

Þriðjudagurinn 6. júlí 1999 kl. 14:00

127. fundur samkeppnisráðs

Ákvörðun nr. 18/1999

Yfirtaka Baugs hf. á Vöruveltunni hf.

I.

Málavextir

Með kaupsamningi við Helgu Gísladóttur og Fjárfar ehf, dags. 21. maí 1999, keypti Baugur hf. 70% hlutafjár í Vöruveltunni hf., sem rekið hefur verslunardeðjuna 10-11. Þá gerði Baugur samning við Kaupþing hf. um kaup á 12,5% hlutabréfa í fyrirtækinu og einnig við Íslandsbanka hf. um 12,5%. Vöruveltan á síðan sjálf 5% hlutafjár. Með bréfi til Samkeppnisstofnunar, dags. 21. maí 1999, var stofnuninni formlega tilkynnt um kaupin. Þá var jafnframt tilkynnt að tekin hefði verið sú ákvörðun af hálfu Baugs að leita eftir sölu á allt að fjórum verslunum í eigu fyrirtækisins.

Með bréfi, dags. 27. maí 1999, tilkynnti Samkeppnisstofnun Baugi að stofnunin hefði ákveðið að kanna yfirtöku Baugs á Vöruveltunni með vísan til 18. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993. Þá óskaði Samkeppnisstofnun eftir tilteknum upplýsingum og gögnum í því skyni að meta hugsanleg áhrif yfirtökunnar á samkeppni. Með bréfi Baugs, dags. 4. júní 1999, bárust Samkeppnisstofnun umbeðnar upplýsingar og gögn.

Til að varpa ljósi á yfirtökuna og þau áhrif sem hún kann að hafa á matvörumarkaðinn og skylda markaði hefur Samkeppnisstofnun aflað gagna og upplýsinga hjá þeim sem á markaðnum starfa. Um er að ræða rekstrarlegar og tölulegar upplýsingar um stöðu Baugs og Vöruveltunnar fyrir yfirtökuna auk gagna frá öðrum fyrirtækjum sem starfa á markaðnum. Samkeppnisstofnun hefur aflað ýmissa opinberra gagna sem málið varða. Þá hefur stofnunin átt fundi með ýmsum aðilum.

II. Niðurstaða

1.

Almennt

Á grundvelli 18. gr. samkeppnislaga hefur Samkeppnisstofnun ákveðið að taka til athugunar kaup Baugs á öllum hlutum í Vöruveltunni. Baugur var stofnaður í júní 1998 við samruna fimm félaga; Hagkaups, Bónuss, Bónusbirgða, Aðfanga (áður Baugur) og Íspors. Tilgangur félagsins er verslunarrekstur, matvælaíðja, rekstur fasteigna, kaup og sala eigna og annar skyldur rekstur. Baugur á m.a. og rekur verslunarkeðjurnar Hagkaup, Bónus, Nýkaup og Hraðkaup og nú einnig 10-11. Þá á Baugur jafnframt innkaupa- og dreifingarfyrirtækið Aðföng ehf.

Vöruveltan hefur rekið 10-11 matvöruverslanir á höfuðborgarsvæðinu sem hafa verið opnar frá tíu á morgnana til ellefu á kvöldin. Fyrsta verslun 10-11 var opnuð árið 1991. Þegar Baugur yfirtók fyrirtækið voru verslanirnar þrettán.

2.

Markaðsskilgreining

Við mat á yfirtöku samkvæmt 18. gr. samkeppnislaga verður að byrja á því að skilgreina þann markað sem við á. Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu.

Í fyrnefndu bréfi Samkeppnisstofnunar til Baugs, dags. 27. maí sl., var óskað eftir rökstuddri lýsingu á þeim markaði sem fyrirtækið teldi að yfirtakan hefði áhrif á. Í svari Baugs kemur fram að verslanir Vöruveltunnar hafi eingöngu starfað á höfuðborgarsvæðinu, þ.e. í Reykjavík, Kópavogi og Hafnarfirði en að mati Baugs sé einnig rétt að telja Suðurnesin með sem hluta af landfræðilega markaðnum. Varðandi vöru- eða þjónustumarkaðinn kemur fram í svari Baugs að lengi hafi verið deilt um hvernig túlka beri þann markað, þ.e. hvað skuli telja með heildarmarkaðnum. Það sé skoðun Baugs að sala á öllum þeim vörutegundum sem flokkist undir matvöru og vörur sem almennt séu seldar í matvöruverslunum, myndi heildarveltu markaðarins. Því beri einnig að telja sölu fiskbúða, bakaría, söluturna og keðjuverslana olíufélaganna til umrædds markaðar. Miðað við þessar forsendur hafi markaðshlutdeild Baugs fyrir kaupin verið 43,37% og Vöruveltunnar 10,04%. Samtals nemi því núverandi

markaðshlutdeild Baugs á höfuðborgarsvæðinu og Suðurnesjum 53,41%. Einnig kemur fram að Baugur hafi í hyggju að selja eignir, þ.á m. verslanir, til þess að fjármagna umrædd kaup en áætlað sé að hlutdeild þeirra verslana sé á bilinu 4-5% miðað við framangreindar forsendur. Þetta leiði af sér að markaðshlutdeildin muni ekki aukast eins mikið og velta 10-11 verslananna segir til um. Þegar þessi ákvörðun er tekin hefur Baugur selt tvær Nýkaupsverslanir til fyrirtækisins Kaupáss, sem rekur Nóatúnsverslanirnar, 11-11 og Kaupfélag Árnesinga.

Samkeppnisráð getur ekki fallist á framangreinda markaðsskilgreiningu Baugs. Við skilgreiningu á vörumarkaðnum þarf að afmarka það svið viðskipta sem yfirtaka Baugs á Vöruveltunni hefur áhrif á. Þá þarf að finna það landfræðilega svæði sem yfirtakan hefur áhrif á. Að mati samkeppnisráðs hefur yfirtaka Baugs á Vöruveltunni einkum áhrif á tvenns konar markaði: Annars vegar á markaðinn fyrir smásölu á svokölluðum dagvörum, þ.e. vörum sem uppfylla daglegar neysluþarfir fólks og hins vegar á markaðinn fyrir framleiðslu, innflutning og heildsölu á sömu vöruflokkum.

2.1

Smásölumarkaðurinn fyrir daglegar neysluvörur

Vörumarkaðurinn

Almennar matvöruverslanir eru ákveðinn flokkur verslana. Þar eru seldar vörur sem uppfylla daglegar neysluþarfir neytenda og þurfa verslanirnar að hafa á boðstólum ákveðið úrval af t.d. matar-, drykkjar-, hreinlætis- og snyrtivörum. Sameiginlegt einkenni matvöruverslana er allmikið vöruval. Vörutegundir í matvöruverslunum á Íslandi geta verið frá 1.100–1.200 til 8.000–12.000. Auk almennra matvöruverslana eru starfandi sérvöruverslanir sem selja einstaka vöruflokka sem einnig eru seldir í matvöruverslunum. Má sem dæmi nefna fiskbúðir, bakarí, kjötbúðir og snyrtivöruverslanir. Einkenni sérverslana er mikið vöruval innan þess vöruflokks sem þær sérhæfa sig í og mikil þjónusta við viðskiptavini. Oftast er verð í sérvöruverslunum hærra en í matvöruverslunum. Hvor verslunargerð um sig hefur slíka sérstöðu að samkeppnisráð telur ljóst að þær tilheyri hvor sínum markaði. Að mati samkeppnisráðs teljast því sérvöruverslanir eins og bakarí og fiskbúðir ekki til sama markaðar og matvöruverslanir, né heldur teljast t.d. verslanir bensínstöðva, þar sem vöruúrval er takmarkað, vera í beinni samkeppni við almennar matvöruverslanir.

Þrátt fyrir að þær vörur sem hinn almenni neytandi þarf til daglegrar neyslu tilheyri mismunandi vöruflokkum telur samkeppnisráð að rekstur almennrar matvöruverslunar feli í sér sérstaka tegund atvinnustarfsemi, sem felst í því að bjóða neytendum til kaups ákveðið úrval af vörum í verslunarrými viðkomandi fyrirtækis með tilheyrandi aðstöðu. Að mati samkeppnisráðs eru almennar matvöruverslanir sú tegund verslana sem yfirtakan hefur einkum áhrif á, þ.e. verslanir sem bjóða upp á allt það vöruúrval sem neytendur mega vænta til að uppfylla daglegar neysluþarfir sínar. Ráðið telur þannig kaup Baugs á Vöruveltunni einkum hafa áhrif á smásölumarkað fyrir daglegar neysluvörur.

Landfræðilegi markaðurinn

Að mati samkeppnisráðs mæla sterkust rök með því í þessu sambandi að miða landfræðilega markaðinn við höfuðborgarsvæðið, þ.e. Reykjavík og nágrennasveitarfélög. Ráðið lítur svo á að umrædd yfirtaka hafi fyrst og fremst áhrif á smásölumarkaðinn fyrir dagvörur á því svæði. Allar verslanir hins yfirtekna fyrirtækis eru staðsettar á þessu svæði, þ.e. í Reykjavík, Kópavogi eða Hafnarfirði. Þá er stærstur hluti af starfsemi matvörumarkaða Baugs þar, hvort heldur sem litið er til veltu eða fjölda verslana. Ef litið er til þess hvernig landfræðileg markaðssvæði hafa verið skilgreind í sambærilegum málum erlendis er ljóst að í flestum tilvikum er miðað við fjarlægð frá hinum yfirteknu verslunum. Þannig hefur yfirleitt verið miðað við það svæði sem er innan við 20 km radíus frá staðsetningu þeirra verslana sem samruninn eða yfirtakan nær til. Einnig hefur í þessu sambandi verið miðað við að stórmarkaðir geti að öðru jöfnu náð til sín viðskiptavinum sem ekki þurfi að leggja á sig lengri en 20 mínútna akstur í verslunina. Ef þessi sjónarmið eru höfð til viðmiðunar er að mati samkeppnisráðs einnig ljóst að það markaðssvæði sem yfirtaka Baugs á Vöruveltunni hefur einkum áhrif á er höfuðborgarsvæðið, þ.e. Reykjavík, Kópavogur, Hafnarfjörður, Garðabær, Mosfellsbær og Seltjarnarnes.

2.2

Aðfangamarkaðurinn

Vöru/ -þjónustumarkaðurinn

Aðfangamarkaðurinn felur í sér sölu framleiðenda, heildsala eða innflytjenda á daglegum neysluvörum til matvöruverslana. Eins og fyrr segir rekur Baugur fyrirtækið Aðföng sem annast innkaup og dreifingu fyrir þær matvöruverslunarkerðjur sem fyrirtækið rekur; Hagkaup, Nýkaup, Bónus, Hraðkaup og nú 10-11. Baugur og 10-11 höfðu þó hafið samstarf um innkaup og dreifingu áður en umrædd yfirtaka átti sér stað, en í október 1998 gerðu

fyrirtækin með sér samkomulag um að vörukaup 10-11 verslananna færu að hluta til í gegnum dreifingarfyrirtækið Aðföng. Eftir yfirtökuna annast Aðföng innkaup og dreifingu fyrir 10-11 eins og aðrar verslunarkeðjur félagsins. Að mati samkeppnisráðs er ljóst að yfirtaka Baugs á Vöruveltunni hefur áhrif á markaðinn fyrir sölu á daglegum neysluvörum til matvöruverslana, þar sem kaupendastyrkur Baugs eykst heldur við yfirtökuna.

Í raun er unnt að skilgreina hverja vöru eða hvern vöruflokk, sem seldur er til matvöruverslana, sem sérstakan markað þar sem staðganga milli vöruflokka er almennt lítil eða takmörkuð út frá sjónarhóli verslunarinnar. Í þessu máli er þó ekki nauðsynlegt að skilgreina markaðinn með þeim hætti, heldur verður aðfangamarkaðurinn skilgreindur sem sala framleiðenda, innflytjenda og heildsala á daglegum neysluvörum til matvöruverslana.

Landfræðilegi markaðurinn

Að mati samkeppnisráðs eru rök fyrir því að skilgreina það markaðssvæði innflutnings, heildsölu eða framleiðslu á daglegum neysluvörum, sem yfirtakan hefur áhrif á, rýmra heldur en þykir eiga við á smásölumarkaðnum. Aðföng kaupa inn vörur frá framleiðendum, afurðastöðvum og heildsölum hvar sem er á landinu, auk þess sem fyrirtækið dreifir vörum til verslana í eigu Baugs hvar sem er á landinu. Rétt þykir að skilgreina það markaðssvæði sem yfirtakan hefur áhrif á í þessum skilningi sem landið allt, þannig að þeir sem annist innflutning, heildsölu eða framleiðslu á daglegum neysluvörum líti að meginstefnu til á sitt markaðssvæði sem landið allt.

3.

Aðstæður á matvörumarkaði

3.1

Smásölumarkaður fyrir daglegar neysluvörur

All nokkrar breytingar hafa orðið á undanförunum árum á þeim mörkuðum sem skilgreindir hafa verið hér að framan. Eignarhald matvöruverslana hefur færst á færri hendur, verslunarkeðjum hefur fjölgað auk þess sem þróunin hefur einkennst af ákveðinni sérhæfingu verslunarkeðja á þessum sviðum. Þegar markaðshlutdeild Baugs og annarra fyrirtækja á markaðnum er skoðuð þykir rétt að gera samanburð á henni fyrir yfirtökuna og eins og hún er þegar ákvörðun þessi er tekin. Ef miðað er við veltu ársins 1998 var Baugur með rúmlega 50 % hlutdeild á hinum skilgreinda smásölumarkaði á

höfuðborgarsvæðinu. Eftir yfirtöku Baugs á Vöruveltunni og sölu Baugs á tveimur verslunum Nýkaups, sem fyrr er greint frá, má að mati samkeppnisráðs búast við að markaðshlutdeild verslana Baugs sé um 57–58%. Stærsti keppinauturinn er Kaupás, sem rekur Nóatúnsverslanirnar, 11–11 og KÁ, og hefur markaðshlutdeild Kaupáss aukist eftir yfirtökuna, úr 20 í 25%, þar sem Kaupás keypti þær Nýkaupsverslanir sem Baugur seldi. Markaðshlutdeild annarra keppinauta á þessum markaði er á bilinu 2-5%.

3.2

Aðfangamarkaðurinn

Á aðfangamarkaðnum, þ.e. markaðnum fyrir viðskipti matvöruverslana við birgja, hefur einnig átt sér stað samþjöppun og það sem einkennt hefur þróun á þessum markaði undanfarin ár er stofnun og rekstur eigin aðfangafyrirtækja stærstu verslunarkeðjanna. Þessi fyrirtæki annast innkaup og dreifingu á vörum til þeirra matvöruverslana sem þeim tengjast. Aðfangafyrirtækin hafa þó ekki annast innkaup í öllum vöruflokkum, heldur hafa verslanirnar sjálfar séð um innkaup á t.d. ferskvörum, þó með ákveðinni milligöngu aðfangafyrirtækjanna. Auk fyrirtækis Baugs, Aðfanga, sem áður hefur verið nefnt, er Búr ehf. stærst þessara fyrirtækja. Búr annast innkaup og dreifingu fyrir verslanir Kaupáss, þ.e. Nóatún, 11–11 og Kaupfélag Árnesinga, auk allra kaupfélaga á landinu að Kaupfélagi Skagfirðinga undanskildu.

Þegar markaðshlutdeild fyrirtækja á aðfangamarkaðnum er skoðuð er stuðst við hlutdeild þeirra verslana á smásölumarkaðnum, sem standa að aðfangafyrirtækjunum. Hér er byggt á þeirri forsendu að hlutdeild matvöruverslunar á smásölumarkaði endurspegli hlutdeild hennar á aðfangamarkaðnum. Með öðrum orðum er gengið út frá þeirri forsendu að meðalsmásöluálagning allra matvöruverslana sé hin sama. Þetta er vitaskuld ekki rétt en sú ónákvæmni sem þessi forsenda veldur hefur ekki afgerandi áhrif í þessu máli. Eins og fram hefur komið hefur hið landfræðilega svæði aðfangamarkaðarins, sem yfirtakan hefur áhrif á, verið ákvarðað allt landið. Miðað við framangreindar forsendur telst markaðshlutdeild Aðfanga á umræddum markaði um 43%, eftir yfirtökuna og sölu tveggja Nýkaupsverslana, og Búrs um 41%.

4.

Um yfirtöku

Almennt má segja að megintilgangur fyrirtækja með yfirtöku sé að auka viðskipti og draga úr kostnaði og auka þar með hagkvæmni eða efla markaðslegan styrk. Yfirtaka á sér yfirleitt stað með því að fyrirtæki kaupir annað fyrirtæki eða hlut í því. Yfirtaka getur haft í för með sér alvarlega röskun á samkeppni á viðkomandi markaði en það ræðst almennt af formi yfirtökunnar, stærð viðkomandi fyrirtækja og styrk þeirra. Í vissum tilfellum getur yfirtaka breytt markaðslegri gerð viðkomandi atvinnugreinar í grundvallaratriðum. Hægt er að skipta yfirtöku í ýmsa flokka. Í þessu máli er um lárétta yfirtöku að ræða þar sem fyrirtæki sem annast smásöluverslun á matvörumarkaði yfirtekur keppinaut sinn á þeim markaði.

18. gr. samkeppnislaga lýtur að eftirliti með samruna og yfirtöku á markaði. Í 1. mgr. 18. gr. segir: „*Telji samkeppnisráð að samruni fyrirtækja eða yfirtaka fyrirtækis á öðru fyrirtæki leiði til markaðsyfirráða þess, dragi verulega úr samkeppni og sé andstæð markmiði laga þessara getur ráðið ógilt samruna eða yfirtöku sem þegar hefur átt sér stað. Samkeppnisráð getur einnig sett slíkum samruna skilyrði sem verður að uppfylla innan tilskilins tíma. Sama á við ef eigendur með virk yfirråd í einu fyrirtæki ná virkum yfirrådum í öðru fyrirtæki þannig að slíkt valdi markaðsyfirrådum, hamli samkeppni og brjóti í bága við markmið laganna. Við mat á lögum samruna eða yfirtöku skal samkeppnisráð taka tillit til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hefur áhrif á samkeppnisstöðu hins sameinaða fyrirtækis.*“

Í athugasemdum við 18. gr. í greinargerð með frumvarpi til samkeppnislaga segir m.a.: „*Á síðustu árum hefur þeim ríkjum á Vesturlöndum fjölgað sem hafa tekið upp reglur um eftirlit með samruna og yfirtöku fyrirtækja. Hér á landi hefur samruni og yfirtaka fyrirtækja orðið algengari á síðustu árum. Yfirtaka eins fyrirtækis á öðru eða samruni fyrirtækja getur leitt til þess að samkeppni sem verið hefur til staðar minnkar eða hverfur jafnvel alveg. Þannig getur við samruna eða yfirtöku orðið til fyrirtæki sem hefur markaðsráðandi stöðu eða jafnvel einokun á markaðnum. Samkvæmt gildandi lögum er gert ráð fyrir því að samkeppnisyfirvöld bregðist við slíkri stöðu með því að hafa sérstakt eftirlit með þeim fyrirtækjum sem njóta markaðsyfirráða og geti gripið inn í starfsemi þeirra sé talið að þau misnoti aðstöðu sína. Hér er hins vegar lagt til að yfirvöldum verði gert kleift að koma í veg fyrir að þær aðstæður skapist á markaðnum að fyrirtækið nái með yfirtöku eða samruna einokun eða*

markaðsráðandi stöðu. Með því að banna yfirtöku eða samruna. Þannig má líkja þessari heimild við forvarnastarf sem einkum yrði beitt þegar ljóst væri að afleiðingar samruna eða yfirtöku yrðu verulega minni samkeppni á viðkomandi markaði, t.d. vegna þess hversu erfitt yrði fyrir ný fyrirtæki að komast inn á markaðinn.“

Síðar í athugasemdunum segir: „*Bann við yfirtöku og samruna er afdrifarík aðgerð og oft eru miklir hagsmunir í húfi. Því er eðlilegt að yfirvöldum séu sett tímamörk til að taka ákvörðun um bann við yfirtöku eða samruna. Það leiðir af sjálfu sér að engin slík tímamörk geta gilt um heimild samkeppnisyfirvalda til að ógilda yfirtöku sem þegar hefur átt sér stað. Jafn afdrifaríkum heimildum og samkeppnisyfirvöldum eru fengnar með þessari grein verður ekki beitt nema ríkar ástæður séu til og þau telji að virkri samkeppni sé veruleg hættu búin ef fyrirhuguð yfirtaka fer fram eða samruni sem þegar hefur farið fram fær að standa.“*

Í 1. gr. kaupsamningsins, dags. 21. maí 1999, segir að Helga Gísladóttir og Fjárfar ehf. samþykki að selja Baugi hf. 70% hlutabréfa í Vöruveltunni hf. Í 4. gr. samningsins segir að kaupandi taki við öllum réttindum og skyldum, sem samfara séu hinum seldu hlutum, þ.m.t. atkvæðisrétti frá og með undirskrift samningsins. Þá skuli seljendur strax afhenda kaupanda hin seldu hlutabréf því til staðfestu.

Af framangreindum ákvæðum telur samkeppnisráð augljóst að um sé að ræða yfirtöku Baugs á Vöruveltunni, sem annast hefur rekstur 10–11 búða á höfuðborgarsvæðinu.

Að mati samkeppnisráðs var Baugur í markaðsráðandi stöðu fyrir yfirtökuna. Yfirtaka Baugs á Vöruveltunni hafði í för með sér aukningu á markaðshlutdeild fyrirtækisins úr rúmlega 50% í 57-58% á smásöllumarkaði fyrir matvöru.

5.

Túlkun og beiting samrunareglna í erlendum rétti

Eins og áður hefur komið fram felur yfirtaka Baugs á Vöruveltunni í sér styrkingu á markaðsráðandi stöðu Baugs á smásöllumarkaði fyrir matvöru. Jafnframt felur yfirtakan í sér að Baugur eflir kaupendastyrk sinn á aðfangamarkaði. Samrunaákvæði samkeppnislaganna, þ.e. 18. gr., á sér fyrirmyndir í erlendum rétti. Víðast hvar er litið á samrunareglur sem einn af hornsteinum samkeppnislöggjafar. Til merkis um það má benda á að í nýlegum

tilmælum frá OECD kemur fram að aðildarríkjum OECD beri að framfylgja samkeppnislögum „*af krafti þegar ólöglegt samráð, misnotkun á yfirburðastöðu eða samruni sem beint er gegn samkeppni geta unnið gegn umbótum*“.

Eins og málavöxtum er háttáð í þessu máli telur samkeppnisráð nauðsynlegt að gera stutta grein fyrir inntaki samrunaákvæða í nágrannalöndum okkar og innan ESB enda eru íslensku samkeppnislögin að miklu leyti reist á sömu sjónarmiðum og þar gilda. Reyndar segir í almennum athugasemdum með frumvarpi til samkeppnislaga, um ástæður þess að frumvarpið er lagt fram, að nauðsynlegt sé, vegna áformaðrar þátttöku í Evrópska efnahagssvæðinu, að samræma samkeppnisreglur hér á landi þeim reglum sem gildi annars staðar í Evrópu.

Í þessu sambandi eru tvö atriði sem að mati samkeppnisráðs þarfnast sérstakrar skoðunar. Annars vegar sá tími sem samkeppnisráð hefur til að rannsaka samruna og taka afstöðu til aðgerða vegna hans og hins vegar hvaða heimildir samkeppnisráð hefur til afskipta af samruna eða yfirtöku þegar svo háttar til að markaðsráðandi fyrirtæki styrkir stöðu sína með samruna eða yfirtöku.

5.1.

ESB

Reglur um eftirlit með samruna og yfirtöku er að finna í reglugerð nr. 4064/89, með síðari breytingum. Ef samruni eða yfirtöku, sem varðar hagsmuni ESB samkvæmt nánar útfærðum skilyrðum, skapar eða eflir markaðsráðandi stöðu þannig að hindri virka samkeppni á hinum sameiginlega markaði eða umtalsverðum hluta hans ber að banna hann. Lykilatriðið er að engu skiptir samkvæmt reglum ESB hvort um sköpun markaðsráðandi stöðu er að ræða eða styrkingu á markaðsráðandi stöðu sem fyrir er. Ef samruninn hefur annað tveggja í för með sér og sýnt þykir að af því hljótist röskun á virkri samkeppni á markaðnum ber að banna samrunann eða yfirtökuna.

Þá kemur einnig fram í reglugerðinni að samruna eða yfirtöku beri að tilkynna til framkvæmdastjórnar ESB innan viku frá því að samningum lýkur eða tilkynnt hefur verið opinberlega um málið. Tilkynningar þessar þurfa að berast á sérstöku eyðublaði þar sem tilgreindra upplýsinga er krafist. Eftir að tilkynning hefur borist hefur framkvæmdastjórnin einn mánuð til að ákveða hvort málið verði rannsakað frekar. Sé tekin ákvörðun um frekari rannsókn hefur framkvæmdastjórnin fjóra mánuði til stefnu til að ákveða hvort

samruninn er heimilaður eður ei. Mánuðirnir fjórir byrja ekki að líða fyrr en framkvæmdastjórnin hefur fengið öll gögn og upplýsingar, sem varða málið, frá málsaðilum.

5.2.

Breskur réttur

Í Bretlandi gilda reglur Fair Trading Act frá 1973 um samruna. Sérstakar reglur gilda um samruna dagblaða og eru þær öllu strangari en hinar almennu reglur. Bresk yfirvöld hafa allfrjálsar hendur við mat á því hvort samruni teljist lögmætur eða ekki. Metið er hvort samruni „*may be expected to operate against the public interest*“. Fyrst og fremst er litið til áhrifa samruna á samkeppni á hinum skilgreinda markaði. Samkvæmt breskum rétti getur bæði sköpun markaðsráðandi stöðu og styrking slíkrar stöðu með samruna eða yfirtöku leitt til afskipta yfirvalda ef samruninn eða yfirtakan telst hindra virka samkeppni.

Í Bretlandi geta þrenn stjórnvöld komið að ákvörðun um bann við samruna. Í upphafi er það Office of Fair Trading (OFT) sem hefur málsmeðferðina. Eftir að OFT hefur komist á snoðir um samruna eða yfirtöku hefur stofnunin sex mánuði til að vísa málinu til Monopolies and Merger Committee (MMC). Sé það gert hefur MMC níu mánuði til að komast að niðurstöðu. Niðurstaða MMC er send til ráðherra viðskiptamála. Sé niðurstaðan sú að ekki sé ástæða til afskipta er ráðherra bundinn af henni. Sé niðurstaðan sú að banna beri samruna er það háð frjálsu mati ráðherra hvort hann fer að tillögu MMC um slíkt bann. Engin tímamörk gilda um ákvörðun ráðherrans.

5.3.

Norrænn réttur

Í Danmörku eru ekki í gildi reglur sem heimila stjórnvöldum að grípa til íhlutunar vegna samruna eða yfirtöku. Samruna eða yfirtöku ber þó að tilkynna til stjórnvalda sem geta haft afskipti af málinu ef þau telja að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða.

Í Noregi geta samkeppnisyfirvöld gripið til aðgerða gegn samruna eða yfirtöku ef slíkt leiðir til eða eykur á takmarkanir á virkri samkeppni á markaðnum. Litið er svo á að slíkt gerist helst þegar markaðsráðandi staða verður til eða markaðsráðandi staða styrkist við samruna eða yfirtöku.

Ekki þarf að tilkynna samruna eða yfirtöku til norskra samkeppnisyfivalda. Þau geta hins vegar gripið til íhlutunar gegn samruna innan sex mánaða frá því að gengið er frá samningi um samruna. Hægt er að framlengja þann frest um aðra sex mánuði ef sérstakar ástæður mæla með því.

Samkvæmt sænskum samkeppnislögum geta samkeppnisyfivöld gripið til íhlutunar gegn samruna eða yfirtöku sem styrkir eða skapar markaðsráðandi stöðu og er a.m.k. líklegur til að draga úr virkri samkeppni á sænska markaðnum eða verulegum hluta hans.

Tilkynna ber sænskum samkeppnisyfivöldum um samruna sem fellur undir tiltekin viðmiðunarmörk, tengd veltu samrunafyrirtækjanna. Samkeppnisyfivöld hafa þrjátíu daga þaðan í frá til að ákveða hvort hafin verði ítarleg rannsókn á áhrifum samrunans. Sé slík ákvörðun tekin hafa samkeppnisyfivöld þrjá mánuði til að leggja mál fyrir héraðsdóm Stokkhólms en hann hefur síðan sex mánuði til að kveða upp dóm. Sé samruni bannaður er unnt að áfrýja málinu til Markaðsdómstólsins sem hefur þrjá mánuði til að kveða upp endanlegan dóm.

Samkvæmt finnskum samkeppnislögum geta samkeppnisyfivöld bannað eða ógilt samruna, sem uppfyllir tiltekin skilyrði sem tengd eru veltu samrunafyrirtækjanna, eða sett honum skilyrði þegar hann leiðir til eða styrkir markaðsráðandi stöðu á finnska markaðnum eða verulegum hluta hans.

Samruna sem uppfyllir veltuskilyrði ber að tilkynna til finnskra samkeppnisyfivalda innan viku frá því formleg ákvörðun er tekin um hann. Samkeppnisyfivöld hafa einn mánuð til að ákveða hvort frekari rannsóknar er þörf vegna samrunans. Sé ákvörðun tekin um rannsókn ber að ljúka henni með ákvörðun innan þriggja mánaða. Samkeppnisyfivöldum er þó heimilt að framlengja frestinn um tvo mánuði. Sé samruni bannaður er unnt að áfrýja þeirri ákvörðun og ber að fella endanlegan úrskurð innan þriggja mánaða eftir að bannákvörðun er birt.

5.4.

Samantekt

Af framansögðu má ráða að við efnislegt mat á samruna eða yfirtöku er byggt á þeirri nálgun að samruni eða yfirtaka, sem annaðhvort leiðir til markaðsráðandi stöðu eða styrkir markaðsráðandi stöðu, kunni að leiða til afskipta samkeppnisyfivalda. Afskipti geta falist í banni eða setningu skilyrða sem

ætlað er að eyða skaðlegum áhrifum samruna eða yfirtöku. Eins og nánar verður rakið síðar hefur túlkun dómstóla hér á landi á 18. gr. samkeppnislaga hins vegar leitt til verulegrar óvissu um það hvort unnt er að beita úrræðum 18. gr. gegn samruna eða yfirtöku sem aðeins eykur á markaðsyfirráð sem fyrir eru, a.m.k. ef slík aukning á markaðsyfirráðum telst ekki veruleg.

Jafnframt sést af framangreindu að erlendum samkeppnisyfirköllum er almennt ætlaður rúmur tími til mats á því hvort þörf sé afskipta af samruna eða yfirtöku. Lágmarksfrestur til töku ákvörðunar um bann við samruna virðist vera fjórir mánuðir frá því að samkeppnisyfirköllum berast fullnægjandi gögn til að hefja rannsókn en lengstan tíma hafa samkeppnisyfirköld í Bretlandi eða a.m.k. 15 mánuði.

Samkvæmt því sem segir í 18. gr. samkeppnislaga ber íslenskum samkeppnisyfirköllum að taka ákvörðun um ógildingu eigi síðar en tveimur mánuðum eftir að samkeppnisyfirköllum verður kunnugt um samruna eða yfirtöku. Samkeppnisráð hefur túlkað frestákvæði 18. gr. svo að frestur byrji að líða þegar samkeppnisyfirköllum hafi borist fullnægjandi gögn til að leggja frummat á samkeppnisleg áhrif samruna. Í því sambandi hefur samkeppnisráð bent á að sé ekki miðað við slíkt tímamark verði framkvæmd ákvæðisins miklum erfiðleikum háð. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/1998, Mjólkursamsalan í Reykjavík og Myllan-Brauð hf. gegn samkeppnisráði, komst nefndin hins vegar að þeirri niðurstöðu að frestur samkvæmt ákvæðinu byrji að líða þegar samkeppnisyfirköllum verði eða megi vera orðið kunnugt um samruna vegna fréttáflutnings í fjölmiðlum. Þar með er ljóst að samkeppnisyfirköld hér á landi hafa aðeins tvo mánuði að hámarki til að framkvæma nauðsynlega gagnaöflun, sjálfstæðar rannsóknir og úrvinnslu þeirra svo og endanlega úrvinnslu málsins, án þess að hafa nein þessara gagna við hendina þegar frestur byrjar að líða. Eðlileg framkvæmd ákvæðisins er því miklum erfiðleikum háð vegna framangreinds, sérstaklega þar sem þörf er sjálfstæðra rannsókna á gerð markaða, áhrifa samruna eða yfirtöku á markaðnum, stöðu keppinauta samrunafyrirtækja o.s.frv. Í raun má segja að það sé einsdæmi í hinum vestræna heimi að samkeppnisyfirköld hafi svo skamman tíma til jafn vandasamra rannsókna sem samrunarannsóknir eru.

6.

Túlkun og beiting 18. gr. samkeppnislaga

Eins og áður er rakið hefur reynt á beitingu 18. gr. samkeppnislaga í nokkrum málum fyrir samkeppnisyfirvöldum og dómstólum. Þegar hefur verið vikið að túlkun áfrýjunarnefndar samkeppnismála á frestsákvæði samkeppnislaga. Hins vegar hefur Hæstiréttur Íslands túlkað efnisinntak 18. gr. í einu máli, þ.e. máli nr. 500/1997, Flugleiðir hf. gegn samkeppnisráði.

Í því máli hafði samkeppnisráð gripið til íhlutunar vegna samruna innanlandsdeildar Flugleiða og Flugfélags Norðurlands í eitt félag, Flugfélag Íslands hf. Á hinum skilgreinda markaði hafði innanlandsdeild Flugleiða u.þ.b. 85% markaðshlutdeild fyrir samruna og jókst markaðshlutdeild hins sameinaða félags í 90%, eða um 5%. Í ákvörðun samkeppnisráðs var bent á að þegar fyrirtæki með slíka yfirburðamarkaðshlutdeild rennur saman við annan af tveimur keppinautum sínum sé samkeppni á markaðnum verulega skert. Gerð markaðarins hafi breyst verulega og líkur á því að samkeppni verði virk á markaðnum hafi minnkað umtalsvert.

Af hálfu samkeppnisráðs var sérstök áhersla lögð á að skv. meginreglum samkeppnisréttar skipti ekki máli hvort markaðsráðandi staða verði til eða slík staða styrkist við samruna eða yfirtöku þar sem þessar aðgerðir geti verið jafn skaðlegar samkeppni. Í báðum tilfellum sé um það að ræða að samruni eða yfirtaka leiði til markaðsyfirrása. Markaðsyfirrás sem slík eru til þess fallin að hefta virka samkeppni. Fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu, sem eflir stöðu sína með samruna eða yfirtöku, er mun líklegra en ella til að halda markaðsráðandi stöðu sinni með tilheyrandi skaða fyrir virka samkeppni á markaðnum.

Þá voru færð fram ýmis rök fyrir því að yfirburðastaða Flugleiða á markaði fyrir innanlandsflug hér á landi ætti rót að rekja að miklu leyti til þess sérleyfakerfis sem var við lýði hér á landi allt þar til samruni Flugleiða og Flugfélags Norðurlands skyldi taka gildi. Engar vísbendingar væru um annað en að Flugfélag Norðurlands gæti orðið virkur keppinautur Flugleiða og m.a. af þeim sökum var samruninn talinn andstæður markmiði samkeppnislaga, sbr. 1. gr. þeirra.

Í dómi Hæstaréttar sagði svo um heimildir samkeppnisráðs til íhlutunar í samruna fyrirtækjanna: „*Fallast má á það með stefnda [samkeppnisráði], að sameiningin milli félaganna geti fallið undir samruna fyrirtækja í skilningi 18. gr. samkeppnislaga, sbr. einnig 119. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög.*

Áfrýjandi [Flugleiðir hf.] á svo stóran hlut í Flugfélagi Íslands hf., að félögin mynda fyrirtækjasamstæðu í skilningi 4. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi hafði hins vegar samkvæmt sama ákvæði markaðsráðandi stöðu í innanlandsflugi fyrir sameininguna, og jukust þau yfirráð á hendi dótturfyrirtækisins aðeins um 5%. Með óbreyttum ákvæðum í samþykktum Flugfélags Norðurlands hf. hafði áfrýjandi svo gagnger áhrif fyrir sameininguna á stjórn þess félags, að það gat ekki orðið raunhæfur samkeppnisaðili á innanlandsmarkaði, þótt sérleyfi til áætlunarflugs væru afnumin. Hugsanleg heimild stefnda til afskipta af þessum ákvæðum félagssamþykktanna skiptir hér ekki máli, því að miða verður við aðstæður, eins og þær voru, þegar ákvörðun stefnda var tekin.

Samkvæmt framansögðu verður ekki sagt, að ætluð markaðsráðandi staða Flugfélags Íslands hf. sé afleiðing samrunans eða hafi aukist verulega við hann, þar sem þessar aðstæður voru í raun þegar fyrir hendi og breyttust aðeins óverulega. Þá voru aðstæður á markaðnum óljósar vegna þeirra breytinga, sem fyrirhugaðar voru. Grundvöllur aðgerða samkvæmt 18. gr. samkeppnislaga þykir því ekki hafa komið til greina, þegar ákvörðun stefnda var tekin.“

Með vísan til þessa var sá hluti úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála felldur úr gildi sem áfrýjað hafði verið til Hæstaréttar.

Að mati samkeppnisráðs leiðir framangreind niðurstaða Hæstaréttar til verulegrar óvissu um heimildir samkeppnisráðs til íhlutunar í samruna eða yfirtöku þegar markaðsráðandi staða fyrirtækis er styrkt með slíkum aðgerðum. Meginrök Hæstaréttar fyrir því að fella úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála úr gildi virðast vera þau að 18. gr. samkeppnislaga veiti ekki heimild fyrir íhlutun þegar markaðsráðandi staða er styrkt með samruna eða yfirtöku, a.m.k. ekki ef slík styrking telst ekki veruleg.

Samkeppnisráð bendir á að eftirlit með samruna og yfirtöku snýst fyrst og fremst um að meta hvort markaðsráðandi staða verði til eða styrkist við samruna með þeim afleiðingum að dragi úr virkri samkeppni. Ástæðan er sú að markaðsráðandi staða er í sjálfu sér til þess fallin að draga úr virkri samkeppni. Í slíkri stöðu felst að eitt fyrirtæki á markaði hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni og getur starfað á markaðnum án tillits til keppinauta, viðskiptavina og neytenda að verulegu leyti. Við mat á því hvort markaðsráðandi staða verður til eða styrkist við samruna, með framangreindum afleiðingum, verður að taka til ítarlegrar athugunar hver gerð markaðarins er,

hver sé staða keppinauta, hvort aðgangshindranir séu til staðar inn á markaðinn o.s.frv. Í þessu sambandi má benda á að styrking markaðsráðandi stöðu um aðeins 1-2% getur talist hafa svo skaðleg áhrif á samkeppni á markaðnum að grípa verði til íhlutunar ef framfylgja á markmiði löggjafans með setningu samkeppnislaga. Mat á þessu fer ávallt eftir markaðsaðstæðum hverju sinni.

Samkeppnisráð vekur athygli á að í áðurgreindu máli Flugleiða hf. gegn samkeppnisráði var um það að ræða að fyrirtæki með 85% markaðshlutdeild rann saman við keppinaut sem hafði 5% markaðshlutdeild. Fyrir á markaðnum var aðeins einn annar keppinautur sem hafði 10% markaðshlutdeild. Í raun má segja að skaðleg áhrif samruna af þessu tagi séu enn meiri og þörf fyrir íhlutun að sama skapi brýnni en þegar markaðshlutdeild samrunafyrirtækis er minni og fleiri keppinautar eru til staðar á markaðnum. Þar fyrir utan er augljóslega um verulegar aðgangshindranir að ræða á flugmarkaði.

Að mati samkeppnisráðs þykir verða að túlka dóm Hæstaréttar í framangreindu máli á þann veg að styrking á markaðsráðandi stöðu fyrirtækis með samruna eða yfirtöku, sem ekki telst veruleg, geti ekki verið andlag íhlutunar af hálfu samkeppnisyfirvalda á grundvelli 18. gr. samkeppnislaga. Samkeppnisráð telur ljóst að styrking á markaðsráðandi stöðu Baugs, miðað við þær markaðsaðstæður sem fyrir hendi eru á matvörumarkaði annars vegar og flugmarkaði innanlands hins vegar, þ.e. lægri markaðshlutdeild hins markaðsráðandi fyrirtækis, minni aðgangshindranir en á flugmarkaði, öflugri og fleiri keppinautar o.fl., geti ekki talist veruleg, í skilningi dóms Hæstaréttar í framangreindu máli. Þegar af þeirri ástæðu telur samkeppnisráð að skilyrði bresti fyrir frekari rannsókn á grundvelli 18. gr. samkeppnislaga á markaðslegum áhrifum yfirtöku Baugs á Vöruveltunni.

7.

Niðurstaða

Eins og málavöxtum er háttað í því máli sem hér er til umfjöllunar telur samkeppnisráð, með vísan til framangreinds, verulega óvissu vera fyrir hendi um heimildir samkeppnisráðs til íhlutunar vegna yfirtöku Baugs á Vöruveltunni. Er í því sambandi vísað til þess að markaðshlutdeild Baugs á smásölumarkaði fyrir matvörur jókst við yfirtökuna um 7-8% á umræddum markaði á höfuðborgarsvæðinu. Með hliðsjón af því og málavöxtum að öðru leyti telur samkeppnisráð að ekki séu fyrir hendi lagalegar forsendur fyrir frekara mati samkeppnisráðs, á grundvelli 18. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, á áhrifum yfirtökunnar á samkeppni á markaðnum.

III.

Ákvörðunarorð:

„Samkeppnisráð mun ekki hafast að á grundvelli 18. gr. samkeppnislaga í máli þessu.“