



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Föstudagur, 26. júní 2009

Ákvörðun nr. 22/2009

Brot Haga hf. á samrunareglum samkeppnislaga

I.

Málsatvik og málsmeðferð

Upphaf máls þessa má rekja til þess að föstudaginn þann 15. desember 2008 barst Samkeppniseftirlitinu samrunatilkynning ásamt samrunaskrá frá Högum hf. vegna kaupa Haga Invest ehf. á eignum þrotabús BT Verslana ehf. Í samrunaskránni er því lýst að Hagar Invest ehf. sé dótturfélag Haga hf. og að öllu leyti í eigu þeirra. Sökum þessara tengsla sé í tilkynningunni vísað til Haga hf. sem kaupanda á umræddum eignum. Er hér eftir vísað til þessara fyrirtækja í einu lagi sem Haga.

Með bréfi dags. þann 16. janúar 2009 tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að stofnunin hefði ákveðið að taka til athugunar í sérstöku máli hvort ákvæði 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 hefðu verið brotin í tengslum við umræddan samruna. Í því ákvæði er m.a. lagt bann við því að samruni komi til framkvæmda áður en hann er tilkynntur Samkeppniseftirlitinu. Í bréfinu var jafnframt óskað eftir upplýsingum frá samrunaaðilum vegna þeirrar athugunar. Þá kom fram í bréfinu að Samkeppniseftirlitið teldi að í kaupum Haga á þrotabúi BT Verslana ehf. fælist samruni í skilningi samkeppnislaga.

Með bréfi dags. þann 21. janúar 2009 var samrunaaðilum tilkynnt að Samkeppniseftirlitið teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, sbr. 1. mgr. 17. gr. d samkeppnislaga. Þann 8. apríl 2009 sendi Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum andmælaskjal í því efnismáli. Í andmælaskjalinu komst eftirlitið að þeirri frumniðurstöðu að samruninn raskaði samkeppni með alvarlegum hætti. Með bréfi, dags. þann 22. apríl 2009, var Samkeppniseftirlitinu hins vegar tilkynnt að samrunatilkynningin sem barst eftirlitinu þann 15. desember 2008 væri afturkölluð. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2009 *Samruni Haga hf. og BT Verslana ehf.* frá 15. maí sl. kom fram að þar sem samruninn hefði gengið til baka væru ekki forsendur til að grípa til íhlutunar vegna samkeppnislegra áhrifa hans. Var tekið fram í þessari ákvörðun að fjallað yrði um ætluð brot á 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga í öðru máli.

Með bréfi til Samkeppniseftirlitsins dags. þann 20. janúar 2009 bárust svör frá Högum við bréfi eftirlitsins dags. þann 16. janúar s.á. Í kjölfarið óskuðu Hagar eftir fundi með Samkeppniseftirlitinu sem haldinn var þann 28. janúar 2009.



Með bréfi dags. þann 29. janúar 2009 óskuðu Hagar formlega eftir undanþágu á grundvelli 4. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga frá banni við að samruni komi til framkvæmda. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 10. febrúar 2009 var komist að þeirri niðurstöðu að ekki væru forsendur til þess að verða við þeirri beiðni.

Með bréfi dags. þann 26. febrúar 2009 sendi Samkeppniseftirlitið andmælaskjal ásamt lista yfir gögn málsins í samræmi við 17. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Í skjalinu var komist að þeirri frumniðurstöðu að Hagar hefðu brotið gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Sjónarmið vegna andmælaskjalsins bárust 11. mars sl.

II.

Niðurstaða

Mál þetta varðar samruna Haga og þrotabús BT Verslana ehf. (BT). Verður í málinu tekin afstaða til þess hvort farið hafi verið gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005. Í því ákvæði er lögð á sú skylda að tilkynna um samruna áður en hann kemur til framkvæmda og bann lagt við því að samruni komi til framkvæmda á meðan Samkeppniseftirlitið fjallar um hann. Bannar ákvæði því framkvæmd samruna áður en hann er tilkynntur og meðan á málsmeðferð eftirlitsins stendur. Brot á þessu ákvæði varðar stjórnvaldssektum, sbr. g-lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.

Verður fyrst fjallað um athugasemdir Haga við meðferð málsins.

1. Athugasemdir við meðferð málsins

Hagar halda því fram að andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins sé svo gallað að það geti ekki orðið grundvöllur endanlegrar ákvörðunar í máli þessu. Hagar fullyrða í því sambandi að í andmælaskjalinu komi ekki fram hvaða atriði geri það að verkum að samruni Haga og BT teldist hafa komið til framkvæmda. Þá halda Hagar því fram að Samkeppniseftirlitið hafi ekki sýnt góða stjórnarsýsluhætti í þessu máli og brugðist þeim skyldum sínum að gæta meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga og leiðbeiningarskyldu stjórnvalda.

Í máli þessu hefur Samkeppniseftirlitið aflað ýmissa gagna um aðgerðir í tengslum við samruna Haga og BT. Á grundvelli mats á þessum gögnum voru settar fram frumniðurstöður í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins. Líta ber til þess að í slíku skjali „skal helstu atvikum málsins lýst og greint frá grundvelli þess í aðalatriðum að tilteknað aðstæður eða háttsemi kunni að fara gegn ákvæðum samkeppnislaga. Ekki er nauðsynlegt að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins komi fram tæmandi lýsing á atvikum málsins eða sjónarmiðum Samkeppniseftirlitsins...“, sbr. 17. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Í andmælaskjalinu var lýst þeim aðgerðum sem Samkeppniseftirlitið taldi sýna fram á að samruni sá er hér er til umfjöllunar hafi verið framkvæmdur. Er því rangt það sem fram kemur í málatilbúnaði Haga að ekki hafi verið fjallað um þetta atriði í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins.

Hagar hafa tjáð sig um framangreindar frumniðurstöður og í ákvörðun þessari er með rökstuddum hætti tekin afstaða til sjónarmiða félagsins. Þá telur Samkeppniseftirlitið að umrætt andmælaskjal uppfylli kröfur málsmeðferðarreglna eftirlitsins og því sé ekki þörf á að rita nýtt andmælaskjal.



Líkt og fram kemur að ofan halda Hagar því jafnframt fram að Samkeppniseftirlitið hafi ekki gætt meðalhófsreglu stjórnslulaga og leiðbeiningarskyldu stjórnvalda og með því ekki sýnt góða stjórnsluhætti. Er fullyrt að Samkeppniseftirlitið hafi hundsáð vilja Haga til þess að finna lausn á málinu og bent er á þetta:

„Að mati Haga Invest hefur allt verið gert af hálfu Samkeppniseftirlitsins til að gera sem mest úr málinu. Fyrir liggur að þegar Högum Invest var ljóst að stjórnvaldið taldi að lög hefðu verið brotin var það ekki að neinu leyti til viðræðu um hvernig með skyldi fara. Auðvelt hefði verið að taka upp viðræður við Haga Invest og veita undanþágu frá banni laganna, fyrst stjórnvaldið var á þeirri skoðun að brot hafi verið framið. Hefði það bæði verið í samræmi við meðalhófsreglu stjórnslulaga og þá skyldu stjórnvalda að leiðbeina.“

Samkvæmt 7. gr. stjórnslulaga skal stjórnvald veita þeim sem til þess leita nauðsynlega aðstoð og leiðbeiningar varðandi þau mál sem snerta starfssvið þess. Í lögskýringagögnum kemur fram að í þessu felist m.a. að veita skuli leiðbeiningar um hvaða réttarreglur gildi á viðkomandi sviði, hvernig meðferð mála sé hagað og aðstoð við að fylla út eyðublöð, sé um það að ræða. Í ákvæðinu felst hins vegar ekki skylda til þess að veita umfangsmikla eða sérfræðilega ráðgjöf. Þá ber að líta til þess að leiðbeiningarskylda Samkeppniseftirlitsins er ekki eins rík „gagnvart öflugum fyrirtækjum, sem hafa á að skipa fagmönnum“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/2006 DAC ehf. o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu. Í 12. gr. stjórnslulaga segir að aðeins skuli taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögsmætu markmiði verði ekki náð með öðru og vægara móti.

Samkeppniseftirlitið bendir á að meðalhófsregla stjórnslulaga leiðir ekki til þess að veita beri aðila undanþágu frá lögum þegar í ljós kemur að þau hafi verið brotin. Þá ber að líta til þess að aðstoð skv. 7. gr. stjórnslulaga felst ekki í lögfræðiráðgjöf til handa fyrirtækjum.

Samkeppniseftirlitið telur sig hafa fullnægt leiðbeiningarskyldu sinni ásamt því að gæta meðalhófs við alla málsmeðferð. Þannig barst stofnuninni tilkynning um samruna Haga og BT þann 15. desember 2008 og í kjölfarið var hafin könnun á því hvort tilefni væri til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum hans. Kom þá í ljós að líkur væru á að samruninn hefði verið framkvæmdur áður en tilkynnt var um hann en líkt og áður kemur fram fer það gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Í kjölfarið tilkynnti stofnunin samrunaaðilum um upphaf sérstaks máls með bréfi dags. þann 16. janúar 2009 varðandi hvort fyrrnefnt ákvæði samkeppnislaga hefði verið brotið í tengslum við samruna Haga og BT. Því bréfi var svarað af hálfu Haga með bréfi dags. þann 20. janúar sl.

Í kjölfarið óskuðu Hagar eftir fundi með Samkeppniseftirlitinu sem haldinn var þann 28. janúar sl. Þar kom fram að Samkeppniseftirlitið ynni að rannsókn málsins með hliðsjón af þeim sjónarmiðum og upplýsingum sem bárust með bréfi Haga, dags. þann 20. janúar sl. Á fundinum var jafnframt bent á að sækja hefði þurft um undanþágu áður en samruninn var framkvæmdur líkt og samkeppnislög gera ráð fyrir. Þá var Högum bent á að Samkeppniseftirlitinu væri ávallt heimilt að ljúka máli með sátt hafi fyrirtæki gerst brotleg



við ákvæði laganna, sbr. 17. gr. f samkeppnislaga. Að auki var stofnunin tilbúin til viðræðna um mögulega sátt.

Í kjölfar þessa reifuðu Hagar hugmyndir að sátt í málinu. Að vel athuguðu máli var það hins vegar mat Samkeppniseftirlitsins að þær hugmyndir sem settar voru fram til sáttar gætu ekki verið fullnægjandi grundvöllur sáttagjörðar. Ekki komu fram frekari tillögur af hálfu Haga. Fæst ekki séð að þessi málsmeðferð geti talist gagnrýnisverð.

2. Samruninn

Í máli þessu er því haldið fram að kaup Haga á BT feli ekki í sér samruna í skilningi samkeppnislaga og því geti ekki verið um að ræða brot á 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Verður því að taka afstöðu til þessa atriðis og verður fyrst gerð nánari grein fyrir tilkynningu á umræddum gerningi til Samkeppniseftirlitsins.

2.1 Samrunatilkynningin

Þann 15. desember 2008 barst Samkeppniseftirlitinu samrunatilkynning ásamt samrunaskrá frá Högum vegna kaupa félagsins á eignum þrotabús BT. Í tilkynningu Haga segir m.a. þetta:

„Samruninn felst í því að hinn 20. nóvember sl. var gerður samningur milli Haga Invest ehf. og þb. BT Verslana ehf. (BT) um kaup Haga á innréttingum, tólum, vörumerki og lager verslana BT. ... Eftir samrunann verður BT deild innan Haga hf. Verslanir BT í Smáralind og á Akureyri verða áfram reknar, en öðrum verslunum BT verður lokað. Til greina kemur að opna BT verslun (horn) í Hagkaup Skeifunni. ... Eðli samrunans felst í því að Hagar hf. kaupa lager, tæki, tól og vörumerki BT ... Með því að Hagar keyptu lagerinn, innréttingar, tól og tæki voru a.m.k. 40 stöðugildi tryggð, auk þess sem hluti kaupverðsins var yfirtaka á réttindum og skyldum rúmlega 40 starfsmanna félagsins ...”

Í samrunatilkynningu er því lýst yfir af hálfu Haga „að upplýsingar sem veittar eru í tilkynningu þessari eru að mati forsvarsmanns Haga sannar, réttar og fullnægjandi, veittar samkvæmt bestu vitund ...”.

Meðfylgjandi samrunaskrá Haga var framangreindur kaupsamningur sem gerður var á milli forsvarsmanna BT og Haga um kaup Haga á BT. Samkvæmt kaupsamningnum kaupa Hagar allan lager, innréttingar, tölvubúnað, viðskiptavild, vörumerki og annað sem við kemur verslunarrekstri BT verslana. Um er að ræða verslanir í Kringlunni, Smáralind, Skeifunni, Reykjanesbæ, Egilsstöðum, Selfossi og á Akureyri. Innifalið í kaupunum er lénið BT.is, vefsíða félagsins, vefumsjónarkerfi, vefverslun sem hefur verið í smíðum og þau upplýsingakerfi sem tilheyra vefverslun. Skuldir sem tilheyra þrotabúi BT verslana teljast ekki til hins selda og bera Hagar ekki ábyrgð á þeim skv. samningnum. Í samningnum kemur fram að hann sé gerður með fyrirvara um að samkeppnisyfirvöld geri ekki athugasemdir við hann.

2.2 Síðari sjónarmið Haga

Í andmælum Haga er því hins vegar haldið fram að framangreind kaup á BT feli ekki í sér samruna í skilningi samkeppnislaga. Um sé að ræða kaup félagsins á innréttingum, tólum, tækjum og vörumerki BT Verslananna, sem úrskurðaðar voru gjaldþrota hinn 4.



nóvember 2008. Í 17. gr. samkeppnislaga sé ávallt vísað til „fyrirtækis“ við skilgreiningu á samruna. Í orðskýringum 2. tl. 4. gr. segi að fyrirtæki sé einstaklingur, félag, opinberir aðilar og aðrir sem stundi atvinnurekstur. Er bent á að þegar kaupsamningur var gerður á milli Haga og þb. BT þann 20. nóvember 2008 hafi verslanir BT verið lokaðar í nokkrar vikur og því ekki stundað atvinnurekstur. Samningurinn hafi auk þess verið gerður við þrotabú þess fyrirtækis, sem áður rak verslanir BT. Samningsaðili Haga hafi því verið nýr lögaðili, sem tók við réttindum og skyldum verslananna í skilningi gjaldþrotaskiptaréttar. Af framangreindum ástæðum yrði því ekki séð að um samruna á grundvelli samkeppnislaga hafi verið að ræða.

Í andmælum Haga er einnig vísað til þess að í málinu hafi enginn nýr lögaðili orðið til. Þar sem fram komi í greinargerð með lögunum að við samruna verði til nýr lögaðili um leið og samruni fyrirtækja taki gildi sé augljóst að lögin byggi á þeirri skilgreiningu að nýr lögaðili þurfi að hafa orðið til svo um samruna í skilningi laganna sé að ræða. Þar sem enginn nýr lögaðili hafi orðið til geti ekki verið um samruna á skilningi laganna að ræða.

2.3 Niðurstaða

Samruni er skilgreindur í 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2008 en í 1. mgr. ákvæðisins segir eftirfarandi:

„Samruni telst hafa átt sér stað þegar breyting verður á yferráðum til frambúðar:

a. vegna samruna tveggja eða fleiri fyrirtækja eða hluta úr fyrirtækjum sem áður störfuðu sjálfstætt,

b. þegar fyrirtæki tekur yfir annað fyrirtæki,

c. vegna þess að einn eða fleiri aðilar, sem þegar hafa yferráð yfir a.m.k. einu fyrirtæki, eða eitt eða fleiri fyrirtæki ná beinum eða óbeinum yferráðum, í heild eða að hluta, yfir einu eða fleiri fyrirtækjum til viðbótar með því að kaupa verðbréf eða eignir, með samningi eða öðrum hætti,

d. með stofnun fyrirtækis um sameiginlegt verkefni sem gegnir til frambúðar allri starfsemi sjálfstæðrar efnahagseiningar.“

Í 2. mgr. 17. gr. er hugtakið yferráð skýrt. Segir að yferráð geti skapast m.a. af samningum sem geri aðila kleift að hafa afgerandi áhrif á fyrirtæki, einkum með eignarhaldi eða rétti til að nota eignir fyrirtækis, allar eða að hluta.

Samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga telst samruni því hafa átt sér stað þegar breyting verður á yferráðum til frambúðar. Samruni getur m.a. falist í því að fyrirtæki nái yferráðum í heild eða að hluta yfir öðru fyrirtæki, t.d. með því að kaupa eignir þess í heild eða að hluta. Getur samruni falist í því að fyrirtæki taki yfir hvers kyns eignir annars fyrirtækis sem unnt er að tengja veltu við.¹ Samruni getur einnig falist í því að fyrirtæki tekur yfir annað fyrirtæki, sbr. b-lið 1. mgr. 17. gr.

¹ Sjá t.d. leiðbeiningarreglur framkvæmdastjórnar EB frá 10. júlí 2007 um m.a. skilgreiningu á hugtakinu samruni (COMMISSION CONSOLIDATED JURISDICTIONAL NOTICE under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings): „...the object of control can be one or more, or also parts of, undertakings which constitute legal entities, or the assets of such entities, or only some of these assets. The acquisition of control over assets can only be considered a concentration if those assets constitute the whole or a part of an undertaking, i.e. a business with a market presence, to which a market turnover can be clearly attributed. The transfer of the client base of a business can fulfil these criteria if this is sufficient to transfer a business with a market turnover. A transaction confined to intangible assets such as brands, patents



Samkvæmt 2. tl. 1. mgr. 4. gr. er með fyrirtæki átt við einstakling, félag, opinbera aðila eða aðra sem stunda atvinnurekstur. Með atvinnurekstri er átt við hvers konar atvinnustarfsemi, óháð formi eignarhalds og án tillits til þeirrar vöru, þjónustu eða réttinda sem verslað eða sýslað er með gegn endurgjaldi, sbr. 1. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga. Hugtakið fyrirtæki í samkeppnislögum sækir fyrirmynd sína til hugtaksins fyrirtækis (e. undertaking) í EES/EB-samkeppnisrétti. Er því einnig rétt að líta til úrlausna dómstóla EB þegar leyst er úr því hvað telst fyrirtæki í skilningi laganna, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 Hf. *Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Dómstólar EB hafa skýrt hugtakið fyrirtæki sjálfstæðri skýringu í þeim skilningi að merking þess getur verið önnur en lögð er í það á öðrum réttarsviðum, svo sem á sviði félagaréttar.² Af dómum dómstóla EB verður ráðið að fyrirtæki sé efnahagsleg eining (e. economic unit) sem samanstendur af persónulegum, hlutbundnum og óhlutbundnum þáttum, sem leitast við að ná efnahagslegu markmiði og geta stofnað til brota á samkeppnislöggjöf.³ Er því um að ræða afstætt hugtak og nauðsynlegt að meta það með hliðsjón af atvikum hvers máls fyrir sig hvort um sé að ræða fyrirtæki í framangreindum skilningi.⁴ Hugtakið fyrirtæki í skilningi samkeppnislaga er efnahagslegt. Fyrirtæki þarf ekki að njóta rétthæfis og er ekki ávallt sjálfstæður lögaðili, svo sem hlutafélag.⁵

Þá ber að líta til þess að framkvæmdastjórn EB hefur komist að þeirri niðurstöðu að sala skiptastjóra á gjaldþrota fyrirtæki, eða hluta þess, til þriðja aðila falli undir samrunareglur samkeppnisréttarins. Í *ING/Barings* málinu voru kaup ING á verulegum hluta eigna Barings af skiptastjóra þess talin vera samruni í skilningi samkeppnisréttar.⁶ Komist var að sömu niðurstöðu í *Matra Marconi Space/Satcomms* málinu en í því máli fólst samruninn í því að fyrirtækið Matra Marconi keypt hluta af eignum Ferranti International af skiptastjóra.⁷

or copyrights may also be considered to be a concentration if those assets constitute a business with a market turnover.."

² Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 16. desember 2003 í máli COMP/E-1/38.240-Industrial tubes: „The subject of Community and EEA competition rules is the „undertaking”, a concept that is not identical with the notion of corporate legal personality in national commercial or fiscal law.” Sjá einnig Kerse & Khan, *EC Antitrust Procedure*, 5. útg. 2005, bls. 363: „... it is important to note that „undertaking” is essentially a functional and economic concept which for competition law purposes is not necessarily identical with that of legal personality under national company laws.”

³ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-352/94 *Mo Och Domsjo v Commission* [1998] ECR II-1989: „... Article 85 (1) of the Treaty is aimed at economic units which consist of a unitary organisation of personal, tangible and intangible elements, which pursues a specific economic aim on a long-term basis and can contribute to the commission of an infringement of the kind referred to in that provision.” Sjá einnig dóm dómstóls EB í máli nr. 170/83 *Hydroterm v Compact* [1985] ECR 3016: „In competition law the term „undertaking” must be understood as designating an economic unit for the purposes of the subject matter of the agreement in question even if in law that economic unit consists of several persons, natural or legal.”

⁴ Sjá álit Jacobs aðallögsögumanns dómstóls EB frá 28. janúar 1999 í máli nr. C-67/96 *Albany International v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*: „... the Court has held that in competition law, the term undertaking must be understood as designating an economic unit for the purpose of the subject-matter of the agreement in question. Accordingly, the notion of 'undertaking' is relative and has to be established in concreto with regard to the specific activity under scrutiny.”

⁵ Sjá t.d. dóm dómstóls EB frá 28. júní 2005 í sameinuðum málum nr. m.a. C-189/02P *Dansk Rørindustri A/S v Commission*: „It follows clearly from that case-law that the concept of an undertaking for the purposes of the Treaty provisions on competition does not require that the economic unit concerned have legal personality.”

⁶ Mál nr. M.573 *ING/Barings*.

⁷ Mál nr. M.497 *Matra Marconi Space/Satcomms*. Sjá einnig C.J. Cook og C.S. Kerse, *EC Merger Control*, fimmta útgáfa 2009 bls. 67-68.



Með vísan til framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að sú staðhæfing að Hagar hafi ekki fest kaup á fyrirtæki í skilningi samkeppnisréttar þegar félagið keypti nánar tilgreindar eignir af þrotabúi BT eigi ekki við rök að styðjast. Þá er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að um efnahagslega einingu hafi verið að ræða enda var BT til sölu sem slíkt og keyptu Hagar eignir þrotabúsins í þeim tilgangi að opna aftur ákveðnar verslanir þess og halda áfram fyrri starfsemi þar. Jafnframt yfirtóku Hagar samninga við starfsfólk BT. Þá var vörumerki BT meðal þeirra eigna sem Hagar festu kaup á og töldu ákveðin verðmæti felast í því. Var hér augljóslega um að ræða eignir sem unnt er að tengja veltu við. Í ljósi þessa kemur ekki á óvart að Hagar hafi tilkynnt þessi kaup sem samruna til Samkeppniseftirlitsins.

Hagar hafa haldið því fram að þar sem enginn nýr lögaðili hafi orðið til sé ekki um samruna í skilningi laganna að ræða. Er í því tilliti vísað til greinargerðar með frumvarpi til laga nr. 94/2008 þar sem fram kemur að nýr lögaðili verði til um leið og samruni fyrirtækja taki gildi. Kemur þetta fram í athugasemdum með 3. mgr. 17. gr. a laganna og sé textinn skoðaður nánar má sjá að framangreint er tekið sem dæmi um það óhagræði sem gat skapast af því fyrirkomulagi sem áður gildi um framkvæmd samruna. Sé nánar litið til 17. gr. samkeppnislaga er ljóst að lögin setja það ekki sem skilyrði að nýr lögaðili þurfi að hafa orðið til svo um samruna í skilningi laganna sé að ræða. Í þeim tilvikum þegar fyrirtæki tekur yfir annað fyrirtæki, sbr. b-lið 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga, er svo dæmi sé tekið ljóst að við slíkan samruna verður ekki til nýr lögaðili. Samkeppniseftirlitið telur með hliðsjón af framangreindu ljóst að ekki þurfi að hafa orðið til nýr lögaðili til þess að um samruna í skilningi laganna sé að ræða.

Með hliðsjón af framangreindu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að í kaupum Haga á eignum þrotabús BT felist samruni í skilningi samkeppnislaga. Í því tilliti skiptir ekki máli að annar samrunaaðila sé þrotabú líkt og færð hafa verið rök fyrir hér að ofan. Samrunatilkynning Haga byggir og á sama skilningi. Þá telur Samkeppniseftirlitið ekki skipta máli að starfsemi félagsins muni verða innan við 20% af því sem hún var fyrir gjaldþrot verslananna.

3. Framkvæmd samrunans – brot á 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga

Hagar byggja á því að verði talið að um samruna sé að ræða hafi hann ekki enn komið til framkvæmda og því geti ekki verið um brot að ræða. Að mati Haga „ber að túlka 3. mgr. 17. gr. með þeim hætti að ákvæðið girði fyrir að samruni komi til framkvæmda áður en hann hefur verið samþykktur, sem er breyting frá því sem áður var. Allar aðgerðir fyrirtækja í kjölfar á kaupum eða sölu fyrirtækja beri að túlka með hliðsjón af þessu ákvæði. Hafi fyrirtæki hafið samvinnu áður en samruni sé samþykktur kunni það að fela í sér brot á öðrum ákvæðum samkeppnislaga, sbr. t.d. 10. gr. laganna. Ákvæði 3. mgr. 17. gr. a er hlutlægt ákvæði sem er með þeim hætti að útilokað er að líta svo á að samruni hafi átt sér stað fyrir samþykki Samkeppniseftirlitsins.“ Að mati Haga styðst framangreind túlkun við ummæli í greinargerð með lögum nr. 94/2008, þar sem segir: „Lagt er til að Samkeppniseftirlitið geti ógilt samruna áður en hann kemst til framkvæmda, en ekki eftir að samruni hefur átt sér stað.“ Hagar halda því einnig fram að félagið hafi ekki framkvæmt neina þá aðgerð, sem geri það að verkum að starfsemi verslana BT sé orðin hluti af Högum til framtíðar horft, þ.e. að samruni hafi átt sér stað.



Í andmælum sínum telja Hagar einnig rétt að vekja athygli á því að skv. 17. gr. e samkeppnislaga geti Samkeppniseftirlitið, ef það hafnar samruna, mælt fyrir um að fyrirtæki eða eignir sem sameinaðar hafi verið, verði aðskildar eða sameiginlegri stjórn hætt eða að gripið verði til annarra viðeigandi aðgerða til að skapa að nýju skilyrði fyrir virkri samkeppni. Af þessu ákvæði sé ljóst að ákveðin samskipti og samlegð geti átt sér stað milli fyrirtækja þó samruni hafi enn ekki verið samþykktur. Þannig liggja fyrir að sameiginleg stjórn geti átt sér stað þó samruni hafi ekki komið til framkvæmda. Að mati Haga styðji þetta lagaákvæði þá skoðun Haga að samruni í þessu tilfalli hafi ekki verið framkvæmdur og samruni verði ekki framkvæmdur fyrr en samþykki Samkeppniseftirlitsins liggja fyrir. Að minnsta kosti sé Högum fyrirumnað að skilja hvað sé lagt til grundvallar því mati Samkeppniseftirlitsins að samruni hafi komið til framkvæmda.

Hagar halda því fram að höfnun Samkeppniseftirlitsins á undanþágubeiðni félagsins skv. 4. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga hafi verið ómálefnaleg og óskýr. Þar sem viðsemjandi Haga hafi verið gjaldþrota væri ljóst að valkosturinn hafi einungis staðið milli þess að vinna hlutina með þeim hætti sem gert hefði verið eða að hætta að borga starfsmönnum laun um mánaðamótin janúar/febrúar 2009. Telja Hagar að skilyrði fyrir undanþágu hafi í raun verið uppfyllt. Þá var tekið fram að samrunaaðilar hafi sótt um undanþágu eingöngu til öryggis en án skyldu til þess að mati Haga.

Verður nú tekin afstaða til þessara sjónarmiða Haga.

3.1 Aðgerðir Haga

Við mat á því hvort Hagar hafi farið gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga verður fyrst að líta til aðgerða félagsins í tengslum við samruna þessa máls.

Samrunasamningur þessa máls var gerður hinn 20. nóvember 2008 á milli forsvarsmanna BT og Haga um kaup Haga á rekstri BT líkt og áður hefur komið fram. Samkvæmt upplýsingum frá Högum sem bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi dags. þann 20. janúar 2009 var kaupverðið greitt þann 26. nóvember 2008 til skiptastjóra. Í kaupsamningnum kom fram að Hagar tækju yfir ráðningarsamninga 44 starfsmanna en samkvæmt upplýsingum frá samrunaaðilum greiddu Hagar umræddum starfsmönnum laun um mánaðamótin október/nóvember. Þá kemur fram í bréfi Haga að ákveðið hafi verið eftir að kaupsamningurinn var gerður að opna aftur verslanir BT í Smáralind og Akureyri og hefja sölu á lager verslananna, til að tryggja greiðslufæði vegna launaskuldbindinga til þeirra starfsmanna sem Hagar tóku yfir. Einnig skal tekið fram að í samrunatilkynningu kom fram að tvær verslanir BT yrðu áfram reknar en að Hagar hefðu hins vegar tekið þá ákvörðun að loka öllum öðrum verslunum BT. Verslanir BT í Smáralind og Akureyri voru því opnaðar hinn 29. nóvember 2008.

Þá má líta til þess að eftirfarandi fréttatilkynning birtist á heimasíðu Haga þann 3. desember 2008:

„BT opnar á ný

Í kjölfar kaupa Haga á helstu eignum BT verslana var ráðist í vinnu við skipulagningu nýs reksturs. Ákveðið var að opna tvær verslanir undir vörumerkinu BT, auka verulega á úrval stafrænnar afþreyingar ásamt því að



lækka verð. Verslanirnar tvær voru opnaðar laugardaginn 29. nóvember, annars vegar í Smáralind og hinsvegar í Glerárgötu á Akureyri."

Þrátt fyrir framangreint barst tilkynning um samrunann ekki til Samkeppniseftirlitsins fyrr en þann 15. desember 2008. Þá var samruninn í framkvæmd meðan málið var til rannsóknar hjá Samkeppniseftirlitinu.

3.2 Niðurstaða um brot Haga

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 yfirráða 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.

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. málsl. 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.“

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 lögum þar til hann hefur beinlínis verið heimilaður (e. suspensory effect).⁸ Ljóst er að bann við framkvæmd á samruna tekur til framkvæmdar að fullu eða

⁸ Sjá t.d. Faull & Nikpay, The EC Law of Competition, önnur útgáfa 2007 bls. 544: „... Article 7(1) establishes a „suspensory effect“ or a „bar on closing“ until express or deemed authorisation. The parties are not permitted



hluta. Í ákvæðinu felst m.a. bann við hvers konar ráðstöfun kaupanda á andlagi samrunans.⁹

Sú skoðun Haga að ákvæði 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga girði fyrir að samruni geti komið til framkvæmda áður en hann er samþykktur af Samkeppniseftirlitinu stenst ekki. Umrætt ákvæði felur í sér bannreglu en vitaskuld geta fyrirtæki brotið þá lagareglu og hrint viðkomandi samruna í framkvæmd áður en hann er tilkynntur. Ef það er gert varðar það viðkomandi fyrirtæki viðurlögum og getur einnig haft áhrif á gildi samrunans.¹⁰ Þannig er sérstaklega tekið fram í g. lið 1. mgr. 37. gr. laganna að það varði sektum ef fyrirtæki brýtur gegn banni við að samruni komi til framkvæmda. Af þessu má ljóst vera að það fer gegn 3. mgr. 17. gr. a ef fyrirtæki á einhvern hátt hrindir samruna í framkvæmd áður en það tilkynnir um hann eða fær heimild til þess að framkvæma hann. Þá hefur brot á umræddu ákvæði engin áhrif á heimild til þess að grípa til íhlutunar reynist samruninn hafa neikvæð samkeppnisleg áhrif.¹¹

Hagar halda því einnig fram að ákvæði 17. gr. e samkeppnislaga styðji þá skoðun félagsins að samruni verði ekki framkvæmdur fyrr en samþykki Samkeppniseftirlitsins liggja fyrir. Að mati Samkeppniseftirlitsins stenst þessi túlkun Haga ekki heldur. Umrætt ákvæði veitir Samkeppniseftirlitinu m.a. heimild til að mæla fyrir um að eignir sem hafi verið sameinaðar verði aðskildar eða sameiginlegri stjórn hætt. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 94/2008 kemur fram að þetta ákvæði sé í samræmi við samrunareglugerð EB. Ákvæðið sé „*varnagli*“ og taldi löggjafinn nauðsynlegt að Samkeppniseftirlitið „*hafi þessa heimild í þeim tilvikum þar sem ekki er farið að ákvæðum frumvarpsins.*“ Samkvæmt þessu á ákvæðið t.d. við ef samruna hefur verið hrint í framkvæmd í andstöðu við 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Þá er unnt að beita ákvæðinu til að láta samrunann að fullu ganga til baka.¹² Byggir framangreind lagatúlkun Haga því á misskilningi á samspili þessara ákvæða samkeppnislaga.

Kaupsamningur var gerður hinn 20. nóvember 2008 á milli forsvarsmanna BT og Haga um kaup Haga á rekstri BT líkt og áður hefur komið fram. Að mati Samkeppniseftirlitsins sýna aðgerðir Haga í kjölfar undirritunar kaupsamningsins, sem útlistaðar hafa verið hér að ofan, fram á að framkvæmd samrunans fór fram fljótlega eftir þá undirritun og áður en tilkynnt var um samrunann til Samkeppniseftirlitsins. Hagar tóku m.a. við hinu keypta, yfirtóku ráðningarsamninga og gripu til ráðstafana varðandi verslanir BT og hófu sölu á vörum BT. Búið var að framkvæma þessar aðgerðir áður en samruninn var tilkynntur til Samkeppniseftirlitsins 15. desember 2008. Þá hélt framkvæmd samrunans áfram á meðan málið var til meðferðar Samkeppniseftirlitsins.

Sú staðreynd að Hagar sóttu um undanþágu skv. 4. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga getur hér engu breytt. Beiðni Haga um undanþágu kom ekki fram fyrr en 29. janúar sl. Tilkynning um samrunann barst Samkeppniseftirlitinu hins vegar um einum og hálfum

to close the deal or take any steps that can be deemed to be implementation of the operation without notifying and before authorisation by the Commission ...”

⁹ Sjá t.d. Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007 bls. 544.

¹⁰ Sjá C.J. Cook og C.S. Kerse, *EC Merger Control*, fimmta útgáfa 2009 bls. 147: „*Putting a concentration into effect in breach of the rule of (automatic suspension) renders a party liable to a fine under Art. 14(2)(b) of up to 10 per cent of aggregated group turnover, as discussed above. However, the validity of the transaction may also be affected.*”

¹¹ Sjá t.d. Navarro, Font, Folguera og Briones, *Merger Control in the EU*, önnur útgáfa 2005 bls. 375.

¹² Sjá einnig t.d. Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007 bls. 544-545.



mánuði áður eða þann 15. desember 2008 og fyrir það tímamark hafði samrunanum verið hrint í framkvæmd. Getur beiðni um slíka undanþágu engin áhrif haft á lögmæti aðgerða sem gripið var til áður en hún var sett fram. Þá tók Samkeppniseftirlitið rökstudda afstöðu til þessarar beiðni og taldi að lagaskilyrði væru ekki fyrir hendi til þess að veita hana. Þá ber að líta til þess að Högum var í lófa lagið að láta reyna á undanþágu strax í kjölfar undirritunar kaupsamningsins þann 20. nóvember 2008 en það var ekki gert.

Að framangreindu virtu telur Samkeppniseftirlitið að umræddur samruni hafi verið framkvæmdur áður en tilkynning um hann barst Samkeppniseftirlitinu þann 15. desember 2008 og þar af leiðandi hafi hann komið til framkvæmda áður en Samkeppniseftirlitið lauk umfjöllun um hann. Sést þetta m.a. skýrlega af því að Hagar opnuðu á ný tiltekna verslanir BT. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins er því sú að Hagar hafi brotið gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga.

4. Viðurlög

Hagar halda því fram að ekki beri að leggja viðurlög á félagið. Telja Hagar að augljóst sé að hafi samruni komið til framkvæmda þá sé það seljandinn sem beri ábyrgð á því, en ekki kaupandinn. Hinn brotlegi sé því þrotabúi BT Verslana en ekki Hagar. Kemur einnig fram að geti samruni átt sér stað fyrir samþykki Samkeppniseftirlitsins sé frumverknaðurinn seljandans, en ekki kaupandans. Leiði það til þess að leggja beri stjórnvaldssektir á seljandann, en ekki kaupandann.

Hagar telja að ekki sé skylda til að leggja stjórnvaldssektir á þá sem brjóta gegn samkeppnislögum. Þá er bent á að umrætt ákvæði samkeppnislaga sé nýtt sem ekki hafi reynt á áður. Fordæmi séu fyrir því að sektum sé ekki beitt í málum þar sem reyni á túlkun nýrra samkeppnisreglna.

Við mat á því hvort beina beri sektarákvörðun að Högum í máli þessu ber að líta til þess að í 17. gr. b samkeppnislaga er fjallað um það á hvaða aðilum skylda til tilkynninga vegna samruna og yfirtöku hvílir. Kemur fram í 2. mgr. ákvæðisins að í þeim tilvikum þegar fyrirtæki eignast ráðandi hlut í öðru fyrirtæki skuli fyrirtækið sem stóð að yfirtökunni ganga frá tilkynningu um samruna. Í þeim samruna sem hér er til umfjöllunar er um yfirtöku Haga á BT að ræða þar sem Hagar keyptu ákveðnar eignir úr þrotabúi BT og héldu áfram rekstri BT verslana. Samkvæmt því hvíldi tilkynningarskyldan á Högum í máli þessu enda tilkynnti fyrirtækið um samrunann til Samkeppniseftirlitsins þann 15. desember 2008. Þá verður að líta til þess tímamarks sem tilkynna verður um samruna. Samkvæmt 3. mgr. 17. gr. a skal tilkynna Samkeppniseftirlitinu um samruna áður en hann kemur til framkvæmda en eftir að samningur um hann er gerður. Það er því ljóst að þrotabúi BT var heimilt að gera samning um sölu eigna þrotabúsins áður en tilkynningarskylda vegna samrunans myndaðist. Þannig bar Högum að tilkynna um samrunann áður en hann var framkvæmdur og voru þær aðgerðir sem fylgdu í kjölfar undirritunar kaupsamningsins og sýna fram á ólögmæta framkvæmd samrunans framkvæmdar af hálfu Haga, s.s. sala á vörum BT og opnun verslana. Fólu þessar aðgerðir Haga í sér brot á 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga, eins og rökstutt var hér að framan. Voru það því Hagar sem brutu gegn banni við að samruni komi til framkvæmda í skilningi g. liðar 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga. Rétt er því að beina sektarákvörðun að Högum.



Samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga leggur Samkeppniseftirlitið stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóta m.a. gegn banni við að samruni komi til framkvæmda og tilkynningarskyldu. Tilgangur 37. gr. samkeppnislaga er að skapa varnaðaráhrif og stuðla þannig að því að ákvæðum samkeppnislaga sé fylgt. Meginreglan er sú að stjórnvaldssektir skuli lagðar á ef brot á bannreglum samkeppnislaga eiga sér stað, sbr. m.a. úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Samkvæmt 4. mgr. 37. gr. samkeppnislaga hefur Samkeppniseftirlitið heimild til að falla frá sektarákvörðun teljist brot óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni.

Í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga kemur m.a. fram að sektir geta numið allt að 10% af veltu síðasta rekstrarárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að broti. Í ákvæðinu kemur fram að við ákvörðun sekta skuli m.a. hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota. Horfa ber til þess að brot sem vinna gegn framkvæmd samrunareglna þykja almennt séð alvarleg, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2008 *Sundagarðar ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hin undirliggjandi markmið 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga eru mikilvæg og brot gegn ákvæðinu grafa undan virku samrunaeftirliti.

Til þess að sektir í samkeppnismálum hafi áhrif verður m.a. að horfa á veltu viðkomandi fyrirtækis, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í máli þessu hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að Hagar hafi brotið gegn skýru banni 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Var brotið til þess fallið að samrunaákvæði samkeppnislaga nái ekki markmiði sínu. Þá ber að líta til þess að brotið átti sér stað á einum mikilvægasta sölutíma ársins, þ.e. fyrir jólahátíðina. Hin ólögmeta framkvæmd Haga á samrunanum var því til þess fallin að skapa Högum tekjur. Brot Haga telst því alvarlegt í eðli sínu. Telur Samkeppniseftirlitið mikilvægt í þeim tilgangi að stuðla að og efla virka samkeppni og skapa almenn varnaðaráhrif hvað umrædda lagareglu varðar að stjórnvaldssekt verði á lögð vegna umræddra brota.

Við mat á fjárhæð sekt verður að líta til þess að ársvelta síðasta rekstrarárs Haga var 55 milljarðar kr. Verður að tryggja að álögð sekt hafi nægjanleg varnaðaráhrif.

Varðandi það sjónarmið Haga að um ný lög sé að ræða þá ber almennt að líta til þess að ekki er unnt að fallast á það sem málsástæðu að fyrirtæki þekki ekki inntak samkeppnislaga eða að sjónarmið þau sem samkeppnislög byggja á séu ný af nálinni, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 37/2003 *Sölufélag garðyrkjumanna ofl. gegn samkeppnisráði*. Ekki síst stærri fyrirtæki eða fyrirtækjasamsteypur hafa alla möguleika á því að gera sér grein fyrir inntaki samkeppnislaga.¹³ Lögin sem um ræðir eru lög nr.

¹³ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í Methylglucamine málinu [2004] O.J. L38/18. Í málinu var sekt hækkuð með vísan til þess að stórfyrirtæki eigi að þekkja lögin: „In order to ensure that the fine has a sufficient deterrent effect and takes account of the fact that large undertakings have legal and economic knowledge and infrastructures which enable them more easily to recognise that their conduct constitute an infringement and be aware of the consequences stemming from it.” Sjá einnig leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA um útreikning á sektum sem lagðar eru á samkvæmt samkeppnisreglum EES.



94/2008 um breytingu á samkeppnislögum nr. 44/2005 og tóku lögin gildi í maí 2008. Lögin höfðu því verið í gildi í um hálf t. ári þegar skrifað var undir kaupsamning vegna samrunans. Þá skiptir máli að Hagar hafa starfað á smásölumarkaði á Íslandi í allmörg ár og ber því að þekkja og fylgja þeim lögum og reglum sem gilda í því umhverfi, svo sem samkeppnislögum. Þá hafa Hagar notið sérfræðiaðstoðar lögfræðinga við samruna Haga og BT. Samkeppniseftirlitið telur auk framangreinds að ákvæði 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga feli í sér skýra reglu sem erfitt sé að misskilja. Engin óvissa ríkir heldur um viðmið við beitingu reglunnar. Framangreind sjónarmið Haga hafa því ekki þýðingu í þessu máli.

Til mildunar viðurlaga þykir hins vegar rétt að líta til þess að brot Haga stóð ekki lengi. Þá ber einnig í því sambandi að hafa í huga að mál þetta er sérstakt að því leyti að rekstur BT hafði stöðvast þegar Hagar yfirtóku hann. Skapaði það ákveðinn hvata til hraða í aðgerðum. Hefur þetta áhrif til lækkunar sekta.

Hagar Invest eru 100% í eigu Haga og kemur forstjóri Haga fram fyrir hönd Haga Invest. Í samrunatilkynningu í málinu var því vísað til Haga sem kaupanda að BT þrátt fyrir að Hagar Invest hafi ritað undir kaupsamninginn. Hagar hf. ákváðu mikilvægar ráðstafanir í málinu, t.d. að BT yrði rekstrareining innan Haga hf. líkt og t.d. Hagkaup og Bónus. Hagar og Hagar Invest mynda því eina efnahagslega einingu. Ef móður- og dótturfyrirtæki mynda eina efnahagslega einingu er unnt í samkeppnisrétti að beina máli og sektarákvörðun að móðurfélagi vegna aðgerða dótturfélagsins á viðkomandi markaði.¹⁴ Ástæða þessa er að móður- og dótturfélag sem mynda slíka einingu eru í raun einn og sami aðilinn í efnagslegum skilningi. Í þessu samhengi má og hafa í huga að dómstólar EB hafa fallist á að framkvæmdastjórn EB hafi val um hvort hún leggi sekt á móðurfélag eða dótturfélag vegna brota dótturfélagsins á samkeppnisreglum.¹⁵ Rök standa til þess í samkeppnisrétti að leggja frekar sektir á móðurfélag en dótturfélag í þeim tilgangi að efla varnaðaráhrif.¹⁶ Í ljósi þessa þykir rétt að beina sektarákvörðunni að Högum, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2009 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja 20.000.000 kr. sekt á Haga vegna brots fyrirtækisins gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga.

¹⁴ Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 27. september 2006 í máli nr. T-314/01 *Avebe BA v Commission*: „...it should be recalled that it is settled case-law that the anti-competitive conduct of an undertaking can be attributed to another undertaking where it has not decided independently upon its own conduct on the market but carried out, in all material respects, the instructions given to it by that other undertaking, having regard in particular to the economic and legal links between them.” Sjá einnig Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, sjötta útgáfa 2008, bls. 1329: „Undertakings may be treated as members of the same economic unit, so that a fine may be imposed on one in respect of the conduct of the other, by virtue of the fact that they are each owned by the same individual, provided that it is established on the evidence that the individual actually controls both undertakings.”

¹⁵ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-65/89 [1993] ECR II-442: „...whilst it is indeed true that the Commission could have imposed those fines on the parent company ...” Sjá einnig Wouter Wils, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, 2002 bls. 183: „It is apparent from the case law that the Community Courts recognize a degree of discretion for the Commission in the choice of the company on which it imposes the fine.”

¹⁶ Sjá Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007 bls. 994: „It is the Commission’s prerogative to decide upon the entities to which it addresses its decisions. To ensure the maximum deterrent value of any fines, the Commission will impose –if the circumstances of the case allow it– responsibility at the highest level in a corporate group, by addressing the decision to the parent company within the group.”



III.

Ákvörðunarorð:

„Hagar brutu gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 með þeim aðgerðum sem nánar er lýst í ákvörðun þessari.

Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skulu Hagar hf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 20.000.000 (tuttugu milljónir króna) vegna þessara brota.

Sektin skal greiðast í ríkissjóð eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar. Sé sektin ekki greidd innan þessa tíma skal greiða dráttarvexti af fjárhæð sektarinnar, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson