



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Mánudagur, 8. maí 2017

Ákvörðun nr. 17/2017

Kaup Akraborgar ehf. á hluta af rekstri og eignum Ægis sjávarfangs hf.

I.

Málavextir og málsmeðferð

Hinn 19. desember 2016 barst Samkeppniseftirlitinu samrunatilkynning vegna kaupa Akraborgar ehf. (hér eftir Akraborg) á verksmiðju Ægis sjávarfangs hf. í Ólafsvík (hér eftir Ægir Ólafsvík). Greiðsla samrunagjalds var innt af hendi sama dag. Hinn 21. desember 2016 tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að tilkynningin teldist ófullnægjandi í skilningi 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 og óskað var eftir úrbótum á henni. Hinn 22. desember 2016 barst eftirlitinu fullnægjandi tilkynning og samrunaskrá sem var í samræmi við ákvæði samkeppnislaga með síðari breytingum og reglur nr. 648/2008 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum með síðari breytingum. Samrunaaðilum var kynnt bréflega sama dag að nefnd samrunatilkynning teldist fullnægjandi. Frestir Samkeppniseftirlitsins til að rannsaka samrunann samkvæmt 17. gr. d samkeppnislaga byrjuðu því að líða 23. desember 2016.

Með samrunatilkynningunni frá 19. desember 2016 fylgdi beiðni um undanþágu frá banni við framkvæmd samruna, sbr. 4. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Hinn 22. desember 2016 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir frekari rökstuðningi fyrir slíkri beiðni, sem barst eftirlitinu hinn 27. desember 2016. Þá var óskað eftir fundi með fulltrúum Samkeppniseftirlitsins, sem fram fór hinn 28. desember 2016. Þar var farið yfir upplýsingar sem máli skipta í tengslum við mál þetta auk þess sem lögð voru fram frekari gögn hinn 29. desember 2016. Á grundvelli þeirra upplýsinga og rökstuðnings sem þá lá fyrir féllst Samkeppniseftirlitið á beiðni samrunaaðila um undanþágu frá banni við framkvæmd samruna hinn 5. janúar sl.

Undanþágan var bundin þeim skilyrðum að [...].

Samkeppniseftirlitið aflaði frekari gagna og upplýsinga frá samrunaaðilum, auk þess sem eftirlitið aflaði margvíslegra gagna frá keppinautum samrunaaðila, samtökum sem starfa fyrir fyrirtæki á tengdum mörkuðum máls þessa sem og fyrirtækjum sem starfa á mörkuðum tengdum þeim sem hér er til umfjöllunar. Á grundvelli þeirra gagna, sem og upplýsinga í samrunaskrá, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum hinn 27. janúar sl. að ástæða þætti til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans.



Hinn 13. janúar sl. óskaði Samkeppniseftirlitið sjónarmiða frá keppinautum samrunaaðila varðandi fyrirhugaðan samruna. Sjónarmið þeirra bárust á tímabilinu 15. febrúar til 27. febrúar.

Hinn 10. febrúar sl. óskaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá samrunaaðilum um 15 stærstu söluaðila fisklifrar, annars vegar á heildarmarkaði og hins vegar hvað varðar hreina þorsklifur. Upplýsingarnar voru veittar 14. og 15. febrúar.

Hinn sama dag, 10. febrúar sl., óskaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá keppinautum samrunaaðila á markaði fyrir kaup á hráefni til vinnslu þeirra afurða sem samrunaaðilar framleiða. Óskað var eftir því að keppinautarnir fylltu inn í töflu upplýsingar um kaup á þorsklifur og annarri lifur, annars vegar í kg og hins vegar í kr. án vsk á árunum 2015 og 2016. Einnig var óskað upplýsinga um magn lifrar í kg sem notuð hefði verið í vinnslu árin 2015 og 2016 ef fyrirtækið sem um ræddi stundaði einnig útgerð sjálft. Þá var óskað upplýsinga um sölu fyrirtækjanna á lifur og/eða hrálýsi árið 2016 í kg og kr. auk upplýsinga um stærstu kaupendur afurðanna af hverju fyrirtæki fyrir sig. Óskað var eftir sjónarmiðum keppinautanna varðandi fyrirhugaðan samruna Akraborgar og Ægis, m.a. um markaði málsins og markaðshlutdeild fyrirtækja, en samrunaskrá án trúnaðarupplýsinga fylgdi upplýsingabeiðnunum. Að lokum var óskað eftir öðrum upplýsingum sem fyrirtækin vildu koma á framfæri um umræddan markað á Íslandi. Upplýsingarnar voru að mestu veittar á tímabilinu 15. til 27. febrúar.

Hinn 10. febrúar sl. óskaði Samkeppniseftirlitið einnig eftir því að tiltekin fyrirtæki í sjávarútvegi á Íslandi settu fram sjónarmið um fyrirhugaðan samruna og áhrif hans á samkeppni á markaði fyrir kaup á hráefni til vinnslu þeirra afurða sem samrunaaðilar framleiða, ef einhver væru. Þá var sent sams konar bréf til 13 fyrirtækja í sjávarútvegi hinn 15. febrúar sl. Sams konar upplýsingabeiðni var send, hinn 10. febrúar, til Samtaka fiskframleiðenda og útflytjenda (SFÚ) og Samtaka fyrirtækja í sjávarútvegi (SFS). Þá var sams konar bréf sent Landssambandi smábátaeigenda hinn 28. mars sl. Umbeðnar upplýsingar og athugasemdir voru veittar á tímabilinu 13. til 27. febrúar.

Hinn 4. apríl sl. var samrunaaðilum svo send önnur upplýsingabeiðni þar sem óskað var upplýsinga um meðalkaupverð á fisklifur og hreinni þorsklifur eftir mánuðum frá því í maí 2015 til þess dags. Einnig var óskað upplýsinga um meðalsöluverð afurða samrunaaðila eftir mánuðum á sama tímabili. Umbeðnar upplýsingar bárust hinn 6. apríl.

Hinn 5. apríl sl. var samrunaaðilum send beiðni um að Samkeppniseftirlitið yrði upplýst nánar um það, sem stuttlega er minnst á í samrunaskrá án frekari rökstuðnings, að líta beri til sjónarmiða um fyrirtæki á fallanda fæti við rannsókn samrunans. Nánar tiltekið var þess óskað að samrunaaðilar upplýstu hvernig skilyrðum fyrir málsmeðferð og ákvörðun á þeim forsendum væri fullnægt í máli þessu. Svör við þeirri beiðni bárust hinn 7. apríl. Nánari upplýsinga var óskað hinn 11. apríl sl. og upplýsingar frá samrunaaðilum bárust samdægurs.

Samkeppniseftirlitið hefur, auk framangreinds, átt í samskiptum við ýmsa aðila sem hagsmunna eiga að gæta vegna samrunans, þ.á m. keppinauta og viðskiptavini, aflað frá þeim upplýsinga og sjónarmiða við meðferð málsins. Þá hefur eftirlitið enn fremur fundað með hagsmunaaðilum.



II. Samruninn

Samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga telst samruni hafa átt sér stað þegar breyting verður á yferráðum til frambúðar. Samruni getur þannig m.a. falist í því að fyrirtæki taki annað fyrirtæki yfir eða það nái yferráðum í heild eða að hluta yfir öðru fyrirtæki, t.d. með því að kaupa hluta eigna þess eða þær allar, sbr. 1. mgr. 17. gr. laganna.

Akraborg er framleiðslufyrirtæki sem rekur niðursuðuverksmiðju á Akranesi. Aðalframleiðsluvara fyrirtækisins er niðursoðin þorsklifur, en auk þess framleiðir Akraborg aðrar vörutegundir í niðursuðu, s.s. þorsklifurpaté, niðursoðin svil og heitreykta loðnu. Þá hóf Akraborg tilraunavinnslu á hrálýsi úr afskurði hráefnis fyrirtækisins árið 2013, en sú framleiðsla er óverulegur þáttur í starfsemi félagsins.

Samkvæmt samþykktum frá því í október 2015 er tilgangur félagsins „*framleiðsla og vinnsla sjávarafurða, kaup og sala sjávarafurða, út- og innflutningur, umboðsviðskipti og þjónusta við sjávarútveginn, lánastarfsemi, rekstur fasteigna og annar skyldur rekstur*“. Starfsemi félagsins fer eingöngu fram á Íslandi en nánast allar framleiðsluvörur félagsins eru seldar til erlendra heildsala og þar af um 90% á markaði í V-Evrópu. Tekjur félagsins eru því nær allar frá erlendum aðilum.

Akraborg er að fullu í eigu Lýsis hf., en félagið eignaðist, á árinu 2016, eignarhlut Bornholm A/S. Lýsi er framleiðslufyrirtæki sem framleiðir lýsi og fleiri afurðir, fyrst og fremst úr sjávarafli. Samkvæmt samþykktum fyrirtækisins frá apríl 2016 er tilgangur þess: „*kaup og sala á lýsi og lifur og öðrum sjávarafli og verksmiðjurekstur til þess að auka verðmæti þessarar vöru. Ennfremur umboðssala og útflutningur á hvers konar sjávarafurðum, svo og innflutningur og sala á hvers konar vörum*“. Lýsi er stórt fyrirtæki með um 150 starfsmenn og fer starfsemi félagsins eingöngu fram á Íslandi. Starfsemin byggist fyrst og fremst á framleiðslu þorskalýsis og útflutningi þess lýsis í formi neytendavöru og magnvöru. Meirihluti framleiðsluvara Lýsis er seldur til erlendra framleiðenda og heildsala og má rekja ríflega 90% tekna félagsins til þeirrar sölu. Þá stundar félagið rannsóknir og vöruþróun lýsisafurða, s.s. fæðubóta- og heilsuvara, sem seldar eru um heim allan. Hluthafar í Lýsi eru sjö, en aðeins einn hluthafi á meira en 10% hlut, þ.e. Ívar ehf. sem á 83,8% hlut. Aðrir hluthafar eiga milli 1,7% og 6,3% hlut í félaginu. Ívar ehf. hefur eignatengsl við önnur fyrirtæki sem starfa á tengdum mörkuðum í máli þessu, t.d. útgerðir.

Lýsi hefur full yferráð í tveimur félögum, auk Akraborgar, þ.e. Ifex ehf. og Þórugnúpi ehf. Þar að auki á Lýsi eignarhluta í fleiri fyrirtækjum, allt að 26%. Þórugnúpur ehf. er fasteignafélag og Ifex ehf. framleiddi gæludýrafóður, en framleiðslan hefur færst yfir í Lýsi og er því engin starfsemi innan Ifex í dag. Hvorugt þessara dótturfélaga starfar á sömu mörkuðum og Akraborg og Ægir Ólafsvík.

Akraborg hefur ekki yferráð yfir öðrum félögum.

Ægir sjávarfang hf. er framleiðslufyrirtæki sem rekur tvær verksmiðjur, aðra í Grindavík og hina í Ólafsvík, en þá verksmiðju hefur Akraborg nú keypt. Verksmiðjan í Ólafsvík hóf



starfsemi árið 2014. Fyrirtækið framleiðir eingöngu niðursoðna þorsklifur til manneldis. Nær allt hráefni sem verksmiðjan í Ólafsvík notar er keypt af fyrirtækjum og bátum á Snæfellsnesi og í verksmiðjunni starfa um 11 manns. Öll framleiðsla verksmiðjunnar fer fram í Ólafsvík, en þökkun í ytri umbúðir hefur að meginstefnu til verið í Grindavík vegna plássleysis í Ólafsvík fyrir þökkun og geymslu afurða.

Nánast öll framleiðsla verksmiðjunnar í Ólafsvík er seld til erlendra heildsala, meirihlutinn til Frakklands, Þýskalands, Rússlands, Eystrasaltslanda og Úkraínu en hluti varanna er seldur á markaði í V-Evrópu. Tekjur félagsins koma nær allar frá erlendum aðilum.

Samkvæmt samþykktum félagsins frá því í september 2016 er tilgangur þess: „fiskvinnsla, niðursuða og tengdur rekstur, kaup og rekstur fasteigna og lánstarfsemi“.

Ægir sjávarfang er í eigu eins hluthafa, Kveiks hf., sem er svo í fullri eigu eins einstaklings. Ægir sjávarfang hefur ekki yfirráð yfir öðrum félögum en á fjórðungshlut í Reykjavík Foods ehf. sem sinnir framleiðslu á tilbúnum máltíðum og réttum.

Í þessu máli hefur Akraborg keypt fasteign og rekstur Ægis sjávarfangs hf. í Ólafsvík og verður verksmiðja félagsins á Ólafsvík rekin undir merkjum Akraborgar. Ekki er um að ræða samruna í skilningi félaga- eða skattaréttar en Akraborg öðlast yfirráð yfir nefndum hluta félagsins og rekstri Ægis Ólafsvíkur og er þannig um að ræða samruna í skilningi samkeppnislaga.

III. Niðurstaða

1. Markaður málsins

Við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna samkvæmt 17. gr. c samkeppnislaga er nauðsynlegt að skilgreina þann markað eða þá markaði sem koma við sögu í málinu. Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Markaði er skipt í vöru- eða þjónustumarkað og landfræðilegan markað.

Um skilgreiningu á mörkuðum málsins vísa samrunaaðilar í samrunaskrá til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2015, *Samruni Akraborgar ehf. og Lýsis hf.* Í ákvörðuninni kom fram það mat eftirlitsins að samrunaaðilar í því máli störfuðu ekki á sömu vörumörkuðum, enda framleiðsluvörur þeirra ólíkar. Ekki var talin staðganga fyrir neytendur milli niðursoðinnar fisklifrar til manneldis sem Akraborg framleiddi og lýsis eða annarra fæðubótarefna sem Lýsi framleiddi. Þá var bent á að hafa þyrfti í huga að mikill meirihluti framleiðsluvara samrunaaðila væri seldur á erlenda markaði. Fjallað var um að samrunaaðilar í því máli ynnu báðir vörur úr fisklifur, einkum væri um að ræða vinnslu á lifur úr bolfiski, s.s. þorski, ýsu, ufsa, keilu, skötusel og löngu. Af þeim sökum væri einkum um að ræða skörun á hráefnismarkaði við þann samruna. Akraborg notaði einkum hreina þorsklifur í fyrsta flokki sem væri niðursoðin í neytendaumbúðir. Lýsi keypti blandaða lifur í sína framleiðslu, einkum í öðrum og þriðja flokki. Að mati Samkeppniseftirlitsins í því máli var hráefnismarkaður fyrir fisklifur einn af mörkuðum málsins, enda ekki staðganga milli lifrar og annarra aukaafurða af fiski í framleiðslu. Greint var frá því að þær niðursuðuverksmiðjur sem störfuðu hérlendis, þ.á. m. Akraborg,



nýttu einkum hreina þorsklifur í hæsta gæðaflokki til framleiðslu sinnar. Af þeim sökum gætu staðið rök til þess að þorsklifur teldist sem sérstakur vörumarkaður.

Þá sagði að þær niðursuðuverksmiðjur sem störfuðu hérlendis við niðursuðu á fisklifur nýttu aðeins um 60% hráefnisins í framleiðslu sína en um 40% hráefnisins væri afskurður sem ekki nýttist. Hann væri ýmist seldur til bræðslu, í flestum tilvikum til Lýsis, eða bræddur í hrálýsi sem síðan væri selt til innlendra eða erlendra framleiðenda. Almennt um fisklifur sagði að um væri að ræða viðkvæma vöru sem þyrfti að vera meðhöndluð innan örfárra daga frá því hún bærisk á land. T.a.m. gætu togarar ekki hirt ferska lifur nema síðustu einn til tvo daga hvers túrs. Þá drægi frysting lifrar töluvert úr gæðum hráefnisins og af þeim sökum yrði að telja hráefnismarkað fyrir fisklifur afmarkaðan landfræðilega við Ísland eða jafnvel einstaka landshluta. Í tilvísaðri ákvörðun stóðu þó ekki efni til þess að greina markaðinn nánar.

Talið var í nefndri ákvörðun að samruninn gæti haft áhrif á ofangreindan markað, þ.e. hráefnismarkað fyrir fisklifur á Íslandi þar sem báðir samrunaaðilar í því máli nýttu fisklifur í framleiðslu sína. Ægir sjávarfang var nefnt sem annar stór kaupandi á þeim markaði.

Þá var fjallað um að staðan á hráefnismarkaðnum réðist af aflaheimildum útgerða, veiði og því verði sem fengist fyrir hráefnið hverju sinni. Talið var ólíklegt við þær aðstæður að kaupendastyrkur samrunaaðila torveldaði samkeppni um kaup á hráefni og sölu afurða á mörkuðum þess máls. Var þannig töluverð markaðshlutdeild samrunaaðila ekki talin leiða til markaðsráðandi stöðu eða til þess að samkeppni væri raskað með umtalsverðum hætti. Þá var ekki hægt að sjá að verulegar aðgangshindranir væru til staðar fyrir nýja aðila til að hefja starfsemi við niðursuðu á fisklifur á Íslandi. Ýmis sterk erlend sjávarútvegsfyrirtæki væru kaupendur að afurðinni og tækju jafnvel þátt í fjárfestingum hérlendis. Aðgangur að hráefni kæmi til með að aukast með auknum veiðiheimildum á þorski og hugsanlega af þeirri hagræðingu sem fælist í nefndum samruna. Þá var einnig bent á að það væri möguleiki fyrir niðursuðuverksmiðjurnar sem störfuðu hérlendis að koma sér upp aðstöðu til bræðslu á afskurði af þorsklifur. Hrálýsi úr þeirri framleiðslu væri síðan unnt að nýta í frekari framleiðslu eða selja, t.d. til erlendra framleiðenda m.a. í V-Evrópu.

Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins í ákvörðun nr. 28/2015 var sú að engar vísbendingar væru um að samruninn kæmi til með að hindra virka samkeppni og ekki var talin ástæða til að aðhafast vegna þess samruna.

Af ofangreindu má sjá að það var mat Samkeppniseftirlitsins í ákvörðun nr. 28/2015 að Akraborg starfaði á hráefnismarkaði fyrir fisklifur á Íslandi, en í því máli var það talið koma til álita að landfræðilegi markaðurinn væri jafnvel þrengri, án þess að nánar væri um það fjallað þar sem ekki þótti ástæða til þess þá.

Samkeppniseftirlitið telur að í þessu máli séu ekki rök fyrir því til að hvika frá fyrri skilgreiningu markaðarins sem var sett fram í ákvörðun nr. 28/2015 og hér hefur verið gerð grein fyrir. Auk þess er ljóst samkvæmt framansögðu að samrunaaðilar eru sammála því mati á markaði málsins sem fram kom í ákvörðuninni. Megin vörumarkaður máls þessa er því hráefnismarkaður fyrir fisklifur.



Samkeppniseftirlitið telur að í þessu máli séu þó rök fyrir því að skipta hráefnismarkaðnum fyrir fisklifur í undirmarkað sem er hráefnismarkaður fyrir hreina þorsklifur. Ástæðan er sú að báðir samrunaaðilar kaupa hreina þorsklifur til sinnar framleiðslu og gætir því áhrifa samrunans fyrst og fremst á því sviði. Aðrir kaupendur að þorsklifur eru iCan ehf., Ajtel Iceland ehf., H.G. – Hraðfrystihúsið Gunnvör hf. og Idunn Seafoods ehf. Haustak hf. er einnig kaupandi að fisklifur en nýtir lifrina með öðrum hætti, þ.e. bræðir hana í hrálýsi og selur úr landi. Samkeppniseftirlitið telur því að undirmarkaður málsins sé hráefnismarkaður fyrir kaup á hreinni þorsklifur.

Ljóst er að kaup á þorsklifur er mjög stórt hlutfall kaupa á fisklifur. Af þeirri fisklifur sem landað er á hverju ári á Íslandi er hlutfall lifrar úr þorski um 90%.¹ Hlutfall hreinnar þorsklifrar er þó minna. Eftir sem áður er markaðshlutdeild samrunaaðila, sem nánar verður fjallað um hér á eftir, svipuð hvort heldur sem miðað er við hráefnismarkað fyrir fisklifur í heild (yfirmarkaður) eða hráefnismarkað fyrir hreina þorsklifur (undirmarkaður).

Í ofangreindri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2015, var um að ræða lóðréttan samruna, þ.e. fyrirtæki sem starfa ekki á sama sölu- eða framleiðlustigi. Í máli því sem hér er til umfjöllunar er um að ræða láréttan samruna, þ.e. beina keppinauta sem starfa á sama stigi á framleiðslumarkaði. Samrunaaðilar starfa báðir á hráefnismarkaði fyrir fisklifur á Íslandi (yfirmarkaður) og svo felst nánari sérhæfing þeirra í kaupum á hreinni þorsklifur (undirmarkaður). Þrátt fyrir að mögulegt sé að skipta þessum mörkuðum niður landfræðilega er ekki talin þörf á því í ljósi niðurstöðu málsins. Er því miðað við að landfræðilegur markaður málsins sé Ísland allt. Er það sama niðurstaða og fram kom í umræddri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2015.

Samrunaaðilar eru stórir aðilar á markaði málsins og eftir samruna þennan standa þeir uppi með töluverðan meirihluta hlutdeildar á hráefnismarkaði fyrir hreina þorsklifur á Íslandi, eða um [...] og næststærsti aðili á þeim markaði aðeins um [...]. Þó svo ekki yrði einungis fjallað um þann undirmarkað, heldur yfirmarkaðinn, þ.e. hráefnismarkað fyrir fisklifur á Íslandi, standa samrunaaðilar uppi með mikinn meirihluta markaðshlutdeildar, eða um [...] og næststærsti aðili á markaði eingöngu um [...].

Fyrir liggur því í þessu máli að samrunaaðilar hafa mjög háa markaðshlutdeild, hvort sem markaði málsins er skipt í undirmarkað eða ekki. Nánar er fjallað um markaðinn og hlutdeild samrunaaðila á honum síðar í ákvörðun þessari, þ.e. í kafla II.2.

Samrunaaðilar starfa jafnframt á öðrum mörkuðum, m.a. markaði fyrir sölu á unninni þorsklifur í neytendaumbúðum til erlendra heildsala, markaði fyrir sölu á fiskiolíu til manneldis til heildsala og markaði fyrir sölu á almennri fæðubóta- og heilsuvöru til heildsala. Í ljósi þess að samrunaaðilar starfa á alþjóðlegum markaði við sölu á fisklifur í neytendaumbúðum og með hliðsjón af niðurstöðu málsins er ekki tilefni til að skilgreina ofangreinda markaði nánar í máli þessu.

2. Samkeppnisleg áhrif samrunans

¹ Samkvæmt upplýsingum sem liggja fyrir var hlutfall þorsklifrar af fisklifur sem landað var hér á landi um 91% árið 2014. (7.427.498 kg. af 8.143.340 kg.) Magn af lifur úr ufsa var 608.697 kg. en magn af lifur úr öðrum fisktegundum var óverulegt.



Í máli þessu er samruni Akraborgar og Ægis Ólafsvík til skoðunar í samræmi við ákvæði samkeppnislaga. Taka þarf til skoðunar hvort samruni þessara fyrirtækja hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða verði til eða slík staða styrkist á hinum skilgreindu mörkuðum málsins, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti, sbr. 1. mgr. 17. gr. c samkeppnislaga.

Samruni í máli þessu felur í sér láréttan samruna (e. *horizontal merger*) þar sem samrunaaðilar starfa á sama markaði og eru beinir keppinautar. Markaðir málsins sem skilgreindir hafa verið eru auk þess fákeppnismarkaðir, en niðursuðuverksmiðjur á borð við verksmiðjur samrunaaðila eru alls sjö talsins hér á landi. Þær samkeppnishömlur sem stafa af láréttum samruna eru aðallega af þrennum toga. Í *fyrsta lagi* leiðir slíkur samruni til þess að fyrirtækin sem um ræðir hætta að keppa með tilheyrandi afleiðingum fyrir viðskiptavini og neytendur. Í *öðru lagi* getur slíkur samruni leitt til þess að hið sameinaða fyrirtæki öðlist það mikinn efnahagslegan styrk að það geti hætt að taka tillit til keppinauta sinna og neytenda. Í *þriðja lagi* getur aukin samþjöppun á markaðnum sem fylgir láréttum samruna dregið úr samkeppni fyrirtækjanna sem eftir eru á markaðnum og auðveldað þeim að taka tillit hvert til annars í því skyni að hámarka sameiginlegan hagnað, t.d. með samhæfðri markaðshögðun sem lýtur að því að hækka, eða lækka, verð. Bent hefur verið á það í samkeppnisrétti að slíkir samrunar séu líklegastir til að raska samkeppni vegna þess að þeir hafa um leið og þeir koma til framkvæmda bein áhrif á gerð viðkomandi markaðar. Þessi áhrif felast í því að samkeppni leggst þegar af á milli samrunafyrirtækjanna.² Lóðréttir samrunar, á borð við þann sem fjallað var um í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2015, eru almennt ólíklegri en láréttir samrunar til þess að fela í sér takmörkun á samkeppni. Þeir geta þó undir vissum kringumstæðum haft í för með sér skaðleg útilokunaráhrif.

2.1 Sjónarmið samrunaaðila og umsagnaraðila um samkeppnisleg áhrif samrunans

Samrunaaðilar telja að í tilviki samruna Akraborgar og Ægis Ólafsvíkur verði ekki séð að markaðsráðandi staða geti skapast eða styrkst. Þó samrunaaðilar starfi báðir á hráefnismarkaði fyrir hreina þorsklifur, og muni eftir atvikum hafa umtalsverða markaðshlutdeild á þeim markaði, fari því fjarri að hið sameinaða fyrirtæki geti starfað án þess að taka tillit til hagaðila. Framangreint endurspeglar jafnframt í þeirri staðreynd að Akraborg, sem sé með um helming markaðshlutdeild ein og sér hafi síður en svo getað hagað sér upp á sitt eindæmi, og engin dæmi þess séu til staðar. Verði ekki séð hvaða efnisrök eigi að geta leitt til breyttrar stöðu á markaði í þessu tilliti, en að því sé að gæta að engin samkeppni hafi í raun verið milli samrunaaðila þar sem Ægir Ólafsvík kaupir hráefni frá útgerðum á norðanverðu Snæfellsnesi og sé raunar, að því er best sé vitað, eini kaupandinn á því svæði. Akraborg hafi ekki verið kaupandi hráefnis á umræddu svæði og muni ekki verða það nema að hafa verksmiðju á svæðinu. Að þessu leyti verði engin breyting á markaðsaðstæðum í umræddum landshluta, heldur verði áfram einn kaupandi hráefnis og ein verksmiðja á svæðinu. Þvert á móti sé það raunar svo að verði

² Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-Sj02 Tetra Laval v Commission [2002] ECR11-4381: "It is common ground between the parties that the modified merger is conglomerate in type, that is, a merger of undertakings which, essentially, do not have a pre-existing competitive relationship, either as direct competitors or as suppliers and customers. Mergers of this type do not give rise to true horizontal overlaps between the activities of the parties to the merger or to a vertical relationship between the parties in the strict sense of the term. Thus it cannot be presumed as a general rule that such mergers produce anti-competitive effects. However, they may have anti-competitive effects in certain cases." Sjá einnig dóm dómstóls ESB í þessu máli, mál nr. C-12/03P.



ekki af samrunanum ríki óvissa um framtíð umræddrar starfsemi á Snæfellsnesi, þvert gegn byggðar-, atvinnu- og samkeppnissjónarmiðum.

Líkt og fram hafi komið í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2015, ráðist staðan á hráefnismarkaðnum af aflaheimildum útgerða, veiði og því verði sem fáið fyrir hráefnið hverju sinni. Seljendur, þ.e. útgerðir, séu oft meðal öflugustu fyrirtækja landsins. Telja verði ólíklegt við þessar aðstæður að kaupendastyrkur samrunaaðila myndi torvelda samkeppni um kaup á hráefni og sölu afurða á mörkuðum málsins. Hér beri einnig að líta til þess að aðrir kaupendur séu á markaðnum sem veiti virkt samkeppnislegt aðhald, en mörg þeirra félaga séu mjög öflug þó markaðshlutdeild þeirra á viðkomandi markaði sé, eftir atvikum, ekki há.

Eins beri að líta til þess að ýmis sterk erlend sjávarútvegsfyrirtæki séu kaupendur að vörum samrunaaðila og keppinauta þeirra, og taki jafnvel þátt í fjárfestingum hérlendis. Aðgangur að hráefni komi eins til með að aukast með auknum veiðiheimildum á þorski og hugsanlega af þeirri hagræðingu sem felist í samruna þessum. Samkvæmt upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið hafi tiltekið í ákvörðun eftirlitsins nr. 28/2015 hafi a.m.k. tveir nýir aðilar stefnt að opnun niðursuðuverksmiðju fyrir þorsklifur hérlendis og hafi eitt fyrirtæki hafið starfsemi í maí 2016 og m.a. tekið viðskipti frá Akraborg og Lýsi hf., eiganda Akraborgar.

Að því er varði sölu á hreinni þorsklifur verði ekki séð að nein samkeppnisleg vandkvæði geti leitt af samrunanum að mati samrunaaðila, en langstærstur hluti framleiðsluvörunnar sé seldur á erlenda markaði þar sem kaupendur séu, oftast en ekki, stór fyrirtæki á alþjóðlegan mælikvarða.

Loks verði ekki séð, sbr. nánar forsendur ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2015 og fyrri umfjöllun, að breyttu breytanda, að sérstök samkeppnisleg vandkvæði geti leitt af þeirri takmörkuðu skörun sem sé milli starfsemi Lýsis annars vegar og samrunaaðila í máli þessu hins vegar.

Samkvæmt framangreindu telji samrunaaðilar hvorki ástæðu til að ógilda samrunann né setja honum sérstök skilyrði. Tekið er fram í samrunaskrá að séu samkeppnisyfivöld allt að einu annarrar skoðunar, þá hljóti að eiga að líta til þess hvort sjónarmið samkeppnisréttar um fyrirtæki á fallanda fæti eigi við, og gera samrunaaðilar sérstakan áskilnað í því sambandi.

Líkt og fram kemur í I. kafla hér að framan óskaði Samkeppniseftirlitið eftir athugasemdum og upplýsingum um samrunann frá keppinautum, viðskiptavinum og hagsmunasamtökum í sjávarútvegi. Var þessum aðilum þannig veitt færi á því að koma að athugasemdum vegna samrunans, ef einhverjar væru. Fæstir umsagnaraðila settu fram athugasemdir við samrunann. Þó tók einn umsagnaraðila fram að samrunaaðilar kaupni samanlagt meirihluta þeirrar fisklifrar sem landað sé á Íslandi og því yrðu markaðsyfirburðir sameinaðs félags gífurlegir. Samruninn myndi leiða til þess að hin litla samkeppni sem væri á markaði í dag myndi að litlu verða. Afleiðingar þess yrðu umtalsverðar, þ.e. röskun á rekstrarafkomu og öryggi smárra og meðalstórra fyrirtækja sem eigi mikið undir afsetningu lifrar.



2.2 Ákvæði 17. gr. c samkeppnislaga

Með lögum nr. 94/2008 var ákvæðum samkeppnislaga um samruna breytt og fólst í þeirri breytingu frekari styrking á efnisreglum samrunaákvæða laganna. Felur þetta m.a. í sér aukið svigrúm til efnislegs mats á samkeppnislegum áhrifum samruna. Í 17. gr. c. samkeppnislaga segir:

„Telji Samkeppniseftirlitið að samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti, getur stofnunin ógilt samruna. Jafnframt skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til tækni- og efnahagsframfara að því tilskildu að þær séu neytendum til hagsbóta og hindri ekki samkeppni. Samkeppniseftirlitið getur einnig sett slíkum samruna skilyrði sem verður að uppfylla innan tiltekins tíma. Við mat á lögmæti samruna skal Samkeppniseftirlitið taka tillit til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hefur áhrif á samkeppnisstöðu hins sameinaða fyrirtækis. Enn fremur skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til þess hvort markaður er opinn eða aðgangur að honum hindraður“.

Eins og fram kemur í frumvarpi sem varð að lögum nr. 94/2008 felst í lagabreytingunni útvíkkun á heimildum Samkeppniseftirlitsins til þess að grípa til íhlutunar í samruna. Kemur fram í frumvarpinu að þessi breyting sé sérstaklega mikilvæg vegna „fákeppniseinkenna í íslensku hagkerfi“ og rökin fyrir henni sögð vera að „samruni geti verið skaðlegur samkeppni, jafnvel þó að hann leiði ekki til markaðsráðandi stöðu eða styrki markaðsráðandi stöðu“. Er samrunareglum samkeppnislaga m.a. ætlað að koma í veg fyrir að einn aðili hafi slíka yfirburði og styrk gagnvart birgjum og viðskiptavinum að hann hafi tök á að „stjórna því sem fram fer á markaðnum“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2011, *Búvangur o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Samkvæmt 17. gr. c samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið þannig gripið til íhlutunar, m.a. í láréttan samruna, ef hann:

- Skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis,
- skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu tveggja eða fleiri fyrirtækja (sameiginleg markaðsráðandi staða), eða
- hefur þau áhrif að samkeppni raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti.

Samkvæmt lögskýringargögnum er ljóst að skýra ber 17. gr. c með hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti.³

Samkvæmt 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaðsráðandi staða fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í

³ Í frumvarpi því er varð að lögum nr. 94/2008 segir t.d.: „Er við það miðað að samkeppnisyfirvöld hafi sem endranær hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti við túlkun á íslenskum samrunareglum.“



máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríkir á markaðnum. Markaðshlutdeild veiti sterka vísbendingu um markaðsráðandi stöðu, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu*.

Það er meginregla í samkeppniserétti að fyrirtæki sem er með 50% markaðshlutdeild eða meira á hinum skilgreinda markaði er talið markaðsráðandi, nema skýr sönnunargögn bendi til annars.⁴ Ályktunin um markaðsráðandi stöðu sem draga má af markaðshlutdeild er enn sterkari ef fyrirtæki hafa meira en 50% markaðshlutdeild. Fyrirtæki geta vissulega verið í markaðsráðandi stöðu enda þótt það hafi aðeins haft 32% markaðshlutdeild, sbr. dóm dómstóls ESB frá 15. desember 1994 í máli nr. C-250/92, *Göttrup-Klim o.fl. gegn Dansk Landbrugs Grovvarerelskab AmbA*. Undir vissum kringumstæðum geta fyrirtæki verið ráðandi þrátt fyrir að hafa ekki hæstu hlutdeildina, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Með viðmiðinu skipulag á markaðnum er vísað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingar um markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006, *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Sem dæmi um slík atriði má nefna hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur og hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og framboði af vöru eða þjónustu. Í því sambandi getur lóðrétt samþætting fyrirtækis (e. *vertical integration*) veitt mikilsverða vísbendingu um ráðandi stöðu.⁵ Einnig er horft til fjölda og styrks keppinauta, auk þess sem fleiri atriði geta komið til skoðunar, sbr. umræddan úrskurð áfrýjunarnefndarinnar. Varðandi styrk keppinauta ber að hafa í huga að í EES/ESB-samkeppniserétti er litið svo á að það sé vísbending um markaðsráðandi stöðu ef talsverður munur er á markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis og keppinauta þess.⁶ Þá getur einnig verið rétt að horfa til mögulegs kaupendastyrks og/eða styrks seljenda á markaði.

Eins og fyrr sagði getur Samkeppniseftirlitið gripið til íhlutunar í samruna ef hann raskar samkeppni með öðrum hætti en þeim að markaðsráðandi staða myndist eða styrkist. Svo sem áður segir skal beita ákvæðinu til samræmis við framkvæmd framkvæmdastjórnar ESB samkvæmt því sem fram kemur í greinargerð með frumvarpinu sem varð að lögum nr. 94/2008. Í leiðbeiningarreglum ESB um mat á láréttum samrunum segir að samruni geti dregið verulega úr samkeppni á markaði vegna þess að samkeppni á milli þeirra aðila sem sameinast hverfur. Slíkir samrunar geta jafnframt haft áhrif á aðra keppinauta á viðkomandi markaði. Verðhækkanir hins sameinaða fyrirtækis kunna að leiða til þess að

⁴ Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „...although the importance of market shares may vary from one market to another, very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (Hoffman-La Roche v. Commission, paragraph 80 above, paragraph 41, and Case T-221/95 *Endemol v Commission* [1999] ECR II-1299, paragraph 134). The Court of Justice held in Case C-62/86 *AKZO v Commission* [1991] ECR I-3359, paragraph 60, that this was so in the case of a 50% market share.”

⁵ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 27/6 *United Brands v Commission*, [1978] ECR 207.

⁶ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fimmta útgáfa 2010, bls. 110: „When there is a significant gap between the market share of the potentially dominant undertaking and the market shares of its competitors, this element may be considered as confirmation of the existence of a dominant position.”



eftirspurn eftir vörum þess færast til annarra keppinauta. Aukið svigrúm annarra fyrirtækja á markaðnum en þeirra sem sameinuðust til þess að hækka verð gæti svo orðið bein afleiðing af samrunum.⁷

Þegar sameinað fyrirtæki getur breytt verði í kjölfar samruna, hækkað söluverð eða lækkað kaupverð, er jafnan um það að ræða að markaðsráðandi staða hafi myndast. Á fákeppnismörkuðum er hins vegar mögulegt að brottfall eins keppinautar við samruna þar sem markaðsráðandi staða hvorki myndast né styrkist hafi áhrif til þess að raska samkeppni á markaðnum með þeim hætti að samruninn teljist vera í andstöðu við 17. gr. c samkeppnislaga. Á það jafnframt við þegar samruninn veldur ekki sérstakri hættu á samhæfingu þeirra sem eftir eru á markaðnum.⁸

Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB er skrá yfir ýmis sjónarmið sem leitt geta til þessarar niðurstöðu. Skrá framkvæmdastjórnarinnar er ekki tæmandi. Sjónarmiðin eiga ekki alltaf öll við og einnig geta önnur sjónarmið komið til greina. Á meðal þeirra sjónarmiða sem framkvæmdastjórnin reifar í leiðbeiningum sínum eru þessi:

- Há markaðshlutdeild samrunaaðila. Almennt eykst máttur fyrirtækja á markaði við það að markaðshlutdeild þeirra vex. Há markaðshlutdeild leiðir jafnframt til þess að verðbreytingar verða ábatasamari þar sem ná má aukinni framlegð af fleiri seldum einingum.
- Samrunaaðilar eru svipaðir keppinautar. Innan markaða er gjarnan einhver munur á vörum keppinauta. Þeim mun líkari sem vörur samrunaaðilar eru, þeim mun meiri er hættan á verðbreytingum í kjölfar samruna. Sú samkeppni sem samrunaaðilar hafa stundað sín á milli kann því að vera mikilvægt sjónarmið við mat á efnislegum áhrifum samruna.
- Takmörkuð geta viðskiptavina til þess að skipta um seljanda/kaupanda. Ef það eru fáir seljendur/kaupendur, eða skiptikostnaður viðskiptavina er hár, getur verið erfitt fyrir þá að færa sig frá einum til annars. Samruni sem fækkar valmöguleikum getur takmarkað mjög getu viðskiptavina til þess að skipta milli fyrirtækja þegar um er að ræða samþjappaðan fákeppnismarkað.
- Samruninn hefur í för með sér að fyrirtæki sem var öflugur keppinautur hverfur af markaði. Fyrirtæki beita sér mismikið í samkeppni. Fyrirtæki sem eru að jafnaði fyrst til þess að lækka verð eða oft fyrst til þess að bjóða upp á ýmsar nýjungar geta haft mikil áhrif á það sem gerist á markaðnum þrátt fyrir að vera ekki stærst. Ef slíkt fyrirtæki hverfur þá kann það að draga úr samkeppni.

Verður nú horft til framangreindra þátta við mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans sem hér er til skoðunar.

2.3 Markaðshlutdeild

Markaðshlutdeild hefur, eins og áður sagði, mikið að segja þegar samkeppnisleg áhrif samruna eru metin. Í samrunaskrá meta samrunaaðilar hverju sinni hver sé áætluð

⁷ Sjá *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*. (2004/C 31/03).

⁸ Sjá einnig umræddar leiðbeiningar framkvæmdastjórnarinnar.



heildarstærð markaðarins í söluverðmæti og magni. Þar eiga einnig að koma fram upplýsingar um markaðshlutdeild samkvæmt sömu mælikvörðum hjá þeim fyrirtækjum sem standa að samrunanum ásamt áætlaðri hlutdeild helstu keppinauta. Hér á eftir er gerð grein fyrir mati samrunaaðila á hlutdeild sinni og í framhaldi mati Samkeppniseftirlitsins á markaðshlutdeild þeirra.

2.3.1 Mat samrunaaðila á markaðshlutdeild

Varðandi markaðshlutdeild á yfirmarkaði fyrir hráefniskaup á fisklifur á Íslandi meta samrunaaðilar markaðshlutdeild sína samtals (Lýsi hf., Akraborg og Ægir) [...]%. Þar af hafi Lýsi [...]% markaðshlutdeild en Akraborg og Ægir Ólafsvík [...]%. Sjá nánar töflu:

Kaupandi	Magn/tonn	Hlutdeild í %
Lýsi hf.	[...]	[...]%
Akraborg	[...]	[...]%
Haustak ehf.	[...]	[...]%
Ægir sjávarfang hf., Grindavík	[...]	[...]%
Ægir	[...]	[...]%
Ican ehf.	[...]	[...]%
Ajtel ehf.	[...]	[...]%
H.G. hf.	[...]	[...]%
Idunn Seafood ehf.	[...]	[...]%
Samtals	[...]	100%

Varðandi markaðshlutdeild á undirmarkaðnum, hráefnismarkaði fyrir kaup á hreinni þorsklifur á Íslandi, meta samrunaaðilar markaðshlutdeild sína [58]%. Eigandi Akraborgar, Lýsi hf., er ekki talinn sem aðili á þeim markaði enda kaupi Lýsi hf. ekki flokkaða lifur, heldur blandaða fisklifur og afskurð frá öðrum kaupendum fisklifrar. Sjá nánar töflu:

Kaupandi	Magn/tonn	Hlutdeild í %
Akraborg	[...]	[...]%
Ægir sjávarfang hf., Grindavík	[...]	[...]%
Ægir	[...]	[...]%
Ican ehf.	[...]	[...]%
Ajtel ehf.	[...]	[...]%
H.G. hf.	[...]	[...]%
Idunn Seafood ehf.	[...]	[...]%
Samtals	[...]	100%

Ofangreint mat samrunaaðila miðar við áætlaða nýtingu á árinu 2016.

Samrunaaðilar taka fram í samrunaskrá, eins og áður hefur komið fram, að þrátt fyrir háa markaðshlutdeild sé ekki um markaðsráðandi stöðu að ræða. Styrkur þeirra gagnvart seljendum fisklifrar sé það lítilt að hann geti ekki leitt af sér þann styrkleika á markaði sem nauðsynlegt sé að miða við þegar um sé að ræða markaðsráðandi stöðu. Þá sé á



söluhlið samrunaaðila um svo stóran alþjóðlegan markað að ræða að skilgreining hans sé óþörf og hafi ekki áhrif í máli þessu.

Samrunaaðilar fallast þannig á að hafa háa markaðshlutdeild á mörkuðum málsins, [...], en telja sig ekki í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir það.

2.3.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið telur mat samrunaaðila á markaðshlutdeild sinni og keppinauta nærri lagi en rannsókn eftirlitsins leiddi í ljós sambærilega hlutdeild og samrunaaðilar miða við. Þó skal tekið fram að ekki liggja fyrir tekjuupplýsingar frá einum keppinaut en Samkeppniseftirlitið hefur áætlað hlutdeild þessa tiltekna aðila í samræmi við gögn sem voru grundvöllur ákvörðunar eftirlitsins nr. 28/2015 og áætlun samrunaaðila. Samrunaaðilar og Samkeppniseftirlitið eru hins vegar á sama máli um það að markaðshlutdeild samrunaaðila sé há. Markaðshlutdeildin er [...] á mörkuðum málsins, hvorn markað málsins sem miðað er við, og er það, sbr. ofangreind umfjöllun, vísbending um að fyrirtæki séu í markaðsráðandi stöðu.

2.4 Nánar um samkeppnisleg áhrif samrunans

Í áðurnefndri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2015 þar sem til skoðunar var samruni Lýsis og Akraborgar var það niðurstaðan að þrátt fyrir að markaðshlutdeild umræddra fyrirtækja yrði töluverð var ekki talið að samruninn myndi leiða til markaðsráðandi stöðu eða þess að samkeppni væri raskað með umtalsverðum hætti. Ástæðurnar voru m.a. þær að talið var að staðan á hráefnismarkaðnum réðist af aflaheimildum útgerða, veiði og því verði sem fengist fyrir hráefnið hverju sinni. Talið var ólíklegt við þær aðstæður að kaupendastyrkur samrunaaðila torveldaði samkeppni um kaup á hráefni og sölu afurða á mörkuðum þess máls. Þá bæri að líta til þess að samrunaaðilar keyptu að meginstefnu til lifur í ólíkum gæðaflokkum. Akraborg þyrfti að kaupa hreina þorsklifur í hæsta gæðaflokki fyrir framleiðslu sína á meðan Lýsi gæti notað ódýrari blandaða lifur og afskurð í öðrum og þriðja flokki í framleiðslu sína. Þá töldu samrunaaðilar ekki forsendur til þess að flokka hreina þorsklifur frá blandaðri lifur. Ennfremur var bent á að líkur væru á að markaðurinn myndi stækka vegna aukningar í aflaheimildum og þá lá fyrir að a.m.k. tveir nýir aðilar hugðust opna niðursuðuverksmiðju fyrir þorsklifur hér á landi.

Samkeppniseftirlitið telur að þær forsendur sem lagðar voru til grundvallar niðurstöðu um mat á samkeppnislegum áhrifum í ákvörðun eftirlitsins nr. 28/2015 eigi ekki við í þessu máli. Hvað varðar yfirmarkaðinn fyrir kaup á fisklifur er ljóst að við samrunann mun hlutdeild sameinaðs fyrirtækis aukast úr [...] % í [...] %. Er því um heldur meiri samþjöppun að ræða á þeim markaði en um var að ræða í hinu fyrra máli.

Samkeppniseftirlitið telur að í málinu skipti einnig miklu áhrifin á undirmarkaðnum fyrir kaup á hreinni þorsklifur. Er þar um bein lárétt áhrif að ræða, þ.e. fyrirtæki (Akraborg og Ægir Ólafsvík) sem stunda sams konar framleiðslu og hráefniskaup, þ.e. að kaupa þorsklifur á Íslandi, sjóða hana niður, framleiða hana til mannelis og selja til erlendra kaupenda. Á þeim markaði mun hlutdeildin aukast úr [...] % í [...] %. Svo há markaðshlutdeild sem raun ber vitni, sem og það hvað keppinautar eru fáir, felur í sér afar sterka vísbendingu um að markaðsráðandi staða verði til eða styrkist gangi samruni þessi eftir.



Samrunaaðilar eru fyrirtæki með mjög líka starfsemi. Þá ber að nefna að niðursuðuverksmiðjur á borð við þær sem samrunaaðilar reka eru aðeins sjö talsins á Íslandi og því takmörkuð geta seljenda til að skipta um kaupendur. Ægir Ólafsvík hefur verið öflugur keppinautur á markaði en mun við samruna þennan hverfa og verða hluti af Akraborg. Í málinu eiga þannig ofantalin fjögur sjónarmið framkvæmdastjórar ESB öll við í málinu og sterkar vísbendingar eru um að samruni af þessu tagi hafi skaðleg áhrif á samkeppni.

Yfirmarkaður þessa máls er kaup á fisklifur, þ.e. um er að ræða kaupendamarkað á hráefni til framleiðslu úr fisklifur. Skaðleg samkeppnisleg áhrif geta helst verið fólgin í því að samrunaaðilar beiti styrk sínum gagnvart seljendum hráefnisins. Á þetta sérstaklega við um minni hráefnisseljendur. Við mat á samkeppnislegum áhrifum í máli þessu telur Samkeppniseftirlitið það hafa þýðingu að líta til þróunar á hráefnisverði. Í því sambandi ber fyrst að líta til þess að í málinu sem leiddi til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2015 (og varðaði sama markað og hér um ræðir) var byggt á því af hálfu samrunaaðila að verð á fisklifur hefði hækkað um [...] á ári að meðaltali síðastliðin 20 ár (þ.e. til ársins 2015). Á sama tíma hefði almennt verðlag eingöngu hækkað um [...] á ári. Samrunaaðilar í málinu héldu því fram að þetta atriði sýndi fram á að styrkur hráefnissala væri mjög mikill og þeir hefðu mikil áhrif á markað málsins. Ekki væri því ástæða til að óttast að samruni Akraborgar og Lýsis myndi t.a.m. leiða til brottkasts á lifur.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að þessi þróun hefur ekki haldið áfram. Þannig hafa í málinu borist upplýsingar frá hagsmunaaðilum um að verð á lifur hafi farið lækkandi frá því Akraborg og Lýsi sameinuðust, enda fyrirtækin orðin mjög stór aðili á hráefniskaupamarkaðnum og mikilvægur kaupandi fisklifrar frá seljendum hennar. Áhyggjur hagsmunaaðila á mörkuðum málsins hafa komið fram hjá Samkeppniseftirlitinu um það að það sameinaða félag sé að beita styrk sínum á markaði, og styrk sínum sem tengdur er öðrum félögum á tengdum mörkuðum í sjávarútvegi, í þeim tilgangi að hafa áhrif á verð á hráefni og hámarka þannig eigin hagnað.

Athugun Samkeppniseftirlitsins í þessu máli hefur leitt í ljós að verð á fisklifur hefur lækkað umtalsvert samkvæmt upplýsingum sem borist hafa frá samrunaaðilum. Þannig hefur hráefnisverð sem Akraborg greiðir fyrir þorsklifur lækkað úr [] kr. í maí 2015 í um [] kr. frá og með febrúar 2017.

Að mati Samkeppniseftirlitsins felur þessi þróun á verði í sér ákveðnar vísbendingar um að samruni Lýsis og Akraborgar hafi leitt til aukins kaupendastyrks sem aftur hafi leitt til lægra hráefnisverðs til seljenda. Ljóst er þó að aðrir þættir en hreinn styrkur Lýsis og Akraborgar geta haft áhrif eins og t.a.m. gengi íslensku krónunnar, skert aðgengi að erlendum mörkuðum o.fl. Aftur á móti er ljóst að sú þróun á verði hráefnisins sem átt hefur sér stað síðustu tvö ár er á skjön við verðþróunina síðustu 20 ár þar á undan. Að mati Samkeppniseftirlitsins er þó ekki þörf á að taka endanlega afstöðu um þetta atriði enda krefðist það ítarlegri rannsóknar sem ekki er þörf á að gera í ljósi niðurstöðu málsins, sbr. nánar hér á eftir.

Líkt og fjallað var um í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2015 var talið líklegt að tveir nýir aðilar myndu hasla sér völl á markaði málsins stuttu eftir að ákvörðunin lá fyrir.



Innkoma þeirra aðila hefur ekki gert það að verkum að markaðshlutdeild samrunaaðila hafi minnkað svo neinu nemi. Áhrif þeirra nýju keppinauta eru því, enn sem komið er, ekki slík að þau hafi raunveruleg áhrif á stöðu samrunaaðila á markaði.

Samkeppniseftirlitið telur samkvæmt framangreindu að með kaupum Akraborgar (og Lýsis) á Ægi Ólafsvík styrki fyrirtækin nokkuð stöðu sína á skilgreindum mörkuðum málsins sem kaupendur á fisklifur, annars vegar fisklifur í heild (yfirmarkaður) og hins vegar hreinni þorsklifur (undirmarkaður). eru sterkar vísbendingar um að til verði fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu á hvorum markaði sem geti haft mikil áhrif á markaðsverð á umræddu hráefni. eru því sterkar líkur á að samruninn hafi skaðleg áhrif á samkeppni. Vegna atriða sem tengjast erfiðri stöðu Ægis sjávarfangs telur Samkeppniseftirlitið þó að ekki sé ástæða til að fjalla nánar um þessi atriði.

3. Sjónarmið um fyrirtæki á fallanda fæti

Samrunaaðilar hafa í máli þessu byggt á því að sjónarmið um fyrirtæki á fallanda fæti eigi við um kaup Akraborgar á Ægi Ólafsvík. kemur þannig fram í samrunaskrá að verði talið að samruninn kunni að hafa skaðleg áhrif á samkeppni beri eftir sem áður að samþykkja hann vegna slæmrar fjárhagsstöðu Ægis Ólafsvík. Samkeppniseftirlitið óskaði eftir ítarlegri greinargerð um það hvernig samrunaaðilar teldu þau sjónarmið eiga við í máli þessu og bárust sjónarmið samrunaaðila hinn 7. apríl sl. Frekari upplýsinga var óskað hinn 11. apríl sl. og bárust umbeðnar upplýsingar samdægurs.

Í samkeppnisrétti er í undantekningartilvikum unnt að fallast á samruna sem að öllu jöfnu myndi sæta íhlutun. Meginástæðan að baki slíkri undantekningu er að sú breyting á samkeppnislegri gerð markaðarins væri hvort sem er óhjákvæmileg vegna fjárhagsörðuleika hins yfirtekna félags. Undir slíkum kringumstæðum er þannig ekki um að ræða orsakasamhengi milli samrunans og röskunar á samkeppni. Er eingöngu fallist á þetta að uppfylltum vissum skilyrðum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2011, *Búvangur o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu*, og hvílir sönnunarbyrðin á samrunaaðilum.

Í túlkunarreglum framkvæmdastjórnar ESB um mat á láréttum samruna kemur fram að eftirfarandi sjónarmið hafi almennt mikið vægi við mat á því hvort félag sé á fallanda fæti.

- Að fyrir liggja að félag það sem málsaðilar halda fram að stefni í þrot muni í nánustu framtíð hrökklast af markaðnum vegna fjárhagserfiðleika ef það yrði ekki tekið yfir af öðru félagi;
- að möguleiki á sölu nefnds félags til annars aðila, sem hefði minni röskun á samkeppni í för með sér, sé ekki til staðar;
- að eignir þess félags sem stefnir í þrot myndu óhjákvæmilega hverfa af markaðnum og ekki verða grundvöllur nýs rekstrar, ef ekki kæmi til samrunans.⁹

Eins og fram kemur í lögskýringargögnum skal hafa hliðsjón af þessum túlkunarreglum við beitingu samrunaákvæða samkeppnislaga, sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins

⁹ Sjá hér leiðbeiningarreglur framkvæmdastjórnar ESB um mat á láréttum samruna (2004/C31/03).



nr. 6/2009, Samruni Árvakurs hf., Fréttablaðsins ehf. og Pósthússins ehf.¹⁰ þarf að leggja mat á hvort þessi skilyrði séu til staðar í þessu máli til þess að líta svo á sem ekki sé orsakasamhengi milli samrunans og þeirrar röskunar á samkeppni sem af honum myndi leiða í þessum skilningi.

Til þess að reglan um fyrirtæki á fallandi fæti eigi við þurfa samrunaaðilar að sýna fram á að ekki sé orsakasamhengi á milli röskunar á samkeppni og samrunans. Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 4. apríl 2012, sem staðfestur var með vísan til forsendna með dómi Hæstaréttar Íslands frá 8. nóvember 2012 í máli nr. 277/2012, segir:

„Óumdeilt er að unnt sé, innan ramma gildandi samkeppnislaga, að taka tillit til varna samrunaaðila sem byggjast á sjónarmiðum um félag á fallanda fæti. Byggjast slík sjónarmið á framkvæmd og reglugerðum Evrópuréttar og eiga þau rætur sínar að rekja til þess að yfirtaka á félagi, sem ella yrði að hætta rekstri, geti í vissum tilvikum skipt litlu eða engu máli í samkeppnislegu tilliti. Felst í þessu að það geti verið í þágu langtímahagsmuna neytenda að framleiðslutæki haldist í rekstri þrátt fyrir að keppendum á markaði fækki við yfirtöku. Sýnist óumdeilt að miðað sé við eftirgreind meginskilyrði þegar metið er hvort félag sé á fallanda fæti: 1) Að fyrir liggja að félag það sem málsaðilar halda fram að stefni í þrot muni í nánustu framtíð hrökklast af markaðnum vegna fjárhagserfiðleika, 2) að möguleiki á annarri sölu nefnds félags, sem hefði minni röskun í för með sér, sé ekki til staðar og 3) að eignir þess félags sem stefnir í þrot myndu óhjákvæmilega hverfa af markaðnum og ekki verða grundvöllur nýs rekstrar, ef ekki kæmi til samrunans. Ljóst er að um er að ræða undantekningarreglu frá þeirri meginreglu að samkeppnisyfirvöld skuli grípa til íhlutunar vegna samruna sem skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu. Verður að telja að það hvíli á aðalstefnanda að sýna með óyggjandi hætti fram á að öllum framangreindum skilyrðum hafi verið fullnægt þannig að engin skaðvænleg samkeppnisleg áhrif verði í raun af samruna.“

Ekki leikur því vafi á að um er að ræða undantekningu frá meginreglunni um að samruni komi til efnislegrar umfjöllunar. Er slík niðurstaða því háð ströngum skilyrðum.¹¹ Meginsjónarmiðið er að undanþáguheimild af þessum toga geti einungis átt við ef fyrir liggur að samkeppnislegri gerð markaðarins myndi hvort sem er hraka jafn mikið eða meira, þótt ekki yrði af samruna, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 12/2011, MP banki hf. gegn Samkeppniseftirlitinu, þar sem áfrýjunarnefndin féllst á að sjónarmið um fyrirtæki á fallanda fæti ættu við, þrátt fyrir að tilteknir annmarkar væru á sölufærli vegna Byrs sparisjóðs.

3.1 Félag stefnir í þrot

¹⁰ Í athugasemdum við 3. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 94/2008 segir: „Framkvæmdastjórn EB hefur gefið út leiðbeiningarreglur (O.J. 2004/C31/03) þar sem útskýrð eru með ítarlegum hætti þau sjónarmið sem horfa verður til við mat á samruna af þessum toga. Er við það miðað að samkeppnisyfirvöld hafi sem endranær hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti við túlkun á íslenskum samrunareglum“.

¹¹ Sbr. ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins nr.: 61/2007, 50/2008, 6/2009, 3/2011, 27/2011, 33/2011 og 16/2015 og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2011 og 12/2011.



Samrunaaðilar greina frá því að á undanförunum misserum hafi hrannast upp óveðursský í rekstri Ægis sjávarfangs (bæði í Ólafsvík og Grindavík). Á árinu 2016 hafi afkoma félagsins versnað verulega, m.a. vegna verulegrar gengisstyrkingar íslensku krónunnar gagnvart evru og bandaríkjadal. Þá hafi sjómannaverkfall staðið yfir frá desember til febrúar sem hafi valdið því að félagið missti tekjustreymi í yfir tvo mánuði. Á þeim tíma hafi verksmiðjur félagsins verið stopp en starfsfólki í Ólafsvík hafi ekki verið sagt upp, einkum með hliðsjón af kaupum Akraborgar á rekstrinum, en í verksmiðjunni í Grindavík hafi starfsfólki verið sagt upp störfum.

Síðastliðið haust, þ.e. 2016, hafi Ægir sjávarfang lent í greiðsluerfiðleikum sem leitt hafi til þess að [...].

Ef Samkeppniseftirlitið hafni samrunanum þannig að félagið fái verksmiðjuna í Ólafsvík aftur telji Ægir sjávarfang ekki forsendur fyrir áframhaldandi rekstri verksmiðjunnar og verði henni því tafarlaust lokað og öllu starfsfólki sagt upp.

Ægir sjávarfang hafi staðið í endurskipulagningu rekstrar síns og sé sala á starfseminni í Ólafsvík hluti af henni. Bið eftir niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins hafi tafið endanlega niðurstöðu í endurskipulagningarferlinu og hafi lánardrottinn félagsins hafið innheimtuaðgerðir gagnvart því og hafi nú verið farið fram á gjaldþrot félagsins. Verði samruninn ekki samþykktur telji Ægir sjávarfang greiðsluþrot blasa við félaginu.

Ekki er um það deilt að fjárhagsstaða Ægis sjávarfangs, og þar með Ægis Ólafsvíkur, sé mjög slæm og telur Samkeppniseftirlitið því hið fyrsta af þremur skilyrðum vera uppfyllt í máli þessu.

3.2 Möguleiki á annarri sölu

Af úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 1/2011 er ljóst að við mat á möguleikanum á því að selja fyrirtæki á fallanda fæti til annars aðila sé nauðsynlegt að meta söluferli viðkomandi eigna með heildstæðum hætti. Í úrskurðinum taldi nefndin t.a.m. ósannað að það hefði verið nauðsynlegt að setja það skilyrði í útboði í því máli að þau tvö svínabú sem fallið hefðu í skaut Arion banka skyldu verða seld einum og sama aðilanum. Af því má ráða að séu sett skilyrði í söluferli sem eru til þess fallin að fæla frá mögulega fjárfesta geti það leitt til þeirrar niðurstöðu að telja verði að mögulegt hafi verið að selja öðrum aðila fyrirtækið, óháð því hvaða niðurstaða fengist í útboði.

Í samrunaskrá kemur fram að aðdragandi samrunans hafi verið sá að eigendur Ægis sjávarfangs hafi leitað til Akraborgar með það fyrir augum að selja félagið, sem hluta af endurskipulagningu þess.

Upplýsingar um möguleika á annarri sölu Ægis Ólafsvíkur en til Akraborgar voru ekki til staðar hjá Samkeppniseftirlitinu fyrr en sérstaklega var óskað eftir þeim hinn 11. apríl sl. Bárust þá þær upplýsingar að eigandi Ægis sjávarfangs, þ.e. bæði verksmiðjunnar í Grindavík og Ólafsvík, hafi [...].

[...].



Telur Samkeppniseftirlitið þar af leiðandi tvö af þremur skilyrðum fyrir beitingu sjónarmiða um fyrirtæki á fallanda fæti vera uppfyllt í máli þessu.

3.3 Eignir myndu hverfa af markaði

Ekki er ljóst hvort eignir Ægis Ólafsvíkur myndu hverfa af vettvangi, en samkvæmt upplýsingum frá hagsmunaaðilum á mörkuðum málsins er um að ræða mjög fullkomna verksmiðju til niðursuðu fisklifrar. Má því leiða að því líkum að tæki í verksmiðju myndu jafnvel verða keypt af keppinautum Ægis Ólafsvíkur. Ætla má að líklegast væri þá að eignirnar rynnu til Akraborgar, sem þess keppinautar sem næstur er verksmiðjunni landfræðilega og hefur sýnt kaupum á verksmiðjunni áhuga. Þá yrði það verulegum vafa undirorpið hvort starfsemin myndi halda áfram í sama formi kæmi til gjaldþrots félagsins. Loks myndi gjaldþrot Ægis sjávarfangs jafnframt setja starfsemi félagsins á Suðurnesjum í uppnám.

Samkeppniseftirlitið telur að í máli þessu sé líklegast að staða á markaði verði svipuð hvort sem samruninn verður að veruleika eða ekki.

3.4 Niðurstaða um fyrirtæki á fallanda fæti

Með hliðsjón af öllu því sem að framan greinir er það mat Samkeppniseftirlitsins að sjónarmið um fyrirtæki á fallanda fæti eigi við í máli þessu. Ljóst er, að mati eftirlitsins, að Ægir getur ekki til frambúðar starfað með sjálfstæðum hætti. Með vísan til þess og framangreindra sjónarmiða telur Samkeppniseftirlitið að skilyrðum fyrir beitingu reglunnar um fyrirtæki á fallanda fæti sé fullnægt og því óþarft að taka endanlega afstöðu til þess hvort um markaðsráðandi stöðu samrunaaðila sé að ræða og mögulegra skaðlegra áhrifa samrunans og fleiri atriði sem til skoðunar þyrftu ella að koma.

4. **Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins**

Samkeppniseftirlitið telur samkvæmt framangreindu að með samruna þessum styrki Akraborg nokkuð stöðu sína og sterkar vísbendingar eru um það að samstæða Lýsis, Akraborgar og Ægis Ólafsvík sé í markaðsráðandi stöðu. Óumdeilt er að samanlagt verður þessi samstæða með mjög mikla hlutdeild á mörkuðum málsins.

Í máli þessu er hins vegar sýnt fram á að skilyrði um fyrirtæki á fallanda fæti eru uppfyllt og sökum þess eru ekki forsendur að lögum til frekari aðgerða.

IV. Ákvörðunarorð

„Kaup Akraborgar ehf. á rekstri Ægis sjávarfangs hf. í Ólafsvík fela í sér samruna í skilningi samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið telur ekki forsendur til þess að hafast frekar að í máli þessu.“

Samkeppniseftirlitið



Páll Gunnar Pálsson