



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Þriðjudagur, 6. júní 2017

Ákvörðun nr. 23/2017

Samruni Tempru ehf. og Plastgerðar Suðurnesja ehf.

Efnisyfirlit

	bls.
SAMANTEKT	3
I. Málsvik og málsmeðferð	3
II. Samruninn og aðilar hans.....	9
III. Skilgreining markaða	11
1. Vörumarkaður.....	13
1.1 Sjónarmið samrunaaðila.....	13
1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins	15
1.2.1 Frauðplastkassar.....	15
1.2.1.1 Notkun frauðplastkassa við flutninga á ferskum fisk í flugi – fyrri athugun	16
1.2.1.2 Notkun frauðplastkassa við flutninga á ferskum fisk í skipum – síðari athugun	20
1.2.1.3 Framkvæmd SNIP-prófs.....	23
1.2.1.4 Niðurstaða um skilgreiningu vörumarkaðar fyrir frauðplastkassa	24
1.2.2 Einangrunarfrauðplast.....	24
2. Landfræðilegur markaður	28
2.1 Sjónarmið samrunaaðila.....	29
2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins	29
IV. Samkeppnisleg áhrif samrunans	30
1. Sjónarmið samrunaaðila um samkeppnisleg áhrif samrunans	31
2. Ákvæði 17. gr. c samkeppnislaga	31
2.1 Markaðsráðandi staða	33
2.2 Samkeppni raskast „að öðru leyti með umtalsverðum hætti“	35



2.3	Láréttir samrunar	37
3.	Markaðshlutdeild á mörkuðum málsins.....	39
3.1	Mat samrunaaðila á markaðshlutdeild	39
3.2	Mat Samkeppniseftirlitsins	40
3.2.1	Markaður fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum	41
3.2.2	Framleiðsla og sala á frauðplasteinangrun	42
4.	Mat á samþjöppun.....	42
5.	Efnahagslegur styrkleiki	45
6.	Möguleg samkeppni og aðgangshindranir að mörkuðum málsins	47
6.1	Sjónarmið samrunaaðila.....	47
6.2	Mat Samkeppniseftirlitsins	48
7.	Kaupendastyrkur	51
V.	Niðurstaða	54
1.	Samruninn raskar samkeppni á mikilvægum mörkuðum.....	54
2.	Möguleg skilyrði	55
2.1	Tillögur samrunaaðila.....	55
2.2	Mat Samkeppniseftirlitsins	55
2.2.1	Almennt um kröfur til skilyrða í samrunamálum	56
2.2.2	Um tillögur samrunaaðila	58
VI.	Ákvörðunarorð:	59



SAMANTEKT

Með ákvörðun þessari er komist að þeirri niðurstöðu að kaup Tempru ehf. (hér eftir Tempra) á öllum hlutum í Plastgerð Suðurnesja ehf. (hér eftir Plastgerðin) raski samkeppni með umtalsverðum hætti. Jafnframt séu ekki forsendur til þess að setja samrunanum skilyrði sem kæmu í veg fyrir þá röskun. Því sé óhjákvæmilegt að ógilda samrunann.

I. Málsvik og málsmeðferð

Upphaf málsins má rekja til þess að þann 19. desember 2016 barst Samkeppniseftirlitinu samrunatilkynning frá Logos lögmannspjónustu vegna kaupa Tempru á öllum hlutum í Plastgerðinni, í samræmi við 5. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga nr. 44/2005 og reglur nr. 684/2008 með síðari breytingum, um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum. Var því um svokallaða lengri samrunatilkynningu að ræða.

Með bréfi, dags. 29. desember 2016, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að samrunaskráin væri ekki fullnægjandi í skilningi 17. gr. a samkeppnislaga. Í ljósi þess hafi frestir Samkeppniseftirlitsins til að rannsaka samrunann skv. 17. gr. d samkeppnislaga, sbr. 9. gr. reglna um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum, ekki byrjað að líða.

Í kjölfarið eða þann 6. janúar 2017 barst Samkeppniseftirlitinu bréf samrunaaðila þar sem tilgreind voru þau atriði sem á skorti að fjallað væri um í samrunatilkynningunni. Með bréfi dags. 13. janúar 2017 var samrunaaðilum tilkynnt um að með framangreindu bréfi teldist samrunatilkynningin fullnægjandi og að frestir Samkeppniseftirlitsins til þess að rannsaka samrunann skv. 17. gr. d samkeppnislaga nr. 44/2005 hefðu hafist 9. janúar 2017.

Með bréfi dags. 24. janúar 2017, var samrunaaðilum tilkynnt um að Samkeppniseftirlitið teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, sbr. 1. mgr. 17. gr. d samkeppnislaga.

Með bréfi, dags. 26. janúar 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um 50 stærstu viðskiptavinum Tempru annars vegar og Plastgerðar hins vegar fyrir bæði árin 2015 og 2016, hvort um sig. Þess var óskað að veittar yrðu upplýsingar um heildarsölu til viðkomandi fyrirtækja, án virðisaukaskatts, fyrir árin 2015 og 2016 sundurliðaða eftir vörutegundum og magni. Þá var jafnframt óskað eftir upplýsingum um póstnúmer viðkomandi viðskiptavina. Umbeðnar upplýsingar voru afhendar á tímabilinu 30. janúar – 2. febrúar 2017.

Með bréfum, dags. 26. janúar 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið ítarlegra upplýsinga frá stærstu viðskiptavinum samrunaaðila er kaupa frauðplastkassa. Óskað var upplýsinga um



hvaða vörur fyrirtækin keyptu af öðrum hvorum eða báðum samrunaaðilum og í hvaða tilgangi fyrirtækin notuðu þær vörur. Þá óskaði eftirlitið upplýsinga um hvort aðrar vörur, innlendar eða innfluttar, en þær sem fyrirtækin keyptu af samrunaaðilum hefðu sama notagildi. Einnig var spurt hvort varanleg hækkun á verði á frauðplastkössum frá samrunaaðilum um 5-10% myndi leiða til þess að fyrirtækin myndu hætta að kaupa frauðplastkassa af þeim og kaupa þess í stað aðrar tegundir umbúða, t.d. bylgjuplastkassa. Óskað var upplýsinga um hvort það væri raunhæfur möguleiki fyrir fyrirtækin að flytja sjálf inn þær vörur sem þau keyptu nú af öðrum eða báðum samrunaaðilum eða hvort viðkomandi fyrirtæki hefðu kost á að hefja eigin framleiðslu á þeim vörum. Óskað var upplýsinga um hvert hlutfall flutningskostnaðar væri af heildarinnkaupaverði þeirra vara sem fyrirtækin keyptu af öðrum eða báðum samrunaaðilum. Þá var óskað upplýsinga um þá aðila sem seldu vörur í samkeppni við samrunaaðila á Íslandi og spurt hvort líklegt væri að nýir aðilar mundu hefja starfsemi á Íslandi í samkeppni við samrunaaðila. Að lokum óskaði Samkeppniseftirlitið eftir athugasemdum og umsögn um samrunatilkynningu samrunaaðila. Meðfylgjandi bréfunum voru afrit af samrunatilkynningu samrunaaðila án trúnaðarupplýsinga. Bárust svör viðskiptavina á tímabilinu 31. janúar til 23. febrúar 2017.

Með bréfum, dags. 2. febrúar 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið sambærilegra upplýsinga frá stærstu viðskiptavinum samrunaaðila er kaupa frauðplasteinangrun. Bárust svör við fyrirspurninni á tímabilinu frá 2. febrúar til 6. mars 2017.

Með bréfum dags. 2. febrúar 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir tilteknum upplýsingum frá Plastverksmiðjunni Yl ehf. og Plastási ehf. Óskað var upplýsinga um sundurliðaða heildarveltu fyrirtækjanna á Íslandi, án virðisaukaskatts, fyrir árin 2015 og 2016. Óskað var upplýsinga um hvort og þá hvaða vörur fyrirtækin seldu í samkeppni við vörur samrunaaðila. Þá var óskað upplýsinga um hvort aðrar tegundir einangrunar væri hægt að nota í sama tilgangi og frauðplasteinangrun. Óskað var upplýsinga um hvort fyrirtækin hefðu möguleika á að hefja framleiðslu á frauðplastkössum í samkeppni við samrunaaðila. Að lokum óskaði Samkeppniseftirlitið eftir athugasemdum og umsögn um samrunatilkynningu samrunaaðila. Meðfylgjandi bréfunum voru afrit af samrunatilkynningu samrunaaðila án trúnaðarupplýsinga. Bárust svör félaganna við fyrirspurn Samkeppniseftirlitsins með tölvupóstum, dags. 9. febrúar og 2. mars 2017.

Þá óskaði Samkeppniseftirlitið nánar tilgreindra upplýsinga frá Borgarplasti hf. með bréfi dags. 2. febrúar 2017. Bárust svör félagsins með tölvupósti þann 2. mars 2017.

Með bréfum, dags. 2. febrúar 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá Samhentum – Kassagerð ehf., Odda prentun og umbúðum ehf. og Saltkaupum ehf. Óskað var upplýsinga um sundurliðaða heildarveltu fyrirtækjanna, án vsk., fyrir árin 2015 og 2016. Óskað var upplýsinga um hvaða vörur umrædd fyrirtæki seldu í samkeppni við vörur samrunaaðila. Þá var spurt hvort umrædd fyrirtæki hefðu tök á því að flytja inn þær vörur er samrunaaðilar framleiða eða hefja innflutning á þeim. Að lokum óskaði Samkeppniseftirlitið eftir athugasemdum og umsögn um samrunatilkynningu samrunaaðila. Meðfylgjandi bréfunum voru afrit af samrunatilkynningu samrunaaðila án trúnaðarupplýsinga. Bárust svör félaganna á tímabilinu 9. febrúar til 9. mars 2017.



Með bréfum dags. 15. febrúar 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir sundurliðuðum upplýsingum um heildarveltu samrunaaðila. Þá óskaði Samkeppniseftirlitið jafnframt eftir afriti af öllum skriflegum samningum og lýsingu á munnlegum samningum sem gerðir hefðu verið milli samrunaaðila og viðskiptavina félaganna. Umbeðnar upplýsingar og gögn voru afhent á tímabilinu 16. til 21. febrúar 2017.

Með tölvupósti, dags. 24. febrúar 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Icelandair Cargo ehf. um þær kröfur sem félagið geri til umbúða undir ferskar sjávarafurðir sem fluttar eru með vélum félagsins. Þá var jafnframt spurt hvaða aðrar tegundir umbúða en frauðplastkassar væru notaðar undir ferskar sjávarafurðir við útflutning með vélum félagsins. Bárust svör frá félaginu samdægurs.

Með tölvupósti, dags. 3. mars 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Byko ehf. vegna verðsamanburðar á frauðplasteinangrun og steinullareinangrun. Bárust svör Byko ehf. með tölvupósti, dags. 6. mars 2017.

Með tölvupósti, dags. 8. mars 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Húsasmiðjunni ehf. vegna verðsamanburðar á frauðplasteinangrun og steinullareinangrun. Bárust svör Húsasmiðjunnar ehf. með tölvupósti samdægurs.

Með tölvupósti, dags. 14. mars 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir að fá afhenda ársreikninga fyrirtækja sem fara með yfirráð í Tempru. Með tölvupósti, dags. 15. mars 2017, afhenti Tempra ársskýrslur RPC Group Plc fyrir árin 2015 og 2016.

Með bréfum, dags. 24. og 28. mars 2017, sendi Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum andmælaskjal eftirlitsins vegna samrunans. Í andmælaskjalinu var komist að þeirri frumniðurstöðu að samruni Tempru og Plastgerðarinnar væri skaðlegur samkeppni, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga nr. 44/2005. Var samrunaaðilum gefið færi á að tjá sig um efni andmælaskjalsins og setja fram hugmyndir um möguleg skilyrði til að afstýra þeim samkeppnishömlum sem ella myndu stafa af samrunanum.

Sjónarmið Tempru við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins bárust með bréfi, dags. 7. apríl 2017. Í þeim færði félagið fram rök fyrir því mati sínu að frumniðurstaða Samkeppniseftirlitsins um samkeppnishamlandi áhrif samrunans væri röng.

Með bréfi, dags. 11. apríl 2017, bárust sjónarmið eigenda Plastgerðarinnar. Í þeim var þess farið á leit við Samkeppniseftirlitið að það komi ekki í veg fyrir samruna Tempru og Plastgerðarinnar.

Í framhaldi af því að hafa mótt ekið athugasemdir Tempru átti Samkeppniseftirlitið fund með lögmönnum og fulltrúum Tempru þann 12. apríl 2017. Í kjölfarið bárust einnig frekari athugasemdir frá lögmönnum Tempru með tölvupóstum þann 18. apríl og 26. apríl 2017. Í umræddum tölvupóstum var Samkeppniseftirlitið hvatt til þess að skoða markaðinn fyrir útflutning á ferskum fisk í heild sinni og jafnvel markaðinn fyrir útflutning á öðrum matvælum. Gerðar voru athugasemdir við að Samkeppniseftirlitið hefði aðeins aflað upplýsinga frá viðskiptavinum samrunaaðila. Taldi Tempra að það gæfi mjög skakka mynd af markaðnum þar sem fjölmargir aðrir aðilar sem stundi útflutning á ferskum fiski sem notist við annars konar umbúðir. Þá var einnig farið fram á að Samkeppniseftirlitið



myndi afla upplýsinga frá Fiskistofu um útflutning á ferskum fiski og bera það saman við framleiðslugetu samrunaaðila. Með vísan til 10. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 taldi Tempra að rannsókn Samkeppniseftirlitsins á þessu stigi væri ófullnægjandi.

Með tölvupósti, dags. 19. apríl 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir sundurliðuðum upplýsingum um innflutning á frauðplastvörum frá Tollstjóra. Bárust umbeðnar upplýsingar Samkeppniseftirlitinu með tölvupóstum þann 24. og 25. apríl 2017.

Með tölvupóstum, dags. 26. apríl 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Eimskip hf., Samskipum hf., Cargo Express ehf., Icelandair Cargo ehf. og Bláfugli ehf. Óskað var upplýsinga um tegundir umbúða sem notaðar væru við flutning á ferskum fiskflökum annars vegar og heilum fisk hins vegar, s.s. hvort um sé að ræða frauðplastkassa, bylgjuplastkassa, kör eða aðrar umbúðir. Sérstaklega var óskað upplýsinga um hvaða umbúðir væru notaðar við flutning á ferskum eldisfiski. Þá var óskað upplýsinga um verð á flutningi á ferskum fiskflökum og heilum ferskum fisk frá Íslandi til helstu áfangastaða umræddra flutningsfyrirtækja. Að lokum var óskað upplýsinga um flutt magn (í tonnum) af ferskum fiski, sundurliðað eftir því hvort um væri að ræða fersk flök eða heilan ferskan fisk, annars vegar fyrir árið 2015 og hins vegar árið 2016. Bárust svör félaganna á tímabilinu 27. apríl til 24. maí 2017. Þá sendi Samkeppniseftirlitið jafnframt sambærilega upplýsingabeiðni til Smyril Line Cargo með tölvupósti, dags. 18. maí 2017. Bárust svör Smyril Line Cargo með tölvupósti, dags. 19. maí 2017.

Með tölvupósti, dags. 26. apríl 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Fiskistofu til að greina útflytjendur á ferskum fiski. Nánar tiltekið um flokkun á útfluttum ferskum fiski í magni/tonnum skipt eftir (i) fiskflökum – flugflutningar, (ii) heill fiskur – flugflutningar, (iii) fiskflök – skipaflutninga og (iv) heill fiskur – skipaflutningar, sbr. flokkun Hagstofu Íslands. Óskað var eftir að sundurliðun á magni í hverjum flokki eftir útflytjendum fyrir annars vegar árið 2015 og hins vegar árið 2016. Bárust svör frá Fiskistofu með tölvupósti, dags. 28. apríl 2017.

Með tölvupósti, dags. 2. maí 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir sundurliðuðum upplýsingum um útflutning á ferskum fisk frá Tollstjóra. Bárust umbeðnar upplýsingar Samkeppniseftirlitinu þann 5. maí 2017. Um var að ræða upplýsingar um útflutning á öllum ferskum fiskafurðum fyrir árin 2015 og 2016. Nánar tiltekið var um að ræða sundurliðaðar upplýsingar um útflutning fyrir öll tollskrárnúmer samkvæmt tollskrá sem byrja á 0302 og 0304. Einnig komu fram upplýsingar um útflytjanda, vörutegund, flutningsmáta, magn, leyfisnúmer framleiðanda og númer skips.

Með tölvupóstum, dags. 2. – 16. maí 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá 35 fyrirtækjum í sjávarútvegi.¹ Þess var óskað að viðkomandi aðilar myndu tilgreina

¹ Óskað var upplýsinga frá eftirfarandi aðilum: Frár ehf., Toppfiskur hf., Sjófiskur – Sjávarfiskur ehf., Ísfoss ehf., Loðnuvinnslan hf., Stakkavík hf., Íslenskt sjávarfang ehf., Frostfiskur ehf., Godthaab í Nöf ehf., Samherji hf., Iceland Seafood ehf., Matorka ehf., Ó.S fiskverkun ehf., Vinnslustöðin hf., Hraðfrystihúsið Gunnvör hf., Búlandstindur, Iraco ehf., Sjávariðjan Rifi ehf., Fiskvinnslan Íslandssaga hf., Flatfiskur ehf., Þorbjörn hf., Stolt Sea Farm Iceland hf., Skinney Þinganes hf., FISK Seafood ehf., Fiskeldi austfjarða hf., Oddi hf., Fiskvinnslan Kambur hf., Arnarlax hf., Síldarvinnslan hf., HB Grandi hf., Einhamar Seafood hf., Eskja hf., Ísfélag Vestmannaeyja hf., Flugfiskur ehf., og Vísir hf.



útflytning eftir eftirfarandi flokkum og flutningsleiðum, þ.e. áætlað vægi í % miðað við árið 2016.

A. Villtur fiskur - fersk fiskflök – flug	(vægi____%)
B. Villtur fiskur - ferskur fiskur – heill – flug	(vægi____%)
C. Villtur fiskur - fersk fiskflök – skip	(vægi____%)
D. Villtur fiskur - ferskur fiskur – heill – skip	(vægi____%)
E. Eldisfiskur - fersk fiskflök – flug	(vægi____%)
F. Eldisfiskur - ferskur fiskur – heill – flug	(vægi____%)
G. Eldisfiskur - fersk fiskflök – skip	(vægi____%)
H. Eldisfiskur - ferskur fiskur – heill – skip	(vægi____%)

Þá var þess jafnframt óskað að tilgreindir yrðu þær tegundir umbúða sem viðkomandi fyrirtæki noti við að flytja út ferskan fisk samkvæmt framangreindri flokkun flutningsleiða (A-H) frá Íslandi til áfangastaða erlendis. Ef notaðar væru fleiri en ein tegund umbúða til að flytja tiltekinn flokk, t.d. notaðir bæði frauðplastkassar og bylgjuplastkassar til að flytja fersk fiskflök í flugi (flokkur A) þá skyldi tilgreina vægi í prósentum. Að lokum var spurt hvort varanleg hækkun á verði á þeirri umbúðategund sem viðkomandi fyrirtæki notaði til að flytja ferskan fisk (frauðplastkassar/bylgjuplastkassar/kör/annað) um 5-10% myndi leiða til þess að fyrirtækin myndu hætta að kaupa frauðplastkassa af þeim og kaupa þess í stað aðrar tegundir umbúða, t.d. bylgjuplastkassa. Bárust svör frá 31 aðila með tölvupóstum á tímabilinu 3. - 24. maí 2017.²

Þann 4. maí 2017 barst Samkeppniseftirlitinu tölvupóstur frá Birni Herberti Guðbjörnssyni, framkvæmdastjóra Plastgerðarinnar. [...] ³

Með bréfum, dags. 8. maí 2018, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að í ljósi athugasemda samrunaaðila um rannsókn málsins hafi það ákveðið að afla frekari upplýsinga í málinu. Því væri óhjákvæmilegt að framlengja frest til töku endanlegrar ákvörðunar í málinu um 20 virka daga, sbr. lokamálslið 1. mg.r 17. gr. d samkeppnislaga nr. 44/2005.

Með bréfum til samrunaaðila, dags. 26. maí 2017, gerði Samkeppniseftirlitið grein fyrir þeirri gagnaöflun sem farið hafði fram eftir útgáfu andmælaskjals þann 24. mars 2017. Meðfylgjandi bréfinu var uppfærður gangalisti vegna rannsóknar Samkeppniseftirlitsins.

Með bréfi, dags. 30. maí 2017, óskaði Tempra eftir að fá afhend afrit af öllum samskiptum sem Samkeppniseftirlitið hefur átt við fyrirtæki og stofnanir sem koma á beinan eða óbeinan hátt að þeim mörkuðum sem Tempra og Plastgerðin starfa á í tengslum við rannsókn á samrunanum. Þá óskaði félagið jafnframt eftir stuttum viðbótarfresti til að svara bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 26. maí 2017.

Með tölvupósti sama dag afhendi Samkeppniseftirlitið Tempru afrit af umbeðnum gögnum, án trúnaðarupplýsinga. Var einnig tilkynnt um að ekki væri unnt að verða við ósk um umbeðin frest vegna þess skamma frests sem eftir væri fyrir eftirlitið til að fjalla um

² [...] Fellt út vegna trúnaðar.

³ Fellt út vegna trúnaðar.



samrunann. Á hinn bóginn var samrunaaðilum veittur frestur til að koma að frekari athugasemdum við gögnin ef einhverjar væru, eigi síðar en fyrir kl. 16:00, 1. júní 2017.

Með tölvupósti, dags. 31. maí 2017, óskaði Tempra eftir framlengingu á fresti til kl. 13:00, 1. júní 2017, til að koma á framfæri athugasemdum við framangreint bréf Samkeppniseftirlitsins dags. 26. maí 2017. Veitti Samkeppniseftirlitið umbeðinn frest með tölvupósti samdægurs.

Þann 31. maí 2017 barst Samkeppniseftirlitinu tölvupóstur frá eigendum Plastgerðarinnar. Í tölvupóstinum voru gerðar athugasemdir við fyrrgreint bréf Samkeppniseftirlitsins, dags. 26. maí 2017.

Seinni andmæli Tempru bárust til Samkeppniseftirlitsins með bréfi, dags. 1. júní 2017. Í þeim færðu samrunaaðilar fram rök fyrir því mati sínu að framkvæmd samrunans muni ekki raska samkeppni að nokkru leyti.

Samkeppniseftirlitið hefur auk framangreinds átt í samskiptum við ýmsa aðila sem hagsmuna eiga að gæta vegna samrunans, þ. á m. keppinauta og viðskiptavini, og aflað hjá þeim upplýsinga og sjónarmiða við meðferð málsins.



II. Samruninn og aðilar hans

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

Í samrunaskránni kemur fram að í október árið 2015 hafi forsvarsmenn Tempru haft samband við eigendur Plastgerðarinnar með það í huga að kaupa fyrirtækið. Í kjölfarið hafi aðilar átt í óformlegum viðræðum í nokkurn tíma með löngum hléum inn á milli. Þann 15. ágúst 2016 undirrituðu aðilar síðan samning um helstu skilmála kaupanna og einkaviðræður. Kaupsamningur á milli aðila var síðar undirritaður þann 19. desember 2016.

Fram kemur að Tempra sé framleiðslu- og innflutningsfyrirtæki þar sem meginstarfsemin sé framleiðsla á húsaeinangrun, annars vegar, og umbúðum úr EPS (e. expanded polystyrene) frauðplasti, hins vegar. Fyrirtæki bjóði einnig upp á ýmsa innflutta fylgihluti til flutnings ferskra afurða sem og uppsetningar húsaeinangrunar.

Samkvæmt samrunaskrá er Plastgerðin framleiðslufyrirtæki sem framleiðir og markaðssetur umbúðir úr EPS til flutnings á ferskum matvælum. Einnig framleiði félagið og markaðssetji húsaeinangrun úr EPS til byggingaframkvæmda. Félagið reki rætur sínar aftur til ársins 1965 en þá hafi framleiðsla á frauðplasteinangrun hafist í Reykjanesbæ.

Í samrunaskránni segir að markmið Tempru með fyrirhuguðum samruna sé að ná fram betri nýtingu á starfskröftum og framleiðslubúnaði í þeim tilgangi að bæta framleiðsluna. Forsvarsmenn Tempru sjái einnig fyrir sér að fyrirhugaður samruni geti skilað sér í betri vörum með aukinni vörubrúun hjá stærra og öflugra fyrirtæki. Kröfur viðskiptavina fyrirtækisins um aukin gæði hafi aukist verulega á síðustu árum. Þar að auki hafi almenn vitund um umhverfisvæna nýtingu hráefna orðið til þess að fyrirtæki þurfi sífellt að leita leiða til að framleiða betri og hagkvæmari vöru.

Til að ná þessum markmiðum þurfi Tempra að stækka við sig enda kalli tækniframfarir við framleiðslu á plasti á dýrar fjárfestingar. Til að slíkar fjárfestingar borgi sig þurfi framleiðslumagn að ná a.m.k. tilteknu lágmarki. Með því að stækka eininguna telji forsvarsmenn félaganna að nýting framleiðslubúnaðar batni til muna, hráefni muni fást á betra verði og hægt sé að fylgja tækniframförum í auknum mæli.

Gangi fyrirætlanir Tempru með samrunanum eftir ætti slíkt að skila sér í betri vörum til viðskiptavina fyrirtækisins og betri þjónustu með aukinni framleiðslugetu. Tempra gerir einnig ráð fyrir að sú hagræðing sem samrunanum sé ætlað að ná fram muni skila sér í lækkuðu verði til viðskiptavina. Forsvarsmenn Tempru hafi um nokkurn tíma leitað leiða til að ná fram þessum markmiðum og eftir vandlega skoðun hafi þeir talið hentugustu leiðina vera að kaupa Plastgerðina, enda sé þannig hægt að nýta framleiðsluþætti sem byggðir hafi verið upp hjá fyrirtækinu. Forsvarsmenn Tempru telja það hagkvæmari kost



en að leggja í dýrar fjárfestingar tengdum kaupum á nýjum tækjum, þjálfun nýs starfsfólks o.s.frv.

Þá telja forsvarsmenn Tempru að með þessu verði einnig stuðlað að þjóðhagslegri hagkvæmni. [...] ⁴

Í samrunaskrá kemur fram að með kaupunum sé fyrirhugað að félögin verði sameinuð að fullu, í félagaréttarlegum skilningi. Fyrirhugað sé að Tempra verði yfirtökufélagið og Plastgerðin verði yfirtekna félagið.

Samkvæmt samrunaskrá er fyrirhugaður ávinningur samrunans að stækka framleiðslueiningu Tempru með það að markmiði að bæta gæði, þjónustu og lækka verð til viðskiptavina fyrirtækisins. Kröfur viðskiptavina hafi aukist verulega að undanfögnu en kröfurnar lúti meðal annars að sterkari og öruggari vörum, einkum þeim vörum sem nýta eigi til flutnings á ferskum fiski. Viðskiptavinir geri ríkari kröfur um að slíkar vörur varðveiti gæði fisksins betur en áður. Þá skipti afgreiðsluöryggi viðskiptavini miklu máli enda liggi fyrir að geymslutími fersks fisks sé takmarkaður.

Telja forsvarsmenn Tempru nauðsynlegt að bregðast við hinum auknu kröfum viðskiptavina með frekari vöruþróun og nýsköpun. Til að slíkar aðgerðir borgi sig þurfi framleiðslueining fyrirtækisins að vera að tiltekinni stærð og sé fyrirtækinu því í raun nauðsynlegt að stækka við starfsemi sína. Þá telja forsvarsmenn Tempru jafnframt að með stærri einingu sé unnt að ná fram umtalsverðri stærðarhagkvæmni með samnýtingu framleiðsluþátta og magninnkaupum á hráefni. Hráefniskaup séu stærsti kostnaðarliður fyrirtækjanna en unnt sé að ná slíkum kostnaði niður með stærri innkaupum.

Þá benda forsvarsmenn samrunaaðila á að þeir telji nauðsynlegt fyrir íslenska markaðsaðila að fjárfesta í frekari búnaði til að standast samkeppni við hátækniverksmiðjur erlendis og til að bregðast við kröfum viðskiptavina. Ljóst sé að slíkum fjárfestingum fylgi verulegur kostnaður. Að mati samrunaaðila muni samruninn koma í veg fyrir að bæði fyrirtækin þurfi að leggja út í þann kostnað sem fylgi slíkum fjárfestingum. Ljóst sé að slíkt væri þjóðhagslega óhagkvæmt og myndi óhjákvæmilega leiða til hærra verðs til neytenda á Íslandi. Þá benda samrunaaðilar jafnframt á að [...] ⁵

Forsvarsmenn Tempru telja að með samrunanum verði til öflug framleiðslueining sem muni geta staðið að öflugri vöruþróun og nýsköpun í plastiðnaðinum á Íslandi. Ef áætlanir aðila gangi eftir ætti framleiðslueiningin að geta skilað betri vörum til viðskiptavina sinna og veitt viðskiptavinum sínum betri þjónustu og lægra verð.

⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

⁵ Fellt út vegna trúnaðar.



III. Skilgreining markaða

Tilgangur þess að skilgreina markaði í samrunamálum er að greina á kerfisbundinn hátt það samkeppnislega aðhald sem hið sameinaða fyrirtæki býr við. Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgönguvöru eða þjónustu og staðgönguþjónustu. Hagfræðileg rök leiða til þess að skoða verður viðkomandi markaði út frá að minnsta kosti tveimur sjónarhornum. Annars vegar út frá vöru- eða þjónustumarkaðinum og hins vegar út frá landfræðilega markaðinum. Hafa ber þó í huga að markaðsskilgreiningar í samkeppnisrétti geta ekki orðið nákvæmar og eru aðeins notaðar til viðmiðunar, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í kafla 7 í viðauka I við reglur Samkeppniseftirlitsins nr. 684/2008 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum segir m.a. svo um skilgreiningu á vörumarkaði:

„Með viðkomandi vörumarkaði er átt við markað fyrir vörur og/eða þjónustu sem neytendur líta á sem staðgönguvörur eða staðgönguþjónustu vegna eiginleika sinna, verðs og áformaðrar notkunar. Markaður er sölusvæði vöru og staðgönguvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgönguþjónustu, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara og staðgönguþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geta komið í stað annarrar.

Meðal þátta, sem skipta máli við mat á viðkomandi markaði, er greining á því hvers vegna viðkomandi vara eða þjónusta tilheyrir þessum markaði og hvers vegna önnur vara eða þjónusta tilheyrir honum ekki samkvæmt framangreindri skilgreiningu og með hliðsjón af, meðal annars, hvort varan eða þjónustan nýtist sem staðgönguvara eða staðgönguþjónusta, samkeppnisstöðu, verði, verðsveiflum vegna eftirspurnar eða öðrum þáttum sem máli skipta við skilgreiningu á markaðnum.“

Í reglunum er landfræðilegur markaður skilgreindur svo:

„Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og/eða eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum.

Meðal þátta sem skipta máli við mat á viðkomandi landfræðilegum markaði eru eðli og einkenni viðkomandi vöru eða þjónustu, hugsanlegar aðgangshindranir eða neytendavenjur, greinilegur munur á markaðshlutdeild fyrirtækja á þessu svæði og aðliggjandi svæðum eða verulegur verðmunur.“



Tilgangur þess að skilgreina viðkomandi markað í samrunamálum er að finna það svið viðskipta sem samruninn hefur áhrif á.⁶ Með markaðsskilgreiningunni er leitast við að afmarka hvar samkeppni milli fyrirtækja á sér stað. Með því að afmarka markaðinn bæði með hliðsjón af þeirri vöru eða þjónustu sem seld er á markaðnum og með tilliti til landfræðilegra aðstæðna er reynt að greina þá keppinauta samrunaaðila á markaðnum sem í raun geta sett hegðun samrunaaðilanna skorður og komið í veg fyrir að þeir hegði sér óháð virkum þrýstingi sem samkeppni af hálfu keppinauta getur veitt.⁷

Með því að skilgreina viðkomandi markað er hægt að meta markaðshlutdeild og taka afstöðu til annarra atriða sem hafa þýðingu við mat á því hvort samruni raski samkeppni eða ekki. Almennt má segja að eftirspurnarstaðganga skipti mestu máli fyrir skilgreiningu markaða. Með því er vísað til þess hvaða vörur eða þjónustu viðskiptavinir sjái sem staðkvæmdarvörur eða –þjónustu, þ.e. sem geti svarað eftirspurn viðskiptavina í stað þess sem samrunaaðilar bjóða. Þá getur framboðsstaðganga einnig haft þýðingu við mat á þeim mörkuðum sem máli skipta. Er með því vísað til þess hversu auðvelt og fljótt fyrirtæki eiga með að breyta þjónustu sinni eða framleiðslu og laga hana þannig að þörfum markaðarins án verulegs aukakostnaðar.⁸ Þegar slíkt á við, þrýstir þessi nýja framleiðsla eða þjónusta á samkeppnishegðun þeirra fyrirtækja sem fyrir eru á markaðnum. Þessi áhrif eru sambærileg við áhrifin af eftirspurnarstaðgöngu.⁹ Skammur tími í þessum skilningi er tími sem dugir ekki til að leggja út í umtalsverðar breytingar á t.d. fastafjármunum eða óáþreifanlegum eignum, svo sem þekkingargrunni fyrirtækisins. Möguleg samkeppni, þ.e.a.s. ógnin sem aðilum á markaði getur stafað af því að nýir aðilar komi inn á markaðinn, er ekki tekin með í reikninginn þegar markaðir eru skilgreindir. Venjulega er því aðeins fjallað um mögulega samkeppni í málum af þessu tagi að búið sé að fjalla um þá aðila sem fyrir eru á markaðnum og staðan á markaðnum vekur áhyggjur samkeppnisyrvalda.¹⁰ Nánar er fjallað um möguleika nýrra keppinauta á því að komast inn á markaðinn og aðgangshindranir hér að neðan.

Í næstu tveimur undirköflum verður fjallað um skilgreiningu markaða þessa máls, annars vegar vörumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn. Í upphafi hvors kafla er gerð grein fyrir sjónarmiðum samrunaaðila.

⁶ Þessi tilgangur með markaðsskilgreiningu er víðast hvar lagður til grundvallar í samkeppnisrétti. Í ECS/AKZO málinu, OJ 1985 L374/1 lýsti framkvæmdastjórn ESB því t.a.m. yfir að: „*the object of market delineation is to define the area of commerce in which the conditions of competition and the market power of the dominant firm is to be assessed.*” Sjá hér einnig Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law [1998] 4 C.M.L.R 177: „*Market definition is a tool to identify and define the boundaries of competition between firms. ... The objective of defining a market in both its product and geographic dimensions is to identify those actual competitors of the undertakings involved that are capable of constraining those undertakings behaviour and of preventing them from behaving independently of effective competitive pressure.*”

⁷ Sjá m.a. tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður (98/EES/28/01) mgr. 2.

⁸ Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, birt í OJ C 372 þann 9.12.1997, kafli II.

⁹ Sjá nánar: Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03), mgr. 20 - 23

¹⁰ Sjá nánar: Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03), mgr. 24.



1. Vörumarkaður

Í andmælaskjali setti Samkeppniseftirlitið fram frummat sitt á skilgreiningu markaða þessa máls. Var það frummat eftirlitsins að áhrifa samrunans myndi gæta á tveimur eftirfarandi vörumörkuðum:

- Markaður fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum sem að langmestu leyti eru notaðir við flutning á ferskum fiskafurðum í flugi.
- Markaður fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun.

Samrunaaðilar hafa í samrunatilkynningu og í athugasemdum við andmælaskjalið sett fram sjónarmið um markaði málsins.

1.1 Sjónarmið samrunaaðila

Í samrunaskrá kemur fram að samrunaaðilar telji að áhrifa samrunans gæti einkum á heildarmarkaði fyrir endursölu á umbúðum en sá markaður hafi verið skilgreindur í fyrri ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins, s.s. ákvörðun nr. 23/2016, *Samruni Samhentra kassagerðar hf. og Frjó Umbúðasölnunnar ehf.*, og ákvörðun nr. 27/2012, *Samruni Kvosar ehf. og Plastprents ehf.* Samrunaaðilar telja ekki þörf á að greina markaðinn niður í undirmarkaði þó greina megi á milli markaðar fyrir umbúðir úr bylgjupappa annars vegar og markaðar fyrir umbúðir úr öskjuefni hins vegar. Samhengisins vegna fjalla samrunaaðilar þó einnig um markaðinn fyrir frauðplastvörur í samrunaskrá.

Báðir samrunaaðilar framleiða vörur úr frauðplasti, annars vegar umbúðir fyrir matvælaíðnað, fyrst og fremst í tengslum við útflutning á ferskum fiski, og hins vegar einangrunarplast fyrir byggingariðnað. Tempra flytur auk þess inn og selur ýmsar stoðvörur fyrir frauðplastumbúðir og húsaeinangrun úr krossbundnu frauðplasti, svokölluðu XPS.

Samrunaaðilar telja að samkeppnislegra áhrifa samrunans muni fyrst og fremst gæta á heildarmarkaðnum fyrir endursölu á umbúðum, og þá einkum umbúðum undir matvæli hvers konar sem seldar eru til iðnfyrirtækja, s.s. sjávarútvegsfyrirtækja, matvælaframleiðenda o.fl., sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 23/2016. Þá telja samrunaaðilar að taka verði tillit til þess samkeppnislega aðhalds sem markaðurinn búi við frá fyrirtækjum sem stundi beinan innflutning á vörum til eigin nota.

Að mati samrunaaðila sé ljóst að á markaði umbúða til fiskútflutnings sé staðganga á milli kassa úr frauðplasti og annarra umbúða, þar sem frauðplastkassar geti komið í stað annarra umbúða og öfugt. Í dæmaskyni megi nefna að við útflutning á ferskum fiski séu notaðir kassar úr bylgjuplasti, lofttæmdar umbúðir, fjölnota fiskikassar og fiskikör. Í þessu samhengi áréttu samrunaaðilar að í samkeppnisrétti sé við skilgreiningu markaða horft til allra vara sem kaupendur líti á sem staðgönguvörur vegna eiginleika þeirra, verðs og áformaðrar notkunar. Að mati samrunaaðila ríki almennt mikil samkeppni á markaðnum.

Þá telja samrunaaðilar að áhrifa samrunans muni jafnframt gæta á markaði fyrir einangrun húsa. Í samrunaskrá er bent á, hvað varðar framleiðslu frauðplasts til húsaeinangrunar, að á þeim markaði megi finna ýmsar staðgönguvörur. Þar megi m.a. nefna steinull sem framleidd sé héraendis. Að mati samrunaaðila eru steinull og önnur



einangrunarefni, eins og plasteinangrun og glerull, staðgönguvörur. Í því samhengi er vísað í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2002, *Kaup Byko hf., Húsasmiðjunnar hf. og Kaupfélags Skagfirðinga svf. á hlutum í Steinullarverksmiðjunni hf.*, sbr. einnig ákvörðun samkeppnisráðs nr. 36/1995, *Kvörtun Þýsk-Íslenska yfir meintri sölusynjun Steinullarverksmiðjunnar hf.* Að mati samrunaaðila er markaðurinn einangrun húsa líkt og fram kom í áðurnefndum ákvörðunum samkeppnisráðs.

Samrunaaðilar telja að Samkeppniseftirlitið skilgreini markaðinn of þröngt. Í öllu falli geti samkeppnisstaða Tempru ekki talist jafn sterk og eftirlitið meti hana í andmælskjali. Er því mótmælt að ekki sé tekið tillit til þess að einungis 1/3 af heildarútflutningi á ferskum fiski fari í flug en 2/3 í skip þar sem öflug kælikerfi séu til staðar. Því sé ekki tekið nægt tillit til þess hvaða umbúðir eru nýttar til útflutnings á ferskum fiski í heild. Telja samrunaaðilar að við skilgreiningu markaða sé ótækt annað en að telja saman allan útflutning á ferskum fiski. Byggja samrunaaðilar á því að fiskframleiðendur og útflutningsaðilar séu sífellt í leit að þeirri söluaðferð sem gefi best af sér. Óumdeilanlegt sé að aðrar pakkningar en frauðplastkassar séu nothæfar við pakkningar á ferskum fiski í þeim tilgangi. Jafnframt benda samrunaaðilar á að stöðugt sé til umhugsunar fyrir framleiðendur og útflutningsaðila hvort hagkvæmara sé að vinna fiskinn á Íslandi eða utan landsteinanna. Það sé því raunverulegt hagsmunamat hverju sinni hvort hagkvæmara geti reynst að flytja fiskinn út óunninn og þá á sem mögulega ódýrasta máta eftir því sem aðstæður gefi tilefni til. Komi því til skoðunar allar nýtanlegar umbúðir við flutning á ferskum fiski.

Þá vísa samrunaaðilar til skýrslu Matís um útflutning fisks með flugi samanborið við skipaflutninga.¹¹ Á skýringarmynd í skýrslunni (bls. 49) sjáist glögglega að flutningar á ferskum fiskiflökum og bitum í skipum séu að aukast mikið samhliða því að flugið standi meira í stað. Telja samrunaaðilar að af þessu megi slá því föstu að skipaflutningar séu jafnt og þétt að taka hlutdeild af fluginu við útflutning fersks fisks. Þá séu skipaflutningar sífellt að verða samkeppnishæfari kostur hvað varði flutningstíma og að þess finnist dæmi að fiskur fluttur með skipum geti verið kominn á markað aðeins tveimur sólahringum eftir að hann er settur á skip. Sérstaða og kostir flugfisks séu því hverfandi, líkt og markaðsþróunin sýni glögglega. Samrunaaðilar telji því rétt að skoða allan útflutning á ferskum fiski en ekki skipta niður á flug og skip. Fyrir því séu ekki forsendur og útflutningsaðilar að nota fleiri en eina vörutegund og sé því um staðgönguvörur að ræða.

Hvað markað fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun varðar telja samrunaaðilar skilgreiningu Samkeppniseftirlitsins einnig vera of þrönga. Samrunaaðilar telja ekki ástæðu til að víkja frá fyrri skilgreiningum Samkeppniseftirlitsins og forrennara þess, sbr. ákvarðanir nr. 19/2002 og 36/1995. Í fyrrnefndu ákvörðuninni segir:

„Að mati samkeppnisráðs hafa aðstæður á einangrunarmarkaði ekki breyst með þeim hætti að ástæða sé til að breyta fyrri skilgreiningu ráðsins á þeim markaði og verður því stuðst við sömu skilgreiningu í þessu máli.“

¹¹ Sjá Matís ohf., *Ferskiskibókin*, 2015, 42, 44-47. http://www.matis.is/media/frettir/Ferskiskibokin_v.2.pdf.



Sú markaðsskilgreining sem vísað er til er að finna í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 36/1995, *Kvörtun Þýsk-Íslenska yfir meintri sölusynjun Steinullarverksmiðjunnar hf.*, þar sem samkeppnisráð komst að þeirri niðurstöðu að vörumarkaðurinn væri efni til einangrunar húsa, þ.e. a.m.k. steinull, glerull og frauðplast. Að mati samrunaaðila er staðan óbreytt.

Samrunaaðilar telja að alltof víðtækar ályktanir séu dregnar af verðmun á innkaupsverði steinullar annars vegar og plasteinangrunar hins vegar. Samrunaaðilar telja þá aðferðarfræði ranga að einblína á innkaupsverð, enda sé verið að meta eftirspurnarstaðgöngu. Samrunaaðilar leggja því áherslu á að metið verði útsöluverð, enda ráði það verð því hvort endanotandi kaupir vöru A eða vöru B.

Samrunaaðilar telja að öll röksemdafærsla Samkeppniseftirlitsins bendi til þess að um of hafi verið stokkið á ályktanir án þess að fyrir þeim væru fullnægjandi forsendur. Varðandi staðhæfingar um mismunandi eiginleika frauðplasts og steinullar til einangrunar vísa samrunaaðilar einfaldlega til þess að steinull geti í öllum tilfellum komið í stað plasts. Frauðplastið geti svo í mörgum tilvikum komið í stað steinullarinnar en þó ekki öllum.

Þá byggja samrunaaðilar jafnframt á því að frá því að Steinullarverksmiðjan hóf störf þann 1985 hafi frauðplastverksmiðjum sem starfræktar hafi verið um landið allt fækkað umtalsvert. Í ljósi þess gangi fullyrðingar Samkeppniseftirlitsins um enga staðgöngu á milli frauðplasts og steinullar því illa upp.

Eftir því sem við á verður fjallað frekar um einstakar athugasemdir samrunaaðila um markaðsskilgreiningu eftirlitsins í umfjöllun hér að neðan.

1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Samruni þessa máls hefur að megin stefnu áhrif á markaðinn fyrir framleiðslu og sölu á vörum úr svokölluðu EPS (expanded polystyrene) frauðplasti að mati Samkeppniseftirlitsins. Er annars vegar um að ræða frauðplastkassa og hins vegar frauðplasteinangrun. Eru þetta helstu framleiðsluvörur beggja samrunaaðila og það er í framleiðslu þessara vara þar sem samlegðaráhrifa vegna samrunans gætir. Samkeppniseftirlitið telur því að í máli þessu þurfi að taka til skoðunar þessar tvær framleiðsluvörur og leggja mat á hvort þær tilheyri hvor um sig sérstökum vörumarkaði eða séu hluti af víðari vörumörkuðum þar sem um svipaðar vörutegundir (umbúðir/húsaeinangrun) er að ræða en framleiddar úr ólíkum hráefnum.

Þannig telur Samkeppniseftirlitið rétt að leggja á það mat í máli þessu hvort í fyrsta lagi frauðplastkassar tilheyri sérstökum vörumarkaði eða hvort staðganga sé á milli slíkra kassa og annarra umbúða sem framleiddar eru t.d. úr bylgjuplasti. Í annan stað telur eftirlitið að taka þurfi til skoðunar hvort frauðplasteinangrun sé sérstakur undirmarkaður á markaði fyrir húsaeinangrun eða hvort staðganga sé á milli slíkrar einangrunar annars vegar og t.a.m. steinullar hins vegar. Verður nú vikið að þeim vörumörkuðum sem hér eiga við.

1.2.1 Frauðplastkassar

Megin starfsemi beggja samrunaaðila felst í framleiðslu á frauðplastkössum sem aðallega eru notaðir til að flytja út ferskan fisk. Hafa samrunaaðilar haldið því fram að aðrar



umbúðir sem einnig eru notaðar til að flytja út ferskan fisk, s.s. svokallaðir bylgjuplastkassar og fiskikör geti komið í stað frauðplastkassa og að staðganga sé því á milli þessara umbúða.

Til að kanna nánar staðgöngu á milli umræddra tegunda umbúða sem notaðar eru til að flytja út ferskan fisk hefur Samkeppniseftirlitið aflað margvíslegra upplýsinga frá aðilum markaðarins, þ.e. samrunaaðilum sjálfum, keppinautum þeirra, viðskiptavinum og flutningafyrirtækjum. Í upphafi rannsóknar beindist athugun Samkeppniseftirlitsins aðallega að því að meta hvort möguleikar væru á að nota aðrar tegundir umbúða en frauðplastkassa til að flytja ferskan fisk í flugi, þá mögulega bylgjuplastkassa. Verður gerð grein fyrir því í undirkafla 1.2.1.1 auk þess sem fjallað verður einnig í þeim hluta um rannsóknir sem gerðar hafa verið á einangrunargildi mismunandi tegunda umbúða. Í svörum samrunaaðila við andmælaskjal í málinu gerðu þeir hins vegar athugasemdir við að ekki hefði verið könnuð staðganga á milli frauðplastkassa annars vegar og m.a. fiskikara hins vegar þegar ferskur fiskur væri fluttur út í skipum. Ráðist var því í frekari rannsókn á síðari stigum málsins og þá einkum til að kanna mögulega staðgöngu mismunandi tegunda umbúða við flutninga á ferskum fiski í skipum. Einnig var könnuð nánar möguleg staðganga umbúða í flugflutningum. Verður fjallað um þetta í undirkafla 1.2.1.2. Þá verður í undirkafla 1.2.1.3 fjallað um niðurstöður svokallaðs SNIP prófs og loks í undirkafla 1.2.1.4 tekin saman niðurstaða um skilgreiningu þess vörumarkaðar sem frauðplastkassar tilheyra.

1.2.1.1 Notkun frauðplastkassa við flutninga á ferskum fisk í flugi – fyrri athugun Líkt og samrunaaðilar benda á hefur Samkeppniseftirlitið í fyrri ákvörðunum fjallað um umbúðamarkaðinn. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 27/2012, *Samruni Kvosar ehf. og Plastprents ehf.* komst eftirlitið að þeirri niðurstöðu að greina mætti á milli markaðar fyrir umbúðir úr bylgjupappa (e. *corrugated cases*) annars vegar og markaðar fyrir umbúðir úr öskjuefni (e. *folding carton*) hins vegar. Því til stuðnings var meðal annars vísað til þess að umbúðir úr bylgjupappa væru þykkari og sterkari en umbúðir úr öskjuefni. Þá væru umbúðir úr bylgjupappa almennt notaðar fyrir flutninga og utan um brothættar vörur, ólíkt vörum í neytendaumbúðum. Í framangreindri ákvörðun var markaðurinn fyrir mjúkar plastumbúðir, s.s. hvers kyns filmur, arkir og pokar sem framleidd eru úr mjúku plasti, jafnframt skilgreindur sem sérstakur undirmarkaður.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 23/2016, *Samruni Samhentra kassagerðar hf. og Frjó Umbúðasölnnar ehf.*, var það mat eftirlitsins að áhrifa þess samruna gætti fyrst og fremst á heildarmarkaðnum fyrir endursölu á umbúðum, og þá einkum umbúðum undir matvæli hvers konar sem seldar eru til iðnfyrirtækja, s.s. sjávarútvegsfyrirtækja, matvælaframleiðenda o.fl. Í ákvörðuninni kom fram að þó greina mætti heildarmarkaðinn niður í undirmarkaði og að í öðrum málum kynnu mögulega að vera forsendur til að skipta heildarmarkaðnum niður í enn fleiri undirmarkaði, væri slíkt ekki nauðsynlegt eins og atvikum þess máls var háttáð.¹²

¹² Þá hefur framkvæmdarstjórn Evrópusambandsins jafnframt byggt á því í ákvörðunum sínum að umbúðamarkaðurinn skiptist niður í nokkra undirmarkaði. Sjá ákvörðun framkvæmdarstjórnarinnar í máli nr. M.1656 HUHTAMÄKI OYJ/PACKAGING INDUSTRIES VAN LEER: „The Commission has found in a number of previous decisions that the European packaging industry is divided into several markets based on a combination of the packaging material and the use made of the packaging product.“



Samrunaaðilar starfa sem fyrr segir báðir við framleiðslu og sölu á frauðplastkössum. Samkvæmt upplýsingum á heimasíðu Plastgerðarinnar fer framleiðslan þannig fram að forþöndu efni er „sprautað“ inn í mót í sérstökum vélum. Gufu, kælingu og lofttæmi er síðan beitt til þess að forma samlímdar kúlurnar í mótinu. Þær taka þá það form sem mótið myndar. Þessi form geta verið kassar, bakkar, stoðpakkningar, plattar eða næstum hvað sem er. EPS er 98% loft og einungis 2% plast. Því eru EPS umbúðakassar ákaflega léttir miðað við það rúmmál eða þyngd sem þeim er ætlað að halda. Kassarnir eru ákaflega einangrandi og halda köldu, eða heitu við kjörhitastig mun lengur en t.d. pappaubúðir.¹³

Fyrirtækin selja bæði alla sína framleiðslu á frauðplastkössum beint til viðskiptavina en ekki til endursöluaðila. Helstu viðskiptavinir félaganna eru ýmis sjávarútvegsfyrirtæki. Báðir samrunaaðilar selja jafnframt ýmsa stoðvöru með frauðplastkössunum, s.s. ísmottur og poka. Þá framleiðir systurfélag Tempru, Sæplast Iceland ehf., umbúðaker. Að öðru leyti selja samrunaaðilar ekki aðrar tegundir umbúða.

Eins og vikið hefur verið að hér að framan halda samrunaaðilar því fram að frauðplastkassar séu í samkeppni við aðrar tegundir umbúða eins og t.d. kassa úr bylgjuplast, lofttæmdar umbúðir, fjölnota fiskikassa og fiskikör. Til að kanna þetta nánar og leggja mat á hvort staðganga væri á milli frauðplastkassa annars vegar og t.d. annarra nefndra tegunda umbúða hins vegar aflaði Samkeppniseftirlitið í upphafi sjónarmiða og upplýsinga frá viðskiptavinum samrunaaðila á þessu sviði. Eins og fyrr segir eru það aðallega sjávarútvegsfyrirtæki sem kaupa frauðplastkassa fyrir ferskar fiskafurðir til útflutnings.

Í fyrsta lagi óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá fyrirtækjunum um það í hvaða tilgangi þær vörur er viðkomandi fyrirtæki keyptu af samrunaaðilum væru notaðar. Í því samhengi var spurt hvaða eiginleikar vörunnar skiptu mestu máli. Þá óskaði Samkeppniseftirlitið jafnframt upplýsinga um hvort unnt væri að nota aðrar tegundir umbúða í sama tilgangi og frauðplastkassa.

Í þeim svörum er bærust Samkeppniseftirlitinu kom fram að viðskiptavinir samrunaaðila noti frauðplastkassa fyrst og fremst til að flytja ferskan fisk á erlenda markaði. Nefndu flestir að sá eiginleiki umbúðanna sem skipti mestu máli væri mikil einangrun. Um mögulegar staðgönguvörur fyrir frauðplastkassa nefndu nokkrir umsagnaraðilar að mögulegt væri að nota bylgjuplastkassa í stað frauðplastkassa. Flestir umsagnaraðilar töldu þó að slíkir kassar gætu ekki komið í stað frauðplastkassa nema að litlu leyti, þar sem þeir einangri ekki jafn vel og frauðplastkassar. Þannig töldu þónokkrir umsagnaraðilar að yfirleitt væru engar aðrar tegundir umbúða sem unnt væri að nota í stað frauðplastkassa. Í þessu samhengi voru nefndar kröfur þeirra viðskiptavina til gæða og einangrunargildis umbúða. Þá bentu sumir umsagnaraðilar á að aðrar tegundir umbúða en frauðplastkassar væru óhentugar við flutning á ferskum sjávarafurðum með flugi.

¹³ Sjá heimasíðu Plastgerðarinnar: http://ps.is/index.php?option=com_content&view=article&id=13&Itemid=107. (Síða heimsótt þann 30. maí 2017)



Með hliðsjón af þessu er að mati Samkeppniseftirlitsins ljóst að helstu viðskiptavinir samrunaaðila sem kaupa frauðplastkassa telja tæpast möguleika á að nota aðrar tegundir af umbúðum sem staðgönguvöru. Virðist einangrunargildi frauðplastkassanna skipta þar mestu máli sem leiðir til þess að gæði og ferskleiki vörunnar sem í umbúðirnar fer (aðallega fersks fisks) varðveitist betur.

Eftirlitið telur að þetta mat viðskiptavina sé í samræmi við það sem segir í samrunaskrá um kröfu viðskiptavina til gæða frauðplastkassa. Þar segir orðrétt:

„Kröfur viðskiptavina hafa aukist verulega að undanfögnu en kröfurnar lúta meðal annars að sterkari og öruggari vörum, einkum vörur sem nýta á til flutnings á ferskum fiski. Viðskiptavinir gera ríkari kröfur um að slíkar vörur varðveiti gæði fisksins betur en áður. Þá skiptir afgreiðsluöryggi viðskiptavini miklu máli enda liggur fyrir að geymslutími fersks fisk[s] er takmarkaður.“

Miðað við svör viðskiptavina sem hefur verið gerð grein fyrir hér að framan má ætla að tæplega geti aðrar umbúðir en frauðplastkassar „varðveitt gæði fisksins betur“.

Af sjónarmiðum samrunaaðila og viðskiptavina má ætla að það séu helst svokallaðir bylgjuplastkassar sem mögulega geti komið til álita sem umbúðir fyrir ferskan fisk aðrar en frauðplastkassar. Er því rétt að taka til nánari skoðunar hvort staðganga sé á milli frauðplastkassa annars vegar og bylgjuplastkassa hins vegar.

Í þessu sambandi vísar Samkeppniseftirlitið í fyrsta lagi til umfjöllunar á heimasíðu Tempru um eiginleika frauðplastkassa. Þar kemur fram að samanburður á einangrunargildi frauðplastkassa og bylgjuplastkassa sýni „ótvírætt fram á yfirburði frauðplasts“. ¹⁴ Þar er vísað til rannsóknar sem gerð var á einangrunargildi frauðplastkassa annars vegar og bylgjuplastkassa hins vegar. ¹⁵ Í niðurstöðum skýrslunnar segir m.a.:

„Applying frozen ice packs in fish boxes reduces the impact of temperature abuse on fresh fish fillets.“

Insulating performance of expanded polystyrene is significantly better than of corrugated plastic. The difference in insulating performance between the two packaging types is exaggerated when ice packs are used.

Insulating properties of the expanded polystyrene boxes makes this type of packaging more suitable for the case of chilled chains with insufficient control. However, since the corrugated plastic boxes are less insulating, they offer more rapid cooling of the product inside the box.“

¹⁴ Sjá á heimasíðu Tempru: http://www.tempra.is/is/page/umbudir_1. (Síða heimsótt 30. maí 2017.)

¹⁵ Margeirsson, B., Gospavic, R., Pálsson, H., Arason, S., Popov, V. 2011. Experimental and numerical modelling comparison of thermal performance of expanded polystyrene and corrugated plastic packaging for fresh fish. International Journal of Refrigeration 34(2):573-585. <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0140700710002252>



Samkeppniseftirlitið vísar einnig til skýrslu Matis ohf. sem gefin var út í janúar 2009 *Thermal Performance of Corrugated Plastic Boxes and Expanded Polystyrene Boxes*. Í skýrslunni er fjallað um tilraunir sem gerðar voru á einangrunargildi bylgjuplastkassa og frauðplastkassa. Í ágripi skýrslunnar kemur eftirfarandi fram:

„Breytilegu hitastigi umhverfis þakningarnar var stýrt í tilraunakæliklefum og fylgst með hitaþróun utan og innan þakninga með hitasíritum. Bæði stakir kassar og heil bretti af kössum voru rannsökuð sem og kæligeta ísmotta, sem stundum eru settar efst í kassa fyrir flutning frá framleiðanda til kaupanda. [...] Tilraunir með fullstaflað bretti af fiskikössum (u.þ.b. 300 kg. á bretti) sýndu að meðalhitahækkun flaka getur verið tvöföld fyrir bylgjuplastkassa m.v. frauðplastkassa, að því gefnu að loftið umhverfis sé 10°C heitt og á töluverðri hreyfingu.“¹⁶

Með hliðsjón af niðurstöðum þessara rannsókna/skýrslna er ljóst að frauðplastkassar (expanded polystyrene) hafa betra einangrunargildi (insulating performance) og henta því betur til flutninga á kælivörum þar sem ekki eru öflug kælikerfi fyrir. Þar sem bylgjuplastkassar (corrugated plastic) hafa minna einangrunargildi er hins vegar möguleiki á fljótari kælingu.

Í Ferskfiskbók Matis sem gefin var út árið 2015 er fjallað um vinnslu, þökkun og flutning á ferskum fiskafurðum. Í ritinu kemur fram að rannsóknir sýni að hitastig í sjóflutningum sé mun stöðugra en í flugflutningum. Þar af leiðandi séu bylgjuplastkassar raunhæfur kostur við flutning á ferskum fiski í kæligámum í skipum þar sem hitastig sé stöðugt allan tímann og góð stjórn sé á allri kælikeðjunni. Aftur á móti hafi rannsóknir sýnt að ekki sé góð stýring á umhverfishita í ferskfiskflutningum með flugi. Vegna þessa sé mikilvægt að nota einangrandi umbúðir þegar hætta sé á háum umhverfishita eins og við flutning með flugvélum.¹⁷

Við rannsókn málsins aflaði Samkeppniseftirlitið ennfremur upplýsinga frá þeim flutningafyrirtækjum sem aðallega og nær eingöngu sinna fraktflugi með ferskan fisk frá Íslandi. Um er að ræða:

- Icelandair Cargo ehf. (dótturfélag Icelandair Group hf.) sem er langstærsti flytjandi á ferskum fiski í flugi.
- Cargo Express ehf. sem annast sölu á flutningarými í flugvélum WOW Air ehf., Norwegian og fleiri flugfélögum sem sinna áætlunarflugi til og frá Íslandi.
- Bláfugl ehf. en það félag sinnir fraktflugi á milli Íslands og Dublin á Írlandi og Liège í Belgíu.

Óskaði Samkeppniseftirlitið meðal annars upplýsinga um þær tegundir umbúða sem notaðar væru við flutning á ferskum fiskflökum annars vegar og heilum ferskum fisk hins vegar, s.s. hvort um væri að ræða frauðplastkassa, bylgjuplastkassa eða aðrar umbúðir. Ef fyrir lægju upplýsingar eða áætlun um vægi umbúða eða hvaða umbúðir væru notaðar

¹⁶ [http://www.matis.is/media/matis/utgafa/01_09-Thermal-Performance-of-Corrugated-Plastic-boxes-and-Expanded-Polystyrene-Boxes\(0\).pdf](http://www.matis.is/media/matis/utgafa/01_09-Thermal-Performance-of-Corrugated-Plastic-boxes-and-Expanded-Polystyrene-Boxes(0).pdf)

¹⁷ Sjá Matis ohf., Ferskfiskbókin, 2015, 42, 44-47. http://www.matis.is/media/frettir/Ferskfiskbokin_v.2.pdf.



fyrir hvorn nefndan flokk af ferskum fiski var beðið um upplýsingar þar um. Sérstaklega var óskað upplýsinga um hvaða umbúðir væru notaðar við flutning á ferskum eldisfiski.

Í svörum frá Icelandair Cargo kom fram að eðli flutninga á ferskum fiski með flugi væri með þeim hætti að umbúðir verði að vera búnar ákveðnum eiginleikum. Umbúðirnar þurfi að hafa hátt einangrunargildi vegna brotinnar kælikeðju, vera mjög léttar til að tryggja lágmarks brúttóþyngd við flutning, þola hleðsluálag hvað styrk varðar og vera vel lekaheldar. Icelandair Cargo skrái ekki hjá sér hvaða umbúðir séu notaðar við flutninga á ferskum fiski. Aftur á móti sé það mat þeirra sem þekkja til innan félagsins að eingöngu sé notast við frauðplastkassa þegar ferskur fiskur sé fluttur með flugi. Icelandair Cargo hafi í einhverjum tilfellum tekið við og flutt ferskan fisk í bylgjuplasti en hitaeinangrun þess hafi reynst umtalsvert lakari. Bylgjuplast sé því ekki fýsilegur kostur í flutningi á ferskum fiski að mati félagsins. Frauðplast sé að svo stöddu eini raunhæfi kosturinn að mati Icelandair Cargo þegar flutningur á ferskum fiski er annars vegar.

Í svörum frá Cargo Express ehf. kom fram að allur fiskur sem fluttur sé með félaginu sé í frauðplastkössum í mismunandi stærðum.

Í svörum frá Bluebird Cargo kom fram að eftir þeirra bestu vitund kæmi allur fiskur til þeirra í frauðplastkössum. Það sé þó ekki krafa af hálfu félagsins. Einu kröfurnar sem félagið setji fram sem farmflytjandi séu að kassarnir séu vatnsheldir og nægilega sterkbyggðir til að þola það átak sem getur myndast við flutningana.

Með hliðsjón að framangreindu er það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki sé staðganga á milli frauðplastkassa annars vegar og bylgjuplastkassa eða annarra umbúða sem kunna að vera notaðar hins vegar í flutningum á ferskum fiski í flutningum með flugi. Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að frauðplastkassar hafi ótvíræða sérstöðu í slíkum flutningum. Þetta sýna rannsóknir sem samrunaaðilar sjálfir vísa í sem og þeirra eigin yfirlýsingar. Sjónarmið og upplýsingar frá viðskiptavinum (sjávarútvegsfyrirtækjum) auk framangreindra flutningafyrirtækja styðja þessa niðurstöðu eftirlitsins.

1.2.1.2 Notkun frauðplastkassa við flutninga á ferskum fisk í skipum – síðari athugun

Hér að framan hefur aðallega verið fjallað um umbúðir sem notaðar eru við flutninga á ferskum fiski í flugi og frauðplastkassar eru aðallega notaðir og möguleikum á að nota aðrar umbúðir (einkum bylgjuplastkassa) í slíkum flutningum. Líkt og áður greinir þá settu samrunaaðilar fram sjónarmið um að rétt væri að Samkeppniseftirlitið myndi skoða notkun umbúða á markaði fyrir útflutning á ferskum fisk í heild sinni og jafnvel á markaði fyrir útflutning á öðrum matvælum. Ferskur fiskur væri einnig fluttur í skipum og þá ekki aðeins í frauðplastkössum og algengt væri að kör væru notuð til flytja út ferskan fisk með skipum.

Vegna þessara athugasemda samrunaaðila ákvað Samkeppniseftirlitið að afla frekari upplýsinga um þær aðferðir sem notaðar væru til að flytja ferskan fisk og þá einkum með skipum. Þá kom fram við athugun málsins að flutningsaðferðir væru mismunandi eftir því hvort um villtan fisk væri að ræða eða eldisfisk. Nánari upplýsinga til að meta staðgöngu flutninga með frauðplastkössum annars vegar og annarra umbúða hins vegar, einkum fiskikara, hefur verið aflað frá Tollstjóra, útflytjendum ferskra sjávarafurða og



flutningafyrirtækjum sem sinna útflutningi á ferskum fiski, bæði skipafélögum og flugflutningafyrirtækjum (sem reyndar hefur verið vikið að hér að framan).

Sem fyrr segir getur notkun umbúða til að flytja út ferskan fisk verið breytileg eftir því hvernig fiskurinn er unninn, þ.e. hvort um sé að ræða ferskan heilan fisk (hausaðan) eða unnin fisk, þá aðallega fiskflök. Einnig getur skipt máli hvort um sé að ræða villtan fisk veiddan úr sjó við mið landsins eða eldisfisk. Til að greina nánar vægi útflutnings á ferskum fiski eftir þessum flokkum sem og flutningsaðferðum aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá Tollstjóra. Var óskað eftir að útflutningur yrði sundurliðaður eftir þessum flokkum fyrir árin 2015 og 2016. Koma þessar upplýsingar fram í eftirfarandi töflu.

Tafla 1. Heildarútflutningur á ferskum fiski árin 2015 og 2016 (nettó þyngd í tonnum)

		2015		2016	
A.	Villtur fiskur - fersk fiskflök – flug	[...]	[25-30]%	[...]	[25-30]%
B.	Villtur fiskur - ferskur fiskur – heill – flug	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
C.	Villtur fiskur - fersk fiskflök – skip	[...]	[25-30%]	[...]	[20-25]%
D.	Villtur fiskur - ferskur fiskur – heill – skip	[...]	[40-45]%	[...]	[45-50]%
E.	Eldisfiskur - fersk fiskflök – flug	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
F.	Eldisfiskur - ferskur fiskur – heill – flug	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
G.	Eldisfiskur - fersk fiskflök – skip	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
H.	Eldisfiskur - ferskur fiskur – heill – skip	[...]	[0-5]%	[...]	[5-10]%
Samtals:		[...]		[...]	

Eins og fram kemur í töflunni er nær helmingur af öllum ferskum fiski sem fluttur er frá Íslandi heill villtur fiskur sem fluttur er með skipum. Er þetta rúmlega helmingur ef eldisfiskur er meðtalinn.

Í kjölfarið aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá 35 útflytjendum ferskra sjávarafurða.¹⁸ Þess var óskað að viðkomandi aðilar myndu tilgreina útflutning eftir þeim flokkum og flutningsleiðum sem fram koma í töflu 1 hér að framan (A-H), þ.e. áætlað vægi í prósentum (%) miðað við árið 2016.

Þá var þess jafnframt óskað að tilgreindir yrðu þær tegundir umbúða sem viðkomandi fyrirtæki noti við að flytja út ferskan fisk samkvæmt framangreindri flokkun flutningsleiða (A-H) frá Íslandi til áfangastaða erlendis. Ef notaðar væru fleiri en ein tegund umbúða til að flytja tiltekinn flokk, t.d. notaðir bæði frauðplastkassar og bylgjuplastkassar til að flytja fersk fiskflök í flugi (flokkur A) þá skyldi tilgreina vægi í prósentum. Bárust svör frá 31 aðila og samkvæmt þeim má greina eftirfarandi:¹⁹

- Við útflutning á villtum heilum fisk með skipum eru nánast aðeins notuð kör. Af þeim sem svöruðu upplýsingabeiðninni voru sex aðilar sem flytja út heilan

¹⁸ Óskað var upplýsinga frá eftirfarandi aðilum: Frár ehf., Toppfiskur hf., Sjófiskur – Sjávarfiskur ehf., Ísfoss ehf., Loðnuvinnslan hf., Stakkavík hf., Íslenskt sjávarfang ehf., Frostfiskur ehf., Godthaab í Nöf ehf., Samherji hf., Iceland Seafood ehf., Matorka ehf., Ó.S fiskverkun ehf., Vinnslustöðin hf., Hraðfrystihúsið Gunnvör hf., Búlandstindur ehf., Iraco ehf., Sjávariðjan Rifi ehf., Fiskvinnslan Íslandssaga hf., Flatfiskur ehf., Þorbjörn hf., Stolt Sea Farm Iceland hf., Skinney Þinganes hf., FISK Seafood ehf., Fiskeldi austfjarða hf., Oddi hf., Fiskvinnslan Kambur hf., Arnarlax hf., Síldarvinnslan hf., HB Grandi hf., Einhamar Seafood hf., Eskja hf., Ísfélag Vestmannaeyja hf., Flugfiskur ehf. og Vísir hf.

¹⁹ [...] Fellt út vegna trúnaðar.



- villtan fisk. Fimm þeirra sögðust einungis notast við kör. Einn kvaðst bæði nota kör og frauðplastkassa.
- Við útflutning á öllum ferskum fisk með flugi eru aðeins notaðir frauðplastkassar.
 - Við útflutning á ferskum fiskflökum af villtum fisk með skipum eru að mestu leyti notaðir frauðplastkassar, en að einhverju leyti bylgjuplastkassar eða fjölnota plastkassar. Af þeim sem svöruðu upplýsingabeiðninni voru 22 aðilar sem flytja út fersk fiskflök af villtum fisk með skipum. Af þeim voru 19 sem eingöngu sögðust nota frauðplastkassa við flutning á ferskum fiskflökum. Þrír hins vegar kvaðust notast við bylgjuplastkassa eða fjölnota plastkassa að einhverju leyti við slíka flutninga.
 - Við útflutning á heilum eldisfisk með skipum er bæði notast við kör og frauðplastkassa. Af þeim aðilum er svöruðu upplýsingabeiðninni fluttu sex aðilar út heilan eldisfisk með skipum. Af þeim aðilum kvaðust þrír aðeins notast við frauðplastkassa. Einn aðili kvaðst aðeins notast við kör, annar sagði hlutfallið milli kara og frauðplastkassa vera 50/50 á meðan sá síðasti sagði það hlutfall vera 20% frauðplastkassar og 80% kör.
 - Aðeins einn af þeim sem svöruðu upplýsingabeiðninni flytur út eldisfisk í flökum með skipum. Sá aðili kvaðst eingöngu nota frauðplastkassa.

Til að kanna þessi atriði enn frekar aflaði Samkeppniseftirlitið einnig upplýsinga frá skipafélögunum Eimskip hf., Samskip hf. og Smyril Line Cargo um það hvernig umbúðir væru notaðar við flutning á ferskum fiski í skipum félaganna. Eru þetta nær einu skipafélögin sem sinna útflutningi á ferskum fiski með skipum frá Íslandi. Nánar tiltekið var um sambærilegar upplýsingar að ræða og aflað var frá flugfélögunum og greint hefur verið frá hér að framan.

Í svörum frá Eimskip kom fram að ferskur heill fiskur sé nánast undantekningalaust fluttur út í kerjum. Dæmi um undantekningu á slíku sé heill óunninn eldislax sem oftast er ekki sé fluttur út í frauðkössum. Aftur á móti fari ferskur unninn fiskur í langflestum ef ekki öllum tilvikum ekki í kerjum heldur í frauðplastkössum og svo líka í einhverjum mæli í bylgjuplastkössum. Eimskip kveðst þó ekki gera dýpri greiningu á þessu.

Í svörum frá Samskipum kom fram að allur ferskur eldisfiskur sé fluttur út í frauðplastkössum. Félagið hafi engar upplýsingar um hvað sé mikið af hverri umbúðategund í notkun, en að allur unninn fiskur fari í frauðplastkassa, bylgjuplastkassa eða endurnýtanlega bláa plastkassa. Allur heill fiskur fari aftur á móti í kör.

Í svörum frá Smyril Line Cargo kom fram að fersk fiskflök væru flutt í frauðplastkössum og bylgjuplastkössum, ferskur heill fiskur væri fluttur í körum og ferskur lax væri fluttur heill í frauðplast. Ekki liggja þó fyrir hver hlutfallið sé milli umbúða.

Með hliðsjón af framangreindu liggur fyrir að heill ferskur fiskur er almennt fluttur í körum á meðan fersk fiskflök eru að langmestu leyti flutt út í frauðplastkössum. Eitthvað er þó notast við bylgjuplastkassa en notkun á þeim er takmörkuð samkvæmt upplýsingum frá bæði útflytjendum sjávarafurða sem og skipafélögum.



1.2.1.3 Framkvæmd SNIP-prófs

Í málinu hefur Samkeppniseftirlitið einnig framkvæmt svokallað „SNIP“ próf (e. significant Non-transitory Increase in Price) til að meta staðgöngu frauðplastkassa annars vegar og annarra nefndra umbúða (bylgjuplastkassar/fiskikör) hins vegar. Í því felst að reynt er að meta hver yrðu viðbrögð viðskiptavina við lítilli en varanlegri verðhækkun á vöru eða þjónustu. Nánar tiltekið verður að svara því hvort verðhækkun á vöru A um 5–10% myndi leiða til þess að viðskiptavinir færu í það miklum mæli að kaupa vöru B að verðhækkun á A yrði óarðbær vegna sölutaps. Ef það er talið gerast, tilheyra vörur A og B sama markaðnum en annars ekki.

Við rannsókn málsins voru útflytjendur sjávarafurða spurðir að því hvort varanleg hækkun á verði á þeirri umbúðategund sem viðkomandi fyrirtæki notaði til að flytja út ferskan fisk (frauðplastkassar/bylgjuplastkassar/kör/annað) um 5-10% myndi leiða til þess að fyrirtækin myndu hætta að kaupa frauðplastkassa af þeim og kaupa þess í stað aðrar tegundir umbúða, t.d. bylgjuplastkassa.²⁰ Sambærileg spurning var einnig lögð fyrir í upplýsingabeiðni sem Samkeppniseftirlitið sendi með bréfi, dags. 26. janúar 2017., til helstu viðskiptavina samrunaaðila. Þar var spurt hvort það myndi leiða til þess að fyrirtæki hætta að kaupa frauðplastkassa og kaupa þess í stað aðrar tegundir umbúða, t.d. bylgjuplastkassa, ef verð á frauðplastkössum myndi hækka varanlega um 5-10%.²¹

Alls bárust svör frá 35 útflytjendum sjávarafurða. Af þeim svöruðu 28 aðilar spurningunni neitandi, fimm játandi og tveir kváðu að þeir myndu kanna aðra möguleika. Af þeim síðastnefndu tveimur kvaðst einn aðili muna skoða möguleikann á að hefja eigin framleiðslu á frauðplastkössum. Af þeim aðilum sem svöruðu spurningunni neitandi kvað einn aðili að eigin framleiðsla á frauðplastkössum væri raunhæfur kostur.

Að mati Samkeppniseftirlitsins veita þessar niðurstöður skýrar vísbendingar um að ekki sé staðganga á milli frauðplastkassa annars vegar og annarra nefndra umbúða (s.s. bylgjuplastkassa og fiskikara) hins vegar við útflutning á ferskum fiski.

Við meðferð málsins gerðu samrunaaðilar athugasemd við að þeim hafi verið gert ómögulegt að gæta andmælaréttar síns skv. 13. gr. stjórnssýslulaga nr. 37/1993 um framkvæmd SNIP prófsins, þar sem Samkeppniseftirlitið veitti ekki aðgang að þeim svörum er bárust við framkvæmd prófsins. Samrunaaðilar hafi því ekki haft forsendur til að gagnrýna heimfærslu og niðurstöður Samkeppniseftirlitsins varðandi SNIP prófið.

Í þessu samhengi áréttar Samkeppniseftirlitið að með bréfi dags. 26. maí 2017 voru samrunaaðilar upplýstir um framangreinda niðurstöðu SNIP prófsins. Voru samrunaaðilar upplýstir um hvaða fyrirtæki svöruðu upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins en til að gæta trúnaðar við þá heimildarmenn sem veittu svör voru samrunaaðilar ekki upplýstir um hvaða fyrirtæki eða heimildarmenn stóðu að baki einstökum svörum. Samkeppniseftirlitið metur það svo að svör af þessum toga séu viðkvæmar viðskiptaupplýsingar, sbr. 17. gr. stjórnssýslulaga og 16. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Framsetning á niðurstöðum prófsins gagnvart samrunaaðilum var hins vegar þannig að samrunaaðilar gátu með nákvæmum hætti

²⁰ [...] Felld út vegna trúnaðar.

²¹ [...] Felld út vegna trúnaðar.



áttað sig á hvernig svörin skiptust. Er það því mat Samkeppniseftirlitsins að framsetningin á niðurstöðum SNIP prófsins hafi verið með þeim hætti að samrunaaðilar gátu komið að andmælum með fullnægjandi hætti.

1.2.1.4 Niðurstaða um skilgreiningu vörumarkaðar fyrir frauðplastkassa

Með vísan til framangreindrar umfjöllunar er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að ekki sé staðganga á milli frauðplastkassa annars vegar og annarra tegunda umbúða (s.s. bylgjuplastkassa og fiskikara) hins vegar sem notaðar eru til að flytja út ferskan fisk í flugvélum og skipum. Hvað samanburð frauðplastkassa við bylgjuplastkassa varðar er ljóst að þó báðar tegundir séu notaðar til flutninga á ferskum fiskafurðum hafa frauðplastkassar aðra eiginleika en bylgjuplastkassar. Frauðplastkassarnir einangra betur og stuðla þannig að því að varðveita ferskleika vörunnar þegar hitastig utan kassanna er ekki það sama og þarf að vera til að tryggja ferskleika og gæði vöru. Ljóst er af svörum fyrirtækja í sjávarútvegi og flutningsaðila að flutningsmáti og tegund útflutningsvörunnar ræður því hvaða umbúðir eru notaðar við flutning. Þannig eru nær einungis frauðplastkassar notaðir við flutninga með flugi og geta í raun ekki aðrar umbúðir komið í stað frauðplastkassa þegar um slíka flutninga er að ræða.

Hvað varðar flutning á ferskum fiski í skipum er ljóst að unninn fiskur er að langmestu leyti fluttur í frauðplastkössum en þó að einhverju leyti í bylgjuplastkössum. Óunninn fiskur er hins vegar allajafna fluttur í körum. Framangreint sýnir því skýrt að ekki er staðganga á milli frauðplastkassa annars vegar og fiskikara hins vegar þegar kemur að vali á umbúðum til að flytja ferskan fisk með skipum. Fiskikörin geta með öðrum orðum ekki komið í stað frauðplastkassanna. Ef fiskurinn er unnin (fiskflök) og þar með um viðkvæmari vöru að ræða eru nánast alltaf notaðir frauðplastkassar samkvæmt upplýsingum frá útflytjendum sjávarafurða. Notkun á bylgjuplastkössum er hins vegar takmörkuð jafnvel þótt í skipum séu kælikerfi sem ættu að gera notkun þeirra mögulega þegar um slíka flutninga er að ræða.

Þá sýna niðurstöður SNIP prófsins ennfremur skýrt að ekki er staðganga á notkun frauðplastkassa gagnvart öðrum tegundum umbúða sem notaðar eru til að flytja út ferskan fisk (s.s. bylgjuplastkössum og fiskikörum).

Með hliðsjón af öllu framangreindu er það því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að annar þeirra vörumarkaða sem um ræðir í málinu og áhrifa mun gæta á sé markaður fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum. Hefur rannsókn eftirlitsins í málinu leitt til þeirrar niðurstöðu að slíkir kassar eru nær eingöngu notaðir við útflutning á ferskum fiski í flugi og hvað varðar sjóflutninga er notkun frauðplastkassanna yfirgnæfandi ef um er að ræða unnin ferskan fisk. Með öðrum orðum eru eiginleikar frauðplastkassanna gagnvart öðrum tegundum umbúða ólíkir sem veldur því að við ákveðnar aðstæður eru þeir notaðir en ekki aðrar tegundir umbúða. Af þessum ólíku eiginleikum ræðst markaðsskilgreiningin.

1.2.2 Einangrunarfrauðplast

Samrunaaðilar framleiða báðir frauðplasteinangrun sem aðallega er notuð til húsbýgginga. Tempra selur um [...] ²²% af þeirri framleiðslu fyrirtækisins til endursöluaðila en um

²² Fellt út vegna trúnaðar.



[...] ²³% af húseinangrunarplasti er selt beint til húsbýggjenda. [...] ²⁴ Þá flytur Tempra jafnframt inn XPS einangrun eða svokallað þrýstiplast, en það er ekki framleitt á Íslandi. ²⁵

Líkt og samrunaaðilar benda á hafa samkeppnisyfirvöld áður fjallað um markað fyrir einangrun húsa í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2002, *Kaup Byko hf., Húasmiðjunnar hf. og Kaupfélags Skagfirðinga svf. á hlutum í Steinullarverksmiðjunni hf.*, sbr. einnig ákvörðun samkeppnisráðs nr. 36/1995, *Kvörtun Þýsk-Íslenska yfir meintri sölusynjun Steinullarverksmiðjunnar hf.* Í fyrrnefnda málinu féllst samkeppnisráð í meginatriðum á þau sjónarmið samrunaaðila að markaður málsins væri framleiðsla og heildsölu dreifing á steinull þar sem önnur einangrunarefni eins og plasteinangrun eða glerull gætu eftir atvikum verið staðgönguvörur. Í síðarnefnda málinu komst samkeppnisráð að þeirri niðurstöðu að vörumarkaður þess máls væri efni til einangrunar húsa. Einangrunin gæti verið þrenns konar, þ.e. hitaeinangrun, brunaeinangrun og hljóðeinangrun. Efni til einangrunar væru steinull, glerull og frauðplast. Steinull og glerull uppfylltu alla þessa þætti en vegna eðliseiginleika frauðplasts og ákvæða í byggingareglugerðum væri ekki hægt að nota það sem brunaeinangrun. Hljóðeinangrun þess væri einnig takmörkuð.

Framkvæmdarstjórn Evrópusambandsins hefur í ákvörðunum sínum haft til skoðunar hvort frauðplasteinangrun og steinull tilheyri sama markaði. Hefur markaðsrannsókn framkvæmdastjórnarinnar gefið til kynna að líkur séu á að frauðplasteinangrun og steinull tilheyri sitthvorum markaðnum í ljósi ólíkra eiginleika efnanna. Framkvæmdastjórnin hefur þó ekki tekið endanlega afstöðu til þessa og haldið markaðsskilgreiningunni opinni. ²⁶

Við rannsókn málsins aflaði Samkeppniseftirlitið sjónarmiða og upplýsinga frá helstu viðskiptavinum samrunaaðila sem kaupa frauðplasteinangrun. ²⁷ Í fyrsta lagi óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um í hvaða tilgangi þær vörur er viðkomandi fyrirtæki keyptu af samrunaaðilum væru notaðar. Í því samhengi var spurt hvaða eiginleikar vörunnar skiptu mestu máli. Þá óskaði Samkeppniseftirlitið jafnframt upplýsinga um hvort unnt væri að nota aðrar tegundir einangrunar í sama tilgangi og frauðplasteinangrun. Í þeim svörum sem Samkeppniseftirlitinu bárust kom fram að frauðplasteinangrun sé notuð til hitaeinangrunar húsa. Hún sé yfirleitt valin í tiltekna byggingarhluta eins og t.d. sökkla, undir plötur og múr. Annars staðar sé óheimilt að nota frauðplasteinangrun vegna þeirrar hættu sem af henni stafar ef hún brennur. Flestir töldu að yfirleitt væri unnt að nota steinull í stað frauðplasts. Steinullin væri aftur á móti dýrari og ómeðfærilegri. Ef steinullin yrði ódýrari en frauðplasteinangrunin myndi koma til greina að nota hana í staðinn.

²³ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁵ XPS einangrun hefur mun meira þrýstipól og betri rakamótsstöðu en hefðbundið EPS frauðplast og er því talsvert dýrara fyrir vikið. Sjá heimasíðu Tempru: <http://www.tempra.is/is/page/thrystieinangrun>.

²⁶ Sjá ákvörðun framkvæmdarstjórnar ESB í máli nr. M.7457: „*The results of the market investigation support the view that BI and TI products belong to separate markets, as well as further sub-segmentation between foams and mineral wools. On the demand side, market participants referred to different uses of the products and to differing technical characteristics between mineral wools and foams, mineral wools having better fire protection qualities while foams are better at handling moisture. On the supply side, market participants noted that the production processes of mineral wools and foams are totally different and that switching production between them was not feasible.*”

²⁷ [...] Fellt út vegna trúnaðar.



Ljóst er því af sjónarmiðum viðskiptavina að þeir telja að eiginleikar frauðplasteinangrunar annars vegar og steinullar hins vegar séu ekki þeir sömu þó báðar vörurnar séu notaðar til húsaeinangrunar. Er aðallega bent á mismunandi möguleika til notkunar sem tengjast hættu vegna bruna auk þess sem verðmunur sé töluverður á milli þessara tveggja vara. Rétt er að skoða þessi atriði nánar.

Um kröfur til brunaeiginleika einangrunar er fjallað um í 9.3.9. gr. byggingarreglugerðar nr. 112/2012. Þar segir:

„Brunaeiginleikar einangrunar.

Einangrunarefni húsa skulu vera óbrennanleg nema í eftirtöldum rýmum eða með eftirfarandi undantekningum:

a. Undir steypum gólfplötum á fyllingu.

b. Í útveggjum á undirlagi úr steinsteypu eða öðru jafngóðu óbrennanlegu efni þar sem einangrunin er klædd af með klæðningu í flokki 1 sem liggur þétt að einangruninni. Ekkert holrúm má vera í slíkum vegg.

c. Nota má stálklæddar húseiningar sem uppfylla ákvæði ÍST EN 14509 með brennanlegri einangrun í þök og vegg einnar hæðar húsa í notkunarflokkum 1 og 2 og aðeins þar sem rökstutt er að slíkt sé talið hættulítið. Slíkar einingar skulu uppfylla að lágmarki flokk Cs2,d0 og mega ekki vera með einangrun sem bráðnar við hita.

Brennanlega einangrun má ekki nota í léttbyggð þök eða vegg eða óvarða ofan á steypa loftplötu að þakrými. Nota má brennanlega einangrun ofan á steypa þakplötu utanhúss enda komi þakklæðning í flokki B_(roof) (t2) ofan á einangrunina.

Mannvirkjastofnun skal gefa út leiðbeiningar um framkvæmd þessarar greinar."

Þá er einnig fjallað um notkun brennanlegrar einangrunar í leiðbeiningum Mannvirkjastofnunar við 9.7.1. gr. byggingarreglugerðar nr. 112/2012. Þar segir í 3. gr.:

„Þegar mannvirki er einangrað með brennanlegri einangrun að utan þarf að gæta þess að einangrunin sé varin með þeim hætti að ekki kvikni í henni á þeim tíma sem veggurinn á að halda gagnvart eldi."

Af framangreindu má ráða að ýmsar takmarkanir eru á því við hvaða hluta bygginga er heimilt að nota frauðplasteinangrun. Af svörum viðskiptavina virðist þetta endurspeglast í því að frauðplasteinangrun sé einkum notuð þar sem á annað borð sé heimilt að nota hana, s.s. undir steypar plötur og inn í múraða vegg eða þar sem ekki er hætt á að hún brenni. Annars staðar sé einungis heimilt að nota steinull. Sé frauðplasteinangrun notuð sé alltaf sett skilyrði um að hún sé varin fyrir mögulegum bruna. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru þetta sterkar vísbendingar um að hvor af umræddum tegundum einangrunar tilheyri sitthvorum vörumarkaðnum. Það er a.m.k. ljóst að frauðplasteinangrun getur ekki komið í stað steinullar sem er eldtefjandi enda er það beinlínis óheimilt, sbr. tilvitnað ákvæði byggingarreglugerðar, nema hún sé sérstaklega varin. Þá er ljóst að frauðplast hefur ekki sama hljóðeinangrunargildi og steinull.



Sú spurning vaknar þá hvort það sé mögulegt eða á annað borð raunhæft að nota steinullareinangrun í staðinn fyrir frauðplasteinangrun, t.d. undir steiptar plötur eða inn í múraða vegg. Kemur þá til skoðunar verðmunur sem bent hefur verið á að sé umtalsverður.

Almennt er verð talið skipta miklu máli um það hvort staðganga sé milli vörutegunda eða tegunda þjónustu. Þannig hefur t.d. verið talið að 50% verðmunur á vörum geti leitt til þess að ekki sé um staðgöngu á milli þeirra að ræða.²⁸ Til að kanna verðmun á frauðplasteinangrun og steinullareinangrun aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá tveimur helstu endursöluaðilum húsaeinangrunar um innkaupsverð slíkra vara. Er um að ræða Byko hf. og Húsasmiðjuna ehf. Óskaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga um hvaða einangrun fyrirtækin hefðu til sölu sem unnt væri að bera saman, annars vegar frauðplast og hins vegar steinull.

Í svörum félaganna voru gefin tvö dæmi um sambærilegar vörur, annars vegar steinullareinangrun og hins vegar frauðplasteinangrun, sem unnt væri að nota í sama tilgangi. Fyrra dæmið var einangrun sem algeng er til notkunar undir múrhúðun innanhúss.

Tafla 2.

Tegund vöru	Stærð	Innkaupsverð Byko fyrir m² án vsk.	Innkaupsverð Húsasmiðjunnar fyrir m² án vsk.
EPS plasteinangrun	100 mm þykkt 16 kg/m ³	[...] kr.	[...] kr.
Múrplata (steinullareinangrun)	100 mm þykkt	[...] kr.	[...] kr.

Seinna dæmið er einangrun sem notuð er til einangrunar á sökklum og botnplötum bygginga.

Tafla 3.

Tegund vöru	Stærð	Innkaupsverð Byko fyrir m² án vsk.	Innkaupsverð Húsasmiðjunnar fyrir m² án vsk.
EPS plasteinangrun	100 mm þykkt 24 kg/m ³	[...] kr.	[...] kr.
Sökkulplata (steinullareinangrun)	100 mm þykkt	[...] kr.	[...] kr.

Með vísan til framangreinds er verðmunur á frauðplasteinangrun og steinullareinangrun á bilinu [25-30]% - [55-60]%.

²⁸ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. IV/M.0113 Aerospatale/Alenia/De Havilland, O.J. L334. Í ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. IV/M.774 Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, O.J. L247/1 var bent á þetta: „Persistent price differences between various abrasive minerals for the same applications serve as a strong indication that, from a customer's point of view, these abrasive minerals have different performance characteristics and do not serve as direct and effective substitutes.”



Í athugasemdum samrunaaðila við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins kemur fram það mat þeirra að eftirlitið dragi of víðtækar ályktanir af verðmun á innkaupsverði steinullar annars vegar og frauðplasteinangrunar hins vegar. Telja samrunaaðilar rangt að einblína á innkaupsverð enda sé verið að meta eftirspurnarstaðgöngu. Verðkönnun Tempru hjá Byko hafi leitt í ljós að söluverð 16 kg/m³ 100 mm einingar sé [...] kr./m². Útsöluverð steinullar sé svo aftur [...] kr./m². Þetta geri [40-45]% verðmun. Söluverð 24. kg/m³ sökkuleinangrunarplasts sé svo aftur selt á [...] kr./m² en steinullarsökkuleinangrun á [...] kr./m² sem geri [25-30]% verðmun. Í báðum tilfellum sé verðmunurinn undir þeim 50% sem eftirlitið noti sem rökstuðning.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst af framangreindu að verðmunur í smásölu á frauðplasteinangrun annars vegar og steinullareinangrun hins vegar er minni en í heildsölu (þ.e. þegar miðað er við innkaupsverð). Eftirlitið getur hins vegar ekki fallist á að miða eigi alfarið við útsöluverð í þessu sambandi enda ljóst að t.a.m. [...] ²⁹

Hvað sem því líður er það mat Samkeppniseftirlitsins að verðmunur sé eftir sem áður í báðum tilvikum það mikill að ólíklegt sé að viðskiptavinur sem standi frammi fyrir því að velja á milli frauðplasteinangrunar annars vegar og steinullareinangrunar hins vegar t.d. til að nota í steypa veggj velji hina síðarnefndu þegar verðmunur er eins mikill og raun ber vitni. Við þetta bætist sem fyrr segir að frauðplasteinangrunin er ekki aðeins ódýrari heldur einnig léttari og meðfærilegri í notkun.

Að mati Samkeppniseftirlitsins sýna því upplýsingar um verðlagningu þessara ólíku tegunda húsaeinangrunar að framleiðsla og sala á frauðplasteinangrun annars vegar og framleiðsla og sala á steinullareinangrun hins vegar séu aðskildir vörumarkaðir.

Með vísan til framangreindrar umfjöllunar verður ekki séð að staðganga sé á milli frauðplasteinangrunar og steinullareinangrunar. Þó báðar þessar vörur séu notaðar til húsaeinangrunar eru eiginleikar þeirra mismunandi sem leiðir til þess að þær eru ekki notaðar með sama hætti. Frauðplasteinangrun má aðeins nota inn í múruðum veggjum eða undir steypum plötum eða þá þar sem hún er sérstaklega brunavarin. Steinullareinangrun má hins vegar nota við alla húsaeinangrun auk þess sem hún veitir hljóðeinangrun. Þá er steinullareinangrun mun dýrari en frauðplasteinangrun. Þessir mismunandi eiginleikar og verð á frauðplasteinangrun annars vegar og steinullareinangrun hins vegar leiða að mati Samkeppniseftirlitsins til þess að þessar vörur tilheyra sitt hvorum markaðnum. Þá er jafnframt ljóst að þó steinullareinangrun geti í einhverjum tilvikum komið í stað frauðplasteinangrunar gildir ekki hið gagnstæða. Staðganga er því ekki til staðar.

Er það því mat Samkeppniseftirlitsins að annar þeirra vörumarkaða sem um ræðir í málinu og áhrifa muni gæta á verði af umræddum samruna sé markaður fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun.

2. Landfræðilegur markaður

²⁹ Fellt út vegna trúnaðar.



2.1 Sjónarmið samrunaaðila

Samrunaaðilar telja að landfræðilegur markaður fyrir endursölu á umbúðum sé Ísland. Samrunaaðilar benda hins vegar á að töluvert sé flutt inn af vörum á umbúðamarkaðnum sem veiti samkeppnislegt aðhald fyrir fyrirtækin sem starfi á markaðnum hérlendis. Hvað landfræðilegan markað fyrir einangrun húsa varðar þá vísa samrunaaðilar til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 19/2002, *Kaup Byko hf., Húsasmiðjunnar hf. og Kaupfélags Skagfirðinga svf. á hlutum í Steinullarverksmiðjunni hf.*, sbr. einnig ákvörðun samkeppnisráðs nr. 36/1995, *Kvörtun þýsk-íslenska yfir meintri sölusynjun Steinullarverksmiðjunnar hf.* Telja samrunaaðilar að landfræðilegi markaðurinn fyrir einangrun húsa sé Ísland. Samrunaaðilar benda hins vegar á að töluvert sé um innflutning á vörum á markaði fyrir einangrun húsa. Allar XPS vörur séu til að mynda innfluttar.

2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Líkt og áður greinir þá eru frauðplastkassar og frauðplasteinangrun fremur rúmmálsmiklar vörur sem gerir það að verkum að flutningskostnaður er tiltölulega hár sem hlutfall af verðmæti vöru. Á umræddum mörkuðum starfa einnig fáir aðilar. Tempra er stærsti framleiðandinn hér á landi og selur vörur sínar viðskiptavinum um land allt. Hvað minni framleiðendur varðar er sjaldgæft að þeir dreifi vörum sínum um land allt. Frekar er um staðbundna dreifingu að ræða á þeim svæðum sem fyrirtækin starfa. Framangreind einkenni markaðanna gefa tilefni til að kanna nánar hvort landfræðilegir markaðir málsins séu landið allt eða minni svæðisbundnir markaðir.

Við mat á því hver sé landfræðilegur markaður fyrir frauðplastkassa aflaði Samkeppniseftirlíð upplýsinga um 50 stærstu viðskiptavini samrunaaðila auk póstnúmera viðkomandi viðskiptavina. Samkvæmt þeim upplýsingum sem bárust frá samrunaaðilum eru [...] ³⁰

Hvað markað fyrir frauðplasteinangrun varðar hefur rannsókn Samkeppniseftirlitsins leitt í ljós að á Akureyri starfar eitt fyrirtæki (Plastás ehf.) við framleiðslu á frauðplasteinangrun og annað á Egilsstöðum (Plastverksmiðjan Ylur ehf.). Þessi fyrirtæki selja sína framleiðslu nær eingöngu á sínu heimasvæði.

Að mati Samkeppniseftirlitsins bendir framangreint til þess að minni framleiðendur á landsbyggðinni veiti stærri framleiðanda eins og Tempru takmarkað samkeppnislegt aðhald. Í öllu falli er það mat Samkeppniseftirlitsins að hæpið sé að keðjur byggingavöruverslana sem starfa vítt og breytt um landið geti reitt sig á að lítill framleiðandi á Egilsstöðum geti tryggt nægjanlegt framboð af einangrunarfrauðplasti á landsvísu. Með hliðsjón af þessu má að mati Samkeppniseftirlitsins að meginstefnu skipta framleiðendum á frauðplasteinangrun í tvo hópa. Í fyrsta lagi það fyrirtæki sem býr yfir víðtæku dreifingarkerfi og framleiðslugetu til að geta þjónað viðskiptavinum á landinu öllu. Í öðru lagi er um að ræða minni framleiðendur sem að meginstefnu selja framleiðslu sína innan þeirra bæjarfélaga eða svæða þar sem þau starfa. Möguleikar þessara framleiðenda til að veita alhliða þjónustu og dreifingu á landinu öllu eru mun takmarkaðri en Tempru.

³⁰ Fellt út vegna trúnaðar.



Samkeppniseftirlitið telur að þrátt fyrir að eðli vara sem framleiddar eru úr frauðplasti og tilheyra vörumörkuðum þessa máls sé þannig að flutningskostnaðar er tiltölulega hár sé ekki raunverulegt tilefni í máli þessu til að skipta landfræðilegum markaði niður í einstök svæði. Að einhverju marki hafa minni keppinautar möguleika til dreifingar út fyrir sitt heimasvæði og einnig er ljóst að það myndi litlu breyta um stöðu Tempru hvort heldur sem landfræðilegi markaðurinn væri skilgreindur með þrengri eða rýmri hætti.

Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins í máli þessu að landfræðilegi markaðurinn sé landið allt Ísland. Telur eftirlitið það jafnframt að sú nálgum við skilgreiningu á landfræðilegum markaði sé ívilnandi fyrir samrunaaðila. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki ástæða til að skilgreina landfræðilega markaðinn rýmra, þ.e. þannig að hann nái út fyrir landsteinana. Helgast það af þeirri ástæðu sem áður er nefnd að þær vörur sem eru búnar til úr frauðplasti taka mikið rúmmál og flutningskostnaður því hár. Það aðhald sem samrunaaðilar kveðast búa við erlendis frá er því takmarkað.

IV. Samkeppnisleg áhrif samrunans

Í máli þessu er samruni Tempru og Plastgerðarinnar 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 nr. 44/2005.

Ofangreindur samruni felur í sér láréttan samruna (e. *horizontal merger*) þar sem samrunaaðilar starfa á sömu vörumörkuðum. Markaðir málsins eru auk þess fákeppnismarkaðir. Á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum eru einungis þrjú keppinautar starfandi. Á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun starfa aðeins fimm aðilar. 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 viðskiptavinum og neytendum. 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 markaðshæðun sem lýtur að því að hækka verð. Hefur verið bent 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.³¹ Lóðréttir samrunar eru almennt ólíklegri en láréttir samrunar til þess að fela í sér

³¹ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-5/02 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.



takmörkun á samkeppni. Þeir geta þó undir vissum kringumstæðum haft í för með sér skaðleg útilokunaráhrif.

1. Sjónarmið samrunaaðila um samkeppnisleg áhrif samrunans

Samrunaaðilar telja að samruninn muni ekki hafa neikvæð áhrif á neytendur og viðskiptavinum. Að mati samrunaaðila eru samkeppnisleg áhrif samrunans óveruleg, enda séu samlegðaráhrif jákvæð fyrir neytendur.

Samrunaaðilar telja enn fremur að samruninn sé ekki til þess fallinn að hafa mikil neikvæð áhrif á markaðsgerð þeirra markaða þar sem áhrifa hans gættir. Verði því ekki séð að samruninn hafi áhrif á markaðsgerðina enda leiði hann hvorki til þess að markaðsráðandi staða verði til eða hún styrkist á umræddum mörkuðum. Af þeim sökum verði áhrif á neytendur og milliliði lítil sem engin.

Þá vísa samrunaaðilar til þess að við mat á lögmæti samruna skuli taka tillit til tækni- og efnahagsframfara að því tilskildu að þær séu neytendum til hagsbóta og hindri ekki samkeppni, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga. Í þessu samhengi vísa samrunaaðilar til nefndarálits um frumvarp til laga um breytingu á samkeppnislögum nr. 44/2005, með síðari breytingum. Þar kemur fram að skilyrðin fyrir því að tekið yrði tillit til hagræðingar við mat á áhrifum samruna í samkeppnismálum hér á landi séu í meginráttum þau; í fyrsta lagi að verulegar líkur séu á að samruninn skili skjótt umtalsvert aukinni hagkvæmni í rekstri hins sameinaða fyrirtækis. Í öðru lagi að hagræðingaráhrifin séu beintengd samrunanum og ekki hægt að framkalla þau með öðrum hætti. Í þriðja lagi að aukin hagræðing skili sér til neytenda í formi verðlækkunar sem vegi þyngra en hugsanleg verðhækkun vegna skertrar samkeppni.

Samrunaaðilar telja einsýnt að framangreind skilyrði séu uppfyllt í því máli sem hér um ræðir. Þannig sé ljóst að sá samruni sem hér um ræði muni skila umsvifalaust aukinni hagkvæmni í rekstri hins sameinaða fyrirtækis. Ennfremur sé ljóst að hagræðingaráhrifin sem muni nást með því að nýta framleiðsluþætti, s.s. búnað og starfsfólk, á hagkvæmari hátt séu beintengd samrunanum. Að lokum telja samrunaaðilar ljóst að hagræðingin muni skila sér í lægra verði fyrir viðskiptavinum hins sameinaða fyrirtækis.

2. Ákvæði 17. gr. c samkeppnislaga

Samkeppniseftirlitið telur að við mat á samruna þessa máls verði í upphafi að líta til þess að eldri samkeppnislögum nr. 8/1993 var breytt með lögum nr. 107/2000. Í breytingunni fólst að þau ákvæði samkeppnislaga, sem ætlað var að vinna gegn samkeppnishömlum voru styrkt til muna, þ.m.t. samrunaákvæði laganna. Af lögskýringargögnum má ráða að einn meginatilgangurinn með þessari lagabreytingu hafi verið að sporna gegn þeim samkeppnishömlum sem stafað geta af aukinni samþjöppun á markaði vegna samruna. Þannig segir í athugasemdum við frumvarpið sem varð að lögum nr. 107/2000:

„Þegar keppinautum fækkar og markaðsráðandi staða verður til eða þegar fákeppni ríkir er samkeppninni hættu búin. Fyrirtæki hafa ekki lengur sama vilja og getu til að keppa eða þau taka gagnkvæmt tillit hvert til annars. Til að örva samkeppni og koma í veg fyrir samkeppnishömlur við þá stöðu sem að framan er lýst þarf skörp samkeppnislög sem færa samkeppnisyfirvöldum



nauðsynlegar heimildir til að grípa til viðeigandi ráðstafana til að uppræta hömlurnar. Annars fer þjóðarbúið á mis við þann ávinning sem hlýst af virkri samkeppni."

Í þessu sambandi er litið til þess að virk samkeppni lýsir sér almennt í lægra verði, auknum gæðum, auknu úrvali og nýjungum fyrir neytendur. Jafnframt er samkeppni afar mikilvæg fyrir framleiðni og hagkvæmni í atvinnulífinu.³² Með ákvörðun um að ógilda eða setja skilyrði fyrir samruna er reynt að koma í veg fyrir að neytendur séu sviptir þessum gæðum. Samrunaákvæði samkeppnislaga nr. 8/1993, eins og því var breytt með lögum nr. 107/2000, var tekið óbreytt upp í samkeppnislög nr. 44/2005.

Með lögum nr. 94/2008 var ákvæðum samkeppnislaga um samruna breytt á ný 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 er hindraður."

Eins og fram kemur í athugasemdum með frumvarpi því 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 athugasemdunum 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.

³² Alþjóðstofnanir hafa ítrekað bent á mikilvægi virkrar samkeppni að þessu leyti. Sjá t.d. rit OECD frá október 2014, Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes. Á bls. 2 segir: „Most importantly, it is clear that industries where there is greater competition experience faster productivity growth. This has been confirmed in a wide variety of empirical studies, on an industry-by-industry, or even firm-by-firm, basis. ... The effects of stronger competition can be felt in sectors other than those in which the competition occurs. In particular, vigorous competition in upstream sectors can 'cascade' to improve productivity and employment in downstream sectors and so through the economy more widely." Í riti frá Alþjóðabankanum, View point, frá september 2012, segir: „Competition drives productivity growth through two key mechanisms: it shifts market share toward more efficient producers, and it induces firms to become more efficient so as to survive. Theoretical and empirical studies provide evidence that product market competition boosts innovation, productivity, and economic growth. Firms facing vigorous competition have strong incentives to reduce their costs, to innovate, and to become more efficient and productive than their rivals. This process motivates firms to offer competitive prices, higher quality, and new and more varied goods and services. Conversely, lack of competition adversely affects productivity."



úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2011, *Búvangur o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Samkvæmt 17. gr. c samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið þannig gripið til íhlutunar í m.a. 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.³³ Hefur það jafnframt verið staðfest í dómaframkvæmd, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 227/2012, *Stjórnugrís hf. og Arion banki hf. gegn Samkeppniseftirlitinu o.fl.*, þar sem héraðsdómur var staðfestur með vísan til forsendna. Í forsendum héraðsdóms segir í tengslum við beitingu 17. gr. c samkeppnislaga að „*játa [yrði] Samkeppniseftirlitinu nokkuð svigrúm til mats á því hvenær samruni hindrar 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*“.

2.1 Markaðsráðandi staða

Samkvæmt 4. tölulið 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 keppnauta, viðskiptavina og neytenda.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í 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. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, var dómur Héraðsdóms Reykjavíkur staðfestur með vísan til forsendna hans. Í dómi héraðsdóms kemur fram að við „*mat á því hvort fyrirtæki hafi haft markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði er litið til nokkurra atriða og þau metin saman*“:

1. *Hver er markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á skilgreindum markaði og þróun hennar. Ein viðmiðun er að ef markaðshlutdeild fer yfir 50% þá eru allar líkur á að fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.*
2. *Litið er til markaðshlutdeildar þess fyrirtækis sem verið er að meta og hún borin saman við markaðshlutdeild annarra fyrirtækja á markaði. Ef miklu munar á markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem stærstu hlutdeild hefur og þess fyrirtækis sem næst kemur í röðinni er líklegt að stærsta fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.*

³³ 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.*“



3. Þá er einnig litið til aðgangshindrana að markaði. Hér er átt við atriði á borð við lagalegar hindranir, fjárhagslegar hindranir, stærðarhagkvæmni, aðgengi að birgjum, þróað sölukerfi og þekkt vörumerki."

Fram kemur einnig að dómurinn telji að „þriðja atriðið sem nefnt er að framan, þ.e. aðgangshindranir að markaði, ráði ekki úrslitum þegar meta skal hvort stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu ...". Hins vegar geti þessi atriði styrkt frekar þá niðurstöðu að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, er með vísan til dómaframkvæmdar bent á að allar líkur séu á að fyrirtæki sé markaðsráðandi ef það hafi 50% markaðshlutdeild eða meira, sbr. einnig dóm Hæstaréttar Íslands frá 26. apríl 2016 í máli nr. 419/2015, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Skilgreining 4. gr. samkeppnislaga á markaðsráðandi stöðu sækir fyrirmynd sína til EES/ESB samkeppnisréttar og er efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls ESB á markaðsráðandi stöðu sem fram kemur m.a. í Hoffman-La Roche málinu.³⁴ Því hefur verið slegið föstu hjá dómstóli ESB að mjög há markaðshlutdeild feli ein og sér í sér sönnun á því að viðkomandi fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu einstakar kringumstæður sem bendi til annars. Þetta eigi við þegar fyrirtæki hafi 50% markaðshlutdeild.³⁵

Rétt er að hafa í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Þannig getur fyrirtæki verið í markaðsráðandi stöðu enda þótt það hafi aðeins haft 32% markaðshlutdeild, sbr. dóm dómstóls ESB 15. desember 1994 í máli nr. nr. C-250/92, *Gøttrup-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 eru talin 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

³⁴ Mál nr. 85/76 *Hoffman-La Roche gegn framkvæmdastjórninni* [1979] ECR 3451.

³⁵ Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB frá 25. júní 2010 í máli nr. T-66/01 *ICI gegn framkvæmdastjórninni*: „Very large market shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position. ... Thus, according to the case-law of the Court of Justice, a market share of 50% is in itself, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (see, to that effect, Case C-62/86 *AKZO v Commission* [1991] ECR I-3359, paragraph 60).“ Þetta á einnig við í samrunamálum sbr. t.d. mgr. 41 í dómi undirréttar ESB frá 6. júlí 2010 í máli nr. T-342/07, *Ryanair gegn framkvæmdastjórninni*: „It is settled case-law that, although the importance of market shares may vary from one market to another, the view may legitimately be taken that very large market shares are in themselves, save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (see, in relation to abuse of a dominant position, Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461, paragraph 41, and, in relation to the previous merger regulation, Case T-102/96 *Gencor v Commission* [1999] ECR II-753, paragraph 205, and Case T-221/95 *Endemol v Commission* [1999] ECR II-1299, paragraph 134). That may be the situation where there is a market share of 50% or more (see, in relation to abuse of a dominant position, Case C-62/86 *AKZO v Commission* [1991] ECR I-3359, paragraph 60, and, in relation to the previous merger regulation, Case T-210/01 *General Electric v Commission* [2005] ECR II-5575, paragraph 115).“ Sjá ennfremur Whish 6 Bailey, *Competition Law*, áttunda útgáfa 2015, bls. 50: „There is a legal presumption that, with 50% of the market, you have a dominant position.“



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.³⁶ 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-samkeppnisrétti er litið svo á að það sé vísbending um markaðsráðandi stöðu ef talsverður munur er á markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis og keppinauta þess.³⁷ Þá getur einnig verið rétt að horfa til mögulegs kaupendastyrks á kaupendahlið markaðarins.

2.2 Samkeppni raskast „að öðru leyti með umtalsverðum hætti“

Sem fyrr segir fólst í lögum nr. 94/2008 útvíkkun á heimildum Samkeppniseftirlitsins til þess að grípa til íhlutunar í samruna. Þessi breyting er útskýrð svo í frumvarpi sem varð að framangreindum lögum:

„Í 1. málsl. 1. mgr. er kveðið á um heimildir Samkeppniseftirlitsins til að ógilda samruna. Í ákvæðinu er lagt til að Samkeppniseftirlitinu verði heimilt að ógilda samruna sem hindrar virka samkeppni, einkum þegar markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja myndast eða slík staða styrkist. Með því að bætt er við orðinu „einkum“ felur ákvæðið í sér aukið svigrúm til efnislegs mats á samkeppnislegum áhrifum samruna. Er rétt að lýsa þessu nánar.

Í 1. mgr. 17. gr. nógildandi samkeppnislaga er fjallað um hið samkeppnislega mat sem leggja ber á samruna. Er ákvæðið byggt á eldri samrunareglugerð EB nr. 4064/89. Samkvæmt þessu getur Samkeppniseftirlitið gripið til íhlutunar vegna samruna undir tvennum kringumstæðum. Annars vegar þegar samruni raskar samkeppni með myndun eða styrkingu markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis og hins vegar þegar samruni raskar samkeppni með myndun eða styrkingu sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu tveggja eða fleiri fyrirtækja. Það er hins vegar ljóst að samruni getur undir vissum kringumstæðum raskað samkeppni þrátt fyrir að hann skapi ekki eða styrki markaðsráðandi stöðu eins eða fleiri fyrirtækja, sbr. nánar hér á eftir. Af þessu leiðir að ef samrunareglur heimila einungis inngríp í samruna sem styrkir eða myndar markaðsráðandi stöðu getur það leitt til þess að samkeppnishamlandi samrunar nái fram að ganga með tilheyrandi tjóni fyrir atvinnulífið og almenning. Sökum þessa er að finna í samrunareglum ýmissa ríkja víðtækari heimildir til þess að vinna gegn samkeppnishömlum sem stafa af samruna. Í t.d. Bandaríkjunum, Kanada og Bretlandi er unnt að ógilda samruna sem raskar samkeppni með umtalsverðum hætti (nefnt á ensku „substantial lessening of competition“). Er þessi heimild þannig ekki bundin við samruna sem leiða til eða styrkja markaðsráðandi stöðu. Með nógildandi samrunareglugerð EB nr. 139/2004 var ákveðið að veita víðtækari heimild til að grípa inn í samruna og miða ekki lengur eingöngu við markaðsráðandi stöðu. Í 25. tölul. aðfaraorða reglugerðarinnar eru ástæður þessarar breytingar útskýrðar:

³⁶ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 27/6 *United Brands v Commission*, [1978] ECR 207.

³⁷ 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.“



„Í ljósi þess hvaða afleiðingar samfylkingar í fákeppnismarkaðskerfi geta haft er það þeim mun nauðsynlegra að viðhalda skilvirkri samkeppni á slíkum mörkuðum. Á mörgum fákeppnismörkuðum ríkir heilbrigð samkeppni. Við vissar aðstæður geta þó samfylkingar, sem fela í sér afnám mikilvægra samkeppnishaftra, sem samrunaaðilarnir hafa sett hver öðrum, og minnkandi samkeppnisþrýsting á samkeppnisaðilana sem eftir eru, leitt af sér verulegar hindranir á virkri samkeppni, jafnvel þó að ekki séu líkur á samræmingu á milli aðila í fákeppni. Dómstólar Bandalagsins hafa þó ekki fram til þessa túlkað það skýlaust svo að þess sé krafist samkvæmt reglugerð (EBE) nr. 4064/89 að samfylkingar, sem hafa slík ósamræmd áhrif, verði lýstar ósamrýmanlegar sameiginlega markaðnum. Vegna réttaröryggis skal því tekinn af allur vafi um það að í þessari reglugerð er heimilað skilvirkt eftirlit með öllum slíkum samfylkingum með því að kveða á um að allar samfylkingar, sem myndu hindra verulega virka samkeppni á sameiginlega markaðnum eða verulegum hluta hans, skuli lýstar ósamrýmanlegar sameiginlega markaðnum. Túlka ber hugtakið „umtalsverð hindrun virkrar samkeppni“ í 2. og 3. mgr. 2. gr. þannig að það taki, auk hugtaksins „yfirburðastaða“, eingöngu til samkeppnishamlandi áhrifa samfylkingar sem eru afleiðing ósamræmds atferlis fyrirtækja sem hafa ekki yfirburðastöðu á viðkomandi markaði.“

Er í þessu frumvarpi lagt til að á samkeppnislögum verði gerðar sams konar breytingar og fólust í núgildandi samrunareglugerð EB. Breytingartillagan byggist þannig á 2. mgr. 2. gr. samrunareglugerðar EB og miðar að því að samræma ákvæði íslensku samkeppnislaganna um efnislegt mat á samruna núgildandi ákvæðum Evrópulöggjafar, þannig að íslensk lög feli í sér sömu vernd fyrir almenning og samfélagið og Evrópulöggjöf veitir, en slíkt er sérstaklega mikilvægt í ljósi fákeppniseinkenna í íslensku hagkerfi. Rökin að baki breytingunni eru þau að samruni geti verið skaðlegur samkeppni, jafnvel þó að hann leiði ekki til markaðsráðandi stöðu eða styrki markaðsráðandi stöðu.

Breyting sú sem er lögð til felst í því að við 1. málsl. 1. mgr. verði bætt orðinu „einkum“ þannig að Samkeppniseftirlitinu verði heimilt að ógilda samruna einkum þegar markaðsráðandi staða myndast eða slík staða styrkist. Þessi breyting felur það í sér að unnt er að grípa til íhlutunar vegna samruna ef hann leiðir til þess að markaðsaðstæður verði skaðlegar samkeppni, jafnvel þótt samruninn myndi ekki eða styrki markaðsráðandi stöðu. Sú staða getur helst komið upp þegar um er að ræða samruna keppinauta (lóðréttur samruni) á fákeppnismörkuðum þar sem tilteknar aðstæður eru fyrir hendi. Slíkar aðstæður geta verið þegar fyrirtæki á viðkomandi markaði selja aðgreinanlegar vörur og samrunafyrirtækin hafa verið helstu keppinautar hvort annars. Umtalsverð markaðshlutdeild og samþjöppun á markaðnum hefur og þýðingu. Brotthvarf helsta keppinautarins á slíkum fákeppnismarkaði vegna samruna getur haft þau áhrif að samkeppnislegt aðhald minnkar umtalsvert á markaðnum og getur þetta gefið samrunafyrirtækjum aukinn markaðsstyrk og þar með möguleika á því t.d. að hækka verð. Getur þetta gerst án þess að samrunafyrirtækin hafi það háa markaðshlutdeild að þau teljist markaðsráðandi. Framkvæmdastjórn EB hefur gefið út leiðbeiningareglur (O.J. 2004/C 31/03) 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."

Verður nú fjallað um lárétta samruna og framangreindar leiðbeiningareglur framkvæmdastjórnar ESB.

2.3 Láréttir samrunar

Láréttir samrunar felast í því þegar fyrirtæki á sama markaði renna saman. Almennt má segja um samkeppnishömlur sem stafa af láréttum samruna að þær séu aðallega af þrennum toga. *Í fyrsta lagi* leiðir slíkur samruni til þess að fyrirtækin sem um ræðir hætta að keppa sín á milli um hylli viðskiptavina sinna með tilheyrandi afleiðingum fyrir viðskiptavinum og neytendum. *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 markaðshegðun sem lýtur að því að hækka verð.

Hefur verið bent 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 núverandi eða möguleg samkeppni leggst þegar af á milli samrunafyrirtækjanna. Aðrar tegundir af samrunum hafa ekki þessi beinu áhrif.³⁸

Sem fyrr segir er rétt í samrunamálum að hafa hliðsjón leiðbeiningum framkvæmdarstjórnar ESB. Framkvæmdastjórnin gaf út árið 2004 leiðbeiningar um mat á samkeppnislegum áhrifum láréttra samruna (hér eftir til einföldunar; „lárétta leiðbeiningarnar“).³⁹

Í lárétta leiðbeiningunum er samkeppnislegum áhrifum skipt í tvo megin flokka:

- Einhliða áhrif (einnig nefnd ósamræmd áhrif).⁴⁰ Hér fellur undir þegar samruni myndar eða styrkir markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis. Einnig fellur hér undir samruni fyrirtækja á fákeppnismörkuðum sem felur í sér að mikilvægt samkeppnislegt aðhald hverfur án þess þó að markaðsráðandi staða (sér í lagi eða sameiginleg) myndist, sbr. 24.-25. mgr. lárétta leiðbeininganna. Segir um þetta að samruni geti dregið verulega úr samkeppni á markaði vegna þess að samkeppni á milli þeirra aðila sem sameinast hverfur. Slíkir samrunar geta

³⁸ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-5/02 Tetra Laval gegn framkvæmdastjórninni [2002] ECR II-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.

³⁹ Enska heiti þeirra er: „Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings.“ Voru þær birtar 5. febrúar 2004 í stjórnartíðindum ESB (2004/C 31/03).

⁴⁰ Á ensku nefnt „unilateral effects“ eða „Non-coordinated effects“.



jafnframt haft áhrif á aðra keppinauta á viðkomandi markaði. Verðhækkanir hins sameinaða fyrirtækisins kunna að leiða til þess að 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.

- Samræmd áhrif. Hér fellur undir myndun eða styrking sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu, sbr. 39. mgr. leiðbeininganna.

Samkeppnieftirlitið fær ekki séð að samruni þessa máls hafi í för með sér skaðleg samræmd áhrif og verður því ekki fjallað um þann þátt láréttu leiðbeininganna.

Í 14.–21. mgr. í láréttu leiðbeiningunum er fjallað um mikilvægi þess að horfa til breytingar á markaðshlutdeild og á samþjöppun á markaði í kjölfar samruna, sbr. einnig umfjöllun hér að framan um markaðsráðandi stöðu.

Í 27.–38. mgr. láréttu leiðbeininganna er fjallað um ýmis atriði sem veitt geta leiðbeiningu um samkeppnishamlandi einhliða áhrif samruna.⁴¹ Á meðal þeirra sjónarmiða sem framkvæmdastjórnin reifar í leiðbeiningunum eru þessi:

- Há markaðshlutdeild samrunaaðila. Almennt eykst máttur fyrirtækja á markaði við það að markaðshlutdeild þeirra vex. Há markaðshlutdeild leiðir jafnframt til þess að viðkomandi fyrirtæki njóti aukinnar framlegðar af verðhækkunum.⁴²
- Samrunaaðilar eru svipaðir keppinautar. Innan markaða er gjarnan einhver munur á vörum keppinauta. Þeim mun líkari sem vörur samrunaaðila eru þeim mun meiri er hættan á verðhækkun í kjölfar samruna. Sú samkeppni sem samrunaaðilar hafa stundað sín á milli kann því að vera mikilvægt sjónarmið við mat á efnislegum áhrifum samruna. Í því samhengi getur skipt máli hversu nálægt hvor öðrum keppinautarnir starfa (e. *closeness of competition*).
- Takmörkuð geta viðskiptavina til þess að skipta um seljanda. Ef það eru fáir seljendur eða skiptikostnaður viðskiptavina er hár getur verið erfitt fyrir þá að færa sig frá einum seljanda til annars. Samruni sem fækkar valmöguleikum getur takmarkað mjög getu viðskiptavina til þess að skipta um birgja þegar um er að ræða samþjappaðan fákeppnismarkað.
- Ólíklegt er að keppinautar auki framboð ef verð er hækkað. Viðbrögð keppinauta við verðhækkun hins sameinaða fyrirtækis kunna að vera þau að auka framboð sitt. Með því ættu þeir að geta náð til sín einhverjum viðskiptum. Jafnframt viðheldur það samkeppni ef keppinautarnir haga sér með þeim hætti. Ef það er hins vegar ólíklegt af einhverjum ástæðum að keppinautarnir auki framboð sitt þá aukast líkurnar á því að hið sameinaða fyrirtæki hækki verð.

⁴¹ Hafa verður hins vegar í huga fyrirvarann í 26. mgr. um þessi atriði séu ekki tæmandi og að þessi atriði þurfi ekki að vera öll fyrir hendi til þess að samruni teljist raska samkeppni: „A number of factors, which taken separately are not necessarily decisive, may influence whether significant non-coordinated effects are likely to result from a merger. Not all of these factors need to be present for such effects to be likely. Nor should this be considered an exhaustive list.”

⁴² Í mgr. 27 segir m.a.: „The larger the market share, the more likely a firm is to possess market power. And the larger the addition of market share, the more likely it is that a merger will lead to a significant increase in market power. The larger the increase in the sales base on which to enjoy higher margins after a price increase, the more likely it is that the merging firms will find such a price increase profitable despite the accompanying reduction in output.”



- Hið sameinaða fyrirtæki getur hindrað vöxt eða getu smærri keppinauta til að keppa.
- 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, sbr. t.d. svonefnd „maverick“ fyrirtæki. Ef slíkt fyrirtæki hverfur þá kann það að draga úr samkeppni.

Í mgr. 64 og áfram er fjallað um að hvaða leyti kaupendastyrkur, möguleg innkoma nýrra keppinauta og mögulega hagræðing getur haft á hið samkeppnislega mat.

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

3. Markaðshlutdeild á mörkuðum málsins

Markaðshlutdeild hefur eins og áður sagði mikið að segja þegar samkeppnisleg áhrif samruna eru metin. Í 8. kafla samrunaskrárinnar er óskað eftir mati samrunaaðila á því hver sé áætluð heildarstærð markaðarins í söluverðmæti og magni. Þar er einnig óskað eftir upplýsingum um markaðshlutdeild samkvæmt sömu mælikvörðum hjá þeim fyrirtækjum sem að samruna standa ásamt áætlaðri hlutdeild helstu keppinauta. Hér á eftir er gerð grein fyrir mati samrunaaðila á hlutdeild sinni og í framhaldi mati Samkeppniseftirlitsins á markaðshlutdeild.

3.1 Mat samrunaaðila á markaðshlutdeild

Um stöðu aðila á heildarmarkaði fyrir endursölu á umbúðum vísa samrunaaðilar til rannsóknar Samkeppniseftirlitsins á markaðnum í tengslum við ákvörðun nr. 23/2016, sbr. eftirfarandi töflu.

Aðili	Markaðshlutdeild
Oddi	25-30%
Samhentir / Umbúðalagerinn	25-30%
Tempra	10-15%
Saltkaup ehf.	5-10%
Plastco ehf.	5-10%
Bergplast ehf.	5-10%
Frjó	5-10%
Aðrir	5-10%

Í þessu sambandi benda samrunaaðilar einnig á að viðskiptavinir þeirra eigi auðvelt með að velja staðgönguvörur í stað þeirra vara sem keyptar séu af samrunaaðilum enda sé takmörkuð tryggt á markaðnum. Þá búi samrunaaðilar við samkeppni frá erlendum vörum. Viðskiptavinir geti með auðveldum hætti keypt sambærilegar vörur erlendis frá af framleiðendum sem séu töluvert stærri en allir framleiðendur á Íslandi.



Þó samrunaaðilar telji ekki rétt að skilgreina markaðinn í frekari umbúðamarkaði þá kemur í samrunaskrá umfjöllun um markaðinn fyrir umbúðir sem einungis eru notaðar til útflutnings á ferskum fiski. Tilgangur þessa er að sögn samrunaaðila að sýna fram á að þó markaðurinn sé skilgreindur í minnsta mögulega undirmarkað sé markaðshlutdeild samrunaaðila ekki með þeim hætti að markaðsráðandi staða verði til eða slík staða styrkist.

Vísa samrunaaðilar til upplýsinga frá Hagstofunni um útflutning á ferskum fiski, sjá töflu hér fyrir neðan:

	2013	2014	2015
Ísað/kælt	66.335	58.411	67.538
Loftþéttar umbúðir	5.151	5.510	6.183
Eldisfiskur	3.754	4.504	5.555
Heildar útflutningur	75.240	68.425	79.276

Allar tölur eru magn í tonnum.

Þá segir í samrunaskrá að sölugögn samrunaaðila leiði í ljós að flutningsgeta frauðplastkassa sem félögin seldu á þessum árum hafi verið eftirfarandi:

	2013	2014	2015
Flutningsgeta Tempru (frauðplast)	[...]	[...]	[...]
Flutningsgeta Plastgerðarinnar (frauðplast)	[...]	[...]	[...]

Allar tölur eru magn í tonnum.

Af ofangreindum upplýsingum telja samrunaaðilar að markaðshlutdeild félaganna fyrir árin 2013-2015 hafi verið sem hér segir:

	2013	2014	2015
Markaðshlutdeild Tempru	[...]%	[...]%	[...]%
Markaðshlutdeild Plastgerðarinnar	[...]%	[...]%	[...]%

Með vísan til framangreinds taka samrunaaðilar fram í samrunaskrá að þeir telja sig ekki vera í markaðsráðandi stöðu á heildarmarkaði fyrir endursölu á umbúðum á matvælamarkaði, og jafnvel þó markaðurinn væri skilgreindur sem markaður fyrir umbúðir til útflutnings á ferskum fiski.

Hvað varðar stöðu samrunaaðila á markaði fyrir einangrun húsa vísa þeir til áðurnefndrar ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 19/2002. Þar komi fram að Steinullarverksmiðjan (nú Steinull) hafi verið með um 90% markaðshlutdeild á markaðnum. Samrunaaðilar hafa ekki nákvæmar tölur um markaðshlutdeild sína á markaðnum en telja að staða þeirra sé ekki með þeim hætti að markaðsráðandi staða verði til eða styrkist, enda sé markaðshlutdeild þeirra óveruleg.

3.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið tekur ekki afstöðu til þess hvort framangreint mat samrunaaðila á hlutdeild þeirra á þeim mörkuðum sem þeir telja að eigi við sé rétt enda leggur eftirlitið



til grundvallar aðra skilgreiningu á markaðnum en samrunaaðilar, þ.e. að markaðir málsins séu annars vegar markaður fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum og hins vegar markaður fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun.

Við mat á markaðshlutdeild er að jafnaði stuðst við upplýsingar hlutaðeigandi fyrirtækja um tekjur þeirra vegna sölu á vöru og/eða þjónustu sem um ræðir, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006, *Flugþjónustan á Keflavíkurlflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

3.2.1 Markaður fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum

Sem fyrr segir eru þrjú fyrirtæki sem starfa við framleiðslu og sölu á frauðplastkössum hér á landi, þ.e. samrunaaðilar (Tempra og Plastgerðin) og Borgarplast hf. Í því skyni að meta stöðu aðila á skilgreindum markaði aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga um sundurliðun á tekjum frá samrunaaðilum og Borgarplasti fyrir árin 2015 og 2016. Í málinu liggja því fyrir sundurliðaðar tekjuupplýsingar frá fyrirtækjunum fyrir árin 2015 og 2016 til að meta hlutdeild á skilgreindum markaði og koma þær fram í töflum 4 og 5.

Tafla 4 Tekjur vegna sölu á frauðplastkössum á Íslandi árin 2015 2016. Tekjur eru í milljónum kr.

Fyrirtæki	2015	2016
Tempra	[...]	[...]
Plastgerðin	[...]	[...]
Samtals samrunaaðilar	[...]	[...]
Borgarplast	[...]	[...]
Samtals	[...]	[...]

Tafla 5. Markaðshlutdeild miðað við tekjur vegna sölu á frauðplastkössum á Íslandi árin 2014-2016.

Fyrirtæki	2015	2016
Tempra	[75-80]%	[80-85]%
Plastgerðin	[15-20]%	[15-20]%
Samtals samrunaaðilar	[95-100]%	[95-100]%
Borgarplast	[0-5]%	[0-5]%
Samtals	100 %	100 %

Samkvæmt framangreindum töflum er ljóst að markaðshlutdeild samrunaaðila á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastumbúðum á árunum 2015 og 2016 var [95-100]% á móti [0-5]% hlutdeild Borgarplasts hf.

Af framangreindu er ljóst að sameiginleg markaðshlutdeild samrunaaðila er það há að hún veitir mjög sterkar vísbendingar um að Tempra sé fyrir samrunann þegar í markaðsráðandi stöðu með mikla yfirburði hvað hlutdeild varðar og að samruninn yrði til



Þess að styrkja þá stöðu talsvert þar sem eini keppinautur samrunaaðila hefur mjög lága hlutdeild á markaðnum.

3.2.2 Framleiðsla og sala á frauðplasteinangrun

Líkt og áður greinir starfa fimm aðilar við framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun á Íslandi, þ.e. samrunaaðilar, Borgarplast hf., Plastás ehf. og Plastverksmiðjan Ylur ehf. Í því skyni að meta stöðu aðila á skilgreindum markaði aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga um sundurliðun á tekjum frá framangreindum aðilum fyrir árin 2015 og 2016. Koma þær fram í töflum 6 og 7.

Tafla 6. Tekjur vegna sölu á frauðplasteinangrun á Íslandi árin 2015 og 2016. Tekjur eru í milljónum kr.

Fyrirtæki	2015	2016
Tempra	[...]	[...]
Plastgerðin	[...]	[...]
Samtals samrunaaðilar	[...]	[...]
Borgarplast	[...]	[...]
Plastás	[...]	[...]
Plastverksmiðjan Ylur	[...]	[...]
Samtals	[...]	[...]

Tafla 7. Markaðshlutdeild miðað við tekjur vegna sölu á frauðplasteinangrun á Íslandi árin 2015 og 2016.

Fyrirtæki	2015	2016
Tempra	[60-65]%	[60-65]%
Plastgerðin	[15-20]%	[15-20]%
Samtals samrunaaðilar	[75-80]%	[80-85]%
Borgarplast	[5-10]%	[5-10]%
Plastás	[5-10]%	[5-10]%
Plastverksmiðjan Ylur	[0-5]%	[0-5]%
Samtals	100%	100%

Samkvæmt framangreindum töflum er ljóst að markaðshlutdeild samrunaaðila á markaði fyrir sölu á frauðplasteinangrun á árunum 2015 og 2016 var á bilinu [75-85]% á móti [15-25]% hlutdeild annarra aðila á markaðnum.

Af framangreindu er ljóst að sameiginleg markaðshlutdeild samrunaaðila er það há að hún veitir sterkar vísbendingar um að Tempra sé þegar fyrir samrunann í markaðsráðandi stöðu með mjög háa hlutdeild og að samruninn yrði til þess að styrkja þá stöðu talsvert.

4. Mat á samþjöppun

Auk markaðshlutdeildar samrunafyrirtækja og keppinauta þeirra líta samkeppnisyfirvöld til samþjöppunar á markaðnum í heild sinni þegar lögmæti samruna er metið. Eins og



áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á má almennt „ganga út frá því að neikvæð áhrif samruna komi því frekar fram því meiri sem samþjöppunin er á tilteknum markaði“, sbr. úrskurð í máli nr. 6/2006, DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Til þess að meta samþjöppun á einstökum mörkuðum og hættu á samkeppnishömlum vegna m.a. samruna má styðjast við mælikvarða sem nefnist Herfindahl-Hirschman Index (HHI), samanber t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 1/2011, *Búvangur o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu*. HHI-stuðullinn er talinn ein áreiðanlegasta vísbendingin um það hve samþjöppun á markaði er mikil og hvort eða hvenær ástæða er til að fylgjast náið með mörkuðum og frekari samþjöppun í kjölfar samruna.

HHI-stuðullinn er reiknaður með því að leggja saman ferningstölur markaðshlutdeildar (þ.e. markaðshlutdeild í öðru veldi) þeirra fyrirtækja sem eru á þeim markaði sem við á. Við mat á samþjöppun á markaði er lítið til gildis HHI-stuðulsins bæði fyrir og eftir samruna og einnig er horft til þeirrar breytingar sem á stuðlinum verða við samruna.

Í viðmiðunarreglum framkvæmdastjórnar ESB um lárétta samruna eru áhrif slíkra samruna meðal annars metin með HHI-stuðlinum.⁴³ Liggur gildi stuðulsins á milli 0 og 10.000,⁴⁴ en því hærra sem það er þeim mun meiri er markaðssamþjöppunin (e. *market concentration*). Þannig er gildið 10.000 sé aðeins eitt fyrirtæki á markaðnum, en því sem næst 0 séu öll fyrirtækin á markaðnum með örlitla markaðshlutdeild hvert fyrir sig. Í viðmiðunarreglunum er talið ólíklegt að samruni hafi í för með sér samkeppnishömlur þegar gildi HHI-stuðulsins er undir 1.000. Sama á við sé gildið á milli 1.000 og 2.000 og áhrif samrunans undir 250 stigum eða gildið yfir 2.000 og áhrif samrunans undir 150 stigum. Þetta á þó ekki við þegar um er að ræða:

- Samruna við fyrirtæki sem er mögulegur eða nýr keppinautur á markaði.
- Samruna við fyrirtæki sem hefur verið í fararbroddi með nýjungar á markaði enda þótt það hafi ekki haft í för með sér aukna markaðshlutdeild.
- Verulegt krosseignarhald markaðsaðila.
- Samruna við „maverick“ fyrirtæki.
- Samruna þar sem vísbendingar eru um að samræmdar aðgerðir hafi átt eða eigi sér stað.
- Samruna við fyrirtæki sem hefur a.m.k. 50% markaðshlutdeild.

Verður nú samþjöppun á mörkuðum málsins metin og verður stuðst við mælikvarða HHI-stuðulsins. Í töflum 5 og 7 hér að ofan má sjá markaðshlutdeild samrunaaðila á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum annars vegar og á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun hins vegar. Er miðað við þær tölur í neðangreindum útreikningum á HHI stuðlinum. Þetta þýðir að niðurstaða á útreikningi á HHI-stuðli yrði eftirfarandi:

Tafla 8. HHI stuðull á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum á árunum 2015 og 2016.

⁴³ Sjá Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03), Official Journal C 31, 05.02.2004.

⁴⁴ Sem dæmi má nefna markað með 10 fyrirtækjum sem hvert um sig er með 10% markaðshlutdeild. HHI-stuðullinn væri þar $(102) \cdot 10 = 1.000$.



	Fyrir samruna	Eftir samruna	Hækkun
2015	[6.000 - 6.500]	[9.000 - 9.500]	[2.500 - 3.000]
2016	[6.500 - 7.000]	[9.000 - 9.500]	[2.000 - 2.500]

Tafla 9. HHI stuðull á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun á árunum 2015 og 2016.

	Fyrir samruna	Eftir samruna	Hækkun
2015	[4.000 - 4.500]	[6.000 - 6.500]	[2.000 - 2.500]
2016	[4.500 - 5.000]	[6.500 - 7.000]	[2.000 - 2.500]

Við samrunann hækkar stuðullinn á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum um [2.000 - 3.000] stig sé litið til markaðshlutdeildar keppinautanna á árunum 2015 og 2016 og ljóst að samþjöppun var þar mikil fyrir og mun hún aukast mikið við samrunann. Á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun hækkar stuðullinn um [2.000 - 2.500] stig sé litið til markaðshlutdeildar keppinautanna á árunum 2015 og 2016.

Svo sem fram kom hér á undan teljast markaðir þar sem HHI-stuðullinn er yfir 2.000 vera verulega samþjappaðir og hætta á samkeppnislegri röskun ef gildið hækkar um 150 stig. Er ljóst að samþjöppun á umræddum mörkuðum í máli þessu er langt fyrir ofan þessi mörk.

Við mat á samþjöppun er einnig gagnlegt að líta til þess með hvaða hætti markaðsgerðin breytist í kjölfar samruna. Við framkvæmd samrunareglanna lítur framkvæmdastjórn ESB sérstaklega til þess hvort samruni færi mikilvægan keppinaut af markaði og takmarki samkeppnilegt aðhald. Ef samruni felur í sér fækkun keppinauta úr fjórum í þrjá eru líkur á því að framkvæmdastjórnin taki mál til ítarlegrar skoðunar. Ef samruni felur í sér fækkun keppinauta úr þremur í tvo eru mjög miklar líkur á því að framkvæmdastjórnin muni hafa alvarlegar áhyggjur af áhrifum samruna á samkeppni.⁴⁵ Í kjölfar þessa samruna, komi hann til framkvæmda, verða aðeins tveir keppinautar starfandi á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum. Þar af var hlutdeild eina keppinautar hins sameinaða fyrirtækis aðeins [0-5]% árið 2016. Verður að telja verulegar líkur á að slík breyting á markaðsgerðinni sé til þess fallin að takmarka samkeppni með alvarlegum hætti. Þannig verði hið sameinaða fyrirtæki nánast með einokunarstöðu á markaðnum.

Hvað markað fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun varðar verða aðeins fjórir keppinautar starfandi á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun. Þar af eru tveir aðilar sem hafa óverulega hlutdeild á markaðnum, selja nær alla framleiðslu sína innan síns heimasvæðis og veita því hinu sameinaða fyrirtæki takmarkað samkeppnislegt aðhald á landinu öllu. Verður því að telja verulegar líkur á að slík breyting á markaðsgerðinni sé til þess fallin að takmarka samkeppni með alvarlegum hætti.

⁴⁵ Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, 3. útg. 2014, bls. 697-699. „In practice, in considering whether to intervene in a concentration, the Commission will look at whether the merger leads to the removal of an important competitive constraint. ... Rather than focusing on precise market shares, it is often more informative to look at the number of significant competitors in the market. In practice, the Commission will in most instances not have any concerns about a reduction in the number of market players from five to four ...; it will look closely at mergers reducing the number of significant competitors from four to three; it is highly likely that it will have serious concerns if the merger reduces the number of players from three to two; and the likelihood of a serious problem is extremely high if it is a merger resulting in a monopoly.”



Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að samruni þessi hafi verulega samþjöppun í för með sér á þeim mörkuðum sem máli skipta, mörkuðum þar sem umtalsverð samþjöppun var fyrir.

5. Efnahagslegur styrkleiki

Við mat á áhrifum samruna getur efnahagslegur styrkleiki skipt máli, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í mál nr. 8/2008, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í úrskurðinum segir:

„Sem fyrr var frá greint koma mörg önnur sjónarmið heldur en markaðshlutdeildin til álita þegar það er metið hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Eitt þeirra er almennur efnahagslegur styrkur viðkomandi fyrirtækis, einkum fjárhagslegir og aðrir efnahagslegir yfirburðir.“

Þá getur einnig haft þýðingu hver sé staða tengdra félaga, þ.e. fyrirtækja innan sömu fyrirtækjasamstæðu og hvort þau starfi á mörkuðum sem tengjast þeirri starfsemi sem til skoðunar er.⁴⁶

Samkvæmt samrunaskrá er Tempra í 100% eigu eignarhaldsfélagsins Promens Reykjavík ehf. Í eigu Promens Reykjavíkur ehf. er einnig Sæplast Iceland ehf. Fyrirtækið er með starfsemi á Dalvík og framleiðir einangruð ker, einkum hverfissteypit einangruð umbúðaker, og bretti sem notuð eru í matvælaframleiðslu og endurvinnsluiðnaði. Þá á Sæplast Iceland ehf. 53% hlut í félaginu iTub AS, sem skráð er í Noregi, sem aftur á félagið iTub ehf. sem er einnig með starfsemi á Dalvík. iTub sérhæfir sig í leigu á fiskikörum til notkunar í sjávarútvegi.

Áður var Tempra í eigu Promens hf. sem var þá undir yfirráðum Framtakssjóðs Íslands slhf. og Horns fjárfestingarfélags ehf., sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 5/2012, *Sameiginleg yfirráð Framtakssjóðs Íslands slhf. og Horns fjárfestingarfélags ehf. yfir Promens hf.* Var Promens hf. þá móðurfyrirtæki samstæðu fyrirtækja sem störfuðu í plastframleiðslu. Á vegum samstæðunnar voru reknar 45 verksmiðjur í Evrópu, Norður Ameríku, Asíu og Afríku. Í nóvember 2014 gerði breski plastframleiðandinn RPC Group Plc bindandi tilboð í allt útgefið hlutfélag Promens Group AS, sem var þá dótturfélag Promens hf. og hélt utan um allan rekstur fyrirtækisins. Í febrúar árið 2015 tilkynnti Framtakssjóður Íslands slhf. um að kaupum RPC Group Plc á Promens Group AS væri lokið. RPC Group Plc er líkt og Promens alþjóðlegur framleiðandi plastumbúða fyrir matvælaiðnað, neytenda og iðnaðarmarkað.⁴⁷ Fyrirtækjasamstæðan samanstendur í dag af yfir 188 dótturfélögum með starfsemi í yfir 34 löndum.⁴⁸

Í málinu liggja fyrir ársreikningar Plastgerðarinnar og allra þeirra fyrirtækja í eigu Promens Reykjavíkur ehf. sem eru með starfsemi á Íslandi. Þá hefur Samkeppniseftirlitið aflað ársreikninga Borgarplasts hf., Plastáss ehf. og Yls ehf.⁴⁹ Þess að auki hefur

⁴⁶ Sjá t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 51/2007, *Samruni Reynimels ehf. og Kynnisferða ehf.*, sbr. og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 22/2003.

⁴⁷ Sjá heimasíðu Framtakssjóðs Íslands: <http://framtakssjodur.is/kaupum-rpc-a-promens-lokid/>.

⁴⁸ Sjá heimasíðu RPC Group Plc: <http://www.rpc-group.com/about-us>.

⁴⁹ Félagið Plastverksmiðjan Ylur ehf. var stofnað í maí 2016 og tók þá við rekstri félagsins Yls ehf.



Samkeppniseftirlitið aflað ársreiknings RPC Group Plc frá Tempru. Af ársreikningum samrunaaðila annars vegar og keppinauta þeirra verður ekki dregin önnur ályktun en sú að efnahagslegur styrkleiki samrunaaðila sé gríðarlegur umfram styrkleika keppinauta þeirra. Í því sambandi er rétt að benda á að velta samstæðunnar á Íslandi er tæplega fimmföld á við samanlagða veltu keppinauta hennar. Neðangreind tafla varpar enn frekara ljósi á þetta, er hún unnin úr ársreikningum og innsendum gögnum umræddra fyrirtækja.

Tafla 10. Upplýsingar í milljónum króna um heildartekjur, EBITDA, heildareignir og eigið fé fyrirtækja undir yfirráðum Promens Reykjavík ehf., Plastgerðarinnar og keppinauta fyrir árið 2015.⁵⁰

	HEILDAR- TEKJUR	EBITDA	HEILDAR – EIGNIR	EIGIÐ FÉ
Tempra ehf.	[...]	[...] ⁵¹	[...]	[...]
Sæplast Iceland ehf.	[...]	[...]	[...]	[...]
iTub ehf.	[...]	[...] ⁵²	[...]	[...]
Plastgerðin	[...]	[...]	[...]	[...]
Samtals samrunaaðilar	[...]	[...]	[...]	[...]
Borgarplast	[...]	[...]	[...]	[...]
Ylur ehf. ⁵³	[...]	[...]	[...]	[...]
Plastás	[...]	[...]	[...]	[...]

Af framansögðu er að mati Samkeppniseftirlitsins ljóst að samrunaaðilar hafa umtalsverða fjárhagslega og efnahagslega yfirburði yfir keppinauta sína, ef af samrunanum yrði. Þá skal litið til þess að í framangreindri töflu er aðeins litið til þeirra félaga sem tilheyra sömu fyrirtækjasamstæðu og Tempra sem eru með starfsemi á Íslandi. Fyrir liggur að Tempra tilheyrir RPC Group Plc sem líkt og áður greinir er alþjóðleg hönnunar- og verkfræðifyrirtækjasamstæða með starfsemi í yfir 34 löndum og velti [...] ⁵⁴ milljón pundum árið 2015. Af þessu er ljóst að móðurfélag Tempru er mjög öflugur bakhjarl.

Þegar fjárhagsleg staða samrunafyrirtækjanna sem og tengdra félaga er virt í samhengi við markaðshlutdeild á hinum skilgreinda markaði kemur fram skýr vísbinding um yfirburðastöðu á markaðnum. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að svo mikill munur á fjárhagslegum styrkleika sem raun ber vitni milli Tempru og keppinauta hennar vísi til enn styrkari stöðu félagsins á skilgreindum mörkuðum en markaðshlutdeildin ein segir til um.

⁵⁰ Neðangreind tafla byggir á ársreikningum umræddra fyrirtækja fyrir árið 2015 ásamt öðrum gögnum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað frá samrunaaðilum. Vakin er athygli á því að á árinu 2015 var reikningsári fyrirtækja í eigu Promens Reykjavík ehf. breytt frá 31. desember til 31. mars ár hvert. Ársreikningar þessara félaga ná því yfir tímabilið 1. janúar 2015 til 31. mars 2016. Vegna þessa eru upplýsingar í töflunni settar fram með þeim hætti að reiknaðar eru út heildartekjur og EBITDA þessara félaga fyrir 12 mánuði út frá meðaltali hvers mánaðar á umræddu 15 mánaða tímabili.

⁵¹ EBITDA reiknuð út á eftirfarandi máta úr ársreikningi félagsins: (rekstrarhagnaður) + (afskriftir). Sjá afskriftir í þriðja lið undir skýringu 4 í ársreikningi.

⁵² EBITDA reiknuð út á eftirfarandi máta úr ársreikningi félagsins: (operating loss) + (depreciation charge for the year).

⁵³ Félagið Plastverksmiðjan Ylur ehf. var stofnað í maí 2016. Áður var reksturinn í félaginu Ylur ehf.

⁵⁴ Fellt út vegna trúnaðar.



6. Möguleg samkeppni og aðgangshindranir að mörkuðum málsins

Við mat á því hvort samruni hindri virka samkeppni er rétt að horfa til þess hvort um sé að ræða aðgangshindranir inn á viðkomandi markaði sem takmarka möguleika nýrra keppinauta við að hasla sér þar völl, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga. Aðgangshindranir eru hvers konar hindranir sem gera nýjum keppinauti erfitt að komast inn á viðkomandi markað. Þessar hindranir geta t.d. verið af lagalegum toga, þær geta falist í nauðsyn þess að ná lágmarks stærð svo rekstur verði hagkvæmur og í miklum óendurkræfum kostnaði ef innkoma á markaðinn misheppnast. Dæmi um slíkan kostnað er kostnaður við markaðssetningu og kostnaður við rannsóknir og þróun. Mikilvægt er að hafa í huga að álitamálið er ekki hvort nýr aðili geti hafið starfsemi á viðkomandi markaði. Álitamálið er hversu líklegt sé að inn á markaðinn komi burðugur keppinautur sem sé fær um að veita viðkomandi fyrirtæki nægjanlega virka samkeppni þannig að dregið sé verulega úr markaðsstyrk þess.⁵⁵

Vissir markaðir einkennast af mjög mikilli og auðveldri innkomu og útgöngu (e. *hit and run markets*). Jafnan sveiflast þessir markaðir verulega í samræmi við hagsveifluna og aðra þætti. Í því felst að þátttakendum á markaðnum fjölgar þegar vel árar en fjöldi þeirra dregst saman þegar illa árar. Til þess að innkoma og útganga af markaði sé einföld er meðal annars nauðsynlegt að regluverk sé einfalt og ekki þurfi að kosta miklu til í því skyni að fara inn á markað svo mögulegt sé að selja rekstrarfjármunina við útgöngu. Jafnframt þurfa skammtímasamningar að vera ráðandi til þess að mögulegt sé að hætta rekstri hvenær sem er. Þá myndi sveiflubundin eftirspurn ýta undir það að seljendur fari inn og út af markaði í miklum mæli.

6.1 Sjónarmið samrunaaðila

Í samrunatilkynningunni kemur fram sú skoðun samrunaaðila að aðgangshindranir á mörkuðum málsins séu ekki miklar. Telja samrunaaðilar að engar aðgangshindranir séu í lögum eða reglugerðum, eða leyfisveitingum. Þá takmarkist markaðurinn ekki af einkaleyfum eða öðrum hugverkaréttindum. Nauðsynleg tækniþekking sé til staðar víða, meðal annars hjá helstu vélaframleiðendum og hráefnisbirgjum og því takamarkaðar tæknilegar hindranir fyrir nýja aðila að koma inn á markaðinn. Áætlað er að Tempa að kostnaður við að setja á laggirnar nýja fullbúna verksmiðju á Íslandi til framleiðslu á frauðplastkössum sé um það bil [...] milljónir króna. Samrunaaðilar telja vissulega að stærðarhagkvæmni sé kostur, eins og á fleiri mörkuðum, en vægi slíkrar hagkvæmni geti ekki talist vera aðgangshindrun, en það sjáist vel af samsetningu markaðarins í dag sem samanstandi af mörgum litlum og meðalstórum fyrirtækjum.

Hvað varðar framleiðslu á frauðplastkössum þá hafa samrunaaðilar einnig við meðferð málsins vísað til þess að fiskeldi sé vaxandi atvinnugrein á Íslandi og fyrirsjáanleg sé mikil aukning á eftirspurn eftir frauðplastkössum. [...] ⁵⁶ Gríðarlegur vöxtur sé því fyrirsjáanlegur með tilheyrandi tækifærum á markaðnum. Þá benda samrunaaðilar jafnframt á að um þessar mundir sé kassaverksmiðja í bígerð á Bíldudal en fyrir liggja að

⁵⁵ Sjá t.d. C.J. Cook og C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 5. útg. 2009, bls. 247-250. „[I]s new entry capable of constraining the behaviour of a monopolist or destabilising a cosy oligopoly? The answer involves an assessment both of entry barriers and of the period of time likely to be needed for a potential entrant to establish a viable sustainable presence on the market. A mere possibility of entry is not sufficient.” (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins).

⁵⁶ Fellt út vegna trúnaðar.



búið sé að sækja um lóð fyrir slíka verksmiðju. Þetta komi fram í fundargerð skipulags- og umhverfisráðs vegna fundar nr. 24 sem haldinn hafi verið á Patreksfirði þann 25. júlí 2016. Áætlað sé að framleiða 450.000 kassa á árinu 2017 og 1.000.000 kassa árið 2018.

Hvað varðar framleiðslu á frauðplasti til húsaeinangrunar vísa samrunaaðilar til þess í samrunaskrá að þau fyrirtæki sem aðeins framleiði frauðplast til húsaeinangrunar geti með nokkuð auðveldu móti bætt við sig framleiðsluvélum til þess að framleiða einnig frauðplastumbúðir fyrir matvælaeiðnað enda búi þau fyrirtæki yfir þeirri tækniþekkingu, vélbúnaði og viðskiptasamböndum við hráefnisbirgja sem nauðsynleg séu fyrir framleiðsluna að öðru leyti. Sé því um að ræða talsvert samkeppnislegt aðhald frá þeim fyrirtækjum. Þá hafa samrunaaðilar við meðferð málsins jafnframt gert athugasemdir við að Samkeppniseftirlitið taki ekki fullnægjandi afstöðu til þeirra möguleika sem fyrirtæki sem framleiði frauðplastafurðir hafi til að breyta vöruframboði sínu.

Þá hafa samrunaaðilar við meðferð málsins gagnrýnt það mat Samkeppniseftirlitsins að kostnaður við uppsetningu frauðplastkassaverksmiðju sé hár. Vísa þeir til þess að við meðferð málsins hafi nokkrir af stærri viðskiptavinum félagsins lýst því að þeir muni skoða möguleika á að hefja eigin framleiðslu á frauðplastkössum. Gagnrýna samrunaaðilar það mat Samkeppniseftirlitsins sem fram kom í andmælaskjali að kostnaður upp á [...] milljónir kr. til að hefja framleiðslu á frauðplastkössum feli í sér aðgangshindrun. Að lokum gera samrunaaðilar athugasemd við þá afstöðu Samkeppniseftirlitsins að fjárfesting í búnaði til framleiðslu á frauðplastkössum feli í sér sokkinn kostnað. Vísa þeir til þess að eftirmarkaður sé fyrir slíkan búnað erlendis.

6.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Líkt og áður greinir byggja samrunaaðilar á því að á mörkuðum málsins séu engar aðgangshindranir í lögum eða reglugerðum, eða leyfisveitingum. Þrátt fyrir þetta kemur einnig fram í samrunaskrá að gildandi réttur geri þá kröfu að vörur til bygginga skuli vera CE vottaðar. Er þetta í samræmi við 5.1.1. gr. byggingarreglugerðar nr. 112/2012 en samkvæmt því ákvæði skulu byggingarvörur á markaði vera CE-merktar. Þá kemur einnig fram í samrunaskrá að fjárfesting í búnaði til að geta fengið CE merkingu sé umtalsverð og [...] ⁵⁷

Að öðru leyti gilda að mati Samkeppniseftirlitsins allar almennar reglur um framleiðendur frauðplastkassa og frauðplasteinangrunar sem einnig gilda um annan atvinnurekstur.

Í samrunaskrá er tekið fram að markmið samrunans sé að ná fram betri nýtingu á starfskröftum og framleiðslubúnaði í þeim tilgangi að bæta framleiðsluna. Forsvarsmenn Tempru sjá einnig fyrir sér að fyrirhugaður samruni geti skilað sér í betri vörum með aukinni vöruþróun hjá stærra og öflugra fyrirtæki. Til að ná þessum markmiðum þurfi Tempra að stækka við sig enda kalli tækniframfarir við framleiðslu á plasti á dýrar fjárfestingar. Til að slíkar fjárfestingar borgi sig þurfi framleiðslumagn að ná a.m.k. tilteknu lágmarki. Með því að stækka eininguna telja forsvarsmenn félaganna að nýting framleiðslubúnaðar batni til muna, betra verð fáiast á hráefni og hægt verði að fylgja tækniframförum í auknum mæli.

⁵⁷ Fellt út vegna trúnaðar.



Í framangreindu felst það mat samrunaaðila að stærðarhagkvæmni skipti töluverðu máli fyrir möguleikann til að keppa á markaðnum. Ætla verður að nýr keppinautur þurfi á skömmum tíma að afla sér nægjanlegra viðskipta til að nauðsynleg stærðarhagkvæmni náist í rekstrinum.

Samkeppniseftirlitið telur að til þess að komast inn á markað fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum og hasla sér þar völl sem burðugur keppinautur þurfi töluverða fjárfestingu. Það er jafnan svo að innganga á markaði þar sem fjárbinding er lítil er auðveldari en á aðra markaði. Helgast það af því að auðvelt er að hætta starfsemi ef illa gengur. Þá má segja að almennt séu sérhæfðir rekstrarfjármunir erfiðari í endursölu en aðrar eignir. Í ljósi þess að sérhæfð rekstartæki eru nauðsynleg við framleiðslu á frauðplastseinangrun og frauðplastkössum má ætla að innganga sé þegar nokkuð torveld.

Hvað mat samrunaaðila hvað samsetningu markaða málsins varðar skal lítið til þess að Samkeppniseftirlitið leggur til grundvallar aðra skilgreiningu á markaðnum en samrunaaðilar, þ.e. að markaðir málsins séu annars vegar markaður fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum og hins vegar markaður fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun. Þannig samanstanda þeir markaðir ekki af mörgum litlum og meðalstórum fyrirtækjum. Auk þess er innflutningur á frauðplastvörum mjög takmarkaður sem takmarkar það t.a.m. að innflytjendur á öðrum umbúðum (t.d. bylgjuplastkössum) hefji innflutning á frauðplastkössum. Þá ber markaðsgerð umræddra markaða það ótvírætt með sér að stærðarhagkvæmni skiptir töluverðu máli. Markaðir málsins eru ekki stórir og eru yfirburðir Tempru á þeim miklir og hafa verið það í langan tíma. Þá hefur framboð á frauðplastkössum og frauðplasteinangrun til þessa verið fullnægjandi fyrir þarfir íslenska markaðarins. Getur það orðið til þess að letja mjög innkomu nýrra aðila á markaðinn ef þar er fyrir markaðsráðandi fyrirtæki sem á auðvelt með að auka framleiðslu sína.

Sem fyrr segir vísa samrunaaðilar til þess að líkur séu á að markaðurinn muni stækka mikið á næstu árum vegna aukningar í fiskeldi auk þess sem fyrirhugað sé að stofna nýja verksmiðju fyrir framleiðslu á frauðplastkössum á Bíldudal. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að þessi atriði dragi úr aðgangshindrunum á skilgreindum markaði fyrir framleiðslu á frauðplastkössum. Ljóst er að ef samruninn myndi ná fram að ganga yrði sameinað fyrirtæki með um [95-100]% hlutdeild á þessum markaði. Verður að telja að fyrirtæki með svo háa hlutdeild sé í kjörstöðu til að ná til sín auknum viðskiptum ef til umtalsverðrar aukinnar eftirspurnar kæmi, enda býr það nú þegar yfir bestri þekkingu á starfsemi og markaðsaðstæðum. Þá er ljóst að ef auka þyrfti framleiðslugetu væri fyrirtæki með svo háa hlutdeild og mikinn fjárhagslegan styrkleika hvað best í stakk búið til að auka hana verulega. Hvað varðar vísun til þess að mögulega verði byggð ný kassaverksmiðja á Bíldudal, þá hafa framkvæmdir við hana ekki hafist ennþá. Er því alls óvíst ennþá hvort eða hvenær sú verksmiðja muni hefja starfsemi þrátt fyrir að sótt hafi verið um lóð fyrir hana fyrir tæplega ári síðan.

Hvað varðar það sjónarmið samrunaaðila að stærri viðskiptavinir þeirra geti mögulega hafið eigin framleiðslu á frauðplastkössum telur Samkeppniseftirlitið rétt að líta til þess að ekkert liggur fyrir um slík áform stærri viðskiptavina fyrir utan mögulega umrædda kassaverksmiðju á Bíldudal. Þá verður ekki séð að það sé raunhæfur möguleiki fyrir lítil og meðalstór fyrirtæki í sjávarútvegi að hefja eigin framleiðslu á frauðplastkössum



samkvæmt sjónarmiðum sem bárust frá slíkum fyrirtækjum við meðferð málsins. Þá er ljóst að jafnvel þó einhver af stærri viðskiptavinum Tempru myndi hefja eigin framleiðslu á frauðplastkössum er alls óvíst að öðrum kaupendum myndi bjóðast að kaupa þá kassa sem væri þó nauðsynleg forsenda fyrir því að slík framleiðsla teldist á sama markaði og framleiðsla samrunaaðila í skilningi 4. gr. samkeppnislaga.

Samrunaaðilar vísa einnig til þess að önnur fyrirtæki sem framleiði frauðplast til húsaeinangrunar geti auðveldlega bætt við sig framleiðsluvélum og hafið framleiðslu á frauðplastkössum. Fyrir liggur að þau fyrirtæki sem um ræðir eru Plastás og Plastverksmiðjan Ylur. Í tengslum við rannsókn málsins aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga um hvort fyrirtækin hefðu möguleika á að hefja framleiðslu á frauðplastkössum í samkeppni við samrunaaðila. [...] ⁵⁸ Þá er einnig ljóst að auk þess að bæta við sig framleiðsluvélum þurfa viðkomandi aðilar einnig að hafa nægilega stórt húsnæði þar sem frauðplastkassar eru rúmmálsfrekir.

Varðandi aðgangshindranir skiptir að mati Samkeppniseftirlitsins einnig verulegu máli að Tempra hefur haft yfirburðarstöðu á báðum skilgreindum mörkuðum málsins um langt árabíl. Hvað varðar markaðinn fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum hefur fyrirtækið a.m.k undanfarin tvö ár (2015-2016) verið með í kringum [75–85]% hlutdeild og á markaðnum fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun hefur hlutdeildin undanfarin tvö ár (2015-2016) verið í kringum [60-65]%, sbr. umfjöllun hér að framan. Þá telur Samkeppniseftirlitið sterkar vísbendingar um að Tempra hafi haldið þessari háu hlutdeild í mun lengri tíma. Þetta er því mótsögn við þá fullyrðingu samrunaaðila að litlar eða engar aðgangshindranir séu að markaðnum. Ef litlar aðgangshindranir væru að þessum mörkuðum leiða hagfræðileg rök til þess að nýir eða starfandi keppinautar hefðu með aðgerðum sínum dregið verulega úr markaðsstyrk Tempru. ⁵⁹ Það hefur ekki gerst á því tímabili sem til skoðunar er og er það, eitt og sér, óræk vísbending um að Tempra sé nú þegar markaðsráðandi og að aðstæður á markaði hindri nýja og starfandi keppinauta í að komast inn á markaðinn og ná þar einhverri hlutdeild eða efla verulega hlut sinn. ⁶⁰

Með vísan til framanritaðs er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að innganga inn á markaði málsins sé nokkuð torveld. Þá getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á það með samrunaaðilum að mögulegur vöxtur á markaðnum vegna aukins fiskeldis dragi úr aðgangshindrunum á markaðnum fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum. Sameinað fyrirtæki yrði best í stakk búið til að taka við þeirri aukningu ef af henni verður enda nú þegar sterkur aðili og stofnkostnaðurinn er mikill. Þá er alls óvíst er um stofnun nýrrar kassaverksmiðju á Bíldudal. Þá er ljóst að þeir aðilar sem ætla sér inn á markaðinn verða að eiga nokkuð sterkt fjárhagslegt bakland enda er áhættan mikil ef starfsemin gengur illa og ekki auðvelt að hætta starfsemi vegna töluverðs sokkins kostnaðar (e. *sunk cost*)

⁵⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

⁵⁹ Sjá t.d. Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007, bls. 321: „*The temporal element is crucial to the existence of dominance. In the absence of insurmountable barriers to entry, market forces would normally ensure that dominance is not sustainable over the long term.*”

⁶⁰ Sjá hér einnig dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461: „*An undertaking which has a very large market share and holds it for some time, ... is by virtue of that share in a position of strength which makes it an unavoidable trading partner and which, already because of this secures for it, at the very least during relatively long periods, that freedom of action which is the special feature of a dominant position.*” Sjá einnig Lindsay, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, önnur útgáfa 2006 bls. 220: „*If the merging parties have held consistently high market shares over several years, this suggests that they enjoy market power.*”



sem þyrfti að leggja út í. Þá er ljóst að kaupa þarf sérhæfðar vélar sem væntanlega eru erfiðari í endursölu en aðrar eignir. [...] ⁶¹ Loks felst ákveðin vísbending í þeirri staðreynd hversu fáir aðilar starfa nú þegar á umræddum markaði. Þá hafa að sögn samrunaaðila ekki ný fyrirtæki haslað sér völl á mörkuðum málsins á síðustu fimm árum.

Við mat á lögmæti samruna skal jafnframt líta til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hefur áhrif á samkeppnisstöðu hins sameinaða fyrirtækis, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga. Telja samrunaaðilar engar innflutningshindranir vera á frauðplastkössum, en slíkar verksmiðjur erlendis séu yfirleitt mun stærri en verksmiðjur samrunaaðila. Ætla megi að heildarmarkaður fyrir frauðplastkassa hér á Íslandi sé á við miðlungs eða litla verksmiðju erlendis. Markaðurinn sé því opinn fyrir erlendri samkeppni og samkeppni frá nýjum aðilum.

Eins og kom fram hér að framan eru landfræðilegir markaðir málsins landið allt. Að öllu jöfnu er það mat Samkeppniseftirlitsins að engin alþjóðleg samkeppni sé til staðar á markaðnum. Í fyrri tilvitnuðum ákvörðunum hefur Samkeppniseftirlitið bent á að erlendir birgjar á umbúðamarkaði geti veitt innlendum aðilum einhverja samkeppni í ljósi þess að beinn innflutningur innlendra fyrirtækja á umbúðum sé þó nokkur. Að mati Samkeppniseftirlitsins á það þó ekki við um frauðplastkassa og ekki heldur við um frauðplasteinangrun. Við rannsókn málsins aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá viðskiptavinum samrunaaðila, keppinautum og fyrirtækjum sem starfa við innflutning og sölu á öðrum tegundum umbúða um möguleika á innflutningi á frauðplastumbúðum og frauðplasteinangrun til landsins. Að mati flestra aðila sem leitað var til er ekki talinn raunhæfur möguleiki á að flytja slíkar vörur til landsins þar sem það er of dýrt. Rúmmál frauðplasts sé mjög mikið og t.a.m. pakkist frauðplastkassar ekki saman. Af því leiði að flutningskostnaður sé tiltölulega hár sem hlutfall af verðmæti vöru. Verður því að ætla að hár flutningskostnaður feli í sér töluverðar innflutningshindranir á frauðplastkössum.

Samrunaaðilar hafa reyndar í athugasemdum sínum bent á dæmi um innflutning á einangrunarfrauðplasti til Íslands. Athugun Samkeppniseftirlitsins leiddi hins vegar í ljós að um einangrað tilvik eins byggingarverktaka var að ræða sem hefur litla þýðingu í þessu sambandi.

Með hliðsjón af framangreindu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að miklar aðgangshindranir séu að skilgreindum mörkuðum málsins sem myndu torvela innkomu núverandi og mögulegra keppinauta inn á þá. Telur eftirlitið að ef samruninn myndi ná fram að ganga og til yrði fyrirtæki með [95-100]% hlutdeild yrði það til þess fallið að auka aðgangshindranir enn frekar og takmarka möguleika annarra keppinauta til að hasla sér völl á skilgreindum mörkuðum.

7. Kaupendastyrkur

Samrunaaðilar byggja á því að kaupendastyrkur sé töluverður á flestum af mörkuðum málsins. Viðskiptavinir þeirra séu almennt öflug fyrirtæki sem eigi mikil viðskipti við samrunaaðila. Skipti því miklu máli að halda í viðskiptavinum. Við meðferð málsins hafa samrunaaðilar gagnrýnt að Samkeppniseftirlitið vanmeti hversu afgerandi áhrif kaupendur kunni að hafa á Tempru með aðgerðum sínum.

⁶¹ Fellt út vegna trúnaðar.



Í samkeppnisrétti merkir hugtakið kaupendastyrkur það að kaupendur séu svo öflugir að þeir ryðji burt eða geri að engu þann efnahagslega styrk sem seljandi hefur, svo sem á grundvelli hárrar markaðshlutdeildar, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006, *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.⁶² Í viðmiðunarreglum framkvæmdastjórnar ESB um lárétta samruna er kaupendastyrkur metinn með hliðsjón af getu viðskiptavinarins til að semja við hið sameinaða félag í krafti stærðar sinnar, þýðingu viðskiptanna fyrir hið sameinaða félag og möguleikunum til að leita til annars seljanda.⁶³ Markaðir, þar sem kaupendastyrkur er verulegur, eru því óvenjulegrar gerðar og kaupendur á honum mjög fáir og öflugir. Er því sjaldgæft að kaupendastyrkur dugi til þess að afstýra samkeppnishömlum í málum þar sem mikil samþjöppun verður eftir viðkomandi samruna.⁶⁴ Jafnframt verður að gæta að því að kaupendastyrkur fárra öflugra kaupenda nægir ekki í þeim tilvikum þegar jafnframt eru margir veikir kaupendur á markaðnum. Ástæða þess er sú að fyrirtæki með háa markaðshlutdeild getur hæglega beitt markaðsstyrk sínum gagnvart hinum veikum kaupendum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006, *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.⁶⁵

Í samrunaskrá kemur fram að stærstu viðskiptavinir samrunaaðila séu öflug sjávarútvegsfyrirtæki. Samkeppniseftirlitið telur vissulega að líkur standi til þess að öflugustu sjávarútvegsfyrirtækin teljist hafa nokkurn kaupendastyrk. Samkeppniseftirlitið getur þó ekki fallist á að umræddir viðskiptavinir séu það öflugir að þeir ryðji burt eða geri að engu þann efnahagslega styrk sem hið sameinaða félag mun búa yfir. Þó öflugustu sjávarútvegsfyrirtækin séu umfangsmiklir kaupendur af frauðplastkössum er ekkert þeirra það stór kaupandi að tilfærsla á viðskiptum þeirra til annars keppinauts hefði afgerandi áhrif á markaðsstöðu Tempru. Samkvæmt upplýsingum sem bárust frá Tempru um 50 stærstu viðskiptavini fyrirtækisins er ljóst að árið 2016 hafa kaup stærsta viðskiptavinar fyrirtækisins á frauðplastkössum ekki verið meiri en sem nemur [...]% af heildarmarkaðnum. ([...]%) ef aðeins er miðað við veltu Tempru). Kaup tíu stærstu viðskiptavina Tempru námu hins vegar [...]% af heildarmarkaðnum. ([...]%) ef aðeins er miðað við veltu Tempru). Af þessu telur Samkeppniseftirlitið að kaupendastyrkur sé ekki fyrir hendi í þessu máli nema að óverulegu leyti og hann er langt frá því að hafa áhrif á markaðsstöðu Tempru.

Í þessu sambandi tekur eftirlitið jafnframt fram að þrátt fyrir að á mörkuðum málsins séu nokkrir mjög öflugir kaupendur er ljóst að á þessum markaði eru einnig margir smærri kaupendur. Vísar Samkeppniseftirlitið hér til þess að fyrirtæki með háa markaðshlutdeild getur hæglega beitt markaðsstyrk sínum gagnvart þessum síðarnefndu kaupendum, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006, *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hefur þetta sjónarmið einnig verið staðfest af undirrétti ESB⁶⁶ og framkvæmdastjórn ESB.⁶⁷

⁶² Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í Coca-Cola/Amalgamated Beverages málinu nr. COMP/M.794: „... in an assessment of dominance the question is whether there is sufficient countervailing buyer power to neutralize the market power of the parties.“

⁶³ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03). Official Journal C 31, 05.02.2004. Fimmti kafli.

⁶⁴ Sjá t.d. Lindsay & Berridge, *The EC Merger Regulation*, þriðja útgáfa 2009, bls. 2009.

⁶⁵ Sjá hér einnig dóm undirréttar ESB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v. Commission* [1999] ECR II- 2969.

⁶⁶ Sjá hér dóm undirréttar ESB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II- 2969: „Although in the contested decision the Commission recognised to some degree (point 107) the commercial strength of the



Hér skiptir og máli að margir viðskiptavinir samrunaaðila hafa bent á að þeir hafi ekki kost á að kaupa frauðplastkassa frá öðrum aðilum en samrunaaðilum. Þá hafa sömu aðilar jafnframt bent á að innflutningur á þessum vörum sé ekki mögulegur. Aðspurðir um möguleika á því að hefja eigin framleiðslu á frauðplastkössum töldu nokkrir af stærri viðskiptavinum samrunaaðila vera raunhæfan möguleika á slíku. Flestir viðskiptavina samrunaaðila telja sig þó ekki hafa forsendur eða burði til að hefja slíka framleiðslu.

Í ljósi þessara atriða er það mat Samkeppniseftirlitsins að kaupendastyrkur á mörkuðum málsins sé ekki til staðar í nægilegum mæli til að vega upp á móti skaðlegum samkeppnislegum áhrifum af samrunanum.

two customers of the applicant to which the latter refers, it considered that that power was not capable of affecting the dominant position of the applicant, for two reasons. First, the applicant's other customers, representing ...% of its sales volume, did not have such commercial strength. Secondly, it considered that the particular features of the community scheme applicable to sugar prevented those two customers of the applicant from finding other sources of supply in the short term (point 107). The Court finds that the applicant's arguments do not vitiate the Commission's finding in the contested decision (point 107). First, the applicant does not deny that its other customers absorbed ...% of its industrial sugar production, which also represented a share of the industrial sugar market in Ireland of over ...%. The applicant can therefore hardly maintain that the Commission committed an error of assessment by stating that 'despite the presence of two large customers, the demand side is composed of a number of buyers which are not equally strong and which cannot be aggregated to conclude that they may constrain the market power of the supplier with over 90 % of the market ..."

⁶⁷ Sjá hér ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. M.2097 SCA/Metsa Tissue: „SCA states in the notification that the existing demand structure contains enough buyers with sufficient strength to be able to resist any attempt to raise prices above the competitive level after the merger. The Commission does not accept this argument, for the following reasons. According to SCA, among its largest customers in Sweden, ICA Handlarnas AB account for about [40]*% of the retail market. Dagab AB accounts for [around 30]*%, KF Kategoriteam Papper [15]*% and Bergendahl Grossist AB [< 5]*%. Buyer power can only be exercised effectively if the buyer has an adequate choice of alternative suppliers. In the Commission's view, the choice is limited as the parties would have around [80-90]*% of current sales in the markets for toilet tissue and kitchen towels and the brands with the strongest brand recognition in Sweden. Furthermore, it is easy to price discriminate between different customers as tissue products are delivered to the customers. Customers would not be able to counter price discrimination through arbitrage, since tissue products have high transport costs relative to total costs and customers need just-in-time delivery, often several times per week. Hence, even if the largest customers would be able to exercise some countervailing buyer power this would not protect smaller customers, and the new entity would still be able to raise prices above the pre-merger level.“ Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli nr. 3083 GE/Instrumentarium: „Thirdly, the customer base is highly fragmented. Each individual tender accounts for a very limited proportion of a supplier's turnover. Bidding data submitted by Instrumentarium thus revealed that, out of [7000- 8000]* bids in the EEA, [80-90]*% were worth less than EUR 100.000. In France, for example, the proportion reached [90-100]*% between 1998 and 2002. The same proportions can be observed in the other relevant countries. The lack of importance of each individual hospital in the overall amount of sales of a supplier is further reinforced by the fact that, due to the life cycle of monitors, tenders only need to be organised occasionally. For instance, Instrumentarium's bidding data reveal that [70- 80]*% of French hospitals only organised a tender once between 1998 and 2002 in which it participated.“ (mgr. 209.)



V. Niðurstaða

Hér að neðan er gerð grein fyrir niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans. Að því loknu verður fjallað um tillögur samrunaaðila að skilyrðum sem þeir hafa sett fram í því skyni að afstýra þeirri samkeppniströskun sem ella kynni að leiða af samrunanum.

1. Samruninn raskar samkeppni á mikilvægum mörkuðum

Af framangreindri umfjöllun leiðir að verði ekkert að gert mun sá samruni sem hér er til umfjöllunar skapa alvarleg samkeppnisleg vandamál og hindra þar með virka samkeppni. Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruninn hefði það í för með sér að til yrði mjög öflugt fyrirtæki með nánast einokunarstöðu á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum annars vegar og markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun hins vegar, eins og þeir markaðir hafa verið verið skilgreindir hér að framan.

Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að markaður fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum sé mikilvægur markaður fyrir sjávarútvegsfyrirtæki, sérstaklega þau fyrirtæki sem flytja út ferskar fiskafurðir. Ekki er staðganga á milli frauðplastkassa annars vegar og annarra umbúða eins og t.d. bylgjuplastkassa og fiskikara hins vegar þar sem frauðplastkassana er einungis unnt að nota í flugflutningum og allajafna eru þeir aðeins notaðir við flutning á unnum ferskum fiski þegar um skipaflutninga er að ræða. Fiskikör eru þó notuð við flutninga á heilum ferskum fiski í skipum. Það að þessar ólíku umbúðir uppfylli mismunandi þarfir eftir því hvers eðlis flutningarnir eru og hvaða vörur er verið að flytja gerir það að verkum að um aðskilda vörumarkaði er að ræða. Ítarleg rannsókn á markaðsaðstæðum staðfestir þessa niðurstöðu. Hvað varðar markað fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að hann sé mikilvægur fyrir byggingariðnað á Íslandi. Steinullareinangrun getur ekki talist staðgönguvara gagnvart frauðplasteinangrun auk þess sem fyrrnefnda einangrunartegundin er talsvert dýrari. Þá er ljóst að umræddir markaðir eru fákeppnismarkaðir. Við þessar aðstæður er mikilvægara en ella að samkeppnisyfirvöld hafi virkt eftirlit með samkeppni á markaðnum og taki mögulegar samkeppnishindranir til alvarlegrar skoðunar.

Í dag starfa þrjú keppinautar á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum. Það eru Tempra, Plastgerðin og Borgarplast ehf. Umræddur samruni hefði það í för með sér að Tempra og Plastgerðin myndu sameinast. Auk framangreindra aðila starfa einnig tveir aðrir aðilar á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun. Það eru Plastás ehf. sem starfar á Akureyri og Plastverksmiðjan Ylur ehf. sem starfar á Egilsstöðum. Ljóst er að samanlögð hlutdeild samrunaaðila yrði um [95-100]% á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum og um [80-85]% á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun ef samruninn gengi eftir. Þetta myndi hafa í för með sér mikla samþjöppun og breytingu á uppbyggingu markaða málsins og valda alvarlegri röskun á samkeppni. Er það mat Samkeppniseftirlitsins, þegar litið er til sameiginlegrar markaðshlutdeildar samrunaaðila sem og efnahagslegs styrkleika að sterkar líkur séu á því að samruninn muni leiða til styrkingar á markaðsráðandi stöðu Tempru. Þá myndi samruninn leiða til umtalsverðrar breytingar á markaðsgerðinni þar sem mikilvægur keppinautur myndi hverfa af markaði. Í þessu samhengi skiptir máli að þeir keppinautar



sem eftir verða hafa óverulega hlutdeild á mörkuðum málsins. Þannig verður hið sameinaða fyrirtæki næstum því með einokunarstöðu á mörkuðum málsins. Þá eru einnig ýmsar aðgangshindranir að mörkuðunum sem leiða til þess að nýjum aðilum er erfitt um vik að hasla sér völl á þeim. Þá er það mat Samkeppniseftirlitsins að kaupendur búi ekki yfir nægum styrk til að vinna gegn samkeppnishamlandi áhrifum samrunans.

Þegar allt framangreint er virt er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að umræddur samruni Tempru og Plastgerðarinnar myndi styrkja markaðsráðandi stöðu Tempru á skilgreindum mörkuðum málsins. Myndi samruninn raska samkeppni með alvarlegum hætti og hindra möguleika núverandi og nýrra keppnauta til að hasla sér þar völl.

2. Möguleg skilyrði

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins, sem sent var samrunaaðilum þann 24. mars 2017, var kynnt það rökstudda mat eftirlitsins að samruninn raskaði samkeppni og að þörf væri á íhlutun vegna hans. Einnig sagði í andmælaskjalinu að „[e]f samrunaaðilar telja að tiltekin skilyrði geti eytt þeim samkeppnishömlum sem samkeppnisyfirvöld telja að felist í samrunanum er óskað eftir að fyrirtækin greini frá þeim.“ Líkt og áður greinir bárust athugasemdir samrunaaðila og tillögur að skilyrðum með bréfi dags. 7. apríl 2017.

Rétt er að lýsa fyrst efni þeirra tillagna að skilyrðum sem bárust með athugasemdum samrunaaðila við andmælaskjalið.

2.1 Tillögur samrunaaðila

Tillögur að skilyrðum sem samrunaaðila lögðu til í voru eftirfarandi:

[...] ⁶⁸

Þá kom fram í athugasemdum samrunaaðila að væri það mat Samkeppniseftirlitsins að framangreind skilyrði væru ekki nægjanleg til að eyða ætluðum skaðlegum áhrifum samrunans á samkeppni væru samrunaaðilar til umræðu um mögulega nauðsyn þess að setja samrunanum eftirtalin skilyrði:

[...] ⁶⁹

2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Á grundvelli 17. gr. c samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið sett samruna, sem hindrar virka samkeppni í skilningi ákvæðisins, skilyrði. Með því að setja slíkum samruna skilyrði er ætlunin að koma í veg fyrir þau samkeppnishamlandi áhrif samruna sem ella myndu leiða til ógildingar hans. Rétt er að vika fyrst að þeim almennu kröfum sem gerðar eru til skilyrða í samrunamálum og mismunandi hlutverki samrunaaðila og Samkeppniseftirlitsins þar að lútandi. Síðan verður fjallað um þau skilyrði sem samrunaaðilar hafa sett fram í þessu máli.

⁶⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

⁶⁹ Fellt út vegna trúnaðar.



2.2.1 Almennt um kröfur til skilyrða í samrunamálum

Meginreglan er sú að skilyrði í samrunamálum verða að vera þess eðlis að þau eyði þeim samkeppnihömlum sem ella hefðu stafað af samruna, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2001, *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf., Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði*. Í þessum úrskurði kemur fram að rétt skýring á samrunaákvæði samkeppnislaga leiði til þess að einungis geti komið til álita skilyrði fyrir samruna sem eru til þess fallin að koma í veg fyrir þær samkeppnishömlur sem af honum stafa. Vísast í þessu sambandi einnig til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006, *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Eins og skýrlega kemur fram í lögskýringagögnum er eðlilegt að hafa hliðsjón af ESB/EES- rétti við túlkun á samrunaákvæðum samkeppnislaga. Þar hafa dómstólar ESB lagt sömu reglu til grundvallar varðandi markmið skilyrða.⁷⁰ Í þeim rétti er þannig lögð áhersla á að framkvæmdastjórn ESB sé aðeins heimilt að fallast á skilyrði í samrunamálum sem eyða með öllu hinum samkeppnislegu vandkvæðum.⁷¹

Í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar ESB um skilyrði í samrunamálum kemur fram að slík skilyrði verði að afstýra allri þeirri röskun á samkeppni sem stafar af viðkomandi samruna. Jafnframt verði slík skilyrði að vera heildstæð og árangursrík frá almennu sjónarmiði.⁷² Tilgangur samrunareglna er að vernda samkeppnislega gerð markaða með því að vinna til frambúðar gegn umtalsverðri röskun á samkeppni sem leitt getur af samrunum. Sökum þessa kemur fram í umræddum reglum að almennt beri að að setja skilyrði sem lúta að gerð markaðarins (e. *structural remedies*) frekar en skilyrði sem lúta að hegðun fyrirtækja (e. *behavioural remedies*).⁷³ Slík skilyrði geta m.a. falist í sölu á eignum eða tiltekinni starfsemi til að koma í veg fyrir samkeppnishamlandi aukningu á markaðshlutdeild sem stafar af samruna. Skilyrði af þessum toga leysa hið samkeppnislega vandamál í eitt skipti fyrir öll og kalla ekki á viðvarandi eftirlit.

Sú staðreynd að tilgangur samrunareglna er að vernda samkeppnislega gerð markaða gefur þannig sterklega til kynna að beita eigi í samrunamálum skilyrðum sem lúta að gerð markaðarins frekar en skilyrðum sem lúta að hegðun fyrirtækja.⁷⁴ Hefur einnig verið bent á það að tillögur að skilyrðum sem fela í raun aðeins í sér loforð um að brjóta ekki bannreglur samkeppnisréttarins séu almennt ekki fullnægjandi.⁷⁵ Undirréttur ESB

⁷⁰ Í t.d. dómi undirréttar ESB í máli nr. T-158/00 ARD v Commission [2003] ECR II-3825 var bent á þetta: „According to the case-law, the Commission is empowered to accept only commitments which are capable of preventing the creation or strengthening of the dominant position identified by it in its analysis of the notified concentration.”

⁷¹ Sjá t.d. Cook & Kerse, EC Merger Control, fimmta útgáfa 2009 bls. 290: „The Commitments must entirely eliminate the competition concerns.”

⁷² „Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004” (2008/C 267/01), 9. mgr.

⁷³ Sjá m.a. 15. mgr.

⁷⁴ Sjá t.d. Cook & Kerse, EC Merger Control, fimmta útgáfa 2009 bls. 284: „The Commission should accept only commitments that are capable of rendering the notified concentration compatible with the Common Market by eliminating the competition concerns. The purpose of the Regulation is to protect the structure of competition in the Community by preventing significant impediments to effective competition, in particular by the creation or strengthening of a dominant position. This strongly implies structural remedies (i.e. divestiture of a business or shares) as opposed to behavioural remedies (undertakings to behave in a particular way).” Sjá einnig Whish, Competition Law, sjötta útgáfa 2009, bls. 874: „In the Commission’s view a commitment as to a future behaviour would be acceptable “only exceptionally in very specific circumstances.”

⁷⁵ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 30. janúar 2004 í máli nr. M.1378 Hoechst/Rohne Poulenc: „The Commission has a clear policy not to accept undertakings in merger control which are purely behavioural and equate to a mere promise to respect the law.” Sjá einnig Navarro, Font, Folguera & Briones, Merger



hefur sagt að skilyrði sem lúta að gerð markaðarins séu almennt æskilegri þar sem þau komi í eitt skipti fyrir öll, eða a.m.k. í umtalsverðan tíma, í veg fyrir myndun eða styrkingu markaðsráðandi stöðu. Jafnframt þurfi ekki til lengri tíma að fylgjast með því að slík skilyrði séu virt. Hins vegar sé ekki unnt að útiloka að skilyrði sem virðist í fyrstu lúta að hegðun fyrirtækja geti komið í veg fyrir samkeppnishömlur.⁷⁶ Í umræddum leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnarinnar segir að þegar um sé að ræða lárétta samruna geti skilyrði sem tengjast hegðun fyrirtækja ekki afstýrt samkeppnishömlum sem stafa af honum nema alveg sérstaklega standi á.⁷⁷ Þá geti hegðunarskilyrði aðeins komið til álita ef þau í raun hafi sömu fyrirbyggjandi áhrif og skilyrði sem lúta að gerð markaðarins.⁷⁸

Varðandi setningu skilyrða og hlutverk samkeppnisyfirvalda ber að líta til þessara ummæla í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 18/2001:

„Með þeirri aðferð sem viðhöfð var fengu áfrýjendur ítrekað færi á að setja fram hugmyndir sínar um skilyrði til að koma í veg fyrir frekari íhlutun vegna samrunans. Óhjákvæmilegt var að leggja þessar hugmyndir til grundvallar í öllum aðalatriðum enda má ætla að stjórnendur viðkomandi fyrirtækja hafi besta þekkingu á því hversu langt verði gengið til þess að markmiðið með hlutabréfakaupunum og yfirtökunni gæti talist viðunandi. Samkeppnisráði var því rétt að ljúka málinu í því horfi sem það var í þegar ákvörðunin var tekin. Hefur ekki verið sýnt fram á eða gert líklegt að önnur og víðtækari skilyrði hefðu dugað sem unnt hefði verið að samrýma tilgangi áfrýjenda með hlutabréfakaupunum og yfirtökunni. Áfrýjunarnefndin fellst því á að samkeppnisráði hafi verið rétt að taka afstöðu til samrunans með þeim skilyrðum sem áfrýjandi hafði sett fram.“

Ljóst er því að samrunaaðilar verða að hafa frumkvæði að því að setja fram tillögur að skilyrðum og einnig að sýna fram á „með óbyggjandi hætti að skilyrðin komi í veg fyrir þau skaðlegu áhrif sem samruninn myndi hafa í för með sér.“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2009 *ERGN Holdings Ltd. og Euro Refund Group North á Íslandi ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.⁷⁹ Þá ber einnig að líta til þess að í úrskurði í máli nr. 6/2006 benti áfrýjunarnefnd einnig á að „úrvinnsla eða mótun“ á skilyrðum falli ekki undir leiðbeiningarskyldu Samkeppniseftirlitsins. Í þessu samhengi er einnig rétt að líta til þeirra krafna sem gera verður til fyrirtækja sem hafa þekkingu á þeim rekstri sem um ræðir og hafa á að skipa fagmönnum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í

Control in the EU, önnur útgáfa 2005 bls. 346: „...Articles 81 and 82 of the Treaty allow the behaviour of undertakings to be controlled. Allowing commitments purely concerning conduct under the Merger Regulation would, in theory, make redundant the very control of concentrations.“

⁷⁶ Sjá dóm undirréttar í máli nr. T-102/96 *Gencor Ltd. v Commission* [1999] 4 CMLR 971: „It is true that commitments which are structural in nature, such as a commitment to reduce the market share of the entity arising from a concentration by the sale of a subsidiary, are, as a rule, preferable from the point of view of the Regulation's objective, in as much as they prevent once and for all, or at least for some time, the emergence or strengthening of the dominant position previously identified by the Commission and do not, moreover, require medium or long-term monitoring measures. Nevertheless, the possibility cannot automatically be ruled out that commitments which prima facie are behavioural, for instance not to use a trademark for a certain period, or to make part of the production capacity of the entity arising from the concentration available to third-party competitors, or, more generally, to grant access to essential facilities on non-discriminatory terms, may themselves also be capable of preventing the emergence or strengthening of a dominant position.“

⁷⁷ Sjá mgr. 17 og 69.

⁷⁸ Sjá mgr. 61.

⁷⁹ Sjá einnig t.d. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, sjötta útgáfa 2008 bls. 727: „It is the responsibility of the notifying parties to show that the proposed commitments, once implemented, will eliminate such competition problems.“



máli nr. 6/2006 DAC ehf. og Lyfjaver ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Hins vegar getur Samkeppniseftirlitið þurft að veita leiðbeiningar um hvaða „markmiðum verði að lágmarki náð með skilyrðunum“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 11/2011 Landsbankinn hf., Arion banki hf. og Verdis hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Samkvæmt þessum úrskurði áfrýjunarnefndar leiðir af 12. gr. stjórnsýslulaga að Samkeppniseftirlitið verður að leggja sjálfstætt mat á hvort skilyrði samrunaaðila dugi.

Samkvæmt framansögðu ber samrunaaðilum að gera tillögur að skilyrðum sem þeir telja að geti eytt samkeppnishömlum en samræmast eftir sem áður markmiði aðilanna með viðkomandi samruna eða yfirtöku. Hlutverk samkeppnisyfirvalda felst á endanum í því að meta hvort umrædd skilyrði séu fullnægjandi. Ástæða þess er sú að skilyrði sem eru sett einhliða af samkeppnisyfirvöldum geta verið í andstöðu við tilgang viðkomandi samruna og meira íþyngjandi en ákvörðun um að ógilda hann. Í þessu sambandi hefur verið bent á að það sé ekki hlutverk samkeppnisyfirvalda að endurskipuleggja samruna fyrirtækja.⁸⁰

2.2.2 Um tillögur samrunaaðila

Eins og áður greinir felst m.a. í tillögum samrunaaðila sem fram komu 7. apríl 2017 að Tempru verði óheimilt að mismuna viðskiptavinum sínum við sölu á frauðplastkössum og einangrunarfrauðplasti, umfram hagræði félagsins af umfangi viðskiptanna. Þá skuli almennar upplýsingar um verð og viðskiptakjör vera aðgengilegar hjá félaginu og því óheimilt með sértækum aðgerðum að grípa til ráðstafana sem miða að því að þeir viðhald og efli markaðsráðandi stöðu í skilningi 11. gr. samkeppnislaga. Þá verði Tempru óheimilt að gera það að skilyrði fyrir kaupum á vörum sem fyrirtækið veitir að aðrar vörur fyrirtækisins skuli fylgja með í kaupunum. Jafnframt yrði Tempru óheimilt að tvinna saman í sölu eina eða fleiri tegundir vara fyrirtækisins gegn verði eða viðskiptakjörum sem jafna megi til slíks skilyrðis. Einnig verði Tempru óheimilt að synja samkeppnisaðila fyrirtækisins um viðskipti nema ríkar málefnalegar ástæður séu forsenda sölusynjunar.

Samkeppniseftirlitið telur að þessar tillögur samrunaaðila séu ekki fullnægjandi til að eyða þeim skaðlegum áhrifum sem samruninn hefði á samkeppni á skilgreindum mörkuðum málsins. Verði samruni Tempru og Plastgerðarinnar að veruleika hættir Plastgerðin að starfa sem sjálfstæður keppinautur á markaði og samkeppni sem ríkti milli félaganna leggst af. Þess í stað mun markaðshlutdeild Tempru hækka úr [75-85]% í [95-100]% á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum og úr á [60-65]% í [75-85]% á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplasteinangrun.

Samkeppniseftirlitið telur að þessar tillögur samrunaaðila að skilyrðum séu ekki þess eðlis að þær komi í veg fyrir þau samkeppnislegu vandamál sem leiða af þessum samruna. Tillögurnar snúa að þáttum sem tengjast hegðun hins sameinaða félags til frambúðar og eru ekki til þess fallnar að koma í veg fyrir þá samþjöppun og samkeppnislegu röskun sem fyrirsjáanlegt er að muni verða í kjölfar samrunans. Verður raunar að ætla að tillögurnar leggi ekki ríkari skyldur á sameinað fyrirtæki en t.a.m. má nú þegar ætla að hvíli á Tempru sem markaðsráðandi fyrirtækis með hliðsjón af ákvæðum 11. gr.

⁸⁰ Sjá Navarro, Font, Folguera & Briones, Merger Control in the EU, önnur útgáfa 2005 bls. 341: „... the Commission cannot, on its own initiative, rewrite the notified operation. It can only impose conditions or amendments on the notified operation once the parties have proposed such changes themselves, with a view to resolving the competition problem identified by the Commission.“



samkeppnislaga. Ekki getur því komið til álita í málinu að fallast á að samruninn verði heimilaður á grundvelli framangreindra tillagna samrunaaðila að skilyrðum.

Með hliðsjón af framangreindu er það mat Samkeppniseftirlitsins að samruninn myndi í öllu falli raska samkeppni með umtalsverðum hætti í skilningi 17. gr. c samkeppnislaga. Öll rök hníga í þá átt að samrunafyrirtækin myndi hafa mikla samkeppnislega yfirburði enda myndu þau einungis búa við samkeppnislegt aðhald frá þeim eina keppinauti sem eftir stæði á markaði fyrir framleiðslu og sölu á frauðplastkössum og gætu því að mörgu leyti hagað verðlagningu sinni og viðskiptaskilmálum að verulegu leyti án tillits til viðskiptamanna sinna.

Það er einnig mat Samkeppniseftirlitsins að tillögur samrunaaðila að skilyrðum komi ekki í veg fyrir þá röskun á samkeppni sem myndu leiða af samrunanum. Af því leiðir að ekki eru forsendur til þess að heimila samrunann með skilyrðum. Er samruninn því ógiltur með ákvörðun þessari.

VI. Ákvörðunarorð:

„Samningur, dags. 19. desember 2016, um kaup Tempru ehf. á öllu hlutafé Plastgerðar Suðurnesja ehf. felur í sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Samruninn raskar samkeppni með umtalsverðum hætti og með heimild í 17. gr. c laganna ógildir Samkeppniseftirlitið hann.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson