



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Fimmtudagur, 21. júlí, 2011

Ákvörðun nr. 27/2011

Yfirtaka Stjórnugríss hf. á eignum Rekstrarfélagsins Brautar ehf. og LS2 ehf.

I.

Málsatvik og málsmeðferð

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2011, *Samruni Stjórnugríss hf. við Rekstrarfélagið Braut ehf. og LS2 ehf.* heimilaði Samkeppniseftirlitið yfirtöku Stjórnugríss hf. (hér eftir Stjórnugrís) á tilteknum eignum Rekstrarfélagsins Brautar ehf. og LS2 ehf. Vegna reglna samkeppnisréttarins um félög á fallanda fæti taldi eftirlitið ekki unnt að grípa til íhlutunar í samrunann.

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem kvað upp sinn úrskurð 9. júní 2011. Í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 1/2011, *Búvangur o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu* var hins vegar talið ósannað að skilyrðin um fyrirtæki á fallanda fæti væru fyrir hendi. Af þeim sökum var ákvörðun Samkeppniseftirlitsins felld úr gildi og málinu vísað aftur til eftirlitsins til frekari meðferðar og nýrrar ákvörðunar.

Í kjölfar niðurstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála sendi Samkeppniseftirlitið Stjórnugrís og Arion banka hf. (hér eftir Arion banki) bréf dags. 14. júní 2011 ásamt úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Kom þar m.a. fram að áfrýjunarnefnd hafi staðfest niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að umræddur samruni myndi markaðsráðandi stöðu Stjórnugríss í svínarækt og styrkti markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins á markaðnum fyrir slátrun á svínunum. Einnig væri í úrskurðinum vísað til styrkrar stöðu á eggjamarkaði. Kom fram í bréfinu að í ljósi þessa yrði í hinni nýju ákvörðun aðeins tekin afstaða til þess hvort fallast bæri á vörn samrunaaðila um fyrirtæki á fallandi fæti, yrði enn á henni byggt, eða eftir atvikum hvort ógilda bæri samrunann eða setja honum skilyrði. Þá var vísað til þess að líkt og fram komi í úrskurði áfrýjunarnefndar hvíli það á samrunaaðilum að sanna að engin skaðleg samkeppnisleg áhrif verði í raun af samruna. Var Stjórnugrís og Arion banka því veitt færi á að rökstyðja og leggja fram gögn um að vörnin um fyrirtæki á fallandi fæti ætti við. Þá óskaði Samkeppniseftirlitið eftir rökstuddum tillögum að skilyrðum sem gætu komið í veg fyrir möguleg samkeppnishamlandi áhrif af samrunanum.



Með bréfi, dags. 16. júní 2011, mótmælti Stjórnugrís því að Samkeppniseftirlitið hefði heimild til að setja umræddum samruna skilyrði eða ógilda hann. Eftirlitið hefði enda ekki tekið ákvörðun um ógildinguna eða setninguna skilyrða fyrir samrunanum innan þeirra fresta sem tilteknir væru í 17. gr. d. laganna. Af þeim sökum gæti eftirlitið ekki tekið slíka ákvörðun, sbr. 3. mgr. 17. gr. d. laganna. Ákvæði 17. gr. e. samkeppnislaga veitti Samkeppniseftirlitinu engar heimildir til afskipta af samrunanum eftir niðurstöðu áfrýjunarnefndar enda væru allir frestir til íhlutunar löngu liðnir og umræddur samruni hafi hvorki verið ógiltur af eftirlitinu né sætt skilyrðum. Niðurstaða áfrýjunarnefndar um að fella ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í málinu úr gildi hafi jafnframt ekki byggt á formgalla á málsmeðferð.

Framangreind lagaákvæði fælu í sér tæmandi talningu þeirra tilvika þar sem Samkeppniseftirlitið gæti tekið samruna til efnislegrar meðferðar og eftir atvikum beitt íhlutun í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála eða niðurstöðu dómstóla, fyrir utan þó ákvæði 2. mgr. 17. gr. e. laganna. Atvik samkvæmt því ákvæði væru hins vegar ekki fyrir hendi í málinu. Með vísan til framangreinds taldi Stjórnugrís hafið yfir allan vafa að eftirlitið hefði engar heimildir til íhlutunar í umræddan samruna, hvað þá að hann yrði ógiltur úr þessu. Var óskað eftir rökstuddri afstöðu Samkeppniseftirlitsins til þessara atriða áður en efnislegar athugasemdir Stjórnugrís yrðu veittar í málinu.

Samkeppniseftirlitið veitti bæði Stjórnugrís og Arion banka frest til að skila inn efnislegum sjónarmiðum, fyrst til 28. júní og loks til 30. júní 2011.

Svarbréf Arion banka og Stjórnugrís bárust Samkeppniseftirlitinu þann 30. júní 2011. Báðir aðilar héldu því fram að Samkeppniseftirlitið hefði enga heimild til að setja samrunanum skilyrði eða ógilda hann þar sem lögbundnir frestir þar að lútandi væru liðnir. Þá hélt Stjórnugrís því fram að Samkeppniseftirlitið skorti lagaheimild til að endurupptaka málið. Hefði eftirlitið því engar lögformlegar heimildir til íhlutunar í samrunann. Samruninn hefði jafnframt komið til framkvæmda fyrir löngu. Fjöldi ákvarðana í rekstri Stjórnugrís varðandi rekstur umræddra svínabúa hefðu verið teknar fyrir löngu og væru með öllu óafturkræfar.

Arion banki byggði jafnframt á því að frestir þeir sem Samkeppniseftirlitið hafði til íhlutunar í samrunann hafi raunar runnið út í meðförum eftirlitsins áður en til töku ákvörðunar nr. 3/2011 hafi komið. Er þar um sömu málsástæðu að ræða og haldið var fram undir rekstri málsins og tekin var afstaða til í ákvörðun eftirlitsins nr. 3/2011 og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Að auki taldi Stjórnugrís að áfrýjunarnefndin hefði ekki haft heimild til að ógilda samrunann á grundvelli sönnunarskorts og færi úrskurðurinn að því leyti gegn almennri stjórnarsýsluframkvæmd. Hefði áfrýjunarnefnd talið að frekari gagna þyrfti að afla um sjónarmið samrunaaðila sem lúti að fyrirtæki á fallanda fæti, hefði nefndinni borið á grundvelli 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 að hlutast til um að frekari upplýsinga yrði aflað. Það, að byggja úrskurð á sönnunarskorti, stæðist því hvorki rannsóknarreglu stjórnarsýslulaga né vandaða stjórnarsýsluhætti. Til viðbótar verði að hafa í huga að í stjórnarsýslurétti hafi sú regla verið lögð til grundvallar að ákvörðun stjórnvalds væri ógildanleg ef (i) hún væri haldin form- eða efnisannmarka að lögum sem (ii) talist gæti



verulegur, (iii) enda mæli veigamikil rök ekki gegn því að ógilda hana, t.d. réttmætar væntingar málsaðila, góð trú málsaðila, hvort málsaðili sé byrjaður að nýta sér ákvörðunina og hvort ógilding ákvörðunar hafi í för með sér eyðileggingu verðmæta. Jafnframt sé við það miðað að ívilnandi ákvörðun, sem aðili hafi stuðst við um langt skeið, yrði sjaldnast ógilt. Telji Stjórnugrís því ekki heimilt að ógilda ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í málinu, m.a. vegna þess að veigamikil rök væru til staðar sem mæli gegn því.

Þá leituðust aðilar við að setja fram ný sjónarmið um fyrirtæki á fallanda fæti í tilefni af úrskurði áfrýjunarnefndar. Verða þau reifuð nánar síðar.

Í þágu rannsóknar málsins óskaði Samkeppniseftirlitið eftir sjónarmiðum aðila á markaði fyrir svínarækt, slátrun og kjötvinnslu. Var það gert með bréfi dags. 21. júní 2011. Sendi Samkeppniseftirlitið þeim aðilum úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála ásamt spurningum um helstu atriði um fyrirtæki á fallanda fæti, sem sérstaklega var fjallað um í forsendum úrskurðar áfrýjunarnefndar. Svör bárust á tímabilinu 23. júní - 14. júlí 2011 frá flestum þeirra aðila, sem óskað hafði verið umsagnar frá.

Dagana 7. - 14. júlí sl. fundaði Samkeppniseftirlitið með flestum þeim sem skilað höfðu umsögnum til eftirlitsins. Verða sjónarmið þeirra reifuð í tengslum við umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um sjónarmið um fyrirtæki á fallanda fæti.

Samkeppniseftirlitið fundaði einnig með samrunaaðilum þann 13. júlí. Að mati eftirlitsins var nauðsynlegt að upplýsa samrunaaðila um þau sjónarmið sem fram höfðu komið í bréfum umsagnaraðila. Var þetta gert með bréfi dags. 15. júlí og tölvupósti dags. 17. júlí 2011. Var samrunaaðilum send umsögn frá Juris fyrir hönd nokkurra aðila á markaði fyrir svínarækt ásamt umsögn Advel fyrir hönd tveggja sláturleyfishafa. Aðrir umsagnaraðilar höfðu óskað nafnleyndar og varð Samkeppniseftirlitið við þeirri ósk. Þess í stað útbjó eftirlitið reifun á efnislegum sjónarmiðum þessara umsagnaraðila og sendi samrunaaðilum.

Í kjölfar funda Samkeppniseftirlitsins með fulltrúum Arion banka og Stjórnugrís þann 13. júlí barst Samkeppniseftirlitinu bréf frá bankanum dags. 18. júlí og frá Stjórnugrís dags. 20. júlí. Arion banki áréttaði fyrri sjónarmið um skilyrði um fyrirtæki á fallanda fæti. Bankinn taldi ekki ástæðu til að fjalla ítarlega um sjónarmið annarra aðila. Að meginstefnu til hefðu sömu sjónarmið komið fram undir rekstri málsins og í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Taldi Arion banki þó umsagnir aðila einkennast af því að aðilum væri mjög umhugað um hagsmuni framleiðenda en lítið sem ekkert um hagsmuni neytenda. Taldi Arion banki að svo virtist sem röksemdafærslan gengi einkum út á að vegna umframframleiðslugetu hefðu eignirnar átt að hverfa af markaði og að verðlagning standi ekki undir rekstrarkostnaði. Hefði svo verið, myndi verðlagning þá leita í „nýtt jafnvægi“. Taldi Arion banki að af umræddum sjónarmiðum væri ljóst að ef ekki hefði komið til samrunans hefðu áhrif á samkeppni og neytendur orðið mun verri. Flestir umsagnaraðilar virtust sammála um þá staðreynd að verð hefði hækkað ef ekki hefði komið til samrunans. Þrátt fyrir það væru sumir á þeirri skoðun að það að ætluð markaðsráðandi staða yrði til eða styrkist væri „versta mögulega niðurstaðan“. Ljóst mætti vera að með því væru hagsmunir samkeppnisaðila hafðir í huga en ekki neytenda, en það væri ekki tilgangur samkeppnislaga, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar



samkeppnismála nr. 3/2008. Þá voru árétuð þau sjónarmið sem áður höfðu komið fram varðandi lögbundna fresti. Taldi bankinn ljóst að Samkeppniseftirlitið hefði enga lagaheimild til íhlutunar í samrunann. Þvert á móti væri beinlínis tekið fram í lögum að slík íhlutun væri óheimil.

Í bréfi Stjórngríss voru árétuð fyrri sjónarmið um að engin lagastoð væri fyrir endurupptöku málsins og hugsanlegri ógildingu samrunans eða setningu skilyrða fyrir honum. Jafnframt voru sett fram frekari sjónarmið um fyrirtæki á fallanda fæti og um þær umsagnir keppinauta og annarra, sem Samkeppniseftirlitið sendi Stjórngrís þ. 15. júlí. Verða sjónarmið og athugasemdir Stjórngríss reifuð hér síðar á viðeigandi stað.

II.

Niðurstaða

Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2011 var felld úr gildi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2011 og málinu vísað aftur til eftirlitsins til frekari meðferðar og nýrrar ákvörðunar. Með vísan til þessa verður ekki fallist á að Samkeppniseftirlitið skorti heimild til að fjalla um samrunann. Með hliðsjón af niðurstöðu nefndarinnar hefur Samkeppniseftirlitið að nýju lagt mat á hvort unnt sé að heimila samrunann með tilliti til varnarinnar um fyrirtæki á fallanda fæti.

Líkt og fram kemur í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2011 felst í samrunanum kaup og leiga Stjórngríss á eignum LS2 og Brautar, þ.e. bústofni og fasteignum. Með kaupsamningum dags. 9. júlí 2010, keypti Stjórngrís bústofn LS2 til áframhaldandi eldis og rekstrar ásamt tilteknum fasteignum félagsins, sem ýmist eru varanlega útbúnar með svínaeldi í huga eða tengjast slíkum rekstri með öðrum hætti. Stjórngrís keypti einnig bústofn af Braut ásamt því að taka á leigu fasteignir að Brautarholti. Samhliða var undirritað samkomulag um forkaupsrétt Stjórngríss á umræddum fasteignum. Samkvæmt tilkynningu samrunaaðila kaupir Stjórngrís í tilfelli LS2 bústofn svínabúsins, alls [...]¹ dýr. Þá kaupir Stjórngrís enn fremur fasteignir LS2 á Hýrumel, auk lands að Norður-Reykjum í Borgarbyggð. Í tilviki Brautar kaupir Stjórngrís bústofn svínabúsins, en í bústofninum eru [...]² dýr. Þá hefur Stjórngrís gert tímabundinn leigusamning til [...]³ ára um fasteignir Brautar á Brautarholti á Kjalarnesi, þ.e. tvö svínabú og dælustöð. Samkvæmt samrunaskrá felst því samruni í skilningi c-liðar 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga í framangreindum viðskiptum.

Um frekari lýsingar á samrunanum og aðilum hans vísast til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2011 og úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2011.

1. Samkeppnisleg áhrif samrunans

Við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna samkvæmt 17. gr. c. samkeppnislaga verður að byrja á því að skilgreina þann markað sem við á. Samkvæmt 4. gr. laganna er

¹ Trúnaðarupplýsingar eru felldar út í ákvörðun þessari. Innan hornklofa [...] eru hins vegar birtar upplýsingar á ákveðnum bilum. Fjárhagsupplýsingar sem aðgengilegar eru hjá Lánstrausti (Creditinfo Ísland) eru ekki felldar út vegna trúnaðar.

² Fellt út vegna trúnaðar.

³ Fellt út vegna trúnaðar.



markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgönguvöru eða þjónustu og staðgönguþjónustu. Staðganga er þegar vara eða þjónusta getur að fullu eða verulegu leyti komið í stað annarrar vöru eða þjónustu. Með hliðsjón af hagfræðilegum rökum þarf að líta á viðkomandi markað út frá a.m.k. tveimur sjónarmiðum; annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn. Hafa ber þó í huga að markaðsskilgreiningar í samkeppnisrétti geta ekki orðið nákvæmar og eru aðeins notaðar til viðmiðunar, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2001, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Vöru- og landfræðilegir markaðir málsins voru skilgreindir ítarlega í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2011. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála gerði ekki athugasemdir við það mat Samkeppniseftirlitsins og vísast því til fyrrnefndrar ákvörðunar sem og úrskurðar áfrýjunarnefndar nr. 1/2011 hvað þetta varðar.

Samkvæmt 17. gr. c. samkeppnislaga er unnt að grípa til íhlutunar í samruna ef hann myndar eða styrkir markaðsráðandi stöðu, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti.

Í úrskurði sínum staðfesti áfrýjunarnefnd það mat Samkeppniseftirlitsins að samruninn myndaði markaðsráðandi stöðu Stjórnugrís í svínarækt og styrkti markaðsráðandi stöðu félagsins á markaðnum fyrir slátrun á svínum. Taldi nefndin að sterk staða félagsins á eggjamarkaði hefði enn frekari áhrif til að styrkja stöðu gagnvart ýmsum aðilum á markaði, s.s. kjötvinnslum, fódurseljendum og smásölum. Af fyrirliggjandi gögnum mætti ráða að aðrir samkeppnisaðilar hefðu mun minni hlutdeild og virtust hafa takmarkaða burði til að eflast í samkeppni við Stjórnugrís.

Þá var það mat áfrýjunarnefndar að ef af samrunanum yrði væri líklegt að Stjórnugrís tæki við markaðshlutdeild hinna yfirteknu búna, jafnvel þótt dregið yrði úr framleiðslu í hagræðingarskyni. Þá hafi verið tekið tillit til þess að afkastageta framleiðenda á markaði hafi verið meiri en framleiðsla líkt og fram komi í gögnum málsins og þar með umtalsvert meiri en eftirspurn á neytendamarkaði sem dregist hafi saman samkvæmt forsendum ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins.

Með vísan til þessa var það niðurstaða nefndarinnar að markaðsráðandi aðili myndi efla stöðu sína yrði samruninn heimilaður. Að sama skapi væri líklegt að möguleikar annarra samkeppnisaðila til að stunda virka samkeppni minnkuðu enn frekar. Þá væri ljóst að sá rekstur sem um væri að ræða væri þess eðlis að erfitt væri fyrir nýja aðila að hasla sér völl á markaði nema með umtalsverðum tilkostnaði og án þess að arður að fjárfestingu yrði fyrr en eftir talsverðan tíma. Til viðbótar kæmi að samþjöppun á markaði væri nú þegar talsverð og áhrif samrunans myndu leiða til umtalsverðrar hækkunar á HHI-stuðli eins og fram komi í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Þegar svona háttáði til væri stutt í að markaðsráðandi aðili hefði slíka yfirburði og styrk gagnvart birgjum og smásöluaðilum að hann hefði tök á að stjórna því sem fram færi á markaðnum. Við slíka aðstöðu skapist margvísleg samkeppnisleg vandamál. Þá þurfi að hafa í huga að um sé að ræða sölu á matvælum sem snerti á endanum hagsmuni fjölmargra neytenda.



2. Fyrirtæki á fallanda fæti

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2011 var fjallað um reglur um fyrirtæki á fallanda fæti og greint frá skilyrðum þess að unnt væri að fallast á samruna sem leiðir til þess að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja myndast eða slík staða styrkist.

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

- (1) Að fyrir liggir að félag það sem málsaðilar halda fram að stefni í þrot muni í nánustu framtíð hrökklast af markaðnum vegna fjárhagserfiðleika ef það yrði ekki tekið yfir af öðru félagi;
- (2) að möguleiki á annarri sölu nefnds félags, sem hefði minni röskun á samkeppni í för með sér, sé ekki til staðar;
- (3) að eignir þess félags sem stefnir í þrot myndu óhjákvæmilega hverfa af markaðnum og ekki verða grundvöllur nýs rekstrar, ef ekki kæmi til samrunans.⁴

Í umræddum úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála kemur fram að unnt sé innan ramma gildandi samkeppnislaga að fallast á varnir sem byggja á sjónarmiðum um félag á fallanda fæti. Skilyrði sé að unnt sé að sýna fram á að samruni leiði ekki til eflingar á markaðsráðandi stöðu og feli því ekki í sér samkeppnisröskun. Tekur áfrýjunarnefnd fram að hér sé hins vegar um að ræða undantekingarreglu og „að sú byrði hvíli á samrunaðilum að sanna að engin skaðvænleg samkeppnisleg áhrif verði í raun af samruna ...“.

Rétt er að reifa helstu forsendur áfrýjunarnefndar fyrir því að ósannað teldist að skilyrðin um fyrirtæki á fallanda fæti væru fyrir hendi í máli þessu. Að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála er eins og fyrr sagði unnt að fallast á varnir sem byggja á sjónarmiðum um félag á fallanda fæti ef sýnt er fram á að samruni leiði ekki til eflingar á markaðsráðandi stöðu og feli því ekki í sér samkeppnisröskun.

Samkvæmt forsendum áfrýjunarnefndar verður við mat á slíkum orsakatengslum meðal annars að skoða hvort ætla megi að yfirtökufyrirtækið hefði hvort eð er tekið við þeirri markaðshlutdeild sem yfirtekna fyrirtækið réði yfir, eða hvort aðrir samkeppnisaðilar hefðu átt raunhæfa möguleika á að ná í þau viðskipti að einhverju marki. Hvíllir sú skylda á samrunaaðilum að sanna að engin skaðvænleg samkeppnisleg áhrif verði í raun af samruna miðað við fyrrgreind sjónarmið. Í því felst einnig að hafið sé yfir vafa að ekki hafi verið aðrar færar leiðir við ráðstöfun fyrirtækis á fallanda fæti.

Áfrýjunarnefndin benti á að það skapaði nokkra sérstöðu í þessu máli að afkastageta svínabúa sé meiri en til þarf að svara eftirspurn á markaði. Við slíkar aðstæður geti jafnvel verið heppilegra, í samkeppnislegu tilliti, að fyrirtæki á fallanda fæti hefði verið lagt niður, tímabundið eða að fullu og öllu, frekar en að ráðstafa því til markaðsráðandi aðila. Sá aðili væri þá í aðstöðu til að styrkja stöðu sína enn frekar gagnvart þeim sem fyrir væru á markaði. Nauðsynlegt væri jafnframt að greina hver samkeppnisleg áhrif hefðu orðið af því að umrædd fyrirtæki hefðu, ásamt lóðum og lendum, verið lögð niður

⁴ Sjá hér leiðbeiningarreglur framkvæmdastjórnar ESB um mat á láréttum samruna (2004/C 31/03).



og eignir þeirra nýttar í öðrum tilgangi. Bera þyrfti þau áhrif saman við þau sem leiddu af því hvernig Arion banki kaus að haga ráðstöfun svínabúanna.

Þá lægi fyrir að Arion banki hefði tekið við yferráðum fyrirtækjanna Brautarholts og Grísargarðs sökum þess að félögin eða eigendur þeirra gátu ekki staðið í skilum með fjárhagsskuldbindingar sínar gagnvart bankanum. Lítið lægi fyrir um tilraunir bankans til að laga skuldbindingar fyrirtækjanna að greiðslugetu rekstrarins. Þyrfti að leggja mat á hvort frekari tryggingar forsvarsmanna Brautarholtsbúsins og nýtt hlutafé þeirra til rekstursins hafi verið raunhæft úrræði til að halda áfram samkeppnisrekstri búsins. Jafnframt þyrfti að meta hvort forsendur við sölu Arion banka á umræddum svínabúum hafi verið réttar og hvort aðrir kostir hafi verið kannaðir nægjanlega. Þá benti áfrýjunarnefndin á eftirfarandi:

„Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 18/2009 (Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu) ríkir nú ástand í íslensku efnahagslífi þar sem ýmis fyrirtæki og eigendur þeirra standa ekki undir skuldbindingum sem teknar voru við hagstæðari skilyrði. Við endurskipulagningu fjárhags fyrirtækjanna og ráðstöfun eigna þeirra, ef endurskipulagning leiðir til breytts eignarhalds, þarf sérstaklega að gæta að því að ekki skapist ný samkeppnisleg vandamál með samþjöppun eignarhalds sem erfitt verður að glíma við þegar frá líður. Vörnin um fyrirtæki á fallanda fæti er sérlega vandmeðfarin við þessar aðstæður þegar mörg fyrirtæki eiga í vanda og einn sterkur aðili á markaði gæti átt möguleika að ná yfirburðastöðu.“

Með hliðsjón af framangreindu varð niðurstaða áfrýjunarnefndar sú að ósannað væri að skilyrðin um fyrirtæki á fallanda fæti væru fyrir hendi líkt og málið lægi fyrir. Þvert á móti virtist margt benda til hins gagnstæða. Að mati nefndarinnar skipti þar mestu að ekki væri gerð grein fyrir því hvernig það mætti vera að öll markaðshlutdeild svínabúanna að Hýrumel og Brautarholti hefði hvort eð er að verulegu eða öllu leyti horfið til Stjórnugríss. Auk þess taldi áfrýjunarnefndin það hafa orkað tvímælis að áskilja að einungis mætti selja búin í einu lagi í því sölufarli sem Arion banki stóð fyrir. Sama gilti um þá staðreynd að eignirnar hefðu ekki verið auglýstar til sölu opinberlega.

Verður hér á eftir lagt á það mat hvort samrunaaðilar hafi sýnt fram á að skilyrði fyrirtækis á fallanda fæti séu fyrir hendi. Verður fyrst gerð grein fyrir sjónarmiðum samrunaðila og fyrirtækja sem tengjast svínarækt, slátrun og kjötvinnslu.

2.1 Athugasemdir samrunaðila og umsagnaraðila

2.1.1 Hvort heppilegra hefði verið að leggja niður svínabúin

Líkt og áður greinir skapaði það nokkra sérstöðu í máli þessu að mati áfrýjunarnefndarinnar að afkastageta svínabúa í landinu væri meiri en til þurfi til að svara eftirspurn á markaði. Við slíkar aðstæður gæti jafnvel verið heppilegra, í samkeppnislegu tilliti, að fyrirtæki á fallanda fæti verði hreinlega lagt niður, tímabundið eða að fullu og öllu, frekar en að ráðstafa því til markaðsráðandi aðila sem með því væri þá í aðstöðu til að styrkja stöðu sína enn frekar gagnvart þeim sem fyrir væru á markaði.



Stjórnugrís mótmælti þessu mati áfrýjunarnefndar. Tap hluthafa og samfélagsins af gjaldproti félags, sem leiði til þess að það og allar eignir þess hverfi af markaði, væri ávallt meira en það tap sem geti orðið ef félagið eða eignir þess haldi áfram samkeppni. Áhugasamir kaupendur hafi jafnframt lýst ítrekuðum vilja til að leggja niður rekstur svínabúanna og draga verulega úr framleiðslu, þannig að unnt væri að hækka verð framleiðslunnar. Sjónarmið í þessa veru væru beinlínis skaðleg viðskiptavinum og neytendum. Markmið Stjórnugrís væri að ná aukinni hagræðingu í rekstri á grundvelli stærðarhagkvæmni í kjölfar samrunans. Þannig hefði að einhverju leyti verið mætt þeim gríðarlegu kostnaðarhækkunum sem orðið hefðu í starfseminni. Þyrfti þá ekki að hækka verð framleiðslunnar eða í það minnsta verulega minna en ef dregið yrði verulega úr framleiðslu. Samkeppnisleg áhrif hefðu því orðið verri hefðu hin ógjaldfæru svínabú verið lögð niður að fullu og öllu. Þá fái Stjórnugrís ekki séð hvernig leggja hafi mátt niður starfsemi svínabúanna tímabundið.

Í umsögnum keppinauta var tekið undir mat áfrýjunarnefndar um að heppilegra hefði verið í samkeppnislegu tilliti að leggja niður svínabúin, a.m.k. tímabundið, eða ráðstafa þeim til annarra aðila en Stjórnugrís. Stafi það af offramleiðslu svínakjöts á markaðnum. Umsagnaraðilar voru hins vegar ekki sammála um áhrif þess að bæði búin hyrfu af markaði. Annars vegar var talið að til þess að jafnvægi kæmist á milli eftirspurnar og framleiðslu væri ekki nóg að aðeins annað búíð hyrfi af markaðnum. Hins vegar hefði verið óæskilegt að framleiðslumagn beggja búanna hefði horfið skyndilega af markaði og hefði leitt til tímabundins skorts á svínakjöti. Núverandi framleiðendur hefðu þó verið tiltölulega fljótir að auka framboð sitt og stæði Stjórnugrís þar vel að vígi. Ónýtt framleiðslugeta félagsins næmi u.þ.b. ársframleiðslu annars þess bús sem lagt hafi verið niður. Hefði Stjórnugrís því getað aukið framboð sitt án þess að ráðast í verulegar fjárfestingar, en framleiðslueiningar minni framleiðenda væru nærri full nýttar. Það, að afhenda Stjórnugrís búin tvö og allan bústofninn, hafi því verið versta mögulega niðurstaðan fyrir samkeppni á markaðnum. Bústofn hafi að mestu verið felldur og farið út á markaðinn á óeðlilega lágu verði. Tjónið af því sé þegar komið fram og verði ekki aftur tekið, m.a. dugi verð annarra framleiðenda svínakjöts ekki fyrir framleiðslukostnaði.

Hins vegar kom einnig fram það sjónarmið að aðrar ráðstafanir en að selja Stjórnugrís svínabúin hefðu getað leitt til þess að bændur gætu hámarkað framleiðslu sinna búa án mikils tilkostnaðar. Með því hefði framleiðslukostnaður lækkað. Ef ónýtt framleiðslugeta hjá öðrum svínabúum landsins hefði verið næg mætti leiða að því rök að hagkvæmt hefði verið að loka umræddum tveimur búum á um 18 mánaða tímabili þannig að öðrum gæfist færi á að auka framleiðslu sína og tryggja þar með eðlilegt framboð á markaði. Betra væri fyrir alla að leggja niður tímabundið eða varanlega svínarekstur á öðru svínabúinu, t.d. Brautarholti, vegna aðstæðna á markaðnum. Allt sé betra en að styrkja aðila sem sé með markaðsráðandi stöðu. Stjórnugrís hafi ekki einungis tryggt stöðu sína í framboði á svínakjöti, heldur hafi félagið með samrunanum yfirtekið viðskiptasambönd Hýrumels og Brautarholts. Þeir svínabændur, sem nú hygðust auka framleiðslugetu sína, séu í töluvert breyttri stöðu, en ef búunum hefði verið lokað árið 2010. Þá hefði sá sem fyrstur hefði verið til að auka framleiðslugetu sína náð til sín viðskiptasamböndum lokuðu búanna. Sem markaðsráðandi aðili hafi Stjórnugrís í hendi sér bæði markaðinn fyrir framleiðslu á svínum sem og slátrun. Þannig sé félagið í aðstöðu til að stilla af verð og magn sem geti leitt til verri samkeppnisstöðu annarra aðila á umræddum mörkuðum.



Þá kom einnig fram að aukning á hlutdeild Stjörnugríss hafi orðið minni en ella þar sem félagið hafi dregið verulega úr framleiðslunni. Markaðurinn hafi því komist í jafnvægi á þeim tíma sem liðinn sé frá samrunanum. Til að meta áhrif þessa í samkeppnislegu tilliti þurfi að líta til nokkurra þátta. Ávinningur annarra svínabænda af hærra markaðsverði án aukinnar skuldsetningar þeirra hafi verið mikill. Því verði að meta hvort hugsanlegur ávinningur Stjörnugríss af aukinni hlutdeild skaði aðra svínabændur meira en ávinningur þeirra af því að Stjörnugrís taki á sig birgðar til að draga úr offramboði. Erfitt sé að svara því en ef aðrir svínabændur geti aukið framleiðslu sína telji þeir það hagkvæmt og því sé full samkeppni enn til staðar. Jafnframt verði að líta til þess að líkur séu á aukinni samkeppni erlendis frá á næstu árum.

Stjörnugrís fellst ekki á það mat flestra umsagnaraðila að heppilegra hefði verið að leggja niður hin yfirteknu svínabú. Sér í lagi þegar hafður væri í huga hagur viðskiptavina og neytenda. Mikil samkeppni hafi verið í starfsgreininni og þrátt fyrir nokkra offramleiðslu um tíma sé ljóst að framleiðslan hefði leitað jafnvægis með eðlilegum hætti innan tíðar. Slíkt jafnvægi hefði ekki náðst ef hin yfirteknu svínabú hefðu verið lögð niður, enda hefði þá orðið skyndilegur skortur á framboði með tilheyrandi tjóni fyrir sláturhús og kjötvinnslur, auk neytenda vegna hækkandi verðs. Þar af leiðandi hefði verið skaðlegt að leggja hin yfirteknu svínabú niður. Stjörnugrís fellst á það mat að ef svínabúin hefðu verið lögð niður myndi félagið fylla stærstan hluta þeirrar vöntunar með tímanum. Hvort sem af samrunanum hefði orðið eða ekki hefði Stjörnugrís náð verulegri hlutdeild svínabúanna.

Mótmælir Stjörnugrís því að samruninn sé versta mögulega niðurstaðan. Sömuleiðis mótmælir Stjörnugrís því að bústofn hinna yfirteknu búa hafi að mestu verið felldur og farið út á markaðinn á óeðlilegu verði. Samkeppniseftirlitið geti lagt sjálfstætt mat á það út frá upplýsingum frá Stjörnugrís um fjölda dýra sem hafi verið fargað auk upplýsinga um verð Stjörnugríss til viðskiptavina. Þá hefði aukning í framleiðslu keppinauta Stjörnugríss óveruleg áhrif, í það minnsta í samanburði við mögulega aukningu Stjörnugríss. Svínabú hérlendis séu flest mjög smá í sniðum. Telur Stjörnugrís að ef fram færi nákvæm könnun á hver væri raunveruleg framleiðslugeta hvers svínabús kæmi í ljós að Stjörnugrís væri í bestri aðstöðu til að auka framleiðslu sína.

Þá telur Stjörnugrís mikilvægt að líta til þess hvaðan eftirspurnin kæmi ef hin yfirteknu bú hefðu eða yrðu lögð niður. Stjörnugrís hafi keypt framleiðslu Brautarholts og yrði Stjörnugrís því að mæta þeirri vöntun sem yrði á grísum til slátrunar. Stjörnugrís myndi framvegis slátra allri framleiðslu í eigin húsi og hætta sölu grísa á fæti til t.d. SS til að geta mætt samningsskuldbindingum sínum gagnvart viðskiptavinum. Stjörnugrís sé í dag eini aðilinn sem selji svínakjöt í heildsölu til kjötvinnsla. Áþekk staða yrði hjá Norðlenska, en það félag hafi verið í viðskiptum við Hýrumel og með þörf fyrir um helming þeirrar framleiðslu, þ.e. um 100 grísi á viku. Norðlenska myndi missa meira en helming þess innleggs sem félagið væri með í dag og stæði eftir með tvo smáa innleggjendur sem hafi litla sem enga burði í framleiðsluaukningu. Yrði Norðlenska því að leita til Stjörnugríss eða annarra svínabænda um grísi til slátrunar. Afar litlar líkur væru á því að aðrir en Stjörnugrís væru aflögufærir. Þeir bændur, sem leggi inn hjá SS, gætu aukið lítillaga við sig, en aðeins til að mæta hluta þeirra grísa sem SS myndi tapa ef Stjörnugrís hætti að leggja þar inn grísi. Yfirgnæfandi líkur væru því á því sá sem gæti fyrst, hraðast og öruggast aukið framleiðslu sína myndi anna þeirri eftirspurn. Ekki yrði ályktað á annan



veg en að sá aðili væri Stjórnugrís, miðað við stærð og framleiðslugetu félagsins. Þá mótmælir Stjórnugrís því að félagið sé í stöðu til að „stilla af verð og magn sem geti leitt til verri samkeppnisstöðu annarra aðila á umræddum mörkuðum“. Verð Stjórnugrís byggir á viðskiptalegum forsendum líkt og Samkeppniseftirlitinu sé kunnugt um.

Við mat á mögulegum samkeppnislegum áhrifum þess að svínabúin Brautarholt og Grísagarður hefðu, ásamt lóðum og lendum, verið lögð niður og eignir þeirra nýttar í öðrum tilgangi voru umsagnaraðilar sammála um að tímabundinn framboðsskortur hefði myndast á fersku svínakjöti.

Að mati umsagnaraðila var mikið offramboð á svínakjöti, eða um 5-10% offramleiðsla á árunum 2008-2009. Af þeim sökum hefði markaðsverð á kjöti verið langt undir framleiðslukostnaði og svínabændur tapað miklu á rekstri svínabúa. Hefði öllum bústofni á Brautarholti og á Hýrumel verið slátrað árið 2010 og búnum lokað skyndilega hefði u.þ.b. 25% af framleiðslugetu horfið, sem væri of mikið magn. Þrátt fyrir þann samdrátt hefði komist jafnvægi á markaðinn, verð á svínakjöti sem og öðrum kjöttegundum hefði fljótlega hækkað nokkuð. Þá hefði neysla annars kjöts, s.s. lamba- og kjúklingakjöts aukist sem og fiskneysla að einhverju leyti. Jafnframt hefði framboð á innfluttu svínakjöti aukist mjög fljótlega á meðan svínabændur myndu auka við framleiðsluástöðu sína. Svínabændur myndu þá flestir auka við gyltustofna sína sem hefði leitt til aukningar í grísaeldi eftir u.þ.b. ár. Verð á grísa kjöti hefði því farið lækkandi og leitað í nýtt jafnvægi, þegar þeir svínabændur sem eftir væru reyndu að ná til sín aukinni markaðshlutdeild með auknu framboði á svínakjöti. Samkeppnisstaðan milli svínabænda hefði því ekki breyst, en óheppileg sveifla hefði komið í markaðsverð.

Þá kom jafnframt fram að í ljósi umframafkastagetu greinarinnar hefðu samkeppnisleg áhrif orðið nokkur en þó ekki endilega umtalsverð. Skýrist það af því að starfandi svínabú myndu anna umframeftirspurn. Betra jafnvægi kæmist þó á milli framboðs og eftirspurnar. Augljóslega hefðu verið meiri áhrif af að leggja niður bæði búin en annað þeirra. Sala búanna til annarra en markaðsráðandi aðila hefði ótvírætt verið jákvæðari í samkeppnislegu tilliti en að leggja þau bæði niður. Slík sala myndi enda styrkja stöðu smárra aðila á markaði og þannig efla virka samkeppni.

Stjórnugrís telur rangt sem fram komi í umsögnum keppinauta samkeppnisstaðan milli svínabænda hefði ekki breyst ef hin yfirteknu svínabú hefðu verið lögð niður. Hlutdeild Stjórnugrís hefði heldur aukist verulega, þrátt fyrir að aðeins hefði komið til línuleg dreifing hlutdeildar hinna yfirteknu svínabúa á þá aðila sem eftir yrðu á markaðnum. Þá væri auðsýnt að ef kæmi til aukningar framleiðslu hjá öllum svínabændum myndi hlutfallsleg aukning vera mest hjá Stjórnugrís. Félagið hefði enda stærstan bústofn og flesta fermetra til ræktunar. Litlu hefði breytt ef minni svínabúin hefðu aukið framleiðslu sína. Eðli máls samkvæmt hefði Stjórnugrís því verið í bestri aðstöðu til að auka við sig hlutdeild, bæði að öllu óbreyttu og með aukningu á framleiðslu.

2.1.2 Áframhaldandi rekstur að Brautarholti

Fyrir liggur að Arion banki tók við yfirráðum fyrirtækjanna Brautarholts og Grísagarðs sökum þess að félögin eða eigendur þeirra gátu ekki staðið í skilum með fjárhagsskuldbindingar sínar gagnvart bankanum. Að mati áfrýjunarnefndar hafi hins



vegar lítið legið fyrir um tilraunir bankans til að laga skuldbindingar Brautarholts og Grísagarðs að greiðslugetu rekstrarins. Þó hafi komið fram í umsögn forsvarsmanna Brautarholtsbúsins, dags. 6. janúar 2011, að þeir hafi boðist til að leggja fram frekari tryggingar vegna skuldbindinga við Arion banka og leggja rekstrinum jafnframt til nýtt hlutafé. Ekki sé ljóst hvort þetta hafi verið raunhæft úrræði til að halda áfram samkeppnisrekstri búsins, en liggja þurfi fyrir að aðrir heppilegri kostir en ráðstöfun til markaðsráðandi aðila, hafi ekki verið tækir.

Í bréfi sínu til Samkeppniseftirlitsins dags. 30. júní 2011 kom fram að Arion banki hafi unnið í samræmi við verklagsreglur bankans um lausn á útlánavanda fyrirtækja. Farið hafi verið yfir sjóðstreymi félagsins, mat lagt á skuldastöðu þess og greiðslubyrði ásamt því hvaða úrræði myndu duga til að forsvarsmenn Brautarholts ehf. gætu hlotið úrlausn málefna sinna innan Arion banka. Við upphaf verkefnisins hafi [...] ⁵

Að mati Stjörnugríss hafi þegar verið leitt í ljós að allar leiðir til endurskipulagningar á fjárhag hinna ógjaldfæru svínabúa hafi verið reyndar til þrautar.

2.1.3 Skilyrði um að selja búin í einu lagi

Arion banki byggir sem fyrr á því að forsendur sölufærlisins hafi verið málefnalegar og fyllilega forsvaranlegar. Búin hafi verið seld í einu lagi vegna ríkrar kröfu af hálfu aðila innan greinarinnar. Þær kröfur af hálfu líklegra kaupenda hafi ekki komið Arion banka á óvart. Bankanum hafi verið fullljóst að enginn rekstrargrundvöllur hafi verið fyrir bæði búin, þar sem mikil umframframleiðslugeta hafi einkennt markað fyrir framleiðslu á svínakjöti. Þá höfðu [...] ⁶ Rekstur svínabúa væri mikill áhætturekstur og afar ólíklegt að margir aðilar væru tilbúnir að leggja fé í rekstur þeirra. Sjáist þetta vel af athugasemdum aðila í greininni fyrir samkeppnisyfirvöldum sem lúti fyrst og fremst að því að tryggja hefði átt að eignirnar hyrfu af markaði til að draga úr umframframleiðslugetu.

Því hafi Arion banki stuðst við sjónarmið aðila á markaði, mögulegra kaupenda, sem og eðlileg rekstrarleg og hagfræðileg rök og talið líklegra að kaupandi fengist að eignunum ef búin væru seld í einu lagi. Margfalt meiri áhætta hafi verið í því fólgin fyrir aðila að kaupa aðeins rekstur eins bús, án þess að vita hvað yrði um hin. Með því hefði hann engin tók á að minnka umframframleiðslugetu eða gera rekstraráætlanir, vegna þeirrar óvissu sem fyrir hendi væri um framleiðslu hinna búanna. Hafi það því verið mat allra aðila að mun meiri líkur væru á því að kaupandi fyndist að öllum búunum en aðeins einu, enda um áhættusaman rekstur að ræða. Gæfist kaupanda kostur á því hefði hann tók á að draga úr framleiðslu eða endurskipuleggja rekstur búanna með hverjum þeim hætti sem hann teldi fýsilegastan. Þá hafi verið nauðsynlegt að grípa til umfangsmikilla aðgerða og endurskipulagningar búanna. Fyrir hafi legið að hætta þyrfti rekstri búsins að Stafholtsveggjum, en þar hafi farið fram áframeldi á 2/3 hluta þeirra grísa sem fæddust hjá Grísagarði ehf. Grísagarður hefði því aðeins annað 1/3 hluta af fyrri framleiðslugetu vegna óhagkvæmrar samsetningar smágrísaaðstöðu og eldisgrísaaðstöðu. Af þessu leiði að kaup á búunum saman hafi verið betra (eða skárri) viðskiptatækifæri en kaup á einu þeirra hefði verið. Hafi þetta verið í fullu samræmi við mat aðila á markaði. Að mati Arion

⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

⁶ Fellt út vegna trúnaðar.



banka hafi engin rök komið fram sem gætu hnekktt þessu mati hans heldur þvert á móti ef eitthvað væri.

Stjórngrís telur að ekkert í ítarlegum skýringum Arion banka hf. undir rekstri málsins hjá bæði Samkeppniseftirlitinu og áfrýjunarnefnd, bent til annars en að faglega hafi verið staðið að öllu sölufurlinu og mögulegum áhugasömum kaupendum hafi verið vel kunnugt um fyrirhugaða sölu, þar sem hafði enda verið fjallað með ítarlegum hætti í fjölmiðlum um yfirtöku bankans, vandræði greinarinnar og mögulega sölu Arion banka hf. Engin formleg tilboð, önnur en tilboð Stjórngríss, hafi hins vegar borist í hin ógjaldfæru svínabú.

2.1.4 Synjun um seljendalán

Af hálfu Baulu er bent á að fyrirtækið hafi verið stofnað í þeim tilgangi að kaupa og reka svínabúið að Hýrumel. Baula hefði því átt enn raunhæfari kost á að kaupa þá einingu en báðar, en hún væri minni. Þá teldu félögin, sem að Baulu standi, sig hafa haft raunhæfan möguleika á kaupum beggja búanna, að því gefnu að seljendalán hefði verið í boði af hálfu Arion banka. Ákvörðun Arion banka um að standa að engu leyti að fjármögnun kaupanna skapaði í raun forsendubrest fyrir félögin og Baulu og hafi þar með haft veruleg áhrif á það hverjir kaupendur búanna á endanum hafi orðið.

Arion banki telji mikilvægar upplýsingar koma fram í umsögn Baulu hvað varðar mögulegt seljendalán. Verði ekki annað séð en að félagið hafi ekki haft áhuga á kaupum á búunum nema það stæði til boða. Augljóst megi vera að engin rök standi til þess að leggja þá skyldu á Arion banka að leggja fram fé í tengslum við sölu bankans á búunum. Með þessum málflutningi Baulu verði ekki annað séð en að það skilyrði eitt og sér hafi leitt til þess að enginn annar kaupandi hafi fengist en Stjórngrís. Meigi því leggja það til grundvallar að svo hafi verið og salan til Stjórngríss því eini mögulegi valkosturinn til móts við brotthvarf eignanna af markaði.

Að mati Stjórngríss var sölufurli Arion banka í alla staði faglegt og gagnsætt og framkvæmt með hliðsjón af þeim sérstöku hagsmunum sem til staðar hafi verið í málinu, þ.e. að um lifandi búfénað hafi verið að ræða. Ráðast hafi þurft í tafarlaugar og jafnvel fjárfrekar aðgerðir. Engar athugasemdir hafi komið við sölufurlið meðan á því stóð öfugt við stöðuna í dag. Stjórngrís telji þær kröfur úr öllu hófi. Hafa verði í huga að seljandi var einkaaðili, sem hafi þá skýru kröfu að arðsemisjónarmið skuli ávallt ráða för við ráðstöfun eigna. Skjóti það því skökku við þegar einhverjir haldi því fram að Arion hafi átt að víkja skýrum arðsemiskröfum til hliðar og jafnvel fjármagna áframhaldandi taprekstur, ýmist sjálfur eða með veitingu láns til kaupanda. Í þessu samhengi bendir Stjórngrís á að starfsemi bankanna og þá sér í lagi m.t.t. aðkomu þeirra að mögulegri fjárhagslegri endurskipulagningu fyrirtækja hafi verið til skoðunar hjá Samkeppniseftirlitinu, sbr. umræðuskjal nr. 2/2009 um banka og endurskipulagningu fyrirtækja og umræðuskjal nr. 1/2011 um samkeppni á bankamarkaði. Í fyrrgreinda skjalinu hafi Samkeppniseftirlitið sett fram 17 kjarnasjónarmið sem eftirlitið taldi að hafa bæri að leiðarljósi við endurskipulagningu atvinnufyrirtækja. Fyrsta kjarnasjónarmiðið hafi verið að einungis skuli koma þeim fyrirtækjum til aðstoðar, sem eigi sér eðlilegar rekstrarlegar forsendur en forðast beri að endurreisa eða halda gangandi óhagkvæmum fyrirtækjum. Í skýringum við það sjónarmið segi jafnframt að bankar eigi hins vegar að forðast að endurreisa fyrirtæki sem eigi sér ekki rekstrarlegan grundvöll. Sé það gert sé vandséð að ákvarðanir



viðkomandi banka séu reistar á viðskiptalegum forsendum. Um leið kunni bankinn að skaða samkeppni á viðkomandi markaði, með því að halda lífi í óhagkvæmu fyrirtæki sem ekki eigi rétt á sér.

Þá sé óumdeilt að hin yfirteknu svínabú hafi ítrekað orðið ógjaldfær, með tilheyrandi tjóni fyrir lánardrottna þeirra. Það hefði farið gegn fyrrgreindu kjarnasjónarmiði að halda búunum áfram í rekstri eða veita þáverandi eigendum enn frekari lánafyrirgreiðslur. Standist því ekki að gera þær kröfur til Arion að bankanum hefði borið að halda áfram afar óhagkvæmum rekstri eða veita fjármögnun til kaupa á svínabúunum. Hefði komið til lánsfjármögnunar bankans sé ljóst að hin fjárhagslega áhætta af rekstri svínabúanna hefði áfram hvílt á bankanum en ekki færst yfir til nýrra eigenda. Slíkt geti ekki staðist. Sala búanna til Stjórnugríss hafi því verið í samræmi við fyrrgreint kjarnasjónarmið enda hafi rekstraráhættan færst yfir til Stjórnugríss. Því hafi viðskiptalegar og málefnalegar forsendur legið að baki sölunni til Stjórnugríss.

2.1.5 Sala svínabúa ekki auglýst opinberlega

Arion banki vísar til fyrri sjónarmiða sinna um þetta atriði, sem fram komi í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Byggir Arion banki á því að með öllum þeim upplýsingum sem færðar hafi verið fram hvað þetta varði sé það sannað að ekki hafi verið fyrir hendi annar kostur sem takmarkaði samkeppni minna. Sem dæmi megi nefna að þrátt fyrir málarekstur í að verða eitt ár og fjölmargar athugasemdir samkeppnisaðila í löngu máli hafi ekki komið fram nokkrar vísbindingar um að fyrir hafi verið að fara öðrum mögulegum kaupanda en þeim sem gerðu Arion banka tilboð.

Því til viðbótar vilji bankinn benda á að aðbúnaður dýra hafi verið mjög slæmur er Arion banki hafi tekið við rekstri búanna og heilbrigði dýra þannig að að bregðast yrði skjótt við til að viðhalda viðeigandi starfsleyfum. Hafi verið ljóst af samskiptum við yfirdýralækni að bankanum yrði gefinn skammur tími til að bregðast við og koma bústofni í heilbriggt ástand. Hafi því verið þörf mun skjótari aðgerða en mögulegar væru ef um opinberlega auglýst sölufarli hafi verið að ræða. Þá vilji Arion banki [...] ⁷

Arion banki ítreki að mikið hafi verið fjallað um yfirtöku bankans á búunum opinberlega á sínum tíma. Þegar það gerist með eignir sem bankinn yfirtaki hafi ávallt fjölmargir aðilar samband við hann og óski eftir upplýsingum. Í tilviki svínabúanna hafi það aðeins verið einn fjárfestir sem það gerði. Hafi hann fengið þær upplýsingar sem hann hafi óskað eftir en skilaði ekki inn tilboði. Skuli það því áréttað að ekki hafi verið um lokað sölufarli að ræða heldur opið í þeim skilningi að öllum sem þess óskuðu eða áhuga hafi sýnt hafi verið gefinn kostur á þátttöku. Áhuginn hafi hins vegar verið afar líttill, sem enginn, eins og raun beri vitni.

Í umsögn Baulu kom fram að sú ákvörðun Arion banka að auglýsa sölu hlutanna ekki opinberlega hafi mögulega minnkað hóp áhugasamra fjárfesta.

⁷ Fellt út vegna trúnaðar.



2.1.6 Reynsla og þekking væntanlegra kaupenda af rekstri svínabúa o.fl.

Arion banki taldi nauðsynlegt eða æskilegt að væntanlegir kaupendur hefðu reynslu og þekkingu af rekstri svínabúa.

Að mati Baulu hafi það skilyrði Arion banka væntanlega minnkað hóp áhugasamra fjárfesta. Bent var á að á árinu 2005 hafi Kaupþing hf., forveri Arion banka, selt aðilum í óskyldum rekstri eitt stærsta svínabú landsins.

Umsagnaraðilar voru almennt sammála um að hægt hefði verið að standa öðruvísi að sölu búanna. Til að mynda hefði Arion banki getað selt búin í sitt hvoru lagi í opnu sölufurli og komið með eðlilegum hætti að lánveitingum vegna sölu eignanna, sérstaklega í ljósi stærðar búanna og erfiðrar stöðu atvinnugreinarinnar. Aðferð Arion banka á sölu svínabúanna hefði hins vegar þrengt mögulegan kaupendahóp og hafi sölufurlið verið sniðið að þörfum Stjórnugrís. Arion banki hafi ekki tekið tillit til samkeppnisjónarmiða og megi telja ólíklegt að Arion banki hefði haft sama háttinn á við sölu annarra fyrirtækja, t.d. Haga og Heklu. Betra hefði verið ef bæði svínabúin hefðu hætt starfsemi heldur en að markaðsráðandi aðila yrði afhent bæði fasteignir og bústofn. Þá hafi Arion banki hafi ekki látið reyna á til hlítar samstarf við eigendur svínabúsins í Brautarholti.

Rétt er að nefna að annar umsagnaraðili taldi að mögulega hefði sölufurlið ekki haft áhrif á niðurstöðuna. Arion banki hafi haft samband við alla helstu aðila sem að svínarækt komi ásamt öðrum, en mögulegir kaupendur hafi ekki verið margir. Um nokkurs konar lokað útboð hafi verið að ræða. Vafi leiki á um hvort sala búanna með öðrum hætti hefði skilað betri niðurstöðu og hvort það hefði verið hægt í ljósi aðstæðna. Tíminn til að ljúka málinu hafi verið mjög naumur og hafi öllum verið ljóst að svínarækt væri rekin með miklum halla sem skaði marga viðskiptavinum bankanna, bæði Arion banka sem og annarra. Það hafi því ekki verið óeðlilegt að Arion banki seldi búin til stærsta aðilans, Stjórnugrís, sem jafnframt hafi haft burði til að kosta yfirtöku búanna og fækkun bústofns.

Umsagnaraðilar töldu að við mat á því hvort önnur raunhæf úrræði en að ráðstafa svínabúunum til markaðsráðandi aðila hefðu verið tæk til að halda áfram samkeppnisrekstri búanna yrði að líta yrði til þess að bæði svínabúin höfðu verið rekin með miklu tapi árum saman. Það hefði skaðað aðra svínabændur og kjötframleiðendur í landinu, enda hafi reksturinn ekki staðið undir sér og verið fjármagnaður af fjármálastofnunum. Bæði búin hefðu því fyrir löngu átt að vera farin í þrot og hætt rekstri. Ljóst sé að rekstur búanna hafi ekki staðið undir stofnkostnaði þeirra og enginn hefði keypt þau á fullu verði. Það hefðu verið skaðleg afskipti af markaði að selja þau á undirverði til áframhaldandi reksturs og skekkt samkeppnisstöðu annarra svínabænda. Sú leið sem farin hafi verið að selja þau með skilyrði um að loka öðru búinu hafi því virst skynsamleg.

Þá væri Brautarholtsbúið ekki vel staðsett, enda nærri borginni. Raunhæfasta aðgerðin til að styrkja samkeppnisumhverfið hefði verið að selja Hýrumel, helst til minni aðila, eða til einhvers annars en markaðsráðandi aðila og loka Brautarholtsbúinu. Mögulega hefði verið hægt að halda úti samkeppnisrekstri á báðum svínabúunum, eða a.m.k. öðru þeirra ef þau hefðu ekki verið seld til markaðsráðandi aðila. Þá hefði rekstrarumhverfi svínabúa orðið eðlilegra. Stjórnugrís hefði þá ekki staðið lengur að undirboðum á verði svínakjöts.



Búin tvö hefðu verið í nokkuð stöðugri framleiðslu í um 8-10 ár og höfðu markað og sölusamband fyrir sínar afurðir. Kaupendur á markaði vildu binda sig til lengri tíma í að kaupa kjöt af þessum búum, m.a. til þess að forðast að þau myndu lenda í höndum Stjórnugríss, sem þá þegar hafi verið með markaðsráðandi stöðu á svínakjötsmarkaðnum.

Félög þau sem standa að Baulu höfðu fyrst og fremst áhuga á kaupum búins að Hýrumel, gagngert í þeim tilgangi að halda áfram samkeppnisrekstri þess. Sala á því búi hefði því verið fullkomlega raunhæf aðgerð til að tryggja samkeppnisrekstur a.m.k. þess bú. Veiting seljendaláns hefði að sama skapi greitt fyrir kaupum á báðum búunum í einu lagi. Var athygli Samkeppniseftirlitsins sérstaklega vakin á því að Baula hafi verið reiðubúin að greiða umtalsvert hærra verð fyrir búið að Hýrumel eitt og sér, miðað við þá forsendu að seljendalán fengist, samanborett við þá greiðslu sem félagið hafi verið reiðubúið að greiða fyrir bæði búin þegar ljóst hafi verið að fjármögnunin hafi ekki verið tryggð af hálfu Arion banka.

Í athugasemdum við sjónarmið umsagnaraðila telur Stjórnugrís að sýnt hafi verið fram á að önnur ráðstöfun svínabúanna hafi ekki verið tæk. Tekur Stjórnugrís undir þau sjónarmið að bæði búin hefðu fyrir löngu átt að vera farin í þrot og hætt rekstri. Enginn hefði keypt þau á fullu verði. Jafnframt telur Stjórnugrís að sú ráðstöfun að selja annað búið og loka hinu hefði leitt til aukins fjárhagslegs tjóns Arion banka. Að auki hafi bankinn skýrt frá þeim kröfum aðila sem hann hafi ráðfært sig við að búin yrðu seld í einu lagi.

Um umsagnir aðila segir Arion banki að þær virðist margar eiga það sammerkt að byggt sé á því að búin hefðu getað verið seld öðrum aðilum. Hið rétta sé að það hafi ekki verið mögulegt og sé tekið undir það í úrskurði áfrýjunarnefndar að Stjórnugrís hafi verið eini mögulegi kaupandinn miðað við forsendur söluférlisins. Virðist sumir umsagnaraðilar telja það skipta máli í þessu samhengi að Arion banki hafi ekki boðist til að veita seljendalán. Arion banki telji það með öllu óviðkomandi. Bankinn verði ekki krafinn til að leggja fram fjármuni til að halda rekstri gangandi, rekstri sem þegar hafi kostað forvera Arion banka gríðarlega fjármuni. Sé enda slík fyrirgreiðsla í sjálfu sér til þess fallin að skekkja samkeppni og geti því ekki komið til skoðunar við mat á því hvort skilyrði kenningarinnar um félög á fallanda fæti séu uppfyllt.

Í umsögn Baulu ehf. sé því haldið fram að réttarstaðan sé sú að samruninn hafi ekki verið heimilaður og skuli ekki koma til framkvæmda. Hið rétta sé annars vegar að samruninn hafi ekki farið yfir veltumörk og hafi því komið til framkvæmda í samræmi við lög. Hins vegar geri lög ekki ráð fyrir því að samruna þurfi að heimila sérstaklega. Sé aðeins kveðið á um fresti til íhlutunar og séu þeir frestir löngu runnir út. Þá bendi Arion banki á að skoða verði málflutning Baulu í því ljósi að bæði hafi félagið átt kost á að gera tilboð í söluférlinu en gerði ekki og félagið hafi rekið Grísagarð í um hálf tveimur árum með stöðugum taprekstri án þess að hafa neina burði til að snúa honum við eða ráðast í fjárhagslega endurskipulagningu. Verði því að taka öllum málflutningi félagsins með miklum fyrirvara.

2.1.7 Um yfirfærslu á markaðshlutdeild

Í athugasemdum Stjórnugríss kemur fram að í leiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar sé hvergi vikið að því að sýna þurfi fram á að markaðshlutdeild hins fallandi félags muni, hvort sem af samruna verður eða ekki, öll færast til yfirtökufélagsins. Stjórnugrís telji þá afstöðu nefndarinnar ekki í samræmi við almenna framkvæmd, hvorki erlendis né hér á



landi. Vísar Stjórngrís til *Kali/Salz*-málsins þar sem hafi verið að finna umfjöllun um færslu á markaðshlutdeild. Aðstæður í því máli hafi hins vegar verið sérstakar í ljósi þess að umræddur samruni myndi leiða til þess að einu tveir keppinautarnir á markaðnum myndu renna saman og þar með myndi einokun skapast. Slíkar aðstæður væru ekki til staðar í þessu máli.

Í athugasemdum Stjórngríss er fallist á það mat áfrýjunarnefndar að erfitt sé að meta orsakatengsl þegar fyrirtæki á fallanda fæti séu annars vegar. Með hliðsjón af þessu skjóti hins vegar skökku við og fái ekki staðist að áfrýjunarnefndin leggi afar strangt sönnunarmat á Stjórngrís að færa fram skjállega sönnun ýmissa atriða. Í sumum tilvikum sé þar um að ræða atriði sem ómögulegt sé að sanna. Sem dæmi megi nefna, að Stjórngrís sé með öllu ófært að færa fram óyggjandi sönnun þess að *öll* hlutdeild hinna keyptu svínabúa hefði, hvort sem af samruna hefði orðið eða ekki, færst yfir til Stjórngríss. Um sé að ræða forsendu sem einungis sé unnt að leiða líkum að. Eins og áður segi sé þetta hins vegar skilyrði sem aðeins hafi verið notast við í undantekningartilvikum, sbr. hinar sérstöku aðstæður í *Kali/Salz*-málinu. Á það verði þó að benda að ef hin ógjaldfæru svínabú hefðu horfið af markaðinum sé afar ólíklegt að *öll* markaðshlutdeild þeirra hefði færst til Stjórngríss. Hins vegar liggi fyrir að Stjórngrís hafi fyrir samrunann verið stærsti framleiðandi svínakjöts hér á landi og ef hlutdeild hinna ógjaldfæru félaga hefði dreifst hlutfallslega á alla framleiðendur þá hefði hækkun á hlutdeild Stjórngríss eðli máls samkvæmt orðið mest. Af þeim sökum telji Stjórngrís að skilyrði um færslu á markaðshlutdeild til yfirtökufélags, ef ógjaldfær félög og eignir þeirra hefðu horfið af markaðinum, vera uppfyllt í málinu.

Allt að einu telur Stjórngrís auðsýnt að markaðshlutdeild hinna yfirteknu svínabúa hefði að verulegu leyti færst til félagsins hefðu búin verið lögð niður og eignirnar horfið af markaði. Algerlega ófært sé þó að sanna það með óyggjandi hætti enda sé um að ræða samanburð á þeirri stöðu sem hefði orðið ef hin yfirteknu svínabú hefðu verið lögð niður við þá stöðu sem raunverulega hafi orðið við samrunann. Telur Stjórngrís sig geta leitt að því verulega sterkar líkur að markaðshlutdeild hinna yfirteknu svínabúa hefði að verulegu leyti færst til sín hefði ekki orðið af samrunanum.

Þar verði í fyrsta lagi að meta hvort hin skaðlegu áhrif á samkeppni hefðu allt að einu orðið hvort sem af samrunanum hefði orðið eða ekki. Þurfi því að setja upp líkan þar sem skoðuð sé þróun hlutdeildar miðað við stöðu aðila áður en samruni átti sér stað annars vegar og hins vegar miðað við stöðu aðila (i) ef eignir hinna fallandi félaga hefðu horfið af markaði og hlutdeild þeirra dreifst línulega á aðra og (ii) ef hinn umdeildi samruni eigi sér stað. Markaðshlutdeild aðila miðað við þessar forsendur megi sjá í eftirfarandi töflu:



Hlutdeild m.v. fjölda gylta	Stjörnu-grís	Brautar-holt	Grísa-garður	Síld& Fiskur	Pálm-holt	Orms-staðir	Hlíð	Háfur	Hagi	Grís& Flesk	Bú-vangur	HHI
Fyrir samruna	[...]⁸	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Enginn samruni – eignir hverfa	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Eftir samruna	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Væri miðað við að hlutdeild Stjörnugríss hefði verið [...]⁹ fyrir samruna og hlutdeild yfirteknu búanna alls [...]¹⁰, þá hefði hlutdeild Stjörnugríss hækkað um [...]¹¹ hið minnsta hefðu eignir félaganna horfið af markaði. Hlutdeild Stjörnugríss hefði þannig orðið í það minnsta [...]¹² ef ekki hefði komið til samrunans, eignir hinna yfirteknu svínabúa hefðu horfið af markaði og hlutdeild þeirra tveggja dreifst hlutfallslega á þá aðila sem eftir væru á markaðnum. Hlutdeild næst stærsta aðilans, Síldar og fisks hf., hefði hækkað um ca [...]¹³ eða úr [...]¹⁴ í [...]¹⁵. Hlutdeild annarra hefði hækkað enn minna. Væri mið tekið af þeim forsendum sem Samkeppniseftirlitið hefur lagt til grundvallar skilgreiningu markaða og mati á stöðu aðila á hinum skilgreindu mörkuðum þá verði ekki ályktað á annan veg en að markaðsráðandi staða Stjörnugríss hefði eftir sem áður orðið að veruleika, hvort sem af samrunanum yrði eða eignir hinna ógjaldfæru félaga hyrfu af markaði. Þannig hefði Stjörnugrís í báðum tilvikum verið langtum stærsti framleiðandi svínakjöts og meira en tvisvar sinnum stærri en sá aðili sem á eftir kæmi. Einnig sé rétt að geta þess að ef mið væri tekið af tekjum, hefði hlutdeild Stjörnugríss orðið enn hærri, sbr. eftirfarandi tafla:

Hlutdeild m.v. tekjur	Stjörnu-grís	Brautar-holt	Grísa-garður	Síld& Fiskur	Pálm-holt	Orms-staðir	Hlíð	Háfur	Hagi	Grís& Flesk	Bú-vangur	HHI
Fyrir samruna	[...]¹⁶	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Enginn samruni – eignir hverfa	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Eftir samruna	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

¹¹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹² Fellt út vegna trúnaðar.

¹³ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁶ Fellt út vegna trúnaðar.



Þar megi sjá að hlutdeild Stjórngríss, ef ekki hefði komið til samrunans og eignir hinna yfirteknu svínabúa hefðu horfið af markaði, hefði hækkað um í það minnsta [...] ¹⁷ og þar með orðið hærri en [...] ¹⁸. Það skipti því ekki máli hvort hlutdeild miðist við fjölda gylta eða tekjur. Stjórngrís hefði allt að einu komist í markaðsráðandi stöðu ef ekki kæmi til samrunans og eignir hinna yfirteknu búa horfið af markaði.

Í öðru lagi megi greina af fyrrgreindri skoðun Stjórngríss að samþjöppun markaðarins hefði allt að einu orðið hvort sem eignir hyrfu af markaði eða samruni kæmi til framkvæmda. Miðað við útreikning Stjórngríss hefði HHI-stuðullinn þannig hækkað um í það minnsta 677 stig við það eitt að eignir hinna ógjaldfæru svínabúa hefðu horfið af markaði, sbr. tafla nr. 1. Samkeppniseftirlitið miði við að samruni hafi neikvæð áhrif á samkeppni ef HHI hækki um 150 stig eða meira. Sé sú viðmiðun lögð til grundvallar blasi við að brotthvarf hinna yfirteknu búa af markaði hefði haft slík neikvæð áhrif þótt af samruna við Stjórngrís hefði ekki orðið. Af þessu megi glögglega sjá að hin meintu neikvæðu áhrif á markaðinn hefðu eftir sem áður sannanlega orðið hvort sem af samrunanum hefði orðið eða ekki. Sömu áhrif komi jafnframt í ljós ef HHI-stuðull taki mið af hlutdeild aðila miðað við tekjur, sbr. tafla nr. 2. Breyti þar engu að upplýsingar þær sem Stjórngrís styðjist við um hlutdeild aðila og þ.a.l. HHI-stuðul, séu ekki nákvæmar.

Í þriðja lagi verði að hafa í huga að verulegar líkur séu á því að hlutdeild Stjórngríss hefði hækkað enn frekar hefðu eignir hinna yfirteknu svínabúa verið lagðar niður og dregið úr framboði. Fyrir samruna hafi Stjórngrís haft mesta framleiðslugetu á þeim markaði sem Samkeppniseftirlitið hafi skilgreint og flesta húsnæðismetra sem nýst geti til eldis. Stjórngrís hafi aukin heldur haft skýrar viðskiptalegar forsendur fyrir því að auka framleiðslu sína á grundvelli tveggja ástæðna. Annars vegar til að koma í veg fyrir fjárhagslegt tjón í rekstri sláturhúss félagsins og verja þannig þá fjárfestingu og hins vegar til að geta staðið við viðskiptasamninga og pantanir fastra viðskiptavina. Stjórngrís hefði því getað hafið aukningu á framleiðslu sinni nokkuð skjótt. Hafa verði þó í huga, líkt og m.a. hafi komið fram í ákvörðun nr. 3/2011, að nokkurn tíma taki að byggja upp framleiðslu á svínakjöti eða um 1,5-2 ár. Gríðarleg fjárbinding fylgi slíkri ákvörðun og efist Stjórngrís um að margir svínabændur hefðu haft fjárhagslega burði til að ráðast í slíkar aðgerðir. Einhverjir þeirra virðist alls ekki hafa haft áhuga á að auka framleiðslu, líkt og fram komi í hugmyndum nokkurra svínabænda sem hafi sýnt áhuga á kaupum svínabúanna. Þeir hafi ætlað að leggja niður bæði búin eða stærsta hluta beggja búanna. Vísar Stjórngrís til að fram hafi komið í erindum kæranda ákvörðunar nr. 3/2011 og fyrir áfrýjunarnefnd að framleiðsluaukning af þeirra hálfu hafi ekki komið til greina heldur mikill framleiðsludráttur, sem sé ekki hagkvæmt í samkeppnislegu tilliti.

Fyrir liggir að Stjórngrís hafi verið sá eini sem hafi haft fjárhagslega burði til að kaupa hin yfirteknu svínabú. Stjórngrís hefði nýtt þá fjármuni til annars konar fjárfestinga hefði ekki orðið af þeim viðskiptum. Þannig hefði komið til álita að breyta eða byggja við húsnæðiskost eða fjárfesta í nýju húsnæði og þar með auka framleiðslu enn frekar. Komi það til viðbótar við það svigrúm sem Stjórngrís hafi þegar til framleiðsluaukningar við því sem næst óbreyttan húsnæðiskost. Af þessu leiði að verulegar líkur séu á því að

¹⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸ Fellt út vegna trúnaðar.



hlutdeild Stjórnuþrís hefði aukist enn frekar en fyrrgreindir útreikningar á jafnri hlutfallslegri dreifingu gefi til kynna.

Í fjórða lagi verði ekki hjá því litið að vegna stærðar Stjórnuþrís hefði sú eftirspurn, sem áður leitaði til hinna yfirteknu svínabúa, að öllum líkindum færst að miklu leyti til Stjórnuþrís á grundvelli hagkvæmnissjónarmiða. Ólíklegt verði því að ætla að þrátt fyrir að smærri svínabú hefðu aukið framleiðslu sína að einhverju leyti, þá sé ólíklegt og jafnvel útilokað að hvert þeirra, eitt og sér, gæti annað eftirspurn stærri viðskiptavina. Það væri hins vegar óhagkvæmt og í því fólgin aukinn kostnaður fyrir viðskiptavinir ef þeir þyrftu að kaupa svín á fæti af mörgum framleiðendum. Af því myndi skapast bæði aukinn flutningskostnaður og óhagræði. Líkur séu þ.a.l. á því að stærri viðskiptavinir myndu leita til Stjórnuþrís þar sem hann gæti annað heildareftirspurn eða í það minnsta verulegum hluta eftirspurnarinnar. Sömu sjónarmið eigi við um sláturmarkaðinn.

Í fimmta lagi telji Stjórnuþrís að meira tjón hefði orðið fyrir aðila á markaði fyrir slátrun svína ef ekki hefði orðið af samruna og eignir hinna ógjaldfæru svínabúa hefðu horfið af markaði. Fyrir liggir að ef eignirnar hefðu horfið af markaði hefði slátruhluti Stjórnuþrís orðið af tekjum frá Brautarholti, enda hafi Stjórnuþrís keypt flesta grísi þess svínabús á fæti til slátrunar. Til að halda áþekkingum afköstum í slátruhúsi sínu, hefði Stjórnuþrís því átt þess kost að segja upp samningum sínum við SS og aðra slátruleyfshafa og framkvæma í kjölfarið alla slátrun á eigin grísum sjálfur. Stjórnuþrís hafi selt um [...] ¹⁹ á fæti í hverri viku til annarra slátruleyfis hafa eða um [...] ²⁰ tonn. Hlutdeild annarra slátruleyfshafa en Stjórnuþrís hefði því minnkað á markaði fyrir slátrun svína ef Stjórnuþrís hefði þurft að grípa til þessara aðgerða.

Að mati Arion banka væri það ekki ófrávíkjanlegt skilyrði beitingu kenningarinnar um félög á fallandi fæti að markaðshlutdeild þess félags þurfi að öllu eða verulegu leyti að hverfa til yfirtökuaðilans, óháð samrunanum. Sé beiting skilyrðisins með þeim hætti hvorki í samræmi við beitingu framkvæmdastjórnar ESB né innlendra eftirlitsaðila. Vilji Arion banki hvað þetta atriði áhræri vísa til þeirra sjónarmiða sem hann hafi sett fram í bréfum sínum til Samkeppniseftirlitsins dags. 23. desember 2010 og 28. janúar 2011. Einkum skuli þó bent á ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. M.2314, *BASF/Eurodiol/Pantochim*.

Innlend samkeppnisyfirkvöld hafi síðan í sinni framkvæmd byggt á sambærilegum sjónarmiðum og framkvæmdastjórnin í framangreindu máli, enda beri að túlka samrunareglur íslensks samkeppnisréttar til samræmis við ESB-rétt. Þannig hafi Samkeppniseftirlitið beitt heildarmati á því hvort samkeppni muni raskast jafn mikið eða meira án þess samruna sem um ræði eða með honum. Í þessu sambandi megi meðal annars vísa til ákvarðana nr. 61/2007, 50/2008 og 51/2008, en í engum þeirra hafi verið gerð krafa um að markaðshlutdeild færi að verulegu leyti til yfirtökufélagsins ef ekki kæmi til samrunans.

Arion banki byggði á því að kringumstæður fyrirliggjandi máls væru ekki ólíkar þeim sem fyrir hendi væru við þann samruna sem framkvæmdastjórn EB fjallaði um í

¹⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰ Fellt út vegna trúnaðar.



framangreindu máli nr. M.2314. Þannig liggja fyrir að fyrir hendi á markaðnum væri talsverð umframframleiðslugeta. Einmitt við þær aðstæður kunni það að vera hagfelldara samkeppni og neytendum að framleiðslutæki haldist á markaði en að þau hverfi af honum. Sjáist það afar vel af umsögnum samkeppnisaðila fyrir samkeppnisyfirdum í fyrirliggjandi máli þar sem drifkraftur þeirra virðist helst sá að koma verði framleiðslutækjunum út af markaði. Það myndi þá auðvelda þeim að hækka verð, neytendum til tjóns.

Arion banki byggir á því að skilyrðin eins og þau hafi verið túlkuð af framkvæmdastjórn ESB og íslenskum samkeppnisyfirdum væru uppfyllt í fyrirliggjandi máli. Jafnvel þó svo byggt yrði á því sjónarmiði áfrýjunarnefndar að skoða yrði hvað hefði orðið um viðskipti Brautarholts og Grísagarðs byggir Arion banki á því að skilyrðin væru þrátt fyrir það uppfyllt.

Þannig verði í fyrsta lagi að líta til þess að þær eignir sem um ræði hefðu horfið af markaði og ekki hafi verið fyrir að fara öðrum kaupendum sem takmörkuðu samkeppni minna. Er í raun fallist á þessi sjónarmið í úrskurði áfrýjunarnefndar, með því fororði að ósannað sé að forsendur Arion banka í söluferlinu hafi átt rétt á sér. Byggir Arion banki á því að svo sé, sbr. hér að neðan. Beri því við mat á því hvert markaðshlutdeild búa Brautarholts og Grísagarðs hefði farið að leggja til grundvallar að búin hefðu horfið af markaði.

Við mat á því hvað hefði orðið um markaðshlutdeild fyrirtækja sem hverfa af markaði ber almennt að leggja til grundvallar að hún dreifist á þá aðila sem fyrir séu í samræmi við markaðshlutdeild þeirra. Sé það í samræmi við bæði viðurkennd hagfræðileg sjónarmið og framkvæmd evrópskra eftirlitsaðila.

Sé byggt á því að svo hefði verið virðist ljóst að markaðshlutdeild búa Brautarholts hefði að verulegu leyti runnið til Stjórngríss. Byggi Arion banki raunar á því að stærri hluti markaðshlutdeildarinnar hefði við þær aðstæður runnið til Stjórngrís en með samrunanum. [...] ²¹

Arion banki vilji jafnframt áréttta þau sjónarmið sem bankinn hafi sett fram í bréfi sínu dags. 30. júní 2011 um þýðingu þeirrar slátrunar sem átti sér stað á búunum í kjölfar samrunans. Hvort sem markaðshlutdeild miðist við fjölda eða tekjur sé ljóst að með henni hafi horfið sstór hluti hennar af markaði. Sé það mat Arion banka að sá hluti sem eftir standi sé minni, eða í mesta lagi jafn mikill þeim hluta markaðshlutdeildarinnar sem hefði færst yfir til Stjórngríss við brotthvarf búana af markaði. Hefði því sami hluti markaðshlutdeildar að öllu eða verulegu leyti færst yfir til Stjórngríss, hefði ekki komið til samrunans.

Í umsögnum keppinauta kom fram að líkur væru á því að markaðshlutdeild svínabúanna að Hýrumel og Brautarholti hefði horfið til annarra og minni framleiðenda hefði ekki orðið af samrunanum við Stjórngrís. Ólíklegt sé því að markaðshlutdeild umræddra svínabúa hefði að verulegu eða öllu leyti horfið til Stjórngríss. Markaðshlutdeild Hýrumels hefði farið til minni framleiðenda, sem höfðu áhuga á að kaupa þann rekstur, og eins hefði

²¹ Fellt út vegna trúnaðar.



getað farið fyrir Brautarholti. Sá rekstur hefði t.d. getað lent í höndum eigenda Síldar & Fisks ehf. Þannig hefðu minni framleiðendur styrkst og getað keppt betur við Stjörnugrís.

Jafnframt var talið að hefði ekki orðið af samrunanum og framboð minnkað, hefði komið til fjöldagjaldþrota á meðal svínabænda. Gríðarlegar fóðurhækkanir og hækkanir frá kjötvinnslum setji strík í reikninginn. Ljóst sé að ef ekki hefði orðið af samrunanum og búin haldið áfram í framleiðslu hefði ekki orðið grundvöllur fyrir verðhækkunum og margir svínabændur hefðu farið í þrot. Líkur séu á að ef Arion banki hefði sjálfur rekið búin 18 mánuðum lengur og skorið framleiðsluna niður á þeim tíma hefði framleiðslan dreifst jafnara til allra framleiðenda, jafnt Stjörnugrís sem annarra. Markaðsverð hefði hins vegar verið mun lægra og einhver svínabú farið í þrot. Sú leið hefði þó ekki verið í samræmi við tilmæli Samkeppniseftirlitsins til bankanna um að þeir dragi sig úr samkeppnisrekstri sem fyrst.

2.2 Niðurstaða um félag á fallanda fæti

Í títtnefndum úrskurði áfrýjunarnefndar var vísað til þess að í íslensku efnahagslífi ríki nú ástand þar sem ýmis fyrirtæki og eigendur þeirra standi ekki undir skuldbindingum sem teknar hafi verið við hagstæðari skilyrði. Við endurskipulagningu fjárhags fyrirtækjanna og ráðstöfun eigna þeirra, ef endurskipulagning leiði til breytts eignarhalds, þurfi sérstaklega að gæta að því að ekki skapist ný samkeppnisleg vandamál með samþjöppun eignarhalds, sem erfitt verði að glíma við þegar frá líði. Vörnin um fyrirtæki á fallanda fæti sé sérlega vandmeðfarin við þessar aðstæður þegar mörg fyrirtæki eigi í vanda og einn sterkur aðili á markaði gæti mögulega náð yfirburðastöðu.

Áfrýjunarnefndin taldi ósannað að skilyrðin um fyrirtæki á fallanda fæti hafi verið fyrir hendi eins og málið lá fyrir nefndinni. Þvert á móti taldi nefndin margt benda til hins gagnstæða. Að mati nefndarinnar skipti þar mestu að ekki hafi verið gerð grein fyrir því hvernig það megi vera að öll markaðshlutdeild svínabúanna að Hýrumel og Brautarholti hefði hvort eð er að verulegu eða öllu leyti horfið til Stjörnugrís. Þá ber einnig sérstaklega að horfa til sjónarmiða áfrýjunarnefndar um umframafkastagetu svínabúa, sbr. nánar hér á eftir.

Rakin hafa verið sjónarmið samrunaaðila og keppinauta þeirra um þau atriði sem áfrýjunarnefnd lagði sérstaka áherslu á í úrskurði sínum. Á grundvelli leiðbeininga frá áfrýjunarnefnd og nýrrar rannsóknar telur Samkeppniseftirlitið að samrunaaðilar hafi ekki fært fram fullnægjandi rök fyrir því að skilyrðin um félag á fallanda fæti séu til staðar. Í því sambandi ræður úrslitum að ekki liggur fyrir að markaðshlutdeild hinna yfirteknu svínabúa hefði að verulegu eða öllu leyti horfið til Stjörnugrís ef ekki hefði komið til samrunans. Enda þótt þær upplýsingar sem liggja fyrir í málinu bendi til þess að Stjörnugrís hafi fyrir samrunann haft möguleika til að auka framleiðslu sína umfram aðra einstaka keppinauta verður ekki fram hjá því litið að samanlagt var töluverð ónýtt framleiðslugeta til staðar hjá keppinautum hans. Af þeim upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað frá aðilum á markaði verður ráðið að sú framleiðslugeta sé [10-15%]²² séu svínabúin að Brautarholti og Grísagarði ekki tekin með, líkt og sjá má á meðfylgjandi töflu:

²² Fellt út vegna trúnaðar.

**Tafla 1****Vannýtt framleiðslugeta keppinauta Stjórngríss sem hlutfall af heildarmarkaði**

Svínabú	Vannýtt framleiðslugeta
Búvangur ehf.	[0-5] ²³ %
Grís og flesk ehf.	[25-30]%
Hagi	[10-15]%
Háfur sf.	[40-45]%
Hlíð ehf.	[0-5]%
Ormsstaðir	[0-5]%
Pálmholt ehf.	[20-25]%
Síld og fiskur ehf.	[10-15]%
Heild (vegið meðaltal)	[10-15]%

Vannýtt framleiðslugeta keppinauta Stjórngríss breytist ekki mikið séu Brautarholt og Grísagarður tekin með, sbr. tafla nr. 2:

Tafla 2**Vannýtt framleiðslugeta keppinauta Stjórngríss sem hlutfall af heildarmarkaði**

Svínabú	Vannýtt framleiðslugeta
Brautarholt	[5-10] ²⁴ %
Búvangur ehf.	[0-5]%
Grís og flesk ehf.	[25-30]%
Grísagarður ehf.	[15-20]%
Hagi	[10-15]%
Háfur sf.	[40-45]%
Hlíð ehf.	[0-5]%
Ormsstaðir	[0-5]%
Pálmholt ehf.	[20-25]%
Síld og fiskur ehf.	[10-15]%
Heild (vegið meðaltal)	[10-15]%

Af þessu má sjá að miðað við upplýsingar Samkeppniseftirlitsins, er nokkur vannýtt framleiðslugeta til staðar hjá keppinautum Stjórngríss, hvort sem svínabúin að Brautarholti og Grísagarði eru tekin með eða ekki. Enda þótt Stjórngrís hafi fært fyrir því nokkur rök að fyrirtækið hefði aukið framleiðslu sína umfram aðra verður að ganga út frá því að þeir keppinautar fyrirtækisins, sem höfðu ónýtta framleiðslugetu, hefðu gripið til aðgerða með það fyrir augum að auka framleiðslu sína og með því hefði hlutdeild þeirra ekki lækkað jafn mikið og ella, staðið í stað eða aukist.

²³ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁴ Fellt út vegna trúnaðar.



Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2011 var fjallað um framleiðslugetu íslenskra svínabúa og bent á að nokkur bú væru komin upp undir hámark framleiðslugetu á meðan önnur hefðu töluverðan slaka. Í forsendum úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála var tekið undir þetta og bent á að afkastageta framleiðenda á markaði hafi verið meiri en framleiðsla og þar með umtalsvert meiri en eftirspurn sem hefði dregist saman. Í ljósi þess verður að telja að til lengri tíma litið hefði verið heppilegra í samkeppnislegu tilliti, að svínabúin hefðu verið lögð niður, en að þeim hafi verið ráðstafað til Stjórnugríss. Að mati Samkeppniseftirlitsins vega þau neikvæðu áhrif sem til skemmri tíma hlytust af slíkri ráðstöfun ekki upp á móti þeirri samkeppnislegu röskun sem samruninn veldur. Sem dæmi um þá röskun má nefna að með samrunanum yfirtók Stjórnugrís jafnframt viðskiptasambönd Hýrumels og Brautarholts. Á fundi Samkeppniseftirlitsins með [...] ²⁵

Samkvæmt framansögðu liggur ekki fyrir að markaðshlutdeild hinna yfirteknu svínabúa hefði að verulegu eða öllu leyti horfið til Stjórnugríss ef ekki hefði komið til samrunans. Af þessari ástæðu verður að líta svo á að samruninn hafi skaðað samkeppni til lengri tíma litið. Þá þegar er það mat Samkeppniseftirlitsins skilyrðin um félag á fallanda fæti séu ekki uppfyllt í máli þessu.

3. Íhlutun

Af framansögðu leiðir að samruni þessa máls sætir íhlutun skv. 17. gr. c samkeppnislaga. Samkvæmt ákvæðinu getur íhlutun falið í sér ógildinguna eða setningu skilyrða.

Samkvæmt 17. gr. c. samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið sett samruna skilyrði sem hindrar virka samkeppni í skilningi ákvæðisins. 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. Verða skilyrði að vera fullnægjandi í því skyni, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2001 *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði*. Varðandi setningu skilyrða og hlutverk samkeppnisyfirvalda ber að líta til þessara ummæla í úrskurðinum:

„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.“

Byggt er á sömu nálgun í t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

²⁵ Fellt út vegna trúnaðar.



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 í því að meta hvort umrædd skilyrði eru fullnægjandi en ekki að leggja fram tillögur að nýjum skilyrðum. Í þessu sambandi hefur verið bent á að það sé ekki hlutverk samkeppnisyfirvalda að endurskipuleggja að eigin frumkvæði samruna fyrirtækja.²⁶ Er þetta sama regla og gildir í samrunamálum í EES/ESB-samkeppnisrétti. Hefur í þeim rétti komið fram með skýrum hætti að það eru viðkomandi fyrirtæki en ekki framkvæmdastjórn ESB sem verða að hafa frumkvæði að því að gera tillögur að skilyrðum.²⁷

Samkeppniseftirlitið óskaði eftir tillögum frá samrunaaðilum um möguleg skilyrði til að koma í veg fyrir hugsanleg samkeppnishamlandi áhrif af samrunanum.

Í athugasemdum Arion banka er því haldið fram að samruninn hafi ekki í för með sér skaðleg áhrif á samkeppni og því sé óheimilt að setja honum skilyrði. Enda þótt einhvers konar skilyrði koma til álita sé það ekki á valdi bankans að koma með tillögur að slíkum skilyrðum.

Í athugasemdum Stjórnugrís er því haldið fram að Samkeppniseftirlitið hafi ekki heimild til að setja samrunanum skilyrði. Þá er bent á að á félaginu hvíli reglubundin upplýsingaskylda, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 15/2011. Þær skuldbindingar sem með því séu lagðar á félagið komi að öllu leyti í veg fyrir hugsanlega röskun á samkeppni.

Samkeppniseftirlitið óskaði jafnframt eftir afstöðu annarra umsagnaraðila til þess hvort mögulegt væri að koma í veg fyrir möguleg samkeppnishamlandi áhrif af samrunanum með því að setja honum skilyrði. Almennt voru umsagnir á þann veg að ekki væri unnt að koma að fullu í veg fyrir möguleg samkeppnishamlandi áhrif samrunans með því að setja honum skilyrði.

Ljóst er samkvæmt framansögðu að samrunaaðilar hafa ekki lagt fram tillögur að skilyrðum sem geta komið í veg fyrir þá röskun á samkeppni sem samruninn hefur í för með sér. Samkeppniseftirlitið fær heldur ekki séð að líklegt sé að fyrir hendi séu skilyrði sem væru samrýmanleg samrunanum en að sama skapi til þess fallin að leysa hin samkeppnislegu vandamál. Er því ekki hjá því komist að ógilda samrunann.

Samkeppniseftirlitið mun afla upplýsinga frá samrunaaðilum um framkvæmd þeirra á ógildingum samrunans. Á grundvelli þeirra upplýsinga verður tekin afstaða til þess hvort

²⁶ 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. ”

²⁷ Sjá t.d. Bellamy & Child, European Competition Law of Competition, fimmta útgáfa 2001 bls. 444-445: „Where the proposed concentration might give rise to competition concerns, the parties may be able to avoid and adverse decision by offering the Commission commitments to provide particular remedies that would remove those concerns. ... Responsibility for formulating and offering a proposed commitment is exclusively a matter for the parties.” Sjá einnig Cook & Kerse, EC Merger Control, fjórða útgáfa 2005 bls. 282: „It is the Commission’s role to identify and articulate the competition concerns attributable to a concentration. It is the duty of the parties to it to devise commitments to remedy these concerns to the satisfaction of the Commission.”



nauðsynlegt sé að beita heimild 17. gr. e. samkeppnislaga og taka sérstaka ákvörðun gagnvart samrunaðilum til að skapa að nýju skilyrði fyrir virkri samkeppni.

VI.

Ákvörðunarorð:

„Samningar, dags. 9. júlí 2010, um kaup Stjórnugríss hf. á bústofni og fasteignum LS2 ehf. ásamt samningum um leigu Stjórnugríss á fasteignum að Brautarholti og kaup á bústofni Rekstrarfélagsins Brautar ehf. fela í sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Samruninn felur í sér að samkeppni raskast með umtalsverðum hætti þar sem hann leiðir til yfirburðastöðu Stjórnugríss á markaði fyrir svínarækt og styrkir stöðu hans á markaði fyrir slátrun á svínnum og vinnur þannig gegn markmiðum samkeppnislaga. Með heimild í 17. gr. c. samkeppnislaga ógildir Samkeppniseftirlitið hér með samrunann.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson