



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Föstudagur, 26. júní 2009

Ákvörðun nr. 23/2009

Brot Senu ehf. á samrunareglum samkeppnislaga

I.

Málsatvik og málsmeðferð

Upphaf máls þessa má rekja til þess að í byrjun nóvembermánaðar 2008 var greint frá því í fjölmiðlum að Sena ehf. (Sena) hefði keypt verslanir Skífunnar ehf. (Skífan) af Árdegi hf. (Árdegi). Jafnframt kom fram að skrifað hafi verið undir samninga þess efnis milli Senu og Árdegis föstudaginn 31. október 2008. Þar sem engin samrunatilkynning hafði verið send Samkeppniseftirlitinu sendi Samkeppniseftirlitið m.a. Senu bréf þann 17. nóvember 2008. Var í bréfinu lagt fyrir aðila að tilkynna umræddan samruna til Samkeppniseftirlitsins með vísan til 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 svo sem skylt er, sbr. einnig reglur nr. 684/2008 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum og viðauka þeirra.

Föstudaginn 21. nóvember 2008 barst Samkeppniseftirlitinu samrunatilkynning ásamt samrunaskrá frá Senu vegna kaupa félagsins á Skífunni.

Með bréfi dags. þann 22. desember 2008 var samrunaaðilum tilkynnt að Samkeppniseftirlitið teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, sbr. 4. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Samruninn var því tekinn til athugunar í sérstöku máli sem lauk með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 12/2009. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að samruninn raskaði samkeppni og styrkti m.a. markaðsráðandi stöðu Senu á mörkuðum fyrir útgáfu tónlistar, heildsölu og dreifingu tónlistar og heildsölu tölvuleikja. Þar sem annar aðili hafði í millitíðinni eignast Senu var talið unnt að heimila samrunann að uppfylltum skilyrðum til þess að vernda samkeppni, sbr. nánari umfjöllun í ákvörðun nr. 12/2009.

Með bréfi, dags. þann 16. janúar 2009, tilkynnti Samkeppniseftirlitið að stofnunin hefði ákveðið að taka til athugunar í sérstöku máli hvort ákvæði 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 hefðu verið brotin í tengslum við umræddan samruna. Í bréfinu var jafnframt óskað eftir upplýsingum frá samrunaaðilum vegna þeirrar athugunar. Með bréfi til Samkeppniseftirlitsins dags. þann 20. janúar 2009 bárust svör frá samrunaaðilum. Í kjölfarið óskaði Sena eftir fundi með Samkeppniseftirlitinu sem haldinn var þann 28. janúar 2009.

Með bréfi, dags. þann 29. janúar 2009, óskaði Sena formlega eftir undanþágu á grundvelli 4. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 10. febrúar



2009 var komist að þeirri niðurstöðu að ekki væru forsendur til þess að verða við þeirri beiðni.

Með bréfi dags. þann 26. febrúar 2009 sendi Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum andmælaskjal ásamt lista yfir gögn málsins í samræmi við 17. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Í skjalinu var komist að þeirri frumniðurstöðu að Sena hefði brotið gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Sjónarmið vegna andmælaskjalsins bárust 11. mars sl.

II.

Niðurstaða

Mál þetta varðar samruna Senu og Skífunnar. Verður í málinu tekin afstaða til þess hvort farið hafi verið gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005. Í því ákvæði er lögð á sú skylda að tilkynna um samruna áður en hann kemur til framkvæmda og bann lagt við því að samruni komi til framkvæmda á meðan Samkeppniseftirlitið fjallar um hann. Bannar ákvæði því framkvæmd samruna áður en hann er tilkynntur og meðan á málsmeðferð eftirlitsins stendur. Brot á þessu ákvæði varðar stjórnvaldssektum, sbr. g-lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.

Verður fyrst fjallað um athugasemdir Senu við meðferð málsins.

1. Athugasemdir við meðferð málsins

Sena heldur því fram að andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins sé gallað. Sena fullyrðir í því sambandi að í andmælaskjalinu komi ekki fram hvaða atriði geri það að verkum að samruni málsins teldist hafa komið til framkvæmda. Þá heldur Sena því fram að Samkeppniseftirlitið hafi ekki sýnt góða stjórnsýsluhætti í þessu máli og brugðist þeim skyldum sínum að gæta meðalhófsreglu stjórnsýslulaga og leiðbeiningarskyldu stjórnvalda.

Í máli þessu hefur Samkeppniseftirlitið aflað ýmissa gagna um aðgerðir í tengslum við samruna Senu og Skífunnar. Á grundvelli mats á þessum gögnum voru settar fram frumniðurstöður í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins. Líta ber til þess að í slíku skjali „skal helstu atvikum málsins lýst og greint frá grundvelli þess í aðalatriðum að tiltekna aðstæður eða háttsemi kunni að fara gegn ákvæðum samkeppnislaga. Ekki er nauðsynlegt að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins komi fram tæmandi lýsing á atvikum málsins eða sjónarmiðum Samkeppniseftirlitsins...“, sbr. 17. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Í andmælaskjalinu var lýst þeim aðgerðum sem Samkeppniseftirlitið taldi sýna fram á að samruni sá er hér er til umfjöllunar hafi verið framkvæmdur. Er því rangt það sem fram kemur í málatilbúnaði Senu að ekki hafi verið fjallað um þetta atriði í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins.

Sena hefur tjáð sig um framangreindar frumniðurstöður og í ákvörðun þessari er með rökstuddum hætti tekin afstaða til sjónarmiða félagsins. Þá telur Samkeppniseftirlitið að umrætt andmælaskjal uppfylli kröfur málsmeðferðarreglna eftirlitsins og því sé ekki þörf á að rita nýtt andmælaskjal.

Líkt og fram kemur að ofan heldur Sena því jafnframt fram að Samkeppniseftirlitið hafi ekki gætt meðalhófsreglu stjórnsýslulaga og leiðbeiningarskyldu stjórnvalda og með því



ekki sýnt góða stjórnsluhætti. Er fullyrt að Samkeppniseftirlitið hafi hundsáð vilja Senu til þess að finna lausn á málinu og bent er á þetta:

„Að mati Senu hefur allt verið gert af hálfu Samkeppniseftirlitsins til að gera sem mest úr málinu. Fyrir liggur að þegar Senu var ljóst að stjórnvaldið taldi að lög hefðu verið brotin var það ekki að neinu leyti til viðræðu um hvernig með skyldi fara. Auðvelt hefði verið að taka upp viðræður við Senu og veita undanþágu frá banni laganna, fyrst stjórnvaldið var á þeirri skoðun að brot hafi verið framið. Hefði það bæði verið í samræmi við meðalhófsreglu stjórnslulaga og þá skyldu stjórnvalda að leiðbeina.“

Samkvæmt 7. gr. stjórnslulaga skal stjórnvald veita þeim sem til þess leita nauðsynlega aðstoð og leiðbeiningar varðandi þau mál sem snerta starfssvið þess. Í lögskýringagögnum kemur fram að í þessu felist m.a. að veita skuli leiðbeiningar um hvaða réttarreglur gildi á viðkomandi sviði, hvernig meðferð mála sé hagað og aðstoð við að fylla út eyðublöð, sé um það að ræða. Í ákvæðinu felst hins vegar ekki skylda til þess að veita umfangsmikla eða sérfræðilega ráðgjöf. Þá ber að líta til þess að leiðbeiningarskylda Samkeppniseftirlitsins er ekki eins rík „gagnvart öflugum fyrirtækjum, sem hafa á að skipa fagmönnum“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/2006 DAC ehf. o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu. Í 12. gr. stjórnslulaga segir að aðeins skuli taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmætu markmiði verði ekki náð með öðru og vægara móti.

Samkeppniseftirlitið bendir á að meðalhófsregla stjórnslulaga leiðir ekki til þess að veita beri aðila undanþágu frá lögum þegar í ljós kemur að þau hafi verið brotin. Þá ber að líta til þess að aðstoð skv. 7. gr. stjórnslulaga felst ekki í lögfræðiráðgjöf til handa fyrirtækjum.

Samkeppniseftirlitið telur sig hafa fullnægt leiðbeiningarskyldu sinni ásamt því að gæta meðalhófs við alla málsmeðferð. Þannig barst stofnuninni tilkynning um samruna Senu og Skífunnar 21. nóvember 2008 eftir að hafa þurft að kalla eftir slíkri tilkynningu. Í kjölfarið var hafin könnun á því hvort tilefni væri til frekari rannsóknar á samkeppnislægum áhrifum samrunans. Kom þá í ljós að líkur væru á að samruninn hefði verið framkvæmdur áður en tilkynnt var um hann en líkt og áður kemur fram fer það gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Í kjölfarið tilkynnti stofnunin um upphaf sérstaks máls með bréfi dags. þann 16. janúar 2009 varðandi hvort fyrirnefnt ákvæði samkeppnislaga hefði verið brotið í tengslum við samruna þessa máls. Því bréfi var svarað af hálfu Senu með bréfi dags. þann 20. janúar sl.

Í kjölfarið óskaði Sena eftir fundi með Samkeppniseftirlitinu sem haldinn var þann 28. janúar sl. Þar kom fram að Samkeppniseftirlitið ynni að rannsókn málsins með hliðsjón af þeim sjónarmiðum og upplýsingum sem bárust með bréfi Senu, dags. þann 20. janúar sl. Á fundinum var jafnframt bent á að sækja hefði þurft um undanþágu áður en samruninn var framkvæmdur líkt og samkeppnislög gera ráð fyrir. Þá var Senu bent á að Samkeppniseftirlitinu væri ávallt heimilt að ljúka máli með sátt hafi fyrirtæki gerst brotleg við ákvæði laganna, sbr. 17. gr. f samkeppnislaga. Að auki var stofnunin tilbúin til viðræðna um mögulega sátt.



Í kjölfar þessa reifaði Sena hugmyndir að sátt í málinu. Að vel athuguðu máli var það hins vegar mat Samkeppniseftirlitsins að þær hugmyndir sem settar voru fram til sáttar gætu ekki verið fullnægjandi grundvöllur sáttgjörðar. Ekki komu fram frekari tillögur af hálfu Senu. Fæst ekki séð að þessi málsmeðferð geti talist gagnrýnisverð.

2. Samruninn

Í máli þessu virðist því haldið fram að kaup Senu á Skífunni feli ekki í sér samruna í skilningi samkeppnislaga. Verður því að taka afstöðu til þessa atriðis og verður fyrst gerð nánari grein fyrir tilkynningu á umræddum gerningi til Samkeppniseftirlitsins.

2.1 Samrunatilkynningin

Þann 21. nóvember 2008 barst Samkeppniseftirlitinu samrunatilkynning ásamt samrunaskrá frá Senu vegna kaupa félagsins á Skífunni. Í tilkynningu Senu segir m.a. þetta:

„Samruninn felst í því að Sena kaupir 100% hlut í dótturfélagi Árdegis hf., Skífunni ehf. ... Samruninn nær til markaðarins fyrir heildsölu og smásölu á tónlist, DVD og tölvuleikjum hér á landi. ... Eðli samrunans felst í því að Sena kaupir 100% hlut í Skífunni, þannig að félagið verði dótturfélag Senu.“

Í samrunatilkynningu er því lýst yfir „að upplýsingar sem veittar eru í tilkynningu þessari eru að mati forsvarsmanns Senu sannar, réttar og fullnægjandi, veittar samkvæmt bestu vitund ...“.

Meðfylgjandi samrunaskrá var kaupsamningur sem gerður var á milli forsvarsmanna Árdegis og Senu um kaup Senu á rekstri verslana Skífunnar, dags. 31. október 2008. Samkvæmt kaupsamningnum kaupir Sena af Árdegi alla hluti Skífunnar, þ.e. 100% hlutfjár félagsins. Kaupverð hinna seldu hluta samkvæmt kaupsamningi var [...]¹ kr. sem Árdegi skuldbindur sig samkvæmt samningi til þess að nota til greiðslu á launum og launatengdum gjöldum Skífunnar vegna októbermánaðar. Segir að afhenda skuli hlutina við gerð samningsins og þegar ákvörðun um aukningu hlutfjár Skífunnar hafi verið tekin. Skuli hlutirnir afhentir á nafn Senu. Í 11. tl. samningsins segir að „við gerð þessa samnings liggur fyrir að tilkynna þarf um samning þennan til Samkeppniseftirlitsins. Samþykki Samkeppniseftirlitið ekki samning þennan hefur Sena heimild til að rifta honum án bóta.“

Í samrunatilkynningu segir að gerður hafi verið samningur milli Senu og Skífunnar, sem kveði á um umboðssölu á vörum Senu í Skífunni. Þetta fyrirkomulag sé til bráðabirgða og verði endurskoðað þegar samþykki Samkeppniseftirlitsins liggja fyrir. Sena muni reyna að tryggja Skífunni rekstrargrundvöll eftir fremsta megni.

2.2 Síðari sjónarmið Senu

Í andmælum Senu er því hins vegar haldið fram að í kaupum Senu á Skífunni felist ekki samruni. Er vísað til þess að í málinu hafi enginn nýr lögaðili orðið til. Þar sem fram komi í greinargerð með lögnum að við samruna verði til nýr lögaðili um leið og samruni fyrirtækja taki gildi sé augljóst að lögin byggi á þeirri skilgreiningu að nýr lögaðili þurfi að

¹ Upplýsingar innan hornklofa [...] eru trúnaðarupplýsingar og verða því ekki birtar í ákvörðun þessari.



hafa orðið til svo um samruna í skilningi laganna sé að ræða. Þar sem enginn nýr lögaðili hafi orðið til geti ekki verið um samruna í skilningi laganna að ræða.

Þá kemur fram í andmælum Senu að á þeim tíma sem Sena keypti Skífuna hafi legið fyrir að seljandi hlutanna, Árdegi, væri gjaldþrota, þó að á þeim tíma hefði hann ekki verið úrskurðaður gjaldþrota. Hafi það sérstaklega verið tekið fram í samningi aðila, enda hafi úrskurður um gjaldþrotaskipti seljanda verið kveðinn upp í Héraðsdómi Reykjavíkur nokkrum dögum síðar. Er því haldið fram að þrotabú geti ekki stundað atvinnurekstur.

2.3 Niðurstaða

Samruni er skilgreindur í 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2008 en í 1. mgr. ákvæðisins segir eftirfarandi:

„Samruni telst hafa átt sér stað þegar breyting verður á yferráðum til frambúðar:

a. vegna samruna tveggja eða fleiri fyrirtækja eða hluta úr fyrirtækjum sem áður störfuðu sjálfstætt,

b. þegar fyrirtæki tekur yfir annað fyrirtæki,

c. vegna þess að einn eða fleiri aðilar, sem þegar hafa yferráð yfir a.m.k. einu fyrirtæki, eða eitt eða fleiri fyrirtæki ná beinum eða óbeinum yferráðum, í heild eða að hluta, yfir einu eða fleiri fyrirtækjum til viðbótar með því að kaupa verðbréf eða eignir, með samningi eða öðrum hætti,

d. með stofnun fyrirtækis um sameiginlegt verkefni sem gegnir til frambúðar allri starfsemi sjálfstæðrar efnahagseiningar.“

Samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga telst samruni því hafa átt sér stað þegar breyting verður á yferráðum til frambúðar. Samruni getur m.a. falist í því að fyrirtæki nái yferráðum í heild eða hluta yfir öðru fyrirtæki, t.d. með því að kaupa eignir þess í heild eða hluta, sbr. c-liður 1. mgr. 17. gr. Samruni getur einnig falist í því að fyrirtæki tekur yfir annað fyrirtæki, sbr. b-lið 1. mgr. 17. gr. Samkvæmt 2. tl. 1. mgr. 4. gr. er með fyrirtæki átt við einstakling, félag, opinbera aðila eða aðra sem stunda atvinnurekstur. Með atvinnurekstri er átt við hvers konar atvinnustarfsemi, óháð formi eignarhalds og án tillits til þeirrar vöru, þjónustu eða réttinda sem verslað eða sýslað er með gegn endurgjaldi, sbr. 1. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga.

Skífan er fyrirtæki sem stundar tiltekinn atvinnurekstur og kaup Senu á því fyrirtæki telst augljóslega samruni í skilningi 17. gr. samkeppnislaga.

Sena heldur því fram að þar sem enginn nýr lögaðili hafi orðið til sé ekki um samruna í skilningi laganna að ræða. Er í því tilliti vísað til greinargerðar með frumvarpi til laga nr. 94/2008 þar sem fram kemur að nýr lögaðili verði til um leið og samruni fyrirtækja taki gildi. Kemur þetta fram í athugasemdum með 3. mgr. 17. gr. a laganna og sé textinn skoðaður nánar má sjá að framangreint er tekið sem dæmi um það óhagræði sem gat skapast af því fyrirkomulagi sem áður gildi um framkvæmd samruna. Sé nánar litið til 17. gr. samkeppnislaga er ljóst að lögin setja það ekki sem skilyrði að nýr lögaðili þurfi að hafa orðið til svo um samruna í skilningi laganna sé að ræða. Í þeim tilvikum þegar fyrirtæki tekur yfir annað fyrirtæki, sbr. b-lið 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga, er svo dæmi sé tekið ljóst að við slíkan samruna verður ekki til nýr lögaðili. Samkeppniseftirlitið



telur með hliðsjón af framangreindu ljóst að ekki þurfi að hafa orðið til nýr lögaðili til þess að um samruna í skilningi laganna sé að ræða.

Þá vísar Sena til þess að seljandi Skífunnar, Árdegi, hafi verið gjaldþrota á þeim tíma sem gerður var kaupsamningur um kaup Senu á öllum hlutum Skífunnar. Ekki kemur þó fram í hvaða tilgangi vísað er til þessa. Þó vill Samkeppniseftirlitið taka fram að þrátt fyrir að seljandi félags teljist vera gjaldþrota þarf dótturfélag þess ekki sjálfkrafa einnig að vera gjaldþrota. Þá skal vísað til þess að framkvæmdastjórn EB hefur komist að þeirri niðurstöðu að sala skiptastjóra á gjaldþrota fyrirtæki til þriðja aðila falli undir samrunareglur samkeppnisréttarins, sbr. t.d. mál *ING/Barings*.²

Með hliðsjón af framangreindu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að í framangreindum kaupum Senu á öllu hlutafé í Skífunni felist samruni í skilningi samkeppnislaga. Samrunasamningurinn og samrunatilkynning Senu byggir og á sama skilningi.

3. Framkvæmd samrunans – brot á 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga

Sena byggir á því að verði talið að um samruna sé að ræða hafi hann ekki enn komið til framkvæmda og því geti ekki verið um brot að ræða. Að mati Senu „ber að túlka 3. mgr. 17. gr. með þeim hætti að ákvæðið girði fyrir að samruni komi til framkvæmda áður en hann hefur verið samþykktur, sem er breyting frá því sem áður var. Allar aðgerðir fyrirtækja í kjölfar á kaupum eða sölu fyrirtækja beri að túlka með hliðsjón af þessu ákvæði. Hafi fyrirtæki hafið samvinnu áður en samruni sé samþykktur kunni það að fela í sér brot á öðrum ákvæðum samkeppnislaga, sbr. t.d. 10. gr. laganna. Ákvæði 3. mgr. 17. gr. a er hlutlægt ákvæði sem er með þeim hætti að útilokað er að líta svo á að samruni hafi átt sér stað fyrir samþykki Samkeppniseftirlitsins.“ Að mati Senu styðst framangreind túlkun við ummæli í greinargerð með lögum nr. 94/2008, þar sem segir: „Lagt er til að Samkeppniseftirlitið geti ógilt samruna áður en hann kemst til framkvæmda, en ekki eftir að samruni hefur átt sér stað.“ Sena heldur því einnig fram að félagið hafi ekki framkvæmt neina þá aðgerð, sem geri það að verkum að starfsemi verslana Skífunnar sé orðin hluti af Senu til framtíðar horft, þ.e. að samruni hafi átt sér stað í skilningi samkeppnislaga. Heldur Sena því fram að félagið hafi aðeins verið „vörsluaðili“ Skífunnar.

Sena vekur athygli á því að skv. 17. gr. e samkeppnislaga geti Samkeppniseftirlitið, ef það hafnar samruna, mælt fyrir um að fyrirtæki eða eignir sem sameinaðar hafi verið, verði aðskildar eða sameiginlegri stjórn hætt eða að gripið verði til annarra viðeigandi aðgerða til að skapa að nýju skilyrði fyrir virkri samkeppni. Af þessu ákvæði sé ljóst að ákveðin samskipti og samlegð geti átt sér stað milli fyrirtækja þó samruni hafi enn ekki verið samþykktur. Þannig liggja fyrir að sameiginleg stjórn geti átt sér stað þó samruni hafi ekki komið til framkvæmda. Að mati Senu styðji þetta lagaákvæði þá skoðun félagsins að samruni í þessu tilfelli hafi ekki verið framkvæmdur og samruni verði ekki framkvæmdur fyrr en samþykki Samkeppniseftirlitsins liggja fyrir. Að minnsta kosti sé Senu fyrirum að skilja hvað sé lagt til grundvallar því mati Samkeppniseftirlitsins að samruni hafi komið til framkvæmda.

² Mál nr. M.573. Sjá einnig C.J. Cook og C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2009 bls. 67-68.



Sena gerir athugasemdir við höfnun Samkeppniseftirlitsins á undanþágubeiðni félagsins skv. 4. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Telur Sena að ekkert hafi mælt gegn veitingu slíkrar undanþágu. Þá var tekið fram að sótt hafi verið um undanþágu eingöngu til öryggis en án skyldu til þess.

Verður nú tekin afstaða til þessara sjónarmiða Senu.

3.1 Aðgerðir Senu

Við mat á því hvort Sena hafi farið gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga verður fyrst að líta til aðgerða félagsins í tengslum við samruna þessa máls.

Samrunasamningurinn var gerður hinn 31. október 2008 á milli forsvarsmanna Senu og Árdegis um kaup Senu á öllu hlutafé Skífunnar líkt og áður hefur komið fram. Samkvæmt upplýsingum frá samrunaaðilum sem bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi, dags. 20. janúar 2009, var kaupverðið greitt við gerð kaupsamningsins og ráðstafað til greiðslu á launum starfsmanna Skífunnar. Þá kemur fram að Sena hafi sett vörur inn í verslunarhúsnæði Skífunnar hinn 1. nóvember 2008 og hafið sölu deginum eftir. Verslanir Skífunnar voru því opnaðar af hálfu Senu þann 2. nóvember 2008. Þá skal tekið fram að samkvæmt upplýsingum frá Lánstrausti hefur Sena verið skráð sem eigandi alls hlutafjár Skífunnar frá 9. október 2008.

Þá birtist eftirfarandi fréttatilkynning á heimasíðu Skífunnar þann 1. nóvember 2008:

„Sena kaupir Skífuna

Í gær, föstudaginn 31. nóvember, skrifaði afþreyingarfyrirtækið Sena upp á kaup Skífunnar af Árdegi hf.

Sverrir Berg Steinarsson eigandi Árdegis telur þetta vera ánægjulegt þar sem nú líður að mikilvægast tíma ársins í afþreyingarsölu og er þetta gert til að tryggja framtíð Skífunnar á þessum erfiðu tímum sem nú eru í þjóðfélaginu.

Salan er gerð með fyrirvara um samþykki Samkeppnisyfirvalda.

Skífan rekur verslanir á Laugavegi, í Kringlunni og í Flugstöð Leifs Eiríkssonar..”

Þá má líta til þess að í Morgunblaðinu þann 7. nóvember 2008 var greint frá því að Sena og Skífan væru sameinaðar á ný og verið væri að rýma verslanir Skífunnar fyrir nýju efni. Haft var eftir verslunarstjóra Skífunnar að tónlist frá Senu yrði ekki hyglað umfram aðra. Í Morgunblaðinu 14. nóvember 2008 birtist viðtal við framkvæmdastjóra Senu. Kom fram hjá honum að Sena væri að semja við útgefendur um skuldir Skífunnar.

Þrátt fyrir framangreint barst tilkynning um samrunann ekki til Samkeppniseftirlitsins fyrr en þann 21. nóvember 2008. Þá var samruninn í framkvæmd meðan málið var til rannsóknar hjá Samkeppniseftirlitinu.



3.2 Niðurstaða um brot Senu

Í 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 kemur fram að tilkynna skuli Samkeppniseftirlitinu um samruna áður en hann kemur til framkvæmda en eftir að samningur um hann er gerður, tilkynnt er opinberlega um yfirtökuboð eða yfírráða í fyrirtæki er aflað. Þá kemur fram í ákvæðinu að samruni sem fellur undir ákvæði samkeppnislaga skuli ekki koma til framkvæmda á meðan Samkeppniseftirlitið fjallar um hann.

Framangreint ákvæði kom inn í samkeppnislög með lögum nr. 94/2008 um breytingu á samkeppnislögum nr. 44/2005 sem gildi tóku í maí 2008 og var það nýmæli að samruni mætti ekki koma til framkvæmda á meðan Samkeppniseftirlitið fjallaði um hann. Í athugasemdum um ákvæðið í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 94/2008 kemur eftirfarandi fram:

„Í 3. mgr. er kveðið á um það hvenær tilkynna skal um samruna. Lagt er til að Samkeppniseftirlitið geti ógilt samruna áður en hann kemst til framkvæmda, en ekki eftir að samruni hefur átt sér stað, eins og kveðið er á um í 1. málsl. 1. mgr. 17. gr. gildandi laga. Samkvæmt núgildandi lögum tekur samruni gildi óháð skoðun Samkeppniseftirlitsins þótt samningar séu í raun gjarnan gerðir með fyrirvara um samþykki Samkeppniseftirlitsins. Ógilding samruna getur þó átt sér stað eftir að yfirtökutilboði hefur verið tekið eða samruninn að öðru leyti framkvæmdur. Nokkurt óhagræði er af gildandi fyrirkomulagi. Þannig stofnast nýr lögaðili um leið og samruni fyrirtækja tekur gildi og verða allir samningar þess lögaðila að ganga til baka ef Samkeppniseftirlitið ógildir samruna sem þegar hefur átt sér stað. Hafa slík dæmi komið upp þó að í framkvæmd bíði flest fyrirtæki með að láta samninga taka gildi þar til Samkeppniseftirlitið hefur samþykkt samrunann. Ákvæði þetta tekur mið af 1. mgr. 7. gr. reglugerðar ráðsins nr. 139/2004. Þar segir að samrunar sem falla undir reglugerðina skuli ekki koma til framkvæmda fyrr en tilkynnt hafi verið um samrunann og ákvörðun liggja fyrir um að hann hindri ekki virka samkeppni.“

Af framangreindu er ljóst að samkeppnislög kveða á um að samruni sem fellur undir samkeppnislög skuli ekki koma til framkvæmda fyrr en tilkynnt hefur verið um samrunann til Samkeppniseftirlitsins og ákvörðun stofnunarinnar liggur fyrir um að hann hindri ekki virka samkeppni. Er ákvæði 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga, líkt og ákvæði 1. mgr. 7. gr. samrunareglugerðar EB, þannig ætlað að stöðva alla framkvæmd á samruna sem fellur undir lögum þar til hann hefur beinlínis verið heimilaður (e. suspensory effect).³ Ljóst er að bann við framkvæmd á samruna tekur til framkvæmdar að fullu eða hluta. Í ákvæðinu felst m.a. bann við hvers konar ráðstöfun kaupanda á andlagi samrunans.⁴

Sú skoðun Senu að ákvæði 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga girði fyrir að samruni geti komið til framkvæmda áður en hann er samþykktur af Samkeppniseftirlitinu stenst ekki.

³ Sjá t.d. Faull & Nikpay, The EC Law of Competition, önnur útgáfa 2007 bls. 544: „... Article 7(1) establishes a „suspensory effect“ or a „bar on closing“ until express or deemed authorisation. The parties are not permitted to close the deal or take any steps that can be deemed to be implementation of the operation without notifying and before authorisation by the Commission ...”

⁴ Sjá t.d. Faull & Nikpay, The EC Law of Competition, önnur útgáfa 2007 bls. 544.



Umrætt ákvæði felur í sér bannreglu en vitaskuld geta fyrirtæki brotið þá lagareglu og hrint viðkomandi samruna í framkvæmd áður en hann er tilkynntur. Ef það er gert varðar það viðkomandi fyrirtæki viðurlögum og getur einnig haft áhrif á gildi samrunans.⁵ Þannig er sérstaklega tekið fram í g. lið 1. mgr. 37. gr. laganna að það varði sektum ef fyrirtæki brýtur gegn banni við að samruni komi til framkvæmda. Af þessu má ljóst vera að það fer gegn 3. mgr. 17. gr. a ef fyrirtæki á einhvern hátt hrindir samruna í framkvæmd áður en það tilkynnir um hann eða fær heimild til þess að framkvæma hann. Þá hefur brot á umræddu ákvæði engin áhrif á heimild til þess að grípa til íhlutunar reynist samruninn hafa neikvæð samkeppnisleg áhrif.⁶

Sena heldur því einnig fram að ákvæði 17. gr. e samkeppnislaga styðji þá skoðun félagsins að samruni verði ekki framkvæmdur fyrr en samþykki Samkeppniseftirlitsins liggja fyrir. Að mati Samkeppniseftirlitsins stenst þessi túlkun ekki heldur. Umrætt ákvæði veitir Samkeppniseftirlitinu m.a. heimild til að mæla fyrir um að eignir sem hafi verið sameinaðar verði aðskildar eða sameiginlegri stjórn hætt. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 94/2008 kemur fram að þetta ákvæði sé í samræmi við samrunareglugerð EB. Ákvæðið sé „*varnagli*“ og taldi löggjafinn nauðsynlegt að Samkeppniseftirlitið „*hafi þessa heimild í þeim tilvikum þar sem ekki er farið að ákvæðum frumvarpsins.*“ Samkvæmt þessu á ákvæðið t.d. við ef samruna hefur verið hrint í framkvæmd í andstöðu við 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Þá er unnt að beita ákvæðinu til að láta samrunann að fullu ganga til baka.⁷ Byggir framangreind lagatúlkun Senu því á misskilningi á samspili þessara ákvæða samkeppnislaga.

Kaupsamningur var gerður hinn 31. október 2008 á milli forsvarsmanna Senu og Árdegis um kaup Senu á Skífunni líkt og áður hefur komið fram. Að mati Samkeppniseftirlitsins sýna aðgerðir Senu í kjölfar undirritunar kaupsamningsins, sem útlistaðar hafa verið hér að ofan, fram á að framkvæmd samrunans fór fram fljótlega eftir þá undirritun og áður en tilkynnt var um samrunann til Samkeppniseftirlitsins. Sena tók m.a. við hinu keypta og hóf sölu á vörum í verslunum Skífunnar. Í kjölfar opunar á verslunum Skífunnar hóf Sena einnig að semja við birgja Skífunnar um niðurfellingu krafna á hendur Skífunni. Tilkynning vegna samrunans barst þó ekki fyrr en 21. nóvember 2008. Þá hélt framkvæmd samrunans áfram á meðan málið var til meðferðar Samkeppniseftirlitsins.

Þrátt fyrir að Sena segist eingöngu hafa litið á sig sem vörsluaðila Skífunnar telur Samkeppniseftirlitið að líta verði hlutlægt á kaupsamning samrunaaðila og aðgerðir Senu í kjölfar undirritunar kaupsamningsins. Hvergi í kaupsamningi samrunaaðila kemur fram að Sena sé eingöngu vörsluaðili eigna Skífunnar. Þvert á móti kemur fram að samningurinn varði kaup Senu á öllum hlutum Skífunnar af Árdegi þannig að Sena yrði eigandi félagsins í kjölfarið. Þá hefur komið fram að kaupverð hafi verið greitt fyrir hina seldu hluti við gerð kaupsamningsins. Í samningnum kemur einnig fram að aðilum hans sé heimilt að greina frá því að sala samkvæmt honum „*hafi átt sér stað*“.

⁵ Sjá C.J. Cook og C.S. Kerse, EC Merger Control, fimmta útgáfa 2009 bls. 147: „*Putting a concentration into effect in breach of the rule of (automatic suspension) renders a party liable to a fine under Art. 14(2)(b) of up to 10 per cent of aggregated group turnover, as discussed above. However, the validity of the transaction may also be affected.*“

⁶ Sjá t.d. Navarro, Font, Folguera og Briones, Merger Control in the EU, önnur útgáfa 2005 bls. 375.

⁷ Sjá einnig t.d. Faull & Nikpay, The EC Law of Competition, önnur útgáfa 2007 bls. 544-545.



Sú staðreynd að Sena sótti um undanþágu skv. 4. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga getur hér engu breytt. Beiðni Senu um undanþágu kom ekki fram fyrr en 29. janúar sl. Tilkynning um samrunann barst Samkeppniseftirlitinu hins vegar 21. nóvember sl. og fyrir það tímamark hafði samrunanum verið hrint í framkvæmd. Getur beiðni um slíka undanþágu engin áhrif haft á lögmæti aðgerða sem gripið var til áður en hún var sett fram. Þá tók Samkeppniseftirlitið rökstudda afstöðu til þessarar beiðni og taldi að lagaskilyrði væru ekki fyrir hendi til þess að veita hana. Þá ber að líta til þess að Senu var í lófa lagið að láta reyna á undanþágu strax í kjölfar undirritunar kaupsamningsins þann 31. október 2008 en það var ekki gert.

Að framangreindu virtu telur Samkeppniseftirlitið að umræddur samruni hafi verið framkvæmdur áður en tilkynning um hann barst Samkeppniseftirlitinu og þar af leiðandi hafi hann komið til framkvæmda áður en Samkeppniseftirlitið lauk umfjöllun um hann. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins er því sú að Sena hafi brotið gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga.

4. Viðurlög

Sena heldur því fram að ekki beri að leggja viðurlög á félagið. Telur félagið að augljóst sé að hafi samruni komið til framkvæmda þá sé það seljandinn sem beri ábyrgð á því, en ekki kaupandinn. Hinn brotlegi sé því Árdegi en ekki Sena. Kemur einnig fram að geti samruni átt sér stað fyrir samþykki Samkeppniseftirlitsins sé frumverknaðurinn seljandans, en ekki kaupandans. Leiði það til þess að leggja beri stjórnvaldssektir á seljandann, en ekki kaupandann.

Sena telur að ekki sé skylda til að leggja stjórnvaldssektir á þá sem brjóta gegn samkeppnislögum. Þá er bent á að umrætt ákvæði samkeppnislaga sé nýtt sem ekki hafi reynt á áður. Fordæmi séu fyrir því að sektum sé ekki beitt í málum þar sem reyni á túlkun nýrra samkeppnisreglna.

Við mat á því hvort beina beri sektarákvörðun að Senu í máli þessu ber að líta til þess að í 17. gr. b samkeppnislaga er fjallað um það á hvaða aðilum skylda til tilkynninga vegna samruna og yfirtöku hvílir. Kemur fram í 2. mgr. ákvæðisins að í þeim tilvikum þegar fyrirtæki eignast ráðandi hlut í öðru fyrirtæki skuli fyrirtækið sem stóð að yfirtökunni ganga frá tilkynningu um samruna. Í þeim samruna sem hér er til umfjöllunar er um yfirtöku Senu á Skífunni að ræða þar sem Sena keypti allt hlutfé Skífunnar og hélt áfram rekstri verslana Skífunnar. Samkvæmt því hvíldi tilkynningarskyldan á Senu í máli þessu enda tilkynnti félagið um samrunann til Samkeppniseftirlitsins þann 21. nóvember 2008. Þá verður að líta til þess tímamarks sem tilkynna verður um samruna. Samkvæmt 3. mgr. 17. gr. a skal tilkynna Samkeppniseftirlitinu um samruna áður en hann kemur til framkvæmda en eftir að samningur um hann er gerður. Það er því ljóst að Árdegi var heimilt að gera samning um sölu Skífunnar áður en tilkynningaskylda vegna samrunans myndaðist. Þannig bar Senu að tilkynna um samrunann áður en hann var framkvæmdur og voru þær aðgerðir sem fylgdu í kjölfar undirritunar kaupsamningsins og sýna fram á ólögmæta framkvæmd samrunans framkvæmdar af hálfu Senu. Fólu þessar aðgerðir Senu í sér brot á 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga, eins og rökstutt var hér að framan. Var það því Sena sem braut gegn banni við að samruni komi til framkvæmda í skilningi g. liðar 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga. Rétt er því að beina sektarákvörðun að Senu.



Samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga leggur Samkeppniseftirlitið stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóta m.a. gegn banni við að samruni komi til framkvæmda og tilkynningarskyldu. Tilgangur 37. gr. samkeppnislaga er að skapa varnaðaráhrif og stuðla þannig að því að ákvæðum samkeppnislaga sé fylgt. Meginreglan er sú að stjórnvaldssektir skuli lagðar á ef brot á bannreglum samkeppnislaga eiga sér stað, sbr. m.a. úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Samkvæmt 4. mgr. 37. gr. samkeppnislaga hefur Samkeppniseftirlitið heimild til að falla frá sektarákvörðun teljist brot óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni.

Í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga kemur m.a. fram að sektir geta numið allt að 10% af veltu síðasta rekstrarárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að broti. Í ákvæðinu kemur fram að við ákvörðun sekta skuli m.a. hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota. Horfa ber til þess að brot sem vinna gegn framkvæmd samrunareglna þykja almennt séð alvarleg, sbr. t.d. úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2008 *Sundagarðar ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hin undirliggjandi markmið 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga eru mikilvæg og brot gegn ákvæðinu grafa undan virku samrunaefftirliti.

Til þess að sektir í samkeppnismálum hafi áhrif verður m.a. að horfa á veltu viðkomandi fyrirtækis, sbr. t.d. úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í máli þessu hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að Sena hafi brotið gegn skýru banni 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Var brotið til þess fallið að samrunaákvæði samkeppnislaga næðu ekki markmiði sínu. Þá ber að líta til þess að brotið átti sér stað á einum mikilvægasta sölutíma ársins, þ.e. fyrir jólahátíðina. Hin ólögmeta framkvæmd á samrunanum var því til þess fallin að skapa Senu tekjur. Þá ber að líta til þess að samruninn var ekki tilkynntur fyrr en eftir atbeina Samkeppniseftirlitsins. Brot Senu telst því alvarlegt í eðli sínu. Telur Samkeppniseftirlitið mikilvægt í þeim tilgangi að stuðla að og efla virka samkeppni og skapa almenn varnaðaráhrif hvað umrædda lagareglu varðar að stjórnvaldssekt verði á lögð vegna umræddra brota.

Við mat á fjárhæð sekt verður að líta til þess að ársvelta Senu síðasta rekstrarár var [...] kr. Verður að tryggja að álögð sekt hafi nægjanleg varnaðaráhrif.

Varðandi það sjónarmið Senu að um ný lög sé að ræða þá ber almennt að líta til þess að ekki er unnt að fallast á það sem málsástæðu að fyrirtæki þekki ekki inntak samkeppnislaga eða að sjónarmið þau sem samkeppnislög byggja á séu ný af nálinni, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 37/2003 *Sölufélag garðyrkjumanna ofl. gegn samkeppnisráði*. Ekki síst stærri fyrirtæki eða fyrirtækjasamsteypur hafa alla möguleika á því að gera sér grein fyrir inntaki samkeppnislaga.⁸ Lögin sem um ræðir eru lög nr.

⁸ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í Methylglucamine málinu [2004] O.J. L38/18. Í málinu var sekt hækkuð með vísan til þess að stórfyrirtæki eigi að þekkja lögin: „In order to ensure that the fine has a sufficient deterrent effect and takes account of the fact that large undertakings have legal and economic knowledge and infrastructures which enable them more easily to recognise that their conduct constitute an infringement and be aware of the consequences stemming from it.” Sjá einnig leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA um útreikning á sektum sem lagðar eru á samkvæmt samkeppnisreglum EES.



94/2008 um breytingu á samkeppnislögum nr. 44/2005 og tóku lögin gildi í maí 2008. Lögin höfðu því verið í gildi í um hálf tveggja árum þegar skrifað var undir kaupsamning vegna samrunans. Þá skiptir máli að Sena hefur starfað í allmörg árum og ber því að þekkja og fylgja þeim lögum og reglum sem gilda, svo sem samkeppnislögum. Þá hefur Sena notið sérfræðiaðstoðar lögfræðinga við samruna þessa máls. Samkeppniseftirlitið telur auk framangreinds að ákvæði 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga feli í sér skýra reglu sem erfitt sé að misskilja. Engin óvissa ríkir heldur um viðmið við beitingu reglunnar. Framangreind sjónarmið Senu hafa því ekki þýðingu í þessu máli. Til mildunar viðurlaga þykir hins vegar rétt að líta til þess að brot Senu stóð ekki lengi.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja 15.000.000 kr. sekt á Senu vegna brots fyrirtækisins gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga.

III.

Ákvörðunarorð:

„Sena braut gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 með þeim aðgerðum sem nánar er lýst í ákvörðun þessari.

Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Sena greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 15.000.000 (fimmtán milljónir króna) vegna þessara brota.

Sektin skal greiðast í ríkissjóð eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar. Sé sektin ekki greidd innan þessa tíma skal greiða dráttarvexti af fjárhæð sektarinnar, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson