



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Föstudagur 30. janúar 2009

Ákvörðun nr. 3/2009

**Kaup Valitors hf. á öllu hlutafé í  
Euro Refund Group North á Íslandi ehf.**

**Efnisyfirlit**

**bls.**

I. Málavextir og málsmeðferð .....	3
II. Samrunatilkynning .....	4
III. Sjónarmið keppinauta .....	5
1. Umsögn Kortþjónustunnar ehf. ....	5
2. Umsögn Borgunar hf. ....	6
3. Umsögn Global Refund á Íslandi ehf. ....	9
4. Frekari málsmeðferð .....	13
IV. Samruninn .....	13
V. Markaðir málsins .....	14
1. Vöru- og þjónustumarkaður .....	14
1.1 Sjónarmið samrunaaðila .....	14
1.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins .....	15
2. Landfræðilegur markaður .....	17
2.1. Markaður fyrir kortaútgáfu .....	17
2.2. Markaður fyrir færsluhirðingu o.fl. ....	17
2.2.1 Sjónarmið samrunaaðila .....	18
2.2.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins .....	18
2.3. Markaður fyrir endurgreiðslu á virðisaukaskatti .....	19
VI. Samkeppnisleg áhrif samrunans .....	19
1. Markaðshlutdeild, samþjöppun og staða á mörkuðum .....	22
1.1. Markaður fyrir greiðslukortaútgáfu .....	22
1.1.1 Sjónarmið samrunaaðila .....	22
1.1.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins .....	22
1.2. Markaður fyrir færsluhirðingu .....	23
1.2.1 Sjónarmið samrunaaðila .....	23
1.2.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins .....	23
1.3. Markaður fyrir gjaldeyrisumsnúning .....	24
1.3.1 Sjónarmið samrunaaðila .....	25
1.3.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins .....	25
1.4. Markaður fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna .....	25
1.5. Markaður fyrir posaleigu .....	26
1.6. Samþjöppun og HHI .....	26



2.	Eðli samruna þessa máls .....	27
2.1	Sjónarmið samrunaaðila .....	27
2.2	Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins .....	28
3.	Útilokunaráhrif .....	30
3.1	Möguleiki til að beita útilokun .....	33
3.2	Hvati samrunafyrirtækisins til að beita útilokun .....	35
3.2.1	Sjónarmið samrunaaðila .....	35
3.2.2	Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins .....	36
3.3	Áhrif útilokunar á samkeppni .....	42
3.4	Önnur tengd atriði .....	44
3.4.1	Áhrif á samrunaaðila .....	44
3.4.2	Áhrif á önnur fyrirtæki .....	46
VII.	Niðurstaða .....	48
VIII.	Ákvörðunarorð: .....	52



## I.

### Málavextir og málsmeðferð

Með bréfi, dags. 30. júlí 2008, var Samkeppniseftirlitinu tilkynnt um að kaupsamningur um kaup Valitors hf. (Valitor) á öllu hlutafé í Euro Refund Group North á Íslandi ehf. (ERG) hafi verið undirritaður þann sama dag. Í bréfinu er upplýst um veltu samrunaaðila á árinu 2007 og komist að þeirri niðurstöðu að skilyrði a. liðar 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga sé uppfyllt en sama sé 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 sé ekki uppfyllt og því sé ekki nauðsynlegt að tilkynna samrunann. Í samræmi við heimildarákvæði 4. mgr. 17. gr. b. hafi aðilar þó ákveðið að tilkynna eftirlitinu um kaupin og var óskað staðfestingar á því að samrunatilkynningar væri ekki þörf. Teldi Samkeppniseftirlitið hins vegar að samningurinn félli undir 3. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga væri þess óskað að aðilum yrði tilkynnt um það hið fyrsta.

Í bréfi til Valitors, dags. 13. ágúst 2008, tilkynnti Samkeppniseftirlitið aðilum samrunans að eftir nánari skoðun hafi Samkeppniseftirlitið ákveðið að krefja samrunaaðila um samrunatilkynningu sbr. 3. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga nr. 44/2005. Einnig var bent á að frestur skv. 17. gr. d. byrjaði að líða fyrsta virkan dag eftir að Samkeppniseftirlitinu bærst tilkynning sem uppfylli skilyrði 17. gr. a. og reglna nr. 684/2008.

Með bréfi, dags. 26. ágúst 2008, frá samrunaaðilum til Samkeppniseftirlitsins fylgdi samrunatilkynning. Í bréfinu segir að þar sem ekki sé um sömu markaði að ræða né lóðréttu tengingu þeirra, þannig að annar markaðurinn sé á fyrra eða seinna sölustigi en hinn, sé ekki um neina markaði að ræða þar sem áhrifa gæti í skilningi samkeppnisréttar. Telji samrunaaðilar að samruninn hafi ekki skaðleg áhrif á samkeppni og sé því ekki ástæða til að gera athugasemdir við hann.

Með bréfi, dags. 26. september 2008, tilkynnti Samkeppniseftirlitið málsaðilum að það teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, sbr. 1. ml. 1. mgr. 17. gr. d samkeppnislaga.

Að lokinni athugun á samkeppnislegum áhrifum samrunans sendi Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum andmælaskjal vegna samrunans, dags. 12. desember 2008, ásamt gagnalista. Var óskað eftir að athugasemdir bærust eigi síðar en 30. desember s.l. Í bréfi, dags. 23. desember 2008, barst Samkeppniseftirlitinu greinargerð samrunaaðila vegna andmælaskjalsins. Í greinargerð sinni við andmælaskjalinu gera samrunaaðilar athugasemdir við frummat Samkeppniseftirlitsins, svo sem skilgreingar á mörkuðum málsins og ýmis atriði sem varðar mat Samkeppniseftirlitsins á samkeppnislegum áhrifum samrunans. Þrátt fyrir þessar athugasemdir leggja samrunaaðilar fram tillögur að skilyrðum sem eytt gætu mögulegum neikvæðum samkeppnislegu áhrifum hans. Þar sem það er mat Samkeppniseftirlitsins að samruni þessi sé um margt



sérstæður þá var ákveðið að leita umsagnar keppinauta samrunaaðila um greinargerð þeirra vegna andmælaskjalsins.

Með bréfi, dags. 5. janúar 2009, tilkynnti Samkeppniseftirlitið 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.

Eins og að framan greinir þá leitaði Samkeppniseftirlitið á mismunandi stigum málsins umsagnar og sjónarmiða hjá keppinautum samrunaaðila á viðkomandi mörkuðum. Er gerð grein fyrir umsögnum þessara aðila í ákvörðun þessari eftir því sem ástæður gefa tilefni til.

## II.

### Samrunatilkynning

Í samrunatilkynningunni kemur fram að Valitor sé í eigu flestra banka og sparisjóða á Íslandi. Einnig kemur fram að Valitor starfi á markaði fyrir færsluhirðingu, bæði hérlandis og erlendis. Þá sé félagið vinnsluaðili í kreditkortaútgáfu fyrir hönd íslenskra banka og sparisjóða. Visa Ísland ehf. fari með hópaðild að Visa Europe. Valitor annist öll samskipti við Visa Europe vegna hópaðildarinnar en á milli Valitors og Visa Íslands ehf. sé samningur þess efnis. Valitor sé jafnframt aðili að MasterCard og hafi leyfi til greiðslumiðlunar með því vörumerki.

Þá segir að ERG sé í 100% eigu ERNG Holding Ltd. og að eigendur þess séu þrír aðilar. Dótturfélag ERG, Tax Free, veiti erlendum ferðamönnum þjónustu á þann hátt að það leysi til sín ávísanir fyrir virðisaukaskatt við brottför ferðamanna frá landinu eða eftir að þeir séu farnir utan með vörur sem keyptar hafi verið hér á landi. Uppgjörsskýrslu sé síðan skilað til skattstjóra tvisvar sinnum í mánuði og fái þá félagið endurgreidda heildarfjárhæð þess virðisaukaskatts sem ferðamenn búsettir erlendis hafi greitt af keyptri vöru samkvæmt uppgjörsskýrslu. Um starfsemi félagsins fari skv. reglugerð nr. 294/1997. Með kaupsamningi, dagsettum 30. júlí 2008, keypti Valitor allt hlutafé í ERG, þ. á m. er dótturfélag þess, Tax Free. Síðastnefnda félagið er aðeins með starfsemi á Íslandi en ERG hafi enga starfsemi (hér eftir verður aðeins vísað til Tax Free).

Aðdragandi samrunans er sagður hafa verið stuttur en í maí sl. hafi aðilar hafið viðræður um hugsanleg kaup Valitors á Tax Free. Þeim viðræðum hafi lokið með undirritun kaupsamnings þann 30. júlí sl. Fram kemur að markmið samrunans sé að geta boðið viðskiptavinum félaganna bætta þjónustu. Jafnframt að ná fram kostnaðarhagræðingu í rekstri félaganna, s.s. með sparnaði í yfirbyggingu, bókhaldi og öðrum slíkum kostnaði.

Þá segir að félögin verði áfram rekin sem tvö aðskilin félög. Tax Free verði þannig áfram rekið sem sérstakt félag og efnahags- og fjárhagsleg uppbygging þess verði með sama móti og hún sé í dag. Það sé hins vegar stefnt að því að Tax Free renni saman við starfsemi Valitors og sú þjónusta, sem Tax Free bjóði, verði hluti af þjónustu Valitors. Stefnt sé að því að þetta geti orðið um áramótin 2008-2009



en þá muni starfsemi Tax Free flytjast í húsnæði Valitors og rekstur félagsins muni renna inn í rekstur Valitors. Sé því um félagaréttarlegan samruna að ræða.

Samkvæmt kaupsamningi samrunaaðila mun samruninn ekki koma til framkvæmda fyrr en Samkeppniseftirlitið hefur fjallað um hann. Hvorugur samrunaaðila er sagður hafa þegið opinbera fjárhagsaðstoð samkvæmt 1. mgr. 61. gr. EES samningsins.

Samrunaaðilar áréttu að samruninn falli ekki undir veltumörk 1. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga og sé því ekki um tilkynningarskyldan samruna að ræða. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins dags. 13. ágúst sl. hafi samrunaaðilum hins vegar verið tilkynnt um þá ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að krefja samrunaaðila um samrunatilkynningu, í samræmi við heimildarákvæði 3. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga. Án þess að tekin sé afstaða til þess hvort skilyrði þeirrar málsgreinar séu uppfyllt hafi samrunaaðilar ákveðið að skila inn þessari samrunatilkynningu.

### III.

#### Sjónarmið keppinauta

Samkeppniseftirlitið hefur aflað sjónarmiða hjá hagsmunaaðilum á mörkuðum málsins, bæði á fundum og skriflega. Einnig hefur verið aflað viðbótar upplýsinga og gagna frá samrunaaðilum og öðrum félögum. Auk þessa hafa Samkeppniseftirlitinu borist ábendingar frá söluaðilum sem óska nafnleyndar. Samkeppniseftirlitinu bárust skriflegar umsagnir þriggja fyrirtækja um mat þeirra á mögulegum samkeppnislegum áhrifum samrunans. Verður gerð grein fyrir þeim.

#### 1. Umsögn Kortapjónustunnar ehf.

Umsögn og mat Kortapjónustunnar ehf. á samkeppnislegum áhrifum samrunans barst í bréfi, dags. 4. september 2008.

Fram kemur í umsögninni að með kaupnum muni markaðsráðandi fyrirtæki í færsluhirðingu á Íslandi, Valitor, eignast markaðsráðandi fyrirtæki í endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna, Iceland Refund. Þrátt fyrir að um sé að ræða tvo aðskilda markaði sé ljóst að viðskiptavinir þessara tveggja fyrirtækja, Valitor og Iceland Refund séu þeir sömu, þ.e.a.s. smásöluaðilar á Íslandi. Við þær aðstæður séu ávallt einhverjir möguleikar á því að fyrirtækin sjái sér hag í því að samtvinna vörur sínar og/eða þjónustu gagnvart kaupendum, þ.e. söluaðilum.

Þá segir að Kortapjónustan sé keppinautur Valitors á færsluhirðingamarkaði og telji engan vafa leika á því að möguleikar Valitors á því að samtvinna sölu á þjónustu sinni að einhverju leyti þjónustu Iceland Refund væri til þess fallnir að hafa skaðleg áhrif á markaði fyrir færsluhirðingu, sem nú þegar ríki skert samkeppni, sökum tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis.

Meða vísan til þessa telji Kortapjónustan eðlilegt, að samrunanum verði sett sérstök skilyrði sem banni alla samtönnun fyrirtækjanna, hvort sem við eigi um samtönnun við sjálfa meginstarfsemi fyrirtækjanna, eða samtönnun við hliðarþjónustu svo sem ráðgjöf eða þjálfun. Þá sé jafnframt þörf á því að setja



samrunanum það skilyrði að Valitor verði með öllu óheimilt að nota Iceland Refund á einhvern hátt til áhrifa á færsluhirðingarmarkaði, eða stuðla á nokkurn hátt að því að keppinautar séu útilokaðir.

## **2. Umsögn Borgunar hf.**

Umsögn og mat Borgunar hf. á mögulegum samkeppnislegum áhrifum samrunans barst í bréfi frá Andra Árnasyni, hrl., dags. 9. september 2008.

Fram kemur í umsögninni að Borgun starfi fyrst og fremst á sviði greiðslumiðlunar (færsluhirðing) og kreditkortaútgáfu, auk þess að starfa meðal annars á mörkuðum fyrir „posaleigu“ og „gjalddeyrisumsnúning“. Borgun sé í beinni samkeppni við Valitor, meðal annars á mörkuðum fyrir færsluhirðingu, „posaleigu“ og „gjalddeyrisumsnúning“.

Að mati Borgunar verði að telja að umræddur samruni kunni að hindra virka samkeppni. Því séu efni til að Samkeppniseftirlitið ógildi téðan samruna, eða setji honum skilyrði sem Samkeppniseftirlitið meti nauðsynleg til að fyrirbyggja þau skaðlegu samkeppnislegu áhrif sem af honum geti leitt. Er Borgun þannig ekki sammála því mati samrunaaðila að ekki sé um neina markaði að ræða þar sem áhrifa samrunans gætir í skilningi samkeppnisréttar.

Af hálfu Borgunar er bent á að jafnvel þó að fallist yrði á að kaupin feli hvorki í sér láréttan samruna (e. horizontal merger), né lóðréttan samruna (þar sem hvorugt fyrirtækjanna kaupi eða selji hinu vörur eða þjónustu sem aðili á öðru sölustigi) þá geti umræddur samruni allt að einu leitt af sér skaðleg samkeppnisleg áhrif í skilningi 17. gr. c. samkeppnislaga nr. 44/2005. Sé sú niðurstaða í samræmi við þau viðurkenndu sjónarmið innan samkeppnisréttar að samrunar milli tveggja eða fleiri fyrirtækja, sem starfi á „óskyldum mörkuðum“ (e. conglomerate merger), geti að tilteknum skilyrðum fullnægðum haft í för með sér skaðleg samkeppnisleg áhrif, sbr. meðal annars nýleg leiðbeinandi fyrirmæli Framkvæmdastjórnar ESB hér að lútandi.

Borgun bendir á að í samkeppnisrétti hafi verið talið að þegar um slíka samruna sé að ræða sé eðlilegt þegar lagt sé mat á skaðleg samkeppnisleg áhrif að horfa til: (i) mögulegra útilokunaráhrifa vegna samrunans (e. ability to foreclose); (ii) hvatir samrunaaðila til að ná fram útilokunaráhrifum (e. incentive to foreclose); og (iii) efnahagslegra afleiðinga slíkra útilokunaráhrifa (e. overall likely impact on prices and choice).

Að mati Borgunar verði að telja að þessum atriðum sé fyrir að fara varðandi hugsanlegan samruna Valitor og Euro Group North (Tax Free).

Fram kemur að Borgun geti ekki fallist á þá skilgreiningu samrunaaðila að markaðurinn fyrir færsluhirðingu nái „a.m.k. til allrar Evrópu“. Um þetta vísar Borgun meðal annars til þess rökstuðnings sem sé að finna í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/2003, eftir því sem við eigi, þar sem landfræðilegi markaðurinn fyrir færsluhirðingu var skilgreindur sem Ísland.



Enn fremur er sérstaklega á það bent að jafnvel þó svo að fallist yrði á þau sjónarmið samrunaaðila að aðgangshindranir að íslenska greiðslukortamarkaðnum séu takmarkaðar og að færsluhirðar líti í síauknum mæli á Evrópu sem eitt markaðssvæði og bjóði þjónustu sína um alla álfuna án þess að hafa útibú í öllum löndum þá liggi fyrir að slíkra áhrifa hafi ekki gætt á Íslandi svo neinu nemi og bendi ekkert sérstaklega til þess að breyting verði hér á. Þvert á móti virðast innlendir viðskiptavinir kortafyrirtækja upplifa markaðinn sem „innanlandsmarkað“. Jafnvel þó svo að „fræðilega“ megi þannig, eftir atvikum, reyna að halda því fram að markaðurinn sé alþjóðlegur þá sé hann mjög svæðis(stað)bundinn á Íslandi og verði það áfram í næstu framtíð að mati Borgunar. Sé því rétt að landfræðilegi markaðurinn sé skilgreindur sem Ísland.

Borgun vísar til þess að við mat á mögulegum útilokunaráhrifum samruna (e. ability to foreclose) þá sé rétt að horfa til þess hvort samrunaaðili geti, í krafti markaðshlutdeildar á einum markaði, styrkt stöðu sína á öðrum markaði þannig að skaðleg áhrif hafi á samkeppni, einkum með ýmiss konar samtvinnun viðskipta (e. tying and bundling). Að mati Borgunar sé slíkum aðstæðum ljóslega fyrir að fara í fyrirbyggjandi samrunamáli.

Við hugsanlegan samruna Valitors annars vegar og Tax Free (Euro Refund) hins vegar sé ljóst að samrunafyrirtækið geti sett það sem skilyrði fyrir veitingu „tax free“ þjónustu til smásala að þeir séu með færsluhirðingu, „posaleigu“ og „gjaldeyrisumsnúning“ hjá samrunafyrirtækin. Samrunafyrirtækið geti þannig, í skjóli markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts, styrkt stöðu sína á öðrum mörkuðum, og þannig aukið enn við þá verulegu markaðshlutdeild sem samrunaaðilar hafi í dag á hlutaðeigandi mörkuðum.

Í þessu sambandi bendi Borgun á að smásalar hefðu sérstakan hag af því að beina viðskiptum sínum til samrunafyrirtækisins, þ.e. yrði þeim sett framangreind skilyrði, enda þjónusta tengd endurgreiðslu virðisaukaskatts til viðskiptavina smásala eðli málsins samkvæmt mjög þýðingarmikil í samkeppni smásala innbyrðis.

Jafnframt megi benda á að færsluhirðar bjóði upp á „gjaldeyrisumsnúning“ (svokallaða „DCC lausn“), en í henni felist að korthöfum sé gefinn kostur á að greiða fyrir úttekt í mynt heimalands gegn ákveðinni þóknun og fái smásalar ákveðna hlutdeild (e. „kick-back“) í þessari þóknun. Eðli málsins samkvæmt þá sé markhópurinn fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts og „gjaldeyrisumsnúnings“ hinn sami sem auki jafnframt líkur á að veitendur þessarar þjónustu, þ.e. einkum smásalar, muni versla við sama aðila á heildsölustiginu, í þessu tilviki samrunafyrirtækið.

Með sama hætti og að framan greini gæti samrunafyrirtækið í stað þess að gera viðskipti við það að eiginlegu skilyrði fyrir veitingu „tax free“ þjónustu, boðið viðskiptavinum sérstök afsláttarkjör ef þeir séu með öll viðskipti sín hjá samrunafyrirtækinu, og þannig styrkt stöðu sína á markaði fyrir færsluhirðingu, „posaleigu“ og „gjaldeyrisumsnúning“.



Þá bendi Borgun á að samruninn geti leitt af sér þann möguleika að samrunafyrirtækið nýti sér þær tekjur, sem félagið muni njóta í krafti sterkrar markaðsstöðu á markaðnum fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts, til að niðurgreiða þjónustu / vörur á öðrum samkeppnismörkuðum, svo sem vegna færsluhirðingu, „posaleigu“ og „gjaldeyrisumsnúnings“. Eða, ef því væri að skipta, að samrunafyrirtækið myndi t.a.m. nýta sér sterka markaðsstöðu á markaði fyrir færsluhirðingu, „posaleigu“ og „gjaldeyrisumsnúning“ til að niðurgreiða þjónustu á markaðnum fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts.

Borgun telji að ef viðskiptavinur Borgunar (smásali) ákveði að kaupa „tax free“ þjónustu frá samrunafyrirtækinu, svo sem verulegar líkur séu á í ljósi markaðshlutdeildar Tax Free á markaðnum fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts, þá kunni samrunafyrirtækið að eiga þess kost að fylgjast að hluta til með veltu hlutaðeigandi viðskiptavinar Borgunar (smásala), sem geti óneitanlega skekkt samkeppnisaðstöðu Borgunar gagnvart Valitor.

Borgun tekur fram að á árinu 2007 hafi Valitor fengið heimild frá MasterCard Europe til að hirða Mastercard færslur hér á landi. Borgun hafi sótt á sama tíma um heimild hjá VISA International/Europe til að hirða Visa kortafærslur á Íslandi, en slík heimild hafi ekki verið veitt fyrr en nú í apríl eftir þónokkra eftirgangsmuni. Hafi Valitor a.m.k. 6-9 mánaða samkeppnisforskot á Borgun hvað varði möguleika á að bjóða bæði vörumerkin í færsluhirðingu. Liggja í augum uppi það samkeppnislega forskot sem Valitor sé fengið með þessu. Samtvinnun hjá Valitor á þeirri þjónustu sem Tax Free hefur boðið kaupmönnum annars vegar og posaleigu sinni og færsluhirðingu á Visa kortagreiðslum og MasterCard greiðslum hins vegar leiði óhjákvæmilega til þess að Valitor muni styrkja markaðsyfirráð sín enn frekar á færsluhirðingarmarkaðnum og markaði fyrir „posaleigu“, auk þess sem Valitor í kjölfar kaupanna á Europe Group North ehf. (Tax Free), sem nýr aðili á þeim markaði, verði markaðsráðandi í virðisaukaskattsendurgreiðslum til ferðamanna sem og „gjaldeyrisumsnúningum“. Samsöfnunaráhrif (e. portfolio effects) samruna geti samkvæmt samkeppnisrétti leitt til þess að samruni verði talin óheimill enda þótt viðkomandi fyrirtæki sé ekki markaðsráðandi á neinum þeirra vöru-/ þjónustumarkaða sem það sé eða verði á eftir samruna. Í því tilviki sem hér sé um að ræða sé annað fyrirtækið (Valitor) hins vegar markaðsráðandi á þremur af fjórum viðkomandi markaða og hitt a.m.k. leiðandi á hinum tveimur mörkuðum. Ef samsöfnunaráhrif geti valdið ógildi samruna enda þótt ekki séu fyrir hendi markaðsyfirráð á neinum hinna einstöku markaða, þá megi ljóst vera að yfirgnæfandi líkur séu á því að samruni sem færir undir eitt fyrirtæki markaðsyfirráð á tveimur eða fleiri mörkuðum, þar sem samtvinnun viðskipta sé augljós, samrýmist ekki 17. gr. c. samkeppnislaga. Þegar horft sé til þess, eins og fyrr segir, að Valitor sé þegar komið með samkeppnisforskot á Borgun sem færsluleyfishafi fyrir hvort tveggja MasterCard og Visa blasi við hve mjög Valitor með yfirtöku Tax Free muni styrkja stöðu sína sem markaðsráðandi aðili á færsluhirðingarmarkaðnum.

Að mati Borgunar sé ekkert sem bendir til annars en að samrunaaðilar geti haft verulegan hvata til að ná fram útilokunaráhrifum, bæði á þeim mörkuðum sem Valitor og Borgun starfi á sem og á markaðnum fyrir endurgreiðslu





virðisaukaskatts. Nægi þá í sjálfu sér að líta til þess að augljós efnahagslegur ávinningur gæti leitt af því að veikja helstu samkeppnisaðila á hlutaðeigandi mörkuðum. Í þessu sambandi sé rétt að taka undir þau sjónarmið í samrunatilkynningu að markaðurinn fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna hafi vaxið stöðugt og ætla megi að eftirspurn eftir þessari þjónustu vaxi á næstu árum. Sé þannig eftir mörgu að slægjast. Að sama skapi sé ljóst að markaðir fyrir færsluhirðingu, „posaleigu“ o.fl. hafi farið vaxandi síðustu ár, og því séu verulegir fjárhagslegir hagsmunir tengdir því að vera með öflugum markaðshlutdeild á þeim mörkuðum.

Að mati Borgunar verði að telja að framangreind útilokunaráhrif sem geti leitt af samrunanum gætu auðveldað samrunaaðilum, í skjóli efnahagslegra yfirburða og takmarkaðrar samkeppni, að hækka verð fyrir þjónustu sína viðskiptavinum og þar með neytendum til tjóns í andstöðu við undirliggjandi markmið samkeppnislaga.

Jafnframt verði að telja að sú einstaka yfirburðarstaða á markaði sem kynni að skapast, myndi fæla hugsanlega keppinauta (e. potential competitors) frá markaðnum, meðal annars einmitt vegna þeirra útilokunaráhrifa sem leiddi af ýmiss konar samtvinnun viðskipta.

Með vísun til framangreinds standi þannig líkur til þess að umræddur samruni hafi ekki aðeins skaðleg áhrif gagnvart keppinautum samrunaaðila (e. foreclosure effects) á báðum þeim mörkuðum sem samrunaaðilar starfi á, heldur líka gagnvart viðskiptavinum samrunaaðila og neytendum. Samruninn sé þannig í senn í andstöðu við þau markmið samkeppnislaga að tryggja virka samkeppni á mörkuðum með því að tryggja samkeppnisaðilum viðeigandi vernd gagnvart markaðsráðandi aðilum og þau markmið samkeppnislaga að vernda viðskiptavini / neytendur markaðsráðandi aðila. Því sé rétt að Samkeppniseftirlitið ógildi hlutaðeigandi samruna, eða í öllu falli setji honum þannig skilyrði að unnt sé að yfirvinna þau skaðlegu samkeppnislegu áhrif sem af honum geti leitt. Borgun telji hins vegar vandséð, í ljósi fyrirliggjandi markaðsaðstæðna, að slík skilyrði geti talist fullnægjandi.

### **3. Umsögn Global Refund á Íslandi ehf.**

Umsögn og mat Global Refund á Íslandi ehf. á mögulegum samkeppnislegum áhrifum samrunans barst í bréfi frá Þórunni Guðmundsdóttur, hrl., dags. 9. september 2008.

Fram kemur að GR [Global Refund á Íslandi ehf.] sé hluti af samstæðu fyrirtækja sem starfi víða um heim. Félagið hafi með höndum, gegn tiltekinni þóknun, endurgreiðslu á virðisaukaskatti til erlendra ferðamanna af vörum sem þeir kaupa á Íslandi og flytja með sér úr landi. Helsti samkeppnisaðili GR hér á landi sé og hafi verið Tax Free [Euro Refund North á Íslandi ehf.]. GR telji að nái samruninn fram að ganga muni það hafa mikil og skaðleg áhrif á samkeppni á markaði fyrir þjónustu sem felst í endurgreiðslu virðisaukaskatts til ferðamanna sem búsettir séu erlendis og á markaði fyrir gjaldeyrisumsnúning.



GR hafnar skilgreiningu samrunaaðila á landfræðilegum markaði fyrir færsluhirðingu og að hann nái nú til allrar Evrópu en ekki aðeins til Íslands. GR bendi á að Samkeppniseftirlitið hafi áður skilgreint markað fyrir færsluhirðingu og komist að þeirri niðurstöðu að landfræðilegi markaðurinn sé Ísland, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 10. janúar 2008 í máli nr. 4/2008. Í þeirri ákvörðun sé vísað í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/2003 þar sem einnig hafi verið miðað við að landfræðilegi markaðurinn fyrir færsluhirðingu sé Ísland. GR telji að miða beri við fyrri niðurstöður samkeppnisyfirvalda hér á landi um að hinn landfræðilegi markaður fyrir færsluhirðingu sé Ísland.

GR beinir því til Samkeppniseftirlitsins að stofnunin hafni samrunanum á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, með síðari breytingum, þar sem samruninn muni koma til með að hindra virka samkeppni með tilheyrandi tjóni fyrir neytendur til langs tíma litið. Telji GR mikla hættu á því að samruninn, nái hann fram að ganga, muni hafi skaðleg áhrif á samkeppni á mörkuðum þeim er GR starfi á, þ.e. markaði um endurgreiðslu virðisaukaskatts til ferðamanna búsettra erlendis og markaði fyrir gjaldeyrisumsnúning. GR telji þessi skaðlegu áhrif á samkeppni muni fyrst og fremst birtast í samtvinnun þjónustu- og verðþátta og það nánast ógerning að koma í veg fyrir slíka samtvinnun með skilyrðum og eftirliti.

Í máli er varðaði Microsoft hafi framkvæmdastjórn EB komist að þeirri niðurstöðu að Microsoft hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína á markaði fyrir hugbúnaðarkerfi fyrir PC tölvur (e. client PC operating system). Misnotkunin fólst í því að Microsoft hafi tvinnnað saman sölu á hugbúnaðarkerfinu Windows við sölu á Windows Media Player, þannig að ekki hafi staðið til boða að kaupa aðra vöruna án hinnar.

Þá segir að þegar ákvarðanir íslenskra samkeppnisyfirvalda og helstu ákvarðanir framkvæmdastjórnar EB og dómur EB dómstólsins á sviði samtvinnunar séu skoðaðar komi í ljós að almennt sé gert ráð fyrir því að samtvinnun af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis, sem geri kaup á ákveðinni vöru eða þjónustu á einum markaði að skilyrði fyrir kaupum á annarri vöru eða þjónustu á öðrum markaði, feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu ef hún sé talin takmarka samkeppni. Í fræðum samkeppninnar hafi verið talið að unnt sé að ná fram samtvinnun með ýmsum hætti. Augljósasta dæmið sé þegar skýrt sé tekið fram í samningsgerð að þess sé krafist að viðskiptavinur kaupi vöru eða þjónustu A um leið og hann kaupi vöru eða þjónustu B. Samtvinnun geti hins vegar einnig birst á fleiri vegu, svo sem með neitun á að útvega vöru B nema vara A sé keypt um leið, eða þegar ábyrgð sé ekki veitt nema báðar/allar vörur séu keyptar. Þá getur verið um að ræða samtvinnun þegar ákveðnar verðákvörðunaraðferðir séu viðhafðar. Með þessu er átt við að í stað þess að setja skilyrði um samtvinnun í samning aðila sé viðskiptavinurinn hvattur til að kaupa báðar eða allar vörurnar í einu með ákveðnum tilboðum. Í þessu sambandi megi nefna þær aðstæður þegar viðskiptavinum sé boðinn afsláttur þegar hann kaupi báðar eða allar vörurnar saman, þ.e. svokallaður tryggðarafsláttur eða blönduð samtvinnun (e. mixed bundling). Með tryggðarafslætti (e. loyalty rebates) sé átt við afslátt sem fyrirtæki veiti viðskiptavinum sínum sem sýna því ákveðna tryggð, þ.e. kaupi sem



flestar eða allar þær vörur eða þjónustu sem þeir þurfi á ákveðnum mörkuðum af fyrirtækinu. Slík háttsemi geti verið skaðleg samkeppni undir ákveðnum kringumstæðum ef hún sé viðhöfð af markaðsráðandi fyrirtæki, einkum vegna útilokunaráhrifa háttseminnar gagnvart öðrum keppinautum. Tryggðarafslættir hafi þannig verið taldir geta falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu fyrirtækis og falli sem slíkir undir 11. gr. samkeppnislaga.

GR telur mikla hættu á því að samrunaaðilar muni samtvinna þjónustubætti sína og jafnframt veita viðskiptavinum sínum tryggðarafslátt. Eins og fram komi í samrunaskrá samrunaaðila muni félögin fyrst um sinn vera áfram rekin sem tvö aðskilin félög. Um áramótin 2008-2009 sé hins vegar áformað að sú þjónusta sem dótturfélag Tax Free bjóði verði hluti af þjónustu Valitors. Renni það enn styrkari stoðum undir þá hættu sem GR telji vera fyrir hendi um samtvinnum þjónustubátta, þ.e. um færsluhirðingu, gjaldeyrisumsnúning, endurgreiðslu virðisaukaskatts, kortaútgáfu, uppsetningu greiðslurása, auk nýrra þjónustubátta sem gætu komið upp í framtíðinni sökum tækninýjunga og breyttra aðstæðna. Það liggja í augum uppi að samrunaaðilar muni leggja áherslu á að viðskiptavinir þeirra kaupi allan pakkann hjá þeim, nokkurs konar „one stop shop“. Að minnsta kosti hljóti það óhjákvæmilega að verða tilhneyging hjá þeim að bjóða þessa þjónustu í einum pakka.

Jafnframt telji GR umtalsverða hættu á því að samrunaaðilar muni samtvinna hina ýmsu verðbætti þeirrar þjónustu sem þeir bjóði upp á. Þá sé ekki endilega gert að skilyrði að þjónustuaðilar kaupi alla þjónustubætti saman af samrunafyrirtækinu heldur verði þeir óbeint hvattir til þess með ýmsum tilboðum og afsláttum í verði. Helstu verðbættir sem um ræði séu þóknun til þjónustuaðila vegna endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna, færsluhirðingagjöld, posaleiga og þóknun vegna gjaldeyrisumsnúnings. GR telji að slík verðsamtvinnun sé m.a. líkleg til að birtast í þeirri mynd að samrunaaðilar muni bjóða þjónustuaðilum að þeir greiði áfram óbreytt færsluhirðingargjald en á móti fái þeir aukna þóknun fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts. Þannig verði mismunandi þjónustubættir notaðir til að halda þjónustuaðilum, sem þegar séu í viðskiptum við samrunaaðila, eða til þess að ná til sín nýjum þjónustuaðilum, með því að afslættir eða tilboð verði notuð sem hvati í samtvinnuminni. Aðrir þjónustubættir sem GR telji vert að benda á og líklegir séu að verði notaðir í samtvinnum séu tölvubúnaður og tæknilausnir, markaðssetning og annar rekstrarkostnaður. GR telji líklegt að umræddir þjónustubættir verði notaðir af samrunafyrirtækinu sem hluti af samtvinnum, t.d. á þann hátt að þjónustuaðilum verði boðinn gjaldfrjáls eða með umtalsverðum afslætti tölvubúnaður, markaðssetning eða annað þvíumlíkt, kaupi þeir alla eða flesta þjónustubætti af samrunafyrirtækinu.

GR bendir á að nær allir aðilar sem selji vörur einkum til erlendra ferðamanna á Íslandi séu í dag í viðskiptum við annað hvort Tax Free eða GR og að félögin bítist hart um þá viðskiptavini. Jafnframt er nefnt að í hvert sinn sem nýjir aðilar komi inn á markaðinn sé einnig barist hart um viðskipti þeirra. GR telji að þessar staðreyndir sýni í skýru ljósi stöðuna á markaðnum í dag. Samkeppnin hafi hingað til verið hörð og því blasi við að ef samruninn nái fram að ganga verði samkeppnisstaðan mjög ójöfn þar sem þá muni Tax Free hafa hið sterka



markaðsráðandi félag Valitor sér við hlið. Sú hættu á samvinnun sem skapist með samrunanum sé líkleg til að gera út af við keppinaut Tax Free á markaði um endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna, þar sem GR geti ekki boðið þjónustuaðilum upp á sömu breidd í þjónustupáttum.

GR telji að hér sé um að ræða samruna tveggja markaðsráðandi fyrirtækja sitt á hvorum markaðnum. GR telji engum vafa undirorpið að samrunaaðilar muni nýta sér styrk sinn á mörkuðunum og gera allt sem í þeirra valdi standi til þess að viðskiptavinir þeirra kaupi alla þjónustupættina í einu og um leið verði áhrifin þau að GR verði gert mjög erfitt um vik að taka þátt í samkeppni á markaðnum.

GR segir að samrunaaðilar geri lítið úr mikilvægi markaðar fyrir gjaldeyrisumsnúning. GR telji þann markað skipta máli í tengslum við fyrirhugaðan samruna þar sem hann veiti samrunaaðilum mikið samkeppnislegt forskot og auki möguleika á samvinnun verð- og þjónustupátta. Á undanförunum árum hafi GR sóst eftir samstarfi við lykilaðila á markaðnum, þar með talið Valitor, um gjaldeyrisumsnúning en það hafi ekki gengið eftir. GR hafi reynt sig á þessum markaði en komist að því að slíkt yrði mjög erfitt án samstarfs við innlendan færsluhirðingaraðila. GR bjóði í dag upp á gjaldeyrisumsnúning, en sökum tæknilegra hindrana á markaði hafi félagið nánast þurft að hverfa frá þeim markaði. GR hafi því aftur hafið viðræður við Valitor sem hafði þá áhuga á að ganga til samstarfs. Samningar hafi hins vegar ekki tekist og í beinu framhaldi kynnti Valitor sína eigin lausn fyrir gjaldeyrisumsnúning. Valitor hafi síðan gert einkadreifingarsamning við Tax Free til 12 mánaða um dreifingu á þeirri lausn.

Að lokum geri GR athugasemd við það mat samrunaaðila að áhrif samstarfssamnings Valitors og Tax Free um dreifingu á lausn fyrir gjaldeyrisumsnúning séu ekki jafnmikil og ætla megi í fyrstu þar sem mikill fjöldi erlendra ferðamanna greiði með peningum. GR telji þessa staðhæfingu alranga og fullyrðir að þvert á móti sé meirihluti ferðamanna sem greiði með kortum.

Í umsögn þessari telji GR sig hafa fært fram rök fyrir því hvers vegna ekki eigi að heimila samrunann. Komi hins vegar til þess að Samkeppniseftirlitið ákveði að heimila samrunann telji GR að setja verði honum ströng skilyrði samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga með það að markmiði að tryggja áframhaldandi samkeppni á markaðinum. Skilyrðin verði að vera þannig að tryggt sé að um algeran aðskilnað milli þeirrar þjónustu og vöru sem hvor samrunaaðilanna veiti og að hver vara/þjónasta standi kostnaðarlega undir sér.

GR árétti að mikil samkeppni hafi ríkt á markaðinum um þjónustu sem felist í endurgreiðslu virðisaukaskatts til ferðamanna sem búsettir séu erlendis og á markaði fyrir gjaldeyrisumsnúning. GR telji að þeirri samkeppni verði verulega ógnað með samruna Valitors og Tax Free. Það muni leiða til tjóns fyrir neytendur. GR telji að Samkeppniseftirlitið eigi tvímælaust að hafna samrunanum, eða a.m.k. að setja honum ströng skilyrði.



#### **4. Frekari málsmeðferð**

Að lokinni athugun á samkeppnislegum áhrifum samrunans sendi Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum andmælaskjal vegna samrunans, dags. 12. desember 2008, ásamt gagnalista. Í andmælaskjalinu kom fram það frummat Samkeppniseftirlitsins að áhrif þessa samruna yrðu með þeim hætti að samrunafyrirtækið hefði möguleika, getu og hvata til þess að beita aðgerðum á einstaka mörkuðum til þess að viðhalda eða styrkja stöðu sína á öðrum mörkuðum. Var óskað eftir að athugasemdir bærust eigi síðar en 30. desember s.l. Í bréfi, dags. 23. desember 2008, barst Samkeppniseftirlitinu greinargerð samrunaaðila vegna andmælaskjalsins. Í greinargerð sinni við andmælaskjalinu gera samrunaaðilar athugasemdir við frummat Samkeppniseftirlitsins, svo sem skilgreiningu á mörkuðum málsins og ýmis atriði sem varðar mat Samkeppniseftirlitsins á samkeppnislegum áhrifum samrunans. Þrátt fyrir þessar athugasemdir leggja samrunaaðilar fram tillögur að skilyrðum sem eytt gætu mögulegum neikvæðum samkeppnislegu áhrifum hans. Ákveðið að leita umsagnar keppnauta samrunaaðila um athugasemdir þeirra vegna andmælaskjalsins.

Með bréfi, dags. 5. janúar 2009, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum 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.

Með bréfi, dags. 9. janúar 2009, sendi Samkeppniseftirlitið Borgun hf. og Global Refund á Íslandi ehf. andmælaskjalið og greinargerð samrunaaðila, dags. 23. desember 2008. Var aðilum boðið að koma að athugasemdum sínum við sjónarmið samrunaaðila. Með bréfum, dags. 15. janúar og 16. janúar sl. bárust Samkeppniseftirlitinu athugasemdir frá fyrrnefndum aðilum og voru þær athugasemdir sendar samrunaaðilum. Verður sjónarmiða samrunaaðila og Borgunar og Global Refund getið eftir því sem við á í kaflanum hér á eftir.

### **IV.**

#### **Samruninn**

Í málinu liggur fyrir kaupsamningur um kaup Valitors á öllu hlutafé í ERG, dags. 30. júlí 2008. Sá samningur felur í sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga. Samrunaaðilar hafa talið að skilyrði a. liðar 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga sé uppfyllt en sama sé 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.

Eftir nánari skoðun á þeirri starfsemi sem samruninn tekur til og eftir að hafa heyrt sjónarmið hagsmunaaðila var talið nauðsynlegt að kalla eftir samrunatilkynningu. Í bréfi til samrunaaðila, dags. 13. ágúst 2008, tilkynnti Samkeppniseftirlitið þá ákvörðun sína að krefja samrunaaðila um samrunatilkynningu sbr. 3. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga nr. 44/2005, sbr. lög nr. 94/2008. Barst samrunatilkynning í kjölfarið. Hér er því um að ræða samruna sem heimilt er að taka til athugunar á grundvelli samrunaákvæða samkeppnislaga.



## V.

### Markaðir málsins

Við mat á samruna skv. samkeppnislögum verður að byrja á því að skilgreina þann eða þá markaði sem við eiga. Samkvæmt 4. gr. laganna er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Hagfræðileg rök leiða til þess að líta verður á viðkomandi markaði frá tveimur sjónarhornum, annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn. Hafa ber þó í huga að markaðsskilgreiningar í samkeppnisrétti geta ekki orðið nákvæmar og eru aðeins notaðar til viðmiðunar, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði*.

#### 1. Vöru- og þjónustumarkaður

Samkvæmt VII. kafla reglna Samkeppniseftirlitsins um tilkynningu samruna nr. 684/2008 er með viðkomandi vörumarkaði átt við „markað fyrir vörur og/eða þjónustu sem neytendur líta á sem staðgönguvörur eða staðgönguþjónustu vegna eiginleika sinna, verðs og áformaðrar notkunar. Markaður er sölusvæði vöru og staðgönguvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgönguþjónustu, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara og staðgönguþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geta komið í stað annarrar.“

Þá segir að „[m]eðal þátta, sem skipta máli við mat á viðkomandi markaði, er greining á því hvers vegna viðkomandi vara eða þjónusta tilheyrir þessum markaði og hvers vegna önnur vara eða þjónusta tilheyrir honum ekki samkvæmt framangreindri skilgreiningu og með hliðsjón af, meðal annars, hvort varan eða þjónustan nýtist sem staðgönguvara eða staðgönguþjónusta, samkeppnisstöðu, verði, verðsveiflum vegna eftirspurnar eða öðrum þáttum sem máli skipta við skilgreiningu á markaðinum.“

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins kom fram það mat eftirlitsins að samkeppnislegra áhrifa samrunans muni fyrst og fremst gæta á eftirfarandi mörkuðum:

- Markaður fyrir útgáfu greiðslukorta.
- Markaður fyrir færsluhirðingu.
- Markaður fyrir leigu á posum.
- Markaður fyrir gjaldeyrirsumsnúning hjá söluaðilum.
- Markaður fyrir endurgreiðslu á virðisaukaskatti til erlendra ferðamanna.

Verður nú fjallað nánar um þessa markaði og athugasemdir samrunaaðila.

##### 1.1 Sjónarmið samrunaaðila

Samrunaaðilar telja að Valitor starfi á markaðnum fyrir greiðslukortastarfsemi. Hafi sá markaður einkum verið skilgreindur í tvo undirmarkaði, en það sé annars vegar markaður fyrir kortaútgáfu og hins vegar markaður fyrir færsluhirðingu. Sé vísað í þeim efnum m.a. til nýlegra ákvarðana Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 og nr. 33/2008.



Þá segir að í ofangreindum ákvörðunum hafi ekki verið tekin afstaða til þess hvort skipta beri markaðnum niður eftir kortategundum. Hvað varði markaðinn fyrir útgáfu greiðslukorta sé ekki nauðsynlegt að taka afstöðu til þess hér. Ólíkt útgáfu kreditkorta, þar sem Valitor sé vinnsluaðili í útgáfu f.h. banka og sparisjóða, gefi bankar og sparisjóðir sjálfir út debetkort. Starfi Valitor því ekki á markaði fyrir útgáfu debetkorta. Hvað varði markaðinn fyrir færsluhirðingu telji samrunaaðilar að færsluhirðing kreditkorta og færsluhirðing debetkorta séu á sama markaði þar sem almennt er samið við kaupmenn um færsluhirðingu fyrir bæði debet- og kreditkort, auk þess sem framboðsstaðganga sé augljós. Í ljósi ofangreinds skilgreini samrunaaðilar greiðslukortamarkað sem Valitor starfi á, sem annars vegar markað fyrir útgáfu kreditkorta og hins vegar markað fyrir færsluhirðingu greiðslukorta.

Samrunaaðilar hafna því að posaleiga sé sérstakur markaður. Greiðslulausnir í kassakerfum og posar séu á sama markaði. Um sé að ræða staðgöngu milli posa og kassakerfa sem Samkeppniseftirlitinu beri að taka tillit til. Endurgreiðsla virðisaukaskatts sé t.d. að um helmingi í gegnum kassakerfi. Vísað er til stöðu Point á efra sölustigi og einnig því neðra því hljóti það fyrirtæki, ef eitthvert, að teljast markaðsráðandi varðandi móttökubúnað korta hjá söluaðilum.

Þá er því mótmælt af hálfu samrunaaðila að telja gjaldeyrisumsnúning til sérstaks markaðar. Að greiða fyrir þjónustu hér á landi í erlendum gjaldmiðli sé einfaldlega ein þjónusta sem færsluhirðir greiðslukorta geti boðið með sérstakri lausn sem sé forrituð í posa eða kassakerfi. Um sé að ræða eina þjónustu sem færsluhirðar bjóði upp á, lausnin lúti að formi greiðslu líkt og t.d. raðgreiðslusamningar. Til að bjóða upp á slíka þjónustu sé nauðsynlegt að vera færsluhirðir eða í nánu sambandi við færsluhirði. Í þessu felist í raun að gjaldeyris skipti eigi sér stað hér á landi og þóknun falli þ.a.l. til hér. Sé hér um að ræða hluta af færsluhirðingarmarkaði fyrir kreditkort.

Með vísan í markaðsskilgreiningar samkeppnisyfirvalda hér á landi telja samrunaaðilar að Tax Free starfi á markaðnum fyrir endurgreiðslu á virðisaukaskatti til erlendra ferðamanna. Vísast í þeim efnunum til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 8/2003 og ákvarðana Samkeppniseftirlitsins nr. 41/2006 og 41/2008 þar sem markaðurinn hafi verið skilgreindur með eftirfarandi hætti: „*Þjónusta sem felst í endurgreiðslu virðisaukaskatts til ferðamanna sem eru búsettir erlendis er samkvæmt ofangreindu bundin ákveðnum reglum og er sérstakur þjónustumarkaður í skilningi samkeppnislaga.*“

## 1.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið tekur undir sjónarmið samrunaaðila um að þjónustumarkaður í starfsemi Valitors sé greiðslukortastarfsemi sem greinist í tvo undirmarkaði þ.e. markað fyrir útgáfu greiðslukorta og markað fyrir færsluhirðingu hjá söluaðilum. Hins vegar er Samkeppniseftirlitið ekki sammála samrunaaðilum um að Valitor tengist ekki útgáfu debetkorta heldur aðeins útgáfu kreditkorta. Í því sambandi má benda á að bankarnir gefa út sín debetkort á grundvelli samnings við Valitor enda fer Valitor með framkvæmd á hópaðild að VISA Europe fyrir hönd Vísa Íslands ehf. Þó svo að Valitor komi ekki með beinum



hætti að útgáfu debetkorta er félagið eigi að síður sá aðili sem heimilar íslenskum bönkum og sparisjóðum að gefa út Electron debetkort sem hópaðili að VISA EU. Getur þetta skipt máli þegar metin eru möguleg áhrif samrunans á einstaka mörkuðum þessa máls, eins og nánar verður vikið að síðar.

Í samrunatilkynningunni geta samrunaaðilar ekki um aðra starfsemi Valitors. Það er hins vegar mat Samkeppniseftirlitsins eins og áður greinir að Valitor starfi á fleiri mörkuðum sem tengjast greiðslukortastarfsemi og færsluhirðingu sem geta skipt máli við mat á þessum samruna. Annars vegar er að líta til þess að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 *Brot Greiðslumiðlunar hf., Kreditkorts hf. og Fjölgreiðslumiðlunar á bannákvæðum samkeppnislaga* var komist að þeirri niðurstöðu að Valitor starfaði á markaðnum fyrir leigu á posum. Posar eru jaðartæki hjá söluaðilum sem tengjast m.a. rafrænu greiðslukortakerfi Valitors og er almenna reglan sú að söluaðilar leigja þessi tæki m.a. af Valitor. Annar möguleiki hjá söluaðilum til að tengjast rafrænum greiðslukortakerfum er að hafa innbyggða, í eigin kassakerfi, að hluta til sömu virkni og posar hafa vegna notkunar greiðslukorta.

Einnig er það mat Samkeppniseftirlitsins að Valitor starfi á öðrum tengdum markaði sem er svokölluð DCC þjónusta (e. Dynamic Currency Conversion). Sú þjónusta gerir söluaðilum kleift, samkvæmt samningi við færsluhirði þ.m.t. Valitor, að bjóða erlendum kreditkorthöfum að skuldfærsla á kreditkortareikning þeirra eigi sér stað í heimamynt viðkomandi á gengi viðskiptadags (hér eftir vísað til sem gjaldeyrisumsnúningur). Með þessu getur korthafi komið í veg fyrir gengisáhættu.

Borgun, sem er keppinautur Valitors í posaleigu, hafnar því sjónarmiði samrunaaðila að greiðslulausnir í kassakerfum og posaleiga séu hluti af sama vörumarkaði. Þó svo að greiðslulausnir í kassakerfum séu umtalsverðar hjá veltumiklum söluaðilum þá séu posar allt að einu ennpá í mikilli notkun, einkum hjá smærri og millistórum aðilum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er verulegur munur á heildarvirkni sérhæfðra kassakerfa hjá söluaðilum og posum. Þó svo að flestar lausnir í posum sé hægt að koma fyrir í kassakerfum hefur svo ekki verið um allar þær lausnir sem varða skilgreinda markaði. Lausnin fyrir gjaldeyrisumsnúning er í dag aðeins möguleg í posum en ekki í kassakerfum. Einnig er um að ræða margar lausnir í kassakerfum sem ekki eru leystar í posum. Eru það lausnir sem varða flókið ferli við framkvæmd sölu og allt uppgjör vegna sölu, birgðahalds o.fl. sem tengist miðlægu bókhalds- og uppgjörskerfum söluaðila. Einnig er óumdeilt að í nánustu framtíð er ólíklegt að minni söluaðilar muni taka upp sérhæfð kassakerfi, m.a. vegna kostnaðar. Á þetta ekki síst við um söluaðila í sérhæfðum verslunum sem byggja mikið á viðskiptum við erlenda ferðamenn. Samkvæmt upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið aflaði fjölgaði posum hjá söluaðilum frá lokum árs 2007 til lok júní 2008. Posar eru í fæstum tilfellum í eigu söluaðila heldur eru þeir leigðir gegn ákveðnu gjaldi. Að framansögðu virtu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að posaleiga sé sérstakur markaður í þessu máli.





Samkeppniseftirlitið bendir á að færsluhirðing er þjónusta sem færsluhirðir gerir samning um við söluaðila sem heimilar söluaðila t.d. að taka við kreditkortum sem greiðslumiðil í viðskiptum. Gildir þetta jafnt fyrir kreditkort útgefin innanlands sem erlendis. Fyrir þessa þjónustu greiðir söluaðili færsluhirði ákveðna þóknun. Gjaldeyrisumsnúningur er þjónusta sem söluaðili gerir samning um við færsluhirði sem gerir söluaðila mögulegt að bjóða korthöfum erlendra kreditkorta að skuldfæra viðskiptin í sinni heimamynt. Gildir þessi þjónusta því eingöngu fyrir erlend kreditkort. Fyrir þetta greiðir korthafi færsluhirði ákveðna þóknun og færsluhirðir greiðir síðan söluaðila hlut í þeirri þóknun. Er hér um að ræða samningssamband milli sömu aðila í báðum tilvikum en greiðsluflæðið er í sitt hvora áttina. Þess ber einnig að geta að lausn fyrir gjaldeyrisumsnúning er eingöngu forrituð í posa en ekki í sérhæfð kassakerfi sem þrengir þann hóp söluaðila sem geta boðið þjónustuna. Þar sem greiðsluflæði milli samningsaðila er í gagnstæðar áttir og önnur þjónustan stendur þrengri hópi söluaðila og korthafa til boða telur Samkeppniseftirlitið að færsluhirðing og gjaldeyrisumsnúningur séu ekki sami þjónustumarkaður.

Samkeppniseftirlitið er sammála samrunaaðilum um að Tax Free starfi á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts til ferðamanna sem eru búsettir erlendis. Félagið er að mati Samkeppniseftirlitsins einnig, skv. samningi við Valitor og Borgun, samstarfsaðili á markaði fyrir gjaldeyrisumsnúning.

Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að markaðir þessa máls séu eins og áður greinir:

- Markaður fyrir útgáfu greiðslukorta.
- Markaður fyrir færsluhirðingu.
- Markaður fyrir leigu á posum.
- Markaður fyrir gjaldeyrisumsnúning hjá söluaðilum.
- Markaður fyrir endurgreiðslu á virðisaukaskatti til erlendra ferðamanna

## **2. Landfræðilegur markaður**

Í VII. kafla reglna nr. 684/2008 um tilkynningu samruna segir m.a. að til landfræðilegs markaðar „*telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og/eða eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum.*

### **2.1. Markaður fyrir kortaútgáfu**

Samkeppniseftirlitið er sammála samrunaaðilum um að markaður fyrir kreditkortaútgáfu miðist við Ísland eins og staðan er í dag og það sama á við um útgáfu debetkorta.

### **2.2. Markaður fyrir færsluhirðingu o.fl.**

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins kom fram það mat eftirlitsins að markaður fyrir færsluhirðingu sé landsbundinn, þ.e. í þessu máli Ísland.



### 2.2.1 Sjónarmið samrunaaðila

Samrunaaðilar benda á að samkeppnisyfirvöld hér á landi og framkvæmdastjórn EB hafi hingað til byggt á þeirri skilgreiningu að landfræðilegur markaður fyrir færsluhirðingu sé landsbundinn. Það sé hins vegar mat samrunaaðila að líta verði til þess að markaðurinn sem um ræðir hafi breyst mjög mikið á undanförunum árum. Fyrri ákvarðanir samkeppnisyfirvalda byggja að miklu leyti á forsendum sem ekki eigi við í dag. Með vísan í breyttar markaðsaðstæður byggja samrunaaðilar á því að hinn landfræðilegi markaður fyrir færsluhirðingu nái nú a.m.k. til allrar Evrópu en ekki aðeins til Íslands. Telja samrunaaðilar að Samkeppniseftirlitið hafi ekki tekið afstöðu til þeirra raka og sjónarmiða sem fram komi í samrunaskrá. Til marks um alþjóðlegt eðli færsluhirðingarmarkaðar sé bent á að leikfangabúðin TOYS"R"US hafi t.d. alþjóðlegan samning um færsluhirðingu og því hafi enginn innlendir færsluhirðir fengið að bjóða í færsluhirðingu hennar. Einnig hafi hún alþjóðlegan samning við Global Refund og hafi því Tax Free ekki fengið að bjóða í endurgreiðslu virðisaukaskatts hjá versluninni. Sama var þegar Dressman keðjan kom inn á íslenska markaðinn, en síðar fékkst undanþága til að semja við Tax Free að þeirra sögn vegna óánægju með þjónustu Global Refund.

### 2.2.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Við mat á því hvort telja eigi hinn landfræðilega markað rýmri en Ísland verður að mati Samkeppniseftirlitsins að líta til fyrri ákvarðana íslenskra samkeppnisyfirvalda sem og ákvarðana framkvæmdastjórnar EB. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/2003 *Erindi Kortþjónustunnar ehf. vegna þeirrar háttsemi Greiðslumiðlunar hf. að viðhalda gengismun* var komist að þeirri niðurstöðu að þjónustumarkaðurinn hafi verið Ísland. Í ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 19. desember 2007 var landfræðilegur markaður í færsluhirðingu enn fremur skilgreindur sem landsbundinn.<sup>1</sup> Hið sama var gert í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008.

Samkeppniseftirlitið telur ekkert nýtt fram komið sem gefi ástæðu til þess að breyta framangreindum skilgreiningum. Að mati Samkeppniseftirlitsins benda öll gögn og aðstæður til þess að svo sé hvað varðar færsluhirðingu. Færsluhirðing yfir landamæri er almennt í heildarsamhengi óveruleg og tíðkast helst gagnvart alþjóðlegum söluaðilum í tilteknum markaðsgeirum. Einnig má benda á að í mörgum löndum Evrópu hafa verið settar svo kallaðar landsreglur (e. local rules) vegna færsluhirðingar, m.a. hér á landi. Slíkar reglur eru að mati Samkeppniseftirlitsins til þess settar og til þess fallnar að aðgreina viðkomandi landsmarkað með það í huga að setja upp hindranir fyrir nýja aðila inn á markaðinn. Staðreyndin er að yfirgnæfandi meirihluti söluaðila semur við innlenda aðila um færsluhirðingu. Er þessi afstaða Samkeppniseftirlitsins í samræmi við niðurstöðu framkvæmdastjórnar EB, sbr. ákvörðun hennar í MasterCard málinu frá því í desember 2007. Verulegur mismunur í verðlagningu milli landa í færsluhirðingu styður einnig þessa niðurstöðu. T.d. er verulegur mismunur í milligjaldi vegna debetkorta hér á landi samanborið við t.d. milligjald sem VISA EU ákveður. Innan Evrópu er mikill munur í markaðsuppbyggingu. Í

<sup>1</sup> Sjá ákvörðun framkvæmdastjórnar EB COM/34.579, frá 19. desember 2007.



nokkrum löndum ríkir einokun í færsluhirðingu, í nokkrum er um að ræða fákeppni og í öðrum löndum er um nokkra eða jafnvel marga færsluhirða að ræða. Að framansögðu virtu er það mat Samkeppniseftirlitsins að færsluhirðing sé innanlandsmarkaður. Þessi niðurstaða Samkeppniseftirlitsins á sér jafnframt stoð í sjónarmiðum Borgunar og Global Refund, en hvorugt fyrirtækið telja að markaðurinn fyrir færsluhirðingu sé alþjóðlegur. Þannig benda fyrirtækin á að innlendir viðskiptavinir kortafyrirtækjanna upplifi markaðinn sem innanlandsmarkað og því sé landfræðilegur markaður skilgreindur sem Ísland. Í umsögn Global Refund kemur enn fremur fram að lýsing samrunaaðila á aðstæðum á markaðnum þegar TOYS"R"US kom inn á markaðinn sé röng þar sem enginn slíkur alþjóðlegur samningur um endurgreiðslu virðisaukaskatts hafi verið í gildi við Global Refund.

Að öllu ofangreindu virtu telur Samkeppniseftirlitið að landfræðilegi markaðurinn fyrir færsluhirðingu sé Ísland.

Að mati Samkeppniseftirlitsins á þessi sama skilgreining á landfræðilegum markaði einnig við um markaði fyrir posaleigu og gjaldeyrisumsnúning þar sem um er að ræða þjónustu við íslenska söluaðila.

### 2.3 Markaður fyrir endurgreiðslu á virðisaukaskatti

Samkeppniseftirlitið er sammála samrunaaðilum um að landfræðilegur markaður fyrir endurgreiðslu á virðisaukaskatti til ferðamanna sem eru búsettir erlendis sé Ísland.<sup>2</sup>

## VI.

### Samkeppnisleg áhrif samrunans

Í máli þessu þarf að taka til skoðunar hvort samruni Valitors og ERG/Tax Free raski samkeppni á mörkuðum þessa máls, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga. Við túlkun á því ákvæði samkeppnislaga verður í upphafi að líta til þess að eldri samkeppnislögum nr. 8/1993 var breytt með lögum nr. 107/2000. Í breytingunni fólst að ákvæði samkeppnislaga sem ætlað var að vinna gegn samkeppnishömlum voru styrkt til muna, þ.m.t. samrunaákvæði laganna. Af lögskýringargögnum má ráða að einn megintilgangurinn með þessari lagabreytingu hafi verið að sporna gegn þeim samkeppnishömlum sem stafað geta af aukinni samþjöppun á markaði vegna samruna.<sup>3</sup> Er þá litið til þess að virk samkeppni lýsir sér almennt í lægra verði, auknum gæðum, auknu úrvali og nýjungum fyrir neytendur. Með ákvörðun um að ógilda eða setja skilyrði fyrir samruna er reynt að koma í veg fyrir að neytendur séu sviptir þessum gæðum. Samrunaákvæði samkeppnislaga nr. 8/1993, eins og þeim var breytt með lögum

<sup>2</sup> Sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 8/2003 og ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins nr. 41/2006 og nr. 41/2008.

<sup>3</sup> Þannig segir í athugasemdum við frumvarp sem varð að lögum nr. 107/2000: „þegar keppinautum fækkar og markaðsráðandi staða verður til eða þegar fákeppni ríkir er samkeppninni hættu búin. Fyrirtæki hafa ekki lengur sama vilja og getu til að keppa eða þau taka gagnkvæmt tillit hvert til annars. Til að örva samkeppni og koma í veg fyrir samkeppnishömlur við þá stöðu sem að framan er lýst þarf skörp samkeppnislög sem færa samkeppnisfyrirvöldum nauðsynlegar heimildir til að grípa til viðeigandi ráðstafana til að uppræta hömlurnar. Annars fer þjóðarbúið á mis við þann ávinning sem hlýst af virkri samkeppni.“



nr. 107/2000, var tekið óbreytt upp þegar nógildandi samkeppnislög nr. 44/2005 voru sett.

Með lögum nr. 94/2008 var ákvæðum samkeppnislaga um samruna aftur breytt og fólst í þeirri breytingu frekari styrking á efnisreglum samrunaákvæða samkeppnislaga. Felur þetta m.a. í sér aukið svigrúm til efnislegs mats á samkeppnislegum áhrifum samruna. Í 17. gr. c samkeppnislaga segir:

*„Telji Samkeppniseftirlitið að samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti, getur stofnunin ógilt samruna. Jafnframt skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til tækni- og efnahagsframfara að því tilskildu að þær séu neytendum til hagsbóta og hindri ekki samkeppni. Samkeppniseftirlitið getur einnig sett slíkum samruna skilyrði sem verður að uppfylla innan tilskilins tíma. Við mat á lögmæti samruna skal Samkeppniseftirlitið taka tillit til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hefur áhrif á samkeppnisstöðu hins sameinaða fyrirtækis. Enn fremur skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til þess hvort markaður er opinn eða aðgangur að honum er hindraður.“*

Samkvæmt ákvæðinu getur Samkeppniseftirlitið gripið til íhlutunar í samruna ef samruni:

- Skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis,
- skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu tveggja eða fleiri fyrirtækja (sameiginleg markaðsráðandi staða), eða
- hefur þau áhrif að samkeppni raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti.

Samkvæmt lögskýringagögnum er ljóst að skýra ber 17. gr. c með hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17–18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði*.<sup>4</sup>

Við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna er almennt rétt að líta til markaðshlutdeildar samrunaaðila og helstu keppinauta þeirra, athuga samþjöppun á markaði, kanna aðgangshindranir á markaði ásamt fleiri þáttum. Í 17. gr. c samkeppnislaga segir jafnframt að taka beri tillit til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hafi áhrif og hvort markaður sé opinn eða aðgangur að honum hindraður. Þessi atriði eru í samkeppnisrétti hluti af mati á því hvort markaðsráðandi staða sé fyrir hendi, sbr. t.d. umfjöllun í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 94/2008. Er samrunareglum ætlað að vernda samkeppnislega gerð markaða og koma í veg fyrir að fyrirtæki geti með

<sup>4</sup> Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 94/2008 segir t.d.: „Er við það miðað að samkeppnisyfirlit hafi sem endranær hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti við túlkun á íslenskum samrunareglum.“



samruna t.d. komist í eða styrkt markaðsráðandi stöðu og þar með haft möguleika eða aukna möguleika á því að misnota hana.

Markaðshlutdeild hefur ávallt þýðingu þegar samkeppnisleg áhrif samruna eru metin enda er markaðshlutdeild ein helsta vísbendingin um að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkist. Samkvæmt 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaðsráðandi staða fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríkir á markaðnum. Markaðshlutdeild veitir sterka vísbendingu um markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Eins og fram kemur í þessum úrskurði áfrýjunarnefndarinnar leiðir af eðli málsins að því hærrí sem markaðshlutdeildin er því sterkari vísbendingu gefur hún um markaðsráðandi stöðu. Má hér einnig vísa til dóms Hæstaréttar frá 19. febrúar 2004 í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Ítrekað hefur komið fram hjá dómstólum EB að mjög há markaðshlutdeild feli, ein og sér, í sér sönnun á því að viðkomandi fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu einstakar kringumstæður sem bendi til annars. Þetta eigi við þegar fyrirtæki hafi 50% markaðshlutdeild eða meira.<sup>5</sup>

Rétt er að hafa í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var fyrirtæki með 42-46% markaðshlutdeild talið markaðsráðandi. Dómstólar EB hafa einnig talið fyrirtæki sem hafa innan við 40% markaðshlutdeild vera í markaðsráðandi stöðu.<sup>6</sup> Í þessu sambandi verður sérstaklega að horfa til styrks keppinauta. Eins og bent er á í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 4/2007 er almenna reglan sú að eftir því sem „þeir eru smærri og fleiri séu þeir almennt veikari fyrir áhrifum heldur en ef þeir eru færri með talsverða markaðshlutdeild“. Í EES/EB-samkeppnisrétti er einnig litið svo á að það sé vísbending um markaðsráðandi stöðu ef talsverður munur er á markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis og keppinauta þess.<sup>7</sup> Talið er að ef meira en 20% munur er á markaðshlutdeild hins ætlaða ráðandi fyrirtækis og stærsta keppinautar þess sé það sterk vísbending um ráðandi stöðu.<sup>8</sup>

<sup>5</sup>Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „... although the importance of market shares may vary from one market to another, very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (*Hoffmann-La Roche v Commission*, paragraph 80 above, paragraph 41, and *Case T-221/95 Endemol v Commission* [1999] ECR II-1299, paragraph 134). The Court of Justice held in *Case C-62/86 AKZO v Commission* [1991] ECR I-3359, paragraph 60, that this was so in the case of a 50% market share.“

<sup>6</sup>Sjá dóm undirréttar EB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-219/99 *British Airways plc v Commission*.

<sup>7</sup>Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fjórða útgáfa 2005 bls. 125: „When there is a significant gap between the market share of the potentially dominant undertaking and the market shares of its competitors, this element may be considered as confirmation of the existence of a dominant position.“

<sup>8</sup> Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. COMP/M.1741 *MCI/WorldCom/Sprint*. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í *Tetra Pak II* málinu, OJ 1992 L72/1. Til stuðnings því að Tetra



Verður nú horft til þessara atriða við mat á samruna þessa máls. Eins og nánar verður gerð grein fyrir er samruni þessa máls svonefndur samsteypusamruni (e. conglomerate merger). Verður því einnig tekið til skoðunar hvort samkeppnishamlandi útilokunaráhrif fylgja samrunanum.

## **1. Markaðshlutdeild, samþjöppun og staða á mörkuðum**

Markaðshlutdeild hefur eins og áður sagði mikið að segja þegar samkeppnisleg áhrif samruna eru metin. Í 7. kafla samrunaskrárinnar er óskað eftir mati samrunaaðila á því hver sé áætluð heildarstærð markaðarins í söluverðmæti og magni. Þar er einnig óskað eftir upplýsingum um markaðshlutdeild samkvæmt sömu mælikvörðum hjá þeim fyrirtækjum sem að samruna standa ásamt áætlaðri hlutdeild helstu keppinauta.

### **1.1 Markaður fyrir greiðslukortautgáfu**

#### **1.1.1 Sjónarmið samrunaaðila**

Í athugasemdum samrunaaðila er því hafnað að útgáfa greiðslukorta hafi áhrif á mörkuðum málsins. Bent er á að Borgun hafi fengið heimild til þess að færsluhirða VISA kort og Valitor heimild fyrir MasterCard kort. Séu því tengslin milli útgáfu og færsluhirðingar rofin. Því sé hafnað að vegna sterkrar stöðu VISA kreditkorta hjá erlendum kreditkorthöfum muni Valitor í framtíðinni ná sterkri stöðu á markaði fyrir gjaldeyrisumsnúning. Einnig sé í þeim tilfellum um að ræða erlenda kreditkortautgáfu sem Valitor komi ekki að.

#### **1.1.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins**

Samkeppniseftirlitið er sammála samrunaaðilum um að áhrifa samrunans gæti ekki á þessum markaði með beinum hætti. Hins vegar má ætla að sterk staða Valitors á þessum markaði sé til þess fallin að styrkja stöðu félagsins á markaði fyrir færsluhirðingu, eins og starfsemi á þeim markaði hefur verið háttáð hér á landi til þessa. Ástæðan er sú að þar til núna nýlega hafa Valitor og Borgun eingöngu annast færsluhirðingu fyrir hvort sitt vörumerkið hér á landi, Valitor fyrir VISA greiðslukort og Borgun fyrir MasterCard greiðslukort. Því er ljóst að markaðshlutdeild Valitors í útgáfu greiðslukorta f.h. banka og sparisjóða er forsenda og áhrifavaldur varðandi styrk þess félags í færsluhirðingu. Að sama skapi hefur útgáfa kreditkorta óbein áhrif, í gegnum færsluhirðingu, á markaði fyrir gjaldeyrisumsnúning. Að því leyti tengjast þessir markaðir þannig að sterk staða Valitors í útgáfu greiðslukorta hefur áhrif til að styrkja stöðu fyrirtækisins á hinum tveimur mörkuðum. Tvö kortafyrirtæki, Valitor og Borgun, hafa til þessa komið að og tengst allri greiðslukortautgáfu hér á landi.<sup>9</sup>

---

Pak væri markaðsráðandi var m.a. vísað til þess að Tetra Pak hefði 55% markaðshlutdeild en helstu keppinautarnir höfðu hins vegar 27% og 11% markaðshlutdeild.

<sup>9</sup> Valitor tengist útgáfu VISA greiðslukorta sem eru VISA kreditkort og Electron debetkort. Borgun tengist útgáfu MasterCard greiðslukorta sem eru MasterCard kreditkort og Maestro debetkort. Á þessu ári var hafin útgáfa á American Express greiðslukortum sem Borgun tengist en hlutdeild þeirra er hverfandi enn sem komið er.



Samkeppniseftirlitið er ekki sammála samrunaaðilum hvað varðar áhrif af stöðu aðila í útgáfu greiðslukorta á markaði þessa máls. Í sögulegu samhengi hefur sterk staða Valitors í útgáfu greiðslukorta f.h. banka og sparisjóða hér á landi verið til þess fallin að styrkja stöðu félagsins í færsluhirðingu. Þessi áunna staða er líkleg til þess að viðhaldast þrátt fyrir að Borgun hafi fengið heimild til að færsluhirða VISA kort þar sem Valitor hefur fengið heimild til að færsluhirða MasterCard kort og hefur óumdeilanlega forskot á Borgun í því tilliti. Það er skoðun Samkeppniseftirlitsins að þessi staða Valitors og sú aðstaða sem félagið hefur komið sér upp, eins og t.d. vildarkerfi tengt færsluhirðingu, muni viðhalda stöðu félagsins m.a. með bakstuðningi af útgáfu greiðslukorta. Hvað varðar tengsl útgáfu kreditkorta við gjaldeyrisumsnúning þá grundvallast sú þjónusta á samningi milli færsluhirðis og söluaðila, því sterkari sem staða viðkomandi er í útgáfu kreditkorta því sterkari verður staðan í færsluhirðingu sem síðan er til þess fallin að styrkja stöðu viðkomandi félags í gjaldeyrisumsnúningi. Skiptir þá ekki máli þó að Valitor sé ekki aðili að útgáfu erlendra kreditkorta, það er sterk staða félagsins í útgáfu innlendra kreditkorta (vörumerki) sem er beinn áhrifavaldur í sterkri stöðu félagsins í færsluhirðingu hjá innlendum söluaðilum og þar með er það líklegt til að stuðla að sterkri stöðu í gjaldeyrisumsnúningi.

Samkvæmt upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað var markaðshlutdeild Valitors í útgefnum greiðslukortum á Íslandi í lok árs 2007 á bilinu 60-65% og var hlutdeildin svipuð í lok júní 2008 á sama tíma var markaðshlutdeild Borgunar 35-40%. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 33/2008 *Kaup Kaupþings banka hf. og nokkurra sparisjóða á Keldum eignarhaldsfélagi* var Valitor talin vera í markaðsráðandi stöðu á þessum markaði. Verður að telja að sú staða sé enn fyrir hendi.

## 1.2 Markaður fyrir færsluhirðingu

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri niðurstöðu að Valitor væri í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu. Var m.a. tekið fram að samkvæmt upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið aflaði væri Valitor með á bilinu 65-70% markaðshlutdeild á árinu 2007 og einnig á fyrri helmingi ársins 2008. Hlutdeild Borgunar hafi verið 25-30% og Kortþjónustunnar/PBS 0-5% á sama tímabili.

### 1.2.1 Sjónarmið samrunaaðila

Samrunaaðilar draga í efa mat Samkeppniseftirlitsins á markaðshlutdeild Kortþjónustunnar/PBS í færsluhirðingu á Íslandi og telja hana vera mun nær 10%. Telja þeir rangt að telja ekki með í veltu Kortþjónustunnar/PBS færsluhirðingu vegna Maestro debetkorta hjá söluaðilum sem eru með aðra færsluhirðingu í viðskiptum við PBS, sé svo tilfellið í mati Samkeppniseftirlitsins.

### 1.2.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Á Íslandi eru starfandi þrjár aðilar sem annast nánast alla færsluhirðingu hér á landi. Hlutur annarra er nánast hverfandi. Er hér um að ræða Valitor, Borgun og PBS S/A sem er í samstarfi við Kortþjónustuna ehf. (PBS). Fram til þessa hefur fyrirkomulagið verið með þeim hætti að Valitor hefur séð um færsluhirðingu fyrir vörumerki VISA/Electron, Borgun annast hirðingu fyrir vörumerki



MasterCard/Maestro, American Express, JCB og Diner's Club og PBS verið færsluhirðir vegna VISA/Electron og MasterCard. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 *Brot greiðslumiðlunar hf., Kredirkorts hf. og Fjölgreiðslumiðlunar hf. á bannákvæðum samkeppnislaga* var Valitor talið vera í markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir færsluhirðingu. Hið sama var gert í ákvörðun eftirlitsins nr. 33/2008 *Kaup Kaupþings banka hf. og nokkurra sparisjóða á Keldum eignarhaldsfélagi*. Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að aðstæður hafi breyst með þeim hætti að þessi staða fyrirtækjanna sé önnur núna. Ljóst er því að Valitor er í markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir færsluhirðingu. Sterk staða samrunafyrirtækisins á þessum markaði er vísbending um möguleika þess til að öðlast samsvarandi markaðshlutdeild í gjaldeyrisumsnúningi í framtíðinni (sjá hér að neðan).

Samkeppniseftirlitið bendir á að færsluhirðing vegna Maestro debetkorta hjá söluaðilum sem eru í viðskiptum við PBS um færsluhirðingu annarra greiðslukorta er að lang mestu leyti hjá Borgun og telst því til veltu þess félags. Samkeppniseftirlitið telur þetta eðlilegt þar sem tekjur af þessari færsluhirðingu falla að öllu leyti til Borgunar enda samningar milli Borgunar og viðkomandi söluaðila þar um. Markaðshlutdeild er fundin á grundvelli upplýsinga frá Valitor, Borgun og PBS/Kortapjónustunni. Samkeppniseftirlitið hefur enga ástæðu til að ætla annað en að þessir aðilar hafi veitt réttar upplýsingar. Að endingu vill Samkeppniseftirlitið taka það fram að jafnvel þótt hlutdeild PBS sé „nær 10%“ eins og samrunaaðilar halda fram í stað 0-5% þá breytir það ekki niðurstöðu málsins.

### 1.3 Markaður fyrir gjaldeyrisumsnúning

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var vikið að því að þjónusta fyrir gjaldeyrisumsnúning væri nýlega hafin hér á landi og byrjaði hún á árinu 2007. Í þessari þjónustu felst að gerðir eru samningar milli færsluhirða og söluaðila sem fela í sér að korthafar með erlend kreditkort geta valið um skuldfærslu á viðskiptareikning sinn í íslenskum krónum eða mynt síns lands. Er þessi þjónusta til þess fallin að takmarka gengisáhættu vegna viðskiptanna. Þau fyrirtæki á Íslandi sem eru aðilar að þessari þjónustu gagnvart söluaðilum eru Valitor/Tax Free, Borgun, PBS og Global Refund sem er í samstarfi við erlendan færsluhirði. Samkvæmt samrunatilkynningunni þá er formlegt samstarf milli Valitors og Tax Free um þessa þjónustu, sem felst í þróun, markaðssetningu og rekstri þjónustu við söluaðila. Upplýsingar sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað gefa til kynna að á árinu 2007 hafi aðeins tveir af þessum aðilum veitt þessa þjónustu þ.e. Borgun og Global Refund. Hin félögin byrjuðu í ár og Valitor/Tax Free ekki fyrr en í júní sl. Hins vegar hefur Global Refund dregið sig af þessum markaði að mestu, að eigin sögn vegna hindrana sem fyrirtækið telur sig hafa orðið fyrir.

Þessar aðstæður leiða til þess að mat á núverandi markaðshlutdeild er ekki raunhæft að mati Samkeppniseftirlitsins. Hins vegar hefur Samkeppniseftirlitið aflað upplýsinga um veltu í færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum þar sem erlend kreditkort eru notuð og nam veltan um 17.171 m.kr. á árinu 2007 og um 7.435 m.kr. á fyrri helmingi ársins 2008. Er það mat aðila sem leitað hefur verið álits hjá að þessi markaður muni stækka í framtíðinni. Gefur þetta til kynna að





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

#### 1.3.1 Sjónarmið samrunaaðila

Samrunaaðilar benda á að ekki sé rétt að skrifa Global Refund fyrir þjónustunni sem felst í gjaldeyrisumsnúningi því hún sé ávallt veitt á vegum færsluhirðis. Global Refund sé í samstarfi við erlendan færsluhirði og viti samrunaaðilar ekki til þess að Global Refund sé hætt að veita umrædda þjónustu.

#### 1.3.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið tekur fram að í umsögn Global Refund kemur fram að fyrirtækið hafi sannanlega þurft að hverfa af markaði fyrir gjaldeyrisumsnúning eins og áður hafi komið fram í umsögn um samrunann. Engar færslur um gjaldeyrisumsnúning hafi átt sér stað um margra mánaða skeið hjá fyrirtækinu. Staðhæfingar samrunaaðila um annað séu þannig einfaldlega rangar.

Samkeppniseftirlitið vill benda á að það komi fram með skýrum hætti að Global Refund bjóði þessa þjónustu í samstarfi við erlendan færsluhirði en að fyrirtækin hafi að mestu dregið sig út af markaðnum. Hvergi er fullyrt að félagið sé að fullu hætt að veita þessa þjónustu. Það er hins vegar staðfest af umsögn Global Refund og tölulegum upplýsingum sem var aflað að dregið hefur úr þessari þjónustu hjá félaginu. Í umsögn Global Refund við samrunatilkynninguna segir að ástæðan fyrir því að félagið hafi dregið sig að mestu út af markaðnum séu tæknilegar hindranir sem félagið hafi orðið fyrir.

#### 1.4 Markaður fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna

Á Íslandi eru starfandi tveir aðilar sem annast endurgreiðslu virðisaukaskatts til ferðamanna sem eru búsettir erlendis. Eru það Tax Free og Global Refund. Samkvæmt upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið hefur undir höndum er markaðshlutdeild Tax Free á bilinu 60-65% á árinu 2007 og hefur svo verið allt frá árinu 2003 og markaðshlutdeild keppnautarins því 35-40%.<sup>10</sup> Frá árinu 2003 hefur Tax Free heldur aukið markaðshlutdeild sína. Á sama tíma hefur rekstrarafkoma félagsins verið jákvæð og styrkst á meðan afkoma keppnautarins hefur verið neikvæð síðustu árin. Bendir þetta til þess að löglíkur (e. presumption of dominance) séu fyrir því að samrunafyrirtækið hafi þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þessum markaði og það geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppnauta, viðskiptavina og neytenda. Að þessu virtu þá er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samrunafyrirtækið sé með markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna.

<sup>10</sup> Sjá einnig ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins nr. 41/2006 *Erindi Tax Free á Íslandi ehf. vegna Global Refund á Íslandi ehf.* og nr. 41/2008 *Meint brot Global Refund á Íslandi ehf. á 11. gr. samkeppnislaga.*



### 1.5 Markaður fyrir posaleigu

Samrunaaðilar mótmæla því að Valitor sé í markaðsráðandi stöðu á posamarkaði. Posaleiga sé ekki sérstakur markaður. Greiðslulausnir í kassakerfum og posar séu á sama markaði. Staðhæfingin um að Valitor sé með markaðsráðandi stöðu í posaleigu fái ekki staðist þar sem posaleiga sé ekki sérstakur markaður og að um helmingur söluaðila noti kassakerfi. Telja samrunaaðilar eðlilegt að við mat á markaðshlutdeild á þessum markaði sé miðað við veltu viðskipta í gegnum mismunandi móttökubúnað.

Samkeppniseftirlitið bendir á að posar eru í fæstum tilfellum í eigu söluaðila heldur eru þeir leigðir gegn ákveðnu gjaldi. Við mat á markaðshlutdeild einstakra leigusala er því rétt að miða við tekjur aðila af posaleigu til söluaðila en ekki að miða við veltu viðskipta sem færð eru um mismunandi móttökubúnað, þ.e. posa, kassakerfi eða annan búnað. Á Íslandi eru aðallega þrír aðilar sem annast posaleigu til söluaðila. eru það Valitor, Borgun og Point Transaction Systems á Íslandi ehf. (Point). Samkvæmt upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað er markaðshlutdeild Valitors í posaleigu á árinu 2007 og á fyrri helmingi árs 2008 á bilinu 65-70% bæði tímabilin, Borgunar 5-10% og Point 25-30% á sömu tímabilum. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 *Brot Greiðslumiðlunar hf., Kreditkorts hf. og Fjölgreiðslumiðlunar hf. á bannákvæðum samkeppnislaga* var Valitor talin vera í markaðsráðandi stöðu á þessum markaði. Verður að telja að sú staða sé enn fyrir hendi. Að framansögðu virtu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að posaleiga sé sérstakur markaður í þessu máli og samrunaaðilar eru með markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir posaleigu.

### 1.6 Samþjöppun og HHI

Auk markaðshlutdeildar samrunafyrirtækja og keppinauta þeirra líta samkeppnisyfirvöld til samþjöppunar á markaðnum í heild sinni. Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á má almennt „*ganga út frá því að neikvæð áhrif samruna komi því frekar fram því meiri sem samþjöppunin er á tilteknum markaði*“, sbr. úrskurð í máli nr. 6/2006 *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Til þess að meta samþjöppun á einstökum mörkuðum og hættu á samkeppnishömlum vegna m.a. samruna er hér á landi aðallega stuðst við mælikvarða sem nefnist Herfindahl-Hirschman Index (HHI), sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 6/2006. HHI stuðullinn er talinn ein áreiðanlegasta vísbendingin um það hve samþjöppun á markaði er mikil og hvort eða hvenær ástæða er til að fylgjast náið með mörkuðum og frekari samþjöppun í kjölfar samruna.

HHI stuðullinn er reiknaður með því að leggja saman ferningstölur markaðshlutdeildar (þ.e. markaðshlutdeild í öðru veldi) þeirra fyrirtækja sem eru á þeim markaði sem við á. Auk þess að líta til gildis HHI stuðulsins í kjölfar samruna er einnig horft til þeirrar breytingar sem á honum verða við samruna.

Verður nú samþjöppun á mörkuðum málsins metin og til þess stuðst við HHI mælikvarðann. Gildi HHI var eftirfarandi á árinu 2007 á mörkuðum þessa máls:



- Kortaútgáfa: HHI 5.280
- Færsluhirðing: HHI 5.369
- Posaleiga: HHI 5.557
- Endurgreiðsla vsk: HHI 5.398

Ekki er raunhæft að meta HHI á markaðnum fyrir gjaldeyrisumsnúning.

Af framangreindu leiðir að samrunaaðilar hafa mjög háa hlutdeild á mörkuðum þessa máls. Einnig liggur fyrir að HHI er á umræddum mörkuðum miklu meira en 2.000 stig. Framkvæmdastjórn EB hefur nýverið gefið út leiðbeiningar um mat á samrunum sem ekki teljast láréttir, þ.e. fela ekki í sér samruna keppinauta (hér eftir nefnt „leiðbeiningarnar“).<sup>11</sup> Ljóst er skv. leiðbeiningunum að svo há markaðshlutdeild og HHI, gefa vísbendingu um að samkeppnishömlur geti stafað af samruna þessa máls. Verður nú lagt frekara mat á þetta.

## **2. Eðli samruna þessa máls**

Í máli þessu er ágreiningur um eðli samruna þessa máls og áhrif hans. Samkeppniseftirlitið telur að í máli þessu sé um að ræða svonefndan samsteypusamruna (e. conglomerate merger). Verður nú vikið nánar að þessu.

### **2.1 Sjónarmið samrunaaðila**

Samrunaaðilar hafa litið svo á að ekki sé um neina markaði að ræða þar sem áhrifa samrunans gæti í skilningi samkeppnisréttar. Þannig starfi samrunaaðilar ekki á sama markaði og markaðir þeir sem samrunaaðilar starfi á tengist ekki þannig að annar markaðurinn sé á fyrra eða seinna sölustigi fyrir hinn. Samkvæmt samrunatilkynningunni telja samrunaaðilar einnig að ekki sé um að ræða skylda markaði þar sem áhrifa samrunans gæti.

Samrunaaðilar telja að skilyrði fyrir svonefndum samsteypuáhrifum sé að samrunaaðilar starfi á nátengdum mörkuðum, t.d. framleiðendur heftara og hefta. Svo sé ekki til að dreifa í þessu máli. Ekki sé nægilegt að telja markaðina nátengda þar sem viðskiptavinir séu þeir sömu, þ.e. söluaðilar, og þjónustubættir séu allir notaðir til að uppfylla þarfir sömu aðila, þ.e. korthafa. Þetta sé ekki nægilegt að mati samrunaaðila. Með sömu rökum megi segja að framleiðsla á kjúklingum og tannkremi væri á nátengdum mörkuðum. Báðar vörurnar séu seldar smásöluaðilum og báðar uppfylli þarfir neytenda. Það nægi ekki að uppfylla þarfir sama hóps heldur verði að vera um sömu þarfir að ræða. Einnig telja samrunaaðilar að samband milli útgáfu korta og færsluhirðingar og gjaldeyrisumsnúnings geti ekki haft áhrif á matið. Einfaldlega vegna þess að aðeins annar samrunaaðila starfi á þessum mörkuðum, þ.e. Valitor. Tengsl kortaútgáfu og færsluhirðingar hafi enga þýðing við mat á því hvort samrunaaðilar starfi á nátengdum mörkuðum.

---

<sup>11</sup> Útgefna 18. október 2008: *Commission Notice: Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentration between undertakings* (sjá Official Journal of the European Union 2008/C 265/07).



## 2.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Það er mat Samkeppniseftirlitsins, eins og að framan greinir, að markaðir sem samrunaaðilar starfa á og varða þetta mál séu fimm. Valitor starfar á mörkuðum fyrir greiðslukortagáfu, færsluhirðingu, posaleigu og gjaldeyrisumsnúning fyrir korthafa með erlend kreditkort og Tax Free starfar á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna. Af þessum mörkuðum þá hafa samrunaaðilar samstarf um rekstur og markaðssetningu á gjaldeyrisumsnúningi hjá söluaðilum. Samkeppniseftirlitið er sammála samrunaaðilum um að í þessu máli sé ekki um að ræða láréttan eða lóðréttan samruna. Um er hins vegar að ræða svonefndan samsteypusamruna.<sup>12</sup> Slíkir samrunar geta helst haft samkeppnisleg áhrif þegar samrunaaðilar starfa á nátengdum mörkuðum. Um slíkt getur verið að ræða þegar samrunaaðilar selja vörur sem bæta hverja aðrar upp (e. complementary products) eða selja vörur sem eru hluti af flokki vara sem keyptar eru af sömu kaupendum (e. range of products). Talið er að ef einn aðili samrunans hafi styrka stöðu á einum markaði geti undir vissum kringumstæðum ákveðinn samlegðaráhrif sem stafa af samrunanum leitt til þess að hið sameinaða fyrirtæki nái yfirburðarstöðu á tengdum markaði og samkeppni raskist þar með, sbr. nánar hér á eftir.<sup>13</sup> Taka þarf því til skoðunar hvort skilgreindir markaðir séu tengdir og hvort aðstæður á þeim mörkuðum séu með þeim hætti að samruninn geti mögulega haft skaðleg samkeppnisleg áhrif.

Samkeppniseftirlitið bendir á að Valitor er umsvifamikill aðili á markaði fyrir posaleigu og er þar með verulega markaðshlutdeild. Posar eru jaðartæki hjá söluaðilum sem tengjast heimildar- og færslumiðlunarkerfi Valitors. Valitor er einnig með ráðandi stöðu á færsluhirðingamarkaðnum. Í gegnum posana leita söluaðilar eftir heimild til útgefenda greiðslukorta og senda síðan færslur um einstök viðskipti. Í þessum posum eru einnig hýstar lausnir, sem söluaðilar nota við endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna, og sömuleiðis lausnir fyrir gjaldeyrisumsnúning fyrir korthafa með erlend kreditkort.

Það sem einkennir þennan samruna er að viðskiptavinir samrunaaðila hvað varðar færsluhirðingu, endurgreiðslu virðisaukaskatts, posaleigu og gjaldeyrisumsnúning eru þeir sömu, þ.e. söluaðilar. Er hér um að ræða þjónustupætti sem allir höfða til sama hóps viðskiptavina, þ.e. söluaðila, og sem notaðir eru til þess að uppfylla þarfir korthafa, þ.e. neytenda. Til viðbótar þessu þá er beint samband milli útgáfu

<sup>12</sup> Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar eru samsteypusamrunar skilgreindir sem: „*Conglomerate mergers are mergers between firms that are in a relationship which is neither horizontal (as competitors in the same relevant market) nor vertical (as suppliers or customers)*“. Sjá mgr. 5. Sjá einnig Dethmers, Dodoo og Morfrey, *Conglomerate Mergers under EC Merger Control: An Overview*, *European Competition Journal*, október 2005, bls. 266: „*A conglomerate merger is one between undertakings that provide independent or complementary products, ie a transactions in which the merging parties have no current or potential competitive relationship (eg as competitors or as a supplier and customer)*.“

<sup>13</sup> Sjá t.d. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, sjötta útgáfa 2008, bls. 766-767: „*The Commission will occasionally investigate potential conglomerate effects if a party to the concentration has a substantial level of market power in one or more of these closely related or neighbouring markets. In practice, it tends to do so in cases where the products of the business being acquired, being partially substitutable or complementary to the acquirer's own products, give rise to concerns relating to so-called „portfolio power“ or „range effects“. According to these theories of competitive harm, the power deriving from a portfolio of products or brands may exceed the sum of its parts; thus a merger combining products in related markets may confer on the merged entity the ability and incentive to leverage a strong market position from one market to another by means of tying, bundling or other exclusionary practices.*“



greiðslukorta og færsluhirðingar og gjaldeyrisumsnúning. Með tilliti til þessa fær Samkeppniseftirlitið ekki betur séð en að hér sé um að ræða nátengda markaði (nærleggjandi markaðir á sama sölustigi) og að áhrifa samrunans geti mögulega gætt á þeim öllum. Fær þessi niðurstaða jafnframt stoð í athugasemdum Borgunar. Borgun telur þannig að um tengda markaði sé að ræða, þegar af þeirri ástæðu að viðskiptavinahópurinn sé sá sami, þ.e. söluaðilar auk þess sem þjónusta beggja samrunaaðila með beinum hætti tengd greiðslukortþjónustu. Borgun telur að við mat á áhrifum af samsteypusamruna sé mat á mögulegum útilokunaráhrifum samrunans, hvata til þess að ná fram slíkum áhrifum og efnahagslegar afleiðingar þeirra. Þessi skilyrði séu öll uppfyllt í þessu máli. Samrunafyrirtækið geti sett það sem skilyrði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts, bæði beint og óbeint, að söluaðilar séu einnig með þjónustu á tengdum samkeppnismörkuðum, þ.e. fyrir færsluhirðingu, posaleigu og gjaldeyrisumsnúning hjá samrunafyrirtækinu. Samrunafyrirtækið geti þannig í skjóli markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts, sem umræddur samruni muni leiða af sér, styrkt stöðu sína á tengdum samkeppnismörkuðum en samrunafyrirtækið sé nú þegar í markaðsráðandi á flestum þeirra markaða sem samruninn taki til. Global Refund segir staðreynd að um samstarfssamning sé að ræða milli samrunaaðila um markaðssetningu á þjónustu fyrir gjaldeyrisumsnúning. Þannig sé ljóst að báðir aðilar starfi á þessum nátengdu mörkuðum.

Samkeppniseftirlitið vísar ennfremur til umfjöllunar hér að framan um áhrif útgáfu greiðslukorta á færsluhirðingu og gjaldeyrisumsnúning. Tengsl einstakra skilgreindra markaða þessa máls er með ýmsum og mismunandi hætti. Miðað við aðstæður á þessum mörkuðum er útgáfa greiðslukorta og notkun þeirra í almennum viðskiptum hjá söluaðilum beint háð tilvist færsluhirða og posa. Að sama skapi er tilvist og starfsemi færsluhirða og posa háð útgáfu greiðslukorta. Með sama hætti eru bein tengsl milli þessara þriggja markaða og gjaldeyrisumsnúnings. Ef kreditkorthafi velur að nota kreditkort sem greiðslumiðil og um leið að lágmarka gengisáhættu fær hann ekki notið þessarar þjónustu hjá söluaðila nema til staðar sé færsluhirðir og posi. Verður ekki betur séð en að þessi tengsl, sem lýst er hér að framan, séu að eðli til sambærileg t.d. við heftara og hefti. Ef erlendur ferðamaður, handhafi greiðslukorts og þar með tengdur útgáfu þeirra, vill njóta endurgreiðslu virðisaukaskatts, þá verður að vera til staðar framkvæmdaaðili endurgreiðslu (t.d. Tax Free), færsluhirðir og posi eða sambærileg virkni í kassakerfi. Sama gildir ef söluaðili greiðir með peningum, framkvæmdin er í gegnum kassakerfi eða posa. Ef kassakerfi er ekki til staðar þarf posa. Meðan posar eru notaðir þá er um þessi nánu tengsla að ræða sem hér hefur verið lýst. Hér er um það að ræða að söluaðilar leitast við að uppfylla sínar þarfir og hagsmuni um að eiga viðskipti við greiðslukorthafa og að upplýstir korthafar eigi valkosti og hagsmuni af því að uppfylla sínar þarfir um hagkvæmustu viðskiptin og notkun greiðslumiðils í því skyni.

Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að einstaka skilgreindir markaðir þessa máls virki ekki nema einn eða fleiri hinna markaðanna virki einnig og þarfir notenda og neytenda þannig uppfylltar. Að framansögðu virtu er það mat



Samkeppniseftirlitsins að allar aðstæður séu með þeim hætti að um sé að ræða tengda markaði og að skaðleg samsteypuáhrif geti leitt af samruna þessa máls.

### 3. Útilokunaráhrif

Verður nú vikið að mati á mögulegum samkeppnislegum áhrifum samrunans sem felst í kaupum Valitors á öllu hlutafé í ERG/Tax Free. Samrunar, þar sem hvorki er um að ræða að saman renni raunverulegir eða hugsanlegir keppinautar (láréttur samruni) né að samrunaaðili framleiði vöru eða þjónustu sem annar samrunaaðili notar í starfsemi sinni (lóðréttur samruni), eru alla jafna ekki taldir hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Þó hefur í vissum tilfellum verið talið að um skaðleg áhrif gæti verið að ræða, þar sem öflugt fyrirtæki með sterka stöðu á einhverjum markaði (mörkuðum) nýtir sér þá stöðu til þess að styrkja stöðu sína á öðrum markaði (mörkuðum). Er þetta sér í lagi alvarlegt ef samruninn veldur takmörkun á starfsemi keppinauta eða hrekur þá út af markaði. Litið er á þessa afleiðingu frekar sem undantekningu en reglu og verður að meta með sannverðugum hætti getu og hvata samrunaaðila til athafna og áhrifa þeirra athafna á keppinauta og eftir atvikum á neytendur.<sup>14</sup>

Við mat á mögulegum skaðlegum áhrifum af samsteypusamruna kemur þannig til skoðunar hvort samrunafyrirtækið hafi getu og möguleika til þess að beita keppinauta útilokun (e. foreclose). Til þess að samrunafyrirtæki hafi getu og möguleika til þess að beita útilokun þarf samrunafyrirtækið að hafa umtalsverða markaðshlutdeild (e. significant degree of market power), sem ekki þarf nauðsynlega að jafngilda markaðsráðandi stöðu, á einhverjum af hinum skilgreindu mörkuðum. Líkur á þessu aukast hins vegar ef fyrirtæki er í markaðsráðandi stöðu.

Það ber að hafa í huga að vara eða þjónusta geta verið samkeppnislega tengd þó svo að vörurnar eða þjónustan séu ekki á sama markaði.<sup>15</sup> Í þessu sambandi verður að hafa í huga möguleg samkeppnisleg vandamál ef eitt eða fleiri fyrirtæki sem tengjast samrunanum eru markaðsráðandi eða með umtalsverða markaðshlutdeild á einhverjum af hinu skilgreindu mörkuðum. Í þeim tilfellum getur fyrirtæki notað sterka stöðu sína á einum markaði til þess að efla stöðu sína á öðrum tengdum markaði. Samsteypusamruni getur orsakað, með auknu vöru- og þjónustuframboði, svokölluð samsöfnunaráhrif (e. portfolio effects) þar sem aukinn markaðsstyrkur getur skapast af víðtækri breidd í þjónustu. Þetta getur vissulega aukið hagkvæmni viðskiptavina og þarf ekki að þýða að samrunaaðilar hvetji til aukinna kaupa með tryggðarafsláttum, sem geta sem slíkir brotið gegn bannákvæðum samkeppnislaga. Viðskiptavinum kann að þykja það þægilegt og hagkvæmt að geta skipt við einn aðila til að uppfylla þarfir sem ella þyrfti tvo eða fleiri seljendur til að uppfylla. Á hinn bóginn kann viðskiptavinur fremur að kjósa að leita til fleiri en eins aðila til að uppfylla þarfir sínar til þess að vera ekki háður einum seljanda. Með því móti getur viðskiptavinur styrkt stöðu sína gagnvart

<sup>14</sup> Sjá Alistair Lindsay; The EC Merger Regulation: Substantive Issues, önnur útgáfa 2006, bls. 406.

<sup>15</sup> Um þetta segir m.a. í 91. mgr. í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar EB: „*In practice, the focus is on mergers between companies that are active in closely related markets (e.g. mergers involving suppliers of complementary products or of products which belong to a range of products that is generally purchased by the same set of customers for the same end use).*”



einstaka birgjum og öðlast þannig mögulegan eða aukinn kaupendastyrk gagnvart þeim. Kaupendastyrkur getur að öllu jöfnu vegið á móti áhyggjum af samruna sem er líklegur til þess að fela í sér hættu á vöndlun eða samtvinnun (e. bundling or tying) í viðskiptum.

Í þessu máli er eins og áður greinir um að ræða fimm skilgreinda markaði sem eru tengdir innbyrðis þó með mismunandi hætti sé. Að mati Samkeppniseftirlitsins gætir áhrifa samrunans ekki með beinum hætti á markaðnum fyrir útgáfu greiðslukorta. Hins vegar tengist sá markaður tveimur af hinum eins og lýst er hér að framan. Í þessu felst að mati Samkeppniseftirlitsins að beinna áhrifa samrunans gæti á fjórum mörkuðum. Er þar um að ræða markaði fyrir posaleigu, færsluhirðingu, gjaldeyrisumsnúning og endurgreiðslu virðisaukaskatts. Eins og áður hefur komið fram eru posar hjá söluaðilum jaðartæki fyrir starfsemi rafrænna greiðslukortakerfa. Posar eru með öðrum orðum tæki sem eru forsenda fyrir rafrænni notkun debet- og kreditkorta hjá söluaðilum og þar með færsluhirðingu.<sup>16</sup> Með notkun þeirra er aflað heimildar hjá kortaútgefanda fyrir viðskiptum korthafa og að henni fenginni eiga viðskipti sér stað og færslan send frá posanum til útgefanda. Hafi söluaðilar gert samning við annan af tveimur aðilum sem annast endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna þá er sú lausn forrituð í posana þegar greitt er með greiðslukorti.<sup>17</sup> Sama gildir ef söluaðilar semja við færsluhirða um gjaldeyrisumsnúning þá er sú lausn einnig forrituð í posana. Af þessu er ljóst að posi hjá söluaðilum er farvegur fyrir virkni þjónustu á hinum þremur mörkuðunum.

Samkvæmt framansögðu er ljóst að markaðir fyrir posaleigu, færsluhirðingu, endurgreiðslu virðisaukaskatts og gjaldeyrisumsnúning eru tengdir markaðir og að á þeim gætir beinna áhrifa af samrunanum. Fyrir samrunann má segja að um sé að ræða tvær þjónustukeðjur á vegum samrunaaðila en fyrir sama hóp viðskiptavina. Í fyrra lagi tengjast innbyrðis markaðir fyrir gjaldeyrisumsnúning, færsluhirðingu og posaleigu á vegum Valitors þar sem viðskiptavinir eru söluaðilar. Í hinu tilfallinu tengjast innbyrðis markaðir fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna á vegum Tax Free og posaleigu, m.a. á vegum Valitors, þar sem viðskiptavinir eru söluaðilar.<sup>18</sup> Eins og fram hefur komið þá er með samrunanum stefnt að því að þjónusta Tax Free verði í framhaldinu boðin af Valitor sem fyrir veitir þjónustu í posaleigu, færsluhirðingu og gjaldeyrisumsnúningi. Fyrir liggur að Valitor hefur nú þegar markaðsráðandi stöðu á tveimur af þessum fjórum mörkuðum þar sem beinna áhrifa gætir, þ.e. á mörkuðum fyrir posaleigu og færsluhirðingu, og Tax Free er markaðsráðandi á einum, á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts. Það verður að telja afar sennilegt að á fjórða markaðinum, markaði fyrir gjaldeyrisumsnúning, muni Valitor í framtíðinni ná sterkri stöðu vegna sterkrar stöðu VISA kreditkorta í viðskiptum þar sem erlend kreditkort eru notuð. Á öllum þessum mörkuðum, eftir samrunann, verður um eina þjónustukeðju að ræða þar sem söluaðilar verða í samningssambandi við Valitor um þjónustu, verð og skilmála. Samrunafyrirtækið

<sup>16</sup> Nokkrir stórir söluaðilar hafa sambærilega virkni og posar hafa í eigin kassakerfum varðandi færsluhirðingu. Einnig er enn mögulegt að eiga viðskipti með kreditkort þar sem notuð er handvirk „strauvél“ en það er hverfandi tækni.

<sup>17</sup> Lausnin í posanum er einnig notuð þó greitt sé með peningum.

<sup>18</sup> Um þessa tengingu er einnig að ræða ef erlendir ferðamaður greiðir með peningum.



verður eina fyrirtækið á Íslandi sem mun geta boðið söluaðilum alla fyrrnefnda þjónustubætti.

Eins og að framan segir þá geta samsteypusamrunar við sérstakar aðstæður raskað samkeppni. Megin áhyggjuefni sem tengjast samsteypusamruna eru möguleg útilokunaráhrif (e. foreclosure effects) sem hann getur haft á núverandi eða mögulega keppinauta. Þá er horft til þess hvort samrunafyrirtæki geti í krafti markaðshlutdeildar á einum markaði styrkt stöðu sína á öðrum tengdum markaði, þ.e. vogarafshægðun (e. leveraging).<sup>19</sup> Í vogarafshægðun getur falist ýmiss konar samtvinnun og vöndlun viðskipta eða aðrar útilokandi aðgerðir.<sup>20</sup> Vöndlun og samtvinnun í viðskiptum geta sem slík verið viðurkennd háttsemi án þess að hafa í för með sér samkeppnisleg vandamál. Með því móti getur seljandi hugsanlega boðið viðskiptavinum sínum betri vörur eða tilboð með hagkvæmum hætti. Hins vegar getur samtvinnun og vöndlun leitt til takmarkana á raunverulegri eða mögulegri getu eða vilja keppinauta til samkeppni á viðkomandi markaði. Afleiðing þessa getur verið sú að keppinautur hrökklist út af markaði. Þetta getur haft í för með sér minni þrýsting á samrunafyrirtæki til samkeppni, sem síðan getur leitt til þess að fyrirtækið hækkar verð gagnvart viðskiptavinum sínum sem endanlega skaðar neytendur.<sup>21</sup> Skilyrðing í viðskiptum, hvort heldur hún er tæknilegs eðlis eða samningslegs, verður að teljast líkleg til þess að hafa skaðleg samkeppnisleg áhrif. Þessi háttsemi, sérstaklega samningsleg skilyrðing, er í eðli sínu til þess fallin að hindra/útiloka aðgang keppinauta að viðskiptavinum sem veldur því að valkostum neytenda fækkar.

Við mat á líkindum þess að samsteypusamruni hafi í för með sér útilokunaráhrif þarf að líta til eftirfarandi þriggja atriða:

- Meta þarf möguleika samrunafyrirtækis til þess að útiloka keppinauta.
- Meta þarf hvort hvati til þess að útiloka keppinaut sé til staðar hjá samrunafyrirtæki.
- Meta þarf hvort slík háttsemi hafi neikvæð áhrif á samkeppni til tjóns fyrir neytendur.<sup>22</sup>

Verður nú fjallað nánar um þessi atriði.

<sup>19</sup> Um þetta segir m.a. í 93. mgr. í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar EB: „The main concern in the context of conglomerate mergers is that of foreclosure. The combination of products in related markets may confer on the merged entity the ability and incentive to leverage a strong market position from one market to another by means of tying or bundling or other exclusionary practices. Tying and bundling as such are common practices that often have no anticompetitive consequences. Companies engage in tying and bundling in order to provide their customers with better products or offerings in cost-effective ways. Nevertheless, in certain circumstances, these practices may lead to a reduction in actual or potential rivals' ability or incentive to compete. This may reduce the competitive pressure on the merged entity allowing it to increase prices.”

<sup>20</sup> Vogarafshægðun getur falist í „tying, pure bundling, mixed bundling, full-line forcing, exclusive dealing, cross-subsidisation, predatory pricing and/or control of information.“ Sjá Alister Lindsay, bls. 430. Vogarafshægðun er skýrð svo í leiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar: „There is no received definition of "leveraging" but, in a neutral sense, it implies being able to increase sales of a product in one market (the "tied market" or "bundled market"), by virtue of the strong market position of the product to which it is tied or bundled (the "tying market" or "leveraging market").“

<sup>21</sup> Sjá mgr. 93 í leiðbeiningunum.

<sup>22</sup> Sjá mgr. 94 í leiðbeiningunum.





### 3.1 Möguleiki til að beita útilokun

Samrunafyrirtæki þarf ekki að vera með markaðsráðandi stöðu til þess að möguleiki til útilokunar sé til staðar, nægir að fyrirtækið hafi umtalsverðan markaðsstyrk (e. significant degree of market power) á einum af hinum skilgreindu mörkuðum. Í máli þessu liggur hins vegar fyrir að samrunaðilar verða í markaðsráðandi stöðu á lykilmörkuðum þessa máls sem eykur möguleika á því að beita útilokun.

Það sem skapar möguleika samrunafyrirtækis í því skyni að beita styrk sínu á einum markaði til þess að útiloka keppinauta er að skilyrða sölu með þeim hætti að tengja saman vörur eða þjónustu sem tilheyra mismunandi mörkuðum. Þetta er helst gert með samtvinnun (e. tying) eða vöndlun (e. bundling). Vöndlun í þessum skilningi vísar til þess hvernig vörur eru boðnar fram og verðlagðar af samrunafyrirtæki. Annars vegar getur verið um að ræða hreina vöndlun en þá eru vörur aðeins seldar sameiginlega og í ákveðnu innbyrðis hlutfalli. Hins vegar getur verið um að ræða blandaða vöndlun en þá er hægt að kaupa vörunar aðskildar en heildarverð er þá hærra en verð fyrir vöndulinn. Um samtvinnun er að ræða þegar kaup á einni vöru (e. tying good) er skilyrt við kaup á annarri vöru (e. tied good) einnig. Samtvinnun getur annað hvort verið tæknilegs eðlis en þá er varan t.d. hönnuð þannig að hún virkar aðeins með annarri tiltekinni vöru (og ekki með vöru keppinautar seljanda), eða byggð á samningi en þá undirgengst kaupandi ákveðinnar vöru að kaupa aðeins aðra tiltekna vöru (og ekki frá keppinauti seljanda). Hafa verður í huga að samtvinnun er ekki líkleg nema vörur eða þjónusta séu keyptar samtímis og að tæknileg skilyrðing er aðeins möguleg í sérstökum greinum. Samtvinnun sem tengist samningsgerð, sem oft á við um ýmiskonar þjónustu, getur komið til þegar viðskiptavinur sem óskar eftir þjónustu A fær hana ekki nema kaup einnig þjónustu B, sem þjónustuveitandi býður. Þetta getur haft í för með sér að viðskiptavininum geti, af rekstrarlegum eða samkeppnislegum ástæðum, verið nauðugur einn kostur að samþykkja skilyrðin og segja upp þjónustu B hjá keppinauti viðkomandi þjónustuveitanda.<sup>23</sup>

Eins og að framan greinir hefur Valitor verið skilgreint með markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu. Fyrirtækið er einnig með slíka stöðu í posaleigu hjá söluaðilum. Hið sameinaða fyrirtæki er með 60-65% markaðshlutdeild á markaðnum fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts til ferðamanna. Vegna þessarar stöðu og með tilliti til þess styrks sem félagið nýtur af háu hlutfalli VISA kreditkorta í heildarútgáfu kreditkorta á Íslandi eru öll rök sem benda til þess að markaðshlutdeild Valitors í gjaldeyrisumsnúningi verði há í framtíðinni.

Það liggur fyrir í gögnum málsins, að ef söluaðilar gera samning við færsluhirða um að bjóða kreditkorthöfum gjaldeyrisumsnúning, þá fá þeir hlut í þeirri þóknun sem innheimt er af korthöfum fyrir þjónustuna. Auk beins fjárhagslegs ávinnings fyrir söluaðila af gjaldeyrisumsnúningi þá getur þessi þjónusta haft áhrif í samkeppni um viðskipti hjá mörgum söluaðilum. Þessar aðstæður geta gert samrunafyrirtækinu það mögulegt að vöndla og samtvinnna tilboð til söluaðila fyrir gjaldeyrisumsnúningi við það að söluaðilar séu einnig í viðskiptum hjá félaginu

<sup>23</sup> Sjá nánar mgr. 95 til 104 í leiðbeiningunum (*Ability to foreclose*).



með endurgreiðslu á virðisaukaskatti og leigu á posum. Með sama hætti getur félagið skilyrt posaleigu við það að þeir eigi einnig viðskipti við samrunafyrirtækið um endurgreiðslu virðisaukaskatts. Mögulegt er einnig að áhrifa þessa geti gætt á markaði fyrir færsluhirðingu. Þá má benda á að lang oftast er um sömu viðskiptavinina að ræða sem hlutlægt séð er mjög til þess fallið að gera samrunafyrirtækinu kleift að beita útilokun með samtvinnun eða vöndlun.<sup>24</sup> Að sama skapi getur samrunafyrirtæki nýtt sér sterka stöðu sína á markaði fyrir posaleigu til að beita tæknilegum hindrunum á tengdum mörkuðum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru þessar aðstæður allar með þeim hætti að samrunafyrirtækið hefur mikla möguleika og getu til þess að nota markaðsstyrk sinn á mörkuðum fyrir gjaldeyrisumsnúning og posaleigu til þess að styrkja stöðu sína á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts. Afleiðing þess getur síðan verið útilokun eina keppinautar félagsins á þeim markaði. Þessi niðurstaða er enn líklegri vegna þess að samrunafyrirtækið er þegar með afgerandi markaðsstyrk á þessum markaði, eða 60-65% markaðshlutdeild. Komi til þess að keppinautur Tax Free, Global Refund, hrökklist af markaði gerir það samrunafyrirtækinu mögulegt að skilyrða endurgreiðslu virðisaukaskatts við það að söluaðilar verði einnig með færsluhirðingu hjá samrunafyrirtækinu. Með tillit til aðstæðna verður að telja það mjög líklegt, að mati Samkeppniseftirlitsins, að samrunafyrirtækið verði með einokunarstöðu í endurgreiðslu á virðisaukaskatti. Þar sem sú þjónusta er verulegt samkeppnislegt atriði fyrir marga söluaðila, þá skapar það sterka stöðu fyrir samrunafyrirtækið að skilyrða við þá þjónustu að þeir söluaðilar séu einnig í viðskiptum við fyrirtækið með posaleigu, gjaldeyrisumsnúning og færsluhirðingu.

Samrunaaðilar telja engar líkur til þess að Global Refund muni hverfa af markaði sem leiði til þess að samrunafyrirtækið verði í einokunarstöðu. Benda þeir á að Global Refund sé óvant samkeppni og beiti því brögðum til að koma í veg fyrir hana. Global Refund hér á landi sé dótturfélag stærsta fyrirtækis heims á endurgreiðslumarkaði og sé það ekki þekkt að það hafi horfið af markaði sem það hafi starfað á. Jafnvel þó Global Refund hverfi af markaði hér á landi sé ekki þar með sagt að það skaði neytendur. Endurgreiðsluprósent til ferðamanna, hinna eiginlegu neytenda, sé lögbundin. Jafnvel þó samrunaaðilar væri í einokunarstöðu gæti það ekki hækkað þá þóknun. Það sé hagur félagsins að sem flestir ferðamenn skipti ávísunum sínum, það skapar tekjur fyrir félagið. Hagur þess sé að bjóða eins góða þjónustu og mögulegt sé. Jafnframt sé að hagur félagsins að sem flestir söluaðilar bjóði upp á endurgreiðslu virðisaukaskatts. Mat samrunaaðila sé að engar líkur séu á því að Global Refund hverfi af markaðnum. Við mat á samkeppnislegum áhrifum verði Samkeppniseftirlitið að taka tillit til þessara sterku séreðla markaðarins.

Samkvæmt upplýsingum Global Refund er staðhæfingu samrunaaðila um að fyrirtækið hafi hvergi horfið af markaði vera ranga. Slíkt hafi gerst í Ungverjalandi, Kanada og í Færeyjum. Þrátt fyrir að erlendir ferðamenn séu endanlegir

---

<sup>24</sup> Um þetta segir í leiðbeiningunum (mgr. 100): „*Further, for foreclosure to be a potential concern it must be the case that there is a large common pool of customers for the individual products concerned. The more customers tend to buy both products (instead of only one of the products), the more demand for the individual products may be affected through bundling or tying.*”



neytendur þegar um endurgreiðslu á virðisaukaskatti sé að ræða þá verði ekki fram hjá því litið að viðskiptavinir þeirra aðila sem bjóði upp á endurgreiðslu séu söluaðilar. Það er skoðun Global Refund að þó að endurgreiðsluprósentan sjálf sé lögbundin þá sé ekkert sem banni endurgreiðsluaðilanum að breyta skiptingu þóknunarinnar milli söluaðilans og endurgreiðsluaðilans. Slíkt hafi augljóslega áhrif á söluaðilana og samningsstöðu þeirra sem verði augljóslega mun verri gagnvart fyrirtæki í einokunarstöðu á þessum markaði.

Að mati Samkeppniseftirlitsins verður ekki séð að framangreind umfjöllun samrunaaðila styðji það á nokkurn hátt að afleiðing samrunans geti ekki verið sú að Global Refund hverfi af markaði. Afkoma Global Refund hefur verið með þeim hætti að möguleg útilokunaráhrif samrunans geti verið til þess fallin að félagið hverfi af markaði. Samkeppni milli félaganna, Tax Free og Global Refund, er ekki beint um erlenda ferðamenn heldur gagnvart söluaðilum sem bjóða endurgreiðslu virðisaukaskatts. Lífleg samkeppni um söluaðila getur síðan haft þau áhrif að fleiri söluaðilar bjóði endurgreiðslu sem kemur ferðamönnum til góða. Það er ekki þannig að mælt sé fyrir í lögum um hámark endurgreiðslu til erlendra ferðamanna. Samkvæmt reglugerð nr. 294/1997 með síðari breytingum er sett lágmark, ekki hámark, á endurgreiðslu til ferðamanna og er því svigrúm, að vissu marki, fyrir félögin að keppa um söluaðila, bæði á endurgreiðsluhlutfallinu til ferðamanna og þóknun til söluaðila sjálfra. Forsenda þess að ferðamenn njóti endurgreiðslu er að söluaðilar bjóði hana. Nái samrunaaðilar einokun á þessum markaði, sem Samkeppniseftirlitið telur að verði líkleg þróun verði ekkert að gert, getur það einnig leitt til mögulegra neikvæðra samkeppnislegra áhrifa á tengdum mörkuðum málsins. Þau áhrif koma þá fram hjá keppinautum, söluaðilum og síðan neytendum.

Að öllu framansögðu virtu er það mat Samkeppniseftirlitsins að aðstæður allar og staða samrunaaðila á skilgreindum mörkuðum séu með þeim hætti að samrunafyrirtækið hafi mikla möguleika og getu til þess að beita útilokandi aðgerðum á hverjum einstökum markaði þessa máls með skaðlegum áhrifum á keppinauta og neytendur. Er þetta mat Samkeppniseftirlitsins í samræmi við sjónarmið sem fram koma í umsögnum hagsmunaaðila um möguleg samkeppnisleg vandamál sem tengjast þessum samruna.

### 3.2 Hvati samrunafyrirtækisins til að beita útilokun

Til þess að samsteypusamruni geti hafi í för með sér útilokunaráhrif þarf að vera fyrir hendi hvati til þess að útiloka keppinauta og var talið í andsmælaskjalinu að hann væri fyrir hendi í þessu máli. Samrunaaðilar mótmæla þessu.

#### 3.2.1 Sjónarmið samrunaaðila

Samrunaaðilar halda því fram að hvati til útilokunar sé ekki til staðar í tengslum við þennan samruna. Sýna þurfi fram á að samrunafélagið muni hafa hvata til þess að beita útilokunaráhrifum eftir samrunann, sem sé nauðsynleg forsenda fyrir skaðlegum áhrifum samrunans. Einnig verði að sýna fram á að það sé arðvænlegt fyrir fyrirtækið að beita skilyrðingu eða vöndlun og að slíkar aðstæður séu fyrir hendi. Mat á því hvort fyrirtæki hafi hvata til að beita útlökun sé fyrst og



fremst efnahagslegt. Framkvæmdastjórn EB telji eftirfarandi atriði skipta máli við matið:

- a. fjöldi viðskiptavina sem velja báðar/allar vörurnar
- b. verðmæti markaðanna
- c. þættir sem dragi úr hvata

Til að útilokunaráhrif geti mögulega verið áhyggjuefni sé að mati samrunaaðila nauðsynlegt skilyrði að stór hópur viðskiptavina velji báðar vörurnar. Því fleiri sem þeir séu því meiri möguleiki sé að auka eftirspurn eftir vöru eða þjónustu með skilyrðingu eða vöndlun. Því sé ekki fyrir að fara í þessu máli. Telja samrunaaðilar að 2-6% söluaðila séu bæði í viðskiptum með færsluhirðingu og endurgreiðslu virðisaukaskatts. Þetta geti ekki talist „large common pool of customers“ eins og skilyrt sé að þurfi að vera til staðar.

Samrunaaðilar telja einnig að við mat á hvata til að beita útilokun með skilyrðingu eða vöndlun þurfi að horfa til verðmætis viðkomandi markaða og hagnaðarvonar af vörunum og það borið saman. Litlar líkur séu á því að hærri hagnaðarvon sé fórnað fyrir minni til að ná fótfestu á þeim markaði. Fráleitt sé að hagsmunum í færsluhirðingu verði fórnað fyrir aukningu á markaði þar sem lág hagnaðavon sé, t.d. í endurgreiðslu á virðisaukaskatti. Vegna þróunar á posamarkaði eigi það sama við, ekki sé réttlætanlegt að skilyrða posleigu við nokkurn skapaðan hlut.

Loks benda samrunaaðilar á að meta þurfi saman hvata samrunafyrirtækis til að grípa til aðgerða til þess að ná fram útilokunaráhrifum og aðra þætti sem dragi úr hvata til aðgerðanna. Samrunaaðilar telji að það sem geti dregið úr hvata til útilokunar, og jafnvel eytt honum, sé að viðkomandi aðgerð sé ólögleg. Þrjú sjónarmið séu þar helst lögð til grundvallar. Meta þurfi hvort aðgerðin sé örugglega eða mjög líklega ólögleg, hversu líklegt sé að upp komist um brotið og viðurlög við brotinu. Telja samrunaaðilar að af fenginni reynslu, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008, sé Valitor mjög meðvitað um samkeppnislög, félagið geri sér vel grein fyrir áhrifum á orðspor félagsins við brot á lögnum og þyngd sektar sem við broti liggja. Allt þetta leiði til þess, að mati þeirra, að hvati til útilokandi aðgerða sé ekki til staðar og því sé samruninn ekki skaðlegur samkeppni.

### 3.2.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Hér ber fyrst að líta til þess að ákvörðun samrunafyrirtækis um samtönnun getur aukið hagnað þess með því að það öðlist markaðsstyrk á tengda markaðnum (e. tied market) eða með því að verja eða auka markaðsstyrk sinn á grunnmarkaði (e. tying market) eða með blöndu af þessu tvennu.<sup>25</sup> Hvati fyrir fyrirtæki til þess að beita útilokun með samtönnun eða vöndlun er almennt tengt hagnaðarvon af þeim aðgerðum. Verður því að leggja efnahagslegt mat á hvort slíkar aðgerðir séu líklegar.

Samrunafyrirtæki getur við vissar aðstæður metið það arðvænlegt að beita slíkri skilyrðingu. Slík háttsemi getur leitt til þess að fyrirtækið hafi beint hagnað af

<sup>25</sup> Sjá mgr. 107 og 108 í leiðbeiningunum.



aukinni markaðshlutdeild á viðkomandi mörkuðum eða, sem líklega yrði tilfellið, af því að geta hækkað í framhaldinu verð á þeim markaði eða mörkuðum á grundvelli aukins markaðsstyrks.<sup>26</sup> Öðlist fyrirtækið yfirburðarstöðu á einhverjum einstökum markaði skapar það enn frekar möguleika til aukins hagnaðar hjá samrunafyrirtækinu.

Ýmis önnur atriði geta komið til athugunar við mat á því hvort til staðar sé hvati hjá samrunafyrirtækjunum til að útiloka samkeppni, t.a.m. eignarhald hins sameinaða fyrirtækis, fyrri markaðsaðgerðir á viðkomandi markaði (mörkuðum) og eftir atvikum gögn hinna sameinuðu fyrirtækja (t.d. viðskiptaáætlun).<sup>27</sup> Ræðst slíkt af atvikum hvers máls fyrir sig.

Skilgreindir markaðir þessa máls einkennast allir af því að vera fákeppnismarkaðir. Á þremur af fjórum mörkuðum málsins þar sem áhrifa gætir eru samrunaaðilar með markaðsráðandi stöðu. Starfsemi á fjórða markaðnum, þ.e. fyrir gjaldeyrisumsnúning, er það nýlega hafin að ekki er marktækt að ákvarða markaðshlutdeild einstakra aðila. Hins vegar eru aðstæður með þeim hætti, m.t.t. stöðu Valitors á tengdum mörkuðum og þá sérstaklega í útgáfu kreditkorta og í færsluhirðingu, að verulegar líkur eru til þess að samrunafyrirtækið muni öðlast markaðsráðandi stöðu á þessum markaði. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að svo muni verða.

Þó svo að ekki sé enn um marktækar upplýsingar að ræða um veltu í gjaldeyrisumsnúningi þá er um umtalsverða veltu að ræða á undirliggjandi markaði, þ.e. í færsluhirðingu vegna erlendra kreditkorta. Á árinu 2007 var velta hjá íslenskum söluaðilum þar sem erlend kreditkort voru notuð í viðskiptum rúmlega 17 milljarðar króna. Af þessu er ljóst að fjárhagslegir hagsmunir færsluhirða og tengdra félaga eru verulegir þegar kemur að hlutdeild í þessum viðskiptum. Á þetta við um samrunafyrirtækið. Þessum hagsmunum deila söluaðilar með samrunafyrirtækinu þar sem þeir fá hlut í þóknuninni, sem að öðru óbreyttu, ætti að leiða til þess að þjónustan verði útbreidd og í boði víða, sem aftur styrkir stöðu samrunafyrirtækisins. Að sama skapi þá er hvati hjá samrunafyrirtækinu til útilokunar keppinauta á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts þar sem saman fara hagsmunir samrunafyrirtækisins og söluaðila hvað varðar þóknun fyrir þjónustuna.

Fjárhagslegir hagsmunir eru einnig fyrir hendi hjá samrunafyrirtækinu að beita sterkri markaðsstöðu sinni í endurgreiðslu virðisaukaskatts og gjaldeyrisumsnúningi til þess að viðhalda eða styrkja stöðu fyrirtækisins á markaði fyrir posaleigu. Nái samrunafyrirtækið einokunarstöðu í endurgreiðslu virðisaukaskatts skapast einnig fjárhagslegur hvati til þess að beita útilokun sem felst í skilyrðingu um færsluhirðingu hjá þeim söluaðilum sem vilja bjóða endurgreiðslu virðisaukaskatts.

Eins og áður hefur komið fram eru umræddir markaðir innbyrðis tengdir bæði tæknilega og eins hvað varðar viðskiptavini og þarfir þeirra. Mikil tengsl eru milli

<sup>26</sup> Sjá mgr. 105 í leiðbeiningunum.

<sup>27</sup> Sjá mgr. 109 í leiðbeiningunum.



Þessara þjónustupátta og í öllum tilfellum eru söluaðilar viðskiptavinir fyrirtækisins. Þar sem allir þessir þjónustupættir eru söluaðilum nauðsynlegir, bæði hvað varðar rekstur og innbyrðis samkeppni, þá er ekki um að ræða kaupendastyrk í tengslum við þessa þjónustupætti. Þá eru aðstæður með þeim hætti að ekki er um raunhæft aðhald keppinauta að ræða. Ekki verður séð að nokkur umtalsverður fjárhagslegur kostnaður fylgi þeirri háttsemi samrunaaðila sem getur leitt til útilokunar keppinauta eða til takmarkana á umsvifum þeirra.

#### *Verðmæti markaðanna*

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að þó svo að lítil hluti söluaðila (að vísu stærri en samrunaaðilar gefi í skyn) sem eru í viðskiptum við færsluhirða séu einnig í endurgreiðslu virðisaukaskatts þá séu trúlega allir sem bjóða endurgreiðslu skattsins einnig í viðskiptum við færsluhirða. Einnig eru allir söluaðilar sem bjóða gjaldeyrisumsnúning í viðskiptum við færsluhirða og við posaleigur. Að sama skapi eru allir söluaðilar sem eru í viðskiptum við posaleigu einnig í viðskiptum við færsluhirða og um leið mögulegir viðskiptavinir fyrir gjaldeyrisumsnúning. Einnig verður að telja að allir söluaðilar sem bjóða endurgreiðslu á virðisaukaskatti muni hafa hagsmuni af því að bjóða líka gjaldeyrisumsnúning og hafi því þörf fyrir posa og viðskipti við færsluhirði. Að mati Samkeppniseftirlitsins sýnir framan greint að þó svo að fjöldi viðskiptavina á einstaka mörkuðum séu mögulega mismargir þá er þó í öllum tilfellum um að ræða sama viðskiptavinahóp, þ.e. söluaðila. Hjá ákveðnum hópi söluaðila er um að ræða þörf fyrir þjónustu á öllum fjórum mörkuðunum, hjá öðrum hópi söluaðila þörf fyrir þrjá þjónustupætti og hjá enn öðrum hópi þörf fyrir tvo þjónustupætti af fjórum. Allt framangreint bendir til þess að um sé að ræða stóran hóp viðskiptavina sem velji tvo eða fleiri þjónustupætti.

Þessar aðstæður undirstika það að mati Samkeppniseftirlitsins að eftir samrunann hafi samrunafyrirtækið efnahagslegan hvata og getu til að beita útilokun með skaðleg áhrif á samkeppni og neytendur.

Samkeppniseftirlitið getur tekið undir það að verðmæti einstakra markaða geti skipt mál við mat á hugsanlegum hvata til útilokunar á einstaka mörkuðum. Stefnumörkun fyrirtækis um útilokun geti þó byggst á mati á hagsmunum til lengri tíma og hljóti að gera það í flestum tilvikum. Áhrif þessa samruna geti verið með þeim hætti að samrunaaðilar geti vegna sterkar stöðu í posaleigu og gjaldeyrisumsnúningi beitt skilyrðingu um viðskipti fyrir endurgreiðslu á virðisaukaskatti og þannig rutt eina samkeppnisaðilanum úr vegi. Í þessu tilfalli er hagnaði mögulega fórn að til skamms tíma ef aðgerðin leiðir til sölusynjunar. Ef þetta leiðir til einokunar í endurgreiðslu er mögulegt fyrir samrunafyrirtækið að beita þeirri stöðu með vöndlun eða skilyrðingu á tengdu mörkuðunum, m.a. í færsluhirðingu og þar með gjaldeyrisumsnúningi og á markaði fyrir posaleigu. Í þessu felst að mati Samkeppniseftirlitsins að samrunafyrirtækið þurfi ekki að fórna miklu, ef nokkru, við að beita útilokun á einstaka mörkuðum sem getur leitt til þess að félagið styrki stöðu sína á öllum öðrum skilgreindum mörkuðum málsins. Því telur Samkeppniseftirlitið að við þessar aðstæður geti samrunafyrirtækið beitt stöðu sinni á mörkuðum sem ekki teljast eins verðmætir, sem nauðsynlegir eru fyrir ákveðna hópa viðskiptavina, til þess að gera því síðan kleift að viðhalda eða styrkja stöðu þess á verðmætari mörkuðum. Að mati



Samkeppniseftirlitsins eru því aðstæður með þeim hætti að samrunafyrirtækið þurfi alls ekki að fórna hagsmunum sínum á verðmætari mörkuðum til þess að styrkja stöðu sína á mörkuðum sem teljast ekki jafn verðmætir og því eigi rök samrunaaðila ekki við hvað þetta varðar. Er framangreind niðurstaða jafnframt í samræmi við sjónarmið sem keppinautar samrunaaðila hafa lagt fram.

#### *Þættir sem geta dregið úr hvata*

Að því er varðar sjónarmið samrunaaðila um að meta þurfi saman hvata samrunafyrirtækis til að grípa til aðgerða til þess að ná fram útilokunaráhrifum og aðra þætti sem dragi úr hvata til aðgerðanna bendir Samkeppniseftirlitið á að samrunafyrirtækið hefur með höndum víðtæka starfsemi sem varðar mjög tengda markaði og veitir þjónustu sem byggja á tæknilausnum í afmörkuðum búnaði hjá söluaðilum. Viðkomandi lausnir eru nauðsynlegar fyrir söluaðila og í sumum þáttum fara fjárhagslegir hagsmunir samrunafyrirtækis og söluaðila saman. Staða einstakra söluaðila gagnvart samrunafyrirtækinu mun verða veik sem skýrist aðallega af því að kaupendastyrkur er mjög lítill, og einnig af ótta þeirra við tæknileg vandamál og nauðsyn þeirra fyrir alla þjónustubætti af samkeppnislegum ástæðum. Samkeppniseftirlitið metur það svo að samrunafyrirtækið geti með auðveldum hætti beitt aðgerðum og háttsemi gegn söluaðilum sem hafi í för með sér útilokandi áhrif á keppinauta samrunafyrirtækis. Samrunafyrirtækið er eitt um að geta boðið alla þjónustubætti sem skilgreinda markaði varðar og samningsaðilar þess eru í öllum tilfellum sami viðskiptavinahópur, þ.e. söluaðilar og með veika samningsstöðu. Þetta skapar samrunafyrirtækinu, að mati Samkeppniseftirlitsins, kjöraðstæður til þess að beita aðgerðum sem hafi í för með sér útilokunaráhrif sem skaðar samkeppni.

Samrunaðilar vísa til þess að dómstólar EB hafi lagt töluverða áherslu á að það geti dregið úr hvata til útilokunar ef viðkomandi aðgerðir eru ólögsmætar. Framkvæmdastjórn EB hefur í umræddum leiðbeiningum sagt að í þessu sambandi sé rétt að líta til þess hvort viðkomandi aðgerð sé örugglega eða mjög líklega ólögsmæt. Einnig verði að meta líkurnar á því að upp komist um viðkomandi brot og í þriðja lagi að horfa til mögulegra viðurlaga, sbr. 46. mgr. Við mat á þessu ber einnig að hafa í huga dóm dómstóls EB í máli Tetra Laval gegn framkvæmdastjórninni.

Í því máli var um það að ræða að undirréttur EB hafði felld úr gildi ógildingu framkvæmdastjórnar EB á samsteypusamruna Tetra Laval og Sidel. Byggði undirrétturinn m.a. á því að framkvæmdastjórnin hefði við mat á hvata til útilokunar ekki horft til þess að vogararfshegðun samrunafyrirtækisins gæti farið gegn banni við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.<sup>28</sup> Framkvæmdastjórn EB

---

<sup>28</sup> „While it is appropriate to take account, in its assessment, of incentives to engage in anti-competitive practices, such as those resulting in the present case for Tetra from the commercial advantages which may be foreseen on the PET equipment markets (recital 359), the Commission must also consider the extent to which those incentives would be reduced, or even eliminated, owing to the illegality of the conduct in question, the likelihood of its detection, action taken by the competent authorities, both at Community and national level, and the financial penalties which could ensue. Since the Commission did not carry out such an assessment in the contested decision, it follows that, in so far as the Commission's assessment is based on the possibility, or even the probability, that Tetra will engage in such conduct in the aseptic carton markets, its findings in this respect cannot be upheld.”



sætti sig ekki við þennan dóm undirréttarins og skaut málinu til dómstóls EB. Fyrir dómstóli EB byggði framkvæmdastjórnin m.a. á því að undirréttinum hafi verið óheimilt að krefjast þess að við mat á vogarflshögðun yrði framkvæmdastjórnin að líta til áhrifa þess að sú hegðun gæti verið ólögmæt. Varðandi það sjónarmið framkvæmdastjórnarinnar, að undirréttinum hafi verið óheimilt að krefjast þess við mat á vogarflshögðun að litið sé til áhrifa þess að sú hegðun geti verið ólögmæt, benti dómstóll EB fyrst á að sú umfjöllun undirréttarins væri í þeim hluta dóms hans sem fjallar um sérstakt eðli samsteypusamruna.<sup>29</sup> Það hafi verið í því samhengi sem undirrétturinn hafi rætt um nauðsyn þess að líta til allra viðeigandi upplýsinga.<sup>30</sup> Slík athugun verði að fara fram með hliðsjón af tilgangi samrunareglugerðarinnar sem sé að koma í veg fyrir myndun eða styrkingu á markaðsráðandi stöðu sem raskað geti samkeppni.<sup>31</sup> Síðan sagði dómstóllinn að rétt hafi verið hjá undirréttinum að byggja á því, að við mat á því hvort vogarflshögðun verði beitt, beri að hafa hliðsjón bæði af hvata til slíkrar hegðunar og til atriða sem vinni gegn því að vogarflshögðun verði beitt, þ.m.t. að slík hegðun geti verið ólögmæt.<sup>32</sup> Hins vegar fari það gegn varnaðartilgangi samrunareglugerðarinnar að krefjast þess að framkvæmdastjórnin skoði í hverju samrunamáli að hvaða marki hvati til þess að grípa til samkeppnishamlandi aðgerða minnki eða hverfi vegna hættu á að slík brot uppgötvist, aðgerða samkeppnisyfirvalda og vegna þess að viðurlögum kunni að vera beitt.<sup>33</sup> Slíkt mat kalli á mikla rannsókn og að miklar líkur séu að gripið verði til ólögmætra aðgerða. Af þessu leiði að í samrunamáli felu það í sér of mikla ágiskun að meta hvort brot á 82 .gr. séu líkleg og hvort viðurlögum verði beitt.<sup>34</sup> Dómstóll EB taldi af þessu leiða að undirréttur EB hefði komist að rangri lagalegri niðurstöðu með því að hafna því að líta til mögulegrar vogarflshögðunar Tetra af þeirri ástæðu einni að framkvæmdastjórn EB hafi ekki við mat á líkindum á slíkri hegðun horft til ólögmætis hennar.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> „It should be observed, first of all, that paragraphs 148 to 162 of the judgment under appeal, which the Commission challenges under both its first and its second ground of appeal, form a section in which the Court of First Instance described certain specific aspects of conglomerate effects, in particular temporal aspects, and inferred from them certain general rules as to the evidence which the Commission must produce when it considers that a proposed concentration must be declared incompatible with the common market. “

<sup>30</sup> „It was in the context of this reminder of the need for ‘convincing evidence’ that the Court of First Instance made reference to the obligation to examine all the relevant information. “

<sup>31</sup> „Such an examination must be carried out in the light of the purpose of the Regulation, which is to prevent the creation or strengthening of dominant positions capable of significantly impeding effective competition in the common market or a substantial part thereof. “

<sup>32</sup> „Since the view is taken in the contested decision that adoption of the conduct referred to recital 364 in that decision is an essential step in leveraging, the Court of First Instance was right to hold that the likelihood of its adoption must be examined comprehensively, that is to say, taking account, as stated in paragraph 159 of the judgment under appeal, both of the incentives to adopt such conduct and the factors liable to reduce, or even eliminate, those incentives, including the possibility that the conduct is unlawful. “

<sup>33</sup> „However, it would run counter to the Regulation’s purpose of prevention to require the Commission, as was held in the last sentence in paragraph 159 of the judgment under appeal, to examine, for each proposed merger, the extent to which the incentives to adopt anti-competitive conduct would be reduced, or even eliminated, as a result of the unlawfulness of the conduct in question, the likelihood of its detection, the action taken by the competent authorities, both at Community and national level, and the financial penalties which could ensue. “

<sup>34</sup> „It follows that, at the stage of assessing a proposed merger, an assessment intended to establish whether an infringement of Article 82 EC is likely and to ascertain that it will be penalised in several legal orders would be too speculative and would not allow the Commission to base its assessment on all of the relevant facts with a view to establishing whether they support an economic scenario in which a development such as leveraging will occur. “

<sup>35</sup> „Consequently, the Court of First Instance erred in law in rejecting the Commission’s conclusions as to the adoption by the merged entity of anti-competitive conduct capable of resulting in leveraging on





Samkvæmt þessu verður ávallt að hafa í huga að samrunareglum er ætlað að hafa fyrirbyggjandi áhrif, tilvist t.d. 11. gr. samkeppnislaga kemur ekki í veg fyrir að gripið sé til íhlutunar í samrunamálum.

Valitor (þá Greiðslumiðlun hf.) hefur áður misnotað markaðsráðandi stöðu sína í andstöðu við bannreglur samkeppnislaga á greiðslukortamarkaði, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 *Brot Greiðslumiðlunar hf., Kreditkorts hf. og Fjölgreiðslumiðlunar hf. á bannákvæðum samkeppnislaga*. Í málinu gerði Valitor sátt sem fól í sér viðurkenningu á að hafa misnotað markaðsráðandi stöðu sína með aðgerðum sem beindust að nýjum keppinauti (PBS/Kortapjónustan). Þóttu gögn málsins sýna fram á að Valitor hefði gripið til margvíslegra aðgerða á markaðnum í því skyni að koma tilteknum keppinauti út af markaði. Aðgerðirnar fólust m.a. í því að nýta sér viðkvæmar viðskiptaupplýsingar í því skyni að bjóða ólögmetar sértækar verðlækkanir, beitingu tæknilegra hindrana og fleiri aðgerða sem voru til þess fallnar að útiloka samkeppni. Af gögnum málsins mátti enn fremur sjá að viðhorf Valitors voru einkar neikvæð í garð samkeppni frá PBS/Kortapjónustunni allt frá því að það fyrirtæki hóf færsluhirðingu árið 2002. Var í því máli einnig um að ræða samráð milli Valitors og Borgunar um þróun og gerð lausnar sem er til grundvallar gjaldeyrisumsnúningi (DCC þjónusta) sem bæði félögin bjóða söluaðilum.

Sú staðreynd að Valitor hefur sætt viðurlögum vegna brota á samkeppnislögum getur dregið úr hvata til frekari brota. Á hinn bóginn sýnir framgreint mál að fyrirtækið hefur verið reiðubúið að beita samkeppnishamlandi aðgerðum til að efla viðskiptahagsmuni sína. Þegar þessi atriði eru virt saman er ekki unnt að fallast á það með samrunaðilum að þessi ákvörðun eyði hvata til þess að ná fram útilokunaráhrifum.

Vegna aðstæðna sem upp geta komið þá telur Samkeppniseftirlitið ekki líklegt að vitneskja samrunafyrirtækis, um að tilteknar aðgerðir séu mögulega ólögmetar, dragi í öllum tilfellum úr, eða hvað þá, eyði hvata þess til að beita tilteknum aðgerðum sem leiði til útilokunar. Þá er ekki á þessu stigi fullkomlega ljóst að allar aðgerðir sem samrunaaðilar geta gripið til fari gegn samkeppnislögum. Samkeppniseftirlitið tekur undir með sjónarmiðum keppinauta samrunaaðila um að ef fallist yrði á slíkt sjónarmið myndi það í raun leiða til þess að nánast útilokað yrði að halda því fram að sérstakur efnahagslegur hvati væri til staðar. Að sama skapi skal á það bent að Samkeppniseftirlitið hefur fengið trúverðugar upplýsingar um að í núverandi samstarfi Valitors og Tax Free hafi aðgerðum sem þessum verið beitt.

#### *Niðurstaða*

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að, þó svo að verðmæti einstakra skilgreindra markaði sé mismikið, þá séu heildarhagsmunir samrunafyrirtækisins það miklir og

---

*the sole ground that the Commission had, when assessing the likelihood that such conduct might be adopted, failed to take account of the unlawfulness of that conduct and, consequently, of the likelihood of its detection, of action by the competent authorities, both at Community and national level, and of the financial penalties which might ensue. "*



Þess eðlis að verulegur hvati sé fyrir hendi til þess að fyrirtækið beiti aðgerðum sem séu til þess fallnar að hafa áhrif til útilokunar sem skaði samkeppni með alvarlegum hætti. Aðrir þættir sem mögulega geti dregið úr þessum hvata eru ekki líklegir til þess að virka m.a. vegna aðstæðna sem geti skapast á umræddum mörkuðum eins og að framan er lýst.

Að öllu framansögðu virtu þá er það mat Samkeppniseftirlitsins að fjárhagslegir hagsmunir samrunafyrirtækis séu með þeim hætti að þeir hvetji fyrirtækið til þess að beita útilokun á skilgreindum mörkuðum þessa máls. Allar aðstæður á skilgreindum mörkuðum eru einnig með þeim hætti að hvetja til þessarar háttsemi hjá samrunafyrirtækinu, sem og sú staðreynd að annar aðili samrunans hefur verið neikvæður í garð tiltekinns keppinautar og í því sambandi reynt að bola honum út af markaði. Það sem styður þetta mat er að samningsstaða viðskiptavina samrunafyrirtækisins er veik, kaupendastyrkur er lítill og tæknilegar lausnir og annað umhverfi er með þeim hætti að það gerir fyrirtækinu auðvelt með að beita sterkri stöðu sinni gagnvart þeim. Til frekari stuðnings má á það benda að samrunaaðilar höfnuðu jafnframt að gagna undir möguleg skilyrði sem Samkeppniseftirlitið lagði áherslu á að þyrftu að vera til staðar í því skyni að girða fyrir skaðleg áhrif samrunans.

### 3.3 Áhrif útilokunar á samkeppni

Við mat á mögulegum skaðlegum áhrifum útilokunar ber að líta til hugsanlegra efnahagslegra áhrifa þeirra. Samtvinnun eða vöndlun getur leitt til umtalsverðs samdráttar í sölu hjá keppinautum sem eingöngu bjóða eina vöru eða einn þjónustubátt. Þetta getur haft í för með sér minni getu eða hvata fyrir keppinauta að veita samrunafyrirtækinu samkeppni. Afleiðing þessa getur orðið sú að samrunafyrirtækinu takist að öðlast umtalsverðan markaðsstyrk á tengdum markaði og/eða viðhalda markaðsstyrk á grunnmarkaði.

Sérstaklega getur háttsemi sem stuðlar að útilokun hindrað innkomu nýrra mögulegra keppinauta. Þegar um er að ræða stuðningsvörur (e. complementary products) getur hindrun inn á einn markað, gert samrunafyrirtæki mögulegt að hindra innkomu inn á annan markað. Þetta gerist ef háttsemi samrunafyrirtækisins er til þess fallin að neyða mögulegan keppinaut til innkomu á báða markaðina samtímis þó að hann hafi einungis haft hug á að hasla sér völl á öðrum þeirra eða með mismunandi tímasetningu.<sup>36</sup>

Til þess að samruni teljist hafa verulega skaðleg samkeppnisleg áhrif þarf umtalsvert hlutfall af framleiðslu viðkomandi markaðar að verða fyrir útilokunaráhrifum af samrunanum. Ef til staðar verða skilvirkir framleiðendur stakrar vöru eða þjónustu á öðrum hvorum markaðnum er ólíklegt að samkeppni skaðist af samsteypusamruna. Áhrif samruna á samkeppni þarf einnig að meta með tilliti til hagkvæmni sem af honum hlýst fyrir samrunafyrirtækið. Samsteypusamrunar geta haft í för með sér breiddarhagkvæmni í framboði á

---

<sup>36</sup> Sjá mgr. 112 í leiðbeiningunum.



vörum og þjónustu. Slík hagkvæmni er talin nauðsynleg en ekki nægileg til þess að hagræðing geti réttlætt samtvinnun eða vöndlun vöru eða þjónustu.<sup>37</sup>

Eins og að framan er rakið þá er það mat Samkeppniseftirlitsins að áhrifa þessa samruna gæti á fjórum þjónustumörkuðum og að á þeim öllum ríki fákeppni. Um er að ræða markað fyrir færsluhirðingu þar sem þrír aðilar starfa og er Valitor með 60-65% markaðshlutdeild, markað fyrir posaleigu þar sem þrír aðilar starfa og er Valitor með 65-70% markaðshlutdeild og markað fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts þar starfa tveir aðilar og er Tax Free með 60-65% markaðshlutdeild. Samrunaðilar eru með markaðsráðandi stöðu á öllum þessum mörkuðum. Fjórði markaðurinn er markaður fyrir gjaldeyrisumsnúning. Þar eru starfandi þrír aðilar en vegna þess hve stutt er síðan farið var að bjóða þessa þjónustu er ekki með marktækum hætti mögulegt að ákvarða markaðshlutdeild hvers og eins. Þar sem þessi þjónusta er tengd færsluhirðingu og einstökum vörumerkjum korta eru full rök til þess að Valitor, sem aðili að útgáfu og færsluhirðingu VISA kreditkorta, muni í gegnum þá stöðu verða með stærsta markaðshlutdeild á þessum markaði í framtíðinni. Þessi háa markaðshlutdeild samrunafyrirtækisins á öllum mörkuðum er sterk vísbending um að skaðleg áhrif samrunans geti varðað umtalsverðan hluta viðskipta á viðkomandi mörkuðum.

Eins og staðan er á umræddum mörkuðum þá er hún frá samkeppnislegu sjónarmiði viðkvæmust í endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna. Þar er um tvíkeppni að ræða þar sem annar samrunaaðila er með um 2/3 af veltu á markaðnum og hefur svo verið undanfarin ár. Samrunafyrirtækið er með sterka markaðsstöðu í posaleigu og er líklegt til þess að ná sterkri markaðsstöðu í gjaldeyrisumsnúningi, af ástæðum sem skýrðar hafa verið hér að framan. Að mati Samkeppniseftirlitsins skapar þetta samrunafyrirtækinu sterka samningsstöðu gagnvart söluaðilum, með því að beita samtvinnun og/eða vöndlun um þjónustu fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts. Ef hinn aðilinn á þeim markaði, Global Refund, hverfur af þeim markaði er augljóslega komin upp staða sem erfitt verður að vinda ofan af. Að óbreyttu getur samruninn hrakið Global Refund út af markaðnum. Við þær aðstæður verður samrunafyrirtækið með einokunaraðstöðu á þessum markaði. Sú staða getur síðan leitt til þess að samrunafyrirtækið beiti stöðu sinni á þeim markaði til þess að viðhalda eða styrkja stöðu sína á mörkuðum fyrir posaleigu og færsluhirðingu. Í þessu sambandi verður að hafa í huga að hagsmunir margra söluaðila varðandi gjaldeyrisumsnúning og endurgreiðslu virðisaukaskatts eru miklir. Varðar það bæði samkeppnislega stöðu söluaðila í viðskiptum við erlenda ferðamenn og fjárhagslegan ávinning, í formi þóknunar, af því að veita þjónustuna. Að sama skapi er ljóst að kaupendastyrkur er lítill, og aðhald frá keppinautum er takmarkað, sem getur auðveldað samrunafyrirtækinu að auka markaðsstyrk sinn á öðrum skilgreindum mörkuðum enn frekar.

Í samrunatilkynningunni kemur fram að megin markmið samrunans sé að auka og bæta þjónustu við viðskiptavinum og að samruninn muni leiða til hagræðingar í rekstri. Þetta sjónarmið samrunaaðila er ekki rökstutt með neinum hætti í

---

<sup>37</sup> Sjá nánar um útilokun mgr. 111 til 118 í leiðbeiningunum (e. *Overall likely impact on prices and choice*).



samrunatilkynningunni og er því ekki unnt að horfa sérstaklega til hagræðingar í þessu máli. Þar fyrir utan fæst ekki séð að slík hugsanleg hagræðing geti verið umtalsverð. Sú mögulega en takmarkaða hagræðing getur ekki verið réttlætning fyrir samrunanum þegar hún er virt í samhengi við þau skaðlegu samkeppnislegu áhrif sem fylgja samrunanum að öðru leyti.

Hér að framan er komist að þeirri niðurstöðu að samrunafyrirtækið hafi bæði getu og rekstrarlegan hvata til þess að beita stöðu sinni til útilokunar á umræddum mörkuðum. Afleiðing útilokunar getur verið með tvennum hætti. Annars vegar að keppinautar hrekist af markaði eða geta þeirra og hvati til samkeppni verði takmörkuð og hins vegar hindrun fyrir nýja mögulega keppinauta til innkomu á markaðinn. Háttsemi sem leiðir til slíkrar niðurstöðu er skaðleg fyrir samkeppni. Það er mat Samkeppniseftirlitsins í máli þessu að samrunafyrirtækið hafi mikla getu og hvata til þess að beita aðgerðum sem ætlað er að útiloka keppinauta frá mörkuðum sem hefur skaðleg samkeppnisleg áhrif á keppinauta, viðskiptavinum (þ.e. söluaðila) og að lokum neytendur. Mun samruni þessa máls því raska samkeppni með umtalsverðum hætti.

#### 3.4 Önnur tengd atriði

Samkeppniseftirlitið telur til viðbótar rétt að leggja mat á áhrif samrunans á rekstur þeirra fyrirtækja sem starfa á skilgreindum mörkuðum málsins. Markaðir málsins þar sem beinna áhrifa gættir eru fjórir og eru starfandi á þeim sex fyrirtæki fyrir samrunann en fimm ef af samrunanum verður. Það sem einkennir þetta mál er að á fjórum mörkuðum eru aðeins starfandi samtals sex fyrirtæki, sem gefur til kynna að samþjöppun er mikil eins og sjá má af HHI stuðlinum sem getið er um hér að framan. Af þessu má ætla að fækkun fyrirtækjanna um eitt hafi neikvæð samkeppnisleg áhrif hvað þá heldur ef þeim fækkar enn frekar vegna aðgerða samrunafyrirtækisins.

##### 3.4.1 Áhrif á samrunaaðila

Samrunaaðilar, Valitor og Tax Free, eru fyrir samrunann starfandi á öllum fjórum mörkuðunum, Valitor á þremur og Tax Free á einum.<sup>38</sup> Við mat á rekstrarlegum áhrifum samrunans er eðlilegt að litið sé til markaðsstöðu fyrirtækjanna og einnig til mögulegra aðgerða þeirra sem áhrif geta haft á samkeppni og þar af leiðandi á markaðsstöðu þeirra eftir samrunann. Samkvæmt upplýsingum um markaðshlutdeild þá hafa þessi tvö fyrirtæki mjög sterka stöðu á þremur mörkuðum og má ætla að svo verði einnig á markaði fyrir gjaldeyrisumsnúning. Með tilliti til eðlis þeirrar starfsemi sem um er að ræða og tengsla milli einstakra markaða þá er það mat Samkeppniseftirlitsins að samrunaaðilar geti og hafi hvata til þess að beita sterkri stöðu sinni á einhverjum þessara markaða til þess að styrkja stöðu sína á öðrum mörkuðum.

Önnur atriði sem benda til þess að samrunaaðilar geti viðhaldið eða styrkt stöðu sína á þessum mörkuðum eru annars vegar að um sama viðskiptavinahóp er að ræða á öllum fjórum mörkuðunum, þ.e. söluaðila. Hins vegar er einkenni þessa að kaupendastyrkur söluaðila er lítill. Það sem bendir sérstaklega til lítills

---

<sup>38</sup> Auk þess er um formlegt samstarf þeirra að ræða á tveimur mörkuðum málsins.



kaupendastyrks er að söluaðilar fá hlut í þeirri þóknun sem samrunaaðilar innheimta fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts og gjaldeyrisumsnúning. Þannig fara saman rekstrarlegir hagsmunir samrunaaðila og væntingar söluaðila um hlutdeild í tekjum sem er til þess fallið að auðvelda samrunafyrirtækinu að beita samtvinnun og vöndlun á umræddum mörkuðum. Við þessar aðstæður er það mögulegt að sameinað fyrirtæki geti bætt hagkvæmni sína í rekstri að einhverju leyti með bættri dreifingu á vöru og þjónustu til sinna viðskiptavina. Eins má það vera þægilegt fyrir söluaðila að kaupa alla skilgreinda þjónustu hjá sama aðila en ekkert bendir til þess að í því felist umtalsverð hagræðing fyrir þá. Þessi mögulega bættu rekstrarstaða samrunaaðila má ekki vera réttlætning fyrir því að þeir boli keppinautum út af einstaka mörkuðum þessa máls eða geri stöðu þeirra svo erfiða að jafna megi til slíks.

Sterk staða samrunaaðila kemur einnig fram í því að Tax Free hefur gert þjónustusamning við Borgun um markaðssetningu og útbreiðslu þjónustu fyrir gjaldeyrisumsnúning til söluaðila og um að forrita í posa frá Borgun lausn sem reiknar út endurgreiðslu á virðisaukaskatti. Getur þetta skapað aðstæður fyrir samrunafyrirtækið og Borgun, sem eru að mestu í eigu sömu aðila, að beita markaðsstöðu sinni gagnvart PBS á markaði fyrir færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum.

Í gögnum málsins kemur fram að Borgun hafi gert samstarfssamning við Tax Free um uppsetningu á lausn Tax Free til endurgreiðslu virðisaukaskatts til erlendra ferðamanna, í posa frá Borgun. Einnig hafi félögin samstarfssamning um að Tax Free annist sölu og dreifingu á lausn Borgunar fyrir gjaldeyrisumsnúning hjá söluaðilum. Samrunaaðilar telja hins vegar að enginn samráðsvettvangur keppinauta skapist við samrunann. Telja þeir eðlilegt að samningi, sem nú sé á milli Tax Free og Borgunar verði sagt upp nái samruninn fram að ganga. Geti það jafnvel orðið til að efla samkeppnina ef Borgun gerði sambærilegan samning við Global Refund.

Samkeppniseftirlitið telur að nái samruninn fram að ganga gerir samningur annars samrunaaðila við Borgun um markaðssamastarf það að verkum að samráðsvettvangur keppinauta getur skapast sem eru neikvæð áhrif þessa samruna. Gangi samruninn eftir og að umræddum samningi við Borgun verði sagt upp, til þess að koma í veg fyrir að samráðsvettvangur skapist, þá leiðir það til þess að valkostum Borgunar um mögulegt samstarf við aðila um gjaldeyrisumsnúning og endurgreiðslu virðisaukaskatts fækkar og verður aðeins einn. Þetta eru að mati Samkeppniseftirlitsins einnig neikvæð áhrif af samrunanum.

Að öllu framansögðu virtu þá er það mat Samkeppniseftirlitsins að samrunaaðilar geti beitt stöðu sinn á einstaka mörkuðum, og hafi til þess fjárhagslegan og rekstrarlegan hvata, getu og ávinning, sem leiðir til þess að samrunafyrirtækið viðhaldi eða styrki stöðu sína á öllum fjórum mörkuðum þessa máls þar sem áhrifa gætir með beinum hætti. Samkeppniseftirlitið bendir á að í umsögnum hagsmunaaðila koma fram mjög sambærileg sjónarmið um getu og hvata



samrunafyrirtækisins til þess að beita keppinauta útilokun í formi skilyrðinga á þjónustu á skilgreindum mörkuðum.

#### 3.4.2 Áhrif á önnur fyrirtæki

Borgun, eins og Valitor, starfar á þremur skilgreindum mörkuðum þar sem áhrifa gætir. Algengustu greiðslukort sem eru í notkun á Íslandi eru tengd vörumerkjunum VISA og MasterCard. Samkeppni er milli félaganna í útgáfu greiðslukorta. Nánast allir söluaðilar hér á landi taka við greiðslukortum og þá kortum sem tengjast þessum tveimur vörumerkjum. Til þessa hefur Valitor annast færsluhirðingu hjá íslenskum söluaðilum vegna VISA korta og Borgun vegna MasterCard korta. Í dag hafa bæði félögin hins vegar einnig fengið heimild til færsluhirðingar vegna korta sem tengjast vörumerki hins aðilans. Fram kemur í umsögn Borgunar um samrunann að Valitor hafi allt að níu mánaða forskot á Borgun varðandi færsluhirðingu tengt vörumerki MasterCard. Þriðji aðilinn sem annast færsluhirðingu er Kortþjónustan/PBS og sinnir það fyrirtæki færsluhirðingu vegna beggja vörumerkjanna. Því er líklegt að samrunafyrirtækið hafi möguleika til þess að styrkja enn frekar stöðu sína á öllum mörkuðum sem tengjast greiðslukortaviðskiptum á Íslandi á kostnað hinna færsluhirðanna. Á það sama í raun við um gjaldeyrisumsnúning þar sem sú þjónusta er tengd vörumerki kreditkorta. Af þessum sökum munu aðgerðir samrunafyrirtækis, sem leitt geta til útilokunar, hafa skaðleg áhrif á stöðu Borgunar og PBS á færsluhirðingarmarkaði á Íslandi.

Samtvinnun hjá samrunafyrirtækinu á þeirri þjónustu sem Tax Free hefur boðið kaupmönnum annars vegar og posaleigu og færsluhirðingu á Visa kortagreiðslum og MasterCard greiðslum hins vegar leiðir óhjákvæmilega til þess að samrunafyrirtækið muni styrkja markaðsyfirræð sín enn frekar á færsluhirðingarmarkaðnum og markaði fyrir posaleigu, auk þess sem fyrirtækið er og verður markaðsráðandi í virðisaukaskattsendurgreiðslum til ferðamanna sem og gjaldeyrisumsnúningi. Samsöfnunaráhrif (e. portfolio effects) samruna geta samkvæmt samkeppnisrétti leitt til þess að samruni verði talin óheimill enda þótt viðkomandi fyrirtæki sé ekki markaðsráðandi á neinum þeirra vöru-/þjónustumarkaða sem það er eða verður á eftir samruna. Í því tilviki sem hér er um að ræða er samrunafyrirtækið hins vegar markaðsráðandi, í hið minnsta, á þremur af fjórum viðkomandi markaða. Ef samsöfnunaráhrif geta valdið ógildi samruna enda þótt ekki séu fyrir hendi markaðsyfirræð á neinum hinna einstöku markaða, þá má ljóst vera að yfirgnæfandi líkur séu á því að samruni sem færir undir eitt fyrirtæki markaðsyfirræð á tveimur eða fleiri mörkuðum, þar sem samtvinnun viðskipta er augljós, samrýmist ekki 17. gr. c. samkeppnislaga. Þegar horft er til þess, eins og fyrr segir, að Valitor er þegar komið með samkeppnisforskot á Borgun sem færsluleyfishafi fyrir hvort tveggja MasterCard og Visa blasir við hve mjög Valitor með yfirtöku Tax Free mun styrkja stöðu sína sem markaðsráðandi aðili á færsluhirðingarmarkaðnum.

Samkeppni er á milli Valitors og Borgunar í leigu á posum ásamt þriðja fyrirtækinu Point. Á þessum markaði er markaðshlutdeild Valitors á bilinu 65-70% en Borgun er með á bilinu 5-10%. Markaðsráðandi staða samrunafyrirtækisins á þessum markaði ásamt mögulegri vöndlun eða samtvinnun við



gjaldyrisumsnúning og endurgreiðslu virðisaukaskatts getur enn frekar styrkt stöðu þess á kostnað Borgunar og Point.

Á markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts eru starfandi tvö fyrirtæki, Tax Free og Global Refund, þar sem Tax Free er með markaðshlutdeild á bilinu 60-65%. Global Refund hefur einnig boðið gjaldyrisumsnúning í samstarfi við erlendan færsluhirði en hefur upplýst að þeirri starfsemi sé að mestu lokið vegna ýmissa tæknilegra hindrana. Rekstur félagsins hefur verið mjög erfiður undanfarin ár og hefur hann skilað umtalsverðu tapi. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru aðstæður með þeim hætti, og sérstaklega staða keppinautar, að verulega miklar líkur séu á því að samrunafyrirtækið geti og muni beita sterkri stöðu sinni á mörkuðum fyrir posaleigu og gjaldyrisumsnúning sem leitt geti til þess að Global Refund hrekist út af markaði fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts. Slík niðurstaða mun skaða samkeppni með alvarlegum hætti, neytendum til tjóns.

Samrunaaðilar telja að sýna þurfi fram á með óyggjandi hætti möguleg skaðleg áhrif samrunans. Til að um skaðleg áhrif sé að ræða þurfi að sýna fram á annað tveggja; skjöl sem sýni að samrunafyrirtæki hyggi á slíka hegðun eða nákvæmt efnahagslegt mat sem sýni að fyrirtækið hefði fjárhagslegan hag af slíkri hegðun. Það hafi Samkeppniseftirlitið ekki gert. Ekki sé nægilegt að vísa til fyrri hegðunar annars samrunaaðila að þeirra mati.

Samkeppniseftirlitið áréttar að á öllum skilgreindum mörkuðum þessa máls eru starfandi mjög fá fyrirtæki, tvö eða þrjú á einstaka mörkuðum. Það er mat Samkeppniseftirlitsins að mikil hætta sé á því að einokun geti komið til á einum þeirra verði ekkert að gert og að á öðrum mörkuðum þrengist verulega að keppinautum samrunafyrirtækisins. Óumdeilt er að notkun greiðslukorta er mjög mikil á Íslandi og er notkun þeirra forsenda fyrir allri starfsemi sem eru til grundvallar í þessu máli. Þar sem um er að ræða fá fyrirtæki sem starfa á skilgreindum mörkuðum og kaupendastyrkur á þeim öllum er mjög lítill þá skapa þessar aðstæður mikla efnahagslega hagsmuni, hvata og möguleika fyrir markaðsráðandi fyrirtæki að viðhalda eða styrkja stöðu sína á öllum umræddum mörkuðum. Ekki verður séð að samrunafyrirtæki þurfi að fórna miklu, og þá til skamms tíma, við að beita útilokandi aðgerðum sem væru til þess fallnar að efla fyrirtækið efnahagslega til lengri tíma. Fram hjá því verður heldur ekki litið að annar samrunaaðila hefur verið uppvís að og viðurkennt mjög alvarleg brot á bannákvæðum samkeppnislaga og eins hefur Samkeppniseftirlitið upplýsingar um hegðun samrunaaðila sem styður það mat að þessi samruni sé líklegur til þess að hafa í för með sér samkeppnisleg vandamál til tjóns fyrir neytendur.<sup>39</sup>

Samrunaaðilar segja aðgangshindranir að markaði fyrir endurgreiðslu séu litlar sem engar. Samrunaaðila telji það rangt og í mótsögn við fyrri ákvarðanir að þeir

<sup>39</sup> Í þessu sambandi bendir Samkeppniseftirlitið sérstaklega á að í leiðbeiningunum er sérstaklega tekið fram í 109. mgr. að fyrri markaðshegðun kunnri að koma til skoðunar, þar sem segir: „[...] *the type of strategies adopted on the market in the past...*“. Þess ber að geta að leiðbeiningarnar voru gefnar út þann 18. október 2008, en dómur undirréttar EB í máli nr. T-210/01 og samrunaaðilar vísa til er frá 14. desember 2005. Þar að auki segir orðrétt í umræddum dómi sem samrunaaðilar vísa til: „...*such evidence cannot, as a general rule, consist exclusively of evidence of past conduct.*“, þ.e.a.s. að ekki er hægt að byggja **eingöngu** á fyrri hegðun án þess að annað og meira komi til. Tilvísun Samkeppniseftirlitsins til fyrri brota og hegðunar samrunaaðila er til frekari stuðnings í málinu.



verði í markaðsráðandi stöðu í endurgreiðslu á virðisaukaskatti og að því til grundvallar sé einungis stuðst við markaðshlutdeild. Líta verði til aðgangshindrana við þetta mat, og séu þær litlar sem engar. Vísað er til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 8/2003. Þar hafi komið fram að aðgangshindranir væru nær engar og markaðshlutdeild gæfi, vegna séreðla markaðarins, ekki jafn afgerandi vísbendingu um styrkleika og á öðrum mörkuðum. Samrunaaðilum sé fyrirmanað að skilja hvað hafi breyst á fimm árum sem valdi þessari breyttu afstöðu samkeppnisyfirvalda. Ef sameinað félag beitti markaðsstyrk sínum myndi það einfaldlega leiða til innkomu nýs aðila á markaðinn eða Global Refund kæmi aftur (fari svo ólíklega að það hyrfi af markaði).

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að við eðlilegar aðstæður á umræddum markaði verði ekki séð að um verulegar aðgangshindranir sé að ræða. Í fyrri ákvörðunum var um það að ræða hvort Global Refund, með um 1/3 af markaðnum, væri í markaðsráðandi stöðu, þar sem Tax Free var með um 2/3. Niðurstaðan var sú að Global Refund væri ekki með markaðsráðandi stöðu, þrátt fyrir sterkan bakhjarl, m.a. vegna þess að fyrirtækið hafði aðeins 1/3 hluta markaðarins og að aðgangshindranir væru ekki metnar verulegar. Í þeim ákvörðunum var ekki tekin afstaða til þess hvort Tax Free væri með markaðsráðandi stöðu. Þessi samruni getur skapað allt aðrar aðstæður. Ná samrunafélagið einokun á þessum markaði, ásamt því að halda sterkri stöðu sinni á tengdum mörkuðum, er komin upp staða sem er allt annars eðlis en lá til grundvallar fyrri ákvörðunum samkeppnisyfirvalda sem tengjast þessum markaði. Við þennan samruna verður til öflugt fyrirtæki með víðtækt framboð á þjónustu þar sem allir þjónustubættir eru með einum eða öðrum hætti nauðsynlegir fyrir sama hóp viðskiptavina, þ.e. söluaðila. Þó að lagalegar og tæknilegar hindranir séu ekki verulegar, verður sterk staða samrunafyrirtækisins á öllum skilgreindum mörkuðum að teljast mikil aðgangshindrun fyrir nýja aðila inn á markað fyrir endurgreiðslu virðisaukaskatts, ef ekkert verður að gert.

Með vísun til alls framangreinds er það mat Samkeppniseftirlitsins að umræddur samruni hafi ekki aðeins skaðleg áhrif gagnvart keppinautum samrunaaðila á öllum þeim mörkuðum sem samrunaaðilar starfa á, heldur líka gagnvart viðskiptavinum samrunaaðila og neytendum. Samruninn sé þannig í senn í andstöðu við þau markmið samkeppnislaga að tryggja virka samkeppni á mörkuðum með því að tryggja samkeppnisaðilum viðeigandi vernd gagnvart markaðsráðandi aðila og þau markmið samkeppnislaga að vernda viðskiptavini markaðsráðandi aðila og neytendur.

## **VII.**

### **Niðurstaða**

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að þeir markaðir sem mál þetta tekur til séu nátengdir enda er um að ræða helstu markaði sem við koma greiðslukortastarfsemi, þ.e. útgáfa greiðslukorta og færsluhirðing, posaleiga, gjaldeyrisumsnúningur og endurgreiðsla virðisaukaskatts.

Þegar samkeppnisyfirvöld meta samruna af þessu tagi verður að meta hvort samsteypuáhrif geti gert samrunafyrirtæki mögulegt að útiloka keppinauta, hvort





hvati til slíks sé til staðar og hvort slík háttsemi hafi neikvæð áhrif á samkeppni til tjóns fyrir neytendur. Einnig verður að meta hvort slík útilokun geti haft þau áhrif að öðrum keppinautum verði gert erfiðara um vik að starfa eða mögulegum keppinautum gert erfitt að komast inn á einhvern af hinum skilgreindu mörkuðum.

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að þar sem með samruna þessum skapast mikill möguleiki, geta og hvati til útilokunar af hálfu fyrirtækis sem er afgerandi á öllum mörkuðunum geti staða annarra aðila á viðkomandi mörkuðum veikst, jafnvel að einhver keppinautur hrekist af markaði, og innkoma nýrra aðila inn á þá verði mjög torveld og jafnvel ómöguleg.

Með vísan til alls þess sem að framan er ritað er það mat Samkeppniseftirlitsins að samruni Valitors og Tax Free muni hindra virka samkeppni á öllum mörkuðum málsins þar sem áhrifa gætir. Þá telur eftirlitið að samruninn muni takmarka möguleika nýrra aðila til þess að koma inn á skilgreinda markaði. Í þriðja og síðasta lagi er það mati eftirlitsins að valkostum viðskiptavina muni fækka til tjóns fyrir neytendur. Samruninn fer því gegn 17. gr. c samkeppnislaga. Sökum þessa er það mat Samkeppniseftirlitsins að ástæða sé til að grípa til íhlutunar vegna samrunans. Samkvæmt ákvæðinu getur íhlutun falið í sér ógildinguna eða setningu skilyrða.

Samkeppniseftirlitið vill benda á að samkvæmt 17. gr. c samkeppnislaga kemur fram að eftirlitið geti sett samruna sem hindrar virka samkeppni í skilningi ákvæðisins skilyrði. Með því að setja slíkum samruna skilyrði er ætlunin að koma í veg fyrir þau samkeppnishamlandi áhrif samruna sem ella myndu leiða til ógildingar hans. Verða skilyrði að vera fullnægjandi í því skyni, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2001 *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði*.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins, sem var sent samrunaaðilum þann 12. desember 2008, var þeim kynnt það frummat eftirlitsins að samruninn færi gegn samkeppnislögum. Var þeim og bent á að ef þeir teldu mögulegt að setja umræddum samruna skilyrði sem komi í veg fyrir samkeppnishamlandi áhrif hans væri rétt að þeir hefðu frumkvæði að því að setja fram tillögur að slíkum skilyrðum til Samkeppniseftirlitsins ásamt fullnægjandi rökstuðningi, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í bréfi frá samrunaaðilum til Samkeppniseftirlitsins, dags. 23. desember 2008, komu fram athugasemdir þeirra við andmælaskjal eftirlitsins frá 12. desember 2008. Fram kemur að samrunaaðilar telji samrunann ekki raska samkeppni og því sé ekki þörf á skilyrðum. Hins vegar segir að telji Samkeppniseftirlitið eftir sem áður að samruninn raski samkeppni sé einsýnt að setja megi skilyrði sem komi í veg fyrir þá röskun. Lögðu samrunaaðilar til eftirfarandi skilyrði með fyrirvara um samþykki stjórnar félagsins:

*„1. Valitor er óheimilt að gera það að skilyrði fyrir kaupum á einhverri þeirri þjónustu sem fyrirtækið veitir að Tax Free þjónusta sem það*



- veitir skuli fylgja með í kaupunum. Jafnframt er Valitor óheimilt að skilyrða kaup á Tax Free þjónustu við kaup á annarri þjónustu. Þá er Valitor óheimilt að tvinnna saman í sölu annars vegar Tax Free þjónustu og hins vegar eina eða fleiri þjónustur fyrirtækisins gegn verði eða viðskiptakjörum sem jafna má til slíks skilyrðis.
2. Verð og kjör Valitor skulu vera almenn, gagnsæ og hlutlæg þannig að aðilar sem eiga í samskonar viðskiptum við Valitor skulu njóta sambærilegra kjara.
  3. Valitor er óheimilt að synja samkeppnisaðila á einum markaði um viðskipti á öðrum nema ríkar málefnalegar ástæður séu forsenda sölusynjunar.
  4. Valitor er óheimilt að gera einkakaupasamninga um Tax Free þjónustu við söluaðila."

Var óskað eftir fundi með Samkeppniseftirlitinu vegna málsins. Eins og sjá má lúta skilyrðin að því að Valitor er óheimilt að skilyrða og tvinnna saman kaup á einstaka þjónustu við kaup á öðrum þjónustubáttum fyrirtækisins. Verðskrá skal vera almenn og gagnsæ og Valitor er bannað að beita sölusynjun nema málefnalegar ástæður séu fyrir hendi og bannað að gera einkakaupasamninga um Tax Free þjónustu við söluaðila. Borgun og Global Refund telja í athugasemdum sínum að þessi skilyrði séu ekki fullnægjandi.

Við mat á þessum skilyrðum verður fyrst að hafa í huga úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2001 *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði* en þar kemur fram að rétt skýring á samrunaákvæði samkeppnislaga „*leiðir til þess að einungis geta komið til álita skilyrði fyrir samruna sem eru til þess fallin að koma í veg fyrir að markaðsráðandi staða, sem hindrar virka samkeppni, verði til eða styrkist.*“ Í EES/EB samkeppnisrétti hafa dómstólar EB lagt sömu reglu til grundvallar.<sup>40</sup> Í þeim rétti er þannig lögð áhersla á að framkvæmdastjórn EB sé aðeins heimilt að fallast á skilyrði í samrunamálum sem eyða með öllu hinum samkeppnislegu vandkvæðum.<sup>41</sup>

Varðandi setningu skilyrða og hlutverk samkeppnisyfirvalda ber að líta til þessara ummæla í úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 18/2001:

*„Með þeirri aðferð sem viðhöfð var fengu áfrýjendur ítrekað færi á að setja fram hugmyndir sínar um skilyrði til að koma í veg fyrir frekari íhlutun vegna samrunans. Óhjákvæmilegt var að leggja þessar hugmyndir til grundvallar í öllum aðalatriðum enda má ætla að stjórnendur viðkomandi fyrirtækja hafi besta þekkingu á því hversu langt verði gengið til þess að markmiðið með hlutabréfakaupunum og yfirtökunni gæti talist viðunandi. Samkeppnisráði var því rétt að ljúka*

<sup>40</sup> Í t.d. dómi undirréttar EB í máli nr. T-158/00 *ARD v Commission* [2003] ECR II-3825 var bent á þetta: „*According to the case-law, the Commission is empowered to accept only commitments which are capable of preventing the creation or strengthening of the dominant position identified by it in its analysis of the notified concentration.*”

<sup>41</sup> Sjá Cook & Kerse, *EC Merger Control*, fjórða útgáfa 2005 bls. 290: „*The Commitments must be proportional to, and entirely eliminate the competition problem.*”



*málinu í því horfi sem það var í þegar ákvörðunin var tekin. Hefur ekki verið sýnt fram á eða gert líklegt að önnur og víðtækari skilyrði hefðu dugað sem unnt hefði verið að samrýma tilgangi áfrýjenda með hlutabréfakaupunum og yfirtökunni. Áfrýjunarnefndin fellst því á að samkeppnisráði hafi verið rétt að taka afstöðu til samrunans með þeim skilyrðum sem áfrýjandi hafði sett fram."*

Samkvæmt framansögðu ber samrunaaðilum að gera tillögur að skilyrðum sem þeir telja að geti eytt samkeppnishömlum en samræmast eftir sem áður markmiði aðilanna með viðkomandi samruna eða yfirtöku. Hlutverk samkeppnisyrivalda felst í því að meta hvort umrædd skilyrði séu fullnægjandi en ekki að leggja fram tillögur að nýjum skilyrðum. Ástæða þess er sú að skilyrði sem eru sett einhliða af samkeppnisyrivöldum geta verið í andstöðu við tilgang viðkomandi samruna og meira íþyngjandi en ákvörðun um að ógilda hann. Í þessu sambandi hefur verið bent á að það sé ekki hlutverk samkeppnisyrivalda að endurskipuleggja að eigin frumkvæði samruna fyrirtækja.<sup>42</sup> Er þetta sama regla og gildir í samrunamálum í EES/EB-samkeppnisrétti. Hefur í þeim rétti komið fram með skýrum hætti að það eru viðkomandi fyrirtæki en ekki framkvæmdastjórn EB sem verða að hafa frumkvæði að því að gera tillögur að skilyrðum.<sup>43</sup>

Verði samruni Valitors og Tax Free að veruleika verður til fyrirtæki sem hefur möguleika, getu og hvata til þess að viðhalda eða styrkja markaðsráðandi stöðu sína á öllum skilgreindum mörkuðum þessa máls. Önnur atriði veita vísbendingar um að styrkur hins sameinaða fyrirtækis yrði jafnvel enn meiri en hin háa markaðshlutdeild segir til um svo sem nánar hefur verið rakið hér að framan. Við aðstæður eins og hér skapast, verði þessi samruni að veruleika, er mikill hvati hjá stjórnendum að beita sterkri stöðu fyrirtækisins á einum markaði til þess að mynda, viðhalda eða styrkja markaðsráðandi stöðu sína á tengdum mörkuðum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru framangreindar tillögur samrunaaðila að skilyrðum ekki þess eðlis að þau komi í veg fyrir þau samkeppnislegu vandamál sem leiða af þessum samruna. Tillögur samrunaaðila sem varða skilgreinda markaði í málinu munu ekki tryggja að samrunafyrirtækið geti ekki notfært sér stöðu sína til þess að beita keppinauta sína útilokun á einstaka mörkuðum. Tillögurnar veita ekki fullnægjandi tryggingu fyrir því að samrunanum fylgi ekki skaðleg samkeppnisleg áhrif gagnvart viðskiptavinum fyrirtækisins, keppinautum þess og neytendum. Af framansögðu leiðir að umrædd skilyrði samrunaaðila duga ekki til að leysa þau samkeppnislegu vandamál sem stafa af samrunanum.

<sup>42</sup> Sjá Navarro, Font, Folguera & Briones, Merger Control in the EU, önnur útgáfa 2005 bls. 341: „... the Commission cannot, on its own initiative, rewrite the notified operation. It can only impose conditions or amendments on the notified operation once the parties have proposed such changes themselves, with a view to resolving the competition problem identified by the Commission. ”

<sup>43</sup> Sjá t.d. Bellamy & Child, European Competition Law of Competition, fimmta útgáfa 2001 bls. 444-445: „Where the proposed concentration might give rise to competition concerns, the parties may be able to avoid and adverse decision by offering the Commission commitments to provide particular remedies that would remove those concerns. ... Responsibility for formulating and offering a proposed commitment is exclusively a matter for the parties. ” Sjá einnig Cook & Kerse, EC Merger Control, fjórða útgáfa 2005 bls. 282: „It is the Commission’s role to identify and articulate the competition concerns attributable to a concentration. It is the duty of the parties to it to devise commitments to remedy these concerns to the satisfaction of the Commission. ”



Við skoðun og mat á tillögum samrunaaðila á skilyrðunum var ljóst að þau gengju ekki nægilega langt til þess að koma í veg fyrir neikvæð áhrif samrunans á samkeppni að mati Samkeppniseftirlitsins. Á fundi hjá Samkeppniseftirlitinu þann 26. janúar 2009 var leitað sjónarmiða samrunaaðila um hvort samrunaaðilar væru tilbúnir að fallast á víðtækari skilyrði fyrir samrunanum. Var niðurstaða samrunaaðila sú að þeir gætu ekki fallist á frekari skilyrði. Þá ber að hafa í huga að í athugasemdum samrunaaðila við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins kemur fram að skilyrði um hvers konar rekstrarlegan aðskilnað færu gegn grunnforsendu samrunans. Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að ekki séu forsendur til þess að samþykkja samrunann með skilyrðum. Er samruninn því ógiltur með ákvörðun þessari.

### VIII.

#### Ákvörðunarorð:

**„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.“**

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson