

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála

úrskurður í máli nr. 12/2011

MP banki hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Með kærui, dagsettri 14. nóvember 2011, hefur MP banki hf. (hér eftir nefndur áfrýjandi) kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 33/2011 frá 17. október 2011 til áfrýjunarnefndar samkeppnismála um yfirtöku Íslandsbanka hf. á Byr hf. Í hinni kærðu ákvörðun taldi Samkeppniseftirlitið ekki forsendur til þess að hafast frekar að í málinu.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Málsatvik eru þau að hinn 1. júní 2011 var birt fréttatilkynning um að ákveðið hefði verið að hefja sölu á hlutafé í Byr hf. Með bréfi, dagsettu sama dag, lýsti áfrýjandi yfir áhuga á að taka þátt í söluférlinu og 3. júní fékk hann afrit af trúnaðarsamkomulagi og söluférlislýsingu. Áfrýjandi skilaði inn óskuldbindandi tilboði 16. júní 2011 og bindandi tilboði 8. júlí 2011.

Áfrýjandi var ásamt Íslandsbanka hf. eini aðilinn sem gerði skuldbindandi tilboð í Byr hf., en tilkynnt var um yfirtöku Íslandsbanka hf. á Byr hf. í fjölmiðlum 13. júlí 2011. Samkeppniseftirlitinu barst tilkynning um samruna Íslandsbanka hf. og Byrs hf. 19. júlí 2011 ásamt greinargerð frá Byr hf. um málið. Samkeppniseftirlitið taldi

samrunatilkynninguna ekki fullnægjandi og bærust frekari gögn frá samrunaaðilum til eftirlitsins 26. og 27. júlí sl. Samkeppniseftirlitið óskaði eftir sjónarmiðum frá Fjármálaeftirlitinu og Seðlabanka Íslands um samrunann. Jafnframt var leitað eftir sjónarmiðum annarra viðskiptabanka til samrunans. Þá bærust einnig til Samkeppniseftirlitsins sjónarmið Sambands íslenskra sparisjóða og Teris.

Samrunaaðilar komu á fund Samkeppniseftirlitsins við afhendingu samrunaskrár og röktu forsendur samrunans og aðdraganda. Færð voru rök fyrir því í samrunaskrá að staða Byrs hf. væri mjög slæm og að sjónarmið um félag á fallandi fæti ættu við. Til þess að rannsaka þessar fullyrðingar nánar óskaði Samkeppniseftirlitið eftir fundi með Íslandsbanka hf., Byr hf. og áfrýjanda. Þá átti Samkeppniseftirlitið fund með Fjármálaeftirlitinu, samband var haft við Eftirlitsstofnun EFTA og haldinn var fundur með fjármálaráðuneytinu en ráðuneytið fór formlega með allt hlutafé í Byr hf. Þá fundaði eftirlitið með Bankasýslu ríkisins um málið. Þá óskaði Samkeppniseftirlitið, með tölvupósti eftir afstöðu nokkurra erlendra aðila til samrunans.

Byr hf. sendi Samkeppniseftirlitinu samandreginn árshlutareikning 4. október 2011. Þann sama dag fékk Samkeppniseftirlitið bréf frá Byr hf. þar sem sagt var frá samskiptum bankans við Fjármálaeftirlitið. Lá fyrir að Fjármálaeftirlitið hafði veitt Byr hf. frest til þess að grípa til ráðstafana til að tryggja eiginfjárstöðu bankans. Óskaði Samkeppniseftirlitið í kjölfarið eftir nánari upplýsingum frá Fjármálaeftirlitinu þar sem meðal annars var óskað eftir gögnum um mat þess á stöðu Byrs hf. og MP banka hf. og afstöðu þess til tilboðs MP banka hf. Fjármálaeftirlitið svaraði Samkeppniseftirlitinu með bréfi dagsettu 10. október 2011.

Með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 33/2011 frá 17. október 2011 var samruni Íslandsbanka hf. og Byrs hf. heimilaður. Samruninn felur í sér að Íslandsbanki hf. kaupir nýja hluti í Byr hf. auk þess sem fjármálaráðuneytið, f.h. íslenska ríkisins, og Byr sparisjóður skuldbinda sig til þess að selja Íslandsbanka hf. alla eignarhluti í Byr hf. Íslandsbanki hf. mun eignast allt hlutafé í Byr hf. með samrunanum. Samkeppniseftirlitið taldi sjónarmið um félag á fallanda eiga við í málinu og taldi skilyrðum fyrir beitingu reglunnar um félag á fallanda fæti vera fullnægt. Því taldi Samkeppniseftirlitið ekki forsendur til að hafast frekar að í málinu.

III.

Í tilefni af kærðu áfrýjanda barst greinargerð Samkeppniseftirlitsins 22. nóvember 2011. Með bréfi, dagsettu 5. desember 2011, óskaði áfrýjandi eftir aðgangi að gögnum í samrunamáli Byrs hf. og Íslandsbanka hf. hjá Samkeppniseftirlitnu. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála óskaði eftir því í tölvubréfi, dagsettu 7. desember, að áfrýjandi tilgreindi með nákvæmum hætti hver þau gögn væru sem óskað væri aðgangs að. Barst svar við því 13. desember 2011. Í framhaldi var sent bréf til hagsmunaaðila, Byrs hf. og Íslandsbanka hf. sem og Fjármálaeftirlitsins og þeim kynnt krafa áfrýjanda um afhendingu gagna og þeim veittur frestur til að koma á framfæri athugasemdum vegna kröfunnar. Einnig var óskað eftir álitum Samkeppniseftirlitsins á því hvort fleiri aðilar ættu að fá tækifæri til að koma að athugasemdum vegna kröfu áfrýjanda um afhendingu gagna. Athugasemdir voru móttæknar 6. janúar 2012. Krafa áfrýjanda um afhendingu gagna var tekin fyrir á fundi áfrýjunarnefndarinnar þann 18. janúar 2012 þar sem fallist var á afhendingu gagna án tiltekinna trúnaðarupplýsinga. Eftir móttöku gagna málsins skilaði áfrýjandi athugasemdum sínum 6. febrúar 2012 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins við þeim bárust 12. febrúar 2012.

Hagsmunaaðilum, Byr hf. og Íslandsbanka hf., var gefinn kostur á að koma að athugasemdum í málinu með bréfi dagsettu 21. desember 2011 og bárust athugasemdir þeirra 6. janúar 2012. Þá voru hagsmunaaðilum sendar athugasemdir áfrýjanda og svör Samkeppniseftirlitsins og þeim gefinn kostur á að koma að frekari athugasemdum. Bárust þær 20. febrúar 2012.

Áfrýjunarnefndin óskaði eftir frekari upplýsingum og skýringum frá Íslandsbanka hf., fjármálaráðuneytinu og Samkeppniseftirlitinu með bréfi 23. febrúar 2012 og bárust þær frá ráðuneytinu 24. febrúar, frá hagsmunaaðila 27. febrúar og frá Samkeppniseftirlitinu 1. mars. Áfrýjanda var gefinn kostur á að koma að frekari athugasemdum vegna þessara svara og bárust þær 7. mars 2012.

Uppkvaðning úrskurðarins hefur tafist m.a. vegna umfangs málsins og gagnaöflunar nefndarinnar.

IV.

Sjónarmið áfrýjanda

Áfrýjandi byggir á því að ljóst sé að skilyrði reglunnar um fyrirtæki á fallandi fæti

séu ekki uppfyllt í málinu. Söluferlið hafi verið meingallað og engan veginn til þess fallið að draga að mögulega fjárfesta. Áfrýjandi bendir á að sú krafa sem gerð hafi verið þremur dögum fyrir skil á skuldbindandi tilboði, að tilboðsgjafi sýndi fram á fjárhagslega getu, hafi komið í veg fyrir að aðrir en aðilar með nægt eigið fé gætu tekið þátt í söluferlinu.

Í þessu sambandi er bent á að Fjármálaeftirlitið hafi veitt Byr hf. fresti eftir þörfum, svo mánuðum skipti eftir að söluferlinu lauk, þrátt fyrir að frestir í söluferlinu hafi talið í dögum.

Áfrýjandi telur að fram hjá því verði ekki horft að frá sjónarhóli samkeppninnar hefðu kaup hans á Byr hf. án nokkurs vafa verið æskilegri kostur. Áfrýjandi hafi lagt fram tilboð sem Byr hf. bar að taka alvarlega. Þess í stað hafi Byr hf. kosið að líta alfarið fram hjá því og eiga engin samskipti við áfrýjanda um möguleg kaup. Áfrýjandi telur að engar forsendur hafi verið til þess að líta svo á að áætlanir hans um fjármögnun kaupanna myndu ekki ganga eftir. Samkeppniseftirlitið hafi ekki getað ályktað sem svo þótt Fjármálaeftirlitið hafi í sínum svörum kosið að líta framhjá fyrirhugaðri hlutafjárhækkun. Þá liggja fyrir að engum athugasemdum hafi verið hreyft gagnvart áfrýjanda vegna forsendu um ábyrgð ríkisins, færi svo að fjárhagsupplýsingar um Byr hf. reyndust í verulegum atriðum rangar. Ef hafna hefði átt tilboði áfrýjanda sem óraunhæfu af þessari ástæðu hafi a.m.k. þurft að eiga samskipti við hann um þetta efni og kanna hvort þessari forsendu yrði breytt.

Áfrýjandi telur að öll meðferð málsins af hálfu samrunaaðila beri þess skýr merki að stefnt hafi verið að fyrirfram ákveðinni niðurstöðu. Reglunni um fyrirtæki á fallandi fæti verði ekki beitt við þessar kringumstæður. Til þess þurfi að vera yfir allan vafa hafið að engum öðrum kosti hafi verið til að dreifa. Ekki verður séð hvernig því verði haldið fram með réttu þegar horft sé til söluferlisins og tilboðs áfrýjanda.

Áfrýjandi dragi ekki í efa að Fjármálaeftirlitið og fjármálaráðuneytið hafi talið æskilegra að einn af stóru viðskiptabönkunum þremur tækju við rekstri Byrs. Ef einungis er horft til fjármálalegs stöðugleika sé það án efa æskilegasti kosturinn og það séu þau sjónarmið sem ráði tilsvörum Fjármálaeftirlitsins. Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitinu hafi hins vegar borið að meta áhrif samrunans á samkeppni og hvort öðrum betri kosti hafi hugsanlega verið til að dreifa. Við það mat geti ekki skipt máli yfirlýsing Fjármálaeftirlitsins um að ekki sé útilokað að grípa þurfi til úrræða samkvæmt ákvæði VI til bráðabirgða í lögum um fjármálafyrirtæki eða að

líklegt sé að Byr hf. verði þá færður til eins af stóru viðskiptabönkunum þremur. Samkeppniseftirlitið geti ekki horft til slíkra hugsanlegra atburða í framtíð. Það sé einfaldlega sjálfstætt ákvörðunarefni hjá Fjármálaeftirlitinu hvort slíkum heimildum verði síðar beitt og þá með þeim afleiðingum að samkeppnislögum sé vikið til hliðar.

Áfrýjandi bendir á að í 17. gr. c. samkeppnislaga komi fram meginreglan um efnislegt mat Samkeppniseftirlitsins á samrunum og íhlutun í samruna. Meginreglan sé sú að telji Samkeppniseftirlitið að samruni raski samkeppni á markaði þá beri stofnuninni að grípa til íhlutunar, þ.e. ógilda samrunann eða setja honum skilyrði. Gera verði ríkar kröfur til samrunaaðila og Samkeppniseftirlitsins eigi að víkja frá fyrrgreindri meginreglu og heimila samruna sem hafi skaðleg áhrif á samkeppni. Áfrýjandi telur að ekki hafi verið sýnt fram á með fullnægjandi hætti að skilyrði undantekningarreglunnar um félag á fallanda fæti hafi verið uppfyllt við yfirtöku Íslandsbanka hf. á Byr hf.

Áfrýjandi bendir á að ætla megi að Íslandsbanki hf., Arion banki hf. og Landsbankinn hf. séu hver um sig með um []%¹ markaðshlutdeild, Byr hf. með []%² hlutdeild en áfrýjandi sé aðeins með um []%³ hlutdeild. Að mati áfrýjanda sé ljóst að stóru viðskiptabankarnir þrír séu enn í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu og að hin sameiginlega markaðsráðandi staða þeirra hafi styrkst á undanförunum misserum.

Þá telur áfrýjandi að verði samruni Íslandsbanka hf. og Byrs hf. að veruleika séu engar líkur á því að keppinautar eða neytendur geti ógnað samhæfingu viðskiptabankanna þriggja. Töluverðar aðgangshindranir séu að markaðnum og viðskiptamenn bankanna séu ekki í neinni aðstöðu til að knýja á um breytingar.

Þá bendir áfrýjandi á að ef kaup Íslandsbanka hf. á Byr hf. leiði til þess að Teris missi viðskiptin við Byr hf. að stærstum hluta þá megi ætla að upplýsingatæknikostnaður verði mun meiri fyrir minni fjármálafyrirtæki sem geti haft ófyrirséð áhrif. Þannig kunni kaupin hugsanlega að hafa það í för með sér að ómögulegt verði fyrir nýja aðila að komast inn á íslenskan viðskiptabankamarkað þar sem Teris sé eini aðilinn sem selji þriðja aðila þær lausnir sem séu nauðsynlegar.

¹ Trúnaðarmál

² Trúnaðarmál

³ Trúnaðarmál

Áfrýjandi telur að eini aðilinn á markaðnum sem sé í stöðu til að raska samræmdum aðgerðum viðskiptabankanna þriggja sé Byr hf. Gangi fyrirhugaður samruni eftir sé ljóst að verulegar líkur séu á því að hugsanlegir keppinautar verði í reynd útilokaðir frá markaðnum. Engir möguleikar séu eftir fyrir hugsanlega keppinauta til ytri vaxtar.

Áfrýjandi byggir á því að við mat á því hvort hægt hafi verið að selja Byr hf. til annars aðila en Íslandsbanka hf. verði að miða við stöðuna sem uppi hefði verið ef sölufarlið hefði ekki verið haldið þeim annmörkum sem lýst sé í kæru. Áfrýjandi telur að ef staðið hefði verið með öðrum hætti að sölufarlinu hefðu hugsanlegir kaupendur getað orðið fjölmargir.

Þá bendir áfrýjandi á að við mat á því hvort samruni skuli heimilaður á grundvelli reglunnar um félag á fallanda fæti skuli litið til þess hvort gjaldþrot félags sé ekki betri kostur en samruni út frá samkeppnissjónarmiðum. Vísast í þessu sambandi til umræðuskjals Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2011 og svo til úrskurðar áfrýjunarnefndar nr. 1/2011. Í hinni kærðu ákvörðun sé ekki að finna neina umfjöllun um það hvort heppilegra hafi verið út frá samkeppnissjónarmiðum að Byr hf. færi í slitameðferð, sbr. t.d. slitameðferð SPRON.

Þá bendir áfrýjandi á að í hinni kærðu ákvörðun sé beinlínis tekið fram í forsendum hennar að eignir Byrs hf. hefðu ekki horfið af markaði ef samruninn hefði ekki orðið. Umrætt skilyrði undantekningarreglunnar um félag á fallanda fæti sé þar af leiðandi augljóslega ekki uppfyllt.

Áfrýjandi telur að meginreglan, sem fram komi í 17. gr. c. samkeppnislega, um íhlutun Samkeppniseftirlitsins vegna samruna sem skaðlegir séu samkeppni, og meðalhófsregla stjórnarsýsluréttarins leiði til þess að heimilt sé að setja slíkum samrunum skilyrði til að takmarka skaðleg áhrif. Þá vísar áfrýjandi ennfremur til þess markmiðs samkeppnislaganna að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum, sbr. 1. gr. laganna. Áfrýjandi telur að meðal þeirra skilyrða sem til greina hafi komið að setja samrunanum, í þeim tilgangi að minnka skaðleg áhrif hans, megi nefna skilyrði um skyldu Íslandsbanka hf. til að kaupa þjónustu af Teris eða um skyldu Íslandsbanka hf. til að selja tilteknar eignir Byrs hf., t.d. eignarhluta í fjármálafyrirtækjum eða útibú. Áfrýjandi telur að þar sem hin kærða ákvörðun hafi ekki að geyma neina umfjöllun um möguleg skilyrði til að minnka skaðleg áhrif samrunans sé óumflýjanlegt að ákvörðunin verði ógilt.

Sjónarmið Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið bendir á að unnt sé innan ramma gildandi samkeppnislaga að fallast á varnir sem byggja á sjónarmiðum um félag á fallanda fæti. Komi fram í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar nr. 1/2011: *Búvangur o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu*, leiðbeiningar sem Samkeppniseftirlitið hafi lagt til grundvallar í rannsókn sinni vegna máls þessa, sem og í hinni kærðu ákvörðun.

Samkeppniseftirlitið bendir á að líkt og með aðrar matskenndar reglur samkeppnisréttar, beri að beita reglunni um fyrirtæki á fallandi fæti með hliðsjón af einkennum viðkomandi markaðar. Mismunandi regluverk og sérstakar aðstæður á einstaka mörkuðum geti óhjákvæmilega haft þýðingu. Í þessu máli sé um að ræða mikilvægan og kerfislega viðkvæman markað og lúti fyrirtæki á honum sérstökum skyldum og viðamiklu eftirliti samkvæmt sérlögum. Fyrir hendi sé eftirlitsstjórnvald, Fjármálaeftirlitið, sem hafi á grundvelli sérlaga ríkar heimildir til inngripa á markaðnum, eins og nánar sé lýst í hinni kærðu ákvörðun. Aðstæður í þessu máli séu með þeim hætti að ljóst sé að afstaða Fjármálaeftirlitsins og möguleg beiting þess á valdheimildum sínum skipti mjög miklu varðandi mat á reglunni um fyrirtæki á fallanda fæti.

Eftir rannsókn málsins, hafi Samkeppniseftirlitið talið hafið yfir vafa að engin önnur niðurstaða hafi verið tæk en að fallast á að skilyrði um fyrirtæki á fallandi fæti hafi verið uppfyllt. Telur eftirlitið að sjónarmið áfrýjanda í kæru breyti ekki þessari niðurstöðu.

Samkeppniseftirlitið telur að afstaða Fjármálaeftirlitsins til mögulegrar beitingar ákvæða laga um fjármálafyrirtæki og afstaða þess til stöðu fjármálafyrirtækja, m.a. rekstrarhæfis þeirra, hafi sérstaka þýðingu í máli þessu enda sé stofnuninni beinlínis ætlað að fjalla um álitamál af þeim toga. Safni Fjármálaeftirlitið miklu magni gagna með reglubundnum hætti í þessum tilgangi. Í máli þessu liggja fyrir afstaða Fjármálaeftirlitsins til fjárhagsstöðu Byrs hf. en ákvæði laga um fjármálafyrirtæki geri m.a. tilteknar kröfur til eiginfjárlutfalls fjármálafyrirtækja. Samkeppniseftirlitið hafi hvorki það hlutverk né heimildir til að endurskoða aðgerðir sem Fjármálaeftirlitið grípi til í lögbundnu eftirliti sínu. Sökum þessa hafi Samkeppniseftirlitinu borið að hafa hliðsjón af mati Fjármálaeftirlitsins á stöðu Byrs hf.

Að mati Samkeppniseftirlitsins sýni gögn málsins að staða Byrs hf. hafi verið með

þeim hætti að ekki hafi verið annar kostur fyrir bankann en sala hans eða ráðstöfun eigna á grundvelli bráðabirgðaákvæðis laga um fjármálafyrirtæki. Sé því ljóst að Byr hf. stefndi í þrot í skilningi reglunnar um félag á fallanda fæti.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að ESA heimilaði samruna Íslandsbanka hf. og Byrs hf. þrátt fyrir að hann færi gegn þeirri reglu að bankar sem hlotið hafa ríkisstyrk megi ekki kaupa keppinauta sína. Í þessari niðurstöðu ESA felist að stofnunin hafi metið hvort aðrar leiðir hafi verið færar sem raski samkeppni minna, þ.m.t. tilboð áfrýjanda í Byr hf. Sé ljóst að ESA telji að samruni Íslandsbanka hf. og Byrs hf. hafi verið eini raunhæfi kosturinn í þeirri stöðu sem hafi verið uppi.

Samkeppniseftirlitið telur einnig að tilboð áfrýjanda hafi ekki verið raunhæft. Skipti hér meginmáli annars vegar afstaða Fjármálaeftirlitsins og hins vegar sú staðreynd að tilboð áfrýjanda byggði á þeirri forsendu að hann fengi víðtæka ríkisábyrgð á innlánnum sem Samkeppniseftirlitið telji verulegan vafa leika á að áfrýjanda hafi staðið til boða og slík forsenda í tilboði áfrýjanda hafi ekki verið raunhæf.

Samkeppniseftirlitið telur að ekki séu efni til þess að haggja mati Fjármálaeftirlitsins á fjárhagslegum styrk áfrýjanda og getu hans til kaupa á Byr hf. enda sé Fjármálaeftirlitinu falið með lögum að hafa eftirlit með starfsemi áfrýjanda. Í því ljósi og með hliðsjón af fyrirliggjandi gögnum málsins telji Samkeppniseftirlitið að tilboð áfrýjanda hafi ekki getað talist raunhæft eins og á stóð.

Samkeppniseftirlitið fellst á það með áfrýjanda að tilteknir annmarkar hafi verið á sölufarli Byrs hf. Eftirlitið telur þó að annmarkarnir hafi ekki verið þess eðlis að sölufarlið teljist í heild sinni ófullnægjandi. Í þessu sambandi bendir Samkeppniseftirlitið á að rætt hafi verið við aðra áhugasama aðila en áfrýjanda og leitað eftir sjónarmiðum þeirra við meðferð málsins. Hafi það almennt ekki verið mat þeirra að útboðið hafi verið svo gallað að það hafi hamlað þeim sérstaklega.

Samkeppniseftirlitið bendir á að það hafi verið mat eftirlitsins eftir rannsókn í málinu að enginn raunhæfur kaupandi hafi verið að afmörkuðum hluta af eignum Byrs hf. þannig að leysa hafi mátt úr eiginfjárvandræðum sjóðsins.

Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að það hafi verið mat eftirlitsins, byggt á yfirlýsingum Fjármálaeftirlitsins og fleiri gögnum, að Byr hf. yrði ráðstafað á grundvelli laga um fjármálafyrirtæki til eins af stóru viðskiptabönkunum hefðu kaup Íslandsbanka hf. á Byr hf. ekki gengið eftir. Hafi slitameðferð á Byr hf. í stað

sölu hans því ekki verið raunhæfur möguleiki og óþarfi að fjalla nokkuð um hann.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að í þessu máli sé fyrir hendi sú sérstaka staða að hliðsett stjórnvald hafi lýst því yfir hvernig það muni ráðstafa fyrirtæki í fjárhagsörðugleikum gangi samruni málsins ekki eftir. Staðan sé að þessu leyti með allt öðrum hætti en t.d. í máli áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2011. Telur Samkeppniseftirlitið að stofnunin geti ekki haggð framangreindu mati Fjármálaeftirlitsins eins og á standi. Verði því að teljast fullvíst að eignir Byrs hf. hefðu farið til eins af stóru viðskiptabönkunum. Þannig hefði hin samkeppnislega röskun orðið sambærileg hvort sem samruni Íslandsbanka hf. og Byrs hf. hefði gengið eftir eða ekki.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í 17. gr. c. samkeppnislaga sé beinlínis gert ráð fyrir því að heimild eftirlitsins til aðgerða vegna samruna sé bundin því að af samruna leiði að samkeppni raskist eða markaðsráðandi staða myndist eða styrkist. Sami skilningur komi fram í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2011. Sé því ljóst að ekki hafi verið lagaskilyrði til þess að setja samrunanum skilyrði með tilliti til þess að skilyrðum fyrir beitingu reglunnar um félag á fallandi fæti hafi verið fullnægt.

V.

Niðurstaða

1

Samkvæmt 17. gr. c. samkeppnislaga nr. 44/2005, með áorðnum breytingum, getur Samkeppniseftirlitið ógilt samruna fyrirtækja, telji það að samruni þeirra 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. Þá getur Samkeppniseftirlitið einnig sett slíkum samruna skilyrði sem verður að uppfylla innan tilskilins tíma.

Mál það sem er hér til úrlausnar varðar samruna Íslandsbanka hf. og Byrs hf., og hvort þær aðstæður séu uppi varðandi þann samruna að ekki séu forsendur til að hafa frekast að af hálfu samkeppnisyfirvalda, þar sem sýnt hafi verið fram á að skilyrði um fyrirtæki á fallanda fæti séu uppfyllt. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins

frá 17. október 2011 kemur fram að sterkar vísbendingar séu um að Íslandsbanki hf., Landsbanki hf. og Arion banki hf. séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu og að yfirtaka Íslandsbanka hf. á Byr hf. sé til þess fallin að styrkja þá stöðu og auka samþjöppun og skaðlega fákeppni á markaðnum. Jafnframt segir í ákvörðuninni að ekki þurfi að taka endanlega afstöðu til þessa í málinu þar sem rannsókn málsins hafi leitt til þeirrar niðurstöðu að óhjákvæmilegt sé að fallast á vörn samrunaaðila um félag á fallanda fæti. Fellst áfrýjunarnefnd samkeppnismála á það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki þurfi að taka endanlega afstöðu til þess, ef niðurstaða málsins verði sú að skilyrði séu til þess í málinu að beita reglunni um félag á fallanda fæti.

2

Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2011: *Búvangur o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu* eiga sjónarmið um „félag á fallanda fæti“, rót sína að rekja til þess að yfirtaka á félagi sem ella hyrfi af markaði, geti í vissum tilvikum skipt litlu eða engu máli í samkeppnislegu tilliti. Þessi sjónarmið er að finna í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar ESB um mat á láréttum samruna, 2004/C 31/03, þar sem segir:

„The Commission may decide that an otherwise problematic merger is nevertheless compatible with the common market if one of the merging parties is a failing firm. The basic requirement is that the deterioration of the competitive structure that follows the merger cannot be said to be caused by the merger. This will arise where the competitive structure of the market would deteriorate to at least the same extent in the absence of the merger. The Commission considers the following three criteria to be especially relevant for the application of a ‘failing firm defence’. First, the allegedly failing firm would in the near future be forced out of the market because of financial difficulties if not taken over by another undertaking. Second, there is no less anti-competitive alternative purchase than the notified merger. Third, in the absence of a merger, the assets of the failing firm would inevitably exit the market.”

Um vandmeðfarna undantekningarreglu er að ræða og ber þeim fyrirtækjum sem byggja vilja varnir sínar á reglunni um félag á fallanda fæti að sýna fram á að þau þrjú skilyrði sem að ofan eru rakin í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar ESB séu uppfyllt til þess að samkeppnisyfirvöld heimili samruna á þessum grundvelli.

3

Fyrsta skilyrðið er að fyrir liggi að félagið sem yfirtekið er, „félagið á fallanda fæti“,

muni hverfa af markaði vegna fjárhagslegra erfiðleika. Það felur í sér að skaðlegra áhrifa yfirtökunnar á markaðinn gætir í jafnlitlum eða jafnmiklum mæli og ef fyrirtækið hefði horfið af markaði vegna fjárhagslegra erfiðleika. Orsök þess að samkeppni raskast verður því ekki rakin til þess að félagið var yfirtekið af öðru félagi, heldur til þess að fyrirtækið er ekki lengur á markaðnum.

Við skoðun á því hvort samrunaaðilum hafi tekist að sanna að Byr hf. hefði í nánustu framtíð hrökklast af markaði vegna fjárhagserfiðleika, verður að líta til þess að áður en Íslandsbanki hf. yfirtók Byr hf., var fjárhagsstaða Byrs hf. mjög slæm. Í athugasemdum áfrýjanda frá 6. febrúar 2012 kemur fram að ekki sé um það deilt í málinu að Byr hf. hafi ekki uppfyllt kröfur um eiginfjárhlutfall fjármálafyrirtækja og hafi fjárhagsstaða Byrs hf. því sannanlega verið erfið.

Fjárhagserfiðleikar Byrs hf. eru rækilega tíundaðir í gögnum samrunaaðila og bréfum Fjármálaeftirlitsins m.a. frá 10. október 2011, þar sem segir að fjárhagsstaða Byrs hf. sé óviðunandi og að bankinn uppfylli ekki kröfur laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki. Í bréfinu segir jafnframt að núverandi staða Byrs hf. sé til þess fallin að ógna fjármálastöðugleika á Íslandi og að samruni við Íslandsbanka hf. stuðli að fjármálastöðugleika og komi í veg fyrir að Fjármálaeftirlitið þurfi að beita heimildum sínum samkvæmt ákvæði til bráðabirgða VI í lögum um fjármálafyrirtæki.

Fjármálaeftirlitið hefur lögum samkvæmt ríkar heimildir og mikilvægar skyldur til eftirlits og inngripa á fjármálamarkaði. Ber að fallast á með Samkeppniseftirlitinu að möguleg beiting Fjármálaeftirlitsins á valdheimildum sínum, m.a. samkvæmt ákvæði til bráðabirgða VI í lögum um fjármálafyrirtæki skipti miklu varðandi mat á því hvort skilyrði fyrir beitingu reglunnar um félag á fallanda fæti séu uppfyllt. Ljóst er samkvæmt fyrrgreindu bréfi Fjármálaeftirlitsins frá 10. október 2011 að eftirlitið hefði gripið til úrræðis samkvæmt ákvæði til bráðabirgða VI í lögum um fjármálafyrirtæki, hefði ekki orðið af samruna við Íslandsbanka hf. Þannig verður í máli þessu, sem fjallar um yfirtöku viðskiptabanka, að meta rekstrarhæfi bankans, að teknu tilliti til þess hvort bankinn uppfylli kröfur laga og stjórnvaldsfyrirmæla um eigið fé og lausafjárstöðu. Því er ekki fallist á þær athugasemdir áfrýjanda að samrunareglum samkeppnislaga hafi verið vikið til hliðar í málinu, heldur skiptir það máli fyrir mat á því hvort skilyrðum fyrir beitingu reglunnar um félag á fallanda fæti hafi verið fullnægt, að skoða hvernig markaðurinn hefði litið út, hefði ekki orðið af yfirtöku Íslandsbanka hf. á Byr hf.

Í greinargerð Byrs hf. sem fylgdi samrunaskrá segir að ljóst sé að félagið stefni í þrot og í ársreikningi Byrs hf. fyrir árið 2010 og í samandregnum ársreikningi fyrir fyrri hluta árs 2011, sem dagsettur er 30. júní 2011 kemur fram sú ábending endurskoðanda að veruleg óvissa sé um rekstrarhæfi Byrs hf.

Þegar allt framangreint er virt verður fallist á að tekist hafi að sýna fram á að Byr hf. hefði í nánustu framtíð hrökklast af markaðnum vegna fjárhagserfiðleika, hefði félagið ekki verið yfirtekið af Íslandsbanka hf.

4

Verður þá næst vikið að því hvort kostur hafi verið á því að selja hið yfirtekna félag til annars aðila sem hefði minni röskun á samkeppni í för með sér. Kemur þá söluferli bankans til skoðunar, en áfrýjandi hefur gert margvíslegar athugasemdir við það.

Ráða má af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2011 að ef sett eru skilyrði í söluferli sem eru til þess fallin að fæla frá mögulega fjárfesta geti það leitt til þeirrar niðurstöðu að telja verði að mögulegt hafi verið að selja öðrum aðila fyrirtækið, óháð því hvaða niðurstaða fæst í útboði.

Söluferli Byrs hf. var tvískipt og var áhugasömum aðilum gefinn kostur á að skila inn óskuldbindandi tilboðum og síðar skuldbindandi tilboðum á grundvelli frekari skoðunar gagna. Fimm aðilar, þ.e. Arion banki hf., Íslandsbanki hf., Landsbanki hf., MP banki hf. og Bank Nordik óskuðu eftir aðgangi að gagnaherbergi og undirrituðu trúnaðaryfirlýsingu vegna þess. Fjórir þeirra, þ.e. allir nema Bank Nordik, skiluðu inn óskuldbindandi tilboðum og tveir skiluðu inn skuldbindandi tilboði, þ.e. Íslandsbanki hf. og MP banki hf. Fyrri hluti söluferlis stóð yfir frá 6. júní 2011 til 16. júní s.á. og síðari hluti söluferlis, sem skyldi ljúka með gerð óskuldbindandi tilboðs, stóð yfir frá 20. júní 2011 til 8. júlí 2011.

Arctica Finance ehf. var ráðinn ráðgjafi til að annast söluferlið. Áfrýjandi heldur fram að söluferlið hafi verið ýmsum annmörkum háð, sem leiða eigi til þess að skilyrðum beitingu reglunnar um félag á fallanda fæti verði ekki talið fullnægt.

5

Áfrýjandi telur að sá annmarki hafi verið á söluferlinu að söluferli hafi verið breytt þannig að þremur dögum fyrir skil skuldbindandi tilboðs þurftu tilboðsgjafar að

sýna fram á fjárhagslega getu og hafi það komið í veg fyrir að aðrir en aðilar með nægt eigið fé gætu tekið þátt í söluférlinu. Að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála er þetta þó grundvallaratriði varðandi söluférlid, sem kemur glögglega fram í iv. lið greinar 4.4. söluférlisbréfs að bjóðandi verði að lýsa því með nákvæmum hætti hvernig hann hyggist fjármagna kaup á hlutafé í Byr hf. Er fallist á með samrunaaðilum að það, hvernig bjóðendur hyggjast fjármagna kaup á hlutafé er forsenda þess að unnt sé að meta hvort bjóðandi geti raunverulega efnt tilboð sitt. Verður því ekki talið að um annmarka á söluférlu hafi verið að ræða, að bjóðendum hafi verið send, hinn 5. júlí 2011, nánari útlistun á því hvernig unnt væri að uppfylla skilyrði um fjármögnun.

6

Þá bendir áfrýjandi á að sá tími sem veittur hafi verið til að kanna hið selda hafi verið mjög knappur og vísar til þess að fjármálastarfsemi Byrs hf. sé umfangsmikil og flókin. Sá knappi tími sem veittur hafi verið til þess að kanna hið selda hafi komið verr niður á smærri aðilum en stóru viðskiptabönkunum.

Eins og fram kom í söluférlisbréfi voru tímafrestir knappir. Fyrri hluti söluférlis stóð frá 6. til 16. júní 2011 og seinni hluti þess stóð frá 20. júní 2011 til 15. júlí s.á. Fallist er á það með áfrýjanda að um mjög knappa fresti er að ræða. Þá verður þó að skoða í ljósi þess að tímaáætlun var ljós öllum fjárfestum frá upphafi söluférlisins. Þá voru allar upplýsingar um Byr hf. aðgengilegar í gagnaherbergi frá upphafi annars hluta söluférlisins. Einnig er til þess að líta að viðvera bjóðenda í gagnaherbergjum undir lok söluférlis var lítil. Þegar allt framangreint er virt verður ekki talið að knappir tímafrestir hafi verið til þess fallnir, eins og hér stóð á, að fæla frá mögulega fjárfesta. Einnig verður að líta til þess að tímaáætlunin byggði á málefnalegum sjónarmiðu um erfiða og afar viðkvæma stöðu Byrs hf.

7

Áfrýjandi gerir athugasemdir við þær breytingar sem gerðar voru á skjalagerð í söluférlinu. Tilboðsgjafar hafi einungis fengið sólarhring til þess að gera athugasemdir við áskriftarskjalið og hafi fengið til baka skjal sem háð hafi verið fyrirvörum um endanlegt samþykki. Í athugasemdum samrunaaðila varðandi þetta atriði kemur fram að drög að áskriftarsamningi hafi verið send seinna en upphaflega hafi verið gert ráð fyrir. Áfrýjandi gerði athugasemdir við samninginn en fékk aldrei fyrirvaralausla lokaútgáfu frá seljendum. Að mati áfrýjunarnefndar

Samkeppnismála voru ýmsir annmarkar á þessum hluta söluferlisins, en ekki verður talið að þessir annmarkar hafi haft áhrif á niðurstöðu útboðsins eða mat á því hvort skilyrðum beitingar reglunnar um félag á fallanda fæti sé fullnægt. Þá verður ekki talið að í þeirri breytingu sem kveðið var á um í viðauka við söluferlisbréfið að bjóðendum sé heimilt að leggja fram fleiri en eitt tilboð, felist annmarki á söluferli, heldur sé fremur um ívilnandi breytingu að ræða gagnvart bjóðendum.

8

Áfrýjandi bendir á að í söluferli Byrs hf. hafi tilboðsgjöfum aðeins verið heimilt að skrá sig fyrir nýju hlutafé og/eða gera tilboð í þegar útgefið hlutafé. Tilgangurinn með sölunni hafi verið að styrkja eiginfjárgrunn Byrs hf. Telur áfrýjandi að því markmiði hefði mátt ná með öðrum leiðum, þ.e. sölu á eignum Byrs hf. eða rekstrareiningum. Ósannað sé að engin önnur leið hafi verið tæk.

Að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála telst þetta ekki annmarki á söluferlinu, þar sem fyrir lá frá upphafi söluferlisins, að söluferlið var ætlað til að afla nýs hlutafjár í Byr hf., til að styrkja eiginfjárgrunn félagsins.

9

Í ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA, frá 19. október 2011, sem er meðal gagna málsins, kemur fram að ekki sé ástæða til að ætla annað en að ómögulegt hafi verið að ganga að tilboði áfrýjanda, þar sem óvíst hafi verið hvort nauðsynleg fjármögnun þess tækist. Af þessari ástæðu taldi Eftirlitsstofnun EFTA að fallast bæri á sjónarmið íslenskra stjórnvalda um að sala á Byr hf. til MP banka hf. hefði ekki tryggt fjárhagslegan stöðugleika á Íslandi. Hér verður að hafa í huga að eitt skilyrði þess að unnt sé að bera fyrir sig vörnina um félag á fallanda fæti, er að vafalaust sé að ekki hafi verið aðrar leiðir færar, sem hagfelldari séu samkeppni. Inn í mat á því hvort unnt hefði verið að selja félagið öðrum aðila og að sú sala hefði raskað samkeppni minna en sú leið sem farin var, hlýtur að fléttast mat á því tilboði sem fyrir liggur. Af hálfu áfrýjanda var lagt fram tilboð, þar sem óvíst var hvort fjármögnun tækist. Að taka því tilboði var því í raun ekki fært, ekki var um aðra færa leið að ræða, sem hagfelldari var samkeppni en þá leið sem farin var, að taka tilboði Íslandsbanka hf.

Þá kemur einnig fram í ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA að ekki verði annað séð en að jafnræðis bjóðenda hafi verið gætt við söluferlið.

Við skoðun á meintum annmörkum sölufelis Byrs hf. ber að hafa í huga að ekki var um hefðbundið félag í sölufeli að ræða. Verðmæti félagsins minnkaði hratt, fjölmiðlaumræða var mikil og félagið var ekki með áframhaldandi rekstrarhæfi. Skipta þessi atriði miklu máli við mat á því hvort æskilegra hefði verið að auglýsa sölufelið á ítarlegri hátt en gert var, m.a. með auglýsingu í erlendum blöðum. Áfrýjunarnefndin fellst á að slíkt hefði verið æskilegra en að ekki sé hægt að fullyrða, eins og hér stóð á, að slíkt hefði borið þann árangur að laða að erlenda fjárfesta.

Þriðja skilyrðið fyrir beitingu undantekningarreglu um fyrirtæki á fallandi fæti er að eignir hverfi að öðrum kosti af markaði. Skaði neytenda og samkeppni af því, er að eignirnar, þ.e. framleiðslutækin nýtist ekki til framleiðslu gæða eða vöru á markaðnum. Þetta leiði til minna framboðs og herra verðs til neytenda og hagsmunir þeirra séu því betur tryggðir með því að halda eignum í framleiðslugreininni, sé þeim ráðstafað með samrunanum.

Rétt er að benda á að reglan um fyrirtæki á fallandi fæti er matskennd regla og þarf að beita með tilliti til séreinkenna viðkomandi markaðar. Fjármálamarkaður er mjög sérstakur markaður í þessu tilliti. Þarf að líta til hins viðkvæma kerfislega umhverfis markaðarins, fjármálastöðugleika sem og sérlega sem um fjármálamarkaði gilda, þegar beita á hinn matskenndu reglu um félag á fallanda fæti.

Eins og fram kemur undir lið 3 skiptir möguleg beiting Fjármálaeftirlitsins á valdheimildum sínum, m.a. samkvæmt ákvæði til bráðabirgða VI í lögum um fjármálafyrirtæki, miklu varðandi mat á því hvort skilyrði fyrir beitingu reglunnar um félag á fallanda fæti séu uppfyllt, en ljóst er samkvæmt bréfi Fjármálaeftirlitsins frá 10. október 2011 að eftirlitið hefði gripið til úrræðis samkvæmt ákvæði til bráðabirgða VI í lögum um fjármálafyrirtæki, hefði samruni Íslandsbanka hf. og Byrs hf. ekki orðið. Þannig er ljóst að stofnunin hefði gripið til þess ráðs að færa eignir og skuldir Byrs hf. til fjármálafyrirtækis sem hefði burði til þess, með tilliti til eiginfjárstöðu að taka við þeim, þ.e til eins af stóru bönkunum þremur.

Af framangreindu verður ráðið að ef ekki hefði komið til samruna Íslandsbanka hf. og Byrs hf., hefðu eignir Byrs hf. því ekki horfið af markaði, þar sem fyrir liggur

skýr afstaða Fjármálaeftirlitsins um aðgerðir. Sú afstaða er til komin vegna sérlega sem um markaðinn gilda og tekur mið af ríkum hagsmunum neytenda ef litið er til fjármálastöðugleika. Í ljósi þess sem að ofan er rakið, að eignir og skuldir Byrs hf. hefðu verið færðar til eins af þremur stóru bönkunum, ef ekki hefði orðið að samruna Íslandsbanka hf. og Byrs hf., má telja fullvíst að tilfærsla markaðshlutdeildar Byrs hf. til Íslandsbanka hf. hefði því að þessu leyti ekki skaðlegri áhrif á samkeppni en yfirtaka Fjármálaeftirlitsins á Byr hf.

12

Þegar allt framangreint er virt telur áfrýjunarnefnd samkeppnismála að samrunaaðilum hafi tekist að færa sönnur á að sjónarmið um félag á fallanda fæti eigi við í máli þessu.

Því verður sú ákvörðun Samkeppniseftirlitsins staðfest, að ekki séu forsendur til þess að hafast frekar að í máli þessu.

Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 1/2011 er ekki heimilt að setja samruna skilyrði þegar fallist er á að beita vörninni um félag á fallanda fæti, enda hefur þá verið fallist á að skaðvænleg áhrif á samkeppni séu ekki fyrir hendi.

Ú r s k u r ð a r o r ð

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 33/2011 frá 17. október 2011 er staðfest.

Ingveldur Einarasdóttir formaður

Brynhildur Benediktsdóttir

Kristín Benediktsdóttir

Rétt endurrit staðfestir: