

ÚRSKURÐUR

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 6/1998

Mjólkursamsalan í Reykjavík og
Myllan-Brauð hf.

gegn

samkeppnisráði

I.

Með bréfum, dags. 20. mars 1998, er bárust áfrýjunarnefnd samkeppnismála sama dag, hafa Þórunn Guðmundsdóttir, hrl., fyrir hönd Mjólkursamsölnnar í Reykjavík og Ævar Guðmundsson, hdl., fyrir hönd Myllunnar-Brauðs hf. kært [ákvörðun samkeppnisráðs nr. 5/1998](#), dags. 20. febrúar 1998.

Með ákvörðuninni var yfirtaka Myllunnar-Brauðs hf. á Samsölubakaríi hf. ógilt. Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar segir:

„Með kaupsamningi, dags. 19. desember 1997, seldi Mjólkursamsalan Mylluni Brauði hf. öll hlutabréf í Samsölubakaríi hf. Myllan-Brauð hf. hefur því í skilningi 18. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 yfirtekið Samsölubakarí hf. Samkeppnisráð telur, að yfirtaka Myllunnar-Brauðs hf. á Samsölubakaríi hf. leiði til markaðsyfírráða Myllunnar-Brauðs hf., hún dragi verulega úr samkeppni og sé andstæð markmiði samkeppnis laga. Með heimild í 18. gr. samkeppnislaga ógildir samkeppnisráð hér með yfirtöku Myllunnar-Brauðs hf. á Samsölubakaríi hf.“

Áfrýjendur krefjast þess að áfrýjunarnefndin felli úr gildi framangreinda ákvörðun samkeppnisráðs auk þess krefst lögmaður Myllunnar-Brauðs hf. að sér verði ákvarðaður málskostnaður úr hendi samkeppnisráðs.

Samkeppnisráð krefst þess að ákvörðun ráðsins nr. 5/1998 verði staðfest.

II.

Málavextir eru þeir að með bréfi frá lögmanni Myllunnar-Brauðs hf., dags. 22. desember 1997, bárust Samkeppnisstofnun gögn um hlutafjárkaup Myllunnar-Brauðs hf. í Samsölubakaríi hf.

Með bréfum, dags. 23. desember 1997, til Myllunnar-Brauðs hf., Mjólkursamsölnunnar og Samsölubakarís hf., óskaði Samkeppnisstofnun eftir frekari gögnum og upplýsingum um yfirtökuna. Hóf Samkeppnisstofnun þá könnun á hlutafjárkaupum Myllunnar-Brauðs hf. í Samsölubakaríi hf. á grundvelli 18. gr. samkeppnislaga.

Málsmeðferð Samkeppnisstofnunar og samkeppnisráðs er lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess.

Á fundi samkeppnisráðs, dags. 20. febrúar 1998, var tekin ákvörðun í máli þessu. Með ákvörðuninni var yfirtaka Myllunnar-Brauðs hf. á Samsölubakaríi hf. ógilt.

Með bréfi til samkeppnisráðs, dags. 5. mars 1998, óskaði lögmaður Myllunnar-Brauðs hf. eftir að ráðið endurupptæki ákvörðun nr. 5/1998 og jafnframt að það afturkallaði þá ákvörðun sína að ógilda yfirtöku Myllunnar-Brauðs hf. á Samsölubakaríi. Kröfur þessar voru byggðar á ákvæðum 24. og 25. gr. laga nr. 37/1993.

Með bréfi Samkeppnisráðs, dags. 12. mars 1998, var lögmanni Myllunnar-Brauðs hf. tilkynnt að samkeppnisráð hefði á fundi sínum 11. mars 1998 hafnað fyrrgreindu erindi Myllunnar-Brauðs hf. um endurupptöku ákvörðunar nr. 5/1998.

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

III.

1.

Kröfu sína um ógildingu rökstyður Mjólkursamsalan með því að gallar hafi verið á málsmeðferð hjá samkeppnisráði, hin kærða ákvörðun sé ekki í samræmi við 18. gr. samkeppnislaga, skilgreining samkeppnisráðs á markaðinum standist ekki og að hin kærða ákvörðun feli í sér ólögmetta eignaupptöku og eignaskerðingu.

Myllan-Brauð hf. byggir kröfu sína um ógildingu í fyrsta lagi á því að hin kærða ákvörðun hafi byggst á ófullnægjandi og röngum upplýsingum um málsatvik og staðreyndir.

Í öðru lagi á því að ákvörðun og málsmeðferð hafi ekki verið í samræmi við lög nr. 37/1993.

Í þriðja lagi á því að hin kærða ákvörðun sé í andstöðu við markmið samkeppnislaga, sbr. 1. gr. laganna. Ekki sé til staðar forsendur til að beita 18. gr. samkeppnislaga og að ekki sé fjallað um hvort skilyrði 4. gr. um „markaðsráðandi stöðu“ sé til staðar.

Loks telur Myllan-Brauð hf. að vilji löggjafans sé ýmist ranglega skilgreindur í hinni kærðu ákvörðun eða misskilnings gæti hjá samkeppnisyfirvöldum um hver hann sé.

Af ofangreindu má sjá að málsástæður og lagarök áfrýjenda eru að mörgu hin sömu. Er því fyrst greint sameiginlega frá helstu málsástæðum og rökstuðningi áfrýjenda.

1) Bent er á að samkvæmt 2. mgr. 18. gr. samkeppnislaga skuli samkeppnisráð taka ákvörðun um ógildingu eigi síðar en tveim mánuðum eftir að samkeppnisyfirvöldum er kunnugt um samruna eða yfirtöku. Jafnframt er bent á að í upphaflega frumvarpinu til samkeppnislaga hafi þessi frestur verið þrjú mánuðir en hafi verið stytur í meðförum þingsins þar sem löggjafinn hafi gert sér grein fyrir því hversu mikilvægt það væri fyrir viðskiptalífið að afstaða samkeppnisyfirvalda lægi fyrir sem allra fyrst.

2) Að mati áfrýjenda hafa stjórnarsýslulög verið brotin við meðferð máls þessa þar sem við undirbúning málsins og vinnslu þess hafi starfað starfsmaður sem var vanhæfur samkvæmt 3. gr. stjórnarsýslulaga.

3) Áfrýjendur benda á að í hinni kærðu ákvörðun sé vitnað til ýmissa ónafngreindra aðila og byggt á skoðunum þeirra við úrlausn málsins. Áfrýjendum hafi ekki verið veitt tækifæri til að kynna sér þau gögn áður en samkeppnisráð afgreiddi málið.

4) Áfrýjendur telja það hafa verið vilja löggjafans að ákvæði 18. gr. samkeppnislaga yrði beitt mjög vægilega og vísa máli sínu til stuðnings í greinargerð með lögnum og Alþingistiðindi. Þeir telja að við túlkun á ákvæði 18. gr. samkeppnislaga verði að hafa í huga markmið þeirra eins og þeim sé lýst í 1. gr. laganna. Ekki verði séð að kaup Myllunnar-Brauðs hf. á

Samsölubakaríi hf. hafi í för með sér óhæfilegar hindranir og takmarkanir á frelsi í atvinnurekstri eða stuðli að óréttmætum viðskiptaháttum, skaðlegri fákeppni eða samkeppnishömlum. Við mat á því hvort samkeppni sé hætta búin vegna yfirtöku verði að taka tillit til þess hversu opinn markaðurinn er, þ.e. hvort nýir keppinautar eigi auðveldan aðgang að markaðinum. Að mati áfrýjenda eiga nýir keppinautar greiðan aðgang að markaðinum og því sé engin hætta á því að kaup Myllunnar-Brauðs hf. dragi úr samkeppni.

Þá kveður Myllan-Brauð hf. beitingu 18. gr. samkeppnislaga vera með allt öðrum hætti í öðrum ríkjum Evrópu. Engar hliðstæður finnast þó fjölmörg fyrirtæki á Norðurlöndum séu mjög stór.

5) Áfrýjendur mótmæla því að heildsöludreifing á brauðvörum til matvöruverslana sé sjálfstæður markaður og telja að meta eigi áhrif yfirtökunnar á neytendann en ekki milligöngumennina. Neytandinn eigi val um að kaupa brauð í bakaríi eða stórmarkaði og samruninn hafi því lítil áhrif á neytandann.

6) Þá er bent á að Myllan-Brauð hf. hafi talið sölusvæði sitt allt landið en Samkeppnisstofnun hafi viljað þrengja þetta niður í Suðvesturland, frá Vestur-Skaftafelssýslu að Dalasýslu. Hins vegar telja áfrýjendur það skipta litlu máli varðandi stærð markaðarins þótt aðeins væri miðað við Reykjavík, Reykjanes og Árnessýslu.

7) Myllan-Brauð hf. kveðst ekki hafa yfirburða efnahagsstyrkleika. Eiginfé Myllunnar hafi verið 250 milljónir króna fyrir kaupin og eiginfé Samsölubakarís um 120 milljónir króna. Greiddar hafi verið út 250 milljónir króna til Mjólkursamsölnunnar og sú fjárhæð hverfi úr fyrirtækinu. Áður en litið sé til sölu eigna og hlutafjár aukningar sé raunverulegt eiginfé samstæðu um 120 milljónir króna. Söluhagnaður og hlutafjár aukning bæti þá stöðu um 140 milljónir króna en eigi að síður sé eiginfé samstæðunnar ekki nema 260 milljónir króna.

8) Áfrýjendur telja að túlka beri ákvæði 2. mgr. 18. gr. samkeppnislaga mjög þröngt. Í því sambandi hefur m.a. verið bent á að hin kærða ákvörðun feli í sér mikla eignaskerðingu. Tilgangur samkeppnislaga og samanburður við sambærilega löggjöf nágrannaríkjanna leiði til sömu niðurstöðu.

2.

Til viðbótar sameiginlegum málsástæðum áfrýjenda sem raktar hafa verið byggir Myllan-Brauð hf. auk þess á eftirfarandi;

- 1) að málsmeðferð hafi ekki verið í samræmi við stjórnarsýslulög, einkum að ákvæði 10. gr. stjórnarsýslulaga hafi verið brotið.
- 2) að samkeppnisráð hafi brotið 11. gr. stjórnarsýslulaga. Hin kærða ákvörðun sé ekki í samræmi við meðferð vegna kaupa annarra aðila sem áður hafi átt sér stað hér á landi.
- 3) að ákvæði 12. gr. stjórnarsýslulaga um meðalhóf hafi ekki verið virt að mati áfrýjanda. Samkeppnisráð hafi getað náð lögmætu markmiði með vægara móti.
- 4) að andmælaregla stjórnarsýslulaga hafa verið brotna við meðferð málsins.
- 5) að 15. gr. stjórnarsýslulaga um upplýsingarétt, hafi verið brotin.

Áfrýjandi, Myllan-Brauð hf., telur loks að hin kærða ákvörðun vinni gegn sameiningu fyrirtækja sem miði að því að ná fram hagræði í rekstri og styrkja eiginfjárstöðu. Ef hin kærða ákvörðun standi megi búast við að innlend fyrirtæki geti ekki hagrætt með sameiningu og undirbúið sig fyrir erlenda samkeppni.

3.

Af hálfu samkeppnisráðs er á því byggt að umrædd yfirtaka leiði til markaðsyfírráða Myllunnar-Brauðs hf., dragi verulega úr samkeppni og sé andstæð markmiði samkeppnislaga, sbr. 18. gr. laganna. Ekki hafi verið unnt að draga úr skaðlegum áhrifum yfirtökunnar með setningu skilyrða og því hafi ráðinu borið að ógilda hana til þess að vernda og efla virka samkeppni.

- 1) Samkeppnisráð telur að andmælaréttur aðila hafi verið að fullu virtur. Áfrýjendur hafi margsinnis fengið að tjá sig um efni málsins meðan á meðferð þess stóð.
- 2) Þá kveður samkeppnisráð að upplýsingaréttur aðila skv. 15. gr. stjórnarsýslulaga hafi verið virtur. Samkeppnisstofnun hafi haft fulla heimild og í

reynd borið skylda til að synja áfrýjendum um aðgang að þeim trúnaðargögnum sem stofnunin aflaði með rannsókn sinni.

3) Samkeppnisráð telur ekki að um hafi verið að ræða vanhæfi starfsmanns Samkeppnisstofnunar. Þeir hagsmunir sem áfrýjendur tengi við málið séu óverulegir og tengsl þeirra við starfsmann Samkeppnisstofnunar fjarlæg.

4) Að mati samkeppnisráðs miðast upphafstími frests samkvæmt 18. gr. samkeppnislaga við það þegar samkeppnisyfírvöldum berast þau gögn frá aðilum máls sem gera yfírvöldum kleift að leggja mat á samkeppnisleg áhrif samruna. Í þessu máli hafi slík gögn borist frá aðilum 10. janúar sl., eða u.þ.b. 3 vikum eftir að áfrýjendur gerðu samning um yfirtökuna.

Ef ekki er fallist á framangreinda túlkun heldur samkeppnisráð því fram að frestur samkvæmt 18. gr. byrji ekki að líða fyrr en Samkeppnisstofnun hafi borist formleg tilkynning frá aðilum um samrunann, þann 22. desember 1997.

Verði fallist á það með áfrýjendum, að samkeppnisráð hafi tekið ákvörðun sína eftir að lögboðnum fresti lauk, þá er því haldið fram að brot á ákvæðum um tímafrest leiði ekki til ógildingar ákvörðunarinnar.

5) Að því er varðar efni málsins er bent á að tilgangur 18. gr. samkeppnislaga sé að gera samkeppnisyfírvöldum kleift að koma í veg fyrir að fyrirtæki nái með yfirtöku eða samruna markaðsráðandi stöðu. Einnig er bent á að virkt samrunaefirlit sé ein af grundvallarforsendum til að tryggja að samkeppni geti þrífist.

Þá er bent á að áfrýjendur framleiði og dreifi brauðvörum til matvöruverslana og reki í því skyni öflugt dreifingar- og þjónustukerfi. Markaðurinn sem yfirtakan hafi áhrif á sé framleiðsla og dreifing á brauðvörum til matvöruverslana. Vegna eðlis þeirra vara sem um er að ræða nái landfræðilegi markaðurinn takmarkaða vegalengd frá framleiðslustað.

6) Samkeppnisráð kveður Mylluna-Brauð hf. hafa átt frumkvæði að yfirtöku Samsölubakarís og að tilgangurinn hafi fyrst og fremst verið að losna við keppinaut af markaðnum. Bent er á að stjórnendur áfrýjenda hafi gert fyrirvara sín á milli um hugsanlega íhlutun samkeppnisyfírvalda.

7) Samkeppnisráð telur að yfirtaka Myllunnar-Brauðs hf. á Samsölu bakaríi hafi skaðleg áhrif á samkeppni. Markaðshlutdeildin ein og sér myndi hvarvetna leiða til ógildingar. Myllan-Brauð hf. hafi efnahagslega yfirburði

eftir yfirtökuna og handverksbakarí sem selji nú til matvöruverslana hafi ekki bolmagn til að keppa við áfrýjendur sameinaða.

Samkeppnisráð telur ólíklegt að í fyrirsjáanlegri framtíð komi nýir aðilar inn á markaðinn sem færir verði um að veita Myllunni-Brauði hf. virka samkeppni.

8) Samkeppnisráð kveður fullyrðingar Myllunnar-Brauðs hf. um rekstrarlega og efnahagslega stöðu Samsölubakarís rangar. Samsölubakarí hafi verið fyrirtæki með mun meiri framleiðni en Myllan-Brauð hf. og sé efnahagsstaða fyrirtækisins litlu bágbornari en staða Myllunnar-Brauðs hf.

9) Samkeppnisráð mótmælir þeirri fullyrðingu, að ákvörðun ráðsins feli í sér eignaupptöku. Í ákvörðun samkeppnisráðs felist ógilding á kaupsamningi milli áfrýjenda en engar eignir hafi verið gerðar upptækar eða teknar neins konar eignarnámi.

IV.

Niðurstöður.

Í máli þessu er fram komið að kaupsamningur milli Samsölubakarís hf. og Myllunnar-Brauðs hf. var undirritaður föstudaginn 19. desember 1997. Samningur þessi fól í sér yfirtöku Myllunnar-Brauðs hf. á Samsölubakaríi hf. Það sama kvöld var sagt frá samningnum í fréttatímum ljósvakamiðla. Þá er og ljóst að hin kærða ákvörðun nr. 5/1998 um yfirtöku Myllunnar-Brauðs hf. á Samsölubakaríi hf. ber með sér að hún var kveðin upp föstudag 20. febrúar 1998 kl. 15.15. Með hinni kærðu ákvörðun var yfirtaka Myllunnar-Brauðs hf. á Samsölubakaríi hf. ógilt.

Í 1. mgr. 18. gr. samkeppnislaga segir að telji samkeppnisráð að samruni fyrirtækja eða yfirtaka fyrirtækis á öðru fyrirtæki leiði til markaðsyfírráða þess, dragi verulega úr samkeppni og sé andstæð markmiði laganna geti ráðið ógilt samruna eða yfirtöku sem þegar hefur átt sér stað. Í 2. mgr. ákvæðisins segir síðan svo:

„Ákvörðun um ógildinguna skal taka eigi síðar en tveimur mánuðum eftir að samkeppnisyfírvöldum varð kunnugt um samrunann eða yfirtökuna.“

Telja verður að miða beri við almannaksmánuði þegar umræddur tveggja mánaða frestur er reiknaður út. Telja verður enn fremur að samkeppnisyfirvöldum hafi verið kunnugt um yfirtökuna þann 19. desember 1997 í skilningi umrædds ákvæðis. Óumdeilt er í málinu að þann dag hafi fréttir verið fluttar af yfirtökunni í fjölmiðlum. Engin lagaheimild er til þess að líta svo á að frestinn beri að miða við það er formleg tilkynning barst frá aðilum um yfirtökuna.

Við ákvörðun frestsins ber að öðru leyti að hafa í huga að umrædd aðgerð samkeppnisyfirvalda var íþyngjandi fyrir þau fyrirtæki sem hún beindist að og hefur löggjafinn með því að mæla fyrir um fyrrgreindan ákvörðunarfrest litið svo á að fyrirtæki hefðu mikla hagsmuni af því að vita svo fljótt sem auðið væri hvort gripið yrði til ógildingar í tilefni af samruna eða yfirtöku. Með hliðsjón af þessu þykir rétt að líta svo á að umrætt ákvæði samkeppnislaga feli í sér sérákvæði að því er varðar útreikning frests sem gangi frammar ákvæði 1. mgr. 8. gr. stjórnisýslulaga.

Í framangreindu felst að umræddan tveggja mánaða frest ber að reikna frá og með 19. desember 1997 en þá var samkeppnisyfirvöldum kunnugt um yfirtökuna sem fyrr sagði. Það leiðir til þess að fresturinn var á enda í lok dags 18. febrúar 1998. Ákvörðun um ógildingu var hins vegar ekki tekin fyrr en 20. febrúar 1998 sem áður greindi. Engin lagaheimild er til þess að miða tveggja mánaða frestinn við það hvenær gögn um yfirtökuna bárust samkeppnisyfirvöldum enda er ekkert í málinu sem bendir til þess að áfrýjendur hafi dregið óeðlilega lengi að afhenda umbeðin gögn eða afhent röng eða villandi gögn.

Þegar skilyrði 1. mgr. 18. gr. samkeppnislaga eru fyrir hendi heimilar ákvæðið samkeppnisyfirvöldum að ógilda samruna eða yfirtöku. Ef þetta heimildarákvæði er notað á annað borð verður að taka ákvörðun um það innan þess tveggja mánaða frests sem fyrr greinir. Ógilding samruna eða yfirtöku er íþyngjandi fyrir þau fyrirtæki sem í hlut eiga auk þess sem réttaróvissa fylgir í kjölfarið ef það dregst að taka slíka ákvörðun. Af þessum sökum ber að líta svo á að það sé gildisskilyrði umræddrar ákvörðunar um ógildingu að ákvörðun um hana sé tekin innan hins lögboðna frests.

Af framangreindum sökum ber að fella hina áfrýjuðu ákvörðun úr gildi.

Ekki er unnt að verða við kröfu um málskostnað þar sem lagaheimild skortir til þess.

V.

Úrskurðarorð.

Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 5/1998, dags. 20. febrúar 1998, er felld úr gildi.

Reykjavík, 28. apríl 1998.

Stefán Már Stefánsson

Kirstín Flygenring

Magnús H. Magnússon

*[Þessu máli var skotið til dómstóla; sjá dóm Hæstaréttar í máli nr. 297/1998
(22. september 1998)]*