

Úrskurður
áfrýjunarnefndar samkeppnismála
í máli nr. 18/2009
Síminn hf.
gegn
Samkeppniseftirlitinu

I.

Með kærui, dagsettri 2. nóvember 2009, hefur Síminn hf., (hér eftir nefndur áfrýjandi) kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 34/2009, frá 5. október 2009. Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að ekki væri ástæða til að aðhafast frekar vegna samruna Vestia hf. og Teymis hf.

Af hálfu áfrýjanda er þess aðallega krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og gripið verði til íhlotunar í samrunann. Til vara krefst áfrýjandi þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og lagt fyrir Samkeppniseftirlitið að taka málið til meðferðar að nýju.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess aðallega krafist að kærui áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Til vara er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

II.

Mál þetta varðar samruna Teymis hf. og Vestia hf. Síðarnefnda félagið eignaðist meirihluta hlutafjár í Teymi hf. við nauðasamninga þar sem skuldum Teymis hf. við NBI

hf. og aðra lánardrottna var breytt í hlutafé. Vestia hf. er dótturfélag NBI hf. og fer með eignarhluti bankans í ýmsum félögum.

Í maí 2009 barst Samkeppniseftirlitinu bréf frá Skiptum hf., sem er móðurfélag áfrýjanda, þar sem fjallað var um fyrirhugaða nauðasamninga vegna Teymis hf. Var því haldið fram að fyrirliggjandi frumvarp til nauðasamninga, með tilheyrandi skuldaniðurfellingu, fæli í sér röskun á samkeppnisstöðu keppinauta Teymis hf. Var á því byggt að Samkeppniseftirlitið hefði heimild til beinna inngripa á grundvelli 16. gr. samkeppnislaga. Jafnframt kom fram í bréfi Skipta hf. að félagið teldi verulegar líkur á því að endurskipulagning Teymis hf. færi gegn ríkisstyrkjareglum EES-samningsins.. Í bréfi, dags. 2. júní 2009, gerði Samkeppniseftirlitið Skiptum hf. grein fyrir því að það teldi að 16. gr. samkeppnislaga ætti ekki við og þegar af þeirri ástæðu væri ekki unnt að fallast á kröfu um bráðabirgðaákvörðun. Jafnframt kom fram í bréfinu að eftirlitið myndi taka það til skoðunar hvort rétt væri að málið sætti frekari meðferð.

Þann 3. júní 2009 barst Samkeppniseftirlitinu annað bréf frá Skiptum hf. þar sem farið var þess á leit við eftirlitið að það fjallaði um aðgerðir NBI hf., Íslandsbanka hf. og Straums fjárfestingarbanka hf., helstu kröfuhafa Teymis hf. og var þess óskað að gripið yrði til allra viðeigandi ráðstafana til að koma í veg fyrir eða draga úr röskun á samkeppni vegna nauðasamninga Teymis hf. Samkeppniseftirlitið aðhafðist ekki sérstaklega vegna þessa erindis.

Samkeppniseftirlitinu barst síðan þann 24. júní 2009 tilkynning um samruna frá Vestia ehf. vegna yfirtöku félagsins á Teymi hf. Þessu samrunamáli lauk með hinni kærðu ákvörðun sem birt var 5. október 2009. Skipti hf. eða áfrýjandi voru ekki taldir aðilar að því máli og höfðu enga aðkomu að því.

Þann 2. júlí 2009 var birt ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 27/2009 vegna brota Teymis hf. og Og fjarskipta hf. (Vodafone) á 10. gr. samkeppnislaga og ákvörðun eftirlitsins nr. 36/2008. Ákvörðun þessi byggðist á sátt og féllust félögin á að greiða sekt og jafnframt er lögð sú skylda á Teymi hf. að selja eignarhlut sinn í fjarskiptafyrirtækinu Tali hf. en það er nú í meirihlutaeigu Teymis hf.. Þegar skylda þessi hefur verið framkvæmd verður Tali hf. að öllu leyti ótengt Teymi hf. og Vodafone hf.

Rétt er að geta þess að Samkeppniseftirlitið hefur tekið áhrif efnahagshrunsins á samkeppni til sérstakrar athugunar, m.a. birt skýrslu og tekið þátt í norrænni vinnu þessu tengdu. Einn hluti þessarar stefnumörkunar er athugun á aðkomu bankanna að endurskipulagningu og endurreisn íslensks atvinnulífs, sbr. álit nr. 3/2008 *Ákvarðanir banka og stjórnvalda um framtíð fyrirtækja á samkeppnismörkuðum*. Samkeppniseftirlitið hóf á árinu 2009 vinnu við að leggja mat á samkeppnisleg álitaefni sem tengjast m.a. lækkun á skuldum í tengslum við fjárhagslega endurskipulagningu fyrirtækja á krepputímum. Á grundvelli þessara athugana hefur eftirlitið birt umræðuskjal um þetta efni og hefur í hyggju að leita eftir sjónarmiðum um málefnið. Umræðuskjalinu er ætlað að leggja grunn að stefnumörkun eftirlitsins að þessu leyti og mögulegum aðgerðum ef tilefni þykir til þess. Umræðuskjalið á m.a. rót sína að rekja til erinda og ábendinga sem borist hafa frá Skiptum hf. og fleiri aðilum.

III.

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins um kæru áfrýjanda barst 18. nóvember 2009. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust 24. nóvember 2009 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins við þeim bárust 2. desember 2009. Þá var málið sent forsvarsmönnum Vestia ehf. og Teymi hf. til kynningar og fyrirtækinu veittur kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu. Athugasemdir bárust frá fyrirtækinu þann 4. janúar 2010.

Afgreiðsla málsins hefur dregist nokkuð hjá áfrýjunarnefndinni vegna þess að talin var nauðsyn á því að veita samrunaaðilum kost á því að tjá sig um málið auk þess sem nefndarmenn voru fjarverandi um jól og áramót.

IV.

Málsástæður áfrýjanda

Áfrýjandi telur sig hafa heimild til að kæra málið til áfrýjunarnefndarinnar þrátt fyrir að hafa ekki haft beina aðild að samrunamálinu. Áfrýjandi telur hina lagalegu aðstöðu vera þannig að þar sem ekki sé vikið að því í 9. gr. samkeppnislaga hverjir geti kært

ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins þá fari það eftir almennum reglum stjórnisýsluréttar og ríkjandi sjónarmiðum innan samkeppnisréttar. Þær reglur feli það í sér að hver sá sem eigi lögvarða hagsmuni af úrlausn máls geti kært ákvörðun í því til æðra stjórnvalds.

Áfrýjandi bendir á að ekki hafi reynt á það álitaefni hér á landi hvort samkeppnisaðili á markaði geti kært ákvarðanir samkeppnisyfirvalda þar sem ekki sé gripið til íhlutunar í samruna aðila sem starfa á sama markaði. Aðild samkeppnisaðila í slíkum málum hafi hins vegar verið viðurkennd í Danmörku, en hugtökin lögvarðir hagsmunir og aðili máls séu túlkuð á sambærilegan hátt í dönskum og íslenskum rétti.

Áfrýjandi byggir á því að öll sjónarmið stjórnisýslu- og samkeppnisréttar leiði til þess að játa verði honum aðild.. Leiði það jafnt af réttarframkvæmd hér á landi í sambærilegum málum, almennrar túlkunar hugtakanna aðili máls og lögvarðir hagsmunir, og sjónarmiðum EB réttar. Þá telur áfrýjandi að það sé ríkjandi viðhorf hér á landi að ekki eigi að setja kærvaðild þröngar skorður og megi ráða það m.a. af dómum Hæstaréttar Íslands.

Áfrýjandi bendir á að með hinni kærðu ákvörðun sé samruni stærsta samkeppnisaðila hans á nokkrum skilgreindum mörkuðum, við aðila í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á viðskiptabankamarkaði, heimilaður án nokkurra skilyrða. Þar sem áfrýjandi starfi á þeim mörkuðum þar sem samkeppni muni að hans mati skaðast við samrunann, verði að telja að hann hafi lögvarða hagsmuni af því að fá úr lögmati hinnar kærðu ákvörðunar skorið. Þá telur áfrýjandi að það skipti máli að hann hafi áður en samrunatilkynningu var skilað átt í bréfaskriftum við Samkeppniseftirlitið þar sem hann krafðist þess að Samkeppniseftirlitið gripi til íhlutunar í samrunann sem þá var yfirvofandi.

Áfrýjandi færir jafnframt fram þau rök að samkeppnisaðila samrunaaðila hafi verið játuð aðild að málum fyrir dómstólum EB til ógildingar á ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar þar sem samruni hafi verið heimilaður án skilyrða.

Áfrýjandi byggir á því að með hinni kærðu ákvörðun hafi Samkeppniseftirlitið komist að efnislega rangri niðurstöðu. Samruninn hindri virka samkeppni á tilteknum mörkuðum í skilningi 17. gr. c. samkeppnislaga. Hann bendir á að í greininni segi að eftirlitið geti ógilt samruna ef markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til. Í 4. t. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga sé hugtakið markaðsráðandi staða skilgreind. Efnahagslegur

styrkleiki sé lykilatriði við mat á því hvort um markaðsráðandi stöðu sé að ræða eins og samkeppnisyfirvöld hafa lagt áherslu á.

Áfrýjandi bendir á að starfsumhverfi fyrirtækja hér á landi sé um þessar mundir afar óvenjulegt. Þannig séu flestöll stærri fyrirtæki landsins í nokkurs konar spennitreyju kröfuhafa og geti sig lítið hrært. Því sé efnahagslegur styrkur íslenskra fyrirtækja almennt lítill um þessar mundir og liggi ekkert fyrir um að það ástand muni breytast í náninni framtíð. Hið sama verði ekki sagt um þau fyrirtæki sem gengið hafi í gegnum fjárhagslega endurskipulagningu. Í tilviki Teymis hf. sé það einkum tvennt sem valdi. Annars vegar afskriftir á skuldum sem nemi gríðarlegum fjárhæðum og hins vegar hafi félagið nú fengið afar fjársterkan bakhjarl sem eiganda, Vestia ehf., sem sé í 100% eigu NBI hf. Vegna 100% eignarhalds bankans sé ekki unnt að líta öðruvísi á en að bankinn sé eigandi Teymis hf. Því til viðbótar megi nefna að stjórnarmenn félagsins séu starfsmenn bankans.

Áfrýjandi telur að Teymi hf. hafi háa markaðshlutdeild og sterka stöðu á mörgum skilgreindum mörkuðum. Má þar nefna markað fyrir farsímaþjónustu, fyrir sölu á ADSL tengingum, upplýsingatækni og hugbúnað. Þá séu þessir markaðir tengdir og gerir sterk staða á öllum þeirra það að verkum að staðan á hverjum þeirra sé sterkari en tölur um markaðshlutdeild gefi til kynna. Þegar við bætist margfaldur efnahagslegur styrkleiki og greiður aðgangur að lánsfé, verði að telja að markaðsráðandi staða hafi myndast við samrunann á a.m.k. einhverjum þeirra.

Áfrýjandi bendir á að í 17. gr. c. samkeppnislaga segi að Samkeppniseftirlitinu sé heimilt að grípa til íhlutunar ef samkeppni á markaði raskast að öðru leyti með umtalsverðum hætti. Ákvæðinu hafi verið breytt með lögum nr. 94/2008, þannig að eftirlitinu voru veittar víðtækari heimildir en fyrr til að grípa til íhlutunar í samruna. Áfrýjandi vísar einnig til meðferðar eftirlitsins á samruna Icelandair Group hf. og Íslandsbanka hf. þar sem ástæða þótti til íhlutunar af hálfu eftirlitisins.

Þá hafi sami aðilinn, stærsti viðskiptabanki landsins, öðlast yfirráð í fjölmörgum félögum sem mörg hver hafi sterka stöðu á mjög tengdum mörkuðum, og veiti flestum stærri fyrirtækjum landsins ákveðna grunnþjónustu. Þegar við bætist að sami aðilinn hafi líf

fjölmargra fyrirtækja þar á meðal samkeppnisaðila í hendi sér sé ljóst að samruninn án skilyrða hafi mjög skaðleg áhrif á samkeppni á fjölmörgum mörkuðum.

Áfrýjandi telur að brotið hafi verið gegn bæði rannsóknarreglu og jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, sbr. 10. og 11. gr. laganna, við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu. Ekki sé hægt að meta möguleg skaðleg áhrif samruna á samkeppni án þess að afla upplýsinga um markaði málsins og þar sem sú rannsókn hafi ekki farið fram verði að ógilda hina kærðu ákvörðun. Þá vísar áfrýjandi til mismunandi afgreiðslu Samkeppniseftirlitsins á samrunamáli Icelandair Group hf. og Íslandsbanka hf. sbr. ákvörðun eftirlitsins nr. 33/2009 og svo hinnar kærðu ákvörðunar. Áfrýjandi telur að þar sem ekki hafi verið litið til sambærilegra sjónarmiða við mat á þessum tveimur samrunum hafi með hinni kærðu ákvörðun verið brotið gegn jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga.

Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er á það bent að Hæstiréttur hafi talið að í samkeppnismálum á fyrsta stjórnarsýslustigi sé sá almennt talin aðili máls sem eigi einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta. Eftirlitið telji að ef efni máls fyrir eftirlitinu snerti viðkomandi fyrirtæki óbeint, þ.e. með sama eða svipuðum hætti og aðra í sömu atvinnugrein sé ekki um að ræða nægjanlega lögvarða hagsmuni og hafi sá skilningur verði staðfestur í úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þá teljast keppinautar samrunaaðila ekki vera málsaðilar í samrunamálum fyrir Samkeppniseftirlitinu og hafi þessari túlkun á aðild í samrunamálum verið fylgt frá gildistöku samkeppnislaga nr. 8/1993.

Samkeppniseftirlitið bendir á að 9. gr. samkeppnislaga hafi verið skýrð í ýmsum úrskurðum áfrýjunarnefndar og telji eftirlitið að af þeim leiðbeiningum sé ljóst að áfrýjandi hafi ekki lögmeta hagsmuni af málsskoti til áfrýjunarnefndar.

Þá telur Samkeppniseftirlitið að tilvísanir áfrýjanda til dóma Hæstaréttar og EES/EB-samkeppnisréttar í þessu sambandi eigi ekki við og hafi enga þýðingu í þessu máli.

Einnig mótmælir eftirlitið þeim ályktunum sem áfrýjandi dragi af framkvæmdinni í EB-rétti á því hverjir geti átt aðild að málum fyrir dómstólum EB.

Samkeppniseftirlitið bendir á að samruni þessa máls sé ekki samruni milli keppinauta eða hafi önnur bein og umsvifalaus samkeppnisleg áhrif. Þá hafi áfrýjandi ekki sýnt hvernig samruninn varði hann umfram önnur fyrirtæki.

Við mat á markaðsráðandi stöðu bendir Samkeppniseftirlitið á að það skipti mestu við þetta mat að huga að markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á þeim markaði sem hefur verið skilgreindur og að því skipulagi sem ríkir á markaðnum, sbr. úrskurð í máli nr. 3/2008 Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu. Einnig að dómstólar EB hafi bent á að samsteypusamrunar séu sérstakir að því leyti að ekki sé um að ræða samruna milli fyrirtækja sem hafi fyrirliggjandi samkeppnisleg tengsl sín á milli. Sökum þessa sé almennt ekki löglíkur á því að slíkir samsteypusamrunar hafi í för með samkeppnishamlandi áhrif.

Samkeppniseftirlitið telur að annars vegar Vestia ehf. og NBI hf. og hins vegar Teymi hf. og dótturfélög starfi á óskyldum mörkuðum. Séu því engin samkeppnisleg tengsl milli samrunaaðilanna. Því sé um samsteypusamruna að ræða af þeirri gerð sem að öllu jöfnu raski ekki samkeppni. Þá beri að hafa í huga að samruni þessa máls stafi ekki af fjárfestingu NBI hf./Vestia ehf. heldur sé hann afleiðing af fullnustuaðgerð vegna ógjaldfærni Teymis hf. Hafi NBI hf./Vestia ehf. lýst því yfir að hlutur þess í Teymi hf. verði seldur um leið og aðstæður leyfa. Sé bankanum þetta einnig skylt, sbr. 22. gr. laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki. Þá hafi því einnig verið lýst yfir að rekstri Teymis hf. verði haldið algerlega aðskildum frá rekstri NBI hf./Vestia ehf., sbr. samrunatilkynningu málsins.

Samkeppniseftirlitið bendir á að aðstæður í íslensku atvinnulífi séu óvenjulegar og ekki unnt að útiloka að samsteypusamruni þar sem fjármálastofnun taki yfir fyrirtæki í óskyldum rekstri geti kallað á aðgerðir samkvæmt samrunaákvæðum samkeppnislaga. Gæti það mögulega átt sér stað t.d. í tilvikum þar sem hið yfirtekna fyrirtæki sé markaðsráðandi fyrir og yfirtakan þyki þess eðlis að hin ráðandi staða styrkist umtalsvert. Að mati Samkeppniseftirlitsins sé ekki um slíkt undantekningatilvik að ræða í þessu máli.

Skipti hér meginmáli staðan á þeim mörkuðum sem áfrýjandi vísar til og eðli þeirrar fjárhagslegu endurskipulagningar sem gerð var á Teymi hf.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að samruninn leiði til markaðsráðandi stöðu Teymissamstæðunnar á þeim mörkuðum sem áfrýjandi vísar til.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að samruni þessa máls sé tilkominn vegna alvarlegra fjárhagsörðugleika Teymis hf. sem að óbreyttu hefði leitt til gjaldþrots. Voru nauðsamningar staðfestir með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur 23. júní 2009 og sé samruni þessa máls því afleiðing af fullnustuaðgerð lánadrottna Teymis hf. Beiting lagalegra úrræða vegna ógjaldfærni fyrirtækja geti ávallt haft í för með sér áhrif á samkeppnismarkaði.

Samkeppniseftirlitið telur að lækkun skulda, lenging lána og önnur atriði sem felist í þeirri fjárhagslegu endurskipulagningu sem leiði af nauðsamningum geti haft áhrif á keppinauta viðkomandi fyrirtækis. Þessi áhrif séu hins vegar óhjákvæmileg afleiðing af beitingu þessa réttarúrræðis. Þetta leiði einnig til þess að sú staðreynd, ein og sér, að staða fyrirtækis batni í kjölfar nauðsamninga geti ekki kallað á aðgerðir samkvæmt samkeppnislögum. Þvert á móti geti afleiðingar slíkra aðgerða verið jákvæðar fyrir samkeppni þar sem þær stuðli að því að fyrirtæki haldi áfram að veita samkeppni með starfsemi sinni á tilteknum markaði.

Samkeppniseftirlitið telur að ekkert liggi fyrir um annað en að lækkun skulda Teymis hf. og önnur atriði sem tengjast endurskipulagningu þess byggji á viðskiptalegum sjónarmiðum og málefnalegu mati. Hér skipti máli að nauðsamningurinn var staðfestur af Héraðsdómi Reykjavíkur og að lög nr. 21/1991 veiti þeim sem lögmætra hagsmuna hafa að gæta möguleika á að láta á þá það reyna hvort eftirgjöf skulda hafi verið óeðlilega mikil.

Þá telur Samkeppniseftirlitið að tilvísun áfrýjanda til ákvörðunar eftirlitsins nr. 33/2009 hafi ekki þýðingu þar sem málin séu ekki sambærileg. Teymi hf. sé ekki markaðsráðandi á þeim mörkuðum sem samstæðan starfi á og samruni þessa máls sé ekki þess eðlis að af honum leiði hætta á samskonar útlökunaráhrifum og í því máli sem leiddi til ákvörðunar nr. 33/2009. Af því leiðir að ekki sé um brot gegn jafnræðisreglu stjórnslulaga að ræða.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að hafa brotið gegn rannsóknarreglu stjórnarsýslulaga við meðferð málsins. Hin kærða samrunaákvörðun sé ívilnandi fyrir aðila hennar og í samræmi við hefðbundið verklag samkeppnisyfirvalda í slíkum tilvikum sé ákvörðunin stuttlega rökstudd. Í málinu hafi samrunatilkynning borist ásamt fylgiskjölum með fullnægjandi hætti. Þá búi eftirlitið yfir umtalsverðum upplýsingum um þá markaði sem hin kærða ákvörðun taki til vegna rannsókna annarra mála. Einnig búi eftirlitið að þeim rannsóknum sem gerðar hafa verið í tengslum við undirbúning umræðuskjals stofnunarinnar um banka og fjárhagslega endurskipulagningu fyrirtækja. Telur eftirlitið að málið hafi verið nægjanlega upplýst til þess að taka ákvörðun í því.

V.

Niðurstaða

1.

Í hinni kærðu ákvörðun er kveðið á um að ekki sé ástæða til að hafast frekar að vegna samruna Vestia ehf. og Teymis hf. Aðalkröfu áfrýjanda verður að skýra þannig að með henni sé þess krafist að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 34/2009 verði felld úr gildi, að samruninn verði ógiltur og að gripið verði til íhlutunar í samrunann. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur ekki lagagrundvöll fyrir nefndina að ógilda samrunann og fellst á rök Samkeppniseftirlitsins um það atriði. Um önnur atriði sem tengjast heimild til samrunans eða ráðstöfunum í tengslum við hann verður fjallað síðar.

2.

Hvorki í samkeppnislögum né stjórnarsýslulögum 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 stjórnarsýsluréttar. Samkvæmt þessu gildir sú meginregla í samkeppnisrétti að málsefni þarf að varða viðkomandi bæði beint og sérstaklega til þess að til aðilar geti komið. Fyrri skilyrðið felur í sér að ákveðið orsakasamhengi verður að vera milli ákvörðunar og réttarstöðu aðila. Að jafnaði má gera ráð fyrir að tiltekin ákvörðun verði viðkomandi beint ef henni er ætlað að binda hann

enda er þá orsakasamhengi augljóst. Í síðara skilyrðinu felst að viðkomandi þarf að sýna fram á að ákvörðun varði hann með þeim hætti sem aðgreinir hann frá öðrum sem kunna að vera í svipaðri aðstöðu en njóta samt sem áður ekki aðilarstöðu.

Í máli þessu liggur fyrir að áfrýjandi átti í bréfaskiptum við Samkeppniseftirlitið þar sem m.a. var gerð sú krafa að eftirlitið gripi til íhlutunar í þann samruna sem mál þetta fjallar um og þá var yfirvofandi. Þar fyrir utan hefur áfrýjandi gert grein fyrir því að samruninn varði markaði þar sem hann hafi verulegra hagsmuna að gæta. Þar nefnir hann sérstaklega markað fyrir farsímaþjónustu og ADSL tengla. Almennt telur hann Teymi hf. hafa háa markaðshlutdeild og sterka stöðu á mörgum skilgreindum mörkuðum sem muni óhákvæmilega hafa mikil áhrif á stöðu áfrýjanda sjálfs á markaðinum.

Áfrýjunarnefndin tekur undir það að umræddur samruni geti haft áhrif á stöðu áfrýjanda og snert hann með þeim hætti sem aðgreinir nægjanlega stöðu hans frá öðrum. Kvörtun hans til samkeppniseftirlitsins á sínum tíma bendir til hins sama. Ber því að telja að áfrýjandi eigi aðild í máli þessu.

3.

Í 17. gr. c. samkeppnislaga segir m.a. 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 getur Samkeppniseftirlitið sett samruna skilyrði sem verður að uppfylla innan tiltekins tíma. Í þessu felst því m.a. að draga má úr óæskilegum áhrifum samruna á samkeppnismarkaði með því að setja honum skilyrði. Til slíkra úrræða er gripið ef það telst málefnalegt og stuðlar að því markmiði að efla virka samkeppni til lengri tíma litið.

Fyrir liggur að Vestia ehf. og NBI hf. annars vegar og Teymi hf. og dótturfélög starfa á óskyldum mörkuðum og því hefur auk þess verið lýst yfir að rekstri Teymis hf. verði haldið aðskildum frá rekstri Vestia ehf./NBI hf. Um er að ræða svonefndan samsteypusamruna þar sem fyrirtæki renna saman en eru samt sem áður ekki í samkeppnislegum tengslum sem keppinautar eða viðskiptavinir. Fyrsta kastið breytist því

í raun ekki neitt á samkeppnismarkaði við samsteypusamruna, þeir sem keppa um hylli viðskiptavina eru jafnmargir og jafnstórir og áður. Þeir hafa ekki náð sérstöku sambandi eða tókum á birgjum eða fengið sérstaka aðstöðu sem færir þeim samkeppnisforskot.

4.

Bankar gegna grundvallarhlutverki í efnahagslífinu. Hlutverk þeirra er, auk hefðbundinnar miðlunar á greiðslum, að taka á móti sparifé landsmanna og ávaxta það með því að lána það til einstaklinga og fyrirtækja. Bankarnir gegna mikilvægu hlutverki í atvinnulífinu, þeir búa yfir miklum upplýsingum um aðila á markaði og taka lánaákvæðanir sem skipta miklu máli fyrir aðstöðu fyrirtækja til fjárfestinga og hagkvæmni rekstrar þeirra.

Í kjölfar falls íslensku viðskiptabankanna í október 2008, samdráttar í efnahagslífinu, gjaldeyriskreppu og lækkandi eignaverðs er ljóst að mörg fyrirtæki á markaði munu ekki geta staðið við allar skuldbindingar sínar.

Yfirtaka NBI hf., og annarra banka sem stofnað var til á grundvelli nr. 125/2008, á eignum hinna föllnu banka með miklum afföllum gefur til kynna að í stórum stíl þurfi að ganga að veðum og endursemjum um skuldir. Þá er ljóst að rekstur fyrirtækja, við þær breyttu aðstæður sem nú eru, þolir ekki núverandi skuldabyrði. Í þeim tilvikum þar sem eigendur félaga geta ekki eða vilja ekki leggja fjármagn úr eigin vasa munu lánadrottinnar óhjákvæmilega eignast umtalsverða eignarhluti í íslenskum fyrirtækjum á samkeppnismarkaði.

5.

Kæra áfrýjanda byggir á þeim grundvallarsjónarmiðum að miklar afskriftir skulda í kjölfar þess að gengið var til nauðsamninga við Teymi hf. feli í sér röskun á samkeppni. Út af fyrir sig má fallast á það sjónarmið en hins vegar telur áfrýjunarnefndin að samkeppnisreglur megi ekki takmarka möguleika fyrirtækja á fjárhagslegri endurskipulagningu með samningum við kröfuhafa, þegar skuldir eru að sliga rekstur með þeim hætti að hann færi á annað borð í þrot.

Samkeppnislög hafa það að markmiði að auka og viðhalda samkeppni í bráð og lengd til hagsbóta fyrir neytendur. Áfrýjunarnefndin telur því að samningar við lánardrottna um fjárhagslega endurskipulagningu og afskriftir skulda stríði í eðli sínu ekki gegn þeim markmiðum.

6.

Öðru máli kann hins vegar að gegna um fyrirkomulag eignarhalds á þeim fyrirtækjum sem semja við lánardrottna sína og einkum að hvaða marki það geti haft óæskileg áhrif ef lánardrottnar sitja í sæti eigenda um lengri tíma.

Hagsmunir lánardrottna liggja í fyrsta lagi í því að fyrirtækin geti greitt þær skuldir sem eftir sitja að lokinni endurskipulagningu fjárhags og í öðru lagi að eignarhlutur sá sem þeim hefur áskotnast við hina fjárhagslegu endurskipulagningu verði sem verðmætastur.

Bæði Samkeppniseftirlitið og aðilar samrunans hafa bent á að 22. gr. laga um fjármálafyrirtæki nr. 161/2002 leggi bönkum þær skyldur á herðar að selja frá sér eignir sem aflað er til að tryggja fullnustu kröfu. Nánar tiltekið segir í 2. mgr. 22. gr. að slíkar eignir skuli seldar „jafnskjótt og hagkvæmt er“. Augljóst er að þessu ákvæði er ætlað að draga úr þeirri áhættu og óheppilegu stöðu sem felst í því að bankar séu eigendur til lengri tíma að viðskiptavinum sínum. Ákvæðið sem slíkt hefur hins vegar lítið bit því að þar er að verulegu leyti lagt í hendur bankanna hvenær eignin verði seld, enda eru vart öðrum til að dreifa til að meta hvenær „hagkvæmt“ er að selja..

Fjármálaeftirlitið gaf þann 3. júní 2004 út leiðbeiningar nr. 1/2004 um heimildir viðskiptabanka, sparisjóða og lánafyrirtækja til atvinnustarfsemi. Þótt óljóst sé um stöðu þessara fyrirmæla sem réttarheimildar en þau eru gefin út með stoð í lögum nr. 87/1998 - kemur þar fram að ef þátttaka banka í atvinnustarfsemi hefur staðið lengur en í 18 mánuði skuli „gera grein fyrir ástæðum þess og áætlaðri útgöngu“.

Ekki verður séð að síðastgreindar heimildir af sviði reglna um fjármálamarkað setji í raun þær skorður að samkeppnisyfirvöld þurfi ekki að huga sjálfstætt að þeim samkeppnislegu vandkvæðum sem skapast geta af langvinnu eignarhaldi banka.

7.

Samrunaaðilarnir hafa lagt á það áherslu að eignarhald þeirra sé til komið vegna formlegs nauðasamnings á grundvelli laga nr. 21/1991 sem hlotið hafi staðfestingu héraðsdóms. Því sé um að ræða fullnustuaðgerð sem samkeppnisyfirvöld geti hvorki takmarkað né veitt annað inntak en upphaflegur nauðasamningur kvað á um.

Áfrýjunarnefndin fellst á að forsendur nauðasamningsins sem hér um ræðir hafi ekki gert ráð fyrir því að lánadrottinn þyrfti að sæta einhverjum sérstökum takmörkunum varðandi meðferð og ráðstöfun þess eignarhlutar sem félli honum í skaut. Á hinn bóginn þykir ljóst að nauðasamningur fellir ekki úr gildi neinar þær reglur sem almennt gilda um meðferð eignarhluta í félögum og þeir sem veita slíkum samningi atkvæði sitt þurfa að taka með í reikninginn þau lög og reglur sem gilda í landinu. Að mati áfrýjunarnefndarinnar eru síðarnefndu sjónarmiðin þungvægari. Verður því almennum sjónarmiðum samkeppnisréttar í grundvallaratriðum beitt við mat á þeim samruna sem aðilar hafa sótt um staðfestingu á þótt rétt þyki að hafa sérstaka hliðsjón af hagsmunum eigandans og hvernig það kom til að hann eignaðist hlutinn.

8.

Aðila greinir ekki á um það að aðstæður í íslensku efnahagslífi séu óvenjulegar um þessar mundir og að ekki sé unnt að útiloka að samsteypusamruni geti kallað á aðgerðir og telur Samkeppniseftirlitið að þetta geti átt við í tilvikum þar sem hið yfirtekna fyrirtæki var markaðsráðandi fyrir. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála tekur undir þetta en telur engu að síður að eftirlitið beri ekki að takmarka við þessi tilvik eins og málum er nú háttáð hér á landi.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar skapast ýmis konar hætta á röskun á samkeppni ef ekki eru settar skorður við langvarandi eignarhaldi lánardrottna á borð við banka að fyrirtækjum á samkeppnismarkaði. Sú röskun getur strítt gegn markmiðum samkeppnislaga og þar með hagsmunum neytenda ef fyrirtæki getur athafnað sig á markaði án eðlilegs aðhalds frá lánardrottnum sínum og eiganda. Telja verður að fjárhagslegur styrkur eigandans skipti hér máli og „þol“ hans til að bíða með að fá

fjármagn sitt til baka þar til að önnur fyrirtæki á sama markaði hafa eftir atvikum veikst eða helst úr lestinni. Þá er ljóst að ýmis vandamál skapast við hagsmunatengsl banka, sem liggja víða, og þær miklu upplýsingar sem bankarnir búa yfir um samkeppnisaðila og eftir atvikum viðskiptamenn á markaði. Þá verður ekki horft fram hjá því að bankarnir eru stórir viðskiptavinir á þjónustumörkuðum og í núverandi ástandi eru mörg félög þeim tengd. Getur því skapast hættu á óeðlilegum gerningum og misnotkun þeirrar aðstöðu. Þótt það sé til bóta að eignarhlutir í félögum séu í höndum sérstaks dótturfélags banka leysir það ekki allan vanda.

Bannákvæði IV. kafla samkeppnislaga taka að sönnu á brotum á ýmsum þeim atriðum sem talin eru varhugaverð í þessu sambandi. Á hinn bóginn er ljóst að slík brot geta leynst og verið erfitt að sanna. Þau geta auk þess haft áhrif sem ekki verður bætt úr eftir á.

9.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að unnt sé að draga úr eða koma í veg fyrir óæskileg áhrif samruna á borð við þann sem hér um ræðir með því að setja honum skilyrði. Að mati áfrýjunarnefndarinnar er eðlilegt að athugun á því fari fram þegar sótt er um heimild fyrir samruna því slík skilyrði verða síður sett eftir á eða gripið inn án þess að brot á bannreglum hafi beinlínis verið sönnuð.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar er nauðsynlegt að fyrirtækjum í eigu bankanna verði gert skylt að starfa eins sjálfstætt og unnt er á eðlilegum rekstrargrundvelli og að þeim verði ráðstafað innan eðlilegs tíma.

Með hliðsjón af framansögðu er rétt að fallast á varakröfu áfrýjanda og fella hina kærðu ákvörðun úr gildi og leggja fyrir Samkeppniseftirlitið að taka málið fyrir að nýju og ákveða skilyrði fyrir samrunanum í samræmi við ofanritað.

Úrskurðarorð:

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 34/2009, frá 5. október 2009, er felld úr gildi. Samkeppniseftirlitið skal taka málið fyrir að nýju og ákveða skilyrði fyrir samrunanum í samræmi við þau sjónarmið sem fram koma í V. kafla.

Reykjavík, 21. janúar 2010

Jóhannes Karl Sveinsson

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson

Rétt endurrit staðfestir: