

Eintak án trúnaðarupplýsinga

Ákvörðun til bráðabirgða nr. 21/2024

Föstudagur, 12. júlí 2024

## Sennilegt brot Símans hf., Noona Labs ehf. og Noona Iceland ehf. gegn samkeppnislögum

### I. Aðdragandi máls og málsmeðferð

- Í máli þessu er tekin afstaða til erindis Dineout ehf. (hér eftir „Dineout“) um að Samkeppniseftirlitið taki ákvörðun til bráðabirgða vegna sennilegs brots Símans hf. (hér eftir „Síminn“), Noona Labs ehf. og Noona Iceland ehf. (hér eftir sameiginlega nefnd „Noona“) gegn banni samkeppnislaga nr. 44/2005 við því að framkvæma samruna áður en Samkeppniseftirlitið hefur fjallað um hann, sbr. 17. gr. a. samkeppnislaga, en undirritaður hefur verið samningur um kaup Símans á öllu hlutafé í Noona Iceland ehf. Fullbúin samrunatilkynning barst Samkeppniseftirlitinu þann 4. júlí sl.
- Það er mat Samkeppniseftirlitsins, að undangenginni athugun, að í háttseminni felist sennilegt brot gegn samkeppnislögum og að tilefni sé til þess að taka ákvörðun til bráðabirgða vegna hennar þar sem málið þolir ekki bið. Málsmeðferð og forsendur ákvörðunarinnar er lýst hér á eftir.
- Þann 1. júlí 2024 barst Samkeppniseftirlitinu erindi frá Dineout þar sem rökstutt var að með framgöngu Símans og Noona gagnvart viðskiptavinum Dineout hafi verið viðhöfð markaðssetning svo að brjóti gegn banni 17. gr. a samkeppnislaga um bann við framkvæmd samruna þangað til Samkeppniseftirlitið hefur lokið málsmeðferð vegna hans. Fylgdu tölvupóstar með erindinu sem stöfuðu frá Noona.
- Samkeppniseftirlitið sendi kvörtun Dineout til Símans til umsagnar þann 2. júlí 2024. Lögmaður Símans óskaði þann sama dag eftir fylgiskjölum/tölvupóstum sem fylgdu kvörtuninni. Voru þau afhent af hálfu Samkeppniseftirlitsins þann 3. júlí 2024. Umsögn Símans barst þann 4. júlí 2024. Í umsögninni var því alfarið mótmælt að Síminn hefði nokkurn hátt brotið gegn banni samkeppnislaga við framkvæmd samruna.
- Samkeppniseftirlitið sendi kvörtun Dineout sömuleiðis til Noona til umsagnar þann 2. júlí 2024. Fylgiskjöl/tölvupóstar voru afhent til Noona þann 3. júlí 2024. Umsögn Noona barst þann 4. júlí 2024. Í umsögninni var tekið fram að félagið hefði ekki með neinum hætti brotið gegn samkeppnislögum.
- Samkeppniseftirlitið sendi umsagnir Símans og Noona til umsagnar Dineout þann 5. júlí 2024. Umsögn Dineout barst 7. júlí 2024. Var ítrekuð krafa um bráðabirgðaákvörðun í málinu.
- Þann 10. júlí 2024 barst umsögn Noona við umsögn Dineout. Ekki barst slík umsögn frá Símanum, þrátt fyrir að umsögn Dineout hafi verið afhent fyrirtækinu með boði um að skila inn umsögn.



## II. Niðurstaða

8. Í máli þessu er tekin afstaða til kröfu Dineout um að Samkeppniseftirlitið taki ákvörðun til bráðabirgða vegna háttsemi Símans og Noona sem fyrirtækið telur sennilegt að brjóti gegn samkeppnislögum og nauðsynlegt sé að bregðast við án tafar þar sem málið þolir ekki bið. Samkeppniseftirlitið hefur lagt mat á sjónarmið, umsagnir og gögn sem hafa verið lögð fram í málsmeðferðinni, eins og nánar verður fjallað um hér á eftir, að því marki sem þurfa þykir.
9. Í ákvæði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga kemur fram að Samkeppniseftirlitinu sé heimilt að taka ákvarðanir til bráðabirgða um einstök mál ef: „[...] sennilegt þykir að sú háttsemi eða þær aðstæður sem til athugunar eru fari gegn ákvæðum samkeppnislaga eða ákvörðunum teknum á grundvelli þeirra [...]. Einnig er það skilyrði að málið þoli ekki bið.
10. Þar sem um bráðabirgðaráðstöfun er að ræða þarf því ekki að ákvarða með endanlegum hætti hvort sú háttsemi sem hér er til skoðunar telst andstæð samkeppnisreglum, enda eru ekki gerðar sömu kröfur um sönnun og í fullbúinni ákvörðun. Á þessu stigi málsins þarf að meta hvort sennilegt sé að umrædd háttsemi feli í sér brot á ákvæði 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Jafnframt ber að meta hvort bið eftir endanlegri niðurstöðu í málinu muni leiða til röskunar á samkeppni eða að málið að öðru leyti þoli ekki bið.

### 1. Ákvæði 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga / Kyrrstöðuskylda

11. Í 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 kemur fram að tilkynna skuli Samkeppniseftirlitinu um samruna áður en hann kemur til framkvæmda en eftir að samningur um hann er gerður, tilkynnt er opinberlega um yfirtökuboð eða yferráða í fyrirtæki er aflað. Þá kemur fram í ákvæðinu að samruni sem fellur undir ákvæði samkeppnislaga skuli ekki koma til framkvæmda á meðan Samkeppniseftirlitið fjallar um hann. Hefur þetta ákvæði oft verið nefnd *kyrrstöðuskylda* í samkeppnislögum.
12. Framangreint ákvæði kom inn í samkeppnislög með lögum nr. 94/2008 um breytingu á samkeppnislögum nr. 44/2005 sem gildi tóku í maí 2008 og var það nýmæli að samruni mætti ekki koma til framkvæmda á meðan Samkeppniseftirlitið fjallaði um hann. Í athugasemdum um ákvæðið í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 94/2008 kemur eftirfarandi fram:

*„Í 3. mgr. er kveðið á um það hvenær tilkynna skal um samruna. Lagt er til að Samkeppniseftirlitið geti ógilt samruna áður en hann kemst til framkvæmda, en ekki eftir að samruni hefur átt sér stað, eins og kveðið er á um í 1. másl. 1. mgr. 17. gr. gildandi laga. Samkvæmt núgildandi lögum tekur samruni gildi óháð skoðun Samkeppniseftirlitsins þótt samningar séu í raun gjarnan gerðir með fyrirvara um samþykki Samkeppniseftirlitsins. Ógilding samruna getur þó átt sér stað eftir að yfirtökutilboði hefur verið tekið eða samruninn að öðru leyti framkvæmdur. Nokkurt óhagræði er af gildandi fyrirkomulagi. Þannig stofnast nýr lögaðili um leið og samruni fyrirtækja tekur gildi og verða allir samningar þess lögaðila að ganga til baka ef Samkeppniseftirlitið ógildir samruna sem þegar hefur átt sér stað. Hafa slík dæmi komið upp þó að í framkvæmd bíði flest fyrirtæki með að láta samninga taka gildi þar til Samkeppniseftirlitið hefur samþykkt samrunann. Ákvæði þetta tekur mið af 1. mgr. 7. gr. reglugerðar ráðsins nr. 139/2004. Þar segir að samrunar sem falla undir reglugerðina skuli ekki koma til framkvæmda fyrr en tilkynnt hafi verið um samrunann og ákvörðun liggja fyrir um að hann hindri ekki virka samkeppni.“*

13. Af framangreindu er ljóst að samkeppnislög kveða á um að samruni sem fellur undir samkeppnislög skuli ekki koma til framkvæmda fyrr en tilkynnt hefur verið um samrunann til Samkeppniseftirlitsins og ákvörðun stofnunarinnar liggur fyrir um að hann hindri ekki virka samkeppni. Er ákvæði 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga,



líkt og ákvæði 1. mgr. 7. gr. samrunareglugerðar EB, þannig ætlað að stöðva alla framkvæmd á samruna sem fellur undir lögin þar til hann hefur beinlínis verið heimilaður.

14. Ljóst er að bann við framkvæmd á samruna tekur til framkvæmdar að fullu eða hluta. Í ákvæðinu felst m.a. bann við hvers konar markaðssetningu á grunni samrunans.

## 2. Sennilegt brot

15. Í því tilviki sem hér er til skoðunar er álitafnið hvort sennilegt sé að Síminn og/eða Noona hafi viðhaft markaðssetningu í því skyni að ná til sín nýjum viðskiptavinum, þar á meðal viðskiptavina Dineout, með vísan í samrunann og þau mögulegu áhrif, tækifæri eða samlegð sem hann getur haft í för með sér.

16. Af tölvupóstum sem Dineout lét fylgja með erindi sínu má sjá að Noona hefur hafið markaðssetningu gagnvart m.a. viðskiptavinum Dineout.

17. Í tölvupósti þann 12. júní kemur eftirfarandi fram í tölvupósti frá starfsmanni Noona þann 12. júní sl.

*„Svo langar mig líka að segja ykkur frá því að Síminn var að kaupa Noona Ísland. Sem þýðir það að núna erum við í kjörstöðu til að taka yfir þennan markað. Síminn er einn stærsti auglýsandi á landinu og eiga núna í kringum 96% af öllum auglýsingaskiltum á landinu því þeir keyptu fyrirtæki sem heitir Billboard. Þeir hafa heitið því að gera Noona að household nafni og blása í alla lúðra hvað það varðar. Við erum í dag stærsta markaðstorg landsins með 100.000 + notendur ( 78.000 virkir og 9-12.000 sem nota það daglega ) og þar erum við með töluvert stærra reach en Dineout í dag. Þið eruð ekki bara að spara ykkur hundruði þúsunda á mánuði , heldur eruð þið komnir inn á flest heimili landsins með auglýsingum í gegnum Sjónvarp Símans ( 35% af öllum heimilum landsins eru þar ) og sjáanlegir á flestum auglýsingaskiltum landsins! ykkur að kostnaðarlausu. (háð samþykki SKE ) sem er mjög líklegt.“*

18. Einnig kemur eftirfarandi fram í tölvupósti frá starfsmanni Noona þann 18. júní sl.

*„Við erum nú þegar byrjaðir að fá yfir til okkar þessa stóru staði eins og [ ]<sup>1</sup> og [ ]<sup>2</sup> ( Kemur í næsta mánuði ). Síminn keypti nýverið Noona Ísland og það er ekkert að fara að breytast hjá okkur. Þeir hafa heitið því að blása í alla lúðra og koma Noona inn á flest heimili landsins í gegnum Sjónvarp Símans. Þeir eiga í dag 96% af öllum digital auglýsingaskiltum landsins og ætla að fara all in í marketing samhliða okkar eigin herferð að kynna nýja markaðstorgið okkar. Þið gætuð heldur betur fengið að taka þátt í því og njóta góðs af því marketing stunti hjá okkur.“*

19. Sömuleiðis kemur eftirfarandi fram í tölvupósti þann sama dag frá starfsmanni Noona:

*„Hvað með ef þú byrjar með [ ]<sup>3</sup> hjá okkur til að prófa kerfið og sjá hvernig hlutirnir ganga ? Þá getur þú nýtt þá traffík sem kemur inn í gegnum okkur þegar við förum á fullt í marketing ( og Síminn ), Svo ef þú ert sáttur með gang mála getum við tekið bolla og rætt [ ]<sup>4</sup>.“*

20. Þann 21. júní kemur eftirfarandi fram í tölvupósti frá starfsmanni Noona:

*„Ástæðan fyrir því að þú sérð enga veitingastaði inn á noona.is er einföld , markaðstorgið fer í loftið núna um mánaðarmótin með svakalegu marketing verkefni , bæði hjá okkur og Símananum.“*

<sup>1</sup> Trúnaðarupplýsingar.

<sup>2</sup> Trúnaðarupplýsingar.

<sup>3</sup> Trúnaðarupplýsingar.

<sup>4</sup> Trúnaðarupplýsingar.



21. Í því skyni að meta hvort markaðssetning þessi feli í sér sennilegt brot á ákvæði 3. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga er rétt að meta:
  - a) Hvort markaðssetningin sé í tengslum við samrunann.
  - b) Hvort markaðssetning hafi haft áhrif.
22. Af framangreindu er ljóst að markaðssetningin er gerð í beinum tengslum við samrunann. Raunar er það viðurkennt af hálfu Símans og Noona í umsögnum þeirra, og biðst Noona m.a. afsökunar á þessari háttsemi.
23. Þá er það ljóst af umsögn Noona að þessi markaðssetning hefur sennilega haft áhrif, en Noona hefur nú 12 veitingastaði í viðskiptum, þar af fimm frá Dineout.
24. Einnig má benda á að slík markaðssetning, ef heppnast, er til þess fallin að hafa óafturkræf áhrif í þeim skilningi að viðkomandi viðskiptavinur er þá gengið úr viðskiptum við einn aðila og gengið í viðskipti við samrunaaðila. Er það til þess fallið að auka á alvarleika brotsins.
25. Að mati Samkeppniseftirlitsins er því nægjanlega sýnt fram á í þessu máli að sennilega hafi Síminn og Noona brotið gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga með framangreindri markaðssetningu. Skiptir í því sambandi engu máli hvort ákvörðun um framangreint hafi verið tekin sameiginlega af samrunaaðilum eða einungis af einum þeirra eða jafnvel bara einn starfsmaður, en eins og kemur fram hér að framan er nægjanlegt að háttsemin sé í tengslum við samrunann, sé óafturkræf og sé til þess fallin eða hafi sennilega áhrif. Þess ber að geta að við mat á sennilegu broti samkvæmt 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga eru sönnunarkröfur vægari en við mat á endanlegu broti samkvæmt lögnum.
26. Það er mat Samkeppniseftirlitsins að með þessari háttsemi sé sennilegt að bann við því að framkvæma samruna áður en eftirlitið hefur fjallað um hann hafi verið brotið. Ákvæði a-liðar 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga, um að sennilegt þykir að tiltekin háttsemi fari gegn ákvæðum samkeppnislaga telst því uppfyllt.

### **3. Málið þolir ekki bið**

27. Hér að framan hefur verið greint frá því að Samkeppniseftirlitið telji sennilegt að framangreind markaðssetning feli í sér brot gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga.
28. Að mati Samkeppniseftirlitsins er hér sennilega um að ræða brot sem er til þess fallið að hafa áhrif á markaði. Af gögnum málsins má sjá að markaðssetning Noona, sem fer fram m.a. á grundvelli samrunans, hefur nú þegar sennilega haft áhrif með þeim hætti að fyrirtækið hefur náð til sín nýjum viðskiptavinum. Í raun felur kyrrstöðuskylda samkvæmt 3. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga í sér löglíkur fyrir því að skaðlegt getur verið að framkvæma samrunann, sérstaklega þegar í því felst markaðssókn á grunni samrunans, áður en Samkeppniseftirlitið hefur fjallað um hann. Framkvæmd á samruna, án þess að veitt hafi verið undanþága, felur í sér sennilegt brot á samkeppnislögum og beinist að markaðnum, þolir eðli máls samkvæmt ekki bið.
29. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru því skilyrði a- og b-liðar 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga til töku ákvörðunar til bráðabirgða uppfyllt í þessu máli.
30. Í ákvörðunarorðum er mælt fyrir um skyldu fyrirtækjanna til að láta af af allri markaðssetningu á grunni samrunans. Þá er lagt fyrir fyrirtækin að virða kyrrstöðuskylduna og kynna viðeigandi starfsmönnum bráðabirgðaákvörðun þess sem og inntak kyrrstöðuskyldunnar.



31. Athygli Símans og Noona er vakin á því að skylda þeirra samkvæmt ákvörðunarorði tekur gildi við birtingu ákvörðunarinnar. Brot gegn ákvörðun þessari varða viðurlögum samkvæmt ákvæðum IX. kafla samkeppnislaga. Þessi ákvörðunarorð eru tímabundin til 9. ágúst 2024, en þá renna út tímafrestur sem Samkeppniseftirlitið hefur lögum samkvæmt til þess að taka afstöðu til þess hvort heimila beri samrunann eða taka hann til nánari athugunar (sk. II. fasi). Mögulegt er að framlengja gildistíma þeirra með sérstakri ákvörðun, ef ástæða þykir til.
32. Rétt er að taka skýrt fram að í bráðabirgðaákvörðun þessari felst engin afstaða til kaupa Símans á Noona, þ.e. áhrifa kaupanna á samkeppni, en rannsókn á því er á fyrstu stigum, sbr. samrunatilkynningu þá sem Síminn hefur afhent Samkeppniseftirlitinu vegna samrunans, dags. 4. júlí 2024.

### III. Ákvörðunarorð:

„Með heimild í 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 tekur Samkeppniseftirlitið eftirfarandi ákvörðun til bráðabirgða:

1. Samkeppniseftirlitið telur að Síminn og Noona hafi sennilega brotið gegn ákvæði 3. mgr. 17. gr. samkeppnislaga með markaðssetningu á grundvelli samrunans.
2. Síminn og Noona skulu tafarlaust láta af allri markaðssetningu sem felur í sér hvers kyns tilboð um viðskipti við fyrirtækin, bein eða óbein, munnleg eða skrifleg; sem eru gerð á grunni samrunans eða eru gerð með tilvísun til samrunans.
3. Síminn og Noona skulu í hvívetna virða kyrrstöðuskyldu samkvæmt ákvæði 3. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga og kynna öllum viðeigandi starfsmönnum fyrirtækja sinna þessa bráðabirgðaákvörðun sem og inntak téðs lagaákvæðis.

Bráðabirgðaákvörðun þessi gildir til 9. ágúst 2024. Brot á þessari ákvörðun varðar viðurlögum skv. IX. kafla samkeppnislaga.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson