

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 14/2009

Hagar hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Með kæru, dagsettri 22. júlí 2009, hafa Hagar hf., (hér eftir nefndur áfrýjandi) kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2009, frá 26. júní 2009. Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að við samruna áfrýjanda og þrotabús BT Verslana ehf. (hér eftir nefnt BT) hafi áfrýjandi brotið gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 og var áfrýjandi gert að greiða 20 milljóna króna stjórnvaldssekt vegna þessa brots.

Af hálfu áfrýjanda er þess aðallega krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi en til vara að sektin verði felld niður eða lækkuð stórlega.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Í október 2008 gerði áfrýjandi kauptilboð í rekstur BT. Tilboðið var samþykkt 31. október 2008 af BT Verslunum ehf. Fram kemur í 3. gr. samningsins að hann sé gerður með fyrirvara um að Samkeppniseftirlitið samþykki kaupin á BT Verslunum ehf. Jafnframt kemur fram í samningnum að stjórnendur BT Verslana ehf. hyggist óska eftir gjaldþrotaskiptum í kjölfar samningsgerðarinnar og að samningurinn sé gerður með fyrirvara um að skiptastjóri þrotabús BT geri ekki athugasemdir við hann.

Þann 1. nóvember 2008 var verslunum BT Verslanna ehf. lokað. Með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur 4. nóvember 2008 var bú félagsins tekið til gjaldþrotaskipta að

beiðni stjórnar félagsins. Þann 20. nóvember 2008 var gengið frá samningi milli Haga Invest ehf., og þrotabús BT um kaup á lager, innréttingum, tölvubúnaði, viðskiptavild og öðru sem við kemur verslunarrekstri BT. Samningurinn var gerður með fyrirvara um að samkeppnisyfirvöld gerði ekki athugasemdir við hann. Fljótlega eftir gerð samningsins voru tvær verslanir BT opnaðar á ný.

Þann 15. desember 2008 barst Samkeppniseftirlitinu samrunatilkynning ásamt samrunaskrá frá Högum hf. vegna kaupa Haga Invest ehf. á eignum þrotabús BT Verslana ehf.

Þann 16. janúar 2009 sendi Samkeppniseftirlitið áfrýjanda bréf þar sem fram kom að eftirlitið hafi ákveðið að taka til athugunar í sérstöku máli hvort að ákvæði 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga hafi verið brotin í tengslum við umræddan samuna. Áfrýjandi svaraði þessu í bréfi þann 20. janúar 2009 og var því m.a. mótmælt að umræddur samruni hefði komið til framkvæmda. Haldinn var fundur með aðilum þann 28. janúar s.á. til að fara yfir málið og í framhaldi sótti áfrýjandi um undanþágu til eftirlitsins á grundvelli 5. mgr. 17. gr. e samkeppnislaga með bréfi dagsettu 29. janúar 2009. Beiðni um undanþágu var hafnað af hálfu Samkeppniseftirlitið með bréfi dagsettu 10. febrúar s.á.

Þann 26. febrúar 2009 sendi Samkeppniseftirlitið áfrýjanda andmælaskjal um framkvæmd á samruna áfrýjanda og BT. Var tekið til skoðunar hvort samruni áfrýjanda og þrotabús BT Verslana hafi komið til framkvæmda áður en tilkynnt var um hann til Samkeppniseftirlitsins. Frummat eftirlitsins var að áfrýjandi hefði brotið gegn ákvæðum 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Þann 8. apríl s.á. sendi eftirlitið andmælaskjal vegna kaupa Haga Invest ehf. á verslunum BT. Frumniðurstaða eftirlitsins var að ástæða væri til að grípa til íhlutunar vegna þess samruna sem þar var talinn hafa átt sér stað. Að fengnu þessu álit ákváðu Hagar Invest ehf. að halda ekki áfram með málið. Lýsti fyrirtækið því yfir gagnvart skiptastjóra BT í bréfi þann 21. apríl 2009 að samningurinn frá 20. nóvember 2008 væri fallinn niður á grundvelli 8. gr. hans. Hinn 15. maí s.á. var birt ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2009, Samruni Haga hf. og BT Verslana ehf., þar sem fram kom að ekki væru forsendur til að aðhafast frekar í málinu þar sem tilkynning um samruna hafi verið afturkölluð af hálfu samrunaaðila vegna riftunar á kaupsamningi. Einnig kom fram að tekin yrði afstaða til ætlaðra brota á 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga

í öðru máli. Því máli lauk fyrir Samkeppniseftirlitinu með hinni kærðu ákvörðun sem tekin var 26. júní sl.

Málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir.

Ákvörðunarorðin eru svohljóðandi:

“Hagar brutu 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 skulu Hagar hf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 20.000.000 (tuttugu milljónir króna) vegna þessara brota.

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

III.

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins um kæru áfrýjanda barst 17. ágúst 2009. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust 25. ágúst 2009 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins við þeim bárust 31. ágúst 2009.

Afgreiðsla máls þessa hefur dregist vegna fjarvista nefndarmanna.

IV.

Málsástæður áfrýjanda

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að málsmeðferðarreglur stjórnarsýslulaga hafi verið brotnar við meðferð málsins. Brotið hafi verið gegn reglum um málshraða, meðalhóf, samræmis og jafnræðis hafi ekki verið gætt í lagalegu tilliti og brotið hafi verið gegn

reglunni um nægjanlegan rökstuðning. Áfrýjandi telur að þessi stjórnisýsluréttarlega meðferð Samkeppniseftirlitsins sé ein og sér grundvöllur fyrir ógildingu ákvörðunarinnar.

Þá telur áfrýjandi að með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 20/2009 hafi málinu í heild sinni verið lokið og óheimilt hafi verið að hálfu Samkeppniseftirlitsins að halda áfram með það. Í því ákvörðunarorði hafi komið fram að ekki séu forsendur til að aðhafast frekar í málinu. Áfrýjandi telur að þrátt fyrir að fram komi í forsendum ákvörðunarinnar að mál vegna framkvæmd samrunans sé enn til meðferðar, sé stjórnvaldið bundið af ákvörðunarorðum sínum.

Áfrýjandi byggir því að ekki séu lagaskilyrði fyrir niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins en verði fallist á að um brot hafi verið ræða byggir áfrýjandi á því að hinn brotlegi hafi verið þrotabú BT en ekki áfrýjandi.

Áfrýjandi bendir á að í samkeppnislögum komi hvergi fram að hverjum eigi að beina sektarákvörðunum í málum sem þessum. Verði niðurstaða Samkeppniseftirlitsins staðfest sé augljóst að sektarákvörðuninni verði beina að þeim sem sé valdur þess að brotið var gegn reglu 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga í upphafi. Áfrýjandi hafnar skilningi Samkeppniseftirlitsins um að þar sem tilkynningarskyldan hafi hvílt á áfrýjanda eigi að beina sektarákvörðuninni að honum. Ákvæði 17. gr. b samkeppnislaga fjalli um á hverjum skylda um tilkynningu samruna hvíli, en ekki hver sé ábyrgur fyrir því hvort samruni sé framkvæmdur fyrir umfjöllun samkeppnisyfirvalda.

Áfrýjandi bendir á að með ákvörðuninni sé lögð sekt á áfrýjanda sem sé móðurfélag Haga Invest ehf. Tilkynningin um kaupin sé sett fram í nafni Haga Invest ehf. og engin lagarök standi til þess að hægt sé að sekta móðurfélagið enda annar lögaðili með önnur réttindi og skyldur. Áfrýjandi hafnar þeim rökum sem koma fram í ákvörðuninni þess efnis að beina beri sektarákvörðun að honum.

Áfrýjandi byggir á því að samruni í skilningi samkeppnislaga hafi ekki átt sér stað þegar félagið keypti nánar tilgreind tæki og tól af BT og hóf að selja þær vörur með opnun tveggja verslana. Áfrýjandi bendir á að enginn atvinnurekstur hafi verið til staðar og að keypt eign falli ekki að fyrirtækjahugtaki samkeppnislaga. Til stuðnings því vísar áfrýjandi til 17. gr. sbr. 4. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjandi telur að þrotabú sem taki við eignum og skuldbindingum fyrirtækis sem hefur lagt niður atvinnustarfsemi geti ekki talist fyrirtæki í skilningi samkeppnislaga þar sem það stundi ekki atvinnustarfsemi. Þegar fyrirtæki sé tekið til gjaldþrotaskipta verði til nýr lögaðili. Við þann lögaðila gerði Hagar Invest ehf. samning, en ekki BT verslanir ehf. Áfrýjandi telur að ekki verði fram hjá því litið að einingin verði að stunda atvinnurekstur svo um samruna sé að ræða.

Þá bendir áfrýjandi á að í 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga segi að samruni eigi sér stað þegar breyting verði á yfirráðum til frambúðar. Samningurinn við BT hafi verið gerður með fyrirvara um að Samkeppniseftirlitið gerði ekki athugasemd við hann. Fyrir en það samþykki lá fyrir hafi ekki verið hægt að líta svo á að breyting hafi orðið á yfirráðum til frambúðar og þar með að samruni hafi verið framkvæmdur. Áfrýjandi telur að með fyrirvörum samningsins hafi áfrýjandi verið vörsluaðili eignanna þar til kaupin yrðu samþykkt. Til þess kom ekki og þrotabúið tók við eignumum aftur og seldi til þriðja aðila.

Áfrýjandi byggir kröfu sína um að sektarfjárhæðin verði felld niður á því að samkvæmt 4. mgr. 37. gr. samkeppnislaga megi falla frá sektarákvörðun teljist brot óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Áfrýjandi bendir á að um nýja reglu sé að ræða sem ekki hafi reynt á áður og að óvissa ríki um beitingu reglunnar. Einnig að samningur Haga Invest ehf. og BT hafi verið gerður við mjög sérstakar aðstæður sem ríktu í þjóðfélaginu á þessum tíma. Þá hafi verið mikilvægt að verslanirnar væru opnar yfir mesta sölutíma ársins en það hafi stuðlað að aukinni samkeppni á markaðnum. Með því hafi einnig störf í samfélaginu verið tryggð og kröfur á ábyrgðarsjóð launa mun lægri en ella hefði orðið. Einnig bendir áfrýjandi á að samkvæmt rekstraryfirliti verslananna þann tíma sem áfrýjandi rak þær hafi verulegt tap verið af rekstrinum. Kröfu sína um lækkun sektarfjárhæðar byggir áfrýjandi á því að nauðsyn hafi verið til aðgerða. Einnig að fyrirtækið hafi brugðist strax við þegar ljóst varð að Samkeppniseftirlitið teldi að samkeppnislög hafi verði brotin. Þá hafi verið sótt um undanþágu og reynt að vinna að lausn málsins með eftirlitinu.

Loks telur áfrýjandi að með sektarákvörðuninni sé brotið gegn jafnræðisreglu og meðalhófsreglu stjórnisýslulaga og vísar því til stuðnings til fyrri ákvarðana Samkeppniseftirlitsins þar sem sektarákvarðanir hafa verið teknar vegna brota á

tilkynningarskyldu um samruna. Að mati áfrýjanda verði að hafa þessi mál til hliðsjónar við mat á sektarfjárhæð þrátt fyrir breytt lög.

Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því hafnað með öllu að eftirlitið hafi við meðferð málsins brotið gegn ákvæðum stjórnarsýslulaga. Mótmælt er að brotið hafi verið gegn málshraðareglu stjórnarsýslulaga. Málið hafi sætt eðlilegri málsmeðferð og verið frá upphafi í samfelldri rannsókn og vinnslu. Varðandi leiðbeiningarskylduna bendir eftirlitið á að áfrýjandi sé öflugt fyrirtæki sem hafi frá upphafi þessa máls notið aðstoðar lögmannsstofu sem sérhæfi sig í ráðgjöf um samkeppnisrétt.

Samkeppniseftirlitið bendir á að ljóst hafi verið frá upphafi að um væri að ræða tvö aðskilin mál. Annars vegar var hið efnislega samrunamál sem hófst þegar umræddur samruni var tilkynntur þann 15. desember 2008. Því máli lauk með ákvörðun nr. 20/2009 þar sem Samkeppniseftirlitið komst að þeirri niðurstöðu að ekki væru forsendur til þess að aðhafast frekar í málinu. Hins vegar hugsanlegt brot áfrýjanda gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga en tekið hafi verið fram í ákvörðun nr. 20/2009 að það væri enn til meðferðar þrátt fyrir lok samrunamálsins. Að mati Samkeppniseftirlitsins sé þessi afgreiðsla bæði heimil og eðlilegt að afgreiða málin með þessum hætti.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að sektarákvörðun hafi réttilega verið beint að áfrýjanda. Líta verði til þess að í 17. gr. b samkeppnislaga sé fjallað um það á hvaða aðilum skylda til tilkynninga á samruna hvíli. Í 2. mgr. ákvæðisins komi fram að í þeim tilvikum þegar fyrirtæki eignist ráðandi hlut í öðru fyrirtæki skuli fyrirtækið sem stóð að yfirtökunni ganga frá tilkynningu um samruna. Sé það rökrétt því að það fyrirtæki sé undir slíkum kringumstæðum hinn samkeppnislegi gerandi og muni framkvæma samrunann ef samkeppnisyfirvöld samþykkja hann. Hvíli því tilkynningarskyldan á áfrýjanda enda hafi hann tilkynnt um samrunann til Samkeppniseftirlitsins þann 15. desember 2008. Á áfrýjanda hvíldi einnig skylda til þess að gæta þess að samruninn kæmi ekki til framkvæmda á meðan málið væri til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu. Áfrýjandi fór hins vegar ekki að fyrirmælum 2. málsl. 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga

heldur greip til ýmissa aðgerða sem fólu í sér framkvæmd á samrunanum og teljast til brota þessa máls.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að áfrýjandi eða stjórnendur hans hafi enga aðkomu haft að þessu máli. Áfrýjandi og stjórnendur hans séu gerendur í málinu og stýrðu þeim aðgerðum sem fólu í sér ólögmetra framkvæmd á samrunanum. Engu breytir þótt forstjóri áfrýjanda hafi ritað undir samninginn frá 20. nóvember 2008 í nafni Hagar Invest ehf. enda sé um að ræða félag sem sé alfarið í eigu og lúti stjórn áfrýjanda. Því sé eðlilegt í máli þessu að beina sektarákvörðun að áfrýjanda. Þá vísar eftirlitið til þess að sökum hins efnahagslega eðlis hugtaksins fyrirtæki í samkeppnisrétti sé unnt undir vissum kringumstæðum að líta á tvær mismunandi lögpersónur sem eitt og sama fyrirtækið. Þetta eigi við þegar viðkomandi lögpersónur séu ekki sjálfstæðar í raun heldur séu tengdar nánnum efnahagslegum böndum. Þessi staða séu uppi þegar móður- og dótturfélag myndi eina efnahagslega einingu. Þá hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála í úrskurði sínum staðfest að nán tengsl milli fyrirtækja leiði til þess að þau teljist tilheyra einni efnahagslegri einingu. Þá bendir eftirlitið á að áfrýjandi hafi aðeins vísað til þess að hann og Hagar Invest ehf. séu mismunandi lögpersónur. Áfrýjandi hafi á engan hátt sýnt fram á það að Hagar Invest ehf. njóti raunverulegs sjálfstæðis. Því leiki enginn vafi á því að áfrýjandi og Hagar Invest ehf. mynda eina efnahagslega einingu og heimilt að beina sektarákvörðun að áfrýjanda.

Samkeppniseftirlitið bendir á að kaup áfrýjanda á eignum þrotabús BT feli í sér samruna í skilningi samkeppnislaga. Að áfrýjandi geri ráð fyrir því, bæði í samningnum frá 31. október og 20. nóvember 2008, að samruninn verði borinn undir eftirlitið. Þá sé í samrunatilkynningu áfrýjanda ítarlega rökstutt að kaupinn á BT feli í sér samruna samkvæmt samkeppnislögum. Það sé ekki fyrr en áfrýjanda varð ljóst að til álita kæmi að beita hann viðurlögum vegna ólögmetrar framkvæmdar á samrunanum að hann hafi sett fram þá kenningu að sá gerningur sem hann hafi áður lýst sem samruni væri í raun ekki samruni. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að hugtakið samruni sé skilgreint í 17. gr. samkeppnislaga og sæki fyrirmynd sína til EES/EB-samkeppnisréttar. Sala skiptastjóra á fyrirtæki eða hluta fyrirtækis sé samruni í skilningi samkeppnislaga og að mati eftirlitsins leiki enginn vafi á því að það sem áfrýjandi keypti var fyrirtæki í skilningi í samkeppnislaga. Um sé að ræða einingu sem innihélt söluvörur, vörumerki, starfsfólk og

allan búnað og réttindi til að selja viðkomandi vörur. Umtalsverð velta var tengd þessari starfsemi og samruninn uppfyllti veltuskilyrði samkeppnislaga og var tilkynntur til eftirlitsins.

Varðandi þá skoðun áfrýjanda að vegna fyrirvara í kaupsamningi hafi ekki orðið breyting á yferráðum til frambúðar bendir Samkeppniseftirlitið á að samkvæmt 3. mgr. 17. gr. a skuli tilkynna samruna áður en hann komi til framkvæmda en eftir að m.a. samningur sé gerður um hann. Samruni telst hafa átt sér stað og þar með breytingar á yferráðum til frambúðar þegar kominn sé á bindandi gerningur sem aðilar geti ekki einhliða vikið frá. Kaupsamningurinn frá 20. nóvember 2008 sé skýr að því leyti að í honum sé samið um öll helstu atriði þessara viðskipta. Kaupverðið var umsamið og greitt þann 26. nóvember 2008 og strax afhent áfrýjanda. Hafi hér augljóslega verið um að ræða bindandi samning í skilningi 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga.

Varðandi kröfu áfrýjanda um að fella beri sektina niður bendir Samkeppniseftirlitið á að fyrirtæki geti ekki borið fyrir sig að þau þekki ekki ákvæði samkeppnislaga. Ný samrunaákvæði samkeppnislaga höfðu verið í gildi í sex mánuði áður en brot áfrýjanda átti sér stað og hafði hann alla möguleika til kynna sér og skilja efni laganna. Þá geti tilvísun áfrýjanda til sérstakra kringumstæðna engu breytt um brot hans og nauðsyn þess að leggja á sektir. Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi hafi getað óskað eftir undanþágu skv. 4. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Þegar af þessari ástæðu sé það ótækt að mati eftirlitsins að fella niður sekt. Á hitt ber að líta að Samkeppniseftirlitið hafi tekið tillit til þessara kringumstæða við mat á fjárhæð sekta og sé það eðlileg nálgun. Sökum þessa hafi sekt málsins verið ákveðin lægri en ella.

Samkeppniseftirlitið bendir á að það liggi fyrir að áfrýjandi framkvæmdi samruna sem sannanlega hafði samkeppnishamlandi áhrif í för með en það horfi til þyngingu viðurlaga í málum af þessum toga. Ekkert tilefni sé því til að fella niður eða lækka sekt í málinu. Þá sé staðreyndin sú að áfrýjandi hafði sannanlega tekjur af hinni ólögmetu framkvæmd og styðji það að um alvarlegt brot hafi verið ræða og að nauðsynlegt sé að leggja á sektir.

Varðandi kröfu áfrýjanda um lækkun sekta sem byggir á því að nauðsyn hafi verið til aðgerða er bent á að áfrýjandi hafi getað óskað eftir undanþágu áður en hann hóf hina ólögmetu framkvæmd.

V.

Niðurstaða

1.

Ekki verður séð að málsmeðferðarreglur stjórnslulaga hafi verið brotnar við meðferð þessa máls þannig að varðað geti ógildingu þeirrar ákvörðunar sem Samkeppniseftirlitið tók um stjórnvaldssekt. Sá tími sem það tók fyrir Samkeppniseftirlitið að bregðast við í málinu telst innan eðlilegra marka enda vakti Samkeppniseftirlitið strax 19. janúar 2009 athygli áfrýjanda á því að mál hans væri til skoðunar með hliðsjón 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga og hélt málinu fram með eðlilegum hraða eftir það. Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 15/2009 er vanræksla á tilkynningarskyldu og framkvæmd samruna án heimildar sjálfstætt brot samkvæmt 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Þótt sótt sé um heimild til samruna síðar og hann heimilaður stendur upphaflega brotið. Tilvísun áfrýjanda til meðalhófsreglu hefur að mati áfrýjunarnefndarinnar ekki stoð í málinu. Slíkt brot og hér um ræðir bar að rannsaka og fylgja fram í formi sekta eftir því sem efni voru til. Val á viðurlögum eða ákvörðun sektarfjárhæðar getur ekki leitt til ógildingar á þeirri stjórnsluákvörðun að leggja sektina á áfrýjanda á þeim grundvelli sem áfrýjandi teflir hér fram. Loks hefur áfrýjandi ekki fært nein viðhlítandi rök fyrir því að brotið hafi verið gegn jafnræði eða reglunni um nægilega rökstuðning í máli þessu.

2.

Samkvæmt 2. mgr. 17. gr. b samkeppnislaga hvílir tilkynningarskyldan á því félagi sem „stóð að yfirtökunni“. Áfrýjandi keypti þær eignir sem um ræðir og kaupin leiða til samruna í skilningi samkeppnislaga eins og síðar er nánar komið að. Áfrýjandi hefur því stöðu þess sem stendur að yfirtöku í skilningi lagaákvæðisins en þrotabú BT hefur það ekki. Áfrýjandi tilkynnti jafnframt sjálfur um samrunann þótt seint væri, en ekki þrotabú BT.

3.

Áfrýjandi byggir á því að samruni hafi í reynd ekki orðið. Hann hafi einungis keypt tiltekin tæki og tól af þrotabúi BT og selt þær vörur í tveimur verslunum. Enginn atvinnurekstur hafi verið til staðar enda BT verið hætt verslunarrekstri. Þrotabúið sé nýr lögaðili sem stundi ekki slíkan rekstur. Þá hafi ekki verið tekið við yferráðum til frambúðar enda samningur aðila bundinn fyrirvörum, m.a. varðandi samþykki samkeppnisyfirvalda.

Tilgangur samkeppnislaga er að auka og viðhalda samkeppni. Jafnframt eru viðurkennd sjónarmið í samkeppnisrétti um að réttlætjanlegt sé við ákveðin skilyrði að heimila samruna sem dregur úr samkeppni ef sýnt þykir að annað fyrirtækið eigi í rekstrarerfiðleikum og stefni í gjaldþrot. Augljóst er að gjaldþrota félög sameinast ekki öðrum félögum í hinum félagaréttarlega skilningi. Samrunareglur samkeppnislaga verða að mati áfrýjunarnefndarinnar ekki skýrðar á annan hátt en að þær geti tekið til sölu rekstrar og eigna gjaldþrota félaga. Ekki skiptir máli hvort til verði nýr lögaðili við þau kaup eins og áfrýjandi heldur fram. Það fer svo eftir mati hverju sinni hvort sala á eignum gjaldþrota félags feli í sér eiginlega ráðstöfun á atvinnurekstri, eða hluta hans, þ.e. samruna í skilningi samkeppnislaga. Þótt fyrirtæki kaupir vörur af þrotabúi telst það m.ö.o. ekki sjálfkrafa vera samruni. Meira þarf að koma til.

Í þessu máli liggur fyrir samningur dags. þann 20. nóvember 2008 þar sem Hagar Invest ehf. kaupa:

„...allan lager, innréttingar, tölvubúnað, viðskiptavild og annað sem við kemur verslunarrekstri BT verslana“.

Þá kemur fram í samningnum að ýmis réttindi sem tengdust verslunarrekstrinum órjúfanlegum böndum voru framseld til kaupanda, s.s. vefsíða félagsins, upplýsingakerfi, aðgangur að tölvukerfum, samningar sem rekstrinum tengdust, vörumerki og annað það sem „er nauðsynlegt til reksturs BT verslana“. Í gögnum málsins er jafnframt að finna fréttatilkynningu áfrýjanda þar sem hann gerir grein fyrir því að hann hafi opnað tvær verslanir þann 29. nóvember 2009 undir vörumerkinu BT í kjölfar kaupa sinna á helstu eignum BT verslana. Þá kemur fram í tilkynningu áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins að „[E]ftir samrunann verður BT deild innan Haga hf.“ Við blasir að tilgangur samningsins

var sá að yfirfæra þá viðskiptavild og mögulegu markaðshlutdeild sem þrotabúið réði yfir til áfrýjanda. Þótt hagkvæmniástæður réðu því að áfrýjandi starfrækti ekki allar verslanir BT eftir kaupin breytir það ekki því að með samningnum tryggði áfrýjandi sér þau verðmæti og möguleika sem fólgin voru í hlutdeild BT á markaði og komið var í veg fyrir að aðrir gætu nýtt sér hana.

Að mati áfrýjunarnefndar er því engum vafa undirorpið að samningurinn fól í sér ráðagerð um samruna í skilningi samkeppnislaga. Samruninn var framkvæmdur með því að áfrýjandi tók við yfirráðum eigna og jafnframt tilteknum verslunum BT áður en tilkynnt var um samrunann. Þótt fyrirvari væri í samningi aðila um að samkeppnisyfirvöld „gerðu ekki athugasemdir“ við söluna stofnaðist tilkynningarskyldan samkvæmt 3. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga í síðasta lagi þann 29. nóvember 2009 þegar áfrýjandi tók að selja þær vörur sem hann hafði keypt af þrotabúi BT.

4.

Í málinu byggir áfrýjandi jafnframt á því að Samkeppniseftirlitið hafi lokið málinu með ákvörðun í máli nr. 20/2009 þar sem ekki var talin ástæða til aðhafast vegna samruna áfrýjanda og BT. Áfrýjandi telur að þess vegna hafi verið óheimilt að sekta áfrýjanda sjálfstætt vegna skorts á tilkynningum. Eins og fyrr greinir var um tvö sjálfstæð mál að ræða og mátti áfrýjanda vera ljós sá munur sem gerður var á eðli þessar mála enda sérstaklega vakin athygli á því í fyrrgreindri ákvörðun. Því kemur ekki til álita að áfrýjandi hafi mátt vænta þess við lok máls 20/2009 að mál það sem hér er til meðferðar myndi falla sjálfkrafa niður. Þótt Samkeppniseftirlitið hafi ákveðið að láta athugun á samrunanum falla niður eftir að aðilar sjálfir ákváðu að láta kaupin ganga til baka, breytir það engu um hið upphaflega brot sem mál þetta snýst um.

5.

Áfrýjandi byggir á því að leggja hafi átt sekt á Haga Invest ehf. en ekki Haga hf. (áfrýjanda) sem er móðurfélag Haga Invest ehf. Gögn málsins bera það með sér að nokkuð var á reiki hvort fyrirtækið væri ráðandi í þeim viðskiptasamningi sem tókst við

þrotabú BT. Í samrunatilkynningunni sem send var til Samkeppniseftirlitsins tilgreinir áfrýjandi sjálfur sitt eigið heiti sem aðila. Upphaflegt kauptilboð í BT var gert í nafni áfrýjanda. Áfrýjandi er jafnframt tilgreindur sem samningsaðili í þeim samningi sem gerður var þegar kaupin á eignum BT gengu síðar til baka. Hins vegar er það rétt að í þeim kaupsamningi sem gerður var um kaupin var það dótturfyrirtæki áfrýjanda, Hagar Invest ehf., sem er tilgreint sem kaupandi.

Viðurkennt er í samkeppnisrétti að oft megi líta á móður- og dótturfélag sem nokkurn veginn sama aðilann og að heimilt sé að leggja sektir á móðurfélög vegna samkeppnislagabrota annarra fyrirtækja innan samsteypu þeirra. Áherslan liggur á því hver hafi á endanum arðinn af starfsemi samsteypunnar og situr í raun við stjórnvölinn í starfseminni þannig að unnt sé að segja að félögin myndi efnahagslega einingu. Með hliðsjón af framangreindu telur áfrýjunarnefndin að sektin sé réttilega lögð á áfrýjanda.

6.

Áfrýjunarnefndinni er ljóst að oft er þörf skjótra viðbragða við ráðstöfun eigna þrotabúa til að verðmæti fari ekki í súginn. Í þessu máli var ekki sótt um undanþágu til Samkeppniseftirlitsins samkvæmt 4. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga sem átt getur m.a. átt við ef tafir á framkvæmd samruna geta skaðað viðkomandi fyrirtæki. Þá er til þess að líta að samruninn var ekki tilkynntur fyrr en nokkuð var liðið frá því að áfrýjandi tók við yferráðum reksturs BT. Málsástæða áfrýjanda um að sérstakar aðstæður afsaki eða leiði til þess að ekki verði litið á kaup hans sem samruna á sér því ekki lagastoð að mati áfrýjunarnefndarinnar.

Ekki er um það deilt að skilyrði um lágmarksveltu samkvæmt 1. og 2. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga voru uppfyllt og því skylt að tilkynna samrunann áður en hann kæmi til framkvæmda samkvæmt 3. mgr. sömu lagagreinar. Áfrýjunarnefndin fellst því á það mat Samkeppniseftirlitsins að samruni hafi í raun komið til framkvæmda áður en um hann var tilkynnt, og er það í andstöðu við það sem lög bjóða.

7.

Áfrýjandi krefst þess að fallið skuli frá sektarákvörðuninni á grundvelli 4. mgr. 37. gr. samkeppnislaga, enda sé hugsanlegt brot einungis smávægilegt og ekki þörf á sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Þá vísar áfrýjandi til þess að ákveðin óvissa ríki um beitingu 17. gr. samkeppnislaganna og að samningur Haga Invest og BT hafi verið gerður við sérstakar aðstæður.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar voru athafnir áfrýjanda í tengslum við samninginn við BT dæmigert brot á 17. gr. a samkeppnislaga, þ.e. samruni kom til framkvæmda áður en um hann var tilkynnt og hann heimilaður. Áður er vikið að því að áfrýjandi nýtti sér ekki þann kost að sækja um undanþágu frá bannákvæðinu. Að mati áfrýjunarnefndarinnar eru ekki til staðar í málinu þær sérstöku aðstæður sem réttlætt gætu að falla frá sektarákvörðun.

8.

Áfrýjandi krefst lækkunar á sektinni sem honum var ákvörðuð. Hann byggir á því að nauðsynlegt hafi verið grípa til skjótra aðgerða við rekstrarstöðvun BT, Hagar Invest ehf. hafi brugðist við um leið og félagið varð þess áskynja að Samkeppniseftirlitið var ósammála túlkun á 17. gr. a samkeppnislaga og auk þess hafi félagið leitað sátta við Samkeppniseftirlitið í málinu. Jafnframt bendir áfrýjandi á önnur mál þar sem mun lægri sektir hafi verið ákveðnar vegna sambærilegra brota og telur að brotið hafi verið gegn jafnræðis- og meðalhófsreglu stjórnisýslulaga gagnvart honum.

Þau atriði sem áfrýjandi reifar til stuðnings lækkunarkröfunni eru að mati áfrýjunarnefndarinnar ekki sérstaklega til mildunar þegar kemur að því að meta hæfilega sekt fyrir brot hans. Þau fordæmi sem áfrýjandi vísar til eru að nokkru ósambærilegt þar sem ekki var um brot á sama lagaákvæði að ræða auk þess sem líta verður til stærðar og styrkleika þeirra fyrirtækja sem brjóta samkeppnislögin. Áfrýjandi rekur eitt umsvifamesta fyrirtæki á Íslandi og sérhæfir sig á sviði smásölu. Áfrýjunarnefndin telur að sérlega ríkar kröfur verði að gera til aðila á borð við áfrýjanda og eins og fram kemur í úrskurði nefndarinnar í máli nr. 4/2006, Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu,

þurfa stjórnslusektir að taka mið af fjárhagslegum styrkleika þess sem brýtur samkeppnislögin. Ástæðan er einföld: að öðrum kosti stuðla viðurlögin ekki nægjanlega að því að aðilar á markaði virði lögin. Fjárhæð sektanna verður því að skipta einhverju máli fyrir þann sætir þeim og þær þurfa líka að vera svo háar að enginn telji sér hag í því að brjóta lögin þar sem viðurlögin verði aldrei hærri en ávinningur af brotinu.

Ársvelta áfrýjanda nam 55 milljörðum króna árið 2008. Ljóst er því að sektarákvörðun Samkeppniseftirlitsins er langt innan þeirra 10% veltumarka sem tilgreind eru í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaganna. Í hinni kærðu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins kemur og fram að tekið hafi verið tillit til þess við sektarákvörðunina að brot áfrýjanda stóð stutt yfir og jafnframt að vegna gjaldþrots BT þurfti að bregðast skjótlega við.

9.

Samkvæmt öllu framansögðu er það mat áfrýjunarnefndarinnar að ekki séu efni til þess í málinu að breyta sektarákvörðun Samkeppniseftirlitsins og er hún því staðfest. Sektina skal greiða eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu úrskurðar þessa og skal greiða dráttarvexti af fjárhæð sektarinnar sé hún ekki greidd innan þess tíma.

Úrskurðarorð:

Staðfest er ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 22/2009 frá 26. júní 2009. Sektina skal greiða eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu úrskurðar þessa og skal greiða dráttarvexti af fjárhæð sektarinnar sé hún ekki greidd innan þess tíma.

Reykjavík, 13. október 2009

Jóhannes Karl Sveinsson

Kirstín Flygenring

Stefán Már Stefánsson

Rétt endurrit staðfestir: