

Úrskurður
áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 15/2009

Sena ehf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Með bréfi, dagsettu 21. júlí 2009, hefur Sena ehf., (hér eftir nefnd áfrýjandi) kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 23/2009, frá 26. júní 2009. Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að við samruna áfrýjanda og Skífunnar ehf. (hér eftir nefnt Skífan) hafi áfrýjandi brotið gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 og var áfrýjanda gert að greiða stjórnvaldssekt vegna þessara brota.

Af hálfu áfrýjanda er þess krafist að sektin verði felld niður eða lækkuð verulega.

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

II.

Í byrjun nóvember 2008 var greint frá því í fjölmiðlum að áfrýjandi hafi keypt verslanir Skífunnar af Árdegi hf. Jafnframt kom fram að skrifað hafi verið undir samning þess efnis milli áfrýjanda og Árdegis hf. þann 31. október 2008. Samkeppniseftirlitið sendi áfrýjanda bréf þann 17. nóvember 2008 þar sem lagt var fyrir aðila að tilkynna umræddan samruna til eftirlitsins með vísan til 17. gr. samkeppnislaga. Þann 21. nóvember 2008 barst Samkeppniseftirlitinu samrunatilkynning ásamt samrunaskrá frá áfrýjanda vegna kaupa félagsins á Skífunni. Samkeppniseftirlitið tilkynnti samrunaaðilum að eftirlitið teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, sbr. 4. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Samruninn var tekinn til athugunar í sérstöku máli sem lauk með

ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 12/2009. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að samruninn raskaði samkeppni en þar sem annar aðili hafði í millitíðinni eignast áfrýjanda var talið unnt að heimila samrunann að uppfylltum skilyrðum til þess að vernda samkeppni.

Þann 16. janúar 2009 tilkynnti Samkeppniseftirlitið áfrýjanda að stofnunin hefði ákveðið að taka til athugunar í sérstöku máli hvort ákvæði 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga hefðu verið brotin í tengslum við umræddan samruna. Áfrýjandi svaraði þessu í bréfi þann 20. janúar 2009. Haldinn var fundur með aðilum þann 28. janúar s.á. til að fara yfir málið og í framhaldi óskaði áfrýjandi formlega 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 eftirlitsins með bréfi dagsettu 10. febrúar s.á. Þann 26. febrúar 2009 sendi Samkeppniseftirlitið áfrýjanda andmælskjal þar sem komist var að þeirri frumniðurstöðu að áfrýjandi hefði brotið gegn 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir.

Hinn 26. júní 2009 tók Samkeppniseftirlitið ákvörðun í málinu. Ákvörðunarorðin eru svohljóðandi:

“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 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. Áfrýjanda var veittur frestur til að skila inn

athugasemdum við greinargerð eftirlitsins en engar athugasemdir bárust. Skiptastjóra í Þrotabúi Íslenskrar afþreyingar ehf. var veitt tækifæri á að koma á framfæri athugasemdum sínum sem hagsmunaaðili og bárust athugasemdir þrotabúsins 31. ágúst 2009. Athugasemdir Samkeppniseftirlitsins við þeim bárust 7. september 2009.

Afgreiðsla máls þessa hefur dregist vegna fjarvista nefndarmanna.

IV.

Málsástæður áfrýjanda

Kæra áfrýjanda lýtur að fjárhæð stjórnvaldssektarinnar en ekki að því hvort áfrýjandi hafi gerst brotlegur við ákvæði 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga.

Af hálfu áfrýjanda er því haldið fram að stjórnvaldssektin sé mjög há og í engu samræmi við eðli brotsins. Að ekki hafi verið litið til eftirfarandi atvika þegar ákvörðun um fjárhæð sektar hafi verið ákveðin:

- a) Að um nýtt lagaákvæði sé að ræða og að gefa verði fyrirtækjum tíma til að aðlagast nýjum lögum þar sem verið sé að setja ný íþyngjandi ákvæði sem setji auknar kvaðir á fyrirtæki.
- b) Að líta eigi til 4. mgr. 37. gr. samkeppnislaga þegar tekin sé ákvörðun um sekt en ákvæðið feli m.a. í sér að falla megi frá sektarákvörðun teljist brot óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Áfrýjandi telur að líta hefði átt til þessa ákvæðis þar sem um sé að ræða brot sem sé óverulegt. Sérstaklega í ljósi þess að um nýtt ákvæði sé að ræða, brotið stóð yfir í skamman tíma og brotið tengdist því ekki að verið væri að hindra virka samkeppni.
- c) Að áfrýjandi hafi brugðist skjótt við bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 17. nóvember 2008 þar sem bent var á að tilkynning um samruna hafi ekki átt sér stað. Brotið hafi ekki staðið lengi yfir sökum þess hversu hratt áfrýjandi brást við.
- d) Að við ákvörðun um sekt og fjárhæðar sektar verði að líta til hvers tilviks fyrir sig. Áfrýjandi telur að líta verði til þess að Skífan hafi verið tæknilega gjaldþrota á þeim

tíma sem félagið var tekið yfir og tilgangur yfirtökunnar hafi verið að tryggja sölugátt og aðgengi að breiðu úrvali af tónlist. Ef beðið hefði verið eftir samþykki Samkeppniseftirlitsins hefði rekstur verslana Skífunnar stöðvast.

Athugasemdir hagsmunaaðila þrotabús Íslenskrar afþreyingar (ÍA)

Bú félagsins var tekið til gjaldþrotaskipta með úrskurði uppkveðnum 2. júlí 2009. Í greinargerð skiptastjóra ÍA er greint frá því að félagið hafi átt allt hlutafé í áfrýjanda, en þann 18. apríl 2009 hafi verið gerður kaupsamningur á milli hins gjaldþrota félags og Garðarshólma rekstrarfélags ehf. um sölu á 75,5% hlutafjár í áfrýjanda, en sá hlutur sem eftir stóð hafi verið seldur áfrýjanda þann 27. apríl 2009. Í kaupsamningnum komi m.a. fram að kaupandi hafi heimild til að draga frá ógreiddum kaupsamningsgreiðslum ef Sena þurfi að greiða sekt í tengslum við að hafa ekki sinnt tilkynningarskyldu til Samkeppniseftirlitsins áður en kaupandi tók yfir rekstur Skífunnar. Með vísan til þessa kaupsamningsákvæðis og fyrirbyggjandi sektarákvörðunar eftirlitsins hafi kaupandi, áfrýjandi þessa máls, krafist lækkunar á kaupverði hlutabréfanna.

ÍA telur sig ekki eiga beina aðild að kærinni en eigi verulegra hagsmuna að gæta gagnvart niðurstöðu hennar. ÍA óskar sérstaklega eftir því að réttaráhrifum fyrirbyggjandi ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins verði frestað, sbr. heimild í 2. mgr. 19. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Þá gerir ÍA þá kröfu að áfrýjunarnefndin leysi úr málinu í heild þ.e. bæði þá efnislegu ákvörðun að brotið hafi verið gegn samkeppnislögum og einnig fjárhæð sektar annað hvort að kröfu þrotabúsins eða ex officio.

ÍA byggir kröfu sína um að réttaráhrifum fyrirbyggjandi úrskurðar verði frestað á heimild 2. mgr. 29. gr. stjórnarsýslulaga. Þar sé æðra stjórnvaldi veitt heimild til að fresta réttaráhrifum kærðrar ákvörðunar á meðan kæra sé til meðferðar. Í lögnum sjálfum sé ekki skýrt nánar hvenær eigi við að beita ákvæðinu aðeins sagt þegar aðstæður mæla með því. Þá komi fram í fræðiritum að ástæða sé til að beita ákvæðinu ef ákvörðun sé mjög íþyngjandi fyrir aðila málsins sem eigi við í þessu máli. Þá geti afleiðingar orðið mjög íþyngjandi fyrir kröfuhafa ÍA.

ÍA bendir á að áfrýjandi hafi brugðist strax við athugasemdum Samkeppniseftirlitsins í nóvember 2008. Þá bendir ÍA á að um nýtt lagaákvæði sé að ræða en samkvæmt 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga skal tilkynna um samruna áður en hann kemur til framkvæmda en eftir að samningur um hann sé gerður. Ekki sé að finna leiðbeiningar um það í lagaákvæðinu sjálfu hvenær samruni telst kominn til framkvæmda og að eðli málsins samkvæmt sé slíkt teyjanlegt og vafa undirorpið. Fyrir liggi að stuttur tími leið frá gerð samnings og þar til tilkynningarskyldan var uppfyllt. Í kjölfar þess var sótt um undanþágu frá ákvæðinu. Með tilliti til þessa og annarra atvika málsins telji ÍA að vafi hljóti að leika á því hvort skilyrði séu til að beita ákvæðinu og ef svo sé, að þá sé brotið léttvægt. Þá beri að líta til þess að samkeppnisyfirvöld létu grunnákvörðunina um samruna standa sem dragi úr vægi upphaflegrar tilkynningar og alvarleika brotsins. Þessi atriði öll valdi því að brot áfrýjanda geti ekki talist alvarlegt og að ákvörðun sektar sé allt of há.

