

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 11/2008

Baugur Group hf. og Jötunn Holding ehf.

Fjárfestingafélagið Primus ehf.

FL group hf. (nú Stoðir hf.)

Materia Invest ehf. og

Saxhóll ehf. og BYGG ehf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með bréfum dagsettum 20., 21. og 23. júní 2008 hafa Baugur Group hf. og Jötunn Holding ehf., Fjárfestingafélagið Primus ehf., FL Group hf. (nú Stoðir hf.), Materia Invest ehf. og Saxhóll og BYGG ehf., kært ákvörðun sem þeim var kynnt með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dagsettu 26. maí 2008, þess efnis að framangreind félög, sem og Imon ehf. og Sund ehf., fari með sameiginleg yfirráð yfir Glitni banka hf. og Byr sparisjóði og að þeim beri að tilkynna samrunann í samræmi við ákvæði 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Ákveðið var að sameina kærur þessar og reka sem eitt mál fyrir áfrýjunarnefndinni.

Af hálfu áfrýjenda er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess aðallega krafist að kærur áfrýjenda verði vísað frá en til vara er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Helstu málavextir

Með bréfi dagsettu 15. maí 2007 tilkynnti Samkeppniseftirlitið um upphaf rannsóknar sinnar á samstarfi ýmissa félaga sem tengjast Glitni banka hf. Tílfni rannsóknarinnar voru sögð umtalsverð viðskipti með hlutabréf í bankanum. Í bréfinu var þeim tilmælum beint til aðila að tilkynna um samruna samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga, fælist hann í þeim viðskiptum, ellegar kynni Samkeppniseftirlitið að grípa til ráðstafana vegna eignatengsla samanber m.a. 8. gr. samkeppnislaga. Í sama bréfi var óskað ýmissa upplýsinga til þess að Samkeppniseftirlitið gæti lagt mat á viðskiptin. Samkeppniseftirlitið sendi áfrýjendum sem og Imon ehf. og Sundum ehf. andmælaskjal dagsett 14. nóvember 2007 þar sem fram kom sú afstaða eftirlitsins að þessir aðilar færu sameiginlega með yfirráð yfir Glitni banka hf. og Byr sparisjóði. Að lokinni rannsókn, sem nánar er lýst í hinni kærðu ákvörðun, sendi Samkeppniseftirlitið áfrýjendum bréf dagsett 26. maí 2008 með eftirfarandi niðurstöðu:

„Með hliðsjón af því að þorri hlutafjár eða drjúgur hluti stofnfjár í BYR og Glitni eru í eigu sama fyrirtækjahóps, tengslum þeim sem fyrirfinnast innan þessa fyrirtækjahóps, ásamt því að fjárhagsleg afkoma þessara aðila er verulega samtvinnuð og með hliðsjón af tengslum stjórnarmanna félaganna tveggja og þeirri staðreynd að meirihluti stjórnarmanna BYRs og Glitnis tengjast málsaðilum og hafa gert um nokkurt skeið telur Samkeppniseftirlitið að tilkynningarskylda á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga hafi stofnast.

Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að félögin FL group hf., Primus eignarhaldsfélag ehf., Baugur hf., Sund hf., Saxhóll hf., BYGG hf., Imon ehf. og

Materia Invest ehf. fara sameiginlega með yferráð yfir Glitni banka hf. og Byr sparisjóði. Ber framangreindum fyrirtækjum að tilkynna samrunann í samræmi við ákvæði 17. gr. samkeppnislaga.“

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 17. júlí 2008, athugasemdir áfrýjenda 28., 30. og 31. júlí 2008 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins 11. ágúst 2008. Þá var Byr sparisjóði og Glitni banka hf. gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu og bárust athugasemdir frá fyrirtækjunum 15. ágúst 2008. Bárust svör Samkeppniseftirlitsins við þeim athugasemdum 26. ágúst 2008.

III.

Helstu málsástæður málsaðila um formhlið málsins

Um frávísunarkröfu Samkeppniseftirlitsins

Til stuðnings aðalkröfu sinni um frávísun málsins vísar Samkeppniseftirlitið til þess að hin kærða ákvörðun bindi ekki enda á mál áfrýjenda sem sé til meðferðar hjá eftirlitinu heldur sé um að ræða svonefnda formákvörðun. Af úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 4/1998, 17/2002, 9/2007 og 8/2008 megi draga þá ályktun að einungis ákvarðanir sem bindi enda á mál séu kærnanlegar til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Undantekningar geti verið frá þessu en þær þurfi að vera nauðsynlegar vegna áframhaldandi málsmeðferðar. Þessi niðurstaða sé einnig í samræmi við 2. mgr. 26. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í hinni kærðu ákvörðun hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að ákveðinn hópur lögaðila fari með sameiginleg yferráð yfir félögum sem starfi á sama markaði. Hafi eftirlitið beint þeim tilmælum til þessara aðila að tilkynna um samruna félaganna. Skylda til þess að tilkynna um samruna samkvæmt ákvæði 17. gr. samkeppnislaga hafi verið fyrir hendi um lengri tíma óháð ákvörðun

Samkeppniseftirlitsins. Því sé ljóst að ákvörðun sem bindi endi á mál áfrýjenda hafi ekki verið tekin. Úrskurður áfrýjunarnefndar í þessu máli sé ekki nauðsynlegur vegna áframhaldandi meðferðar málsins. Hin eiginlega efnismeðferð málsins muni hefjast eftir að samrunaskrá hafi borist sem fullnægi skilyrðum samkeppnislaga. Þá liggja fyrir að ef tekin verði íþyngjandi efnisleg ákvörðun geti áfrýjendur borið öll atriði sem varði réttindi hans og skyldur undir áfrýjunarnefnd og eftir atvikum síðar dómstóla.

Af hálfu áfrýjenda er frávísunarkröfu Samkeppniseftirlitsins mótmælt. Vísa þeir til þess að bréf Samkeppniseftirlitsins, dags. 26. maí 2008, feli í sér lokaákvörðun varðandi tilkynningarskyldu í skilningi stjórnarsýsluréttar, sem sé kæránleg til áfrýjunarnefndarinnar. Benda áfrýjendur á að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 22/2005, FL Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu, sem fjallað hafi um ágreining um tilkynningarskyldu á samruna, hafi nefndin tekið efnislega afstöðu til kæru FL Group hf. Í máli áfrýjenda kemur jafnframt fram að hin kærða ákvörðun hafi í för með sér íþyngjandi skyldu sem geti valdið þeim vandkvæðum og kostnaði.

Um aðild Glitnis banka hf. og Byrs sparisjóðs

Í athugasemdum Glitnis banka hf. til áfrýjunarnefndar samkeppnismála eru gerðar athugasemdir við að fyrirtækinu hafi ekki verið gefinn kostur á að koma rökum sínum og sjónarmiðum á framfæri við Samkeppniseftirlitið við meðferð málsins. Telur Glitnir banki hf. Samkeppniseftirlitið hafa brotið andmælarétt á bankanum og Byr sparisjóði, sem og eigin málsmeðferðarreglur, sem leiða eigi til ógildingar á málsmeðferðinni í heild. Bendir Glitnir banki hf. á að Samkeppniseftirlitið hafi ekki talið fyrirtækið vera aðila (samrunaaðila) í málinu, frekar en Byr sparisjóð. Andmælaskjali hafi því ekki verið beint til þessara fjármálafyrirtækja sem þó samkvæmt niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins séu þau fyrirtæki sem hafi runnið saman í skilningi samrunareglanna vegna tengsla við þar tilgreind fyrirtæki. Standi sú niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Glitnir banki hf. og Byr sparisjóður hafi runnið saman verði í kjölfarið að fara fram samkeppnislegt mat á áhrifum samrunans. Ef niðurstaða þess mats yrði að samruninn gæti staðið með skilyrðum, sem gætu t.d. lotið að sölu útibúa, sé ljóst að slíkar aðgerðir yrðu ekki ákveðnar né samið um

þær með bindandi hætti nema Glitnir banki hf. og Byr sparisjóður væru beinir aðilar að samrunamálinu.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því mótmælt að andmælaréttur hafi verið brotinn á Glitni banka hf. eða Byr sparisjóði í máli þessu og byggir eftirlitið á því að fyrirtækin séu ekki aðilar málsins. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að samkvæmt 3. mgr. 17. gr. þágildandi samkeppnislaga nr. 44/2005 skuli tilkynna eftirlitinu um samruna eigi síðar en einni viku eftir að samningi um hann sé lokið eða aðili hafi náð yferráðum í fyrirtæki. Í þágildandi reglum Samkeppniseftirlitsins nr. 881/2005 um tilkynningu samruna komi fram að þegar um sé að ræða samruna sem felist í öflun sameiginlegra yferráða skuli þeir sem ná slíkum yferráðum standa að tilkynningu á viðkomandi samruna. Áfrýjendur o.fl. fyrirtæki hafi, samkvæmt niðurstöðu eftirlitsins, náð sameiginlegum yferráðum yfir Glitni banka hf. og Byr sparisjóði og því sé lagt að þeim að tilkynna um samrunann. Glitnir banki hf. og Byr sparisjóður séu ekki gerendur í þessu máli og á þeim fyrirtækjum hvíli ekki í málinu nein tilkynningarskylda. Glitnir banki hf. og Byr sparisjóður séu aðeins andlag tiltekinna viðskipta, samninga og tengsla sem leiði til þess að áfrýjendur o.fl. fyrirtæki teljist hafa náð sameiginlegum yferráðum yfir þessum fjármálafyrirtækjum. Vísar Samkeppniseftirlitið til þess að framkvæmdin í samkeppnisrétti hafi verið sú að andlög samruna hafi ekki verið aðilar að málum sem varða tilkynningu á samruna, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 2/2008 og nr. 10/2008.

Samkeppniseftirlitið telur viðbáru Glitnis banka hf. þess efnis að samkeppnislegt mat á umræddum samruna geti leitt til íþyngjandi skilyrða gagnvart fyrirtækinu, t.d. sölu útibúa, fái engu breytt. Efnislegt samrunamál sé ekki hafið, það gerist í fyrsta lagi þegar fullbúin samrunatilkynning berist eftirlitinu. Aðilar í því samrunamáli muni njóta fulls andmælaréttar og geta sett fram mótbáru ef nauðsynlegt reynist að beina andmælaskjali til aðila og athugun Samkeppniseftirlitsins gefi til kynna að starfsemi Glitnis banka hf. eða Byrs sparisjóðs verði íþyngt.

IV. Niðurstaða

1

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins hefur þess verið krafist aðallega að málinu verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála þar sem ekki sé um endanlega ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að ræða. Benti Samkeppniseftirlitið á að úrskurður áfrýjunarnefndar í málinu væri ekki nauðsynlegur vegna áframhaldandi meðferðar málsins hjá Samkeppniseftirlitinu og að hin eiginlega efnismeðferð málsins hæfist fyrst eftir að samrunaskrá hefði borist sem fullnægði skilyrðum samkeppnislaga.

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli þessu laut að því að félögin FL group hf., Fjárfestingafélagið Primus ehf., Baugur Group hf., Sund hf., Saxhóll ehf., Bygg ehf. Imon ehf., og Materia Invest ehf. færu sameiginlega með yfirráð yfir Glitni banka hf. og Byr sparisjóði og bæri þeim því að tilkynna samruna í samræmi við ákvæði 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Með ákvörðun sinni tók Samkeppniseftirlitið ákvörðun í skjóli stjórnarsýsluvalds og lagði á aðila málsins viðrhlutamiklar og íþyngjandi skyldur til aðgerða. Eiga aðilar málsins skýlausan rétt til að fá endurskoðað hjá æðra stjórnvaldi og úr því skorið hvort þeim beri að grípa til þeirra aðgerða sem ákvörðun Samkeppniseftirlitsins kveður á um. Breytir þar engu um að aðilar geti á síðara stigi málsins skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins sem sprotnar eru af þeirri ákvörðun sem fyrir liggur í þessu máli, enda var með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins bundinn endi á ágreining um hvort um tilkynningarskyldan samruna væri að ræða.

Er framangreind niðurstaða í samræmi við úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málinu nr. 22/2005: FL group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Í því máli var uppi sams konar ágreiningur og í þessu máli um skyldu til að tilkynna samruna. Eru mál þessi því

fullkomlega sambærileg og ber að leysa úr þeim á sambærilegan hátt í samræmi við jafnræðisreglu stjórnslulaga.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst ekki á að í máli því sem til úrlausnar er, sé uppi sambærilegur ágreiningur og í máli áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 9/2007, sem vísað er til af hálfu Samkeppniseftirlitsins, enda var í því máli enginn ágreiningur um hvort um tilkynningarskyldan samruna væri að ræða og samrunaaðilar höfðu í því tilviki skilað inn samrunaskrá.

Það er samkvæmt ofangreindu niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 26. maí 2008 sé kæránleg til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og verður því ekki fallist á að vísa beri málinu frá nefndinni.

2

Með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 26. maí 2008 um yferráð yfir Glitni banka hf. og Byr sparisjóði, var lögð sú skylda á félagin FL group hf., Fjárfestingafélagið Primus ehf., Baug Group hf., Sund ehf., Saxhól ehf., Bygg ehf., Imon ehf. og Materia Invest ehf. að tilkynna samruna í samræmi við ákvæði 17. gr. samkeppnislaga með hliðsjón af því, eins og segir í hinni kærðu ákvörðun, að „þorri hlutafjár eða drjúgur hluti stofnfjár í Byr og Glitni eru í eigu sama fyrirtækjahóps, tengslum sem fyrirfinnast innan þessa fyrirtækjahóps, ásamt því að fjárhagsleg afkoma þessara aðila er verulega samtvinnuð og með hliðsjón af tengslum stjórnarmanna félaganna tveggja og þeirri staðreynd að meirihluti stjórnarmanna Byrs og Glitnis tengjast málsaðilum og hafa gert um nokkurt skeið.“

Fyrirnefnd félög voru öll aðilar að máli Samkeppniseftirlitsins sem leiddi til hinnar kærðu ákvörðunar og þeim gefinn kostur á að koma að athugasemdum sínum og sjónarmiðum hjá Samkeppniseftirlitinu.

Af hálfu Glitnis banka hf. hefur verið bent á að hvorki bankinn né Byr sparisjóður hafi verið aðilar að ofangreindu máli. Andmælaskjali hafi því ekki verið beint að þeim, en þau séu þó samkvæmt niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins þau félög sem runnið hafi saman í skilningi samrunareglna vegna tengsla Baugs group hf., Imon ehf., Fjárfestingafélagsins Primus ehf., FL Group hf., Materia Invest ehf., Saxhóls ehf. og BYGG ehf.

Í 5. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880 frá 27. september 2005, segir svo um aðild:

Þeir sem sýnt geta fram á að þeir eigi lögvarinna hagsmuna að gæta eiga aðild að málum sem Samkeppniseftirlitið telur ástæðu til að taka til rannsóknar.

Er ofangreint ákvæði í samræmi við þau sjónarmið sem leggja ber til grundvallar í stjórnslu við ákvörðun um hverja skuli telja aðila máls, en það eru þeir sem eiga beinna, verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta.

Í máli þessu stendur ágreiningur um hvort samruni samkvæmt 7. tl. 4. gr. þágildandi samkeppnislaga nr. 44/2005 hafi átt sér stað með þeim hætti að eigendur með yfiráð í einu eða fleiri fyrirtækjum nái beinum eða óbeinum yfiráðum í einu eða fleiri fyrirtækjum til viðbótar, sbr. c-liður ofangreinds ákvæðis og hvort tilgreind fyrirtæki, áfrýjendur í máli þessu, hafi náð yfiráðum í Glitni hf. og Byr sparisjóði og að á þeim hvíli því skylda til að tilkynna um samruna, sbr. 3. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Áfrýjendur voru að mati Samkeppniseftirlitsins taldir fara sameiginlega með yfiráð yfir Glitni banka hf. og BYR sparisjóði.

Hafa áfrýjendur haldið því fram að samruni fyrirtækjanna hafi ekki orðið og því ekki stofnast skylda til að tilkynna um samruna. Af hálfu Samkeppniseftirlitsins hefur því verið haldið fram að ekki sé þörf aðildar Glitnis banka hf. og Byrs sparisjóðs að málinu, þar sem þessi fyrirtæki séu einungis „andlag tiltekinna viðskipta“ eins og segir í athugasemdum Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 28. ágúst 2008.

Það er mat áfrýjunarnefndar samkeppnismála að mál þetta sé á engan hátt sambærilegt við þau mál sem vísað er til af hálfu Samkeppniseftirlitsins, nr. 2/2008 og 10/2008. Í þeim málum lá fyrir að enginn ágreiningur var um skyldu til að tilkynna um samruna.

Í svörum Samkeppniseftirlitsins við athugasemdum Glitnis banka hf. og Byr sparisjóðs frá 26. ágúst 2008 kemur segir að komi til samrunatilkynningar af hálfu áfrýjenda muni aðilar í því samrunamáli njóta fulls andmælaréttar og þá muni Glitnir banki hf. og Byr sparisjóður einnig fá færi á að koma að sínum sjónarmiðum, gefi athugun Samkeppniseftirlits til kynna að starfsemi þeirra verði íþyngt. Þannig er staðfest af hálfu Samkeppniseftirlitsins að Glitnir banki hf. og Byr sparisjóður kunni að hafa þeirra hagsmuna að gæta í hinu „efnislega samrunamáli“ að nauðsyn beri til að gefa þeim kost á að koma að sjónarmiðum sínum áður en ákvörðun er tekin í því máli.

Við mat á því hvort Glitnir banki hf. og Byr sparisjóður hafi þá hagsmuni af úrlausn málsins, að þeir skuli taldir aðilar þess, verður að líta til þess að á þeirri umdeildu ákvörðun sem fyrir liggur í málinu af hálfu Samkeppniseftirlitsins veltur allt framhald málsins. Ákvörðun um að áfrýjendur hafi náð yfirráðum í Glitni banka hf. og Byr sparisjóði og beri að tilkynna um samruna, er fyrsta skref í ákveðnu ferli sem gæti leitt til þess að Glitnir banki hf. og Byr sparisjóður þyrftu að grípa til kostnaðarsamra og íþyngjandi aðgerða, sem ekki hefði komið til ef ekki væri um tilkynningarskyldan samruna að ræða. Ekki er hægt að útiloka að sjónarmið og athugasemdir Glitnis banka hf. og Byrs sparisjóðs sem komið hefðu fram áður en Samkeppniseftirlitið tók hina umdeildu ákvörðun hefðu getað haft áhrif á niðurstöðu málsins. Í þessu sambandi er jafnframt til þess að líta að í málum sem varða mikilvæga fjárhagslega hagsmuni, svo sem hér er ástatt, og andmælaréttur hefur verið brotinn, hefur slíkt eitt og sér verið talið geta valdið ógildingu stjórnvaldsákvörðunar. Brot á andmælarétti teljist verulegur annmarki sem leiði til þess að íþyngjandi ákvörðun teljist ógild, óháð því hvort sýnt sé fram á að brotið hafi haft áhrif á efnislega niðurstöðu stjórnvaldsins. Þar sem þessir aðilar hafa beinna og verulegra hagsmuna að gæta við úrlausn málsins bar því nauðsyn til að þeir nytu aðilastöðu í málinu. Þannig fengju þeir notið þeirra réttinda sem við aðila máls eru bundin, svo sem réttarins til að koma á framfæri sjónarmiðum sínum á fyrstu stigum

málsins, áður en ákvörðun er tekin. Eru framangreind sjónarmið áfrýjunarnefndar samkeppnismála jafnframt í samræmi við ríkjandi sjónarmið samkvæmt EB rétti, um að þeir aðilar sem hafi lögvarinna hagsmuna að gæta af samrunamáli njóti andmælaréttar við alla meðferð málsins.

Samkvæmt öllu ofangreindu og þar sem Glitnir banki hf. og Byr sparisjóður höfðu ekki aðilastöðu í máli Samkeppniseftirlitsins sem laut að því að tilgreind fyrirtæki hefðu náð sameiginlegum yferráðum yfir Glitni banka hf. og Byr sparisjóði, er það mat áfrýjunarnefndar samkeppnismála að sá annmarki á meðferð Samkeppniseftirlitsins sé svo verulegur að úr honum verði ekki bætt við meðferð málsins hjá áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Þegar af þeirri ástæðu er óhjákvæmilegt að ómerkja málsmeðferðina hjá Samkeppniseftirlitinu í máli þessu í heild sinni. Því er hin kærða ákvörðun felld úr gildi.

Meðferð máls þessa hefur dregist hjá nefndinni vegna fresta sem veittir voru áfrýjendum til gagnaöflunar, sem og vegna sumarleyfa nefndarmanna.

Úrskurðarorð:

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 26. maí 2008 er felld úr gildi.

Reykjavík, 5. september 2008

Ingveldur Einarsdóttir

Anna Kristín Traustadóttir

Lárus L. Blöndal