

Samkeppniseftirlitið

b.t. Magnús Þór Kristjánsson/Kristín Amalía Línal

Borgartúni 26

105 Reykjavík

Reykjavík, 16. ágúst 2022

## EFNI: SAMRUNI HAGA OG ELDUM RÉTT - ANDMÆLI HAGA

### I. INNGANGUR

Með tölvupósti hinn 29. júlí sl. var Högum sent andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins (SE) vegna fyrirhugaðs samruna Haga og Eldum rétt. Í andmælaskjalinu er komist að þeirri frumniðurstöðu að samruninn hindri virka samkeppni og kalli á íhlutun á grundvelli 17. gr. c. samkeppnislaga a. Var samrunaaðilum gefinn kostur á að koma að athugasemdum við andmælaskjalið, og setja fram tillögur að skilyrðum, eigi síðar en í dag.

Þann 8. ágúst sl. áttu fulltrúar Haga fund með fulltrúum SE. Á þeim fundi lýstu Hagar afstöðu sinni til frummatsins í grófum dráttum. Var m.a. tekið fram að Hagar vildu andmæla ákveðnum atriðum frummatsins, sem sérstaklega varða markaðsskilgreiningu, stöðu samrunaaðila og samþjöppunaráhrif. Þá vildu Hagar ræða nánar umfjöllun SE í andmælaskjali um *önnur lárétt áhrif*, sérstaklega í kafla 9.3 í andmælaskjalinu, til að freista þess að meta möguleika á skilyrðum hvað þau atriði varðar. Einhverjar umræður urðu á fundinum. Var afraðið í lok fundar að Hagar myndu skila inn andmælum, sem og tillögum að skilyrðum í málinu, og möguleikar sáttaviðræðna yrðu metnir í kjölfarið.

Hér að neðan eru sett fram helstu andmæli Haga við frummat SE. Eins og þar kemur fram gera Hagar athugasemdir við frumniðurstöðu SE um skilgreiningu markaða,

sérstaklega þess markaðar sem Eldum rétt starfar á, sem er nýr markaður sem er enn í mikilli mótun og er að mati Haga án aðgangshindrana, andstætt frumati SE. Þá andmæla Hagar því að Eldum rétt geti talist mögulegur keppinatur á hinum hefðbundna dagvörumarkaði, enda geta þau gögn sem frummat SE byggir á hvað það varðar, ekki borið uppi slíka niðurstöðu, né heldur niðurstöðu um að samkeppnislegt aðhald sé milli samrunaaðila.

Einnig gera Hagar athugasemdir við frumniðurstöðu SE um stöðu samrunaaðila og telja alls ekki forsendur til þess að skilgreina stöðu Eldum rétt sem markaðsráðandi, eins og nánar er fjallað um hér að neðan. Af þessum andmælum Haga, um markaðsskilgreiningu og stöðu aðila, leiðir að hefðbundnir mælikvarðar um samþjöppun og aukna markaðshlutdeild eiga ekki við í málinu. Auk þess ber að benda á að jafnvel þó slíkir mælikvarðar væru tækir í málinu, þá myndi samþjöppun í kjölfar samrunans verða undir viðmiðunarmörkum.

Hagar líta svo á að meta þurfi möguleg áhrif samruna þessa út frá þeim atriðum sem eru tiltekin í kafla 9 í andmælaskjali SE (um möguleika hins sameinaða fyrirtækis til að geta hindrað stækkun keppinauta) og eftir atvikum kafla 10 (um innkaupastyrk). Hagar hafa gert tillögur að skilyrðum til þess að mæta þessum atriðum, sem nánar verður fjallað um hér aftar í skjalinu.

Í bréfi þessu er að finna viðkvæmar upplýsingar og er þess óskað að allar upplýsingar sem fram koma í hornklofa njóti trúnaðar, sbr. 16. gr. málsmeðferðarreglna SE nr. 880/2005.

## II. UM SKILGREININGU VÖRUMARKAÐA

### A. Sú þjónusta sem ER veitir tilheyrir ekki dagvörumarkaði

Í mgr. 145 í andmælaskjali kemst SE að þeirri frumniðurstöðu að „samsettir matarpakkar“ tilheyri sérstökum markaði í skilningi samkeppnisréttarins, aðskildum frá dagvörumarkaðinum. Hagar taka undir þetta frummat. Þá taka Hagar undir það sem segir í mgr. 143 í skjalinu, að það sem endurspeglar muninn gagnvart hefðbundinni sölu dagvöruverslana eru einkum eftirfarandi atriði:

- salan fer fram í gegnum netið,
- panta þarf með löngum fyrirvara,
- um er að ræða fyrir fram ákveðnar vörur/hráefni (úrval mjög takmarkað),
- álagning er umtalsvert meiri en í hefðbundnum dagvöruverslunum,
- ýmis þægindi felast í kaupum á matarpökkum [ ]<sup>1</sup> og
- aðrar dagvörur en þær sem finna má í viðkomandi matarpakka standa almennt ekki til boða.

Þessi atriði leiða öll til þess, við hefðbundið mat á marksskilgreiningu í samkeppnisrétti, að um aðskilda markaði sé að ræða, líkt og SE ályktar í mgr. 145 í andmælaskjalinu.

Þá telja Hagar það einnig styrkja þessa niðurstöðu mjög að SE metur ósamhverfu í samkeppnislegu aðhaldi milli dagvörumarkaðar og þjónustu Eldum rétt, sbr. m.a. mgr. 144 í andmælaskjali. Hagar andmæla frumniðurstöðu um samkeppnislegt aðhald en verði það talin tæk niðurstaða telja Hagar þessa ósamhverfu, til viðbótar þeim þáttum sem nefndir eru hér að framan, skýra vísbendingu um að Eldum rétt starfi ekki á hefðbundnum dagvörumarkaði.

SE virðist í sínu frummati sammála þessu en kýs þó að skoða einnig áhrif samrunans út frá þeirri niðurstöðu að þjónusta Eldum rétt tilheyrði hefðbundnum dagvörumarkaði. Þær ástæður sem SE færir fyrir þeirri aðferðarfræði eru í andmælaskjali helst tvær.

---

<sup>1</sup> Trúnaðarmál.

*Annars vegar* að Festi og Samkaup setji í umsögn sinni fram þá skoðun að samsettir matarpakkar séu hluti af dagvörumarkaðnum og sú umsögn „hafi vægi“. Hagar telja á hinn bóginn ljóst að umsagnir framangreindra hafa lítið sem ekkert vægi. Meta verður umsögn þessara aðila í ljósi hagsmuna þeirra og stöðu sem keppinauta Haga. Mjög óvarlegt er að ljá þeim of mikið vægi.<sup>2</sup> Bent er á að í tilkynningu framkvæmdastjórnar ESB um skilgreiningu markaða (Market Definition Notice) er fjallað um sönnunargögn við skilgreiningu markaða. Þar kemur m.a. fram í 40. mgr. að eingöngu skuli tekið mið af rökstuddum svörum keppinauta sem studd eru fullnægjandi sönnunargögnum. Það á ekki við í þessu tilfalli. Bent er á að gerðar eru ríkar kröfur til sönnunar þegar taka á mjög íþyngjandi ákvörðun fyrir málsaðila.

Að mati Haga er því ekki réttmætt að gefa þessum sjónarmiðum vægi. Til viðbótar þessu er nauðsynlegt að benda á að keppinautar Eldum rétt, sem og birgjar á dagvörumarkaði, virðast sammála um þá niðurstöðu að Eldum rétt starfi á markaði sem er aðgreindur dagvörumarkaði, sbr. m.a. mgr. 47, 52 og 53.

*Hins vegar* virðist SE tefla því fram að „innan húsgögn hjá Högum“ bendi til sömu afstöðu, sbr. m.a. mgr. 144. [ ]<sup>3</sup> Innanhúsgögn geta vissulega haft þýðingu við rannsókn samrunamála, t.d. varðandi afstöðu samrunaaðila, áætlanir um markaðsfærslu í kjölfar samruna o.s.frv., þó þau séu síður látin ráða markaðsskilgreiningum sem eru ákveðnar samkvæmt hagrænu mati samkeppnisyfirvalda. Með innan húsgögnum er hins vegar almennt átt við gögn sem útbúin hafa verið af samrunaaðilum. Breska samkeppniseftirlitið hefur t.d. skilgreint hugtakið „internal documents“ á þann hátt að

---

<sup>2</sup> Meginreglan er sú að í stjórnslurétti ber að fylgja sömu sönnunarreglum og í einkamálaréttarfari með þeim tilbrigðum sem leiða af leiðbeiningar- og rannsóknarskyldu stjórnvalda, sbr. „Stjórnsluréttur. Málsmeðferð“, Páll Hreinsson, bls. 516. Í þessu samhengi er bent á að í 1. mgr. 59. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 kemur fram að dómara beri við mat á sönnunargildi vitnisburðar við úrlausn máls að taka tillit til afstöðu vitnis til m.a. aðila og hagsmuna þess af málsúrslitum.

<sup>3</sup> Trúnaðarmál.

um sé að ræða „documents that the merging parties have generated internally in the ordinary course of business“.<sup>4</sup>

Þau gögn sem hér um ræðir eru úr kynningu ráðgjafa Haga fyrir stjórn Haga. Auk þess ber efni glæranna með sér að kynningin fól í sér grundvöll fyrir mjög almenna umræðu [ ]<sup>5</sup>. Þessi gögn geta engan veginn haft vægi í þá átt að telja Eldum rétt starfandi á hefðbundnum dagvörumarkaði. Allir hefðbundnir mælikvarðar við skilgreiningu markaða, svo sem þeir sem nefndir eru hér að ofan og í 143. mgr. andmælaskjalsins, mæla gegn þeirri niðurstöðu. Óljós og almenn gögn, sem auk þess stafa frá ráðgjöfum Haga en ekki félaginu sjálfu, geta ómögulega rutt út þeirri niðurstöðu.

Þá má taka fram að SE hefur litið fram hjá mun sterkari gögnum um afstöðu Haga gagnvart keppinautum sínum við skilgreiningu markaða en í máli nr. 9/2019 lágu fyrir skýr gögn um að Hagar litu á Costco sem mikilvægan keppinaut, auk þess sem fyrir lá að Costco framkvæmdi verðkannanir hjá Bónus og leit á verslanir Haga sem keppinaut. Þessi gögn höfðu ekki vægi í mati SE á skilgreiningu markaðar.

Þannig líta Hagar svo á að þau rök sem SE færir fram fyrir því að líta einnig á markaðinn út frá þeim möguleika að um sameiginlegan markað sé að ræða, standist ekki þegar betur er að gáð. Því sé rétt að líta á þann markað sem Eldum rétt starfar á, sem aðskilinn dagvörumarkaði.

Hagar taka einnig undir það sem segir í 148. mgr. andmælaskjalsins, að mörk þessa nýja markaðar sem Eldum rétt starfar á, eru enn í mótun. Af því leiðir annars vegar að hefðbundið mat á breytingu á markaðshlutdeild og samþjöppun í kjölfar samruna hefur minni þýðingu í málinu, svo sem SE bendir á í mgr. 148, og hins vegar að markaðsstaða Eldum rétt er óljósari, svo sem fjallað verður nánar um hér að neðan í kafla III C.

---

<sup>4</sup> Sjá t.d. CMA - Guidance on requests for internal documents in merger investigations; [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/925400/Internal\\_documents\\_in\\_merger\\_investigations.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/925400/Internal_documents_in_merger_investigations.pdf)

<sup>5</sup> Trúnaðarmál.

### *B. ER var ekki mögulegur keppinautur á dagvörumarkaði*

Eldum rétt var stofnað árið 2013 og hefur frá upphafi sérhæft sig í gerð matarpakka sem viðskiptavinir geta pantað á netinu og sótt nokkrum dögum síðar eða fengið senda heim til sín. Fyrirtækið hefur aukið umsvif sín smám saman en tók nokkurn vaxtarkipp í kórónuveirufaraldrinum. Allt frá stofnun hefur fyrirtækið boðið upp á sölu á matvöru sem fyrirtækið sjálft ákveður vikulega og afmarkast við það hráefni og það magn sem þarf í tilteknar uppskriftir sem fylgja matarpökkunum.

[ ]<sup>6</sup> Helsta þróun í starfsemi fyrirtækisins hefur falist í því að viðskiptavinir geta valið milli fleiri rétta/uppskrifta og til viðbótar stöðluðum matarpökkum hefur fyrirtækið nú boðið viðskiptavinum upp á að þeir setji saman sinn eigin matarpakka, með því að velja úr öllum þeim réttum sem í boði eru (Veldu rétt). Nýlega hefur þeim valkosti síðan verið bætt við að undir lok pöntunarferlis er stundum mögulegt að bæta við kaupin t.d. eftirréttum, millimáli (t.d. nachos-rétti eða öðrum party-rétti), eða auka-meðlæti með réttum. Þá hefur fyrirtækið selt m.a. ólívuolíur í verslun sinni við Nýbýlaveg.

SE kemst að þeirri frumniðurstöðu í andmælaskjalinu að Eldum rétt sé mögulegur keppinautur Haga í sölu á dagvörum. Um þetta atriði er fjallað í tveimur málsgreinum í andmælaskjali, mgr. 295 og 296, þar sem fram kemur að þessi frumniðurstaða SE er byggð á fjárfestakynningu fyrirtækjaráðgjafar Landsbankans frá október 2021. Í *fyrsta lagi* þarf að taka fram að ekki er um innahúsgagn að ræða, hvorki frá Eldum rétt né Högum, heldur fjárfestakynningu fyrirtækjaráðgjafar. Í *öðru lagi* er nauðsynlegt að taka skýrt fram að sú kynning Landsbankans sem gerð er að umtalsefni í mgr. 295 fjallar um [ ]. Þau gögn sem þar er vísað til hafa því enga þýðingu við að varpa ljósi á áætlanir Eldum

---

<sup>6</sup> Trúnaðarmál.

<sup>7</sup> Trúnaðarmál.

rétt fyrir samruna, eða mat á því hvort Eldum rétt hafi verið mögulegur keppinautur Haga á dagvörumarkaði í skilningi samkeppnisréttar.

Sama gildir um þær glærur sem teknar eru upp í mgr. 296. [ ]<sup>8</sup> Framsetning texta í andmælaskjali SE í mgr. 296, neðst á bls. 69 og efst á bls. 70, er að mati Haga villandi. [

] <sup>9</sup> Sala Eldum rétt á olíum í verslun sinni ber þess heldur ekki vitni að fyrirtækið hafi verið á leið inn á dagvörumarkað í skilningi samkeppnisréttar. Þessari frumniðurstöðu er því andmælt.

Líkt og tekið er fram m.a. í mgr. 55-62 í andmælaskjali, hefur dagvörumarkaðurinn margoft verið skilgreindur í fyrri ákvörðunum SE. Í eldri ákvörðunum hefur dagvörumarkaðurinn verið skilgreindur sem svo að á honum starfi fyrirtæki sem bjóða upp á slíka breidd vöruúrvals sem er nauðsynleg til þess að uppfylla allar daglegar innkaupaþarfir, sbr. t.d. ákvörðun nr. 64/2008. Í þeirri ákvörðun var lögð áhersla á að megineinkenni fyrirtækja á dagvörumarkaði sé einmitt þetta breiða vöruúrval, þannig að hægt sé að nálgast flesta flokka dagvara þar undir einu þaki. Þar sem sérværslanir búi ekki við þá breidd vöruúrvals sem nauðsynleg er svo mögulegt sé að uppfylla allar daglegar innkaupaþarfir, þá tilheyri þær ekki dagvörumarkaði.

Að mati Haga liggur alveg ljóst fyrir að þær áætlanir sem Eldum rétt hafði gert fyrir samruna, [ ]<sup>10</sup>, getur aldrei flokkast sem áætlanir fyrirtækisins um að hefja innreið á dagvörumarkaði líkt og hann hefur verið skilgreindur. Þá eru engar aðrar vísbendingar í málinu um að Eldum rétt sé verulega líklegt (e. significant likelihood) til þess að verða skilvirkt afl í samkeppni á dagvörumarkaði (e. effective competitive force), eins og leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB um lárétta samruna (60. mgr.) gera kröfu

---

<sup>8</sup> Trúnaðarmál.

<sup>9</sup> Trúnaðarmál.

<sup>10</sup> Trúnaðarmál.

um, við mat á mögulegum keppinaut. Því mótmæla Hagar frummati SE um að Eldum rétt hafi verið mögulegur keppinautur á dagvörumarkaði í skilningi samkeppnisreglna.

*C. Hagar voru ekki mögulegur keppinautur á markaði fyrir netviðskipti með matarpakka til eldunar samkvæmt uppskriftum – Netsala Haga á dagvörum*

[ ]<sup>11</sup>

Raunar hafa Hagar starfað fjær jaðri þess markaðar sem Eldum rétt starfar á heldur en aðrir dagvörusalar, en bæði Krónan og Nettó hafa boðið upp á samsetta matarpakka í netverslun og heimsendingu.

[ ]<sup>12</sup>

Því mótmæla Hagar því frummati að fyrirtækið teljist mögulegur keppinautur Eldum rétt, í skilningi samkeppnisreglna.

[ ]<sup>13</sup>

[ ]<sup>14</sup> Hefðbundin lárétt áhrif af fyrirhuguðum samruna Haga og Eldum rétt eru því hverfandi. Hagar taka undir með því sem fram kemur í mgr. 148 í andmælaskjali þar sem segir að þar sem mörk þess markaðar sem Eldum rétt starfar á séu enn í mótun sé mikilvægt að meta áhrif samrunans ekki aðeins út frá breytingu á markaðshlutdeild og samþjöppun heldur einnig út frá öðrum atriðum, sem gefi í þessu tilviki betur til kynna raunveruleg áhrif hans. Um þetta er nánar fjallað hér að neðan í kafla IV, en fyrst skal stuttlega vikið að frummati á stöðu samrunaaðila og hefðbundnum samþjöppunaráhrifum.

<sup>11</sup> Trúnaðarmál.

<sup>12</sup> Trúnaðarmál.

<sup>13</sup> Trúnaðarmál.

<sup>14</sup> Trúnaðarmál.



### III. UM STÖÐU SAMRUNAADILA, MARKAÐSHLUTDEILD OG SAMÞJÖPPUN

Í upphafi má taka fram, að þó svo það sé afstaða Haga að samrunaaðilar máls þessa starfi á aðskildum mörkuðum í samkeppnisréttarlegum skilningi, þá liggur engu að síður ljóst fyrir, að jafnvel þó litið væri til mögulegs sameinaðs markaðar hefðbundinnar smásölu dagvöru annars vegar og markaðar með matarpakka til eldunar samkvæmt uppskriftum hins vegar, þá hefði samruninn afar væg lárétt áhrif í formi aukinnar markaðshlutdeildar eða samþjöppunar, sbr. m.a. mgr. 255 í andmælaskjali. Hagar taka því undir þá afstöðu SE að heldur beri að skoða aðra þætti málsins vegna mats á mögulegum áhrifum, sbr. síðar.

Þrátt fyrir að sú markaðsstaða sem frummatið byggir á leiði til þess að takmörkuð lárétt áhrif séu af samrunanum vilja Hagar þó einnig andmæla frummati SE um markaðsstöðu samrunaaðila. Sérstaklega telja Hagar mjög brýnt að meta markaðsstöðu Eldum rétt út frá þeim markaðslega raunveruleika sem fyrirtækið starfar í, sbr. nánar hér að neðan.

#### A. Um markaðsstöðu Eldum rétt

Hagar andmæla því frummati SE að Eldum rétt hafi einhvers konar markaðsráðandi stöðu á mögulegum markaði fyrir matarpakka til eldunar samkvæmt uppskriftum. Líkt og SE tekur fram í andmælaskjali sínu eru mörk þessa mögulega markaðar ennþá óljós og markaðurinn er í mótun. Við slíkar aðstæður er alls ekki rökrétt að mati Haga að skilgreina mörk þess markaðar með þeim hætti að hann taki eingöngu til nákvæmlega þeirrar þjónustu og þeirra viðskiptaskilyrða sem Eldum rétt hafa markað í sinni nýsköpun, ásamt fyrirtækjunum Matseðill og Einn, tveir og elda. Því sé sú markaðshlutdeild Eldum rétt, sem frummatið gengur út frá, ekki raunsönn og aðstæður allar með þeim hætti að óraunhæft sé að skilgreina fyrirtækið í markaðsráðandi stöðu.

Staðreyndin er sú að Eldum rétt er einfaldlega fyrst fyrirtækja til þess að þróa þjónustu fyrir eldun inni á heimilum úr matarpökkum samkvæmt uppskriftum sem pantaðir eru á netinu og heimsendir nokkrum dögum síðar. Í mgr. 373 í andmælaskjali SE er vísað til

Þess að vöxtur keppinauta Eldum rétt hafi verið hægur en vöxtur Eldum rétt hraður. Hagar eru ekki sammála þessu, sbr. umfjöllun hér að neðan. Þó sé rétt að vöxtur félagsins tók ákveðið stökk í faraldri Covid-19 eins og flest önnur vefverslun og heimsendingarþjónustur sem þegar voru komnar á gott skrið þegar heimsfaraldurinn skall á. Það er enn fremur í takt við almenna þróun á mörkuðum.<sup>15</sup> Netverslun er að vaxa og í því felast einmitt tækifæri fyrir fleiri aðila til að koma inn á slíka markaði.

Bent er á að Einn, tveir og elda var stofnað 2017 og virðist rekstur hafa hafist árið 2018. Matseðill var stofnað árið 2020 en virðist hafa hafið starfsemi á markaði á síðasta ári. Um nýja markaðsaðila er að ræða sem enn eru að þróa þjónustu sína og koma vörumerkjum sínum á kortið. Að mati Haga virðist sem vöxtur þessara fyrirtækja sé fram að þessu mjög svipaður því sem var hjá Eldum rétt á sínum tíma, þó þannig að hann virðist jafnvel heldur hraðari hjá þessum nýju fyrirtækjum, þar sem bæði félögin virðast vera á undan Eldum rétt að fá fyrstu tekjur.

- Eldum rétt var stofnað árið 2013 og hafði ekki tekjur fyrstu tvö árin heldur tapaði yfir 15 m.kr. (3,7 m.kr. árið 2013 og 11,4 m.kr. árið 2014). Á árinu 2015 voru tekjur fyrirtækisins 136 m.kr. og tekjurnar tóku síðan nokkuð stórt stökk eftir það, þ.e.a.s. á fjórða ári félagsins.
- Einn tveir og elda var stofnað og hóf starfsemi 2017, en engar tekjur voru það ár. Árið 2018 voru tekjur 43 m.kr., 56 m.kr. árið 2019 og 122 m.kr. árið 2020. Þannig mætti heldur færa rök fyrir því að vöxtur þess fyrirtækis sé nokkuð hraður, þar sem tekjur komu fyrir inn en hjá Eldum rétt auk þess sem tekjur jukust um meira en 100% á milli 2019 og 2020
- Matseðill hóf starfsemi árið 2020, en þá hafði félagið engar tekjur. Á næsta heila ári, 2021, hafði félagið 33 m.kr. í tekjur. Varla er tímabært að draga ályktanir af vexti þess fyrirtækis um möguleika nýrra fyrirtækja á umræddum markaði.

---

<sup>15</sup> Sjá t.d. umfjöllun í ákvörðun sænska samkeppniseftirlitsins nr. 361/2021 í mgr. 38 og 80-83.

Uppsafnaðar tekjur í rekstri Eldum rétt fyrstu þrjú rekstrarárin námu 136 m.kr. Einn tveir og elda voru með 99 m.kr. uppsafnaðar tekjur fyrstu þrjú árin. Fyrstu tvö árin hjá Matseðli námu uppsafnaðar tekjur 32 m.kr., sem er meira en hjá Eldum rétt þar sem engar tekjur voru fyrstu tvö árin. Eldum rétt þurfti þannig að undirbúa sig í tvö ár og hafði tekjur á þriðja ári en bæði Einn tveir og elda og Matseðill fá tekjur strax á öðru ári.

Að mati Haga er innkoma inn á þennan nýja markað fyrir matarpakka til eldunar samkvæmt uppskriftum ef eitthvað er auðveldari nú, en var þegar Eldum rétt hóf göngu sína. Hér ber að hafa í huga að algengt er og eðlilegt að það fyrirtæki sem kemur fyrst inn á markað, og býr raunverulega til markaðinn, vaxi hraðar en þau fyrirtæki sem fylgja næst í kjölfarið, þar sem þau búa við samkeppni sem frumkvöðlarnir bjuggu ekki við. Sú staðreynd að fyrirtæki númer tvö og þrjú inn á umræddan markað vaxi jafnvel hraðar en frumkvöðullinn, ber frekar vott um að það að leiðin inn á umræddan markað sé frekar greið, og staðfestir í raun að litlar aðgangshindranir séu til staðar.

Þá er ekkert sem bendir til þess að neytendur taki ekki vel í fjölbreytni í úrvali uppskrifta og mat þegar kemur að fyrirtækjum sem veita sömu þjónustu og Eldum rétt enda er það í grunninn „conceptið“ og þægindin sem neytendur eru að velja, svo sem mynd 7 í andmælaskjali ber með sér um ástæður neytenda fyrir viðskiptum við matarpakkafyrirtæki. Til að ná viðskiptum á þessum nýja markaði og halda þeim, virðist mjög mikilvægt að sinna vel gæðum vörunnar og þjónustunnar. Hagar telja Eldum rétt hafa tekist sérstaklega vel að búa til vel samsetta matarpakka, með gæðahráefni sem heldur gæðunum fram að viðtöku viðskiptavina, og afbragðsuppskriftum. Þannig er það grundvallaratriði fyrir árangur á umræddum markaði fyrir matarpakka að gæðum sé sinnt af miklum krafti. Það er hins vegar engin aðgangshindrun innbyggð í markaðinn, sem getur staðið í vegi fyrir því að ný fyrirtæki búi til jafn góðan mat, hvað varðar verð og gæði, og hjá þeim sem fyrir er á markaði. Þá er ekkert í gögnum málsins sem bendir til þess að neytendur taki ekki fjölbreytni í úrvali matarpakka fagnandi.

Eins og bent hefur verið á er um að ræða markað í mikilli þróun sem fer stækkandi og því margt enn óljóst um eðli hans. Ef samkeppnisyfirvöld hyggjast hlutast til um markaði í mótun þá þarf að liggja skýrt fyrir, af hverju keppinautar ættu ekki að geta náð sömu stærð og dreifingu og sá sem fyrir er á markaði.<sup>16</sup> Að mati Haga eru litlar aðgangshindranir að matarpakkamarkaði. Einfalt (heimilis)eldhús, viðmót fyrir netverslun og aðgangur að dreifingu er það sem þarf til að hefja starfsemi á markaðnum. Samkeppnisyfirvöld þurfa að gæta vel að því í heildarsamhenginu að hvatinn til að vera fyrstur inná tiltekinn markað sé ekki takmarkaður.

Að sama skapi ber að varast að draga of miklar ályktanir af þeim tölum sem frummat SE setur fram sem markaðshlutdeild á þessum nýja markaði. Almennu eru mælingar á markaðshlutdeild eingöngu fyrstu vísbendingar um markaðsstyrk fyrirtækja á markaði. Slíka hlutdeild þarf að túlka í ljósi viðeigandi aðstæðna á markaði og eðli hans. Hún ein og sér sýnir ekki niðurstöðu um markaðsstyrk.<sup>17</sup> Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB um markaðsráðandi stöðu (Priority Paper) er lögð áhersla á að niðurstaða um markaðsstyrk verði ekki byggð á markaðshlutdeild einni heldur á yfirgripsmikilli greiningu á öllu sem hefur áhrif á samkeppnisaðstæður á markaðnum sem sé til rannsóknar. Hagar telja ljóst að eðli þess markaðar sem hér er til skoðunar er slíkt að hann hefur ekki náð jafnvægi þar sem hann er í hraðri þróun og örum vexti.

Þá hefur í fræðiskrifum verið bent á að á nýjum mörkuðum, sem oftast en ekki einkennast af nýsköpun og nýjungum frekar en verðsamkeppni, geti há markaðshlutdeild og markaðsráðandi staða mjög oft verið tímabundin og viðkvæm. Stöðugt megi búast við

---

<sup>16</sup> Sjá til hliðsjónar "EU Competition Law. Text, Cases and Materials." Alison Jones and Brenda Sufrin, 6. útg., bls. 340: „*These judgments [United Brands, Michelin og Eurofix-Bauco] may be criticised for failing to explain sufficiently why a new entrant could not replicate these arrangements. Otherwise, the authorities appear simply to be penalising the undertaking in respect of its efficiency.*“

<sup>17</sup> Sjá t.d. mgr. 13 í leiðbeinandi reglum framkvæmdastjórnar ESB um markaðsráðandi stöðu (Priority Paper): „*Market shares provide a useful first indication [...]. However, the Commission will interpret market shares in the light of the relevant market conditions, and in particular of the dynamics of the market and of the extent to which products are differentiated.*“

nýjum frumkvöðlum inná markaðinn.<sup>18</sup> Þá hefur verið bent á að þeir aðilar sem séu fyrstir á markað verði að halda áfram nýsköpun og þróun til að halda stöðu sinni. Það geti verið afar varasamt að jafna háa markaðshlutdeild slíkra fyrirtækja við markaðsráðandi stöðu þar sem það geti haft skaðleg áhrif á samkeppni og nýsköpun. Betri mælikvarði á markaðsstyrk á slíkum mörkuðum sé samkeppnishæfni.<sup>19</sup> Bent hefur verið á að það sé almenn samstaða um að samkeppnisyfirvöld verði að vera vel með á nótunum gagnvart sérstökum einkennum nýrra markaða og varast að beita íhlutun gagnvart hárrí markaðshlutdeild eða eftir atvikum markaðsráðandi stöðu sem sé tímabundin.<sup>20</sup>

Hagar telja ljóst að keppinautar Eldum rétt séu í fyrstu fösum í þróun fyrirtækjanna og að varasamt sé að leggja mikið upp úr markaðshlutdeild á hinum þrönga markaði sem SE hefur skilgreint fyrir þjónustuna, né heldur aðgangshindrunum. Sé fylgt leiðbeiningum og réttarframkvæmd sem um þetta gilda telja Hagar engin rök standa til þess að Eldum rétt geti talist í markaðsráðandi stöðu í skilningi samkeppnislaga.

## B. Um markaðsstöðu Haga

Þá er einnig andmælt því frummati SE, að Hagar teljist í markaðsráðandi stöðu með þau 40-45% í markaðshlutdeild sem frummatið mælir fyrir um, og að teknu tilliti til sanngjarns samanburðar við efnahagslegan styrk keppinauta.

Í upphafi má rifja upp að í ákvörðun SE nr. 64/2008 voru Hagar skilgreindir í markaðsráðandi stöðu í smásölu dagvöru. Samkvæmt rannsókn SE í því máli höfðu verslanir Haga 58% markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu árin 2005 og 2006 en á

---

<sup>18</sup> Sjá Alison Jones & Brenda Sufrin, "EU Competition Law. Text, Cases and Materials", 6. útg., bls. 344.

<sup>19</sup> C. Ahloborn, D. Evans, and A. Padilla, "Competition Policy in the New Economy: Is Competition Law Up to the Challenge?" [2001] ECLR 56, 162.

<sup>20</sup> "EU Competition Law. Text, Cases and Materials." Alison Jones and Brenda Sufrin, 6. útg., bls. 345.

landinu öllu um 50%. Festi (þá Kaupás) voru með um 27% hlutdeild og Samkaup 5-6% á höfuðborgarsvæðinu en á landsvísu nam hlutdeild þessara fyrirtækja um 22% hjá Festi og um 15% hjá Samkaupum. Þannig nam hlutdeild Haga á landsvísu og á höfuðborgarsvæðinu um og yfir 50% og jafnvel nálægt 60%. Í ákvörðun 64/2008 var samanburður á efnahagslegum styrkleika Haga og annarra keppinauta talinn styrkja niðurstöðu um markaðsráðandi stöðu. Móðurfélag Haga væri umtalsvert stærri bakhjarl en Kaupás og samanburður allra helstu kennitalna sýndi að mati SE að þær væru margfalt hærri en allra keppinauta. Því teldust Hagar í markaðsráðandi stöðu á dagvörumarkaði.

Samkvæmt ákvörðun SE nr. 9/2019, vegna samruna Haga og Olís, var markaðshlutdeild verslana Haga metin á bilinu 55-60% árin 2015 og 2016 á höfuðborgarsvæðinu og 45-50% á landinu öllu. Hlutdeild á síðasta ári rannsóknar SE í því máli, árinu 2017, var nokkuð breytileg vegna innkomu Costco inn á dagvörumarkaðinn. Þá var efnahagslegur styrkleiki Haga metinn meiri en keppinautanna Festar (með N1 innanborðs), og Samkaupa, sem og meiri en Costco þar sem ekki var litið til styrkleika alþjóðlegu samstæðunnar.

Í frummati SE í því máli sem hér er til meðferðar er hlutdeild Haga á bæði höfuðborgarsvæðinu og landinu öllu metin á bilinu 40-45%. Á landsbyggðinni allri mælast Hagar með 35-40% hlutdeild, sbr. m.a. mgr. 244. [ ]<sup>21</sup>

Engu að síður felur frummat SE í sér að verslanir Haga séu enn markaðsráðandi á dagvörumarkaði og telur eftirlitið að efnahagslegur styrkur Haga styrki þá niðurstöðu, þrátt fyrir að Festi sé bæði með hærri eignir og eigið fé samkvæmt rannsókn eftirlitsins.

Hagar telja niðurstöðu SE um að félagið sé í markaðsráðandi stöðu ekki rétta. Eins og fram hefur komið er niðurstaða frummatsins sú að markaðshlutdeild Haga er vel undir 50% bæði á landinu öllu (40-45%) og landsbyggðinni (35-40%). Minnt er á það sem áður

---

<sup>21</sup> Trúnaðarmál.

hefur komið fram að markaðshlutdeild er einungis fyrsta vísbending um stöðu á markaði. Horfa þarf á markaðsaðstæður í heild sinni og þróun markaðar. [ ]<sup>22</sup> Stöðugleiki í markaðshlutdeild er mikilvægur mælikvarði þegar markaðsstyrkur fyrirtækja er metinn, sbr. t.d. 15. gr. leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB um markaðsráðandi fyrirtæki.<sup>23</sup>

Þá benda Hagar á að keppinautar Haga á dagvörumarkaði hafa á síðustu misserum lagt mikið upp úr að þróa þjónustu sína og vöruframboð. Þannig má nefna að aðilar á markaðnum hafa verið virkir í að þróa vefverslanir og bjóða upp á nýjar þjónustuleiðir t.d. í gegnum smáforrit; svo sem Krónan með leiðina „Skannað og skundað“<sup>24</sup> og smáforrit sem Nettó hefur þróað í tengslum við sína þjónustu þar sem hægt er að fá afslætti og fleira.<sup>25</sup> Hagar telja framangreint sýna virka samkeppni og þróun þjónustu á markaðnum. Um þetta vísast nánar til þess sem áður hefur verið rakið um hraða þróun og vöxt vefverslana og spár um áframhald þar á. Þá er minnt á að í frummatinu lítur SE svo á að vefverslun með dagvöru sé hluti af dagvörumarkaði. Þannig má vera ljóst að enginn markaðsaðili, hvorki Hagar né aðrir, geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda, sem er hugtaksskilyrði markaðsráðandi stöðu, sbr. 4. gr. samkeppnislaga.

Eðli markaðarins, markaðshlutdeildin og þróun hennar eru sterkar vísbendingar um að Hagar eru ekki í stöðu til þess að misbeita efnahagslegum styrk sínum enda virk samkeppni á markaðnum og sterkir keppinautar til staðar. Hagar eru ekki í stöðu til að verðleggja vörur sínar eða hegða sér á tiltekinn hátt á markaðnum án þess að taka tillit til viðbragða keppinauta sinna.

---

<sup>22</sup> Trúnaðarmál.

<sup>23</sup> Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. Í 15. mgr. leiðbeininganna er m.a. vísað til þýðingar þess að fyrirtæki hafi haldið markaðshlutdeild sinni, við mat á markaðsráðandi stöðu.

<sup>24</sup> [Krónan skannað og skundað \(kronan.is\)](https://www.kronan.is)

<sup>25</sup> [Nettó Samkaup App \(netto.is\)](https://www.netto.is)

Jafnvel þótt fyrirtæki sé með 50% markaðshlutdeild felur það ekki sjálfkrafa í sér að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að það sé vísbending um slíka stöðu. Hagar eru vel undir 50% markaðshlutdeild og aðstæður á markaði ekki þannig að Hagar geti misbeitt markaðsstyrki sínum eins og rakið hefur verið. Réttarframkvæmd sýnir að eftir því sem styrkur markaðsráðandi fyrirtækis er meiri geti þær skyldur sem á markaðsráðandi fyrirtæki hvíla orðið þyngri og öfugt. Fallist SE ekki á framangreind sjónarmið um andmæli við frummati um markaðsráðandi stöðu Haga verður að telja ljóst að SE beri að taka mið [ ]<sup>26</sup> í mati sínu á áhrifum samrunans.

### C. Um samþjöppun

Í frumniðurstöðu SE kemur fram að jafnvel þótt litið yrði á þann markað, sem Eldum rétt starfar á, sameinaðan með dagvörumarkaði þá væru lárétt samþjöppunaráhrif af samrunanum undir viðmiðunarmörkum framkvæmdastjórnar ESB. Það þýðir að samþjöppunaráhrif samrunans eru ekki talin slík að hann geti raskað samkeppni, jafnvel þótt Hagar væru með viðskiptunum að kaupa upp keppinaut á dagvörumarkaði. Þessi staðreynd segir sína sögu um áhrif samrunans.

Í mgr. 262 setur SE þó fram það frummat sitt, að þrátt fyrir að breyting á HHI stuðli í kjölfar samrunans sé undir framangreindum viðmiðunarmörkum, þá séu líkur á því að samruninn muni hafa í för með sér skaðleg áhrif á samkeppni. Virðist sú frumniðurstaða m.a. byggja á því að leiðbeiningar framkvæmdastjórnarinnar taki fram að viðmiðin (um að engin skaðleg áhrif hljótist af samþjöppun upp á minna en 150 stig í tilviki markaðar með samþjöppun undir 3.000 stig), eigi ekki við í tilteknum tilvikum og þau tilvik eigi við í þessu máli. Hér þarf að tæpa á nokkrum atriðum.

Annars vegar eru Hagar ósammála því að þessi undantekningartilvik eigi við. Í fyrsta lagi hefur verið fjallað um það hér að framan að engin rök standi til þess að Eldum rétt hafi verið mögulegur keppinauti á dagvörumarkaði. Sá markaður hefur verið skýrt

---

<sup>26</sup> Trúnaðarmál.



afmarkaður af samkeppnisyfirvöldum og fjöldi fyrirtækja skilgreindur fyrir utan þann markað á grundvelli takmarkaðs vöruúrvals dagvöru. Úrval Eldum rétt á matvöru er enn takmarkaðra en þessara fyrirtækja, [ ]<sup>27</sup>. Auk þess er engin önnur dagvara í boði hjá fyrirtækinu. Þá útiloka jafnframt þeir skilmálar sem viðskiptavinum Eldum rétt er boðið að ganga að (netpöntun á miðvikudegi og afhending á mánudegi) þá niðurstöðu að [ ]<sup>28</sup> valdi því að Eldum rétt teljist mögulegur keppinautur á dagvörumarkaði. Um þetta vísast um frekari umfjöllun til kafla II B, ekki síst um framsetningu efnis á glærum frá fyrirtækjaráðgjöf Landsbankans.

Þegar af þessari ástæðu, að samrunaaðilar verða hvorki skilgreindir á sama markaði né mögulegir keppinautar, eiga önnur ákvæði 20. mgr. láréttu leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB illa við. Ákvæðum a-f liðar 20. mgr. leiðbeininganna er fyrst og síðast ætlað á ná yfir þau tilvik að samrunaaðilar starfa á sama markaðinum en markaðshlutdeild annars samrunaaðilans er það lág að aukning í samþjöppun verður lítil. Við þær aðstæður getur verið réttmætt að líta til annarra sjónarmiða við mat á samþjöppun. Í þessu máli eru þessar aðstæður hins vegar ekki uppi. Eldum rétt er ekki starfandi á dagvörumarkaði, er ekki nýr keppinautur á dagvörumarkaði með lága hlutdeild og er ekki heldur mögulegur keppinautur á hinum skýrt skilgreinda dagvörumarkaði þar sem samkeppnisskilyrði, úrval, verð og allir helstu mælikvarðar leiða skýrt í ljós að um tvo aðgreinda markaði er að ræða.

Ákvæði b. liðar 20. mgr. leiðbeininganna heimilar samkeppnisyfirvöldum að líta fram hjá lágmarki um samþjöppunaráhrif þegar annar samrunaaðilinn hefur leitt nýsköpun á umræddum markaði, þó svo markaðshlutdeildin sé enn lág. Þetta á ekki við þar sem um aðskilda markaði er að ræða. Sama gildir um d. liðinn í 20. mgr. leiðbeininganna. Verði Eldum rétt að einhverju leyti talið brautryðjandi í skilningi ákvæðisins, þá standa engin gögn eða rök til þess að samruni við svokallað „maverick“-fyrirtæki á öðrum og nýjum

---

<sup>27</sup> Trúnaðarmál.

<sup>28</sup> Trúnaðarmál.

markaði, hafi skaðleg áhrif á samkeppni með sama hætti og aukin samþjöppun. Það er rökleysa.

Þá stenst ekki það frummat sem sett er fram í mgr. 260 í andmælaskjalinu, að skilyrði f. liðar 20. mgr. leiðbeininganna sé fullnægt þar sem annar samrunaaðilinn hafi markaðshlutdeild upp á 50% eða meira fyrir samruna. Í mgr. 260 segir að um þetta Hagar séu með „um og yfir 50% markaðshlutdeild á ýmsum landfræðilegum mörkuðum á dagvörumarkaðnum, s.s. á Akureyri og í Borgarbyggð“. Hið rétta er að þetta eru einu landsvæðin þar sem Hagar ná 50% hlutdeild samkvæmt eigin greiningu SE í mgr. nr. 226 í andmælaskjali. Líkt og SE fullyrðir sjálf er staðan á öðrum landfræðilegum mörkuðum „yfirleitt á bilinu 35-45%“. Þessu skilyrði f. liðar 20. mgr. leiðbeininganna er því ekki fullnægt heldur.

Þannig telja Hagar að ekkert þeirra skilyrða, sem talin eru upp í mgr. 256 í andmælaskjali, séu uppfyllt í þessu máli, nema e.t.v. sú staðreynd að umtalsvert sameiginlegt eignarhald er á milli stærstu aðila á dagvörumarkaði. Þó verður ekki fram hjá því litið að aðkoma lífeyrissjóða sem stórra hluthafa í samkeppnisfyrirtækjum er í eðli sínu mjög ólík því sem væri hjá öðrum fjárfestum, kjölfestufjárfestum og einkaaðilum, sem hafa mun meiri afskipti af rekstri en lífeyrissjóðir. Það að leggja fræðilegar staðreyndir um áhrif sameiginlegs eignarhald slíkra fjárfesta til að grundvallar um aukna samþjöppun á ekki við í því tilviki sem hér um ræðir án aðlögunar. Sú aukning í samþjöppun sem samruni þessi gæti valdið samkvæmt greiningu SE er hins vegar svo langt undir mörkum að þetta atriði hefur enga sjálfstæða þýðingu.

Að lokum er nauðsynlegt að taka fram að sú frumniðurstaða sem sett er fram í mgr. 262 í andmælaskjali er í raun órökstudd. Að einhver þeirra undanþága eigi við, sem talin eru upp í mgr. 256 í andmælaskjali, leiðir ekki af sér að samruninn hafi skaðleg áhrif, svo sem gengið virðist út frá í tilvitnaðri málsgrein andmælaskjals. Ef rétt væri, að þessi undanþáguskilyrði ættu við, þá væri eina ályktunin sem af því mætti draga sú, að krafan um 150 stiga aukningu á samþjöppun ætti ekki sjálfkrafa við. Engu að síður þyrfti að

rökstyðja hvaða áhrifum samrunans mætti jafna til samþjöppunaráhrifa í ljósi raunverulegrar stöðu á markaði.

Hagar telja hins vegar, sem fyrr greinir, að ekkert þessara undanþáguskilyrða eigi við. Því skuli endanleg niðurstaða samkeppnisyfirvalda vera sú að samruni þessi hafi ekki hefðbundin samþjöppunaráhrif á dagvörumarkaði eða áhrif sem leggja megi að jöfnu við slík áhrif. Nauðsynlegt sé að líta til annarra áhrifa eingöngu, eins og gert er í kafla 9 í andmælaskjali, sbr. umfjöllun hér í næsta kafla.

#### IV. MÆLIKVARÐAR LÁRÉTTRA ÁHRIFA, AÐRIR EN HLUTDEILD OG SAMÞJÖPPUN

Hér að framan hefur verið fjallað um rök fyrir því að samrunaaðilar hafi hvorki starfað á sameiginlegum markaði né verið mögulegir keppinautar á mörkuðum hvor annars. Þá má ítreka að jafnvel þótt svo hefði verið, þá er það frummat SE að er breyting á samþjöppun vegna samruna þessa sé undir þeim viðmiðum sem fram koma láréttum leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB.

Hagar taka undir með SE um að líta þurfi til annarra þátta þegar könnuð eru möguleg skaðleg áhrif samruna þessa. Þessir aðrir þættir eru nefndir í mgr. 273 í andmælaskjalinu, og fjallað um þá í framhaldinu.

Hér að neðan verður fjallað um önnur möguleg lárétt áhrif samrunans, sem getið er í andmælaskjalinu og ekki hefur verið fjallað um hér að ofan; þ.e. (A) hvort samrunaaðilar séu nánir keppinautar, (B) hvort samruninn valdi því að mikilvægur keppinautur hverfi af markaði og (C) hvort hið sameinaða fyrirtæki sé líklegt til að geta hindrað stækkun keppinauta.

Eins og greina má hér að framan telja Hagar öll þau rök sem rakin hafa verið hér að framan standa til þess að samruninn raski ekki samkeppni á dagvörumarkaði. Hagar vilja hins vegar kanna til hlítar hvort samruni Haga og Eldum rétt geti að einhverju leyti hamlað samkeppni, aðgangi eða nýsköpun á þeim markaði sem enn er að þróast fyrir

kaup á matvörum eftir öðrum leiðum en í matvöruverslunum, sérstaklega í netviðskiptum með samsetta matarpakka sem elda skal eftir uppskriftum. Á fundi Haga með SE þann 8. ágúst sl. lýstu Hagar einmitt sérstaklega yfir áhuga á að ræða innihald þessara annarra þátta nánar, m.t.t. stöðunnar í þessu tiltekna máli. Hagar vilja ítreka að vilji er fyrir hendi til þess að greina raunverulegar hættur af samruna Haga og Eldum rétt og bregðast eins og best er unnt við slíkum hættum.

#### *A. Hvort samrunaaðilar séu nánir keppinautar*

*Um leiðbeiningar um lárétta samruna*

Í mgr. 312-330 í andmælaskjali SE er fjallað um hvort Hagar og Eldum rétt geti talist nánir og mikilvægir keppinautar á markaðnum. Við það mat er m.a. stuðst við mgr. 28-30 í leiðbeiningum ESB um lárétta samruna. Líkt og segir í upphafsákvæði mgr. 28 getur við mat á áhrifum samruna þurft að meta hversu nánir keppinautar samrunaaðilar eru, þar sem vörur innan skilgreinds markaðar geta verið frábrugðnar og sumar vörur innan markaðarins hafa sterkari staðgöngu en aðrar vörur innan markaðarins. Í þessu sambandi má rifja upp að í frummati sínu kemst SE að því, að líklega tilheyri sá markaður sem Eldum rétt starfar á aðskildum markaði, en sé ekki hluti af dagvörumarkaði eins og hann hefur verið skilgreindur. Undir þetta taka Hagar. Þannig standa líkur til þess að samrunaaðilar séu ekki keppinautar á sama skilgreinda markaði. Aðferðarfræði SE virðist fela í sér að jafnvel þótt líklegast sé að samrunaaðilar keppi hvor á sínum markaðnum, geti þeir talist nánir keppinautar.

Að mati Haga dregur það úr gildi þess að beita sjónarmiðum leiðbeininga um lárétta samruna í þessu samhengi, að gildissvið leiðbeininganna er afmarkað í 5. mgr. leiðbeininganna. Þar segir nánar tilgreint:

*„The purpose of this notice is to provide guidance as to how the Commission assesses concentrations when the undertakings concerned are actual or potential competitors on the same relevant market.“*

Þá segir í skýringum með þessu ákvæði:

*„The notice does not cover the assessment of the effects of competition that a merger has in other markets, including vertical and conglomerate effects.“*

Í samræmi við þetta telja Hagar umfjöllun í andmælaskjali SE í kafla 9.2 eingöngu eiga við ef Eldum rétt verður talinn keppinautur eða mögulegur keppinautur Haga á dagvörumarkaði, eins og hann hefur verið skilgreindur af samkeppnisyfirvöldum. Enda er tilgangur reglnanna að auðvelda mat á *láréttum samrunum*, sem skilgreindir eru í 5. mgr. leiðbeininganna, sbr. hér að ofan. Þá er 28. mgr. leiðbeininganna um mat á því hvort samrunaaðilar séu nánir keppinautar einnig ljóslega samkvæmt orðalagi sínu ætlað að meta nánd keppinauta á *sama markaði*. Að þessu sögðu telja Hagar í öllu falli, að sé umræddum leiðbeiningum beitt á það mál sem hér er til úrlausnar, verði niðurstaðan a.m.k. sú að samrunaaðilar séu ekki nánir keppinautar. Nauðsynlegt er að fjalla nánar um mat SE á því hvort samrunaaðilar teljist nánir keppinautar og á hverju það mat grundvallast.

#### *Um neytendakönnun Prósent*

SE byggir frumniðurstöðu sína, um að samrunaaðilar séu nánir keppinautar, á niðurstöðu neytendakönnunar sem Prósent framkvæmdi fyrir SE í júlí 2022. Hagar gera umtalsverðar athugasemdir við þá neytendakönnun, framsetningu hennar og framkvæmd svo sem vikið er að hér að neðan.

Í *fyrsta lagi* er efnislínan (e. subject) í könnunarboðinu, þ.e. í tölvupóstinum þar sem könnunin var send viðskiptavinum Eldum rétt, með þeim hætti að hún hefur án nokkurs vafa áhrif á hver ákveður að taka þátt í könnuninni og hver ekki. Þetta eykur líkur á kerfisbundinni skekkju, þannig að sá sem kaupir oft matarpakka hjá Eldum rétt er mun líklegri til þess að svara könnuninni en sá sem kaupir sjaldnar. Sá fyrrnefndi hefur meiri áhuga á að svara til um neyslu sína því tilbúnir matarpakkar skipta hann meira máli. Til samanburðar má nefna dæmi um könnun sem ætti að varpa ljósi á neyslu bjórs og hefði

hliðstæða efnislínu („Neysla bjórs“). Slík efnislína myndi hafa þau áhrif að þeir sem drekka oft bjór og eru áhugasamir um neyslu hans myndu svara mun fremur en aðrir. Slíkt veldur skekkju í niðurstöðum könnunar í upphafi, strax á augnablikinu þegar neytandinn fær tölvupóstsendinguna um könnunarboð.

Í öðru lagi er svarhlutfallið, 15%, afar lágt. Fyrir liggur að þeir sem svara ekki kunna að hafa aðrar venjur, hegðun, skoðun eða viðhorf heldur en þeir sem svara könnuninni. Það er vel þekkt í aðferðafræði spurningakannana að því lægra sem svarhlutfallið er þeim mun meiri skekkja verður í niðurstöðum.<sup>29</sup> Þá skiptir ekki máli hversu stórt þýðið var í upphafi né hve margir svara könnuninni. Í skýrslunni um niðurstöður neytendakönnunarinnar er ekki hægt að meta áhrif lágs svarhlutfalls, en ef mismunur er á þeim sem svara og svara ekki, verður munurinn líklega mjög stór þegar svarhlutfallið er aðeins 15% og þar með miklar skekkjur í niðurstöðum. Þá liggur fyrir að 15% svarhlutfall með þeirri skekkju sem myndast strax í könnunarboðinu, sbr. hér að ofan, er til þess fallið að hafa mikil áhrif á lokaniðurstöðu neyslukönnunarinnar.

Í þriðja lagi er nauðsynlegt að gera athugasemdir við svarkosti þeirra spurninga sem settar eru fram í könnuninni. Á bls. 4 í könnuninni eru sex fullyrðingar með 7-stiga svarkvarða þar sem spurt er um kauptíðni á kvöldmáltíðum. Miðjugildi kvarðans er „Hvorki né“ sem ætti alls ekki að vera hluti af tíðnikvarða, en er stundum notað í viðhorfsvörðum (t.d. jákvæð-neikvæð), þótt svarkosturinn ætti ekki að vera notaður þar heldur.<sup>30</sup> Sama gildir um fullyrðingar á bls. 10, þar sem spurt er um önnur matarmál en

---

<sup>29</sup> Sjá t.d. Fillion, F.L. (1975). Estimating bias due to nonresponse in mail surveys. *Public Opinion Quarterly*, 39(4) 482-492. Groves, R.M., (2009) Fowler, F.J., Couper, M.P., Lepkowski, J.M., Singer, E. og Tourangeau, R. *Survey methodology* (2. útgáfa). Wiley. Fuchs, M (2013), Bossert, D. og Stukowski, S. Response rate and nonresponse bias: Impact of the number of contact attempts on data quality in the European Social Survey. *Bulletin of Social Methodology/Bulletin de Méthodologie Sociologique*, 117(1), 26-45.

<sup>30</sup> Sjá nánar: Þorlákur Karlsson og Þórólfur Þórlindsson (2022). Spurt og svarað: Aðferðafræði spurningakannana. Mál og menning. 7. kafli.

kvöldmatinn. Með sama hætti og á bls. 4 er þessi miðjukostur („Hvorki né“) í svarkvörðunum, sem ekki ber að nota í slíkum tíðnikvörðum.

Í fjórða lagi er nauðsynlegt að gera athugasemdir við spurningu á bls. 63. Þar er sett upp ímyndað dæmi um 5%/500 kr. verðhækkun á matarpakka meðan verð á annarri matvöru yrði óbreytt. Dæmið er óraunhæft þar sem það er útilokað að hækkun á verði matarpakka yrði svona skýr í hugum kaupenda, annarra en þeirra sem kaupa mjög oft. Auk þess er orðalagið „hækkun á verði“ neikvætt gildishlaðið í hugum fólks og það getur haft áhrif á svör þess. Nær hefði verið að nefna mismunandi verð á matarpökkum, þ.á m. „rétt“ verð og 5% hærra verð í krónutölum og spyrja um líkur á kaupum. Sömu athugasemdir eiga við um spurningar um viðbrögð við 10%/1000 kr. hækkun á bls. 85.

Að mati Haga verður ekki fram hjá því litið að sumar þeirra spurninga sem settar eru fram í könnuninni verða að teljast leiðandi. T.d. er spurning á bls. 45 orðuð á þann hátt að svarandi er spurður hvernig hann hefði „hagað innkaupum fyrir kvöldmáltíðir“ í því tilviki að matarpakkafyrirtæki hefði verið lokað tímabundið. Í íslensku máli er alls ekki talað um „innkaup á kvöldmáltíðum“ þegar neytandi kaupir sér mat á veitingastað. Því felur spurningin í sér leiðandi forsendu, þar sem þeirri hugmynd er komið inn í huga svarenda, að þeir muni *stunda innkaup* ef matarpakkafyrirtækinu er lokað. Hér má benda á niðurstöðu SE í máli nr. 11/2011 vegna misnotkunar Vífilfells á markaðsráðandi stöðu sinni, þar sem eftirlitið taldi ekki fært að leggja könnun MMR til grundvallar markaðsskilgreiningu í málinu m.a. vegna leiðandi spurninga. Í ákvörðuninni sagði:

*„Fyrsta spurningin, sem felur í sér þá leiðandi forsendu að gosdrykkir og kolsýrt vatn séu staðgönguvörur, hefur óhjákvæmilega áhrif á nálgun svarenda í svörum við þeim spurningum/fullyrðingum sem eftir koma. Með hliðsjón af þessu má draga þá ályktun að þar sem þeirri hugmynd er nánast komið inn í huga svarenda í upphafi að þessar vörur séu staðgönguvörur sé yfirhöfuð ekki á þessari könnun að byggja í málinu.“*

Sama gildir í þessu máli.

Þá er nauðsynlegt að hafa í huga mikilvægi þessarar spurningar en frummat SE um að dagvöruverslanir, en ekki veitingastaðir, veiti Eldum rétt samkeppnislegt aðhald, byggir á þessari spurningu, sbr. mgr. 101 í andmælaskjali.

Jafnframt er nauðsynlegt að gera athugasemdir við að fjöldi svarenda, þegar þeir fá mismunandi framhaldsspurningar eftir svörum þeirra við fyrri spurningu, er í sumum tilvikum orðinn mjög lítill. Til dæmis er svarfjöldinn kominn niður í 28-30 manns á bls. 72-78 og niður í 11-14 manns á bls. 80-84 og þar hefði alls ekki átt að greina eftir bakgrunni svarenda, þar sem prósentuskiptingin þar er marklaus vegna fárra svara og getur verið villandi ef hún er notuð og túlkuð, líkt og gert er í frummati SE.

Þá veldur það að lokum tvímælalaust skekkju í niðurstöðunum að einungis var hægt að haka við einn svarmöguleika í spurningunum (í öllum spurningum var um einsvar að ræða nema þegar spurt var um ástæður fyrir kaupum á matarpökkum). Þetta hefur áhrif á niðurstöður. Fyrir liggur að yfirleitt kaupa neytendur pakka hjá matarpakkafyrirtæki fyrir næstu viku, almennt fyrir 2-4 daga vikunnar. Það ætti að blasa við að afar ólíklegt er að svarandi haki við að hann muni leita til veitingastaða 4 daga í næstu viku, umfram það að haka við að hann muni fara í matvöruverslun. Raunveruleikinn er hins vegar líklegast sá að hann mun blanda þessum tveimur leiðum saman, til þess að verða sér úti um kvöldmáltíð. Könnunin bauð ekki upp á slík svör.

Hér verður að leggja ríka áherslu á, að frumniðurstaða SE um að dagvöruverslanir veiti matarpakkafyrirtækjum talsvert samkeppnislegt aðhald hvílir á þessari könnun. Einnig frumniðurstaða um að samrunaaðilar séu nánir keppinautar, sbr. nánar hér að neðan. Könnunin er hins vegar með þeim ágöllum að óvarlegt er að byggja íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun á henni.

*Samrunaaðilar voru ekki nánir keppinautar*

Væri hins vegar réttmætt að leggja könnunina til grundvallar og réttilega rýnt í niðurstöður hennar sýnir hún að mati Haga efnislega, að bæði sé samkeppnislegt aðhald



milli samrunaaðila takmarkað, auk þess sem þeir hafi ekki keppt með þeim hætti að þeir geti talist nánir keppinautar í skilningi samkeppnisréttar.

Í fyrrnefndri 28. mgr. lárétu leiðbeininganna segir að grundvallarþátturinn sem ráði því, hvort samkeppnislegt aðhald milli samrunaaðilanna hafi verið þannig að mögulega hljótist skaði af sameiningu þeirra á þann hátt að hætta skapist á verðhækkunum eftir samruna, sé *hvort öflug samkeppni (e. rivalry) samrunaaðilanna hafi ríkt fyrir samruna*. Í mgr. 29 í leiðbeiningunum síðan er tekið fram að unnt sé að mata þetta með greiningum og könnunum á ýmsum þáttum.

Með neytendakönnuninni var m.a. ætlunin að bregða máli á svokallað *tilfærsluhlutfall*, þ.e.a.s. hvar viðskiptavinir myndu versla ef þeir hefðu ekki átt kost að versla við Eldum rétt vegna lokunar eða ef verðhækkun hefði orðið. Athyglisvert er að í mgr. 103 í andmælaskjalinu kemur fram að meira en helmingur viðskiptavina matarpakkafyrirtækjanna myndi *ekki* snúa viðskiptum sínum til dagvöruverslana eða annarra, ef matarpakkafyrirtæki myndi hækka vörur sínar um 5%. Þessi niðurstaða gefur engan veginn til kynna að dagvöruverslanir veiti matarpakkafyrirtækjum sterkt samkeppnislegt aðhald. Það breytir ekki þeirri niðurstöðu, þótt meginþorri þeirra sem myndu yfirleitt láta slíka verðhækkun hafa áhrif á kauphegðun sína, myndu auka kaup sín á hráefni í kvöldmáltíðir í hefðbundinni matvöruverslun (89% skv. mgr. 107 í andmælaskjali) enda myndu samkvæmt þessu eingöngu um 34% viðskiptavina matarpakkafyrirtækjanna snúa með viðskipti sín til dagvöruverslana við 5% verðhækkun á matarpökkum. Það að 53% viðskiptavina myndi ekki láta 5% verðhækkun matarpakkafyrirtækjanna snúa þeim til matvöruverslana í matvöruverslun í staðinn, getur ekki verið vitnisburður um það að dagvöruverslanir veiti matarpakkafyrirtækjunum mikið samkeppnislegt aðhald. Þá má ætla að enn færri hefðu sagst snúa viðskiptum sínum til matvöruverslana ef ekki hefði verið spurt um 5% hækkun, heldur hefði spurningin innihaldið raunverulega krónutölur/verð á

matarpakkanum, enda eru fullyrðingar um hækkun neikvætt gildishlaðnar og til þess fallin að hafa áhrif á svör svarenda, sbr. umfjöllun að framan.

Sama gildir um mælingar á hreyfingum viðskiptavina ef um tímabundna lokun matarpakkafyrirtækis væri að ræða. Af þeim 73% sem hefðu valið að versla í hefðbundnum matvöruverslunum hefðu 47% verslað í Krónunni og 40% verslað í Bónus. Þannig hefðu einungis um 34% viðskiptavina matarpakkanna snúið sér til Krónunnar og um 29% til Bónus ef viðkomandi matarpakkafyrirtæki hefði verið lokað.

Tvennt er sérstaklega áhugavert í þessu sambandi. Í *fyrsta lagi* einkennist dagvörumarkaður af frekar fáum en stórum fyrirtækjum, og eingöngu 4 tilgreindir valkostir í boði í könnun Prósent, sbr. mgr. 319 og mynd 16 í andmælaskjali. Ef svör viðskiptavina matarpakkafyrirtækjanna, sem myndu snúa sér til dagvöruverslana við tímabundna lokun matarpakkafyrirtækis, myndu dreifast jafnt á alla tilgreinda svarmöguleika, myndi engu að síður hver verslun um sig Krónan, Bónus, Nettó og Hagkaup hljóta 25% tilfærsluhlutfall. Að mati Haga er því hæpið í þessu samhengi að draga ályktanir um að Bónus sé náinn keppinautur Eldum rétt.

Í *öðru lagi* er nauðsynlegt að benda á að Krónan kemur enn sterkar út sem valkostur viðskiptavina matarpakkanna í tímabundinni lokun, heldur en mynd 16 í andmælaskjali gefur til kynna. Niðurstöður um tilfærsluhlutfall verður að meta í hlutfalli við markaðshlutdeild (e. Diversion Ratios proportional to Market Shares/Market Share based estimates of Diversion Ratios). Miðað við þær upplýsingar sem lesa má út úr andmælaskjalinu sbr. einnig upplýsingar sem Hagar hafa sett fram sbr. m.a. fylgiskjal 14 með samrunatilkynningu, [ ]<sup>31</sup> Með vísan til þessa telja Hagar að niðurstöður könnunarinnar beri með sér að vöruaðgreining Krónunnar og sókn fyrirtækisins á dagvörumarkaði sé með þeim hætti að Krónan sé jafnvel nánari keppinautur Eldum rétt, heldur en þessar tölur gefa til kynna og veiti Eldum rétt mun meira samkeppnislegt

---

<sup>31</sup> Trúnaðarmál.

aðhald heldur en Bónus. Sú niðurstaða er enda rökrétt miðað við að Krónan selur einnig tilbúinn og hálftilbúinn mat í netsölu, en Bónus ekki.

*Samandregið um könnunina, samkeppnislegt aðhald og nánd keppinauta*

Hagar leggja áherslu á að óhjákvæmilegt er að gjalda varhug við því að leggja niðurstöður neytendakönnunarinnar til grundvallar afdrifaríkum ákvörðunum, sem geta latt frumkvöðla í viðskiptum til nýsköpunar og þróunar, í trausti þess að geta uppskorið erfiði sitt með sölu til fyrirtækja á tengdum mörkuðum, án þess að raska samkeppni.

Tilgangurinn með umræddri könnun er að kanna hvort líkur séu á að samruni umræddra fyrirtækja auki verulega hættu á verðhækkunum. Líkur á verðhækkunum eru í samkeppnisrétti nátengdar því hversu harkalega samrunaaðilar hafa keppt fyrir samruna. Niðurstöður neytendakönnunarinnar, og sú markaðsgerð sem til skoðunar er í þessu máli, sem einkennist annars vegar af frekar fáum fyrirtækjum en ekki síður af nýsköpun og markaði í þróun, benda því alls ekki til þess að mati Haga, að dagvöruverslanir Haga hafi veitt Eldum rétt svo öflugt samkeppnislegt aðhald, í skilningi mgr. 28 lárétta leiðbeininganna, að samruni þessara aðila feli í sér hættu á verðhækkunum í kjölfar samruna, eða önnur skaðleg áhrif. Þá er nauðsynlegt að taka fram í tengslum við mgr. 313 í andmælaskjali, þar sem segir að há álagning fyrir samruna sé til þess fallin að auka líkur á verðhækkunum, að slík sjónarmið eiga illa við á mörkuðum sem einkennast af nýsköpun.<sup>32</sup>

Samandregið má segja að Hagar telja leiðbeiningar um lárétta samruna eiga illa við um mat á öðrum áhrifum samrunans, þar sem þær eiga samkvæmt gildissviði sínu við um samruna tveggja fyrirtækja á sama markaði og mgr. 28 í leiðbeiningunum er ætlað að

---

<sup>32</sup> Sjá t.d. ummæli framkvæmdastjórnar ESB í skýrslu OECD frá 2011: Economic Evidence in merger analysis: „For example, gross margins may be higher in industries with high innovation, leading to higher UPP measures everything else constant; however, such measures may not reflect the key factors of competition in such industries.“

kanna nánd keppinauta innan sama markaðar. Hins vegar sýni niðurstöður neytendakönnunar, ef á henni er byggjandi yfirleitt, að samrunaaðilar máls þessa, Hagar og Eldum rétt, verði ekki taldir veita hvor öðrum öflugt samkeppnislegt aðhald, svo samruni þeirra feli í sér hættu á verðhækkunum í kjölfar samruna.

***B. Hvort samruninn valdi því að mikilvægur keppinautur hverfi af markaði***

Í mgr. 37 og 38 í leiðbeiningum ESB um lárétta samruna fyrirtækja á sama markaði er fjallað um þau mögulegu áhrif samruna að með honum *hverfi* mikilvægur keppinautur af markaði (e. merger *eliminates* an important competitive force). Um þetta atriði er fjallað í kafla 9.2.2 í andmælaskjali. Niðurstaða frummats SE hvað þetta varðar er dregin saman í mgr. 338 á þann hátt að Eldum rétt sé mikilvægur keppinautur Haga á dagvörumarkaði. Sú frumniðurstaða tónar illa við þá frumniðurstöðu eftirlitsins að líklegast séu dagvörumarkaður og matarpakkamarkaður aðskildir markaðir.

Í umfjöllun andmælaskjals um þetta atriði, mgr. 332-334, sbr. þó einnig 336, virðist frummat SE lúta að því í *fyrsta lagi* að Eldum rétt sé svokallað „maverick“-fyrirtæki óháð því hvort horft sé til sölu samsettra matarpakka sem sérstaks markaðar eða sem hluta af dagvörumarkaðnum, þar sem fyrirtækið hafi verið með þeim fyrstu til þess að „bjóða matvöru til sölu í gegnum netið“. Hagar vísa til þess sem að framan greinir í kafla II, og geta ekki tekið undir að sú þjónusta sem Eldum rétt veitir tilheyri dagvörumarkaði. [ ]<sup>33</sup>

Þá virðist SE í *öðru lagi* byggja á því að Eldum rétt hafi verið leiðandi „í að kynna matarpakkafyrirkomulagið fyrir íslenskum neytendum og þannig komið til móts við breytta neysluhegðun þar sem aukin áhersla er lögð á þægindi og fljótlegri lausnir“ sbr. mgr. 335 í andmælaskjali. Hagar geta að vissu leyti tekið undir þetta. Eldum rétt var fyrsta fyrirtækið hér á landi til þess að hefja sölu á samsettum matarpökkum sem ætlaðir eru til eldunar samkvæmt uppskriftum sem fylgja með. Fyrirtækið hefur verið í vexti frá stofnun og er enn að vaxa.

---

<sup>33</sup> Trúnaðarmál.

Ekkert af framangreindum rökum leiðir til þess að líkur standi til þess að Eldum rétt hverfi af þeim markaði sem fyrirtækið starfar á, sem er það mat sem 37. og 38. mgr. leiðbeininga um lárétta samruna fjallar um. Þar sem allar líkur eru á því, að mati SE, að Eldum rétt starfi ekki á dagvörumarkaði er engin hættu á því að fyrirtækið muni við samrunann við Haga hverfa af þeim markaði sem fyrirtækið starfar á. Sjónarmið um samruna við „maverick“-fyrirtæki lúta að því að samruninn útrými mikilvægu samkeppnislegu afli (e. merger eliminates important competitive force), sbr. einnig mgr. 37 og 38 í láréttum leiðbeiningum ESB. Engin slík hættu er í kjölfar umrædds samruna. Þvert á móti ber tilgangur samrunans með sér að Hagar sækir inn á hinn nýja markað sem Eldum rétt starfar á. [ ]<sup>34</sup>, sbr. 1. mgr. 38. mgr. lárétta leiðbeininga ESB, og haldi þrýstingi á keppinautum á matarpakkamarkaði til að efla nýsköpun og hagræði. Sú frumniðurstaða sem SE setur fram í mgr. 338 í andmælaskjali getur hins vegar ekki staðist og er í raun í ósamræmi við þá niðurstöðu sem samkeppnisyfirvöld telja líklegasta í málinu, að um aðskilda markaði sé að ræða. Telji samkeppnisyfirvöld hins vegar að samruni fyrirtækisins við Haga styrki stöðu Eldum rétt gagnvart öðrum fyrirtækjum í sölu matarpakka með ólögumætum hætti vilja Hagar mæta slíkum áhrifum, sbr. umfjöllun í kafla IV hér að neðan.

### *C. Hvort sameinað fyrirtæki sé líklegt til að geta hindrað stækkun keppinauta*

Í andmælaskjali, mgr. 339-346, kemur fram sú frumniðurstaða að með samruna Haga og Eldum rétt „skapist tækifæri fyrir hið sameinaða félag til að tryggja sterka stöðu sína enn frekar og samhliða takmarkist verulega möguleiki nýrra eða smærri aðila til vaxtar“.

Svo virðist sem þessi frumniðurstaða SE byggi á því að breitt vöruframboð samrunaaðila eigi eftir að auka verulega við markaðsstyrk þeirra á skilgreindum mörkuðum málsins, viðskiptavinatryggð Eldum rétt takmarki möguleika annarra fyrirtækja á markaðnum til vaxtar, eða nýrra fyrirtækja að hefja starfsemi, þar sem erfitt geti reynst að ná til sín

---

<sup>34</sup> Trúnaðarmál.

viðskiptavinum í viðskipti vegna þess hve vel Eldum rétt hefur fest sig í sessi í hugum neytenda og lóðrétt samþætting Haga veiti Högum samkeppnisforskot og geti falið í sér aðgangshindrun fyrir nýja eða vaxandi keppinauta.

Hvað þessa þætti varðar vilja Hagar í upphafi taka fram að fyrirtækið hefur verið skilgreint í markaðsráðandi stöðu a.m.k. frá árinu 2008, og borið þær skyldur um varkárni í markaðshegðun sem því fylgir, bæði hvað varðar verðlagningu og aðra markaðshegðun. Til þess að rýma út áhættu á brotum gagnvart þeim skyldum hafa hluthafar m.a. samþykkt samkeppnisstefnu fyrir samstæðuna auk þess sem nokkuð umfangsmikil samkeppnisréttaráætlun hefur verið innleidd fyrir samstæðuna með gerð samkeppnisréttarhandbókar þar sem gerð er grein fyrir skyldum 11. gr. samkeppnislaga og einstakra ákvarðana SE sem lúta að Högum. Þá hefur þessum skyldum reglulega verið komið á framfæri með kennslu og upplýsingagjöf meðal starfsmanna.

Meðal þeirra skyldna sem hvíla á Högum er bann við undirverðlagningu, sbr. m.a. ákvörðun SE nr. 64/2008. Miðað við sterka markaðsstöðu Eldum rétt á markaði fyrir matarpakka, sem þó er opinn og í mótun og gefur ekki grundvöll fyrir skilgreiningu markaðsráðandi stöðu, myndu Hagar líta svo á að sjónarmið um undirverðlagningu markaðsráðandi fyrirtækja ættu við um rekstur Haga á Eldum rétt. Ef SE teldi það geta komið til móts við hættu af því að eignarhald Haga á Eldum rétt myndi hamla vexti keppinauta á hinum nýja markaði eru Hagar reiðubúnir að gangast undir **bann við undirverðlagningu** á vörum og þjónustu Eldum rétt.

Með sama markmiði eru Hagar reiðubúnir til þess að undirgangast **bann við samtvinnun** milli vöru og þjónustu dagvöruverslana Haga annars vegar og Eldum rétt hins vegar, þannig að Högum sé óheimilt að gera það að skilyrði fyrir kaupum eða kjörum á dagvöru að jafnframt séu til staðar viðskipti við Eldum rétt. Jafnframt er félaginu óheimilt að gera það að skilyrði fyrir kaupum eða kjörum á vörum Eldum rétt, að jafnframt séu keyptar dagvörur af félaginu.

Að mati Haga ber rannsókn málsins ekki með sér að lóðrétt samþætting í rekstri Haga hefti möguleika nýrra/vaxandi fyrirtækja á matarpakkamarkaði til að taka þátt í samkeppni á matarpakkamarkaði. Þá taka Hagar undir frummat SE sem kemur fram í mgr. 387 og 388 að samruninn komi ekki til með að takmarka aðgengi keppinauta Eldum rétt að aðföngum til rekstrarins. Þá sé heldur ekki ástæða til að hafa áhyggjur af því að samruninn takmarki aðgengi fyrirtækja á efra sölustigi að viðunandi viðskiptavinagrunni á lægra sölustigi, þar sem umfang innkaupa Eldum rétt sé þess eðlis að það geti ekki haft teljandi áhrif á afkomu heildsöluaðila. Tekið er fram að samtöl SE við hagaðila styðji þetta mat.

Í mgr. 391 í andmælaskjali, sbr. einnig umsagnir hagaðila í kafla 11.2 eru tiltekin þau áhrif samrunans að Eldum rétt muni hafa óhindrað aðgengi að aðföngum innan samstæðu Haga, sem muni eflaust lækka aðfangakostnað Eldum rétt. Þetta auki á ætlaðar aðgangshindranir inn á matarpakkamarkað að frummati SE.

[ .]<sup>35</sup> Fyrir liggur að samkvæmt ákvörðun SE nr. 38/2002 fari viðskipti Banana við viðskiptavini fyrirtækisins fram á jafnræðisgrunni, sbr. einnig ákvörðun nr. 25/2021 um samruna Haga og Lemon. Þessi lagalega umgjörð Banana gerir það að verkum að aðgangur og viðskiptakjör keppinauta Eldum rétt hjá Banönum verða algerlega lögð að jöfnu, bæði fyrir og eftir samruna. Viðskiptakjör eða aðgangur sem fæli í sér ójafnræði hlyti skoðun undir ákvörðun nr. 38/2002. Hagar eru reiðubúnir til þess að ítreka enn frekar það **jafnræði, gagnsæi og takmörkun á upplýsingamiðlun**, sem komið var á í rekstri **Banana** með ákvörðun nr. 38/2002, sérstaklega hvað varðar viðskipti við fyrirtæki á markaði fyrir matarpakka til eldunar samkvæmt uppskriftum, með svipuðum hætti og gert var í ákvörðun nr. 25/2021.

Í frummati SE er einnig nefnt að Eldum rétt muni eftir samruna hafa „óhindrað aðgengi [...] að aðföngum innan samstæðu Haga“, sbr. mgr. 391 í andmælaskjali. Væntanlega er

---

<sup>35</sup> Trúnaðarmál.

óumdeilt í málinu að aðgangur matarpakkafyrirtækja að birgjamarkaði matvöru, er óheftur og ekki takmarkaður. Því er í raun ekki nauðsynlegt að grípa til íhlutunar til þess að tryggja keppinautum Eldum rétt hráefni til rekstrarins með aðkomu Haga. Fjölmargir sjálfstæðir birgjar eru til staðar á markaði fyrir heildsölu matvara.

Hins vegar vilja Hagar tefla því fram, að ef Eldum rétt muni nýta sér aðfangakeðju Haga, eða kaupa sameiginlega inn með Högum hjá sjálfstæðum birgjum, þá muni þau viðskipti eiga sér stað gegnum Stórkaup, þ.e. þá einingu Haga sem þjóni stórnotendum. Hagar eru reiðubúnir til þess, komi til framangreinds, að undirgangast skuldbindingu um **jafnræði, gagnsæi og takmörkun á upplýsingamiðlun** í viðskiptum **Stórkaupa** við fyrirtæki á matarpakkamarkaði með svipuðum hætti og gert hefur verið innan Banana með góðum árangri. Ætti slíkt skilyrði að mati Haga að mæta þeim áhyggjum sem SE setur fram t.d. í mgr. 391, bæði varðandi það að Eldum rétt muni njóta innkaupastyrks Haga eftir samruna, sbr. einnig 10. kafla andmælaskjals, sem og að Eldum rétt muni hafa óhindrað aðgengi að aðföngum innan samstæðu Haga.

Í fylgiskjali með andmælum þessum er að finna drög Haga að útfærslu skilyrða í samræmi við framangreint. Taka verður fram að skilyrðin eru sett fram án skuldbindingar enda þyrfti að bera endanlega útfærslu undir stjórn félagsins.



## V. NIÐURLAG

Í andmælaskjali SE er fjallað um þau samkeppnislegu vandamál sem talin eru stafa af samruna Haga og Eldum rétt. Að mati Haga er andmælaskjalið sett fram með þeim hætti að mögulegum vandamálum er eftir atvikum lýst sem alvarlegri og umfangsmeiri heldur en raun ber vitni. Kann það að stafa af eðli andmælaskjals og tilgangi þess, sem er að kalla eftir þeim andmælum sem til staðar eru í málinu og tryggja að málið sé rannsakað til hlítar.

Draga má saman athugasemdir Haga við frummat SE um skaðleg áhrif samruna Haga og Eldum rétt með eftirfarandi hætti:

- Hagar telja þá starfsemi sem Eldum rétt stundar tilheyrja markaði sem er aðskilinn hefðbundnum dagvörumarkaði eins og samkeppnisyfirvöld hafa ítrekað skilgreint þann markað.
  - Þau rök sem reifuð eru í andmælaskjali fyrir þeim möguleika að um sameinaðan markað geti verið að ræða standast ekki nánari skoðun.
  - Afstaða Festar og Samkaupa um sameinaðan markað hefur ekki vægi við mat á markaðsskilgreiningu, vegna stöðu fyrirtækjanna og hagsmuna.
  - Afstaða fyrirtækjaráðgjafar Landsbankans í sölukynningum sínum hefur heldur ekki áhrif á markaðsskilgreiningu samkeppnisyfirvalda, auk þess sem þau gögn sem vísað er til innihalda enga afstöðu til staðgöngu eða markaðsskilgreininga.
- Þau atriði sem SE telur í frummati sínu að geti gefið vísbendingu um að dagvöruverslanir veiti matarpakkafyrirtækjum töluvert samkeppnislegt aðhald standast ekki nánari skoðun.
  - Þetta mikilvæga atriði verður ekki ráðið af neytendakönnun Prósent vegna ágalla á könnuninni, auk þess sem niðurstöður könnunarinnar, væru þær lagðar til grundvallar, bera vott um hið gagnstæða.

- Þá gefur sölukynning fyrirtækjaráðgjafar Landbankans, [ ]<sup>36</sup> ekki heldur til kynna að Eldum rétt sé mögulegur keppinautur á dagvörumarkaði.
  - Sá markaður einkennist auk þess af miklu úrvali, lægra verði, skjótri afhendingu o.fl. og aukin sala Eldum rétt í formi [ ]<sup>37</sup> er langt frá mörkum dagvörumarkaðar.
- Gögn málsins bera ekki heldur með sér að Hagar séu mögulegur keppinautur á matarpakkamarkaði.
  - [ ]<sup>38</sup>
- Mikilvægt er að SE greini stöðu Eldum rétt á þeim markaði, sem er að mótast fyrir matarpakka, með réttum hætti en fyrirtækið getur ekki talist í markaðsráðandi stöðu.
  - Fyrirtækið var fyrst til að hasla sér völl á slíkum markaði, sem er í hraðri þróun og samanburður á vexti Eldum rétt og þeirra fyrirtækja sem koma nú í kjölfarið ber vott um að markaðurinn er opinn, auk þess sem hann fer stækkandi og byggir enn á nýsköpun og vönduðum vinnubrögðum.
- Taka þarf mið af [ ]<sup>39</sup> við mat á stöðu fyrirtækisins, sem og við mat á áhrifum samrunans og eftir atvikum mótvægisáðgerðum.
- Af öllu framangreindu leiðir að hefðbundin sjónarmið um samanlagða markaðshlutdeild eða samþjöppun verða ekki lögð til grundvallar mati á áhrifum samrunans. Þar fyrir utan eru samþjöppunaráhrif samrunans undir mörkum, auk þess sem skilyrði fyrir hliðrun þeirra viðmiða eiga ekki við.
- Hagar telja mikilvægt, við mat á mögulegum áhrifum samrunans að greina betur þau atriði sem greinir í kafla 9 í andmælaskjali um önnur atriði sem tengjast mati á einhliða láréttum áhrifum samrunans.

---

<sup>36</sup> Trúnaðarmál.

<sup>37</sup> Trúnaðarmál.

<sup>38</sup> Trúnaðarmál.

<sup>39</sup> Trúnaðarmál.

- Hagar telja að rök geti ekki staðið til þess að Eldum rétt séu nánir keppinautar í skilningi lárétta leiðbeininga ESB. Fyrirtækin séu hvorki keppinautar, né mögulegir keppinautar, auk þess sem þau atriði sem talin eru í frummati geta bent til samkeppnislegs aðhalds standast ekki nánari skoðun.
- Hagar telja ekki hættu á því að samruninn valdi því að mikilvægur keppinautur hverfi af markaði, hvorki af dagvörumarkaði né matarpakkamarkaði.
- Hagar telja ástæðu til þess að meta gaumgæfilega hvort innlimun Eldum rétt inn í samstæðu Haga geti mögulega haft hindrandi áhrif á stækkun keppinauta Eldum rétt.
  - Hagar eru reiðubúnir að gangast undir skuldbindingar sem greiða leið keppinauta Eldum rétt til stækkunar á matarpakkamarkaði með því að jafna aðgang og viðskiptakjör keppinauta Eldum rétt á birgjamarkaði.
  - Hagar telja ljóst að samruninn muni ekki hamla vexti keppinauta á dagvörumarkaði.

Með vísan til alls framangreinds **óska forsvarsmenn Haga og undirrituð vinsamlegast eftir viðræðum við SE við fyrsta hentugleika**, í því skyni að ræða nánar skilyrði fyrir samrunanum og eftir atvikum nánari útfærslu þeirra.

Virðingarfyllst,

f.h. Haga hf.



---

Jóna Björk Helgadóttir hrl.