

Undirbúningur samruna og meðferð þeirra hjá Samkeppniseftirlitinu – reynslan og úrbótataækifæri

Minnisblað

1.

Tilfni: Samkeppniseftirlitið hefur um þessar mundir til athugunar hvort efni séu til breytinga á reglum um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum sem eftirlitið hefur sett, eða breytinga á verklagi við rannsóknir á samrunum að öðru leyti. Hefur eftirlitið í hyggju að nýta þá reynslu sem safnast hefur upp við meðferð þessara mála til þess að koma auga á frekari útbótataækifæri.

2.

Samruna-reglurnar: Samrunareglur eru einn af hornsteinum samkeppnisréttarins og gegna mikilvægu hlutverki í því að koma í veg fyrir að samkeppni raskist með umtalsverðum hætti með samruna eða yfirtöku fyrirtækja. Samkvæmt samkeppnislögum hefur SE það hlutverk að rannsaka tilkynningarskylda samruna og grípa til íhlutunar vegna samruna sem mynda eða styrkja markaðsráðandi stöðu eða leiða til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti.

Reglur samkeppnislaga um samruna voru endurskoðaðar árið 2008, sbr. lög nr. [94/2008](#). Með lögnum voru ákvæði um þetta uppfærð frekar en verið hafði með hliðsjón af samrunareglum ESB. Meðal breytinga sem urðu með lögnum voru;

1. heimild til að skila styttri tilkynningu um samruna að ákveðnum skilyrðum uppfylltum,
2. almennt bann við framkvæmd samruna á meðan SE fjallar um hann,
3. útvíkkun á heimild eftirlitsins til þess að ógilda samruna eða setja honum skilyrði.

Auk þess voru veltuviðmið laganna hækkuð með hliðsjón af breytingum í efnahagslífinu.

Í kjölfar þessara breytinga voru settar nýjar reglur nr. [684/2008](#), um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum. Þá var samrunagjald tekið upp með lögum nr. [14/2011](#).

3.

Reynslutölur: Frá endurskoðun á samrunaákvæðum samkeppnislaga á árinu 2008 hefur SE birt rúmlega 300 samrunaákvæðanir á heimasíðu sinni. Samrunaeftilit á árunum 2008-2012 beindist mjög að málum sem tengdust yfirtöku banka á atvinnufyrirtækjum. Sé tölfræði frá árinu 2012 skoðuð kemur eftirfarandi í ljós:

- 1) Um 62% samruna eru tilkynntir með svokallaðri styttri tilkynningu. Verulegt hagræði hefur því verið að þessu styttra formi tilkynningar fyrir samrunafyrirtæki. Hlutfallið hefur lækkað nokkuð frá upphafi árs 2018, þar sem láréttum samrunum hefur fjölgað undanfarið.
- 2) SE hefur gripið til íhlutunar í 23% tilvika. Hlutfallið er 12-14% þegar frá eru talin skilyrði sem rekja má til og túlkunar áfrýjunarnefndar vegna bankahrunsins og séraðstæðna því tengdu, s.s. vegna yfirtöku banka og sjóðafyrirtækja. Þetta hlutfall er nokkru hærra en víðast hvar í Evrópu og skýrist af legu landsins og fákeppnisaðstæðum.
- 3) Ef íhlutun í samruna er skoðuð nánar kemur í ljós að slíkum málum lýkur langoftast með sátt við samrunaaðila. Í 2% tilvika hefur samruni verið ógiltur. Ef talin er með afturköllun samruna í kjölfar birtingar á frummati er hlutfallið um 4%.

- 4) SE hefur lokið um 53% samrunamála á I. fasa, þ.e. innan 25 virkra daga. Þetta hlutfall sveiflast milli ára eftir vægi styttri tilkynninga og eðli samruna að öðru leyti.
- 5) SE hefur heimilað undanþágu frá banni við því að framkvæma samruna (sbr. 4. mgr. 17. gr.a) í um 12% tilvika.
- 6) Frá ársbyrjun 2018 hefur samrunatilkynning verið metin ófullnægjandi í um 40% tilvika.
- 7) Færst hefur í aukana að ákvarðanir í samrunamálum séu bornar undir áfrýjunarnefnd samkeppnismála, en frá ársbyrjun 2018 hafa þrjár ákvarðanir verið kærðar til nefndarinnar. Frá árinu 2008 hefur ákvörðun í samrunamáli verið hnekkt í einu tilviki (úrsk. 1/2011) en aðrar ákvarðanir hafa verið staðfestar (t.d. úrsk. 7/2011, 4/2018, 6/2018 og 7/2018).
- 8) Samrunafyrirtæki hafa greitt samtals tæplega 58 m.kr. í samrunagjald (ekki staðvirt) frá því að gjaldið var tekið upp árið 2011. Samrunagjaldið rennur í ríkissjóð og nýtist ekki við rannsókn á samrunum.
- 9) Á árinu 2017 og 2018 varði SE rúmlega 40% af ráðstöfunartíma sínum í rannsóknir á samrunum, samanborið við um 15% á árunum þar á undan.

4.

Samskipti í aðdraganda samruna-tilkynningar (pre-notification):

Skilvirk og skipulögð samskipti í aðdraganda samrunatilkynningar geta leitt til vandaðri undirbúnings að samrunum, stuðlað að því að samrunatilkynning innihaldi allar nauðsynlegar upplýsingar og þannig leitt til greiðari málsmeðferðar. Á hinn bóginn er útilokað að SE geti gefið einhvers konar bindandi álit á viðkomandi samruna áður en hann kemur til rannsóknar.

Eins og þekkt er hefur SE orðið við óskum um fundi með samrunaaðilum og ráðgjöfum þeirra í aðdraganda samrunatilkynningar. Á slíkum fundum kappkostar eftirlitið að veita leiðbeiningar um mögulega tilkynningaskyldu, um fyrri úrlausnir sem að gagni geta komið, um upplýsingar sem liggja þurfa fyrir við rannsókn mögulegs samruna, um líklega meðferð máls o.fl.

Framangreind samskipti í aðdraganda tilkynningar hafa hingað til verið óformbundin og ekki byggt á settum reglum. Í sumum nágrannalöndum Íslands (sjá t.d. [leiðbeiningar sænska eftirlitsins](#), mgr. 55-58, [leiðbeiningar breskra samkeppnisyfirvalda](#) og [bestu venjur framkvæmdastjórnar ESB](#)) hefur verið mótuð umgjörð um samskipti í aðdraganda samrunatilkynningar (e. *Pre-notification talks*). Að mati SE kemur til greina að í málsmeðferðarreglum eða leiðbeiningarreglum vegna samruna verði sett sérstök ákvæði um þennan möguleika, tilhögun á viðræðum í aðdraganda samruna og form slíkra viðræðna.

Ávinningurinn af þessu væri skilvirkari og skýrari rammi utan um slíkar viðræður, auk þess sem málsaðilar yrðu betur upplýstir um þennan möguleika. Það yrði þó áfram mat samrunaaðila hvort þeir telji þörf á slíkum viðræðum. Þá ræðst gagnsemi viðræðna af þessu tagi mjög af gæðum þeirra upplýsinga og gagna sem liggja til grundvallar fyrirhuguðum samruna. M.ö.o. skiptir undirbúningur samrunafyrirtækja og ráðgjafa þeirra meginmáli.

Til umræðu (1): *Er ávinningur af því að skapa viðræðum af þessu tagi skýrari umgjörð?*

Til umræðu (2): *Ef svo er, að hverju þarf helst að huga (tímarammi, efni viðræðna, trúnaður o.s.frv.)?*

5.

Gæði samruna-tilkynninga og afhentra gagna:

Á undanförunum misserum hafa samkeppnisyfirvöld í nágrannalöndum okkar lagt aukna áherslu á gæði samrunatilkynninga. Eðli máls samkvæmt eru miklir skilvirknishagsmunir tengdir því að samrunarannsóknir gangi eins hratt fyrir sig og kostur er. Mikilvægt atriði í því samhengi er að upplýsingar sem nauðsynlegar eru til að meta áhrif samrunans liggja fyrir og séu eins réttar og nákvæmar og nokkur kostur er. Séu upplýsingarnar rangar, villandi eða ófullnægjandi leiðir það óhjákvæmilega til tafa við rannsókn mála og hættu á því að endanleg ákvörðun byggist ekki á réttum upplýsingum.



Þegar SE sér við yfirferð innkominnar samrunatilkynningar að hún uppfylli ekki lágmarkskröfur um innihald er hún metin ófullnægjandi og aðilum gerð grein fyrir því. Tímastrestir byrja ekki að líða fyrr en fullnægjandi tilkynning hefur borist. Frá upphafi árs 2018 hefur SE metið um 40% samrunatilkynninga ófullnægjandi. Í flestum tilvikum hefur þá skort á umfjöllun og upplýsingar sem gerðar eru kröfur um í samrunareglunum. Hér eru einnig talin með nokkur tilvik þar sem SE hefur kallað eftir lengri tilkynningu í stað styttri.

Alvarlegast er hins vegar þegar rannsókn málsins leiðir í ljós að tilkynningin og gögn sem henni fylgja hafa ekki að geyma réttar upplýsingar. Dæmi um þetta er þegar settar eru fram rangar tölulegar upplýsingar sem áhrif hafa á mat á samrunanum, þegar samrunafyrirtæki lýsa eðli starfseminnar ranglega eða byggja að öðru leyti á skilgreiningu markaða sem stjórnendum viðkomandi fyrirtækja var fullkunnugt um að voru ekki réttar. Öll upplýsingagjöf, eða skortur á upplýsingagjöf, sem gefur til kynna að fyrirtæki freisti þess að fá samkeppnishamlandi samruna samþykktan á röngum forsendum ber ávallt að meta sem alvarlega.

Framkvæmdastjórn ESB hefur að undanfögnu haft til skoðunar nokkur mál sem varða ófullnægjandi upplýsingar eða gagnaafhendingar í samrunamálum og hefur tekið ákvörðun í tveimur málum, annars vegar tengdu [samruna Facebook og WhatsApp](#) og hins vegar tengdu [samruna General Electric og LM Wind](#). Í máli General Electric var fyrirtækið sektað um 52 m. evrur í apríl 2019 vegna þess að upplýsingar vantaði í samrunatilkynningu um þróun tiltekinna vindmylla til raforkuframleiðslu. Í máli Facebook var fyrirtækið sektað um 110 m. evrur í maí 2017 vegna misvísandi upplýsinga um tæknilega möguleika til að tengja saman notendaaðgang Facebook og WhatsApp. Við þetta tilefni var haft eftir Margrethe Vestager yfirmanni samkeppnismála: *"Today's decision sends a clear signal to companies that they must comply with all aspects of EU merger rules, including the obligation to provide correct information. And it imposes a proportionate and deterrent fine on Facebook. The Commission must be able to take decisions about mergers' effects on competition in full knowledge of accurate facts."*

SE hefur mál af þessu tagi til skoðunar, þar sem m.a. kemur til álita að beita stjórnvaldssektum vegna ófullnægjandi upplýsingagjafar. Óháð niðurstöðum þeirra mála má gera ráð fyrir að tekið verði af festu á miðlun rangra eða ófullnægjandi upplýsinga í samrunamálum.

Til umræðu (3): *Hvað geta þeir sem koma að samrunamálum gert til að tryggja rétta og fullnægjandi upplýsingagjöf?*

6.

Form sáttarviðræðna:

SE hefur um langt skeið nýtt sér þá heimild að ljúka rannsókn samkeppnismála, þ. á m. samrunamála, með bindandi sátt við málsaðila í tilvikum þar sem það á við. Með lögum nr. 52/2007 var heimildin formlega lögfest en fram að þeim tíma hafði hún verið staðfest í réttarframkvæmd. Þrátt fyrir að sáttarheimildin hafi almennt nýst nokkuð vel telur SE ástæðu til þess að rýna hvort þörf sé á því að skýra nánar málsmeðferð, tímaramma og form sáttarviðræðna.

Að vissum skilyrðum uppfylltum getur sátt í samrunamálum leitt til hagstæðrar niðurstöðu bæði út frá hagsmunum samrunaaðila og þeim almannahagsmunum sem samrunareglum samkeppnislaga er ætlað að vernda. Auk þess er málsmeðferð í sáttarmálum almennt einfaldari og getur sparað umtalsverðan tíma við rannsókn mála. Það er forsenda sáttar að framboðin skilyrði leysi sannanlega úr þeim samkeppnislegu vandkvæðum sem annars myndu leiða af samruna og hins vegar að samrunaaðilar séu sammála eða geti fellt sig við mat eftirlitsins á mögulegum áhrifum samruna á samkeppni. Þá er það almennt forsenda samrunaaðila að framboðin skilyrði breyti ekki forsendum og markmiðum viðkomandi viðskipta í grundvallaratriðum. Eigi framangreint ekki



við ætti að vera ljóst að forsendur til sáttarviðræðna brestur og hefðbundin meðferð máls tekur við.

Að mati SE eru efni til að huga a.m.k. að eftirtöldum atriðum við sáttarviðræður:

- 1) *Tímafrestrir til að koma fram með skilyrði:* Algengt er að sáttarviðræður hefjist frekar seint í samrunaferlinu og oft samhliða hefðbundinni meðferð máls, þ.e. útgáfu andmælaskjals, viðbótarrannsókn og skrifum ákvörðunar. Þessi aðstaða er afar óheppileg þar sem þá hafa hvorki samrunaaðilar né SE æskilegt ráðrúm til þess að móta skilyrði og prófa þau gagnvart markaðnum. Skapar þetta hættu á að sáttarviðræður verði ekki nægjanlega markvissar sem og torveldi rannsókn að öðru leyti. Í tveimur nýlegum tilvikum reyndist SE ekki unnt að meta seint fram komin skilyrði, sem leiddi til þess að samrunaaðilar afturkölluðu viðkomandi samrunatilkynningar og tilkynntu að nýju, til þess að freista þess að fá samrunana samþykkt á grundvelli skilyrða.

Nefna má að samkvæmt nógildandi [samrunareglugerð ESB](#) (10. gr.) þurfa tillögur að skilyrðum að berast eigi síðar en við 65. dag II. fasa (af 90). Þá er gert ráð fyrir að frestrir til rannsóknar máls verði framlengdir sjálfkrafa ef samrunaaðilar leggja fram tillögur að skilyrðum eftir 55. dag rannsóknarinnar, sem lengir þá fyrrgreindan 65-daga frest um sama dagafjölda. Jafnframt geta málsaðilar óskað eftir að frestrir verði framlengdir um ákveðinn dagafjölda í slíkum tilvikum. Slík ákvæði sem framlengja fresti til rannsóknar eru fyrst og fremst ívilnandi fyrir samrunafyrirtæki.

Vegna þessa hefur SE í hyggju að setja í reglur sínar ákvæði um tímafrestrir í þessu efni og áhrif afbrigða frá þeim. Hins vegar þyrfti að gera breytingar á lögum til að gera framkvæmd hér á landi fyllilega sambærilega fyrrgreindum reglum framkvæmdastjórnarinnar.

- 2) *Formlegri umgjörð sáttarferlis:* SE hefur til skoðunar hvort ástæða sé til þess að setja í samrunareglurnar skýrari ákvæði um umgjörð sáttarferlis. Fram hafa komið viðhorf þess efnis að í einhverjum tilvikum hafi skort á leiðbeiningu um þetta efni. Einnig hafa heyrst sjónamið frá tilteknum samrunaaðilum eftir meðferð samrunamáls að þeir hafi talið sig þurfa að undirgangast sátt þvert gegn vilja sínum. Þá hefur borið við að samrunaaðilar hafi í einhverjum tilfellum nálgast sáttarviðræður sem taktískar samningaviðræður, þar sem þess er gætt að slaka út tillögum smátt og smátt, í stað þess að leggja spilin á borðið. Hafa ber í huga í þessu sambandi að markmið SE eru einungis að meta hvort framboðin skilyrði leysa hindranir sem af samruna leiðir. Ber SE m.a. að gæta þess og samþykkja ekki skilyrði sem ganga of langt, sbr. meðalhófsreglu stjórnsýslulaga.

Af þessum sökum kann að vera ástæða til að marka upphaf og umgjörð sáttarviðræðna með formlegri hætti en hingað til hefur tíðkast, þar sem samrunaaðilar t.d. staðfesta í upphafi að þeir hafi kynnt sér og felli sig við nánar tiltekna umgjörð viðræðnanna.

Til umræðu (4): *Hver er afstaða til hugmynda um skýrari farveg sáttarviðræðna, þ.á m. um tímafrestrir?
Önnur sjónarmið?*

7.

Rafræn stjórnsýsla:

SE hefur til skoðunar að auka notkun rafrænna samskipta í málsmeðferð stofnunarinnar. Til greina kemur að byrja á því verkefni að gera meðferð samrunamála rafræna eftir fremsta megni, þ. á m. samrunatilkynningu og önnur samskipti við samrunaaðila. Mikilvægt er að slík samskipti uppfylli kröfur stjórnsýslulaga og annarra reglna sem varða rafræna stjórnsýslu. Rafræn gagnaskil og samskipti ættu að vera til þess fallin að auka öryggi og auðvelda

og flýta afhendingu gagna. Auk þess eru umhverfisleg áhrif af rafrænni stjórnsýslu jákvæð. Þessar áætlanir eru á undirbúningsstigi og óskar SE eftir samtali við hagsmunaaðila um hvernig best væri að standa að slíkum breytingum og að hverju þurfi sérstaklega að huga í því sambandi.

Til umræðu (5): *Sjónarmið um útfærslu rafrænna stjórnsýslu á vettvangi samrunamála.*

8.

Málshraði: Er hægt að ljúka fleiri málum á I. fasa?

SE keppir jafnan að því að ljúka rannsóknum á I. fasa ef nokkur kostur er og lýkur meirihluta samrunamála á I. fasa. Ástæða er til að huga að því hvort gera megi betur í þessu efni.

Í upphafi meðferðar máls á I. fasa leitast SE við að leggja grunnmat á efnisleg áhrif samruna og þar með hvort og þá að hvaða leyti samruni kunni að hafa neikvæð áhrif á samkeppni. Segja má að þrír meginþættir hafi áhrif á hversu hratt SE getur tekið afstöðu til samruna:

- 1) Undirbúningur samrunafyrirtækja, þ.m.t. gæði og áreiðanleiki samrunatilkynninga, hefur grundvallarþýðingu í þessu efni. Á þeim grundvelli metur SE hvort leita þurfi sjónarmiða eða upplýsinga frá hagsmunaaðilum, áður en tekin er ákvörðun hvort mál þurfi að fara á II. fasa.
- 2) Öflun upplýsinga frá hagsmunaaðilum, s.s. öðrum fyrirtækjum sem starfa á viðkomandi eða tengdum mörkuðum, getur verið tafsöm. Mjög oft leitar SE eftir upplýsingum frá hagsmunaaðilum, og e.a. öðrum aðilum sem búa t.d. yfir tölulegum upplýsingum sem nýtast við fyrsta mat á samruna.
- 3) Ráðrúm SE til að ráðstafa sérfræðingum til að rannsaka viðkomandi samruna getur verið af skornum skammti.

Þau atriði sem fjallað er um í kafla 4-7 hér að framan geta öll haft áhrif á það hversu vel tekst til við rannsókn samruna og þá hversu hratt eftirlitið getur tekið afstöðu til þeirra.

Til umræðu (6): *Frekari sjónarmið um málshraða og leiðir til að bæta hann.*

9.

Ákvæði samkeppnislaga o.fl.:

Í þessu minnisblaði eru ekki gerðar að umtalsefni mögulegar breytingar á lögum sem haft geta þýðingu við rannsókn samrunamála. Þannig er ekki fjallað um veltumörk við tilkynningu samruna, mögulegar breytingar á heimild til að senda styttri tilkynningu, lögbundna tímafresti, samrunagjald eða annað sem bundið er í lögum. Er það fremur á vettvangi ráðuneytis samkeppnismála að standa fyrir opinberri umræðu um þessa þætti í umgjörð samrunarannsókna.

10.

Leiðbeiningar og ítarefni:

Við umfjöllun hér að framan og mögulega endurskoðun á reglum og verklagi horfir SE til reynslu annarra ríkja, sbr. t.d. eftirfarandi:

- Hvítbók framkvæmdastjórnar ESB 2014 [„Towards more effective EU merger control“](#) (Sjá einkum vinnuskjal starfsfólks framkvæmdastjórnarinnar)
- Reglur framkvæmdastjórnar ESB um bestu venjur við meðferð samrunamála [„Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings“](#)
- Bestu venjur framkvæmdastjórnar ESB vegna framsetningar efnahagslegra sönnunargagna [„Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases“](#)
- Leiðbeiningar Internation Competition Network (ICN) um meðferð samrunamála [„ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures“](#)

Um pre-notification:



- Sjá varðandi bestu venjur framkvæmdastjórnar ESB, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf> og reglur sænska samkeppniseftirlitsins (mgr. 55-68), http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/competition/guidance_notification_and_examination_of_concentrationsny.pdf

Um mikilvægi réttra upplýsinga frá samrunaaðilum:

- Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 17. maí 2017 í máli nr. M.8228 *Facebook/Whatsapp*, sjá fréttatilkynningu, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm
- Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 8. apríl 2019 í máli nr. M. 8436, *General Electric and LM Wind*. Sjá fréttatilkynningu, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-2049_en.htm