

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

úrskurður í máli nr. 2/2012

Valitor hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

Við meðferð málsins tóku auk formanns sæti þau Kristín Benediktsdóttir, varamaður í áfrýjunarnefnd samkeppnismála, og Þorgeir Ingi Njálsson, héraðsdómari, samkvæmt sérstakri tilnefningu Hæstaréttar.

I

KRÖFUR MÁLSADILA

Með kærðu, dagsettri 3. september 2012, hefur Valitor hf. (hér eftir nefndur áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, frá 7. ágúst 2012, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að ekki væru komnar fram vísbendingar um að líklegt væri að Borgun hf. væri í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir færsluhirðingu vegna notkunar greiðslukorta. Með vísan til 8. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 sbr. einnig 9. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005 var það niðurstaða þess að aðhafast ekki frekar í málinu.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og að Samkeppniseftirlitinu verði gert að rannsaka málið.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II

MÁLMEÐFERÐ HJÁ SAMKEPPNISEFTIRLITINU

Mál þetta varðar kvörtun áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins sem sett var fram í bréfi dagsettu 2. janúar 2012. Þar kvartaði áfrýjandi yfir ætluðum brotum Borgunar hf. á 11. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið óskað í framhaldi eftir umsögn Borgunar hf.

og barst hún með bréfi dagsettu 13. febrúar 2012. Áfrýjanda var send umsögnin og gefið tækifæri á að tjá sig um hana og bárust sjónarmið áfrýjanda þann 9. mars 2012.

Í bréfi, dagsettu 7. ágúst 2012, var áfrýjanda tilkynnt um þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að aðhafast ekki frekar í þessu máli.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til gagna málsins.

III

MÁLSMEDFERÐ HJÁ ÁFRÝJUNARNEFNDINNI

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 12. september 2012. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust 19. september 2012. Samkeppniseftirlitinu var gefið færi á að svara þeim og bárust þau svör 24. september 2012. Svörin voru send áfrýjanda til upplýsingar og sendi hann áfrýjunarnefndinni athugasemdir sínar með bréfi dagsettu 26. september 2012.

IV

RÖKSEMDIR MÁLSADILA

1. Málsástæður áfrýjanda

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að Samkeppniseftirlitið hafi ekki virt þá rannsóknarskyldu sem á stofnuninni hvíli samkvæmt 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993.

Áfrýjandi hafnar niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um að ekki sé sennilegt að aðstæður hafi breyst með þeim hætti að Borgun hf. sé nú í markaðsráðandi stöðu. Áfrýjandi byggir bæði á því að niðurstaðan sé röng og að forsendur hennar sýni fram á að stofnunin hafi ekki virt þá rannsóknarskyldu sem á henni hvíli samkvæmt 10. gr. stjórnarsýslulaga.

Áfrýjandi byggir í fyrsta lagi á því að tilvísun Samkeppniseftirlitsins til fyrri stöðu áfrýjanda á markaðnum hafi takmarkað gildi þegar litið sé til þróunar markaðshlutdeildar, þróunar sem Samkeppniseftirlitið fallist á í ákvörðun sinni. Þróun þessa megi að hluta rekja til tilkomu svokallaðrar „dual“ færsluhirðingar sem stuðlað hafi að umbreytingu á hinum skilgreinda markaði. Fyrri niðurstöður samkeppnisyfirvalda um stöðuna á hinum skilgreinda markaði hafa því afar takmarkaða þýðingu.

Í öðru lagi sé ljóst að vísun Samkeppniseftirlitsins til yfirburða áfrýjanda og fjárhagslegs styrks hans byggir á afar takmarkaðri rannsókn.

Í þriðja lagi telur áfrýjandi að líta verði til þess að í niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins sé vísað til þess að *ekki sé sennilegt* að aðstæður hafi breyst með þeim hætti að Borgun hf. sé í markaðsráðandi stöðu og að *ekki hafi enn komið fram vísbindingar* um að breyttar aðstæður séu til þess fallnar að líklegt sé að Borgun hf. sé í markaðsráðandi stöðu. Áfrýjandi byggir á því að af þessu orðalagi í ákvörðuninni megi annars vegar ráða að ekki hafi verið tekið tillit til og farið fram nægileg rannsókn á þeim vísbindingum sem áfrýjandi hafi bent á undir rekstri málsins og hins vegar að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins hafi byggt á sönnunarreglum.

Áfrýjandi telur að við athugun Samkeppniseftirlitsins virðist hafa verið miðað við stöðuna á markaðnum eins og hún hafi verið metin í fyrri ákvörðunum og metið hvort fram hafi komið sannanir fyrir breyttum aðstæðum. Þessi meðferð eftirlitsins á málinu brjóti gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnisýslulaga þar sem stjórnvöldum sé almennt óheimilt að beita sönnunarreglum fyrr en árangurslaust hafi verið reynt að rannsaka mál með fullnægjandi hætti.

Áfrýjandi vísar til bréfa sinna, dagsett 2. janúar 2012 og 9. mars 2012, um stöðuna á hinum skilgreinda markaði.

Áfrýjandi bendir á að við meðferð málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu hafi hann bent á að markaðshlutdeild hans hafi lækkað á undanförunum misserum og sé um umtalsverða lækkun að ræða á skömmum tíma. Þróun þessi gefi mikilvægar upplýsingar um stöðu Borgunar hf. á hinum skilgreinda markaði þar sem ætla megi að bróðurparturinn af markaðshlutdeild þeirri, sem áfrýjandi hafi tapað, hafi færst yfir til Borgunar hf.

Áfrýjandi telur ljóst að Borgun hf. sé í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði. Í það minnsta veiti þau sjónarmið sem hann hafi sett fram undir rekstri málsins mikilvægar vísbindingar um stöðu Borgunar hf. á markaðnum sem krefjist frekari rannsókna. Áfrýjandi telur jafnframt að Borgun hf. hafi misnotað þessa stöðu sína, í andstöðu við 11. gr. samkeppnislaga, með samtvinnun á færsluhirðingu.

Þá telur áfrýjandi að ef tekið sé mið af greinargerð Samkeppniseftirlitsins, dagsett 12. september 2012, hafi einnig verið brotið gegn 2. mgr. 20. gr. og 1. mgr. 22. gr. stjórnisýslulaga við málsmeðferðina.

Áfrýjandi telur að þar sem ákvörðun Samkeppniseftirlitsins fari á svig við lög sé nauðsynlegt að áfrýjunarnefnd samkeppnismála, sem æðra stjórnvald, felli hana úr gildi og geri Samkeppniseftirlitinu að rannsaka málið.

2. Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið byggir á því að í hinni kærðu ákvörðun hafi eftirlitið beitt heimildum sínum til að forgangsraða málum skv. 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga, sbr. 9. gr. reglna nr. 880/2005.

Samkeppniseftirlitið telur að aðalllutverk eftirlitsins sé fólgið í því að framfylgja þeirri stefnu sem mörkuð sé með samkeppnislögum, en ekki fyrst og fremst að leysa úr deilumálum milli fyrirtækja eða afgangið erindi.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi í úrskurðum sínum staðfest heimildir Samkeppniseftirlitsins skv. 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga en tekið fram að beiting þeirra verði að vera byggð á málefnalegum sjónarmiðum. Slík sjónarmið komi fram í 9. gr. málsmeðferðarreglna nr. 880/2005 en ákvæðið sé ekki tæmandi um slík sjónarmið. Einnig verði að gæta að málsmeðferðarreglum stjórnsluréttarins þegar heimildinni sé beitt.

Samkeppniseftirlitið bendir á að löggjafinn hafi talið það mikilvægt að eftirlitið geti í aðalatriðum stýrt sjálft nýtingu þess mannafla og fjármuna sem það hafi yfir að ráða til þess að sinna verkefnum sem brýnust þykja hverju sinni í því skyni að efla samkeppni.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að veruleg þörf sé á beitingu 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga og að þörfin hafi aukist til muna frá bankahruni.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að hin kærða ákvörðun byggi á ófullnægjandi rannsókn og ómálefnalegum sjónarmiðum. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru ekki gerðar sömu kröfur til rannsókna mála þegar heimild skv. 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga er beitt en t.d. í málum þar sem lagðar eru á stjórnvaldssektir vegna brota á bannreglum.

Samkeppniseftirlitið telur að það hafi verið málefnalegt að hafna frekari meðferð á kvörtunum áfrýjanda. Í málinu hafi 3. mgr. 9. gr. reglna nr. 880/2005 verið beitt og aflagð hafi verið sjónarmiða Borgunar hf. og áfrýjanda gefin kostur á að tjá sig um þau. Þá liggja fyrir að Samkeppniseftirlitið búi yfir umtalsverðum upplýsingum um tilgreindan markað og einstaka undirmarkaði hans.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að hafa brotið gegn reglum stjórnisýsluréttar um rökstuðning stjórnvaldsákvörðunar. Eftirlitið bendir á að í stjórnisýslurétti sé almennt ekki gerð krafa um samhliða rökstuðning. Auk þess sé í hinni kærðu ákvörðun vísað til fordæma og fyrirliggjandi upplýsinga, sett fram rök fyrir niðurstöðunni og vísað til viðeigandi réttarheimilda. Þá sé aðilum alltaf heimilt að óska eftir rökstuðningi en það hafi áfrýjandi ekki gert.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að forsaga áfrýjanda hafi takmarkaða þýðingu við mat á stöðu hans og annarra á markaði fyrir færsluhirðingu. Það gefi auga leið að fyrrum áratuga löng yfirburðastaða áfrýjanda geti haft mikla þýðingu. Þrátt fyrir að Borgun hf. hafi aukið markaðshlutdeild sína þá þýði það eitt og sér ekki að fyrirtækið sé skilgreint með markaðsráðandi stöðu. Til þess þurfi meira til að koma en á það hafi verið bent að sú staða sem upp er komin á markaðnum hafi varað í stuttan tíma. Samkeppniseftirlitið hefur bent á að umræddar breytingar á markaðshlutdeild í færsluhirðingu væri fremur vísbending um að samkeppni á markaðnum hafi aukist en að Borgun hf. væri með markaðsráðandi stöðu. Að öllu þessu virtu og með tilliti til möguleika áfrýjanda að vinna markaðshlutdeild til baka var það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki þætti líklegt að Borgun hf. væri með markaðsráðandi stöðu og því ekki tilefni til frekari rannsóknar.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að vísun þess til yfirburða og fjárhagslegs styrks áfrýjanda sé byggð á afar takmarkaðri rannsókn. Samkeppniseftirlitið bendir á að markaðshlutdeild fyrirtækja sé einn af mikilvægustu mælikvörðum við mat á markaðsráðandi stöðu. Þá sé mikilvægur þáttur t.d. efnahagslegur styrkur aðila og tekjuvelta. Við mat á þessu sé eðlilegt og í raun nauðsynlegt, að greina og meta rekstrar- og efnahagsreikninga fyrirtækjanna. Ótvírætt sé að samkvæmt þessum mælikvarða hafi styrkur áfrýjanda umfram Borgun hf. á árinu 2011 verið umtalsverður. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að aðrir þættir eins og markaðsgerðin, mögulegar aðgangshindranir o.fl. geta einnig haft mikla þýðingu.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því einnig að ekki hafi verið litið til röksemda áfrýjanda undir rekstri málsins og telur að þær ásakanir áfrýjanda séu örökstuddar. Rekstur málsins hafi m.a. falist í því að meta hvort aðstæður væru með þeim hætti að líklegt væri að Borgun hf. væri í markaðsráðandi stöðu og að tilefni væri til formlegrar rannsóknar. Niðurstaðan var sú að svo væri ekki. Hafi það mat verið fullnægjandi skv. þeim kröfum sem gera verður í málum sem falla undir 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi hafi ekki fært fram nein haldbær rök fyrir því að athugun eftirlitsins og mat á stöðu aðilanna á markaðnum hafi ekki verið

framkvæmt með eðlilegum hætti. Samkeppniseftirlitið telur að niðurstaðan í málinu sé byggð á málefnalegum sjónarmiðum og sé í samræmi við heimildir eftirlitsins samkvæmt samkeppnislögum og reglum um málsmeðferð fyrir eftirlitinu.

V

Niðurstaða

1

Samkvæmt 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga tekur Samkeppniseftirlitið ákvörðun um það hvort erindi sem berst stofnuninni gefi nægar ástæður til rannsóknar. Þar er jafnframt mælt fyrir um það að við afgreiðslu mála samkvæmt lögum sé Samkeppniseftirlitinu heimilt að raða málum í forgangsörð.

Mat á því hvort erindi gefi tilefni til rannsóknar skal byggt á málefnalegum sjónarmiðum, sbr. m.a. 2. mgr. 9. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins, en þar er einnig getið einstakra atriða sem talið er að skipt geti máli við það mat. Í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndarinnar, sbr. nánari umfjöllun í málum nr. 10/2010, 4/2010 og nr. 3/2012, hefur verið litið svo á að hið sama eigi að þessu leyti við um beitingu heimildar til að forgangsraða málum. Áhersla er þó á það lögð að 9. gr. reglna nr. 880/2005 felur ekki í sér tæmandi talningu hvað framangreind atriði varðar.

Samkeppniseftirlitið ber ábyrgð á að fjármunum sé á hverjum tíma varið til brýnustu verkefna og aðstaða annarra til endurskoðunar á því mati er til muna verri en eftirlitsins sjálfs. Verður því að játa stofnuninni ákveðið svigrúm við það mat.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar sæta þó ákvarðanir eftirlitsins um að hætta rannsókn eða hafna því að rannsaka mál endurskoðun nefndarinnar. Það verður jafnframt að hafa í huga að ekki er sjálfgefið að sá sem telur að samkeppnislög hafi verið brotin eigi lögvarinn rétt til að rannsókn sé hafin á meintu broti á vegum stjórnvalda.

2

Hin kærða ákvörðun fól það í sér að ekki yrði af frekari meðferð vegna erindis áfrýjanda og að formleg rannsókn yrði ekki hafin á meintum brotum Borgunar hf. í formi misnotkunar á markaðsráðandi stöðu þar sem ekki lögju fyrir vísbendingar eða líkur fyrir því að Borgun hf. væri í ráðandi stöðu á markaði málsins.

Áður en ákvörðunin var tekin var aflað ítarlegra upplýsinga um þau kæruefni sem bárust frá áfrýjanda. Sjónarmið áfrýjanda og Borgunar hf. um hina kærðu háttsemi og

lagagrundvöll málsins lágu og fyrir áður en ákvörðun var tekin. Samkvæmt því var málsmeðferðin í samræmi við 10. og 13. gr. stjórnsýslulaga.

Rökstuðningur Samkeppniseftirlitið fyrir ákvörðun fól í sér mat á staðreyndum málsins, sem upplýst voru við meðferð þess, í samræmi við ákvæði 22. gr. stjórnsýslulaga. Verður ekki séð að matið hafi verið ómálefnalegt í ljósi þeirra sjónarmiða sem Samkeppniseftirlitið tilgreinir um stöðu Borgunar hf. og áfrýjanda á markaði. Samkvæmt því verður að telja að fullnægjandi grundvöllur hafi verið fyrir þeirri ákvörðun að aðhafast ekki frekar í málinu. Þá hefur eftirlitið reifað sjónarmið sín um lyktir mála áfrýjanda mjög ítarlega hér fyrir nefndinni í athugasemdum sínum við kæru áfrýjanda.

3

Með vísan til framanritaðs verður að hafna röksemdum og kröfum áfrýjanda um ógildingu á ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins, enda byggja þær að mati áfrýjunarnefndarinnar á fullnægjandi lagagrundvelli og málefnalegu mati á atvikum málsins.

Úrskurðarorð:

Kröfu áfrýjanda, Valitor hf., um að fella úr gildi ákvörðun samkeppniseftirlitsins frá 7. ágúst 2012 um að aðhafast ekki frekar vegna erindis áfrýjanda, er hafnað.

Reykjavík, 8. október 2012.

Jóhannes Karl Sveinsson, formaður

Kristín Benediktsdóttir

Þorgeir Ingi Njálsson