Þá bendir ÍA á að um íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun sé að tefla og beri því að gæta að grundvallarreglum stjórnsýsluréttarins m.a. um meðalhóf og sanngirni gagnvart þeim sem hlut eigi að máli.

Einnig bendir ÍA á 37. gr. samkeppnislaga um heimild til að lækka sektina eða fella hana niður á grundvelli þeirra sjónarmiða sem teflt hafi verið fram af áfrýjanda. ÍA telur að málsatvik gefi ekki tilefni til að beita hámarki sektar heldur beri að horfa til heimilda 37. gr. laganna til að horfa til þess að brot var léttvægt og stóð stutt yfir. Einnig verði við ákvörðun sekta að líta til fjárhagserfiðleika í íslensku efnahagslífi og að sektarákvörðunin kunni að hafa áhrif á eignastöðu og þar með úthlutun til kröfuhafa ÍA.

Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er í greinargerð bent á að kjarni málsins sé að áfrýjandi hafi brotið skýr ákvæði samkeppnislaga. Fyrirtæki geti ekki borið fyrir sig að þau þekki ekki ákvæði samkeppnislaga. Ný samrunaákvæði samkeppnislaga hafi verið í gildi í sex mánuði áður en brot áfrýjanda átti sér stað. Áfrýjandi sé öflugt fyrirtæki sem hafi frá upphafi notið aðstoðar sérfræðinga í málinu. Jafnframt hafi áfrýjandi reynslu af samrunamálum. Þá ber að líta til þess að í 11. tl. samrunasamningi þessa máls, dagsettur 31. október 2008, komi fram að samrunann beri að tilkynna til Samkeppniseftirlitsins.

Áfrýjandi hafði því ærið tilefni, ráðrúm og möguleika til þess að kynna sér og fara eftir ákvæðum samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið bendir á að ákvæði 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga sé skýrt að efni til. Í almennum athugasemdum í frumvarpi sem varð að lögum nr. 94/2008 sé tekið fram að ein helsta breytingin sem felist í frumvarpinu sé að gert „er ráð fyrir að samruni komi ekki til framkvæmda á meðan Samkeppniseftirlitið fjallar um hann“. Í ljósi þessa voru engin vandkvæði fyrir áfrýjanda að gera sér grein fyrir þeim breytingum sem leiddi af lögum nr. 94/2008 og tilgangi þeirra og efni.

Samkeppniseftirlitið telur að sjónarmið áfrýjanda um að beita eigi heimild 4. mgr. 37. gr. samkeppnislega í ljósi atvika geti ekki leitt til breytinga á sektarákvörðun málsins. Það sé meginregla að leggja beri sektir á vegna brota á samkeppnislögum enda sé tilgangur slíkra sekta að skapa varnaðaráhrif og stuðla þannig að því að samkeppnislögum sé fylgt. Þá sé ljóst að undanþáguákvæði 4. mgr. 37. gr. samkeppnislaga beri að skýra þröngt og verði aðeins beitt þegar „mjög ríkar, sérstakar og óvenjulegar ástæður“ réttlæti það en eftirlitið telji að engar slíkar aðstæður séu fyrir hendi í þessu máli.

Samkeppniseftirlitið bendir á að ein meginbreytingin sem fólst í lögum nr. 94/2008 um breytingu á samkeppnislögum nr. 44/2005 var að hér á landi var tekin upp bannregla sem geri það ólöglegt að framkvæma samruna áður og meðan Samkeppniseftirlitið hefur hann til umfjöllunar. Er hér um að ræða eðlisbreytingu á samrunaefniriti hér á landi og ljóst að áfrýjandi fór gegn mikilvægri reglu samkeppnislaga. Þá liggja fyrir að Samkeppniseftirlitið gaf út andmælaskeyt 8. apríl 2009 þar sem talið var að samruni þessa máls væri samkeppnishamlandi og var sú niðurstaða áréttuð í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 12/2009. Áfrýjandi framkvæmdi því samruna sem sannanlega hafði samkeppnishamlandi áhrif í för með sér en í EES/EB-samkeppnisrétti horfi það til þvingingu viðurlaga í málum af þessum toga. Þá átti brotið sér stað á mikilvægasta sölumánuði ársins og jafnframt hafði áfrýjandi tekjur af þessu broti sínu. Einnig bendir Samkeppniseftirlitið á að áfrýjandi tilkynnti ekki um samruna þessa máls að eigin frumkvæði þrátt fyrir skýra lagaskyldu og að gert væri ráð fyrir því í samrunasamningnum. Tilkynning áfrýjanda kom aðeins eftir atbeina Samkeppniseftirlitsins og hafi þetta óneitanlega áhrif á alvarleika málsins. Þá bendir

eftirlitið á að horft hafi verið til þess að brot áfrýjanda stóð ekki lengi og hafi það leitt til mildunar viðurlaga. Að mati Samkeppniseftirlitið sé hins vegar ekki unnt að fallast á það að brot áfrýjanda hafi verið óverulegt eða að ekki hafi verið þörf á að leggja á sektir.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að líta verði til þess að áfrýjandi nýtti sér ekki ákvæði 4. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga til að sækja um undanþágu frá 3. mgr. 17. gr. a áður en umræddur samruni var framkvæmdur. Áfrýjandi hrinti samrunanum einhliða í framkvæmd og virti þar með samkeppnislög að vettugi. Þá hætti áfrýjandi ekki hinni ólögsmætu framkvæmd þrátt fyrir tilkynningar eftirlitsins um hugsanlegt brot né heldur eftir að honum var sent ítarlegt andmælaskjal eftirlitsins um málið.

Varðandi vísun áfrýjanda til sérstakra kringumstæðna málsins telur Samkeppniseftirlitið að hér skipti miklu að áfrýjandi gat óskað eftir undanþágu skv. 4. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga áður en hann hóf hina ólögsmætu framkvæmd á samrunanum.

Vegna athugasemda hagsmunaaðila, þrotabús Íslenskrar afþreyingar (ÍA), bendir Samkeppniseftirlitið á að í athugasemdunum séu settar fram nýjar kröfur og málsástæður sem með engu móti falli undir eða séu í tengslum við kærðu í málinu. Kæran marki grundvöll þessa máls fyrir áfrýjunarnefnd og engin heimild hafi verið veitt til annars.

Varðandi sjónarmið ÍA um ný lög, alvarleika brotsins og fjárhæð sekta í málinu vísar Samkeppniseftirlitið til greinargerðar sinnar og þess sem þar komi fram. Þá hafnar eftirlitið með öllu því sem fram komi í athugasemdum ÍA um að brotið hafi verið gegn meðalhófsreglu stjórnisýsluréttarins við meðferð þessa máls og ákvörðun sekta.

Varðandi kröfu ÍA um frestun réttaráhrifa telur Samkeppniseftirlitið að ekki séu forsendur til að fresta réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar. Þá bendir eftirlitið á að skylda samkvæmt hinni kærðu ákvörðun hvíli á áfrýjanda og hann hafi ekki farið fram á slíka frestun.

Varðandi athugasemdir ÍA um framkvæmd samrunans bendir Samkeppniseftirlitið á að í hinni kærðu ákvörðun komi fram ítarlegur rökstuðningur þess efnis að umræddur samruni hafi verið framkvæmdur og vísast til þeirrar umfjöllunar.

V.

1.

Með kaupsamningi, dagsettu 31. október 2008, seldi Árdegi hf. áfrýjanda allt hlutfé í Skífunni. Fram kemur í samningnum að báðir samningsaðilarnir gerðu ráð fyrir því að Árdegi ehf. yrði innan skamms tekið tekið til gjaldþrotaskipta og að unnið yrði að því að afla samþykkis væntanlegs skiptastjóra við samningnum eins fljótt og auðið væri. Jafnframt átti Árdegi hf. að breyta kröfum sínum á hendur Skífunni í hlutfé eins og nánar er kveðið á um í samningnum. Um afhendingu hins selda (hlutanna í Skífunni) segir að hlutina hafi átt að afhenda við *gerð samningsins* „og þegar ákvörðun um aukningu hlutfjár Skífunnar hefur verið tekin“. Þá segir í samningnum að fram skuli fara áreiðanleikakönnun á rekstri Skífunnar; henni skyldi lokið eigi síðar en þann 20. nóvember 2008 og að kaupanda væri heimilt að falla frá kaupunum ef niðurstöður hennar gæfu til kynna verri fjárhagsstöðu en miðað var við í samningnum.

Í kaupsamningnum segir svo í 11. gr:

„Við gerð þessa samnings liggur fyrir að tilkynna þarf um samning þennan til Samkeppniseftirlitsins. Samþykki Samkeppniseftirlitið ekki samninginn hefur Sena heimild til að rifta honum, án greiðslu bóta“

Ekki virðist hafa verið tilkynnt um viðskiptin til Samkeppniseftirlitsins fyrr en eftirlitið sendi bréf til áfrýjanda þann 17. nóvember 2008 í framhaldi af fjölmiðlaumfjöllun um málið. Taldi Samkeppniseftirlitið að sú umfjöllun benti til þess að samruni áfrýjanda og Skífunnar hefði þá þegar komið til framkvæmda og lagði fyrir áfrýjanda að tilkynna um samrunann auk þess sem athygli var vakin á því að leggja bæri stjórnvaldssektir á þá sem brytu gegn reglum um tilkynningarskyldu samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga.

Í bréfi lögmanns áfrýjanda sem fylgdi samrunaskýrslu, dags. 20. nóvember 2008, segir að samruninn á félögunum hafi ekki átt sér stað heldur væri áfrýjandi „vörsluaðili“ eigna Skífunnar. Áfrýjandi og Samkeppniseftirlitið áttu svo í frekari samskiptum vegna málsins og með bréfi þann 29. janúar 2009 sótti áfrýjandi um undanþágu á grundvelli 4. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga en hana hafnaði Samkeppniseftirlitið að veita með bréfi þann 10. febrúar 2009. Sú ákvörðun hefur ekki verið borin undir áfrýjunarnefndina.

2.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar varð samruni áfrýjanda og Skífunnar þegar kaupsamningur var gerður og öll hlutabréf í Skífunni afhent áfrýjanda um mánaðamót október og nóvember 2008. Áfrýjandi fór eftir það með yfirráð yfir Skífunni samkvæmt því sem greinir í 17. gr. samkeppnislaga. Honum bar að tilkynna um samrunann, sbr. 2. mgr. 17. gr. b og 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Engu breytir hvort aðilar settu fyrirvara í samning sinn varðandi fjárhagsstöðu Skífunnar, útgáfu nýs hlutafjár eða samþykki samkeppnisyfirvalda. 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.

3.

Í kæru áfrýjanda segir að kæran lúti ekki að því hvort áfrýjandi hafi gerst brotlegt við ákvæði 3. mgr. 17. gr. samkeppnislaganna heldur sé leitað endurskoðunar á sektarfjárhæð þannig að fjárhæðin verði lækkuð eða sektin felld niður. Er byggt á því að sektarákvörðunin sé reist á nýju lagaákvæði sem fyrirtæki þurfi tíma til að aðlagast, brotið hafi verið minniháttar, það hafi staðið stutt yfir og áfrýjandi hafi brugðist skjótt við þegar honum var bent á að tilkynna ætti um samrunann. Þá bendir áfrýjandi á að horfa verði á þrönga fjárhagslega stöðu Skífunnar og eiganda hennar sem var í þann mund að verða gjaldþrota þegar hlutirnir voru seldir. Því hafi verið hætta á að rekstur Skífunnar hefði stöðvast ef beðið hefði verið niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins.

Sektarákvörðun Samkeppniseftirlitsins byggir á 37. gr. samkeppnislaganna. Í 2.-4. mgr. er kveðið á um hámark sekta og þau sjónarmið sem gilda um ákvörðun fjárhæðar þeirra í einstökum málum. Að mati áfrýjunarnefndarinnar braut áfrýjandi gegn skýru bannákvæði samkeppnislaganna í gr. 17. a og hvíldi skyldan ótvírætt á áfrýjanda einum samkvæmt 2. mgr. gr. 17. b. Þessi lagaákvæði eiga rót sína að rekja til laga nr. 94/2008, er breyttu samkeppnislögunum, og höfðu tekið gildi nokkru áður en viðskiptin áttu sér stað. Breytingarlögin birtust í Stjórnartíðindum og eru engar forsendur til að beita ákvæðum

þeirra af einhverju sérstöku tilliti til þess hvort þau teljast gömul eða ný. Ákvæðin eru skýr og í samningi aðila sjálfra var vikið að því að tilkynna þyrfti samninginn til samkeppnisyfirvalda. Ókunnugleiki eða misskilningur um efni laganna afsakar brot áfrýjanda ekki á neinn hátt að mati áfrýjunarnefndarinnar.

Brot áfrýjanda á bannákvæði samkeppnislaga fólst í því að hann gerði samning um samruna í skilningi samkeppnislaga og tók við ráðum í hinu yfirtekna fyrirtæki og rak það án þess að afla til þess heimildar. Brotið var þá fullframið og ekki var leitast við að bæta úr því sem aflaga fór fyrir en samkeppnisyfirvöld höfðu bent á lagaskyldu áfrýjanda. Hann brást þá að sönnu við með því að senda Samkeppniseftirlitinu samrunaskrá skömmu síðar. Fram kemur í forsendum ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins að tekið hafi verið tillit til þess við ákvörðun sektarfjárhæðar svo sem rétt var.

Skífan virðist hafa staðið illa fjárhagslega og eigandi félagsins hafði ekki burði til að styðja við það enda varð hann gjaldþrota skömmu eftir söluna. Eins og fyrir greinir hvíldi skylda til að tilkynna samrunann á áfrýjanda. Hann virðist hafa verið lánardrottinn félagsins og þekkt stöðu Skífunnar. Verður ekki séð að neitt sérstakt hafi hamlað því að áfrýjandi reyndi að afla sér heimildar til undanþágu samkvæmt 4. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga á þeim grunni að tafir á framkvæmd samrunans gæti skaðað viðkomandi fyrirtæki.

Þau málsrök sem áfrýjandi færir fram í kæru sinni að öðru leyti leiða ekki þess að áfrýjunarnefndin telji efni til að breyta niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um sekt og sektarfjárhæð og má því staðfesta þau sjónarmið sem þar koma fram.

4.

Verður nú vikið að þeim sjónarmiðum sem skiptastjóri ÍA hefur teft fram í málinu sérstaklega, en það er einkum að vafi leiki á um að beita eigi 17. gr. a, samrunanum hafi ekki verið leynt, Samkeppniseftirlitið hafi ekki bannað samrunann og að ákvörðun um sektarfjárhæð sé ekki rökstudd nægjanlega.

Að framan er rakið það mat áfrýjunarnefndarinnar að háttsemi áfrýjanda hafi fallið undir bannreglu 17. gr. a. í samkeppnislögunum og að viðurlög við slíku broti eru skýrlega tilgreind í 37. gr. laganna. Brotið fólst í því að láta samruna taka gildi án heimildar og

skiptir þá ekki máli hvort þeim samruna var leynt eða ekki, þótt leynd gæti í vissum tilvikum gert brot alvarlegri en ella. Sama gildir varðandi endanlega ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um að ógilda ekki samrunann, það atriði afsakar ekki upphaflegt brot. Rökstuðningur Samkeppniseftirlitsins um sektarfjárhæð er og í samræmi við þá veltu sem skapast hefur, fjárhæðin er langt innan þeirra marka sem tilgreind eru í 37. gr. samkeppnislaganna og að öðru leyti þykir eftirlitið hafa gætt að þeim sjónarmiðum sem þar er kveðið á um að taka skuli tillit til við ákvörðun sektar.

5.

Skiptastjóri þrotabús ÍA gerði í athugasemdum sínum kröfu um frestun á réttaráhrifum ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins. Áfrýjunarnefndin tók ekki sérstaklega afstöðu til þeirrar kröfu undir rekstri málsins enda frestar málskot til nefndarinnar aðför skv. 2. mgr. 43. gr. samkeppnislaganna og varð ekki séð að þrotabúið hefði neina lögvarða hagsmuni af úrlausn um þá kröfu.

6.

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. 23/2009 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, 6. október 2009

Jóhannes Karl Sveinsson

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson

Rétt endurrit staðfestir: