

## ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

### Úrskurður í máli nr. 8/2015

**Fræðaveitan ehf.**

**gegn**

**Samkeppniseftirlitinu**

#### I

##### **Kröfur málsaðila**

Með kæru dagsettri 1. júlí 2015 hefur Fræðaveitan ehf. (hér eftir nefnd áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 16/2005, frá 4. júní 2015, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í ákvörðuninni komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að það teldi að forsendur hefðu brostið fyrir frekari sölumeðferð á eignarhlut Arion banka hf. (hér eftir nefndur Arion banki) í Afli- sparisjóði (hér eftir nefndur Afl), sbr. ákvörðun nr. 9/2015. Þar af leiðandi væru ákvæði greinar 5.3. í ákvörðunarorðunum orðin virk.

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

Samkeppniseftirlitið krefst þess aðallega að málinu verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Til vara krefst eftirlitið að ákvörðunin verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

#### II

##### **Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu**

Arion banki skuldbatt sig með sátt við Samkeppniseftirlitið, dagsett 28. apríl 2015, til að hlíta tilgreindum skilyrðum sem birt voru í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2015: *Yfirráð Arion banka hf. yfir Afli-sparisjóði ses.* Til grundvallar ákvörðuninni var sátt sem gerð var í framhaldi af því að Arion banki hafði öðlast yfirráð yfir sparisjóðnum. Í skilyrðunum var kveðið á um að bankinn skyldi fara með sparisjóðinn í opið sölufurli þar sem yfirtaka bankans kynni að vera ósamrýmanleg samkeppnislögum. Á grundvelli framangreindrar sáttar hóf Arion banki undirbúning á sölu Afls.

Þann 29. maí 2015 barst Samkeppniseftirlitinu erindi frá bankanum þar sem óskað var eftir endurupptöku á ákvörðuninni nr. 9/2015 með vísan til 24. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 og greinar 5.1 í ákvörðunarorðum ákvörðunarinnar. Byggði bankinn erindi sitt á því að atvik hefðu breyst verulega frá því að ákvörðunin var tekin. Í beiðninni kom fram það mat bankans að frekari sölu meðferð á sjóðnum fæli í sér nærtæka og yfirvofandi hættu á áhlaupi á sjóðinn.

Samkeppniseftirlitið sendi erindi Arion banka til umsagnar Fjármálaeftirlitsins og óháðra kunnáttumanna sem skipaðir höfðu verið samkvæmt 4. gr. ákvörðunarorða ákvörðunar nr. 9/2015. Umsögn Fjármálaeftirlitsins barst eftirlitinu þann 1. júní sl. og umsögn kunnáttumanna þann 3. júní sl. og var hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins tekin í framhaldi af því.

### III

#### Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjenda barst 9. júlí 2015. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðina bárust áfrýjunarnefndinni 11. júlí s.á. Samkeppniseftirlitið upplýsti áfrýjunarnefndina um að það teldi ekki ástæðu til að gera frekari athugasemdir.

### IV

#### Röksemdir málsaðila

##### 1. Málsástæður og lagarök áfrýjenda

Áfrýjandi byggir á því að félagið sé stofnfjárhafi í Afli og viðskiptamaður sjóðsins, og hafi sem slíkur mikla hagsmuni af því hvernig rekstri Afls sé háttað og hvernig sjóðnum reiði af til framtíðar.

Áfrýjandi byggir á því að Samkeppniseftirlitið hafi ekki haft undir höndum öll gögn málsins þegar hin kærða ákvörðun hafi verið tekin. Ennfremur byggir áfrýjandi á því að þau gögn sem fyrir lágu hafi í einhverjum tilvikum verið villandi og að röksemdir Arion banka um hugsanlegt áhlaup á sjóðinn standist ekki.

Áfrýjandi heldur því fram að hann hafi heimildir fyrir að endurskoðendur Afls, Ernst & Young ehf. (hér eftir nefnt EY), hafi lagt fram ítarleg og rökstudd mótmæli við skýrslu endurskoðendafyrirtækisins KPMG um mat á útlánasafni Afls. Hafi EY hins vegar verið knúnir til þess að afturkalla þau mótmæli. Bendir áfrýjandi á að í hinni kærðu ákvörðun sé þessara mótmæla EY í engu getið. Áfrýjandi telur ljóst af lestri ákvörðunarinnar að

Samkeppniseftirlitið hafi ekki haft umrædd mótmæli undir höndum við ákvarðanatökuna og að svo virðist sem þessum mótmælum hafi verið leynt fyrir stofnuninni.

Þá telur áfrýjandi sig einnig hafa heimildir fyrir því að framsetning fjárhagsupplýsinga um Afl til eftirlitsaðila hafi í einhverjum tilvikum verið villandi. Til þess að geta tjáð sig frekar um þetta atriði, krefst áfrýjandi þess að fá afhentar allar greinargerðir um fjárhagslega stöðu sparisjóðsins sem lágu fyrir hjá Samkeppniseftirlitinu þegar stofnunin tók hina kærðu ákvörðun.

Áfrýjandi byggir á því að sönnunarbyrði um rekstrarhæfi sjóðsins hvíli á Arion banka en ljóst sé að sá sem haldi því fram að fyrirtæki sé ekki rekstarhæft beri fyrir því þunga sönnunarbyrði.

Áfrýjandi bendir á að þar sem Arion banki hafi óskað eftir samruna Afls við bankann á þeim grundvelli að ekki séu lengur til staðar forsendur til þess að setja sjóðinn í söluferli hljóti það að hvíla á bankanum að leggja fram öll gögn sem hafi þýðingu við mat á rekstarhæfi Afls en það hafi bankinn ekki gert.

Áfrýjandi bendir einnig á að samkvæmt endurskoðuðum ársreikningi Afls fyrir árið 2014 sé eignastaða sjóðsins allt önnur og mun betri en lýst sé í beiðni Arion banka. Áfrýjandi byggir á því að ekki sé komin fram sönnun fyrir því að rekstrarhæfi Afls sé ekki lengur til staðar, þ.e. að sönnun um að sjónarmið um fyrirtæki á fallanda fæti eigi við sé ekki komin fram.

Ennfremur bendir áfrýjandi á að Afl sé lítill sparisjóður og engin ástæða sé til að ætla annað en að Tryggingarsjóður innstæðueigenda og fjárfesta geti að fullu rækt skyldur sínar gagnvart viðskiptavinum sjóðsins. Séu röksemdir bankans um áhlaup því án staðar.

Í athugasemdum sínum við greinargerð Samkeppniseftirlitsins bendir áfrýjandi á að hann hafi ekki komið að rekstri málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu af þeirri ástæðu að hann hafi hvorki vitað af því að málið væri til meðferðar fyrir stofnuninni né hafi honum verið boðin aðkoma að því. Þá telur áfrýjandi að málið varði hann bæði beint og sérstaklega. Hann byggir á því að hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 16/2015 bindi hann sem stofnfjárhafa í Afli og að hann hafi af því talsverða fjárhagslega hagsmuni af því hvernig sjóðnum reiði af. Tekur hann fram að samruni samkvæmt ákvörðun Samkeppniseftirlitsins kunni að hafa mikil áhrif á fjárhagslega stöðu Afls. Því verði að telja að fyrir hendi sé orsakasamhengi á milli ákvörðunarinnar og réttarstöðu áfrýjanda í skilningi samkeppnisréttar. Þá telur hann að allir stofnfjárhafar hljóti að eiga rétt á því að fá aðild að málinu enda hafi þeir allir beina og lögmæta hagsmuni af niðurstöðu þess.

Telur áfrýjandi að tilvísun í reglur Evrópuréttarins um að hluthafar geti ekki skotið samrunaákvörðun framkvæmdastjórnar til dómstóla ESB þar sem þær geti ekki varðað þá

beint og sérstaklega eigi ekki við í málinu þar sem um sé að ræða stofnfjáreigendur í sparisjóði en ekki hluthafa í hlutafélagi. Að auki sé til skoðunar ákvörðun sem Samkeppniseftirlitið hefur tekið um að veita undanþágu frá þeim meginreglum samkeppnisréttarins að Samkeppniseftirlitið skuli hafa fjallað um samruna áður en hann kemur til framkvæmda. Séu atvik málsins því með þeim hætti að áðurgreindar reglur Evrópuréttarins um aðild verði vart lagðar til grundvallar mati á aðild áfrýjanda að málinu.

## 2. **Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins**

Samkeppniseftirlitið byggir aðallega á því að vísa beri málinu frá áfrýjunarnefnd og bendir á að hvað aðild áhræri „*gildir sú meginregla í samkeppnisrétti að málfefni þarf að varða viðkomandi bæði beint og sérstaklega til þess að til aðildar geti komið*“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2009, *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Fyrra skilyrðið fyrir aðild sé uppfyllt þegar ákveðið orsakasamhengi sé á milli ákvörðunar og réttarstöðu aðila. Í síðara skilyrðinu felist að viðkomandi þurfi að sýna fram á að ákvörðun varði hann með þeim hætti sem aðgreini hann frá öðrum sem kunna að vera í svipaðri aðstöðu en njóta samt sem áður ekki aðilastöðu, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2000, *Toppfiskur ehf. gegn samkeppnisráði*. Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi talið að keppinautar samrunaaðila geti skotið ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til nefndarinnar þrátt fyrir að þeir hafi ekki átt aðild að samrunamálinu fyrir eftirlitinu, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 1/2011, *Búvangur o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi sé stofnfjárhafi í Afli og komi ekki að rekstri málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu. Þá kveðst áfrýjandi vera í viðskiptum við sparisjóðinn. Í kæru sé ekki rökstutt með hvaða hætti hin kærða ákvörðun varði hagsmuni hans umfram aðra stofnfjárhafa eða viðskiptavini. Samkeppniseftirlitið telur að til samanburðar megi hafa í huga að í EES/ESB-samkeppnisrétti hafi verið lagt til grundvallar að hluthafar geti ekki skotið samrunaákvörðunum framkvæmdastjórnarinnar til dómstóla ESB þar sem þær geti ekki varðað þá beint og sérstaklega. Þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að viðskiptavinir fyrirtækja teljast almennt ekki njóta aðildar, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/1999, *Elías Davíðsson gegn Samkeppnisstofnun*.

Með vísan til framangreinds beri því að vísa kröfu áfrýjanda frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Samkeppniseftirlitsins gerir varakröfu sína um staðfestingu á ákvörðun sinni. Mótmælt er málsástæðum um að eftirlitið hafi ekki haft öll gögn málsins þegar ákvörðun hafi verið tekin, að í einhverjum tilvikum hafi gögn verið villandi og að röksemdir Arion banka um hugsanlegt áhlaup á Afl standist ekki.

Samkeppniseftirlitið bendir á að 29. maí sl. hafi Arion banki óskað eftir endurupptöku ákvörðunar nr. 9/2015 með vísan til skýrslu KPMG um útlánagæði Afls. Hafi Afl falið KPMG að fara yfir útlánasafn sjóðsins og leggja mat á virði þess. Í erindi Arion banka komi framað niðurstaða þessara yfirferðar gefi til kynna að útlán sjóðsins og fullnustueignir hans séu ofmetnar um 992 m.kr. miðað við ársreikning 2014. Byggi matið á skoðun á 40% af lánasafninu. Ekki sé hægt að útiloka að sá hluti lánsafnsins sem ekki hafi verið skoðaður af KPMG sé jafnframt ofmetinn. Þá kemur fram að eiginfjárlutfall sjóðsins hafi verið 7,28% í árslok 2014 og afskriftarþörf hans leiði til þess að eigið fé sé neikvætt um 5-10%. Séu þessar breytingar langt umfram það sem bankinn mátti vænta að yrðu. Hefði þessi niðurstaða legið fyrir áður en bankinn öðlaðist yfirráð yfir sjóðnum hefði aldrei komið til greina að setja sjóðinn í sölufjerli með þeirri áhættu sem það hefði í för með sér.

Í kjölfar beiðni Arion banka hafi Samkeppniseftirlitið leitað umsagnar Fjármálaeftirlitsins. Óskað hafi verið umsagnar um hver áhrif framvinda sölufjerlis Arion banka kynni að hafa á fjármálakerfið eða önnur atriði sem stofnunin hafi eftirlit með. Bendir Samkeppniseftirlitið á að hafa beri í huga að mat Fjármálaeftirlitsins á stöðu fjármálafyrirtækis geti að öllu jöfnu ráðið úrslitum þegar afstaða er tekin til sjónarmiða samkeppnisréttarins um fyrirtæki á fallanda fæti, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 12/2011, *MP banki hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í umsögn Fjármálaeftirlitsins sem hafi borist 1. júní 2015 hafi komið fram að Fjármálaeftirlitið hafi fylgst náið með málefnum Afls og sölufjerli vegna ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2015. Með vísan til fjárhagsstöðu sparissjóðsins taldi Fjármálaeftirlitið mikla hættu felast í því að halda sölufjerlinu áfram og að staða sparissjóðsins gæti orðið „þannig að ákvæði VI til bráðabirgða í lögum um fjármálafyrirtæki eigi við um sjóðinn. Í því sambandi er rétt að geta þess að verði Fjármálaeftirlitið knúid til að beita úrræðum sínum í samræmi við framangreint ákvæði getur skapað aukin hættu á að eignir sjóðsins rýrni og annars konar tjón hljóti af.“ Vísaði Samkeppniseftirlitið nánar um þetta til hinnar kærðu ákvörðunar og umsagnar Fjármálaeftirlitsins.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í umsögn kunnáttumanna sem barst 4. júní 2015 komi fram það mat þeirra að framkvæmd Arion banka á sölufjerli sparissjóðsins hafi fullnægt skilyrðum ákvörðunar nr. 9/2015. Um skýrslu KPMG segja kunnáttumennirnir að þeir hafi ekki forsendur til þess að vefengja álit Fjármálaeftirlitsins og telja að áhyggjur stofnunarinnar sé réttmætar. Þá séu áhyggjur af áhættu á áhlaupi á sjóðinn í kjölfar birtingar skýrslunnar til áhugasamra fjárfesta jafnframt réttmætar. Þá gera kunnáttumennirnir endurskoðunarskýrslur EY jafnframt að umtalsefni og vísa til fundar þeirra með endurskoðendum. Í umsögninni kemur fram að ársuppgjör fyrir árið 2014 og hálfársuppgjör sparissjóðsins renni stöðum undir niðurstöðu KPMG. Fram komi í ársreikningi fyrir árið 2014 að framlag á afskriftarreikning nemi 454 m.kr. Í skýringu 19a í

sama reikningi komi fram að enn sé til staðar mikil óvissa tengd lánasafni sjóðsins. Sökum þessa blasi við að þörf sé á verulegri niðurfærslu vegna útlánasafns sparissjóðsins umfram framlag á afskriftarreikning fyrir árið 2014. Gera megi ráð fyrir því að aukin niðurfærsluþörf rýri eigið fé sjóðsins þannig að það verði allt uppurið.

Samkeppniseftirlitið bendir á að bæði Fjármálaeftirlitið og kunnáttumenn hafi í aðalatriðum verið sammála um að niðurstöður í skýrslu KPMG væru á rökum reistar. Auk þess boðaði Fjármálaeftirlitið beitingu sérlagaheimildar til að verja þá hagsmuni sem stofnuninni sé falið að gæta. Jafnframt hafi það verið mat Fjármálaeftirlitsins að það væri mun heppilegri lausn að Samkeppniseftirlitið myndi verða við ósk Arion banka um endurskoðun á ákvörðun nr. 9/2015. Samkeppniseftirlitið taldi því liggja fyrir að áframhald á sölufurlinu væri afar ólíklegt til árangurs og myndi á sama tíma stofna öðrum hagsmunum í stórfellda hættu, sbr. mat Fjármálaeftirlitsins. Hafi því ekki verið efni til að komast að annarri niðurstöðu en gert hafi verið í hinni kærðu ákvörðunar.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á varðandi kröfu áfrýjanda um að fá í hendur tiltekin gögn að hann hafi ekki beint slíkri kröfu að Samkeppniseftirlitinu og liggja þar af leiðandi engin ákvörðun hér til grundvallar, sbr. 9. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið fái ekki séð á hvaða grunni þessi krafa getur komið til umfjöllunar áfrýjunarnefndar.

## V

### Niðurstaða

#### 1

Í málinu krefst áfrýjandi þess að felld verði úr gildi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um að endurskoða skyldu Arion banka til að selja eignarhlut sinn í Afli. Þá skyldu hafði bankinn undirgengist í sátt sinni við Samkeppniseftirlitið, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 9/2015.

Svo sem greinir í hinni kærðu ákvörðun leiddi endurmat á lánasafni sparissjóðsins til þess að eiginfjárhlutfall fór niður fyrir lögbundin mörk. Í umsögn Fjármálaeftirlitsins, sem lá fyrir áður en hin kærða ákvörðun var tekin, er sagt að eigið fé sjóðsins virðist uppurið. Þá fékk Samkeppniseftirlitið sérstaka óháða kunnáttumenn til að kynna sér stöðu mála og var það þeirra mat að illmögulegt væri að halda boðuðu sölufurli áfram við þessar aðstæður.

#### 2

Í kæru áfrýjanda kemur fram að hann sé stofnfjáreigandi í Afli og viðskiptamaður sjóðsins og telur sig sem slíkan hafa mikla hagsmuni af því hvernig rekstri Afli sé háttað og hvernig sjóðnum reiði af til framtíðar. Áfrýjandi ber brigður á það mat á virði eigna sjóðsins, sem

endurupptaka ákvörðunar, og mat Fjármálaeftirlitsins byggði á. Hann telur einnig að ekki liggi nægjanlega fyrir að sparisjóðurinn hafi verið orðinn órekstrarhæfur þegar umrædd ákvörðun var tekin.

### 3

Mál þetta á rót sína að rekja til samruna á milli Afls og Arion banka, en hinn síðarnefndi eignaðist 94,45% stofnfjár í sparisjóðnum við yfirtöku sína á Sparisjóði Mýrarsýslu á árinu 2009.

Í samrunamálum eru það fyrst og fremst aðilar að viðkomandi samruna sem geta átt aðild að slíkum málum fyrir samkeppnisyfirvöldum. Einnig geta samkeppnisaðilar samrunaaðila við tiltekna aðstæður átt aðild að málum fyrir áfrýjunarnefnd. Getu þeir m.a. kært samrunaákvæðanir, sbr. til dæmis úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 1/2011, Búvangur o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu.

Í þessu máli háttar hins vegar þannig til að áfrýjandi er hvorki starfandi á sama markaði og samrunaaðilarnir né hefur hann sérstaka og einstaklingsbundna hagsmuni sem byggjast á ákvæðum samkeppnislaga af niðurstöðu málsins. Hann virðist fyrst og fremst gera athugasemdir sínar á grundvelli þess að hagsmunir hans sem stofnfjárhafa hafi verið fyrir borð bornir, en um það réttarsamband fjallar hvorki Samkeppniseftirlitið né áfrýjunarnefndin.

Að öðru leyti hefur áfrýjandi ekki gert grein fyrir hagsmunum sínum umfram aðra þá borgara eða viðskiptamenn sjóðsins sem kynnu að hafa eitthvað við umræddan samruna að athuga.

### 4

Fyrir liggur að málfeni þarf að varða viðkomandi bæði beint og sérstaklega til að hægt sé að viðurkenna aðild að máli. Að auki þurfa þeir hagsmunir sem teflt er fram að byggja á samkeppnisréttarlegum sjónarmiðum en ekki deilu um önnur atriði og hagsmuni sem verndaðir eru í öðrum lögum.

Þar sem áfrýjandi hefur ekki sýnt fram á að þessi skilyrði séu uppfyllt verður að vísa málinu frá áfrýjunarnefndinni.

Ekki verður tekin afstaða til kröfu áfrýjanda um afhendingu gagna þar sem Samkeppniseftirlitið hefur ekki tekið formlega afstöðu til slíkrar beiðni.

**Úrskurðarorð:**

Máli þessu er vísað frá áfryjunarnefndinni.

Reykjavík, 28. október 2015.

Jóhannes Karl Sveinsson, formaður

Brynhildur Benediksdóttir

Kristín Benediksdóttir