

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

úrskurður í máli nr. 6/2011

Landsbanki Íslands hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Með kærui, dagsettri 26. júlí 2011, hefur Landsbankinn hf. (hér eftir nefndur áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 4. júlí 2011 í máli nr. 23/2011, *Brot Landsbanka Íslands hf. á skyldu til þess að tilkynna samruna*, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Samkvæmt ákvörðuninni er komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi gerst brotlegur gegn 3. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga og er áfrýjanda gert að greiða 40.000.000 króna í stjórnvaldssekt vegna brotanna.

Áfrýjandi krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara er þess krafist að ákvörðuninni verði breytt á þann veg að stjórnvaldssektin verði felld niður. Til þrautavara er þess krafist að álögð stjórnvaldssekt verði lækkuð verulega.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Mál þetta varðar yfirtöku áfrýjanda á eignarhlutum Bergeyjar eignarhaldsfélags ehf. í fyrirtækjunum Bílaleigu Flugeiða ehf., Pizza Pizza ehf., M. Kristinssyni ehf., Bergey fasteignafélagi ehf., Sólningu Kópavogi ehf. og Toyota á Íslandi hf. Samkvæmt samkomulagi áfrýjanda og nýja Landsbankans við Magnús Kristinsson, Smáey ehf. og Bergey eignarhaldsfélag ehf., sem undirritað var 8. apríl 2009, skuldbatt stjórn

Bergeyjar eignarhaldsfélags sig til að selja áfrýjanda eða aðila sem hann tilnefndi alla hluti Bergeyjar eignarhaldsfélags í nánar tilteknum félögum. Þann 1. júlí 2009 voru undirritaðir kaupsamningar milli áfrýjanda og Bergeyjar eignarhaldsfélags vegna fyrrgreindra félaga.

Með bréfi, dagsettu 16. júní 2010, tilkynnti áfrýjandi Samkeppniseftirlitinu um yfirtöku hans á öllum hlutum í framangreindum félögum. Með bréfinu fylgdi samrunaskrá og fylgiskjöl. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dagsettu 29. júní 2010, var áfrýjanda tilkynnt um að þau gögn sem eftirlitið byggi yfir bentu til þess að yfiráð yfir dótturfélögum Bergeyjar eignarhaldsfélags hefðu breyst þannig að um tilkynningarskylda samruna hefði verið að ræða í skilningi samkeppnislaga. Hefði Samkeppniseftirlitið ákveðið að taka til athugunar í sérstöku máli hvort ákvæði 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga hefðu verið brotin í tengslum við umræddan samruna. Áfrýjandi fékk sent andmælaskjal í lok október 2010 þar sem fram kom það frummat Samkeppniseftirlitsins að áfrýjandi hefði náð yfiráðum yfir umræddum dótturfélögum Bergeyjar eignarhaldsfélags eigi síðar en við undirritun kaupsamnings þann 1. júlí 2009. Samruninn hafi því komið til framkvæmda áður en hann var tilkynntur og heimilaður og að um brot á 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga hefði verið að ræða. Mætti áfrýjandi því búast við verulega íþyngjandi stjórnvaldssektum vegna brotsins.

Jafnframt var áfrýjanda tilkynnt að Samkeppniseftirlitið liti svo á að samrunatilkynning hans frá 16. júní 2010 hefði ekki haft nein réttaráhrif. Áfrýjandi mótmælti þessari afstöðu eftirlitsins í bréfi dagsettu 16. nóvember 2010. Athugasemdir áfrýjanda við andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins bárust einnig þann 16. nóvember 2010. Í framhaldi funduðu aðilar um málið og voru sættir reyndar en samkomulag náðist ekki um málið. Var málið síðan tekið til ákvörðunar af hálfu Samkeppniseftirlitsins og birt áfrýjanda þann 4. júlí 2011.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar.

III.

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 18. ágúst 2011. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust 25. ágúst 2011 og svar Samkeppniseftirlitsins við þeim bárust þann 31. ágúst 2011.

Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna sumarleyfa og anna hjá nefndinni.

IV.

Málsástæður áfrýjenda

Áfrýjandi telur að ógilda beri hina kærðu ákvörðun.

Áfrýjandi álitur að mat Samkeppniseftirlitsins á því að hann hafi haft yfirráð yfir þeim félögum sem um ræði standist ekki. Verði fallist á túlkun Samkeppniseftirlitsins telur áfrýjandi, að ákvörðun um viðurlög vegna skorts á tilkynningu til Samkeppniseftirlitsins um samrunann, sé í andstöðu við sjónarmið um málefnalega stjórnsýslu og meðalhófsreglu stjórnsýslulaga, vegna þeirrar fordæmalausu stöðu sem tengist yfirtöku áfrýjanda á félögunum, en ekki síður vegna þeirrar staðreyndar að öll félögin voru yfirskuldsett og gátu því ekki staðið við skuldbindingar sínar að óbreyttu, án aðkomu og ákvarðanatöku þeirra fjármálafyrirtækja sem voru raunverulegir kröfuhafar félaganna. Áfrýjandi hafi í engum tilvikum verið í þeirri stöðu gagnvart félögunum og raunveruleg yfirráð því ekki fyrir hendi, út frá efnahagslegum forsendum.

Áfrýjandi bendir á að því hafi aldrei verið haldið fram af hálfu bankans að ástæða yfirtökunnar ein og sér, þ.e. sú staðreynd að hún hafi verið liður í skuldauppgjöri eiganda viðkomandi félaga við bankann, hafi átt að leiða til þess að ekki hafi verið um tilkynningarskyldan samruna að ræða. Áfrýjandi telur á móti augljóst að við mat og ákvarðanatöku í málinu, verði Samkeppniseftirlitið sem stjórnvald að líta heildstætt til þeirra ástæðna, aðstæðna og staðreynda sem fyrir hendi voru við yfirtökuna til viðbótar við þær röksemdir og skýringar sem áfrýjandi gaf stofnuninni síðar, eftir að meðferð þessa máls hófst.

Áfrýjandi bendir jafnframt á að af gögnum málsins megi greinilega sjá að gagnvart þeim félögum sem háð voru sérleyfi og samþykki sérleyfishafa fyrir eignarhaldi þeirra, varð áfrýjandi að losa eignarhald sitt á hlutabréfum félaganna á mjög skömmum tíma. Allir kaupsamningarnir höfðu að geyma áskilnað um fjárhagslega endurskipulagningu félaganna, sem ljúka átti fyrir ákveðinn tíma.

Áfrýjandi telur að sé litið á gerninga og önnur gögn málsins með sanngjörnum og málefnalegum hætti komi allt önnur mynd á málið en Samkeppniseftirlitið kjósi að draga upp í ákvörðun sinni. Annars vegar sýni þau að stærstur hluti umræddra félaga hafi verið með rekstur sem hafi verið háður sérleyfum og sérleyfishafar vildu ekki samþykkja áfrýjanda, sem banka, sem eiganda félaganna. Því hafi verið nauðsynlegt að koma félögunum í hendur þeirra sem sérleyfishafarnir samþykktu sem eigendur. Hins vegar voru félögin öll yfirskuldsett og kröfuhafar þeirra aðrir en áfrýjandi. Því hafi verið fyrirvari í öllum kaupsamningnum milli áfrýjanda og þriðja aðila um fjárhagslega endurskipulagningu félaganna, sem voru á hendi annarra kröfuhafa en áfrýjanda.

Áfrýjandi vísar til lagasjónarmiða að baki 3. gr. í samrunareglugerð EB nr. 139/2004 og ekki síst við túlkun á hugtakinu samruni skv. 17. gr. samkeppnislaga. Í því sambandi bendir áfrýjandi á að samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga sé það skilgreiningaratriði á samruna að breyting hafi orðið á yfirráðum *til frambúðar*. Áfrýjandi bendir á að gagnvart þessum félögum var sú staða uppi að þau voru yfirskuldsett, framtíð þeirra algerlega í höndum fjármálastofnanna sem áttu kröfur á hendur félögunum og aðkoma áfrýjanda að yfirtöku á hlutabréfum í þeim, til þess eins í raun gert að taka þau af eiganda þeirra í tengslum við skuldauppgjör. Að baki liggja fyrst og síðast sjónarmið um nauðsyn á aðgerðum af hálfu banka eða fjármálastofnana sem hluti af fullnustuaðgerðum gagnvart skuldurum. Með EB-reglunni sé viðurkennt að slíkt inngríp teljist ekki til samruna í skilningi samkeppnisréttar.

Þá bendir áfrýjandi á að hann hafi ekki skipað fulltrúa sína í stjórn þeirra félaga sem mál þetta náir til, utan þess að nauðsynlegt hafi verið að kjósa stjórnarmann í BÍlaleigu Flugleiða ehf., eftir að þáverandi stjórnarmenn höfðu sagt sig úr stjórn þess félags.

Áfrýjandi bendir á þá staðreynd að sérleyfissamningar í tilvikum umræddra fyrirtækja sé einn liður af mörgum sem skapaði óvissuna, sem að mati áfrýjanda réttlætti að ekki var send samrunatilkynning til Samkeppniseftirlitsins fyrr en í júní 2010. Einnig telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitinu hafi borið að rannsaka betur atriði svo sem fjárhagsleg stöðu félaganna allra gagnvart helstu kröfuhöfum og birgjum, aðstæður í efnahagslífinu almennt og aðdragandi málsins í heild.

Áfrýjandi vísar sérstaklega til sérstakra aðstæðna á íslenskum efnahags- og viðskiptamörkuðum þegar yfirtakan átti sér stað. Að mati áfrýjanda kalli sérstakar aðstæður á sérstök sjónarmið við beitingu samkeppnislaga. Verði ekki fallist á það

bendir áfrýjandi á að í öllu falli skapi slíkar sérstakar og fordæmislausar aðstæður verulega réttaróvissu, meðal annars á sviði samkeppnisréttar. Það sé því fráleitt að halda því fram, líkt og gert sé í hinni kærðu ákvörðun, að hinar sérstöku aðstæður breyti engu í þessu sambandi. Áfrýjandi bendir á að á tímamarki samrunans sem nefnt sé í andmælaskjalinu hafi engin framkvæmd og reynsla verið komin á það hvernig samkeppnisyfirvöld tækju á yfirtökum banka og fjármálafyrirtækja á öðrum félögum í tengslum við gjörbreyttar aðstæður í efnahagslífinu.

Áfrýjandi bendir á að rekstrarlán umræddra fyrirtækja voru og séu hjá öðrum aðilum en áfrýjanda. Fjárhagsleg endurskipulagning sé á valdi þess viðskiptabanka sem fari með rekstrarlán umræddra fyrirtækja og í engu tilfelli sé þar um að ræða áfrýjanda, enda starfi hann ekki sem viðskiptabanki heldur sé starfsemin fólgin í því að vera þrotabú fjármálafyrirtækis. Áfrýjandi vísar til þess sem fram komi í hinni kærðu ákvörðun varðandi skilgreiningu hugtaksins samruni. Í ljósi þess sem þar komi fram bendir áfrýjandi á afdrif þeirra félaga sem málið snúist um og fram komi í gögnum málsins.

Áfrýjandi telur, þegar málið sé virt í samhengi hafi svo mikil óvissa verið um það hvort áfrýjandi hafi farið með raunveruleg yfirråd yfir félögunum í skilningi matskenndra reglna samkeppnisréttar, að ekki sé unnt að líta svo á að um samruna hafi verið að ræða.

Áfrýjandi telur að komist áfrýjunarnefndin að þeirri niðurstöðu að um yfirråd í skilningi samkeppnislaga hafi verið að ræða hafi verið réttlæt看legt, í ljósi samverkandi áhrifa þeirra óvissuþátta sem uppi voru, að ekki hafi verið tilkynnt um samrunann, fyrir en þann 16. júní 2010. Þar af leiðandi sé ekki um að ræða brot gegn 3. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga.

Áfrýjandi bendir á að það hljóti að vera eðlileg krafa til stjórnvalds að það tilkynni um það án tafar ef það telji samrunatilkynningu ekki í samræmi við lög og reglur og gefi þá viðkomandi kost á því að senda inn leiðréttu tilkynningu. Slíkt hafi ekki verið gert í þessu máli. Einnig mótmælir áfrýjandi því alfarið að sú staðreynd að fyrirvari eða áskilnaður sé gerður í samrunatilkynningu eigi að leiða til þess að hún hafi ekki réttaráhrif í heild sinni. Að mati áfrýjanda standist það ekki lögmætisreglu stjórnisýsluréttar að Samkeppniseftirlitið taki þá afstöðu að vegna fyrirvarans sé ekki unnt að taka samrunaskrána gilda. Áfrýjandi mótmælir því alfarið að

Samkeppniseftirlitið geti vísað samrunatilkynningu frá í heild sinni vegna fyrirvara og án þess að virða andmælarétt samrunaaðila, líkt og gert hafi verið í þessu tilfelli.

Áfrýjandi krefst þess til vara að hin álagða stjórnvaldssekt verði felld niður eða til þrautavara að hún verði lækkuð verulega. Hann telur að röksemdir í hinni kærðu ákvörðun varðandi sektina sé af skornum skammti og sé þar ekki tekið nægilegt tillit til þeirra sjónarmiða og aðstæðna sem sérstakar séu fyrir málið. Sektor sem Samkeppniseftirlitið leggi á fyrirtæki, verði að taka mið af hlutlægum sjónarmiðum sem byggja á lögum og/eða sem hafa mótast í lögbundinni framkvæmd. Jafnframt beri að gæta meðalhófs við beitingu sektanna. Þá telur áfrýjandi ljóst að meint brot hafi a.m.k verið framið af gáleysi, enda skortir með öllu á huglæg skilyrði ásetnings í málinu. Með tilliti til viðleitni hans og samstarfsvilja við málsmeðferðina sjálfa sé fráleitt að staðhæfa og telja hafið yfir allan vafa að um ásetningsbrot hafi verið að ræða. Einnig bendir áfrýjandi á að meint brot hafi ekki staðið yfir um langan tíma né sé um að ræða meint endurtekið brot. Þá sé hið meinta brot áfrýjanda langt því frá að geta talist alvarlegt í ljósi allra aðstæðna.

Áfrýjandi bendir á að það hljóti að koma til sérstakrar skoðunar við meðferð og ákvarðanatöku í málinu, að áfrýjandi sé banki í slitameðferð sem hafi fyrst og síðast þann tilgang að taka afstöðu til krafna á hendur bankanum, vinna úr lánasafni hans, gera upp eignir og koma verðmætum á endanum til kröfuhafa hans, eftir þeim reglum sem um það gilda. Hefðbundin markaðs- og rekstrarsjónarmið fyrirtækja sem starfi á mörkuðum hér á landi og annars staðar í heiminum, eiga því varla við eignir og félög í eigu banka í slitameðferð, nema að mjög takmörkuðu leyti. Fordæmisgildi mála, sem beinast að slíkum banka í samkeppnisrétti, hljóti því að vera afar takmarkað.

Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Að mati Samkeppniseftirlitsins hefur sú staðreynd að yfirtakan hafi verið liður í skuldauppgjöri eiganda viðkomandi félaga við áfrýjanda enga þýðingu í málinu.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í 17. gr. samkeppnislaga segi að samruni teljist hafa átt sér stað þegar breyting verði á yfirráðum til frambúðar. Yfirtaka fyrirtækis á öðru fyrirtæki sé dæmi um slíka breytingu á yfirráðum, sbr. a. lið 1. mgr. 17. gr. laganna. Yfirråd séu svo nánar skilgreind í 2. mgr. 17. gr. laganna. Að mati Samkeppniseftirlitsins sé kjarni málsins sá að ákvæði 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga

taki samkvæmt orðanna hljóðan til hvers konar yfirtöku fyrirtækis á öðru fyrirtæki. Engu máli skipti í því sambandi hver sé tilgangur eða markmiðið með yfirtökunni.

Samkeppniseftirlitið telur að ætluð vanþekking áfrýjanda á ákvæðum samkeppnislaga skipti ekki máli við mat á því hvort um brot hafi verið að ræða. Þá verði að benda á að áfrýjanda hafi mátt vera fullljóst hvaða skyldur samkeppnislög lögðu á hann en í álitni Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2008, sem birt var 12. nóvember 2008, hafi því verið beint til banka að hafa samkeppnissjónarmið að leiðarljósi við fjárhagslega endurskipulagningu skuldsettra fyrirtækja. Taki álitnið einnig til skilanafnda eftir því sem við eigi. Þá hafi Samkeppniseftirlitið einnig birt ýmsar ákvarðanir á fyrri hluta árs 2009 sem gefi skýrt til kynna að yfirtaka banka á skuldsettum fyrirtækjum feli í sér samruna sem skylt sé að tilkynna til eftirlitsins.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í hinni kærðu ákvörðun sé gerð grein fyrir samkomulaginu sem áfrýjandi undirritaði 8. apríl 2009 og jafnframt sé lýst kaupsamningum og afsölum sem áfrýjandi undirritaði 1. júlí 2009. Kaupsamningarnir séu skýrir að því leyti að í þeim sé samið um öll helstu atriði þessara viðskipta. Hafi hér augljóslega verið um að ræða bindandi samninga í skilningi 17. gr. a samkeppnislaga og leiddu þeir til þess að yfirráð breyttust yfir félögunum til frambúðar og fólu í sér samruna.

Varðandi 3. gr. í samrunareglugerð ESB nr. 139/2004 bendir Samkeppniseftirlitið á að þessi sérregla hafi verið sett í samrunareglugerðina til að undanþiggja tiltekna tegund samruna sem ella hefði fallið undir hina almennu skilgreiningu reglugerðarinnar. Þessi undantekning sé túlkuð þröngt og taki aðeins til fjármálafyrirtækja sem í reglubundinni starfsemi sinni eigi viðskipti með verðbréf, fyrir eigin reikning eða fyrir aðra. Þá hafi framkvæmdastjórn ESB sérstaklega bent á að þessi undanþága eigi ekki við þegar bankar taki yfir fyrirtæki í skuldavanda jafnvel þó þeir ætli sér að eiga fyrirtækið aðeins tímabundið. Þá hafi umrædd undantekningarregla ekki verið tekin upp í íslenskan rétt.

Samkeppniseftirlitið telur að gögn málsins sýni að áfrýjandi hafi, þegar litið var til stöðu hans sem eiganda félaganna og aðgerða hans í því sambandi, möguleika til þess að hafa áhrif, hvort heldur bein eða óbein áhrif, á mikilvægar viðskiptaákvarðanir þeirra félaga sem hann hafi tekið yfir þann 1. júlí 2009. Hvort áfrýjandi hafi haft afskipti af daglegri starfsemi umræddra félaga eða ekki hafi ekki þýðingu í þessu

sambandi. Varðandi fyrirvarana í einstaka kaupsamningum um samþykki sérleyfishafa sé skýrt í samkeppnisrétti að hefðbundnir fyrirvarar sem aðilar hafi komið sér saman um breyti því ekki hvort um sé ræða samruna sem beri að tilkynna og bannað sé að framkvæma.

Samkeppniseftirlitið vísar því á bug að það hafi ekki sinnt rannsóknarskyldu sinni við meðferð þessa máls. Þvert á móti telur Samkeppniseftirlitið að öll bréfaskipti og samskipti þess og áfrýjanda sýni að Samkeppniseftirlitið hafi ítrekað þurft að óska eftir frekari upplýsingum og gögnum í málinu í þeim tilgangi að leiða í ljós hvar raunveruleg yferráð yfir umræddum félögum lágu, bæði áður og eftir að formleg tilkynning barst frá áfrýjanda þann 16. júní 2010.

Samkeppniseftirlitið bendir á að samkvæmt 2. mgr. 17. gr. b samkeppnislaga hvíli tilkynningarskyldan á því félagi sem „stöð að yfirtökunni“. Áfrýjandi hafi tekið yfir þau félög sem um ræði og kaupin leiddu til samruna í skilningi samkeppnislaga. Áfrýjandi hafi því stöðu þess sem standi að yfirtöku í skilningi lagaákvæðisins en aðrir hugsanlegir kröfuhafar hafi það ekki. Áfrýjandi hafi auk þess verið sá sem tilkynnti um yfirtökuna þótt seint væri, en ekki aðrir kröfuhafar.

Samkeppniseftirlitið bendir á að um sé að ræða brot á skyldu samkeppnislaga til þess að tilkynna um samruna áður en hann komi til framkvæmda. Það sem mestu varði í því sambandi sé að hin ólögmeta framkvæmd á samrunanum hafi hafist ári áður en samrunatilkynningin frá 16. júní 2010 var send Samkeppniseftirlitinu. Þá hafi áfrýjandi auk þess verið búinn að selja öll félögin, að einu undanskyldu, til þriðja aðila. Áfrýjanda bar að tilkynna um samrunann eftir að hann gerði kaupsamninginn í júlí 2009 og framkvæma hann ekki fyrr en að fenginni niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins. Þessa lagaskyldu virti áfrýjandi að vettugi.

Varðandi ákvörðun um viðurlög málsins bendir Samkeppniseftirlitið á að í hinni kærðu ákvörðun hafi tillit verið tekið til sérstakra aðstæðna í málinu og meðalhófs gætt við beitingu sektanna. Í hinni kærðu ákvörðun hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi brotið gegn banni 3. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga. Hafi brotið verið til þess fallið að samrunaákvæði samkeppnislaga náði ekki markmiði sínu. Því geti ekki komið til álita í málinu að fella niður sektir áfrýjanda. Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjanda hafi mátt vera ljóst inntak þeirra ákvæða samkeppnislaga sem hér eigi við og

að honum hafi því ekki getað dulist að yfirtaka hans á fyrirtækjum væri samruni sem bæri að tilkynna og óheimilt væri að framkvæma meðan hann væri til rannsóknar.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að áfrýjandi hafi getað óskað eftir undanþágu skv. 4. mgr. 17. gr. a samkeppnislaga áður en hann hafi hafið hina ólögmetu framkvæmd á samrunanum. Þegar af þessari ástæðu sé það ótækt að mati Samkeppniseftirlitsins að fella niður eða lækka sekt þar sem það sé til þess fallið að draga úr varnaðaráhrifum 37. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið hafi tekið tillit til kringumstæðna málsins við mat á fjárhæð sekta og sökum þessa hafi sekt málsins verið ákveðin lægri en ella og telur eftirlitið að með þessum hætti hafi verið tekið fullnægjandi tillit til atvika málsins.

Varðandi sjónarmið um stöðu áfrýjanda sem banka í slitameðferð telur Samkeppniseftirlitið að hafa verði í huga að 1. mgr. 37. gr. g samkeppnislaga veiti heimild til að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóti gegn banni við að samruni komist til framkvæmda. Skipti hér miklu að hugtakið fyrirtæki í samkeppnisrétti er efnahagslegt og hafi í samkeppnisrétti verið skýrt sjálfstæðri skýringu. Samkeppniseftirlitið líti svo á að rekstur þrotabús áfrýjanda feli í sér atvinnustarfsemi í skilningi samkeppnislaga. Loks bendir Samkeppniseftirlitið á að í máli þessu hafi áfrýjandi veitt upplýsingar í samræmi við skyldu sína skv. 19. gr. samkeppnislaga. Það sé ekki samstarf skv. 3. mgr. 37. gr. samkeppnislaga og feli ekki í sér rök fyrir lækkun sekta.

V.

Niðurstaða

1.

Með þeim samningum sem gerðir voru um að áfrýjandi eignaðist hluti í dótturfélögum Bergeyjar ehf. átti sér stað samruni í skilningi samkeppnisréttar. Breytingar urðu á yferráðum fyrirtækjanna til frambúðar enda ekki um að ræða tímabundna ráðstöfun í eðli sínu, né heldur að stefnt væri að því að Bergey næði aftur yferráðum. Þótt það leiði af eðli máls að aðili í stöðu áfrýjanda stefni ekki að langvarandi yferráðum - og sé eftir atvikum nánast þvingaður til þess að yfirtaka eignarhluti vegna vanefnda á fjárskuldbindingum - breytir það ekki því að yferráðin voru varanleg í þeim skilningi að

Það var háð síðari tíma atvikum hvenær bundinn yrði endi á þau. Þá skipta ákvæði reglugerðar ráðsins (EB) nr. 139/2004, sbr. reglugerð nr. 813/2006 um innleiðingu reglugerðar ráðsins (EB) nr. 139/2004 frá 20. janúar 2004 um eftirlit með samfylkingum fyrirtækja, engu varðandi þessa niðurstöðu.

2.

Samkvæmt ákvæðum 17. gr. samkeppnislaga ber að tilkynna um samruna áður en hann kemur til framkvæmda en eftir að samningur um hann gerður. Samruni skal ekki koma til framkvæmda á meðan Samkeppniseftirlitið fjallar um hann. Tilkynningarskyldan hvílir á þeim sem nær yfirráðum en það er engum vafa undirorpið að það var áfrýjandi sem náði yfirráðum félaganna um leið og samningarnir voru gerðir. Það breytir engu um tilkynningarskylduna hvort áfrýjandi kaus að beita áhrifum sínum með því að boða til hluthafafundar og kjósa nýja stjórnarmenn fyrir eða síðar. Skyldan til að tilkynna var fyrir hendi og hún er mikilvæg til að samkeppnisyfirvöld geti haft eftirlit með því að samruni fyrirtækja hafi ekki skaðvænleg áhrif á samkeppni.

Ekki er um það deilt að skilyrði fyrir lágmarksveltu voru uppfyllt samkvæmt 1. og 2. mgr. 17 gr. a. samkeppnislaga.

3.

Samruninn kom til framkvæmda áður en um hann var tilkynnt og er það í andstöðu við það sem lög bjóða. Ákvæði 3. mgr. 17. gr. a. samkeppnislaga er skýrt og í 37. gr. samkeppnislaga er kveðið á um að viðurlög við broti gegn því séu stjórnvaldssektir. Brotið var fullframið þegar yfirráðum var náð í dótturfélögum Bergeyjar, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 15/2009.

4.

Áfrýjandi krefst þess til vara að sektin sem Samkeppniseftirlitið ákvarðaði verði felld niður og til þrautavara að hún verði lækkuð verulega. Samkvæmt 4. mgr. 37. gr. samkeppnislaga má falla frá sektarákvörðun ef brot telst óverulegt eða af öðrum ástæðum er ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Að mati áfrýjunarnefndarinnar eru ekki ástæður til að falla frá sektarákvörðun enda eru tilkynningar um samruna mikilvægar í því eftirlitskerfi sem samkeppnislög kveða á um

og nauðsynlegt að viðurlög séu almennt þannig að þau tryggji að eftir þessum reglum sé farið.

5.

Í 3. mgr. 37. gr. samkeppnislaga er kveðið á um að sektir geti numið allt að 10% heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá hverju því fyrirtæki „sem aðild á að broti“. Jafnframt skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota, hvort brot hafa staðið lengi og hvort um ítrekað brot er að ræða. Þá hefur verið horft til efnahagslegs styrkleika fyrirtækja og huglægrar afstöðu þess sem brotlegur er.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í málinu er byggt á því að það eigi að hafa áhrif til mildunar viðurlaga að ákveðin óvissa hafi verið fyrir hendi í apríl 2009 vegna þeirra aðstæðna sem fyrir hendi voru í málinu og að huglæga afstöðu stjórnenda áfrýjenda verði að skoða í því ljósi. Áfrýjunarnefndin er sammála því mati Samkeppniseftirlitsins.

Áfrýjandi er í raun hættur rekstri og er undir slitameðferð þar sem starfsemin felst í því að selja eignir og úthluta andvirði þeirra til kröfuhafa. Áfrýjunarnefndin er því sammála því mati Samkeppniseftirlitsins að ekki sé unnt að miða við tekjuveltu við ákvörðun sektar eins og tíðkað er gagnvart rekstrarfélögum.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins er byggt á því að hafa þurfi til hliðsjónar að vaxtatekjur hjá búinu hafi verið 111 milljarðar vegna ársins 2009 og heildareignir séu um 1.195 milljarðar króna. Jafnframt er vikið að því að því að eignavirði hafi hækkað um 70 milljarða á tilteknu tímabili samkvæmt áætlunum skilaneftar áfrýjanda. Segir síðan í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að í ljósi þess sé rétt að leggja 40 milljóna króna sekt á áfrýjanda.

Áfrýjunarnefndin fellst ekki á þann rökstuðning Samkeppniseftirlitsins að reiknaðar fjármagnstekjur af eignum Landsbankans, sem nú er undir slitameðferð, eða áætlaðar breytingar á eignavirði á milli tímabila geti haft áhrif á sektarfjárhæðir. Fjárhagslegur styrkur áfrýjanda er augljóslega ekki mikill því félagið er hætt starfsemi vegna greiðsluþrots og á því hvíla kröfur sem taldar eru í þúsundum milljarða umfram þær eignir sem búíð hefur yfir að ráða.

6.

Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 15/2009 var staðfest ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um 15 milljóna króna sekt vegna brots á sömu ákvæðum samkeppnislaga, en þar hafði samkeppnisaðili m.a. náð yferráðum annars fyrirtækis og hafið rekstur þess án þess að tilkynning hafi verið send um samruna sem þó var gert ráð fyrir í sölusamningi. Í því máli voru ekki sömu óvissuatriði til mildunar viðurlaga og eru í þessu máli og brotið að mati áfrýjunarnefndarinnar nokkuð alvarlegra en í þessu máli.

Með vísan til alls framangreinds, og að teknu tilliti til nauðsynjar á samræmi í framkvæmd, telur áfrýjunarnefndin rétt að áfrýjanda verði ákveðin sekt að fjárhæð kr. 7,5 milljónir króna.

Úrskurðarorð:

Áfrýjandi, Landsbanki Íslands hf., greiði kr. 7.500.000 í sekt í ríkissjóð. Sektina skal greiða eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu úrskurðar þessa og skal greiða dráttarvexti af fjárhæð sektarinnar sé hún ekki greidd innan þess tíma.

Reykjavík 30. september 2011.

Jóhannes Karl Sveinsson

Anna Kristín Traustadóttir

Kristín Benediktsdóttir

Rétt endurrit staðfestir: