

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 11/2011

Landsbankinn hf., Arion banki hf. og Verdis hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Með kæru, dagsettri 14. nóvember 2011, hafa Landsbankinn hf., Arion banki hf. og Verdis hf. (hér eftir nefndir áfrýjendur), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. október 2011 í máli nr. 34/2011, *Kaup Landsbankans hf. á eignarhlut í Verdis hf. (áður Arion verðbréfavarsla)* til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í hinni kærðu ákvörðun ógilti Samkeppniseftirlitið samruna sem fólst í kaupum Landsbankans á eignarhlut í Verdis.

Áfrýjendur krefjast þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og að Samkeppniseftirlitinu verði gert að taka málið fyrir að nýju og heimila samrunann með þeim skilyrðum sem kærendur hafa gert tillögu að telji áfrýjunarnefndin íhlutun nauðsynlega.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Mál þetta varðar ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 34/2011 þar sem ógiltur var samruni sá sem fólst í kaupum Landsbankans á eignarhlut í Verdis. Aðdragandi málsins er sá að Landsbankinn hyggst kaupa eignarhlut í Verdis sem er nú að öllu leyti í eigu Arion banka og munu bankarnir fara með sameiginleg yferráð í félaginu þar til

eignarhald þess dreifist frekar í samræmi við fyrirætlanir þar að lútandi. Verdis starfar á vettvangi verðbréfaumsýslu og þjónustar innlendar og erlendar fjármálastofnanir sem og aðra aðila í fjármálastarfsemi. Um er að ræða sérhæfða starfsemi á sviði verðbréfavörslu, verðbréfabakvinnslu og umsýslu verðbréfasjóða.

Þann 22. mars 2011 barst Samkeppniseftirlitinu bréf frá áfrýjendum þar sem gerð var grein fyrir samruna sem fælist í fyrirhuguðum kaupum Landsbankans á eignahlut í Verdis. Samkeppniseftirlitið taldi fyrrgreint bréf ekki fullnægjandi tilkynningu um samruna samkvæmt ákvæðum samkeppnislaga og óskaði eftir viðbótarupplýsingum. Samkeppniseftirlitið samþykkti síðar að með bréfi áfrýjenda, dagsett 6. maí 2011, teldist fullnægjandi samrunatilkynning hafa borist eftirlitinu. Samkeppniseftirlitið tilkynnti áfrýjendum í kjölfarið að það teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans samkvæmt 4. mgr. 17. gr. samkeppnislaga.

Þann 9. september 2011 var andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins sent aðilum samrunans. Í skjalinu kom fram það frummat eftirlitsins að samruninn hefði hamlandi áhrif á samkeppni á mörkuðum fyrir almenna viðskiptabankaþjónustu og sökum þessa væri tilefni til íhlutunar vegna samrunans. Ekki var talið að fyrirbyggjandi skilyrði áfrýjenda væru fullnægjandi og þeim gefið tækifæri á að koma með frekari tillögur að skilyrðum til að vernda samkeppni til 30. september 2011. Athugasemdir áfrýjenda bárust þann dag. Í framhaldi áttu sér stað bréfaskipti á milli áfrýjenda og Samkeppniseftirlitsins þar sem m.a. samrunaaðilar lýstu því yfir að þeir teldu sáttaumleitan enn í gangi. Þann 13. október 2011 sendi Samkeppniseftirlitið bréf til áfrýjenda þar sem fram kemur að eftirlitið telji að sjónarmið samrunaaðila og þau skilyrði sem þeir geti sætt sig við séu að öllu leyti komin fram og að fyrir eftirlitinu liggi að taka afstöðu til þessara atriða.

Samkeppniseftirlitið komst í framhaldi að þeirri niðurstöðu í ákvörðun nr. 34/2011, *Kaup Landsbankans hf. á eignarhlut í Verdis hf. (áður Arion verðbréfavarsla)*, að ógilda skuli samrunann sem felist í kaupum Landsbankans á eignarhluta í Verdis.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar og framlögð gögn í málinu.

III.

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjenda barst 25. nóvember 2011. Athugasemdir áfrýjenda við greinargerðinni bárust 6. desember 2011 og svar Samkeppniseftirlitsins við þeim barst þann 16. desember 2011. Þá var hagsmunaaðila, T Plús hf., gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu í og bárust þær 20. janúar 2012.

Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna anna hjá nefndinni.

IV.

Sjónarmið áfrýjenda

Áfrýjendur byggja kröfur sínar í fyrsta lagi á því að Samkeppniseftirlitið hafi ekki sýnt fram á það með fullnægjandi hætti að samruninn muni leiða til þess að markaðsráðandi staða verði til eða styrkist eða samkeppni verði raskað að öðru leyti á neinum af hinum skilgreindu mörkuðum málsins. Þá telja áfrýjendur að Samkeppniseftirlitið hafi ekki tekið fullnægjandi tilliti til þeirrar hagræðingar sem samruninn muni óumdeilanlega hafa í för með sér við efnislegt mat sitt á lögmæti hans né heldur rannsakað þann þátt með fullnægjandi hætti. Áfrýjendur telja sýnt að þau skilyrði sem þeir lýstu sig reiðubúna til að undirgangast við meðferð málsins séu fullnægjandi til að eyða meintum andsamkeppnislegum áhrifum af samrunanum.

Áfrýjendur benda á að þeim hafi verið birt hin kærða ákvörðun á meðan þeir töldu sáttaviðræður enn yfirstandandi og hafi þeim ekki verið gerð grein fyrir afstöðu Samkeppniseftirlitsins til síðustu tillögu þeirra og frekari útfærslu á henni fyrr en með ákvörðuninni. Þeim hafi því ekki gefist færi á að útfæra þau skilyrði frekar við Samkeppniseftirlitið í samræmi við afstöðu stofnunarinnar að því leyti. Það hafi þeir nú gert og telja þá útfærslu draga enn frekar úr meintum áhrifum samrunans. Þannig hafi þeir gert tillögu um að stjórn Verdis verði að meirihluta skipuð óháðum aðilum frá upphafi auk þess sem þeir hafi gert tillögu að skilyrði sem miði að því að hin sameiginlegu yfirráð vari skemur en ella. Áfrýjendur telja þessa framgöngu Samkeppniseftirlitsins í andstöðu við meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga en með vísan til hennar telja áfrýjendur að eftirlitinu hafi borið að fullreyna hvort unnt væri að

ljúka málinu með íhlutun í formi skilyrða fremur en ógildingu. Þá telja áfrýjendur röksemdafærslu Samkeppniseftirlitsins fyrir því að þau skilyrði sem þeir lögðu til við meðferð málsins sé ekki fullnægjandi verulega ábótavant.

Einnig hafa áfrýjendur gert margvíslegar athugasemdir við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins og ófullnægjandi rannsókn stofnunarinnar á einstökum atriðum máls þessa.

Áfrýjendur benda á að markmiðið með samrunanum sem hér er til umfjöllunar sé hagræðing. Í því sambandi sé áréttað að áfrýjendur hafa lýst sig reiðubúna til að undirgangast viðamikil skilyrði m.a. um óhæði meirihluta stjórnarmanna og um að draga úr eignarhlutdeild sinni í Verdis með markvissum hætti innan skamms tíma sem sé til marks um að eingöngu sé verið að horfa til þeirrar hagræðingar sem felast muni í samrekstri að þessu leyti og þeim ábata sem sú hagræðing muni skila viðskiptavinum þeirra. Þá er samruninn einnig liður í því að tryggja rekstrargrundvöll Verdis til framtíðar og áframhaldandi tilvist fyrirtækisins í sömu mynd á markaði fyrir verðbréfaumsýslu.

Áfrýjendur gera athugasemdir við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins sem tengjast annars vegar tilkynningu eftirlitsins um að samrunatilkynning þeirra taldist ekki fullnægjandi og hins vegar því að áfrýjendur töldu sáttaviðræður enn yfirstandandi þegar þeim var birt hin kærða ákvörðun.

Áfrýjendur benda á að þeir hafi lagt fram tillögur að margvíslegum skilyrðum sem séu til þess fallin að koma í veg fyrir þær meintu samkeppnishindranir sem Samkeppniseftirlitið telji að geti leitt af samrunanum. Áfrýjendur telja ljóst að með samrunanum og kaupum Landsbankans á þjónustu á þessum vettvangi af Verdis sé rekstrargrundvöllur fyrirtækisins tryggður sem og tilvist þess til framtíðar litið.

Áfrýjendur settu í kæru fram tillögu um frekari útfærslu á fyrra skilyrði um skipan stjórnar Verdis sem sett voru fram í 11 liðum. Þannig sé lagt til að skilyrði 9 verði breytt og það nánar útfært á þá leið að tveir þeirra þriggja stjórnarmanna sem Arion banki tilnefni verði óháðir bankanum sem og einn þeirra tveggja stjórnarmanna sem Landsbankinn tilnefni. Þannig verði meirihluti stjórnar Verdis frá upphafi óháður eigendum fyrirtækisins auk þess sem þeir stjórnarmenn sem ekki séu óháðir verði ekki starfsmenn þeirra deilda eða sviða innan hvors banka um sig sem sinni

verðbréfaþjónustu. Þá gera áfrýjendur tillögu um frekari útfærslu á skilyrðum 10 og 11 á þá lund að öllum fjárfestum sem þess óska gefist kostur á að kaupa eigarhlut í Verdis á markaðsvirði, óháð því hvort þeir hafi verið í viðskiptum við félagið sem og að áfrýjendur skuldbindi sig til að bjóða til sölu allt að 50% eignarhlut í Verdis innan 24 mánaða frá því að samruninn sé samþykktur. Eftir sem áður verði þó kveðið á um það að þeim sé ekki skylt að ganga að tilboðum sem séu bersýnilega óhagstæð.

Áfrýjendur benda á að þar sem afstaða Samkeppniseftirlitsins til þeirra viðbótarskilyrða sem aðilar lögðu til sem og frekari útfærslu á þeim hafi ekki verið kynnt aðilum fyrr en í hinni kærðu ákvörðun hafi þeim ekki gefist tilefni til að gera tillögur að frekari útfærslu að þessu leyti við meðferð málsins hjá eftirlitinu.

Varðandi afstöðu Samkeppniseftirlitsins á samkeppnislegu áhrifum samrunans telja áfrýjendur að lögð sé of rík áhersla á meint áhrif markaðshlutdeildar og samþjöppunar sem samruninn hafi í för með sér og með óréttmætum hætti hafi verið dregið úr áhrifum þátta sem séu til þess fallnir að draga úr markaðsstyrk fyrirtækisins á borð við stöðu keppinauta og líkur á innkomu nýrra aðila á markaðinn. Þá telja áfrýjendur að Samkeppniseftirlitið veiti þeirri hagkvæmni og hagræðingu sem leiði af samrunanum mun minna vægi en efni standa til og að heildarmat eftirlitsins sé því byggt á röngum grunni.

Áfrýjendur telja að með þeim skilyrðum sem gerð hafi verið tillaga að hafi að öllu leyti verið komið í veg fyrir þau neikvæðu samkeppnislegu áhrif sem leitt geti af samruna sem þessum og lýst sé í hinni kærðu ákvörðun.

Hvað varðar niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um markaðshlutdeild Verdis í kjölfar samrunans telja áfrýjendur að afar erfitt sé að mæla markaðshlutdeild vegna þeirra ófullnægjandi upplýsinga sem liggja fyrir um stærð markaðarins, auk þess sem markaður fyrir verðbréfaumsýslu sé um margt sérstaks eðlis. Telja áfrýjendur að Samkeppniseftirlitið hafi ekki tekið rökstudda afstöðu til athugasemda þeirra sem komu fram við andmælaskjali og reisi eftirlitið mat sitt á markaðsstyrk á villandi grundvelli í hinni kærðu ákvörðun.

Áfrýjendur áréttu athugasemdir sínar við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins um samþjöppun á markaði. Þá telja þeir að ekki hafi verið tekin viðunandi afstaða til þeirra sjónarmiða sem fram koma í athugasemdum þeirra við andmælaskjalið um

samkeppnislegt aðhald á markaði fyrir verðbréfaumsýslu. Telja áfrýjendur m.a. að Samkeppniseftirlitið geri of lítið úr styrk annarra keppinauta sem og möguleikum þeirra til að veita samkeppnislegt aðhald.

Áfrýjendur eru ósammála því mati Samkeppniseftirlitsins að rétt sé að gera kröfu um að „verulegar líkur“ séu á því að nýr og öflugur keppinatur komi inn á markaðinn innan skamms tíma, en áfrýjendur fá ekki séð að þessi krafa eigi sér stoð í dómaframkvæmd, skrifum fræðimanna eða leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar ESB.

Að mati áfrýjenda sé í hinni kærðu ákvörðun ekki tekin rökstudd afstaða til athugasemda þeirra á fyrri stigum málsins og verði ekki séð að markviss rannsókn á mögulegri samkeppni og aðgangshindrunum hafi í reynd farið fram af hálfu Samkeppniseftirlitsins.

Þá benda áfrýjendur á að nýleg framkvæmd og innkoma T Plús hf. á markaðinn sýni að innkoma nýrra aðila á markaðinn sé ekki ólíkleg, svo og að þeir aðilar sem nú þegar sinni eigin verðbréfaumsýslu hafi nú þegar yfir að ráða þeirri grunntækni og þekkingu sem til þurfi til að auka umsvif sín á markaðnum.

Áfrýjendur telja að tilvist Verdis á markaði fyrir verðbréfaumsýslu skipti verulegu máli fyrir samkeppni á fjármálamarkaði enda hafa þeir sem starfa á þeim vettvangi þá möguleika á að úthýsa verðbréfaumsýslu sinni með hagkvæmum hætti. Þetta sé mikilvægur kostur fyrir aðila á þeim markaði og geri inngöngu á hann auðveldari en ella. Sé það liður í þessum samruna að treysta rekstrargrundvöll Verdis til framtíðar litið og hafi hann því samkeppnishvetjandi áhrif á fjármálamarkað, einkum markað fyrir almenna verðbréfaþjónustu.

Áfrýjendur benda á að upplýsingatækni sé einn af stærstu kostnaðarliðunum í bankastarfsemi og nemi tæplega fjórðungi af rekstrarkostnaði þriggja stærstu viðskiptabankanna. Það sé því eðlilegt að leitað sé leiða til að hagræða á þeim vettvangi og séu þau viðskipti sem hér séu til umfjöllunar liður í því.

Þá vísa áfrýjendur til þeirrar augljósu staðreyndar að eins og staðan sé nú fari Arion banki einn með yfirráð yfir Verdis auk þess að vera stærsti viðskiptavinur þess. Það fáist því ekki séð að staðan verði lakari fyrir aðra viðskiptavini Verdis með aðkomu Landsbankans að yfirráðum félagsins. Þvert á móti megi ætla að staða þeirra verði enn

betur tryggð vegna þeirra umfangsmiklu skilyrða sem aðilar hafa lýst sig reiðubúna til að undirgangast. Þannig telja áfrýjendur ljóst að þau skilyrði sem þeir hafi lagt til muni að fullu eyða meintum neikvæðum samkeppnislegum áhrifum á markaði fyrir almenna verðbréfaþjónustu og vísa í því sambandi til skilyrða um armslengd, aðgengi að þjónustu Verdis, aðkomu fleiri aðila að eignarhaldi fyrirtækisins sem og takmörkun á því hverjir veljast til stjórnarsetu í fyrirtækinu.

Áfrýjendur byggja á því að þau skilyrði sem gerð hafi verið tillaga að eyði að fullu hugsanlegum samkeppnislegum vandkvæðum sem leitt geta af samrunanum. Þannig hafi rekstrarlegur og stjórnunarlegur aðskilnaður á milli Verdis annars vegar og Landsbankans og Arion banka hins vegar verið tryggður, auk þess sem tryggt sé að upplýsingar fari ekki á milli Landsbankans og Arion banka fyrir tilstilli stjórnarmanna og starfsmanna Verdis. Þá verði með tillögu um frekari útfærslu á skilyrði um stjórn tryggt að meirihluti stjórnar Verdis verði óháð bæði Arion banka og Landsbankanum frá upphafi. Þá verði að hafa í huga að eftir því sem eignarhald Verdis dreifist, sbr. tillögur um það, muni nýir eigendur eiga þess kost að tilnefna aðila til setu í stjórn félagsins í krafti eignarhluta síns. Þá felist í skilyrðinu um að stjórnarmenn sem ekki séu óháðir skuli ekki vera starfsmenn deilda sem eigi viðskipti við Verdis og hafa með höndum sambærilega starfsemi og aðrir viðskiptavinir félagsins. Með þessu séu hagsmunir viðskiptavina tryggðir enn frekar en með fyrrgreindum skilyrðum um armslengd, aðgengi að þjónustu Verdis og hugsanlegri aðkomu að eignarhaldi.

Áfrýjendur vísa að öðru leyti heildstætt til fyrri sjónarmiða sem rakin séu í gögnum málsins til stuðnings kröfum sínum fyrir áfrýjunarnefnd.

Sjónarmið Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið telur að það standist ekki að í einni og sömu kröfu felist annars vegar krafa um að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi vegna gallaðar málsmeðferðar og rannsóknar og hins vegar krafa um að áfrýjunarnefnd leggi fyrir Samkeppniseftirlitið að komast að tiltekinni efnisniðurstöðu eins og áfrýjendur geri í kröfugerð sinni.

Samkeppniseftirlitið hafnar því með öllu að hafa brotið gegn meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga við meðferð málsins með því að hafa ekki fyrr en í bréfi dagsettu 28.

apríl 2011 gert þeim grein fyrir því að tilkynning þeirra frá 22. mars 2011 uppfyllti ekki skilyrði samkeppnislaga. Viðbótarupplýsingar bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi samrunaaðila dagsett 6. maí 2011 og með þeim hafi Samkeppniseftirlitið móttengið fullnægjandi samrunatilkynningu og lögbundnir frestir byrjað að líða frá þeim degi.

Samkeppniseftirlitið getur með engu móti fallist á að sáttaviðræðurnar eða gangur þeirra hafi verið óeðlilegur í málinu og telur að hin kærða ákvörðun geti ekki hafa komið áfrýjendum á óvart. Samkeppniseftirlitið vísar til gagna málsins um málsmeðferðina. Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjendur séu öflug fyrirtæki sem hafi í málinu notið aðstoðar sérfræðinga og ekki sé trúverðugt að áfrýjendur hafi ekki skilið málsmeðferðina eða að hin kærða ákvörðun hafi komið þeim í opna skjöldu.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að birting ákvörðunarinnar hafi verið aðfinnsluverð. Eftir að hin kærða ákvörðun hafi verið boðsend til lögmanns áfrýjenda hafi hún verið birt opinberlega, sbr. 2. mgr. 21. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins.

Varðandi samkeppnisleg áhrif samrunans vísar Samkeppniseftirlitið til þess sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðunar. Þar sé með rökstuddum hætti fjallað um sjónarmið áfrýjanda og eftir atvikum tekið tillit til þeirra.

Samkeppniseftirlitið telur að samruni þessa máls raski samkeppni umtalsvert á hinum skilgreindu mörkuðum. Varðandi markaðinn fyrir verðbréfaumsýslu felist í samrunanum að Landsbankinn hættir að sinna þeirri þjónustu og muni þess í stað afla hennar frá Verdis. Jafnframt muni Landsbankinn hafa ásamt Arion banka sameiginleg yfirráð yfir Verdis. Eins og rökstutt sé í hinni kærðu ákvörðun leiði þetta a.m.k. til markaðsráðandi stöðu Verdis. Þegar af þessari ástæðu raski samruni þessa máls samkeppni með umtalsverðum hætti í skilningi 17. gr. c samkeppnislaga þar sem til verði markaðsráðandi staða. Samkeppniseftirlitið telur að hin skaðlegu áhrif samrunans séu hins vegar ekki takmörkuð við markaðinn fyrir verðbréfaumsýslu. Sá markaður sé nátengdur markaðnum fyrir verðbréfaþjónustu en á þeim markaði séu Landsbankinn og Arion banki keppinautar og hafi sameiginlega 45-50% markaðshlutdeild á honum sé tekið mið af veltu í verðbréfavíðskiptum á árinu 2010. Á þessum markaði raskar samruninn samkeppni þar sem augljósar samkeppnishömlur skapist þegar öflugir keppinautar eigi saman og sitji saman í stjórn fyrirtækis sem starfar á nátengdum markaði. Þetta sameiginlega eignarhald geti leitt til þess að

Landsbankinn og Arion banki sjái sér hag í því að keppinautar þeirra á markaði fyrir verðbréfaþjónustu geti ekki lengur átt viðskipti við Verdis og með þeim hætti dragi úr samkeppni á markaði fyrir verðbréfaþjónustu. Þá telur Samkeppniseftirlitið að til viðbótar framangreindu hafi samruninn einnig skaðleg áhrif á aðra fjármálamarkaði sem Arion banki og Landsbankinn keppi á og vísar til hinnar kærðu ákvörðunar um það.

Samkeppniseftirlitið telur að umfjöllun um markaðshlutdeild í hinni kærðu ákvörðun sé traust, þ.m.t. um markaðinn fyrir verðbréfaumsýslu. Eins og fram komi í hinni kærðu ákvörðun sé það mat áfrýjenda að markaðshlutdeild Verdis yrði eftir samrunann 55-60%. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins sé að um mun hærri markaðshlutdeild sé að ræða.

Samkeppniseftirlitið bendir á að varðandi samþjöppun á markaðnum hafi við útreikning HHI stuðulsins verið stuðst við útreikninga sem áfrýjendur sjálfir hafi lagt fram á markaðshlutdeild aðila viðkomandi markaði. Samkeppniseftirlitið bendir á að HHI stuðlinum hafi verið beitt af samkeppnisyfírvöldum bæði í Bandaríkjunum og í Evrópu. Sé hann almennt viðurkenndur sem áreiðanleg mælistika á uppbyggingu markaða og hafi stuðlinum verið beitt á smáum sem stórum mörkuðum.

Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að T plús og Verdis séu einu fyrirtækin sem veiti öðrum en eigendum sínum þjónustu á sviði verðabréfaumsýslu. Að mati eftirlitsins leiki engin vafi á því að Verdis muni eftir samrunann hafa stórfellda samkeppnislega yfirburði gagnvart T plús og vísast til hinnar kærðu ákvörðunar um það.

Samkeppniseftirlitið bendir á að möguleg samkeppni geti ekki dregið úr skaðlegum áhrifum samruna ef viðkomandi rekstur sé þess eðlis að erfitt sé fyrir nýja aðila að hasla sér völl á markaði nema með umtalsverðum tilkostnaði. Sé ljóst að talsvert mikið þurfi til að koma til að fallast megi á að samruni, sem að öðru leyti virðist afar skaðlegur samkeppni, sé það ekki sökum líkinda á því að nýr keppinautur komi inn á markaðinn og veiti verulegt samkeppnislegt aðhald.

Varðandi tillögur áfrýjenda að skilyrðum sem þeir séu reiðubúnir að starfa eftir í því skyni að tryggja að samruninn raski ekki samkeppni telur samkeppniseftirlitið að því aðeins sé heimilt að fallast á skilyrði í samrunamálum sem eyði með öllu hinum samkeppnislegu vandkvæðum. Áfrýjendum hafi verið veitt færi á að leggja fram tillögur

að skilyrðum sem gætu eytt þeim samkeppnislegu vandamálum sem samrunanum fylgdi en Samkeppniseftirlitið taldi að tillögur áfrýjenda hafi ekki getað komið í veg fyrir þær samkeppnishindranir sem leiði af samrunanum. Skilyrðin komi ekki í veg fyrir þær samkeppnishömlur sem leiði af auknu samstarfi Arion banka og Landsbankans. Hér skipti máli að fram kom undir málsmeðferðinni að Landsbankinn og Arion banki vildu ekki missa yfirráð sín yfir Verdis. Tillögurnar gerðu því ekki ráð fyrir óháðri stjórn heldur miðuðu þær að tryggja að í stjórn Verdis sætu saman beinir fulltrúar keppinautanna Arion banka og Landsbankans. Fyrirkomulag sem Samkeppniseftirlitið hafi ekki getað fallist á.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að samruninn hefði búið til enn einn vettvanginn fyrir samstarf tveggja stórra keppinauta sem keppi við fákeppnisaðstæður á viðskiptabankamarkaði. Það hafi því verið sterk rök fyrir því að vinna gegn auknum sameiginlegum hagsmunum og takmörkun á samkeppnislegu sjálfstæði þessara tveggja stóru keppinauta og það hafi því verið enn brýnna fyrir áfrýjendur að sýna fram á hvernig þeir hygðust koma í veg fyrir að slíkar aðstæður myndu skapast með samrunanum en það hafi mistekist. Þá telur Samkeppniseftirlitið ljóst að hin nýju skilyrði sem áfrýjendur hafi sett fram séu ekki fullnægjandi viðbót og dugi ekki til þess að eyða þeim samkeppnishömlum sem stafa af samrunanum.

V.

Niðurstaða

1.

Mál þetta fjallar um fyrirhuguð kaup Landsbankans (þá NBI hf.) á eignarhlut í Verdis, þá Arion verðbréfavarsla. Þann 22. mars 2011 barst Samkeppniseftirlitinu bréf þar sem gerð var grein fyrir samruna sem fælist í fyrirhuguðum kaupum. Var óskað eftir afstöðu eftirlitsins til þess hvort hrinda mætti samningnum í framkvæmd. Þann 28. apríl 2011 var samrunaaðilum tilkynnt að tilkynning þeirra teldist ekki fullnægjandi þar sem mikilvægar upplýsingar hafi skort í hana. Því var mótmælt með bréfi 6. maí 2011 og jafnframt lögð fram viðbótargögn. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 17. maí var áfrýjendum tilkynnt að tilkynningin teldist fullnægjandi frá móttöku bréfsins 6. maí 2011. Athugasemdir eftirlitsins vegna tilkynningarinnar frá 22. mars beindust einkum

að því að benda á að ýmis gögn vantaði miðað við reglur 684/2008 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála tekur undir þetta og telur því að athugasemdir Samkeppniseftirlitsins við tilkynninguna hafi verið rökum studdar og leitt til þess að frestur hafi ekki byrjað að líða samkvæmt 1. málsl. 17. gr. d. samkeppnislaga fyrr en tilkynningin um samrunann var komin í fullnægjandi horf. Þar sem tilkynningin fór fram innan þeirra tímarmarka sem um getur í ákvæðinu miðað við þessar forsendur verður málsmeðferð eftirlitsins ekki gagnrýnd né henni hnekkð á þessum grundvelli.

2.

Ákvörðun um ógildingu samruna skal taka eigi síðar en 70 virkum dögum eftir að tilkynning skv. 1. málsl. 17. gr. d. samkeppnislaga hefur verið send þeim aðila sem tilkynnti um samruna. Frestur þessi tekur mið af þeim tíma þegar fullnægjandi tilkynningu var skilað, þ. e. 6. maí 2011. Þennan frest er Samkeppniseftirlitinu heimilt að framlengja um allt að 20 virka daga að fullnægðum skilyrðum laganna. Sú heimild var nýtt í máli þessu eins og síðar verður getið.

3.

Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til samrunaaðila dagsett 22. júní 2011 var óskað eftir ýmsum upplýsingum frá þeim. Í bréfinu er m.a. að finna eftirfarandi málsgrein:

Ennfremur er óskað eftir tillögum að skilyrðum, sem aðilar telja nauðsynleg til að vernda samkeppni á viðkomandi markaði, verði samruninn heimilaður og þeir treysta sér til þess að starfa eftir.

Samrunaaðilar sendu í framhaldi af þessu bréf til Samkeppniseftirlitsins dagsett 7. júlí 2011 þar sem þeir settu m.a. fram tillögur að skilyrðum í 9 liðum. Óumdeilt virðist að þann 29. ágúst 2011 hafi Samkeppniseftirlitið boðað samrunaaðila til fundar og kynnt þeim þá afstöðu að það teldi þörf á frekari skilyrðum varðandi svonefnt óhæði stjórnar Verdis sem og aðkomu annarra að eignarhaldi fyrirtækisins í framtíðinni. Er óumdeilt að Samkeppniseftirlitið hafi gefið samrunaaðilum færi á að gera tillögur að frekari skilyrðum. Með bréfi 6. september 2011 til Samkeppniseftirlitsins settu samrunaaðilar fram ýmsar tillögur til þess að koma til móts við fyrrgreind sjónarmið eftirlitsins.

4.

Með bréfi 9. september 2011 sendi Samkeppniseftirlitið áfrýjendum bréf þar sem hjálagð fylgdi frummat eftirlitsins vegna kaupa NBI á eignarhlut í Verdis. Sagt var að frummatið væri sent í ljósi þess skamma tíma sem málinu væri skammtaður í lögum. Í bréfinu segir einnig:

Samkeppniseftirlitið hefur mótttekið tillögur samrunaaðila, dags. 8. september sl., að viðbótaskilyrðum fyrir samrunanum nái hann fram að ganga og verður mat lagt á þær tillögur jafn fljótt og auðið er og leitað eftir sjónarmiðum samrunaaðila á því mati sérstaklega.

Áfrýjendur rituðu enn á ný bréf til Samkeppniseftirlitsins dagsett 16. september 2011 og er þar vísað til fundar við fulltrúa Samkeppniseftirlitsins þá fyrr um morguninn. Í bréfinu kemur fram að Samkeppniseftirlitið hafi á fundinum óskað eftir frekari útfærslu á þeim skilyrðum sem sett voru fram í fyrrgreindu bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 9. september 2011 og lotið höfðu að óhæði stjórnar Verdis og eignarhaldi. Í bréfinu eru síðan raktar nýjar tillögur áfrýjenda í þessu efni. Síðar segir:

Rétt er að taka fram að um lokatilraun til framsetningu tillagna að þessu leyti er að ræða enda hafa umbjóðendur mínir þegar sett fram ítarlegar tillögur að viðurhlutamiklum skilyrðum sem þeir telja fullnægjandi til að veða upp á móti hugsanlegum samkeppnislegum vandkvæðum ofangreindra kaupa.

Samkeppniseftirlitið sendi áfrýjendum tvö bréf dagsett 19. september 2011. Í öðru þeirra kemur fram að eftirlitið hafi ákveðið að framlengja frest til töku endanlegrar ákvörðunar um 20 daga m.a. til að geta lagt mat á tillögur aðila að skilyrðum fyrir samrunanum ef hann verði heimilaður. Í hinu bréfinu fylgdi minnisblað um samandregnar niðurstöður á umsögnum hagsmunaaðila um þau skilyrði fyrir samrunanum sem áfrýjendur höfðu áður sett fram. Var áfrýjendum gefinn kostur á að gera athugasemdir við þau sjónarmið. Jafnframt var áfrýjendum gefinn frestur til 30. september 2011 til að koma að sjónarmiðum sínum um skilyrðin og frummat Samkeppniseftirlitsins.

5.

Áfrýjendur gerðu athugasemdir við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins með bréfi dagsettu 30 september 2011 þar sem m.a. var ítarlega rætt um skilyrði þau í tengslum við samrunann sem áfrýjendur höfðu lagt til. Þann 6. október 2011 rituðu áfrýjendur bréf til eftirlitsins þar sem ýmis fyrri samskipti aðila voru rakin og þar sem sagt var að

Þeir teldu sáttaumleitanir varðandi skilyrði samrunans standa enn yfir. Í lok bréfsins segir:

Umbjóðendur mínir vænta þess því að SKE geri þeim grein fyrir afstöðu sinni til þeirra viðbótarskilyrða sem lögð voru til af þeirra hálfu með bréfi, dags. 8. september 2011, og frekari útfærslu á þeim sem lögð var til með bréfi, dags. 16. september 2011, og upplýsi umbjóðendur mína með rökstuddum hætti um hvort það telji að sníða þurfi þau eða eftir atvikum önnur skilyrði sem þeir hafa lagt til frekar til (þannig) og þá að hvaða leyti.

Þessu bréfi svaraði Samkeppniseftirlitið með bréfi 13. október 2011. Þar kemur m.a. fram að endanleg sjónarmið samrunaaðila við andmælaskjal og athugasemdum hagsmunaaðila við hugsanlegum skilyrðum hafi verið send Samkeppniseftirlitinu þann 30. september 2011. Segir jafnframt að Samkeppniseftirlitið líti svo á að sjónarmið samrunaaðila og hugmyndir að skilyrðum séu að fullu upplýst. Fyrir Samkeppniseftirlitinu liggi nú að taka afstöðu til þeirra sjónarmiða og gagna sem aflað hafi verið í málinu, bæði hvað varði hugsanlegar samkeppnishindranir og viðbrögð við þeim.

6.

Í samruna felst að jafnaði að einn eða fleiri keppinautar hverfi af viðkomandi markaði. Samrunareglur gegna því hlutverki að koma í veg fyrir að samkeppnislegri gerð markaða sé breytt með slíkum samruna á þann hátt að samkeppni hverfi eða minnki til muna.

Í 17. gr. c. samkeppnislaga segir að telji Samkeppniseftirlitið að samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti, geti stofnunin ógilt samruna. Jafnframt skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til tækni- og efnahagsframfara að því tilskildu að þær séu neytendum til hagsbóta og hindri ekki samkeppni. Samkeppniseftirlitið getur einnig sett slíkum samruna skilyrði sem verði að uppfylla innan tilskilins tíma.

Samkvæmt þessu er ljóst að stundum getur nægt að setja samruna skilyrði til þess að hindra þá ókosti sem af samruna kann að leiða og eftir atvikum til að ná betur fram þeim kostum sem samruni kann að hafa í för með sér.

Samkeppnisyfirvöld meta hvort nægjanlegt sé að setja samruna skilyrði og hver þau skuli vera eða hvort nauðsynlegt sé að koma í veg fyrir samruna með því að ógilda hann. Almennt verður hér gengið út frá því að aðgerð sem felst í að setja skilyrði fyrir samruna sé ekki eins íþyngjandi eins og íhlutun sem felst í því að ógilda samruna, en geti samt náð sama markmiði. Hér á því við meðalhófsregla 12. gr. stjórnisýslulaga og ber því samkeppnisyfirvöldum að gera sjálfstæða könnun á því hvort slík vægari úrræði geti komið til skoðunar.

7.

Rétt er að hafa í huga að frestir í samrunamálum eru stuttir. Af þeim sökum getur verið nauðsynlegt að samkeppnisyfirvöld hugi samtímis að hugsanlegum skilyrðum fyrir samruna og málsmeðferð þar sem ógilding samruna getur komið til álitu. Í því máli sem hér er til úrlausnar sýnist það hafa verið gert.

Þar sem setning skilyrða fyrir samruna felur almennt í sér vægara úrræði en íhlutun sem felst í ógildingu samruna er eðlilegt að samrunaaðilum sé það kappsmál að ná fram fyrrgreinda úrræðinu. Í því sambandi skiptir þó einnig máli hvers eðlis skilyrðin eru. Málsatvik í þessu máli eru einmitt með þeim hætti að samrunaaðilar lögðu sig fram um að ná sátt um viðhlítandi skilyrði fyrir samrunanum. Samkeppniseftirlitið hafði raunar frumkvæði að þessum tilraunum og tók þátt í viðræðum um skilyrðin með ótvíræðum hætti eins og rakið hefur verið.

Áfrýjunarnefndin fellst á það með Samkeppniseftirlitinu að það sé samrunaaðila að setja fram tillögur að skilyrðum fyrir samruna þegar þau koma á annað borð til álitu. Þó er óhjákvæmilegt að fram komi leiðbeiningar um það frá samkeppnisyfirvöldum hvaða markmiðum verði að lágmarki að ná með skilyrðunum.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á í ljósi þeirra samskipta aðila sem á undan voru gengin, að bréf Samkeppniseftirlitsins frá 19. september 2011 til samrunaaðila feli í sér að þau skilyrði sem áfrýjandi hafði þá sett fram væru til athugunar hjá Samkeppniseftirlitinu. Var eðlilegt að þessum tillögum yrði svarað sérstaklega. Ekki mátti við þessar aðstæður ganga alfarið út frá því að fyrrgreind orð í bréfi til áfrýjenda til Samkeppniseftirlitsins frá 16. september 2011 fælu í sér endanlega afstöðu af hans hálfu og alveg sérstaklega í ljósi þess að í bréfi áfrýjenda frá 6. október 2011 héldu þeir enn opinna leið til sáttu um frekari útfærslu skilyrðanna.

Hin áfrýjaða ákvörðun felur að sönnu í sér höfnun á þeim tillögum samrunaaðila sem fyrir lágu þegar hún var tekin. Á hinn bóginn verður að telja að áfrýjendur hafi haft réttmæta ástæðu til að ætla að þeirri meðferð sem hafin var til þess að freista þess að setja samrunanum viðunandi skilyrði hafi ekki verið lokið er ákvörðunin var tekin.

Í ljósi þessa höfðu samrunaaðilar ástæðu til að ætla að tekið yrði á tillögum þeirra um skilyrðin fyrir samrunanum með ótvíræðum hætti þannig að þeim gæfist stuttur lokafrestur til að mæta þeirri afstöðu, eftir atvikum með því að fallast á sjónarmið Samkeppniseftirlitsins. Gögn máls þessa bera ekki með sér að það hafi verið gert.

8.

Rétt er að geta þess að áfrýjunarnefndin óskaði sérstaklega eftir skýringum málsaðila á ummælum sem í hinum áfrýjaða úrskurði voru höfð eftir forsvarsmanni Landsbankans á fundi með Samkeppniseftirlitinu þann 29. ágúst 2011 um að nauðsynlegt væri fyrir Landsbankann að eiga fulltrúa í stjórn Verdis, þar sem ella væri hætt við að fyrirtækið hæfi samkeppni við fyrirhugaða eigendur sína.

Hefur Landsbankinn mótmælt því að þessi ummæli hafi fallið „með þeim hætti sem SE vísar til“ og að ábendingin hafi einungis verið ætluð til að leggja áherslu á að aðilar innan bankans hefðu einir þekkingu á þeim rekstri sem um ræddi, a.m.k. til að byrja með.

Í ljósi þess að engar fundargerðir eða staðfestingar liggja fyrir um þessar umræður er ekki hægt að byggja á því að svo komnu máli að fulltrúi Landsbankans hafi verið að setja fram sjónarmið sem lýsi sérstaklega varhugaverðu viðhorfi, eins og m.a. er byggt á í málflutningi Samkeppniseftirlitsins.

9.

Af framangreindum sökum lítur áfrýjunarnefndin svo á að fella beri hina áfrýjuðu ákvörðun og leggja fyrir Samkeppniseftirlitið að gefa áfrýjendum stuttan frest til að setja fram endanlegar tillögur um skilyrði fyrir samrunanum af sinni hálfu á grundvelli þeirra markmiða sem Samkeppniseftirlitið telur að verði að nást til að fullnægja þeim samkeppniskröfum sem gerðar eru. Áfrýjunarnefndin telur ekki ástæðu til að fjalla um málið frekar fyrr en fullreynt er hvort áfrýjendur leggi til eða undirgangist skilyrði sem Samkeppniseftirlitið metur fullnægjandi. Takist það ekki mun áfrýjunarnefndin eftir

atvikum taka afstöðu til efnisþátta málsins verði því skotið til hennar í tilefni nýrrar ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins.

Úrskurðarorð

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 34/2011 frá 17. október 2011 er felld úr gildi. Lagt er fyrir Samkeppniseftirlitið að veita áfrýjendum stuttan frest til að setja fram endanlegar tillögur um skilyrði fyrir samrunanum af sinni hálfu á grundvelli þeirra markmiða sem Samkeppniseftirlitið telur að verði að nást til að fullnægja þeim samkeppniskröfum sem gerðar eru.

Reykjavík, 16. febrúar 2012.

Jóhannes Karl Sveinsson, formaður

Stefán Már Stefánsson

Brynhildur Benediktsdóttir

Rétt endurrit staðfestir: