

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

úrskurður í máli nr. 1/2011

Búvangur o.fl.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Með kæru, dagsettri 3. mars 2011, hefur Búvangur ehf., Hlíð ehf., Grís og Flesk ehf., Ormsstaðir ehf. og Stefán Þórðarson ehf. sjálf og f.h. Baulu ehf. (hér eftir nefnd áfrýjendur), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í samrunamálinu nr. 3/2011, *samruni Stjórnugríss hf. við rekstrarfélagið Braut ehf. og LS2 ehf.*, dagsett 3. febrúar 2011, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í hinni kærðu ákvörðun taldi Samkeppniseftirlitið ekki forsendur til þess að hafast frekar að í málinu.

Áfrýjendur krefjast þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og að samruninn verði óheimilaður. Til vara er þess krafist að ákvörðunin verði felld úr gildi og Samkeppniseftirlitinu gert að setja samrunanum skilyrði í samræmi við 17. gr. c. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Málsatvik eru þau að þann 5. mars 2010 var Samkeppniseftirlitinu tilkynnt um yfirtöku Arion banka á Svínabúinu Brautarholti ehf. og Grísagarði ehf. og barst Samkeppniseftirlitinu samrunatilkynning vegna þess þann 23. mars 2010. Voru

svínabúin rekin af Rekstrarfélaginu Braut ehf. og LS2 ehf. sem eru í eigu Arion banka. Rekstur þessara búa og eignir þeirra að hluta voru svo seldar Stjórnugrís hf. sumarið 2010 og barst Samkeppniseftirlitinu samrunatilkynning vegna kaupanna þann 27. ágúst 2010.

Samkeppniseftirlitið hóf í kjölfarið rannsókn á samrunanum sem leiddi til útgáfu andmælaskjals, dagsett 1. desember 2010, þar sem komist var að þeirri frumniðurstöðu að samruninn væri samkeppnishamlandi í skilningi 17. gr. c. samkeppnislaga nr. 44/2005. Í kjölfar þessa bárust athugasemdir frá samrunaaðilum þar sem því var meðal annars borið við að sjónarmið um fyrirtæki á fallanda fæti (e. *failing firm defence*) ættu við í málinu. Samkeppniseftirlitið óskaði í framhaldi eftir sjónarmiðum aðila sem tengjast svínaeldi í því skyni að upplýsa málið betur. Samkeppniseftirlitið komst í framhaldi að þeirri niðurstöðu í ákvörðun nr. 3/2011: *Samruni Stjórnugríss hf. við Rekstrarfélagið Braut ehf. og LS2 ehf.*, dagsett 3. febrúar 2011, að ekki væru forsendur til þess að hafast frekar að í málinu.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar.

III.

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjenda barst 22. mars 2011. Athugasemdir áfrýjenda við greinargerðinni bárust 5. apríl 2011 en Samkeppniseftirlitsins taldi ekki þörf að koma með frekari athugasemdir í málinu. Þá var hagsmunaaðilum, Stjórnugrís hf. og Arion banka hf., gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu og bárust þær 4. og 5. apríl 2011.

Málið var flutt munnlega þann 3. maí 2011. Lögmaður áfrýjenda, Páll Ásgrímsson hrl., flutti málið fyrir þeirra hönd og lögmaður Samkeppniseftirlitsins, Gizur Bergsveinsson hdl., fyrir hönd Samkeppniseftirlitsins. Viðstaddir málflutninginn voru lögmaður Stjórnugríss hf. og tveir starfsmenn Arion banka hf. og gafst fulltrúum hagsmunaaðila tækifæri á að koma að athugasemdum sem og þeir gerðu.

Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna anna nefndarmanna og umfangs málsins.

IV.

Málsástæður áfrýjenda

Af hálfu áfrýjenda er vísað til 9. gr. samkeppnislaga um kærueimild þeirra til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Áfrýjendur telja að þrátt fyrir að við þeir hafi ekki notið aðilastöðu við meðferð Samkeppniseftirlitsins á málinu njóti allt að einu kærueimildar til áfrýjunarnefndarinnar m.a. með vísan til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 18/2009: *Síminn gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Áfrýjendur benda á að Samkeppniseftirlitið meti það svo að umræddur samruni myndi markaðsráðandi stöðu félagsins í svínarækt og styrki markaðsráðandi stöðu félagsins á markaðnum fyrir slátrun á svínum. Eftirlitið telji þrátt fyrir framangreint að vegna atvika þessa máls sé ekki unnt að grípa til íhlutunar vegna reglna samkeppnisréttar um félög á fallandi fæti. Þá segi Samkeppniseftirlitið í ákvörðun sinni:

„Hefur rannsókn málsins ekki leitt í ljóst [sic] að um hafi verið að ræða aðra kaupendur að svínabúunum en þá sem gáfu Arion banka tilboð. Þá hefur ekkert komið fram í málinu sem gerir það líklegt að mat Arion banka á tilboðum þeirra hafi verið rangt. Ennfremur verður að telja sannað að eignir búanna myndu óhjákvæmilega hverfa af markaðnum og ekki verður grundvöllur nýs rekstrar, ef ekki kæmi til samrunans.“

Áfrýjendur mótmæla þessu og benda á að félagið Baula ehf. hafi verið stofnað árið 2009 í þeim tilgangi að kaupa bústofn, húsakost og land af Grísagarði ehf. sem þá hafi verið kominn í tæknilegt gjaldþrot og hafi verið rekið með fyrirgreiðslu frá Arion banka. Tilgangurinn með kaupunum hafi verið að mynda mótvægi við Stjórnugrís hf. sem hafi aukið markaðshlutdeild sína verulega á síðastliðnum 10 árum. Í lok febrúar 2010 hafi Brautarholtsbúið einnig verið komið í þrot og Arion banki hafi yfirtekið reksturinn á báðum búum. Í framhaldi hafi Arion banki tekið ákvörðun um að selja bæði búin í einu lagi í lokuðu útboði sem aðeins hafi verið kynnt fyrir svínabændum. Baula ehf. hafi verið meðal þeirra sem skilaði inn tilboði í umrædd bú. Þegar að það hafi legið fyrir að Arion banki ætlaði að selja

Stjórnugrís hf. svínabúin fékkst sú skýring frá bankanum að Stjórnugrís hf. hafi verið með langhæsta tilboðið í umræddar eignir.

Varðandi fjárhagslegan styrk Stjórnugrís hf. og rekstrarþekkingu umfram aðra bjóðendur benda áfrýjendur á að Stjórnugrís hf. hafi verið með neikvætt eigið fé samkvæmt ársreikningi félagsins í árslok 2009 en á sama tíma hafi 4 af 5 svínabúum sem standi að Baulu ehf. verið með samanlagt jákvætt eigið fé 180 milljónir króna. Einnig að þau svínabú sem standi að Baulu ehf. hafi verið í rekstri sömu fjölskyldna í áratugi. Með vísan til framangreinds standist forsenda Samkeppniseftirlitsins fyrir ákvörðun sinni ekki að mati áfrýjenda.

Áfrýjendur byggja á því að skilyrði þess að félag teljist á fallandi fæti sé ekki uppfyllt í málinu. Í hinni kærðu ákvörðun komi fram almenn umfjöllun um kenninguna um fyrirtæki á fallandi fæti. Þar segi meðal annars eftirfarandi:

„Í túlkunarreglum framkvæmdastjórnar ESB um mat á láréttum samruna kemur fram að eftirfarandi sjónarmið hafi almennt mikið vægi við mat á því hvort félag sé á fallandi fæti.

(1) að fyrir liggi að félag það sem málsaðilar halda fram að stefni í þrot muni í nánustu framtíð hrökklast af markaðnum vegna fjárhagserfiðleika ef það yrði ekki tekið yfir af öðru félagi;

(2) að möguleiki á annarri sölu nefnds félags, sem hefði minni röskun á samkeppni í för með sér, sé ekki til staðar;

(3) að eignir þess félags sem stefnir í þrot myndu óhjákvæmilega hverfa af markaðnum og ekki verða grundvöllur nýs rekstrar, ef ekki kæmi til samrunans.”

Áfrýjendur eru sammála því mati Samkeppniseftirlitsins að öll þrjú ofangreind skilyrði þurfi að vera uppfyllt og að sönnunarbyrðin hvíli á samrunaaðilum. Þeir telja jafnframt að umrædd skilyrði séu ekki uppfyllt eins og máli þessu sé háttað. Áfrýjendur benda á að hvað varði möguleika á annarri sölu sem hefði haft minni samkeppnislega röskun í för með sér þá virðist Samkeppniseftirlitið hafa fallist á að á meðal áhugasamra kaupenda að svínabúum hafi verið aðilar sem hefðu minni samkeppnisröskun í för með sér. Þrátt fyrir það hafi það verið mat Samkeppniseftirlitsins að tilboð þeirra aðila hafi verið óhagstæðari heldur en tilboð Stjórnugrís hf. og að málefnalegt hafi verið hjá Arion banka að hafna öðrum tilboðum.

Áfrýjendur benda á að þeir hafi ekki fengið neinar upplýsingar um inntak tilboðs Stjórnugríss hf. og hafi því aldrei verið í aðstöðu til að leggja mat á það. Einnig benda áfrýjendur á að þótt tilboð Stjórnugríss hf. hafi eftir atvikum verið fjárhagslega hagstæðara heldur en tilboð áfrýjenda og annarra bjóðenda þá geti það ekki leitt til þess að umþrætt skilyrði sé uppfyllt. Slík niðurstaða sé fráleitt enda leiði hún af sér þá einkennilegu stöðu að svo lengi sem markaðsráðandi aðili bjóði hæst í fyrirtæki á fallandi fæti þá teljist skilyrðið uppfyllt. Slík niðurstaða sé í andstöðu við markmið og tilgang samkeppnislaga.

Áfrýjendur telja að möguleiki á sölu fyrirtækjanna til annarra hafi verið til staðar. Sá möguleiki hafi jafnframt verið forsvaranlegur enda þótt tilboð Stjórnugríss hf. hafi hugsanlega að einhverju leyti verið fjárhagslegra hagkvæmara fyrir seljandann, Arion banka. Af framangreindu leiði jafnframt að þriðja skilyrðið geti ekki talist uppfyllt, þ.e.a.s. að eignir þess félags sem stefni í þrot, hér Brautarholts og Grísagarðs, myndu óhjákvæmilega hverfa af markaðnum og ekki verði grundvöllur nýs rekstrar, ef ekki kæmi til samrunans.

Áfrýjendur benda á að þótt Samkeppniseftirlitið telji samrunann mynda markaðsráðandi stöðu félagsins í svínarækt og styrki markaðsráðandi stöðu félagsins á markaðnum fyrir slátrun á svínum, þá sjái eftirlitið ekki neina ástæðu til þess að setja samrunanum skilyrði, með vísan til 17. gr. c. samkeppnislaga. Áfrýjendur telja að eftirlitinu sé skylt að setja samruna sem þessum viðhlítandi skilyrði í samræmi við markmið og tilgang samkeppnislaga. Að það hafi ekki verið gert leiði til þess að ákvörðunin sé haldin slíkum annmörkum að óhjákvæmilegt sé annað en að ógilda hana eða a.m.k. að Samkeppniseftirlitinu verði gert skylt að setja samrunanum skilyrði í samræmi við reglur 17. gr. c. samkeppnislaga.

Að lokum byggja áfrýjendur á því að við meðferð málsins á lægra stjórnarsýslustigi hafi Samkeppniseftirlitið ekki gætt nægilega að því að áfrýjendur nytu stöðu sem aðilar stjórnarsýslumáls.

Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið fellst á það með vísan til þeirra leiðbeininga sem fram komi í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 18/2009 að áfrýjendur geti skotið þessu máli til nefndarinnar en jafnframt að það þýði ekki að þeir hafi átt aðild að málinu fyrir Samkeppniseftirlitinu á lægra stjórnslustigi. Meginreglan sé sú að aðildar að samrunamáli njóta fyrst og fremst þau félög sem að samrunanum standa. Hafi þannig almennt verið á því byggt að kaupandi og seljandi tiltekens fyrirtækis njóti aðildar að samrunamáli vegna viðskipta þeirra. Ekki hafi komið til þess að keppinautar viðkomandi fyrirtækja hafi notið aðildar hjá Samkeppniseftirlitinu vegna samrunamála þrátt fyrir að í fyrrgreindum úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 18/2009 hafi verið viðurkennd aðild á kærustigi. Telur Samkeppniseftirlitið að aðild keppinauta samrunaaðila að samrunamáli takmarkist við kærustig. Bendir Samkeppniseftirlitið á að jafnvel þótt fallist yrði á að áfrýjendur hafi átt aðild að málinu fyrir Samkeppniseftirlitinu geti það engu breytt um gildi hinnar kærðu ákvörðunar. Við rannsókn málsins hafi áfrýjendum verið gefinn kostur á því að tjá sig um andmælaskjal eftirlitsins sem og sjónarmið Stjórnugríss hf. og Arion banka ásamt því sem áfrýjendur óskuðu eftir gögnum af gagnalista sem hafi verið afhent í samræmi við ákvæði upplýsingalaga. Áfrýjendur fengu því næg tækifæri til þess að tjá sig um alla þá þætti málsins sem máli skipta, kynna sér gögn og koma að sjónarmiðum áður en endanleg ákvörðun var tekin. Nutu áfrýjendur í raun allra þeirra réttinda sem aðilar máls njóta.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að áfrýjendur hafi fallist á þau meginviðmið sem eftirlitið telji að beita eigi við mat á því hvort reglan um fyrirtæki á fallanda fæti eigi við. Áfrýjendur líti hins vegar svo á að efnislegt mat Samkeppniseftirlitsins sé að hluta til rangt og að skilyrðum reglunnar um fyrirtæki á fallanda fæti sé ekki fullnægt. Samkeppniseftirlitið bendir á að eitt skilyrða fyrir beitingu reglunnar um fyrirtæki á fallanda fæti sé að ekki sé fyrir hendi möguleiki á annarri sölu á viðkomandi fyrirtæki sem hefði í för með sér minni röskun á samkeppni. Er í því sambandi m.a. metið hvort sala til annars aðila sé raunhæf. Í þessu máli hafi ýmissa upplýsinga verið aflað bæði frá Arion banka og bjóðendum í svínabúinn og sé þeirri rannsókn lýst í hinni kærðu ákvörðun. Á grundvelli þessara gagna og upplýsinga hafi það verið mat Samkeppniseftirlitsins að atvik hafi verið með þeim hætti að allir áhugasamir aðilar hafi getað gert tilboð í búin og ekkert hafi komið fram í málinu sem gefi til kynna að fyrir hendi hafi verið aðrir mögulegir kaupendur en þeir sem gerðu Arion banka tilboð í svínabúin. Rannsókn málsins

leiddi einnig til þeirrar niðurstöðu að ekki hafi verið ástæða til að véfengja það mat að rétt hafi verið af Arion banka að fallast ekki á tilboð annarra bjóðenda en Stjórnugrís hf. Ástæður þessa séu raktar í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þeirrar umfjöllunar varðandi það. Samkeppniseftirlitið mat það svo að ekki hafi verið um annan raunhæfan kaupanda að ræða en Stjórnugrís hf. og að engu hafi skipt í þessu sambandi hvort áfrýjendur hafi haft aðgang að tilboði Stjórnugrís hf. eða ekki. Mat eftirlitsins á tilboðunum hafi enda ekki ráðist á samanburði á því hvaða tilboð hafi verið fjárhagslega hagstæðast heldur á því hversu raunhæft hvert og eitt tilboð var þegar ákvörðun hafi verið tekin um það hvaða tilboði bankinn gengi að. Niðurstaða rannsóknar Samkeppniseftirlitsins hafi verið sú að ekki hafi verið aðrir raunhæfir kaupendur að umræddum búum.

Samkeppniseftirlitið telur að beiting reglunnar um félag á fallanda fæti byggji á heildarmati á aðstæðum. Grundvallarsjónarmið reglunnar sé að samkeppni muni raskast jafn mikið hvort sem samruninn sé heimilaður eða ekki. Þau þrjú sjónarmið sem nánar sé vikið að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins séu nánari útfærsla þess sjónarmiðs. Var það mat eftirlitsins að umrædd svínabú hefðu horfið af markaðnum hefði samruninn verið ógiltur.

Varðandi þá skoðun áfrýjenda að Samkeppniseftirlitinu hefði borið að setja skilyrði fyrir yfirtöku Stjórnugrís hf. á svínabúunum í samræmi við ákvæði 17. gr. c. samkeppnislaga telur eftirlitið að þar gæti nokkurs misskilnings af hálfu áfrýjenda. Þegar reglunni um fyrirtæki á fallanda fæti sé beitt séu ekki orsakatengsl á milli samrunans og þeirrar samkeppnisröskunar sem verði vegna fjárhagsörðuleika hins yfirtekna fyrirtækis. Reglan leiði því til þess að samruni sé heimilaðar án skilyrða þar sem lagaskilyrði séu ekki fyrir íhlutun í samrunann.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjendur skýri ekki hvaða ákvæði stjórnsýslulaga eftirlitið á að hafa brotið við meðferð málsins og sé kæra þeirra því vanreifðuð að þessu leyti.

V.

Niðurstaða

1.

Áfrýjendur telja að þeir hafi átt að njóta formlegrar aðilastöðu við meðferð samrunamálsins hjá Samkeppniseftirlitinu. Því mótmælir Samkeppniseftirlitið en báðir eru sammála um að áfrýjendur njóti réttar til að kæra niðurstöður eftirlitsins til áfrýjunarnefndarinnar. Áfrýjunarnefndin telur að áfrýjendur eigi með réttu aðild að því að kæra niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 18/2009.

Að því er varðar aðild málsins við meðferð Samkeppniseftirlitsins liggur fyrir að áfrýjendum var veittur kostur á að tjá sig um fyrirhugaðan samruna áður en ákvörðun var tekin en nánar er vikið að því hvernig það var gert í lið 2. hér á eftir. Hvorki í samkeppnislögum né stjórnisýslulögum er að finna nákvæma skilgreiningu á því hverjir geti talist aðilar samkeppnismáls. Því er ákvörðun um þetta háð mati sem byggist á viðurkenndum sjónarmiðum samkeppnisréttar og stjórnisýsluréttar. Samkvæmt þessu gildir sú meginregla í samkeppnisrétti að málsefni þarf að varða viðkomandi bæði beint og sérstaklega til þess að til aðildar geti komið.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar eiga samkeppnisaðilar almennt ekki beina aðild að samrunamálum í þeim skilningi sem er lagður í það hugtak samkvæmt þeim viðmiðunum sem að ofan greinir. Ákvörðun um að samþykkja eða hafna samruna beinist ekki að öðrum en samrunaaðilum. Þar við bætist að við rannsókn slíkra mála þarf að afla mikilvægra og viðkvæmra upplýsinga úr rekstri samrunaðila sem aðrir eiga almennt ekki aðgang að.

Í þessu máli verður ekki séð að sérstök sjónarmið leiði til annarrar niðurstöðu en venja stendur til í málsmeðferð samrunamála. Er því ekki fallist á sjónarmið áfrýjenda um að það valdi ógildingu á ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að þeir fengu ekki formlega aðilastöðu að málinu.

2.

Áfrýjendur gera athugasemdir við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins, og var í málflutningi fyrir nefndinni bent á að umsagnar- eða andmælaréttur áfrýjenda hefði í raun ekki verið virtur þar sem of stuttur tími hafi gefist til að neyta hans, ekki hafi legið fyrir allar upplýsingar og gögn, svo og að andmælaskjal

Samkeppniseftirlitsins hafi ekki bent til þess að eftirlitið teldi skilyrði til að fallast á vörnina um fyrirtæki á fallanda fæti. Að mati áfrýjunarnefndarinnar var kallað eftir sjónarmiðum áfrýjenda í samræmi við það sem eðlilegt má teljast undir rekstri málsins hjá Samkeppniseftirlitinu. Áfrýjendur komu á framfæri sjónarmiðum sínum um vörnina um fyrirtæki á fallanda fæti og bar Samkeppniseftirlitinu engin skylda til að kynna það sérstaklega fyrir áfrýjendum að frekari röksemdir samrunaaðila hefðu breytt afstöðu eftirlitsins. Auk þess voru sjónarmið áfrýjenda um þetta atriði ítarlega reifuð í skriflegum og munnlegum málflutningi fyrir áfrýjunarnefndinni. Þessar athugasemdir hafa því ekki við rök að styðjast og verðum þeim hafnað.

3.

Áfrýjunarnefndin er sammála því mati Samkeppniseftirlitsins að samruninn myndi markaðsráðandi stöðu Stjörnugrís í svínarækt og styrki markaðsráðandi stöðu félagsins á markaðnum fyrir slátrun á svínum. Þá hefur sterk staða félagsins á eggjamarkaði enn frekari áhrif til að styrkja stöðu gagnvart ýmsum aðilum á markaði, s.s. kjötvinnslum, fódurseljendum og smásölum. Af fyrirliggjandi gögnum má ráða að aðrir samkeppnisaðilar hafa mun minni hlutdeild og virðast hafa takmakaða burði til að eflast í samkeppni við Stjörnugrís.

Samkvæmt gögnum málsins höfðu hin yfirteknu fyrirtæki á árinu 2009 um 19% markaðshlutdeild á markaði fyrir sölu á svínakjöti þegar tekið er mið af tekjum en 27% þegar miðað er við framleitt magn í tonnum. Ef samruninn verður að veruleika virðist líklegt að Stjörnugrís taki við þeirri markaðshlutdeild, jafnvel þótt dregið verði úr framleiðslu í hagræðingarskyni.

Við afgreiðslu málsins þarf að taka tillit til þess að afkastageta framleiðenda á markaði hefur verið meiri en framleiðsla eins og fram kemur í gögnum málsins og þar með umtalsvert meiri en eftirspurn á neytendamarkaði sem dregist hefur saman samkvæmt forsendum ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins.

Samkvæmt framansögðu er því augljóst að markaðsráðandi aðili mun efla stöðu sína verði samruninn heimilaður. Að sama skapi telst líklegt að möguleikar annarra samkeppnisaðila til að stunda virka samkeppni muni minnka enn frekar. Þá er ljóst að sá rekstur sem um ræðir er þess eðlis að erfitt er fyrir nýja aðila að

hasla sér völl á markaði nema með umtalsverðum tilkostnaði og án þess að arður að fjárfestingu verði fyrr en eftir talsverðan tíma. Til viðbótar kemur að samþjöppun á markaði er nú þegar talsverð og áhrif samrunans myndu leiða til umtalsverðrar hækkunar á svokölluðum HHI stuðli eins og fram kemur í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Þegar svona háttar til er stutt í að markaðsráðandi aðili hafi slíka yfirburði og styrk gagnvart birgjum og smásöluaðilum að hann hafi tók á að stjórna því sem fram fer á markaðnum. Við slíka aðstöðu skapast margvísleg samkeppnisleg vandamál.

Í málinu þarf jafnframt að hafa í huga að um er að ræða sölu á matvælum sem snertir á endanum hagsmuni fjölmargra neytenda.

4.

Sjónarmið um „félag á fallanda fæti“ á rót sína að rekja til þess að yfirtaka á félagi, sem ella legði upp laupana, getur í vissum tilvikum skipt litlu eða engu máli í samkeppnislegu tilliti. Á síðustu tveimur áratugum hefur skapast framkvæmd innan Evrópusambandsins og víðar hjá eftirlitsaðilum og dómstólum sem tekur tillit til þessara staðreynda og felur í sér að það geti beinlínis verið í þágu langtímahagsmuna neytenda að framleiðslutæki haldist í rekstri þrátt fyrir að keppendum á markaði fækki við yfirtöku. Heimild til samruna á grundvelli þessara sjónarmiða er þó undantekningarregla. Skilyrði fyrir beitingu hennar verða því að vera sannanlega uppfyllt og vafi í þeim efnum leiðir til þess að samruna ber að hafna.

Hér þarf jafnframt að hafa í huga að Samkeppnisyfirköld geta heimilað samruna, þótt hann geti verið skaðvænlegur - þ.m.t. aukið eða viðhaldið samkeppnislegum yfirráðum - ef sett eru skilyrði til að draga úr slíkum áhrifum. Yfirtaka félags í fjárhagslegum vanda getur því leitt til slíkrar íhlutunar þótt samruni kunni að vera heimilaður. Að mati Samkeppniseftirlitsins, sem áfrýjunarnefndin er sammála, er hins vegar ekki heimilt að setja skilyrði fyrir samruna ef fallist er á vörnina um fyrirtæki á fallanda fæti þar sem í slíkri niðurstöðu felst að skaðvænleg áhrif séu þá í raun engin.

5.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að unnt sé innan ramma gildandi samkeppnislaga að fallast á varnir sem byggja á sjónarmiðum um félag á fallanda fæti. Skilyrði er að unnt sé að sýna fram á að samruni leiði ekki til eflingar á markaðsráðandi stöðu og feli því ekki í sér samkeppnisröskun.

Erfitt getur verið að meta slík orsakatengsl en ýmis atriði koma til skoðunar. Í þessu efni verður m.a. að skoða hvort ætla megi að yfirtökufyrirtækið hefði hvort eð er tekið við þeirri markaðshlutdeild sem yfirtekna fyrirtækið réði yfir, eða hvort aðrir samkeppnisaðilar hefðu átt raunhæfa möguleika á að ná í þau viðskipti að einhverju marki.

Samantekið má því segja að sú byrði hvíli á samrunaaðilum að sanna að engin skaðvænleg samkeppnisleg áhrif verði í raun af samruna miðað við fyrrgreind sjónarmið. Í því felist jafnframt að hafið sé yfir vafa að ekki hafi verið aðrar færar leiðir við ráðstöfun fyrirtækis á fallanda fæti.

6.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar skapar það nokkra sérstöðu í þessu máli að afkastageta svínabúa í landinu er meiri en til þarf til að svara eftirspurn á markaði. Við slíkar aðstæður getur það jafnvel verið heppilegra, í samkeppnislegu tilliti, að fyrirtæki á fallanda fæti verði hreinlega lagt niður, tímabundið eða að fullu og öllu, frekar en að ráðstafa því til markaðsráðandi aðila sem með því væri þá í aðstöðu til að styrkja stöðu sína enn frekar gagnvart þeim sem fyrir eru á markaði. Um þetta atriði er ekki fjallað í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins

7.

Ekki liggur fyrir greining á því hver samkeppnisleg áhrif hefðu orðið af því að umrædd fyrirtæki hefðu, ásamt lóðum og lendum, verið lögð niður og eignir þeirra nýttar í öðrum tilgangi, samanborið við þá málsmeðferð sem Arion banki kaus að hafa á við ráðstöfun svínabúanna, sbr. nánar kafla 9.

8.

Fyrir liggur að Arion banki hafði tekið við yfiráðum fyrirtækjanna Brautarholt ehf. og Grísagarð ehf. sökum þess að félögin eða eigendur þeirra gátu ekki staðið í

skilum með fjárhagsskuldbindingar sínar gagnvart bankanum. Lítið liggur fyrir um tilraunir bankans til að laga skuldbindingar fyrirtækjanna að greiðslugetu rekstrarins, en þó kemur fram í umsögn forsvarsmanna Brautarholtbúsins til Samkeppniseftirlitsins, dagsett 6. janúar 2011, að þeir hafi boðist til að leggja fram frekari tryggingar vegna skuldbindinga við Arion banka og leggja rekstrinum jafnframt til nýtt hlutafé. Um það hvort þetta hafi verið raunhæft úrræði til að halda áfram samkeppnisrekstri búsins er ekkert fjallað í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, en eins og áður segir þarf að liggja fyrir að aðrir heppilegri kostir en ráðstöfun til markaðsráðandi aðila, hafi ekki verið tækir.

9.

Við meðferð málsins kom fram að Arion banki hagaði sölu svínabúanna þannig að:

(a) Gert var að skilyrði að búin yrði seld í einu lagi. Var því lýst í málflutningi fyrir nefndinni að þetta hafi verið gert vegna „þrýstings frá greininni“ um að a.m.k. öðru búinu yrði lokað og bankinn hefði talið eðlilegt að kaupandi annaðist það fremur en bankinn.

(b) Kaupendur gátu ekki vænst fjármögnunar kaupanna frá Arion banka og var seljendalán að því er virðist útilokað fyrirfram burtséð frá þeim tryggingum sem boðnar kynnu að vera eða lánshlutfalli.

(c) Sala hlutanna var ekki auglýst opinberlega, heldur leitað óformlega til þeirra sem talið var að hefðu áhuga, og virðist helst hafa verið leitað hófanna innan svínaréktunargreinarinnar.

(d) Arion banki taldi nauðsynlegt eða æskilegt að væntanlegir kaupendur hefðu reynslu og þekkingu af rekstri svínabúa.

Jafnframt byggir Samkeppniseftirlitið á því í ákvörðun sinni að Arion banki hafi gefið yfirlýsingar um að svínabúin á Hýrumel og Brautarholti myndu bæði hætta framleiðslu ef ekki yrði af kaupum Stjórnugrís ehf.

Áfrýjunarnefndin telur að miðað við framangreindar forsendur hafi í raun vart annað komið til greina en að Stjórnugrís ehf. keypti búin. Spurningin sem eftir

stendur er hins vegar hvort forsendurnar hafi verið réttar og aðrir kostir hafi verið kannaðir nægjanlega í ljósi þeirrar þröngu samkeppnislegu stöðu sem uppi var.

10.

Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 18/2009 (Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu) ríkir nú ástand í íslensku efnahagslífi þar sem ýmis fyrirtæki og eigendur þeirra standa ekki undir skuldbindingum sem teknar voru við hagstæðari skilyrði. Við endurskipulagningu fjárhags fyrirtækjanna og ráðstöfun eigna þeirra, ef endurskipulagning leiðir til breytts eignarhalds, þarf sérstaklega að gæta að því að ekki skapist ný samkeppnisleg vandamál með samþjöppun eignarhalds sem erfitt verður að glíma við þegar frá líður. Vörnin um fyrirtæki á fallanda fæti er sérlega vandmeðfarin við þessar aðstæður þegar mörg fyrirtæki eiga í vanda og einn sterkur aðili á markaði gæti átt möguleika að ná yfirburðastöðu.

Áfrýjunarnefndin telur að margt bendi til þess að samruni Stjörnugríss ehf. við svínabúin á Hýrumel og Brautarholti muni hindra virka samkeppni í skilningi ákvæða c. liðar 17. gr. samkeppnislaga. Eins og fram kemur í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í málinu myndar samruninn markaðsráðandi stöðu félagsins í svínarækt og styrkir markaðsráðandi stöðu félagsins á markaðnum fyrir slátrun á svínum. Þá hefur sterk staða félagsins á eggjamarkaði enn frekari áhrif til að styrkja stöðu gagnvart ýmsum aðilum á markaði, s.s. kjötvinnslum, fódurselgjendum og smásölum.

Í niðurlagi ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins er samruninn þrátt fyrir þetta heimilaður með vísan til þess rannsókn málsins hafi „ekki leitt í ljós að um hafi verið að ræða aðra kaupendur að svínabúunum en þá sem gáfu Arion banka tilboð“. Þá vísar eftirlitið til þess að það teljist sannað að eignir búanna myndu „óhjákvæmilega hverfa af markaðnum“ og samkeppni á markaðnum yrði minni en áður hvort sem samruninn yrði heimilaður eða ekki.

11.

Áfrýjunarnefndin telur ósannað að skilyrðin um fyrirtæki á fallanda fæti, sbr. kafla 5., séu fyrir hendi eins og málið liggur fyrir. Þvert á móti virðist margt benda til hins gagnstæða. Að mati nefndarinnar skiptir þar mestu að ekki hafi verið gerð

grein fyrir því hvernig það megi vera að öll markaðshlutdeild svínabúanna að Hýrumel og Brautaholti hefði hvort eð er að verulegu eða öllu leyti horfið til Stjórnugríss ehf. Auk þess telur áfrýjunarnefndin að það hafi orkað tvímælis að áskilja að einungis mætti selja búin í einu lagi í því söluferli sem Arion banki stóð fyrir. Skýringar á þessu í munnlegum málflutningi fyrir nefndinni voru heldur ekki fullnægjandi. Sama gildir um þá staðreynd að eignirnar voru ekki auglýstar til sölu opinberlega. Gerð er frekari grein fyrir þessum sjónarmiðum í köflum 6.-9.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar hefur því ekki verið sýnt fram á að skilyrðin um fyrirtæki á fallanda fæti sé fyrir hendi.

12.

Samkvæmt framansögðu verður ekki komist hjá því að fella ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 3. febrúar 2011 í máli eftirlitsins nr. 3/2011 úr gildi og vísa málinu aftur til eftirlitsins til frekari meðferðar og nýrrar ákvörðunar.

Úrskurðarorð:

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 3. febrúar 2011 í máli eftirlitsins nr. 3/2011 er felld úr gildi og málinu vísað aftur til eftirlitsins til frekari meðferðar og nýrrar ákvörðunar.

Reykjavík 9. júní 2011.

Jóhannes Karl Sveinsson

Stefán Már Stefánsson

Brynhildur Benediktsdóttir

Rétt endurrit staðfestir: