

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppismála

í máli nr. 22/2005

FL Group hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með bréfi, dags. 14. desember 2005, hefur FL Group hf. kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, sem kynnt var félaginu með bréfi dags. 23. nóvember 2005, þess efnis að félaginu bæri skylda samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 að tilkynna eftirlitinu um kaup þess á Sterling Airlines A/S, Flyselskabet A/S og Sterling Icelandic Aps.

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

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

II.

Málavextir

Hinn 23. október 2005 undirrituðu áfrýjandi og Fons eignarhaldsfélag hf. (hér eftir Fons) samning um kaup áfrýjanda á öllu hlutfé hins síðarnefnda í Sterling Airlines A/S (hér

eftir oftast Sterling), Flyselskabet A/S og Sterling Icelandic Aps. Fyrir kaupin fékk áfrýjandi danska lögmannsstofu til að leggja mat á hvort kaupin væru tilkynningarskyld samkvæmt samkeppnislögum í Belgíu, Bretlandi, Danmörku, Frakklandi, Evrópubandalaginu, Hollandi, Íslandi, Noregi, Svíþjóð og Þýskalandi. Niðurstaða lögmannsstofunnar var sú að samrunann þyrfti einungis að tilkynna í Noregi, Svíþjóð og Þýskalandi. Áfrýjandi tilkynnti samrunann í þeim löndum og liggur fyrir að samkeppnisyfirvöld þar munu ekki aðhafast vegna hans. Dönsk samkeppnisyfirvöld óskuðu eftir skýringum frá áfrýjanda á því af hverju hann teldi samrunann ekki tilkynningarskyldan í Danmörku og að fengnum skýringum tilkynntu þau að ekki yrði aðhafast vegna samrunans. Með bréfi, dags. 7. nóvember 2005, tilkynnti Samkeppniseftirlitið áfrýjanda að kaup hans á flugfélaginu Sterling af Fons virtust falla undir kvöð samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga um að tilkynna þau til eftirlitsins. Var þess óskað að áfrýjandi færði rök fyrir því að samruninn væri ekki tilkynningarskyldur og gerði hann það með bréfi til Samkeppniseftirlitsins dags. 9. nóvember 2005. Með bréfi eftirlitsins til áfrýjanda, dags. 23. sama mánaðar, var áfrýjanda tilkynnt sú niðurstaða að það teldi áfrýjanda og Sterling bæri að tilkynna um samruna félaganna.

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 22. desember 2005. Athugasemdir áfrýjanda bárust 5. janúar 2006 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins 10. sama mánaðar.

III.

Röksemdir málsaðila

Röksemdir áfrýjanda

Af hálfu áfrýjanda er vísað til þess að samkvæmt kaupsamningi hans og Fons, dags. 23. október 2005, eignist áfrýjandi öll hlutabréf Fons í Sterling Airlines A/S, Flyselskabet A/S og Sterling Icelandic Aps. Eftir lok kaupanna muni áfrýjandi verða einn eigandi þessara félaga og eignarhaldi seljanda á þeim þar með ljúka. Kaupin teljist samruni í skilningi b. liðar 7. tl. 4. gr. samkeppnislaga, þ.e. fyrirtæki taki yfir annað fyrirtæki.

Áfrýjandi hafi því lagt mat á það fyrir undirritun kaupsamnings hvort kaup hans á félögunum væru tilkynningarskyld á Íslandi. Í samræmi við orðalag framangreinds b-liðar og venjubundinn skilning á því hverjir séu aðilar samruna hafi áfrýjandi einungis tekið tillit til veltu sinnar og þeirra félaga sem hann hafi keypt. Í samruna af því tagi sem hér um ræði sé seljandi ekki þátttakandi eða aðili samrunans því salan hafi þá óhjákvæmilegu afleiðingu að hann fari út af sviðinu, þ.e. eignarhaldi hans ljúki. Einungis beri því að taka tillit til veltu hinna keyptu félaga en ekki veltu Fons eða annarra dótturfélaga þess enda muni áfrýjandi ekki taka yfir þau fyrirtæki. Það skilyrði b. liðar 17. gr. samkeppnislaga að a.m.k. tvö af þeim fyrirtækjum sem aðild eigi að samruna hafi a.m.k. 50 milljóna króna ársveltu á Íslandi hvert um sig sé ekki uppfyllt þar sem velta Sterling Airlines A/S, Flyselskabet A/S og Sterling Icelandic Aps á Íslandi árið 2004 hafi aðeins numið 35 milljónum króna.

Áfrýjandi telur að meginviðmið þess hvort samruni í skilningi samkeppnisréttar hafi átt sér stað sé hvort fyrirtæki sem áður hafi starfað sjálfstætt komist undir sameiginlega stjórn. Í 7. tl. 4. gr. samkeppnislaga sé að finna skilgreiningu á samruna, b-liður töluliðarins eigi við um fyrirliggjandi samruna þ.e. „fyrirtæki tekur yfir annað fyrirtæki“. Einsýnt sé að aðilar viðkomandi samruna séu einungis áfrýjandi og þau fyrirtæki sem hann hafi keypt. Til sömu niðurstöðu leiði orðskýring og hefðbundinn skilningur á því hverjir séu aðilar að samruna fyrirtækja, þ.e. þau fyrirtæki sem sameinist og/eða komist undir sameiginleg yfirráð. Óþarft sé að fjölyrða um það að Fons hvorki sameinist áfrýjanda né séu þau fyrirtæki undir sameiginlegum yfirráðum.

Áfrýjandi vísar til þess að ákvæði 2. mgr. 17. gr. samkeppnislaga hafi ekki verið að finna í upphaflegu frumvarpi til samkeppnislaga heldur hafi það komið inn með breytingartillögu meirihluta efnahags- og viðskiptanefndar Alþingis. Í álitni nefndarinnar komi fram að lagt sé til að sett verði svokölluð minniháttarregla í samrunagreininna til þess að takmarka þau tilvik sem falli undir hana. Það sé í samræmi við ákvæði samkeppnislaga í flestum ríkjum Evrópu. Ekki sé fjallað um hverjir teljist aðilar samruna en ljóst sé að löggjafinn hafi haft samkeppnislög í ríkjum Evrópu til hliðsjónar hvað varðar tilgang og markmið þessa ákvæðis.

Áfrýjandi bendir á að tilgangur íslenskra reglna um eftirlit og íhlutunarheimildir með samruna fyrirtækja sé að koma í veg fyrir að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkist með þeim afleiðingum að virk samkeppni sé hindruð. Við rannsókn á samruna leggi samkeppnisfyrirvöld mat á það hvort hið sameinaða fyrirtæki öðlist slíka stöðu. Eðli málsins samkvæmt sé ekkert tillit tekið til seljanda við þá rannsókn enda skipti markaðsstaða hans engu máli og hann sé ekki hluti af því fyrirtæki eða fyrirtækjasamstæðu sem sé til skoðunar. Hljóti því að vera rökrétt að álykta að ekki eigi að taka tillit til veltu seljanda þegar metið sé hvort samruni falli undir minniháttarreglu 2. mgr. 17. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjandi bendir á að í ákvörðunum íslenskra samkeppnisyfírvalda um samruna þar sem kaupandi hafi keypt dótturfyrirtæki seljanda hafi samkeppnisfyrirvöld ekki talið seljanda aðila samrunans og sé hin kærða ákvörðun því í ósamræmi við fyrri framkvæmd.

Áfrýjandi vísar til þess að í 2. mgr. 5. gr. samrunareglugerðar EB nr. 4064/89 og nýrrar samrunareglugerðar EB nr. 139/2004, sé kveðið á um að við útreikning veltu í því tilviki þegar samruni varði kaup á hluta af einu eða fleiri fyrirtækjum, skuli einungis velta sem tengist þeim fyrirtækjum sem séu andlag kaupanna tekin til skoðunar hvað varðar seljanda eða seljendur. Ákvæði 2. mgr. 17. gr. samkeppnislaga sé eftirmynd 1. gr. samrunareglugerða EB og íslensk samkeppnisfyrirvöld hafi ávallt lagt mikla áherslu á samrunareglur EB og úrlausnir stofnana EB á þessu sviði við skýringu íslenskra samkeppnisreglna.

Áfrýjandi bendir enn fremur á að almennt hafi framkvæmd og skýring reglna á Norðurlöndum veruleg áhrif á túlkun íslenskra laga þegar um sambærilegar reglur sé að ræða. Sams konar reglur í Danmörku, Noregi og Svíþjóð kveði allar á um að ekki eigi að taka tillit til veltu seljanda í samruna af því tagi sem hér um ræðir.

Röksemdir Samkeppniseftirlitsins

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er ekki fallist á þá staðhæfingu áfrýjanda að túlka beri ákvæði 2. mgr. 17. gr. samkeppnislaga með þeim hætti að velta þess sem selji fyrirtæki sé

ekki talin með, þegar metið sé hvort samruni uppfylli veltuviðmið ákvæðisins og sé þar með tilkynningarskyldur skv. 3. mgr. 17. gr. laganna. Í 2. mgr. 17. gr. sé að finna orðalagið „*sameiginleg heildarvelta viðkomandi fyrirtækja*“ og „*aðilar samrunans*“. Í þessu samhengi skipti einnig máli að í 3. mgr. 17. gr. laganna sé kveðið á um að í samrunatilkynningu skuli veita upplýsingar um „*samrunann og þau fyrirtæki sem honum tengjast*“. Þetta orðalag í 2. og 3. mgr. 17. gr. laganna sé víðtækt og taki til allra fyrirtækja sem tengist eða komi að viðkomandi samruna. Samkvæmt orðanna hljóðan geri ákvæðið engan greinarmun á þeim fyrirtækjum sem séu annars vegar kaupendur að tilteknu fyrirtæki og hins vegar seljendur að því. Ljóst sé því að telja verði með veltu bæði seljanda og kaupanda.

Samkeppniseftirlitið bendir á að ákvæði 2. og 3. mgr. 17. gr. samkeppnislaga um tilkynningarskyldu feli í sér hreina formreglu. Samruni sem uppfylli veltuviðmið sé tilkynningarskyldur og efnisleg atriði varðandi möguleg áhrif samrunans skipti engu máli varðandi tilkynningarskyldu. Sjónarmið áfrýjanda um efnislegt mat á samruna hafi því ekki þýðingu hér.

Samkeppniseftirlitið telur tilvísanir áfrýjanda til ákvarðana samkeppnisráðs í samrunamáli ekki hafa þýðingu. Í þeim hafi ekki reynt á hvort telja bæri veltu seljandans með þar sem augljóst hafi verið að viðkomandi samrunar uppfylltu veltuviðmið, hvort sem velta seljanda væri talin með eða ekki.

Samkeppniseftirlitið fellst á röksemdir áfrýjanda um að almennt beri að túlka íslensk samkeppnislög í samræmi við EES/EB-samkeppnisrétt. Hins vegar beri að líta til þess að leiðsagnargildi EES/EB-samkeppnisréttar ráðist af því hvort viðkomandi ákvæði þess réttar og íslensks réttar séu sambærileg, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði*. Ennfremur „*að réttarkerfi Evrópubandalagsins og Evrópska efnahagssvæðisins eru ólík innbyrðis og ólík réttarkerfi íslenska ríkisins. Ber ávallt að hafa það sjónarmið í huga þegar horft er til evrópskra réttarreglna og dómaframkvæmdar til leiðbeiningar við túlkun íslensks réttar*“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2004 *Ker hf., Ólíuverzlun*

Íslands hf., Skeljungur hf. og Bensínorkan ehf. gegn samkeppnisráði. Þetta þá hafi þýðingu að ef saman ljósti ákvæði í íslenskum samkeppnisrétti og í EES/EB-samkeppnisrétti þá gangi íslenska ákvæðið fram. Ekki leiki vafi á að skýra megi ákvæði 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga um efnislegt mat á samruna í samræmi við EES/EB-samkeppnisrétt. Staðan sé hins vegar ekki eins augljós þegar litið sé til ákvæða í 17. gr. sem tengist formi, t.d. tilkynningum og málsmeðferð í samrunamálum. Í því sambandi beri að athuga að núgildandi samrunareglugerð EB (reglugerð EB ráðsins nr. 139/2004) feli í sér mjög nákvæmar reglur um þessa formþætti samrunamála. Sé hér ýmist um að ræða ákvæði sem eigi sér ekki beina skírskotun í íslenskum rétti eða um mismunandi reglur sé að ræða. Samrunareglur í EES-ríkjum séu ekki samræmdar og séu formreglur um samruna mismunandi eftir ríkjum.

Samkeppniseftirlitið telur að jafnvel þótt fallist yrði á það með áfrýjanda að í þeim tilvikum sem seljandi hverfi frá sviðinu við samruna eigi ekki að telja með veltu hans sé ljóst að sú staða sé ekki uppi í þessu máli. Seljandinn sé ekki sjálfstæður og hafi ekki horfið af sviðinu. Þvert á móti sé hann áfram þátttakandi í hinu sameinaða félagi. Vísar eftirlitið til tiltekinna atriða því til stuðnings. Fons fái greitt fyrir bréf sín í Sterling með hlutafé sem verði 4-5% af heildarhlutafé í áfrýjanda og verði eftir söluna meðal stærstu einstöku hluthafa í áfrýjanda. Næst stærsti hluthafinn í áfrýjanda sé aðili sem hafi mikla sameiginlega hagsmuni með Fons. Annar eiganda Fons verði áfram stjórnarformaður Sterling og sami forstjóri Sterling sitji áfram. Dótturfélag Fons sé helsti keppinautur áfrýjanda í flugrekstri til og frá Íslandi. Telur Samkeppniseftirlitið framangreint ótvírætt sýna að ekki sé unnt að fallast á það með áfrýjanda að Fons eða eigendur þess séu að hverfa af sviðinu.

IV.

Niðurstaða

Erindi það varðandi tilkynningarskyldu, sem Samkeppniseftirlitið beindi til áfrýjanda 23. nóvember 2005, bar með sér lokaákvörðun, sem var kæránleg til áfrýjunarnefndar

samkeppnismála samkvæmt 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, enda ekki ágreiningur um það í málinu.

Ákvörðun samkeppnisyfirvalda um að skylda aðila til þess að tilkynna um samruna fyrirtækja, svo sem nánar er fjallað um í 17. gr. samkeppnislaga, getur haft í för með sér íþyngjandi réttaráhrif fyrir þá aðila, sem mál varðar, og er því ljóst að heimild til svo afdrifaríkrar ákvörðunar verður að byggjast á skýrum og ótvíræðum lagabókstaf. Lagaákvæði, sem ekki fullnægja því skilyrði, sökum tvíræðs eða teygjanlegs orðalags, getur Samkeppniseftirlitið ekki borið fyrir sig varðandi fyrirmæli til aðila um tilkynningarskyldu.

Það ákvæði í 3. mgr. 17. gr. samkeppnislaga, að í tilkynningu skuli veita upplýsingar um samrunann og „um þau fyrirtæki sem honum tengjast“, gefur tilefni til skýringarvafa, sem ekki fær samræmst þeirri meginreglu um skýrleika lagaheimildar, sem fyrr var greint frá. Hefðbundin lögskýringargögn, sem varða þetta ákvæði, gefa heldur ekki nægilega leiðbeiningu um túlkun þess. Ákvæðið kveður ekki, með berum orðum, á um réttarstöðu eða hagi þess aðila, sem selur frá sér fyrirtæki, er síðan sameinast öðru fyrirtæki. Verður ekki talið, í ljósi þess sem fyrr segir, að hagir söluaðilans í máli þessu komi hér til skoðunar samkvæmt þeim skilmálum um veltu hlutaðeigandi fyrirtækja, sem greint er frá í 2. mgr. 17. gr. samkeppnislaga, sökum þess að næga lagastoð til þeirrar niðurstöðu skortir.

Samruni sá sem hér um ræðir fólst í sölu Fons eignarhaldsfélags hf. á hlutum í Sterling Airlines A/S, Flyselskabet A/S og Sterling Icelandic Aps. til áfrýjanda og eru aðilar sammála um að Fons muni eftir kaupin eiga 4-5% hlut í áfrýjanda. Við samruna sem gerist, með þessum hætti, ber að meta kaupanda hlutanna og félagið er skipti um eigendur sem aðila samrunans í skilningi 2. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Aðila málsins greinir á um það hvort seljandi hlutanna skuli einnig hafa þessa stöðu. Áfrýjunarnefndin telur ekki útilokað að seljandi, er hefur eftir að samruninn hefur komið til framkvæmda sameiginleg yfirráð yfir hinu yfirtekna félagi með kaupandanum, hafi jafnframt stöðu aðila að samruna í þessum skilningi. Samkeppniseftirlitið hefur, eins og nánar er rakið að framan,

fært fram þau rök að Fons „hverfi ekki af sviðinu“ við þann samruna sem hér um ræðir og hafi áfram yfírráð yfir hinum yfirteknu félögum. Að mati nefndarinnar hefur Samkeppniseftirlitið hins vegar ekki sýnt fram á að Fons hafi yfírráð yfir hinum yfirteknu félögum í skilningi 11. tl. 4. gr. laganna. Af þeirri ástæðu er ekki rétt að líta á Fons sem aðila að samrunanum.

Með vísun til þess, er hér hefur verið rakið, telur áfrýjunarnefndin óhjákvæmilegt að ógilda beri hina kærðu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins.

Úrskurðarorð:

Hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, dags. 23. nóvember 2005, skal vera ógild.

Reykjavík, 24. janúar 2006

Páll Sigurðsson

Anna Kristín Traustadóttir

Erla S. Árnadóttir