaldi, sé afleiðing þess að sett verði á landsbundið milligjald hér á landi og telur áfrýjandi að mat á því hvort skilyrði 15. gr. séu uppfyllt eigi að lúta að þeim afleiðingum.

Þá telur áfrýjandi að túlkun Samkeppniseftirlitsins á 15. gr. samkeppnislaga í þessu máli sé í ósamræmi við fyrri stjórnsluframkvæmd þess. Þannig séu skilyrðin túlkuð á annan hátt nú en í fyrri ákvörðunum auk þess sem mun strangari kröfur séu lagðar á herðar áfrýjanda um sönnunarbyrði en á aðila máls í fyrri ákvörðunum eftirlitsins. Vísar áfrýjandi m.a. til ákvarðana Samkeppniseftirlitsins nr. 61/2008 og 58-59/2008.

Áfrýjandi bendir á að svo virðist sem Samkeppniseftirlitið dragi hina nýju túlkun á 15. gr. samkeppnislaga af ákvörðun Framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins í MasterCard málinu frá 19. desember 2007. Sú nálgun standist ekki stjórnslulög enda sé stjórnvaldi óheimilt að túlka lög á annan hátt en í eldri málum nema lagabreyting komi til. Ennfremur hvíli sú skylda á stjórnvöldum að leysa úr sambærilegum málum með sambærilegum hætti.

Hvað varðar a-lið 15. gr. samkeppnislaga bendir áfrýjandi á að nær óumdeilt sé meðal söluaðila og annarra að tilkoma kreditkorta hafi falið í sér miklar efnahagslegar framfarir. Þá sé það ákvörðun hvers söluaðila fyrir sig hvort neytendur allir eða aðeins kreditkorthafar greiði fyrir þá þóknun sem þeir borgi færsluhirðum. Með daglegum uppgjörum kreditkorta geta söluaðilar nú fengið greitt samstundis þrátt fyrir að í raun sé um eiginleg reikningsviðskipti að ræða. Fyrir það greiði þeir milligjald sem m.a. taki mið af fjármagnskostnaði, en þess í stað geta þeir ávaxtað fjármunina þar til korthafi greiði að lokum fyrir vöruna. Með því jafni þeir í raun út kostnaðinn af „free funding“ tímabilinu.

Þá bendir áfrýjandi á að hagur söluaðila af greiðsluábyrgð þeirri sem útgefendur veita sé ótvíræður.

Hvað varðar b-lið 15. gr. samkeppnislaga bendir áfrýjandi á að lykilatriðið sé hvort neytendur sem heild fái hlut í ávinningnum, en ekki hvort hver og einn neytandi fái hann. Neytendur sem greiði með kreditkorti greiði nú þegar fyrir þann margvíslega kostnað sem hljótist af notkun peninga. Þá ríki hörð samkeppni meðal einstakra kortaútgefenda hér á landi. Hljóti allir neytendur að njóta góðs af þeirri samkeppni eins og samkeppni almennt.

Hvað varðar c-lið 15. gr. samkeppnislaga bendir áfrýjandi á að ætluð höft sem í setningu landsbundins milligjalds felast séu eingöngu þau að milligjald endurspegli raunkostnað áfrýjanda í stað þess að miðað sé við „default“ gjald VISA EU. Þau höft séu nauðsynleg þar sem annað fyrirkomulag sé illfrankvæmanlegt.

Hvað varðar d-lið 15. gr. samkeppnislaga bendir áfrýjandi á að í hinni kærðu ákvörðun virðist Samkeppniseftirlitið ætla áfrýjanda að sanna með óyggjandi hætti að það sé útilokað að samkeppni raskist á markaði fyrir færsluhirðingu. Áfrýjandi geti ekki fullnægt slíkri sönnunarbyrði, auk þess sem hún sé ekki í samræmi við fyrri framkvæmd eftirlitsins. Rannsóknarregla stjórnisýslulaga geri þær lágmarkskröfur til eftirlitsins að kanna, eða a.m.k. rökstyðja í hverju sú röskun gæti verið fólgin. PBS sé ekki lengur eini keppinautur áfrýjanda í færsluhirðingu VISA kreditkorta heldur hafi Borgun hf. nú fengið leyfi til þeirrar starfsemi. Jafnvel þó svo ólíklega færi að PBS hyrfi af markaði af einhverjum orsökum, væri því ekki komið í veg fyrir samkeppni á honum.

Áfrýjandi mótmælir rökstuðningi Samkeppniseftirlitsins þess efnis að ástæða sé til að taka einnig afstöðu til milligjalds debetkorta í undanþágubeiðni áfrýjanda. Þannig hafi áfrýjandi takmarkaða aðkomu að vinnslu slíkra korta. Algjör eðlismunur sé á milligjaldi vegna kreditkorta annars vegar og debetkorta hins vegar. Milligjaldi vegna kreditkorta sé í meginatriðum ætlað að standa undir þjónustu sem áfrýjandi veiti, þ.e. fjármögnun „free funding“ tímabilsins. Milligjald debetkorta sé eðli máls samkvæmt mun lægra, en því sé að mestu ætlað að standa undir þjónustu sem hver og einn útgefandi veiti.

Þá bendir áfrýjandi á að ein helsta röksemd Samkeppniseftirlitsins fyrir því að setning landsbundins milligjalds geti leitt til röskunar á samkeppni sé að „Valitor aðgreini ekki með skýrum hætti starfsemi félagsins annars vegar sem aðili að útgáfu greiðslukorta og hins vegar sem færsluhirðir“. [...]²

Áfrýjandi telur að við meðferð Samkeppniseftirlitsins á undanþágubeiðni hans hafi a.m.k. þrjú ákvæði stjórnarsýslulaga verið brotin þ.e. 10., 11. og 13. gr. stjórnarsýslulaga. Þeir annmarkar séu verulegir og leiði til ógildingar.

Í fyrsta lagi telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið hafi brotið á andmælarétti hans, skv. 13. gr. stjórnarsýslulaga. Í bréfi eftirlitsins dagsettu 7. mars 2008 komi fram að taka yrði afstöðu til beggja kortategunda, þ.e. kredit- og debetkorta, við mat á því hvort leyfa ætti undanþágu vegna setningu landsbundins milligjalds. Þessu hafi áfrýjandi svarað í bréfi dagsettu 29. apríl s.á. með því að hann teldi ekki ástæðu vegna markaðsaðstæðna til að fjalla einnig um milligjöld vegna debetkorta á þessu stigi en að ef Samkeppniseftirlitið teldi nauðsynlegt að fjalla einnig um þau í heildarmati á lögmæti milligjaldsins væri áfrýjandi tilbúinn á síðara stigi að veita alla þá aðstoð og upplýsingar sem hann gæti. Frekari fyrirspurnir hafi ekki borist frá Samkeppniseftirlitinu vegna þessa en ákvörðun þess hafi síðan verið birt tæpu hálfu ári síðar. Í ákvörðuninni var m.a. á því byggt að ekki væri hægt að taka afstöðu til undanþágubeiðninnar þar sem nauðsynlegt væri að taka samtímis afstöðu til milligjalds vegna debetkorta. Telur áfrýjandi að hann hafi sýnt samvinnuvilja ef Samkeppniseftirlitið teldi nauðsynlegt að fjalla um bæði gjöldin saman. Því hafi hvílt sú skylda á Samkeppniseftirlitinu að tilkynna áfrýjanda að svarið frá 29. apríl 2008 hafi verið ófullnægjandi og að ekki væri unnt að taka afstöðu til beiðninnar nema samtímis yrði tekin afstaða til debetkorta.

Í öðru lagi telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnarsýslulaga með nýrri túlkun á samkeppnislögum sem ekki hafi verið byggt á í eldri ákvörðunum þar sem sambærileg mál hafa verið afgreidd. Þá sé lögð mun strangari

² Trúnaðarmál

sönnunarbyrði á áfrýjanda en á aðra aðila í sambærilegum málum um að hann sýni fram á að skilyrði 15. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt.

Þá telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið hafi í þriðja lagi brotið gegn 10. gr. stjórnsýslulaga um rannsóknarskyldu stjórnvalda. Eftirlitið hafi ekki á neinum stigum málsins leitað álits einstakra kortaútgefenda á málinu, þ.e. banka og sparisjóða. Þá hafi eftirlitið brotið gegn rannsóknarreglunni þegar það segi í hinni kærðu ákvörðun að ekki sé málefnalegt að byggja á kostnaðartölum frá árinu 2005 við ákvörðun milligjalds á árinu 2008. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins dags. 7. mars 2008 komi fram sú afstaða þess að útreikningur á samræmdu milligjaldi þyrfti að grundvallast á nýjustu upplýsingum um þann kostnað sem gjaldinu sé ætlað að standa undir en að það hafi ekki verið gert í undanþágubeiðni áfrýjanda. Hafi þessu verið svarað með bréfi áfrýjanda dags. 29. apríl s.á á þann veg að eina breytingin frá þeim tölum sem lagðar hafi verið fram með undanþágubeiðninni séu hærri stýrivextir. Hafi áfrýjandi talið þetta nægjanlegt svar en að ef Samkeppniseftirlitið teldi þrátt fyrir það nauðsynlegt að leggja fram alveg nýja útreikninga leiði það af 10. og 13. gr. stjórnsýslulaga að það hefði átt að gera áfrýjanda viðvart um það.

Sjónarmið Samkeppniseftirlitsins

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er bent á að í erindi áfrýjanda frá 17. september 2007 og síðari bréfum hans til eftirlitsins vegna málsins hafi það verið eindregin skoðun hans að milligjaldið félli undir bann 10. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi hafi óskað eftir undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga til að setja samræmt milligjald sem gilda skyldi fyrir alla útgefendur á VISA greiðslukortum hér á landi. Hafi hann jafnframt fært rök fyrir því að túlka ætti 10. gr. samkeppnislaga með þeim hætti að samræmt milligjald félli undir ákvæðið og að skilyrði 15. gr. laganna væru uppfyllt. Tekið hafi verið fram að vegna reglna VISA EU og eðlis eignarhalds hans væri rétt að sækja um undanþágu frá banni 10. gr. samkeppnislaga og að hann væri rétti aðilinn til þess að krefjast slíkrar undanþágu. Í kæru haldi áfrýjandi því hins vegar fram að málið snúist nú um það „*hvort sjálfstæðu fyrirtæki sé heimilt að rukka fyrir þjónustu sína sem nemur kostnaði sem á það fellur*“ og „*fráleitt*“ sé að setning samræmnds milligjalds falli undir bann samkeppnislaga við

samkeppnishamlandi samráði. Gerir Samkeppniseftirlitið athugasemdir við þessar breytingar á málatilbúnaði áfrýjanda, sem sé í ósamræmi við fyrri sjónarmið og rök sem fram komi í hinni kærðu ákvörðun.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi sé í eigu eignarhaldsfélagsins Valitor Holding hf. sem sé í eigu banka og sparisjóða. Áfrýjandi sé „*principal member*“ að VISA EU fyrir íslenska markaðinn og fari þannig með hópaðild að VISA EU fyrir VISA kortaútgefendur á Íslandi. Þá hafi áfrýjandi sett árið 2003 staðarreglur/landsreglur um VISA greiðslukort hér á landi. Taki reglur þessar til allra VISA greiðslukorta sem gefin séu út hér á landi og leggi ýmsar skyldur á bæði kortaútgefendur og færsluhirða. Áfrýjandi hafi gert samninga við banka og sparisjóði um útgáfu VISA greiðslukorta. Þann 11. febrúar 2005 hafi verið gerðir efnislega samhljóða samningar við viðskiptabankanna þrjá og telur Samkeppniseftirlitið ljóst af ákvæðum samninganna að áfrýjandi sé þjónustufyrirtæki í eigu 23 keppinauta á sviði kortaútgáfu og annarrar fjármálaþjónustu. Þessir keppinautar hafi falið áfrýjanda að fara með aðild þeirra að VISA EU og gert við hann staðlaða samninga um kortaútgáfu. Á grundvelli þessa hafi áfrýjandi sett reglur sem þessir keppinautar verði að fara eftir varðandi starfsemi þeirra á markaðnum. Sökum þess megi segja að þessir kortaútgefendur hafi falið eða framselt til áfrýjanda umtalsvert ákvörðunarvaldi á þessu sviði. Í krafti þessarar stöðu geti áfrýjandi sett samræmt milligjald sem „*gildi fyrir alla færsluhirða og útgefendur sem starfa á hinum íslenska markaði*“, sbr. bréf hans frá 17. september 2007. Vegna þessarar stöðu hafi áfrýjandi talið rétt að fá undanþágu frá banni samkeppnislaga við verðsamráði vegna setningar samræmds milligjalds, sbr. bréf hans frá 19. febrúar 2008.

Samkeppniseftirlitið telur að ákvarðanir framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins um samskonar samræmd milligjöld hafi hér sérstaka þýðingu. Eftirlitið vísar sérstaklega til ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar frá 24. júlí 2002 í VISA II málinu og til ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar frá 19. desember 2007 í MasterCard málinu. Að mati eftirlitsins sé hin kærða ákvörðun í fullu samræmi við þessi fordæmi.

Samkeppniseftirlitið bendir á að bankar og sparisjóðir starfi á markaði fyrir útgáfu VISA greiðslukorta. Þessi fyrirtæki séu keppinautar m.a. á þessu sviði og sé óheimilt að hafa með sér hvers konar verðsamráð. Ljóst sé að kostnaður við kortaútgáfu liggi bæði hjá bönkum, sparisjóðum og kortafyrirtækjum. Milligjaldinu sé ætlað að vera greiðsla söluaðila, með milligöngu færsluhirða, til útgefenda fyrir veitta þjónustu en gjaldið hafi verið skilgreint sem kostnaður við vinnslu kortafærslna, fjármagnskostnaður og kostnaður fyrir ábyrgðarskuldbindingu. Milligjaldinu sé þannig ætlað að standa straum af kostnaði sem kortaútgefendur verði fyrir vegna veittrar þjónustu. Í stað þess að hver banki og sparisjóður ákveði sjálfstætt þetta verð sitt hafi þessir keppinautar falið áfrýjanda að samræma þessa verðlagningu þeirra. Sökum eignarhalds áfrýjanda og þess ákvörðunarvalds sem bankar og sparisjóðir hafa falið honum í gegnum umrædda hópaðild að VISA EU og þá samninga og reglur sem settar hafa verið á þeim grunni teljist áfrýjandi vera samtök fyrirtækja og setning hans á samræmdu milligjaldi fari gegn 12., sbr. 10. gr. samkeppnislaga. Ekki sé unnt að fallast á það með áfrýjanda að fyrirkomulag í starfsemi hans sé með allt öðrum hætti en hjá alþjóðlegu kortafélögunum.

Samkeppniseftirlitið telur að ákvörðun sem felist í sérstöku samræmdu innanlands milligjaldi takmarki samkeppni í kreditkortaútgáfu, m.a. hvað varðar gjaldtöku fyrir meinta þjónustu útgefenda við söluaðila. Samkvæmt reglum áfrýjanda skuli milligjaldið vera eitt og hið sama fyrir alla útgefendur VISA kreditkorta og sé þar með til þess fallið að takmarka einnig samkeppni á markaði fyrir færsluhirðingu þar sem gjaldið myndi gólf á þóknun sem söluaðilar greiði færsluhirðum. Áfrýjandi sé aðili að útgáfu kreditkorta hér á landi ásamt eigendum sínum og með ákvörðun og setningu sérstaks samræmnds milligjalds fyrir Ísland sem sé ófrávíkjanlegt bæði varðandi greiðendur og þiggjendur séu kortaútgefendur að ákveða sameiginlega og samræmda þóknun sér til handa. Greiðendur milligjaldsins eigi ekkert val og hlutur banka og sparisjóða í milligjaldinu, eigenda áfrýjanda, sé sá sami hjá öllum. Að mati Samkeppniseftirlitsins sé það með öllu óhugsandi að kostnaður banka og sparisjóða af þeim þáttum sem milligjaldinu sé ætlað að standa undir sé sá sami hjá þeim öllum. Í máli þessu hafi áfrýjandi þannig stigið fram og ákveðið nýtt milligjald sem gildi frávikslaust og bindandi gagnvart útgefendum kortanna og færsluhirðum sem annast færsluhirðingu vegna VISA kreditkorta. Þessi framkvæmd

staðfesti að mati eftirlitsins að áfrýjandi komi fram sem samtök fyrirtækja við ákvörðun og setningu umrædds milligjalds.

Samkeppniseftirlitið telur að málið snúist um að landsbundna milligjaldinu sé ætlað að vera gjald vegna kostnaðar sem söluaðilar greiði útgefendum fyrir veitta þjónustu, gjaldið sé greitt með milligöngu færsluhirða. Áfrýjandi sjálfur beri hluta af þessum kostnaði og bankar og sparisjóðir hafa einnig af þessu kostnað. Ákvörðun um milligjaldið sé á ábyrgð stjórnar áfrýjanda sem í sitji fulltrúar eigenda, þ.e. banka og sparisjóða. Þó svo að starfsmenn eða stjórnendur allra eigenda áfrýjanda sitji ekki í stjórn þá séu stjórnarmenn fulltrúar þeirra. Allar ákvarðanir séu teknar sameiginlegar og á ábyrgð eigenda og áfrýjandi teljist því vera samtök fyrirtækja að þessu leyti.

Samkeppniseftirlitið bendir á að framkvæmdastjórn Evrópusambandsins hafi alfarið hafnað samskonar sjónarmiðum VISA EU og MasterCard um að samræmd milligjöld geti ekki hamlað samkeppni. Hafa verði í huga að VISA greiðslukort hafi mjög mikla markaðshlutdeild hér á landi. Því sé augljóst að það verðsamráð sem felist í setningu samræmds milligjalds í þessu máli sé til þess fallið að hafa veruleg áhrif á samkeppni.

Hvað varðar þau sjónarmið áfrýjanda að samræmdu milligjaldi sé ætlað að standa undir kostnaði fyrir þjónustu sem hann veiti en ekki útgefendur bendir Samkeppniseftirlitið á að eðli og samsetning milligjaldsins og allur rökstuðningur áfrýjanda undir rannsókn málsins vísi til annars. Þá sé það hagur útgefenda að hafa milligjaldið sem hæst.

Hvað varðar þau sjónarmið áfrýjanda að kreditkortakerfið sé ekki byggt upp á þann hátt að samkeppni milli útgefenda um milligjald sé til staðar, að ekki sé hægt að takmarka samkeppni sem ekki sé til staðar og að samkeppni sé ekki möguleg á þessu sviði bendir Samkeppniseftirlitið á að bankar og sparisjóðir hafi fært verkefni og ákvörðunarvald til áfrýjanda. Á þeim grunni geti áfrýjandi ákveðið sameiginlegt milligjald og takmarkað samkeppni á þessu sviði.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að landsbundið milligjald eyði tilvist þess milligjalds sem VISA EU setji heldur sé hér um að ræða nýtt milligjald sem gildi í færsluhirðingu á Íslandi og samkvæmt upplýsingum áfrýjanda sjálfs sé það skráð sem slíkt hjá VISA EU.

Samkeppniseftirlitið bendir á að milligjald það sem áfrýjandi vísi til og segi að hafi verið við lýði hér á landi frá upphafi hafi ekki verið til skoðunar og því hafi ekki verið tekin afstaða eða ákvörðun um réttmæti þess gjalds og hvort það samrýmist samkeppnislögum. Það sé fyrst með erindi áfrýjanda frá 17. september 2007 sem tekið hafi verið til skoðunar hvort samræmt landsbundið milligjald í greiðslukortaviðskiptum, eins og það sé skilgreint og rökstutt í erindi áfrýjanda, falli undir bannákvæði samkeppnislaga, og hvort skilyrði 15. gr. laganna um undanþágu séu uppfyllt. Áfrýjandi hafi ekki haldið því fram að hann hafi sótt um heimild til þess að ákvarða og setja nýtt milligjald. Í öllum málflytningi áfrýjanda gagnvart Samkeppniseftirlitinu komi fram að þessu nýja landsbundna milligjaldi sé ætlað að koma í stað þessa tilvitnaða „default“ milligjalds en sé ekki breyting á því. Það sé því málefnalegt og í samræmi við erindi áfrýjanda og málflytning að Samkeppniseftirlitið hafi tekið afstöðu til þess hvort umrætt nýtt samræmt milligjald væri samrýmanlegt samkeppnislögum.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að túlkun eftirlitsins á 15. gr. samkeppnislaga í hinni kærðu ákvörðun sé í ósamræmi við fyrri stjórnarsýslufrankvæmd þess. Mál þetta sé ekki sambærilegt við þau mál sem áfrýjandi vísi til í kæru. Það varði ósk um að heimila verðsamráð á þjóðhagslega mjög mikilvægum markaði og því hafi eftirlitið eðlilega gert miklar kröfur til þess að áfrýjandi sýndi fram á að öll skilyrði 15. gr. samkeppnislaga væru uppfyllt.

Samkeppniseftirlitið telur að meta verði samkeppnisleg áhrif þess samræmda milligjalds sem áfrýjandi kynnti og sé það rökstudd niðurstaða eftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun að setning milligjalds í því formi sem lýst sé í upphaflegu erindi áfrýjanda falli undir bannákvæði samkeppnislaga. Á það sé ekki hægt að fallast með áfrýjanda að í málinu eigi mat á samkeppnislegum áhrifum landsbundins milligjalds eingöngu að taka til þess hvort einstakir skilgreindir kostnaðarþættir gjaldsins séu í samræmi við raunkostnað hans.

Milligjaldið taki til fleiri kostnaðarþátta en hjá áfrýjanda einum svo sem hjá bönkum og sparisjóðum. Það sé ekki hlutverk Samkeppniseftirlitsins að taka afstöðu til upphæðar gjaldsins sem slíks. Við mat á samkeppnislegum áhrifum milligjalds beri að greina hvort það geti mögulega raskað samkeppni á skilgreindum mörkuðum og sé svo þurfi að meta hvort áhrifin séu þess eðlis að skilyrði 15. gr. samkeppnislaga séu talin uppfyllt eða ekki. Hvíli sú skylda á áfrýjanda að sýna fram á með óyggjandi hætti að öll skilyrðin séu uppfyllt til þess að undanþága frá bannákvæðum samkeppnislaga sé veitt.

Hvað varðar skilyrði a-liðar 15. gr. samkeppnislaga telur Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi hafi ekki sýnt fram á það með haldbærum rökum að umrætt samræmt milligjald, þó svo að það taki mið af raunkostnaði áfrýjanda að hans eigin mati, sé nauðsynlegt og til þess fallið að stuðla að auknum tæknilegum og efnahagslegum framförum. Ekki hafi farið fram greining á því hvaða þjónustu sé verið að greiða þannig að ekki fari á milli mála að það sé réttur aðili í keðjunni sem greiði. Eftirlitið telur að áfrýjandi hafi ekki sýnt fram á að þeir kostnaðarþættir sem innifaldir séu í milligjaldinu, sem sótt sé um undanþágu fyrir, séu eðlilegir og réttmætir.

Hvað varðar skilyrði b-liðar 15. gr. samkeppnislaga telur Samkeppniseftirlitið að ekki hafi verið sýnt fram á að milligjöld séu nauðsynleg til starfrækslu greiðslukortakerfa eða nauðsynlegt sé að slík milligjöld séu samræmd af keppinautum. Greiðslukortamarkaðurinn sé almennt talinn mjög mikilvægur markaður í þjóðhagslegum skilningi. Hagsmunir neytenda séu miklir sem endurspeglar í veltu í viðskiptum þar sem greiðslukort séu notuð. Skipta megi þeim markaði annars vegar eftir veltu þar sem kreditkort séu notuð og hins vegar þar sem debetkort séu notuð hjá íslenskum söluaðilum. Það sé óumdeilt að kostnaður af notkun greiðslukorta, þar með talið umrætt milligjald, leggist á allt verðlag vöru og þjónustu hjá söluaðilum. Eigi það bæði við um milligjald vegna kreditkorta og debetkorta. Áfrýjandi hafi ekki sýnt fram á réttmæti þess að neytendur sem noti debetkort, sem varði nálega helming í veltu hjá söluaðilum þar sem greiðslukort séu notuð, skuli bera allan kostnað af milligjaldi fyrir kreditkort og eins að þeir sem noti kreditkort, með rúmlega helming af veltu, skuli bera kostnað af milligjaldi vegna debetkorta. Þá telur Samkeppniseftirlitið að áhrif milligjalds í verðlagi séu að

Þessu leyti ógagnsæ og upplýstur neytandi geti almennt ekki notið þeirrar hagkvæmni sem telja verði eðlilegt að hann njóti við notkun ódýrasta greiðsluformsins, sem sé staðgreiðsla. Meðan þessi uppsafnaði kostnaður renni inn í verð vöru og þjónustu verði að mati eftirlitsins með engu móti unnt að fullyrða að nær allir neytendur njóti mögulegs ávinnings af notkun kreditkortakerfisins þannig að samræmt milligjald vegna kreditkorta geti talist uppfylla skilyrði b-liðar 15. gr. samkeppnislaga.

Hvað varðar skilyrði c-liðar 15. gr. samkeppnislaga bendir Samkeppniseftirlitið á að með samræmdu milligjaldi séu lagðar augljósar kvaðir á bæði banka og sparisjóði og ekki síst á alla færsluhirða sem komi að viðskiptum þar sem VISA kreditkort séu notuð. Samkvæmt reglum hins alþjóðlega greiðslukortakerfis séu höftin þess eðlis að frá þeim verði ekki hnikað hvorki gagnvart útgefendum eða færsluhirðum. Vegna þessa stífa regluverks verði að gera ríkar kröfur til þess að áfrýjandi sýni með fullnægjandi hætti að ekki sé gengið lengra með höftunum en brýnustu nauðsyn beri til.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í athugasemdum við d-lið 15. gr. frumvarps sem orðið hafi að lögum nr. 107/2000 segi að komi samstarfið að verulegu leyti í veg fyrir samkeppni milli samstarfsaðilanna sé einungis unnt að veita undanþágu ef vænta megi kröftugrar samkeppni frá öðrum fyrirtækjum á markaði. Eftirlitið telur að samræmt milligjald sett af áfrýjanda fyrir hönd banka og sparisjóða hafi hamlandi áhrif á samkeppni í færsluhirðingu vegna VISA kreditkorta. Milligjaldið verði allir færsluhirðar að greiða útgefendum og myndi gjaldið því gólf í verðlagningu færsluhirða gagnvart söluaðilum. Í eðlilegum rekstri geti þeir ekki verðlagt sína þjónustu undir þessu milligjaldi. Þetta takmarki samkeppni milli færsluhirða á þeim markaði. Hlutdeild VISA kreditkorta í færsluhirðingu kreditkorta á Íslandi sé 65-70% og verði það að teljast verulegur hluti viðkomandi markaðar. Samræmt landsbundið milligjald hindri samkeppni milli útgefenda sem hafi síðan hamlandi áhrif á samkeppni færsluhirða gagnvart söluaðilum og því sé skilyrði d-liðar 15. gr. samkeppnislaga ekki uppfyllt.

Samkeppniseftirlitið telur að nauðsynlegt sé að taka einnig afstöðu til milligjalds debetkorta í undanþágubeiðni áfrýjanda þar sem færsluhirðar greiði útgefendum

milligjald bæði vegna kreditkorta og debetkorta. Færsluhirðar semji við söluaðila um heimild þeim til handa að taka við greiðslukortum sem greiðslumiðlum í viðskiptum við korthafa. Það sé viðurkennd staðreynd að í núverandi viðskiptaumhverfi sé öllum söluaðilum nauðsynlegt að geta tekið við báðum greiðslumiðlum ætli þeir sér að vera samkeppnishæfir. Að sama skapi sé það almenna reglan að langflestir neytendur séu handhafar beggja kortategundanna og noti þau jöfnum höndum í viðskiptum. Að því leyti sé um að ræða staðgöngu og því mikilvægt fyrir færsluhirða að geta samið við söluaðila um færsluhirðingu beggja kortategunda.

Einnig bendir Samkeppniseftirlitið á að áfrýjandi sé með sitt eigið greiðslukortakerfi, landskerfi. Færslur sem hann hirði hjá íslenskum söluaðilum, þar sem íslensk VISA kreditkort séu notuð, fari ekki um alþjóðlega VISA greiðslukortakerfið (VISA NET) heldur landskerfið. Í landskerfinu séu greiðslur (milligjald) til útgefenda ákveðnar af áfrýjanda en ekki notast við margnefnd „default“ milligjöld frá VISA EU. Eigi það bæði við um debetkort og kreditkort. Keppinautar áfrýjanda í færsluhirðingu t.d. Kortþjónustan/PBS fari ekki með sínar færslur um landskerfi áfrýjanda heldur um alþjóðlega VISA NET kerfið þar sem „default“ milligjöldin gildi í uppgjöri. Séu milligjöldin fyrir debetkort í því kerfi mun hærri en í landskerfi áfrýjanda. Það sé því ljóst að samkeppnisleg staða færsluhirða gagnvart söluaðilum taki til milligjalda beggja kortategundanna. Hafi áfrýjandi í þessu máli, eftir leiðréttingu á upphaflegu erindi, sótt um undanþágu fyrir samræmt milligjald fyrir kreditkort sem sé verulega herra en „default“ gjaldið og telji óeðlilegt að tengja þá ákvörðun við milligjald í debetkortaviðskiptum. Þessi afstaða áfrýjanda hafi ótvírætt veruleg áhrif á samkeppnisstöðu Kortþjónustunnar/PBS gagnvart íslenskum söluaðilum. Með þessu sé áfrýjandi að óska eftir „leiðréttingu“ á því milligjaldi sem hann telur sér óhagstætt en hafni því að eðlilegt sé að „leiðrétta“ það milligjaldi sem sé honum hagstætt í samkeppni við aðra færsluhirða. Það sé mat Samkeppniseftirlitsins, vegna aðstæðna á umræddum markaði, að málefnalegt sé af samkeppnislegum ástæðum að um milligjöld beggja kortategundanna sé fjallað samtímis.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að brotið hafi verið gegn andmælarétti áfrýjanda. Í bréfi eftirlitsins til áfrýjanda, dags. 7. mars 2008, hafi honum verið gert ljóst að nauðsynlegt væri að taka afstöðu til milligjalda beggja kortategundanna. Hafi áfrýjanda verið boðið að koma á framfæri sjónarmiði sínu varðandi þetta sem og hann gerði. Sjónarmið hans um það mat Samkeppniseftirlitsins að eðlilegt væri að afstaða yrði tekin samtímis um milligjöld vegna debet- og kreditkorta hafi eingöngu verið þau að vegna markaðsaðstæðna teldi hann ekki ástæðu til þess.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að brotið hafi verið gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnarsýslulaga og mótmælir því sem órökstuddu að ómálefnaleg sjónarmið hafi ráðið niðurstöðu eftirlitsins. Niðurstaðan sé grundvölluð á málflutningi og rökum áfrýjanda, ítarlegum umsögnum keppinauta áfrýjanda á skilgreindum mörkuðum og að teknu tilliti til ákvarðana framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins í sambærilegum málum.

Að lokum mótmælir Samkeppniseftirlitið því að brotið hafi verið gegn 10. gr. stjórnarsýslulaga. Í bréfi eftirlitsins frá 7. mars 2008 sé frummati eftirlitsins lýst á helstu efnisatriðum málsins. Eitt af þeim atriðum hafi verið að eðlilegt væri að styðjast við nýjustu kostnaðartölur sem mögulegu milligjaldi væri ætlað að grundvallast á. Einnig hafi verið á það bent að það væri ekki hlutverk eftirlitsins að ákveða upphæð milligjaldsins. Sönnunarbyrðin um að skilyrði 15. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt hvíli á áfrýjanda. Áfrýjandi hafi hins vegar ekki nýtt tækifærið til að leggja fram fullnægjandi upplýsingar.

IV.

Niðurstaða

Málavöxtum, svo og kröfum og rökstuðningi málsaðila, hefur verið ýtarlega lýst hér að framan.

Áfrýjandi krefst þess, aðallega, að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi þar sem setning þess samræmda milligjalds, sem málið snýst um, falli ekki undir 12. sbr. 10. gr. samkeppnislaga. Til vara er þess krafist, verði talið að 12. sbr. 10. gr. samkeppnislaga eigi við um setningu milligjaldsins, að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og áfrýjanda veitt undanþága á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga. Til þrautavara er þess krafist, verði ekki fallist á að veita undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga, að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og því beint því til Samkeppniseftirlitsins að taka ákvörðun í málinu að nýju.

Áfrýjandi rökstyður kröfu sína um ógildinguna hinnar kærðu ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 62/2008 m.a. með því, að við meðferð málsins hafi eftirlitið brotið gegn 10., 11. og 13. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, sem hafa að geyma ákvæði um rannsóknarreglu, jafnræðisreglu og um andmælarétt.

Áfrýjunarnefndin tekur undir þá athugasemd Samkeppniseftirlitsins, að í upphaflegu erindi áfrýjanda til þess, dags. 17. september 2007, hafi áfrýjandi látið í ljósi þá skoðun, að umrætt milligjald á innanlandsmarkaði fyrir greiðslukortaviðskipti félli undir bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga. Á þeim skilningi Samkeppniseftirlitsins hafi beiðni hans um undanþágu frá nefndu banni með heimild í 15. gr. nefndra laga byggst, en að í kærnu til áfrýjunarnefndar hafi áfrýjandi síðan fallið frá fyrri skoðun sinni og málatilbúnaði, hvað þetta atriði varðar, og haldið því fram í kærinni að fráleitt sé að setning samræmds milligjalds, sem miðist við greiðslu fyrir kostnað áfrýjanda, falli undir bann 10. gr. samkeppnislaga við samkeppnishamlandi samráði. Enda þótt þessi viðsnúningur á málatilbúnaði áfrýjanda undir rekstri málsins sé vart eðlilegur að mati

áfrýjunarnefndar verður þó eigi talið, að hann sé óheimill að lögum. Lýtur sá síðari skilningur áfrýjanda á umræddu atriði, sem í kærðu hans felst, að aðalkröfu áfrýjanda, og felur í sér rökstuðning fyrir henni.

Um aðalkröfu áfrýjanda

Áfrýjunarnefndin fellst á röksemdir Samkeppniseftirlitsins, sem leiða til þeirrar niðurstöðu í hinni kærðu ákvörðun, að setning áfrýjanda á hinu samræmda milligjaldi, sem hér um ræðir, fari gegn 12., sbr. 10. gr. samkeppnislaga. Byggist sú niðurstaða nefndarinnar á þeim upplýsingum, sem fyrir liggja um eignarhald áfrýjanda og því ákvörðunarvaldi, sem bankar og sparisjóðir hafa falið honum, m.a. í tengslum við hópaðild að VISA EU og þá samninga og reglur, sem settar hafa verið á þeim grunni. Ljóst er, að umræddu milligjaldi er ætlað að standa straum af kostnaði sem útgefendur greiðslukorta verða fyrir vegna þeirrar kortaþjónustu, er þeir veita viðskiptavinum. Í stað þess að hver útgefandi greiðslukorta, sem á eignaraðild að áfrýjanda, ákveði þetta gjald á eigin spýtur og á grundvelli samkeppni við aðra útgefendur, hafa þessir keppinautar á sviði greiðslukortaviðskipta falið áfrýjanda að samræma verðlagningu gjaldsins, án þess að líkindi séu fyrir því að sá kostnaður, sem gjaldinu er ætlað að mæta, sé hinn sami hjá þeim öllum. Í því felst, að mati áfrýjunarnefndar, ólögmætt samráð skv. skýru ákvæði 10. gr. samkeppnislaga, sbr. einnig 12. gr. sömu laga, enda hefur umrædd ákvörðun um samræmt gjald tvímælalaust samkeppnishamlandi áhrif. Um þessi atriði öll vísast nánar til ýtarlegrar umfjöllunar og rökstuðnings í hinni kærðu ákvörðun, sem hér skal fallist á og tekið undir. Er þessi niðurstaða m.a. til samræmis við nýlega ákvörðun framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins um sambærileg samræmd milligjöld, sem vísað er nánar til í hinni kærðu ákvörðun.

Af þeirri ástæðu, sem hér var lýst, verður ekki fallist á aðalkröfu áfrýjanda.

Um varakröfu áfrýjanda

Að fenginni þeirri niðurstöðu, að setning umrædds milligjalds falli undir bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga, þarf að leysa úr því, hvort efni hafi verið til þess að taka til greina beiðni áfrýjanda um að setning milligjaldsins verði engu að síður leyfð á grundvelli

undanþáguheimildar skv. 15. gr. sömu laga. Í 1. mgr. þeirrar greinar eru talin upp, í fjórum aðgreindum liðum (a, b, c og d), skilyrði þess, að Samkeppniseftirlitið geti veitt undanþágu frá ákvæðum 10. og 12. gr. laganna. Eins og nefnt lagaákvæði er orðað verður að telja, að öllum skilyrðunum fjórum verði að vera fullnægt til þess að undanþága verði veitt og jafnframt, að almennar reglur stjórnisýsluréttar leiði til þess að það hvíli á þeim aðila, sem fer fram á undanþágu, að færa sönnur fyrir því, með sanngjörnum hætti, að öllum skilyrðunum sé fullnægt. Áfrýjunarnefndin fellst á og tekur undir þær röksemdir í hinni kærðu ákvörðun, sem leiða til þess að umræddum skilyrðum 1. mgr. 15. gr. teljist ekki vera fullnægt. Á það við um röksemdir, sem þar eru settar fram um hvern efnislið 1. mgr. um sig, en hér skal auk þess sérstaklega bent á, að með engu móti verður séð, að áfrýjandi hafi sýnt fram á, að hin umrædda, samræmda gjaldtaka hafi fullnægt því skilyrði í b-lið 1. mgr. að með henni hafi neytendum verið veitt sanngjörn hlutdeild í þeim ávinningi, sem af henni kann að hljóta.

Af þeirri ástæðu, sem hér var lýst, verður ekki fallist á varakröfu áfrýjanda.

Um þrautavarakröfu áfrýjanda

Telja verður, að áfrýjandi byggi þrautavarakröfu sína einkum á því, að meint brot Samkeppniseftirlitsins á þrem grundvallarreglum stjórnisýsluréttar, sem fram komi í 10., 11. og 13. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, við meðferð málsins á vegum eftirlitsins, eigi að leiða til ógildingar hinnar kærðu ákvörðunar. Að gaumgæfðum röksemdum beggja málsaðila varðandi þessa málsástæðu áfrýjanda, sem og fyrirliggjandi gögnum um meðferð málsins af hálfu Samkeppniseftirlitsins, getur áfrýjunarnefndin ekki fallist á, að brotið hafi verið gegn umræddum ákvæðum stjórnisýslulaga. Telja verður, að Samkeppniseftirlitið hafi, með fullnægjandi hætti, séð til þess að málið væri nægilega upplýst, áður en hin kærða ákvörðun var tekin, sbr. 10. gr. nefndra laga. Þá verða heldur ekki séð merki þess, að við úrlausn málsins hafi Samkeppniseftirlitið vikið frá ákvæði 11. gr. laganna um að gæta skuldi samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti. Að síðustu verður ekki annað séð en að áfrýjandi hafi átt þess nægilegan kost að tjá sig um efni máls, áður en ákvörðun var tekin, og hafa uppi andmæli, eftir því sem hann taldi nauðsyn til bera,

sbr. 13. gr. laganna. Engin efni eru til þess, að Samkeppniseftirlitinu verði gert að taka ákvörðun í málinu að nýju.

Verður því ekki fallist á þrautavarakröfu áfrýjanda.

Úrskurðarorð

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 62/2008, frá 15. desember 2008, er staðfest.

Reykjavík 4. apríl 2009

Páll Sigurðsson

Erla S. Árnadóttir

Kirstín Flygenring