

Samkeppniseftirlitið			
Mál nr.	1810003	Atm.	HBK
Bréfið	24.1.0	Ávör	
Mótt.	5.7.2019	Farið	
Ást.		Tönn	

Mál nr. 6/2018

Samkaup hf. gegn Samkeppniseftirlitinu

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 6/2018

Samkaup hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dagsettri 8. október 2018, hefur Samkaup hf., hér eftir nefnt áfrýjandi, kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 11. september 2018 um að heimila samruna Haga hf., Ólíuverzlunar Íslands hf. og DGV ehf. með tilteknum fyrirvörum, sbr. sátt Samkeppniseftirlitsins við samrunaaðilana, dags. sama dag.

Áfrýjandi krefst þess aðallega að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 11. september 2018 verði felld úr gildi og samruninn ógiltur. Til vara krefst áfrýjandi þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála ákveði að binda samrunann frekari skilyrðum og takmörkunum, eftir því sem áfrýjunarnefndin telur nauðsynlegt, einkum varðandi möguleika samrunaaðila til vaxtar á sviði dagvörumarkaðar til skemmri og lengri tíma.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að kröfum áfrýjanda verði hafnað.

Hagar hf. hafa sett fram sjónarmið sín með bréfi til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, dags. 5. nóvember 2018, og gera þá kröfu aðallega að kæru áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefndinni þar sem áfrýjandi eigi ekki kærúaðild

í málinu. Til vara er þess krafist að varakröfu áfrýjanda verði vísað frá nefndinni og til þrautavara, fái kröfur áfrýjanda efnislega meðferð að öllu leyti eða að hluta, að þeim verði hafnað.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Þann 11. september 2018 var undirrituð sátt skv. 17. gr. f. samkeppnislaga nr. 44/2005 vegna samruna Haga hf., Olíuverzlunar Íslands hf. [hér eftir: Olís hf.] og DGV ehf. Í sáttinni fólst að Hagar hf. skuldbundu sig til þess að grípa til viðeigandi ráðstafana til að vinna gegn þeim samkeppnishömlum sem ella hefðu getað leitt af samrunanum.

Rannsókn á samrunanum hófst í kjölfar þess að Samkeppniseftirlitinu barst fullnægjandi tilkynning um samrunann þann 26. september 2017. Þann 23. nóvember 2017 gerði Samkeppniseftirlitið grein fyrir áherslum eftirlitsins við rannsókn málsins með frétt á heimasíðu sinni og óskaði eftir sjónarmiðum hagsmunaaðila. Áfrýjandi kom sjónarmiðum sínum á framfæri við stofnunina, með bréfi, dags. 7. nóvember 2017, og mæltist til þess að Samkeppniseftirlitið myndi ógilda samrunann þar sem Hagar hf. væru í markaðsráðandi stöðu og að samruninn kæmi til með að styrkja þá stöðu. Í kjölfarið átti áfrýjandi fund með Samkeppniseftirlitinu þar sem félagið kom frekari sjónarmiðum sínum á framfæri og þann 15. desember 2017 sendi áfrýjandi ábendingu til Samkeppniseftirlitsins í tilefni af samrunanum vegna fjölmiðlaumfjöllunar um Haga hf.

Í janúar 2018 framkvæmdi Samkeppniseftirlitið spurningakönnun á internetinu til að meta mögulega staðgöngu milli tegunda verslana sem selja dagvöru. Var könnunin send 46 fyrirtækjum sem starfa við smásölu eða heildsölu á dagvörum, og bárust svör frá 44 fyrirtækjum, þ.á m. áfrýjanda.

Samkeppniseftirlitið sendi samrunaaðilum andmælaskjal þann 19. janúar 2018 þar sem rökstutt var það frummat eftirlitsins að samruninn raskaði samkeppni og þörf væri á íhlutun vegna hans. Hagar hf. óskuðu í framhaldi af því eftir að ganga til viðræðna við Samkeppniseftirlitið um sátt samkvæmt 17. gr. f. samkeppnislaga. Með bréfi, dags. 2. febrúar 2018, gerðu Hagar hf. athugasemdir við andmælaskjal

Samkeppniseftirlitsins og settu auk þess fram tillögur að skilyrðum til að leysa hin samkeppnislegu vandamál sem samruninn hefði í för með sér. Hagar hf. sendu síðan Samkeppniseftirlitinu frekari tillögur að skilyrðum fyrir samrunanum með bréfi, dags. 20. febrúar 2018. Samkeppniseftirlitið leitaði í framhaldinu eftir sjónarmiðum hagsmunaaðila, þ.á.m. áfrýjanda, við tillögum Haga hf. Áfrýjandi skilaði athugasemdum sínum þann 26. febrúar 2018 og þar kom fram að áfrýjandi teldi að framboðin skilyrði af hálfu Haga hf. dygðu ekki til þess að leysa úr skaðlegum áhrifum samrunans á samkeppni.

Vegna athugasemda samrunaaðila við andmælskjalið réðst Samkeppniseftirlitið í frekari upplýsinga- og gagnaöflun m.a. frá áfrýjanda. Þá fékk Samkeppniseftirlitið markaðsrannsóknarfyrirtækið MMR til að framkvæma netkönnun á meðal einstaklinga í þeim tilgangi að varpa frekara ljósi á innkaupavenjur einstaklinga á dagvörum, mögulega staðgöngu milli mismunandi tegunda verslana og hversu mikið samkeppnislegt aðhald þær veittu hvor annarri. Með bréfi, dags. 1. mars 2018, var samrunaaðilum tilkynnt að frumniðurstaða fyrrgreindrar rannsóknar staðfesti í meginatriðum frummat eftirlitsins um að framboðin skilyrði væru ekki fullnægjandi til að vinna gegn þeim samkeppnishömlum sem ella gætu stafað af samrunanum. Þann 5. mars 2018 bárust sjónarmið Haga hf. og frekari tillögur að skilyrðum fyrir samrunanum. Samkeppniseftirlitið mat þær tillögur ekki fullnægandi. Hagar hf. settu fram nýjar tillögur að skilyrðum þann 6. mars 2018 en þar sem frestur Samkeppniseftirlitsins til að taka ákvörðun í málinu var að renna út var Högum hf. tilkynnt að tillögurnar væru of seint fram komnar. Hagar hf. afturkölluðu þann 8. mars 2018 samrunatilkynningu sína.

Þann 23. mars 2018 sendu Hagar hf. inn nýja tilkynningu til Samkeppniseftirlitsins um samrunann og eftir athugasemdir eftirlitsins barst fullnægjandi tilkynning þann 27. mars 2018. Með þeirri tilkynningu fylgdu nýjar tillögur að skilyrðum fyrir sátt sem að mati Haga hf. ættu að duga til að eyða þeim samkeppnishömlum sem samkvæmt frummati Samkeppniseftirlitsins gætu ella leitt af samrunanum. Samrunatilkynningin byggðist á fyrri tilkynningu vegna samruna fyrirtækjanna. Þann 28. mars 2018 sendi Samkeppniseftirlitið hagsmunaaðilum, þ.m.t. áfrýjanda, nýjar tillögur Haga hf. að skilyrðum vegna samrunans til umsagnar og sendi áfrýjandi sjónarmið sín vegna þeirra þann 13. apríl 2018.

Þann 27. apríl 2018 var Högum hf. tilkynnt að tillögur þeirra að skilyrðum uppfylltu ekki þær almennu kröfur sem gerðar væru til skilyrða í samrunamálum og að ekki hefði verið sýnt fram á að framboðin skilyrði væru til þess fallin að leysa úr þeim samkeppnislegu vandamálum sem annars leiddu af samrunanum. Í kjölfar fundar Haga hf. og Samkeppniseftirlitsins þar sem Hagar hf. gerðu athugasemdir við efnislegt frummat eftirlitsins á samrunanum lét Samkeppniseftirlitið framkvæma viðbótarrannsókn á þeim þáttum frummatsins sem Hagar hf. gerðu athugasemdir við. Niðurstöður þeirrar rannsóknar breyttu ekki frumniðurstöðu Samkeppniseftirlitsins.

Þann 18. júní 2018 átti Samkeppniseftirlitið fund með áfrýjanda þar sem áfrýjandi kom m.a. á framfæri sjónarmiðum sínum varðandi möguleg skilyrði er vörðuðu sölu verslunar Haga hf. að Faxafeni 14, Reykjavík.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til Haga hf., dags. 21. júní 2018, var gerð grein fyrir meðferð og stöðu málsins og þess jafnframt óskað að Hagar hf. skiluðu til eftirlitsins uppfærðum lokatillögum að skilyrðum vegna samrunans ásamt rökstuðningi fyrir tillögnum. Frekari tillögur að skilyrðum fyrir samrunanum bárust frá Högum hf. þann 29. júní 2018. Með fréttatilkynningu, dags. 3. júlí 2018, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir sjónarmiðum vegna framboðinna skilyrða af hálfu Haga hf. auk þess sem umsagnarbeiðni var send til tiltekinna hagsmunaaðila, þ.m.t. áfrýjanda. Samkeppniseftirlitið átti fund með áfrýjanda þann 9. júlí 2018 og með bréfi, dags. 11. júlí 2018, kom áfrýjandi á framfæri athugasemdum sínum vegna tillagna Haga hf. að skilyrðum vegna samrunans. Mat áfrýjanda var að framboðin skilyrði leystu ekki úr þeim samkeppnislegu vandamálum sem leiddu af samrunanum og að ekki ætti að heimila samrunann þar sem hann uppfyllti ekki kröfur samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið og Hagar hf. áttu í kjölfarið viðræður þar sem tillögur Haga hf. að skilyrðum tóku frekari breytingum. Áfrýjandi átti einnig fundi með Samkeppniseftirlitinu vegna málsins í ágúst 2018. Tilefni fundanna var m.a. samskipti Haga hf. við áfrýjanda um möguleg kaup áfrýjanda á framboðnum eignum. Á fundunum var afstaða áfrýjanda til mögulegrar sáttar einnig rædd.

Þann 11. september 2018 undirrituðu Samkeppniseftirlitið og Hagar hf. sátt vegna samrunans og þann 3. apríl 2019 birti Samkeppniseftirlitið ákvörðun, í máli nr. 9/2019, um að heimila samruna Haga hf., Ólíuverzlunar Íslands hf. og DGV ehf.

Um málsatvik að öðru leyti er til vísað til kæru og annarra gagna málsins.

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni.

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins, sem svar við kæru áfrýjanda, barst áfrýjunarnefnd samkeppnismála þann 23. október 2018. Þann 5. nóvember 2018 bárust sjónarmið Haga hf. við kæru áfrýjanda. Þann 7. nóvember 2018 bárust andsvör áfrýjanda við greinargerð Samkeppniseftirlitsins þar sem m.a. kom fram að áfrýjandi hefði ekki fengið afhent gögn er vísað var til í greinargerð Samkeppniseftirlitsins þrátt fyrir beiðni þar um með tölvupósti til eftirlitsins, dags. 29. október 2018. Með tölvupósti 9. nóvember 2018 framsendi Samkeppniseftirlitið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála gagnabeiðni áfrýjanda sem og andsvör Haga hf. við þeirri beiðni, dags. 8. nóvember 2018.

Þann 15. nóvember 2018 barst formleg beiðni frá áfrýjanda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála um afhendingu frekari gagna vegna málsins. Þann 29. nóvember 2018 sendi áfrýjunarnefndin gagnalista Samkeppniseftirlitsins til áfrýjanda og óskaði eftir því að áfrýjandi tilgreindi með nákvæmum hætti hvaða gögn það væru sem óskað væri eftir að fá afhent. Með bréfi, dags. 3. desember 2018, tilgreindi áfrýjandi hvaða gögn hann óskaði eftir að fá afhent og þann sama dag var óskað eftir afstöðu Haga hf. og Samkeppniseftirlitsins til kröfu áfrýjanda um afhendingu umbeðinna gagna.

Í svari Haga hf. þann 5. desember 2018 var ítrekuð fyrri afstaða um að vísa bæri kæru áfrýjanda frá áfrýjunarnefndinni þar sem kærudild skorti og að nauðsynlegt væri að taka afstöðu til aðildar áfrýjanda áður en tekin yrði afstaða til kröfu áfrýjanda um afhendingu tilgreindra gagna málsins.

Þann 18. desember 2018 kvað áfrýjunarnefnd samkeppnismála upp úrskurð þar sem fallist var á aðild Samkaupa hf. og hafnaði kröfu Haga hf. um frávísun málsins í heild eða að hluta frá áfrýjunarnefndinni.

Að gengnum úrskurði áfrýjunarnefndar þann 18. desember 2018 óskaði nefndin eftir frekari sjónarmiðum málsaðila varðandi gagnabeiðni áfrýjanda. Sjónarmið Haga hf. bárust þann 4. janúar 2019 og sjónarmið Samkeppniseftirlitsins þann 11. janúar 2019. Svör áfrýjanda við afstöðu Haga hf. og Samkeppniseftirlitsins við gagnabeiðni áfrýjanda bárust 21. janúar 2019.

Samkeppniseftirlitið birti ákvörðun sína varðandi samruna Haga hf., Olíuverzlunar Íslands hf. og DGV ehf. á heimasíðu sinni, þann 2. apríl 2019, þar sem veittar voru upplýsingar og skýringar á rannsókn málsins og markmiðum þeirra ráðstafana sem fram koma í þeim sáttum sem gerðar voru vegna samrunans. Með vísan til þess að fyrrgreind ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafði verið birt opinberlega ákvað áfrýjunarnefnd samkeppnismála, á fundi sínum þann 15. apríl 2019, að ekki væru lengur til staðar þær forsendur sem lágu til grundvallar viðtækri beiðni áfrýjanda um afhendingu gagna og hafnaði gagnabeiðni áfrýjanda. Áfrýjanda var jafnframt bent á það að teldi hann þrátt fyrir birtingu fyrrgreindrar ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins, nauðsynlegt að fá afhent ákveðin skjöl sem byggt væri á í umræddri ákvörðun, væri honum heimilt að beina sérstöku erindi þar um til áfrýjunarnefndar samkeppnismála ásamt rökstuðningi. Frekari erindi bárust ekki frá áfrýjanda varðandi afhendingu gagna.

Áfrýjanda var veittur frestur til að koma að frekari rökstuðningi vegna málsins í samræmi við fyrri áskilnað áfrýjanda þar um og bárust frekari athugasemdir áfrýjanda þann 3. maí 2019. Rökstuðningurinn var sendur öðrum málsaðilum til kynningar. Tölvupóstur barst frá Samkeppniseftirlitinu þann 7. maí 2019 þar sem fyrri rökstuðningur var áréttaður.

Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna umfangs málsins og þess ágreinings sem kom upp við meðferð málsins fyrir áfrýjunarnefnd annars vegar um aðild áfrýjanda og hins vegar um kröfu áfrýjanda um afhendingu gagna.

IV

Röksemdir málsaðila.**Málsástæður og lagarök áfrýjanda.**

Áfrýjandi byggir kröfur sínar á því að skort hafi á rannsókn Samkeppniseftirlitsins á undirliggjandi mörkuðum og áhrifum samrunans á styrk og markaðshlutdeild samrunaaðila áður en ákvörðun var tekin um að heimila samruna Haga hf., Olís hf. og DVG ehf. Sátt samrunaaðila og Samkeppniseftirlitsins vegna samrunans hafi því byggst á röngum forsendum. Þá hafi þeim beinu og láréttu áhrifum sem samruninn muni hafa í för með sér ekki verið mætt með fullnægjandi fyrirvörum í sáttinni.

Áfrýjandi vísar til þess að í frummati Samkeppniseftirlitsins á samrunanum hafi verið lagt til grundvallar að markaðurinn sem væri undir í málinu væri sá „hefðbundni dagvörumarkaður sem miðað hafi verið við í fyrri málum“. Hafi Samkeppniseftirlitið þannig talið að eldsneytisstöðvar sem selji dagvöru tilheyri ekki þeim markaði. Með hliðsjón af þessu byggir áfrýjandi á því að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins grundvallist á rangri skilgreiningu á markaði. Áfrýjandi bendir á að í skýrslu Samkeppniseftirlitsins frá mars 2015, rit nr. 1/2015, *Leiðbeiningar um samkeppni á dagvörumarkaði. Staða samkeppninnar 2015*, sé að finna skilgreiningu á dagvöruverslun, en um sé að ræða verslun sem selji dagvöru, þ.e. vörur sem tengist daglegum neyslupörfum fólks, mat- og drykkjarvörum, hreinlætis- og snyrtivörum og óvaranlegum heimilisvörum (aðallega hreingerningavörum). Hugtakið sé notað sem samheiti fyrir verslunarkerðjur og einstakar matvöruverslanir. Í skilgreiningu Samkeppniseftirlitsins á sama hugtaki, sem birtist í könnun sem eftirlitið sendi frá sér í janúar 2018 hafi tóbaki verið bætt í þessa skilgreiningu. Í könnun Samkeppniseftirlitsins hafi dagvörumarkaði verið skipt upp í þrjá flokka; lágvöruverðsverslanir, stórmarkaði og þægindavöruverslanir. Sérstaklega sé tekið fram að flokkunin sé ekki algild og að einstaka verslanir geti fallið í fleiri en einn flokk. Í könnuninni komi einnig fram að til viðbótar séu til flokkar annars vegar birgðaverslana sem bjóði upp á dagvöru og hins vegar eldsneytisstöðvar þar sem seldar séu dagvörur. Hinar síðarnefndu séu skilgreindar þannig að um sé að ræða

verslanir þar sem hægt sé að kaupa eldsneyti og ýmsa dagvöru og hafi oft langan opnunartíma.

Áfrýjandi byggir á því að þessi nálgun og flokkun Samkeppniseftirlitsins standist ekki. Þægindavöruverslanir (e. convenience stores) séu skilgreindar í framangreindri könnun Samkeppniseftirlitsins sem verslanir sem starfi á dagvörumarkaði. Um sé að ræða svokallaðar hverfisverslanir eða klukkubúðir. Þær séu oft með langan opnunartíma og séu jafnvel opnar allan sólarhringinn. Þær séu alla jafna ekki í stóru verslunarrými og vöruframboð sé því takmarkað. Áfrýjandi byggir á því að staðganga sé milli þeirrar dagvöru sem seld er á eldsneytisstöðvum og þeirrar sem seld er í öðrum þægindavöruverslunum. Jafnvel megi ætla, með fyrirvara um frekari rannsóknir, að réttast væri að þægindavöruverslanir teldust sérstakur markaður. Ekki verði hjá því komist að fella eldsneytisstöðvar, þar sem seldar eru dagvörur, eins og þær hafa verið skilgreindar af Samkeppniseftirlitinu, í flokk þægindavöruverslana. Þar séu seldar vörur sem tengjast daglegum neyslubörfum fólks og þær séu með langan opnunartíma. Með hliðsjón af þeirri þróun sem hafi orðið á dagvörumarkaði og því landslagi sem við blasi í dagvöru- og eldsneytissölu séu ekki forsendur til þess að taka slíkar eldsneytisverslanir út fyrir skilgreiningu þægindavöruverslana.

Framangreindu til stuðnings vísar áfrýjandi til ákvörðunar Office of Fair Trading („OFT“) í Bretlandi frá 24. október 2005 vegna kaupa Tesco, stærstu dagvöruverslunar (e. grocery retailer) þar í landi, á 21 eldsneytisstöðvum (e. petrol stations) BP/Safeway. Þá vekur áfrýjandi athygli á sjónarmiðum Haga hf., eins og þau birtast, í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2009, Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu.

Áfrýjandi byggir ennfremur á því að við mat á áhrifum samruna á undirliggjandi markaði verði að líta til þess hvernig markaðurinn kemur til með að líta út eftir samrunann. Samruni stórra aðila á markaði dagvöru- og þægindavöruverslana leiði til þess að öll stækkun á markaðnum fari til þeirra sem hafa nú þegar mesta markaðshlutdeild.

Byggir áfrýjandi þannig á því að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafi grundvallast á rangri skilgreiningu á undirliggjandi markaði og að stofnuninni hafi láðst að líta til þess hvernig markaðurinn horfi við eftir samrunann. Ef réttar forsendur hefðu

legið til grundvallar ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins hefði blasað við að ákvæði samkeppnislaga og meginreglur samkeppnisréttarins kæmu í veg fyrir að hægt væri að samþykkja samruna. Ákvörðunin sé því haldin meiriháttar annmarka og því beri, á grundvelli meginreglna stjórnisýsluréttarins og með hliðsjón af eðli máls, að fella hana úr gildi og ógilda samrunann.

Frummat Samkeppniseftirlitsins hafi, að mati áfrýjanda, byggt á þeirri röngu forsendu að sala eldsneytisstöðva á dagvörum tilheyri ekki þægindavöruverslunum, eða dagvörumarkaði yfirleitt, þrátt fyrir að bréf Samkeppniseftirlitsins til umsagnaraðila, dags. 28. mars og 3. júlí 2018, beri það með sér að stofnunin hafi metið kaup Haga hf. á Olís hf. þannig að þessir aðilar störfuðu a.m.k. á skyldum markaði. Í fyrrgreindum bréfum komi fram að það sé frummat stofnunarinnar að með samrunanum styrkist markaðsráðandi staða Haga hf. á dagvörumarkaði og sé það til þess fallið að draga með alvarlegum hætti úr virkri samkeppni á þeim markaði. Hið sameinaða fyrirtæki geti í krafti stöðu sinnar takmarkað samkeppni og hagað verðlagningu, þjónustu og viðskiptaskilmálum að verulegu leyti án tillits til keppinauta eða viðskiptavina. Byggi frummatið m.a. á því að samrunaaðilar séu nánir keppinautar á staðbundnum svæðum fyrir samrunann, samþjöppun á mörkuðum málsins sé umtalsverð og líklega vanmetin vegna eignatengsla milli keppinauta, samrunaaðilar búi yfir miklum fjárhagslegum og efnahagslegum styrkleika umfram flesta keppinauta sína. Þá er vísað til þess að samþætting staðsetninga og starfsemi bensínstöðva Olís hf. og dagvöruverslana Haga hf. komi til með að styrkja stöðu Olís hf. á eldsneytismarkaði samhliða því að styrkja stöðu Haga hf. á dagvörumarkaði.

Áfrýjandi tekur undir framangreinda afstöðu Samkeppniseftirlitsins. Það blasi við að staða Haga hf. á dagvörumarkaði muni styrkjast til muna við sameininguna þar sem félagið hafi nú aðgang að dagvörusölu Olís hf. og þeim fjölmörgu lóðum sem Olís hf. á vött og breytt um höfuðborgarsvæðið og á landsbyggðinni. Þá megi ekki gleyma þeim fjárhagslega og efnahagslega styrk sem hið sameinaða félag muni búa yfir umfram keppinauta sína, þ.m.t. áfrýjanda. Þrátt fyrir þessa afgerandi niðurstöðu frummatsins hafi Samkeppniseftirlitið ákveðið að gera sátt við samrunaaðila sem að mati áfrýjanda, feli í sér afar takmarkaða íhlutun í markaðsstyrk hins sameinaða félags, að minnsta kosti hvað dagvörumarkaðinn varðar. Þá sé í sáttinni ekki að finna neinar takmarkanir á vexti samrunaaðila á

sviði dagvörumarkaðar til skemmri eða lengri tíma. Þannig sé í sáttinni sáralítill tilraun gerð til þess að draga úr og takmarka hin lárétta áhrif samrunans. Áfrýjandi telur að sú niðurstaða bendi til þess að Samkeppniseftirlitið hafi þegar upp var staðið ekki litið samrunann jafn alvarlegum augum og tilefni var til. Með hliðsjón af því hve naumlega samruninn var heimilaður, eftir umfangsmiklar samningaviðræður við samrunaaðila, sé ljóst að hefðu réttar forsendur legið til grundvallar hefði hann ekki verið samþykktur með þeim skilyrðum sem lögð eru til grundvallar í sáttinni.

Áfrýjandi telur að sú niðurstaða helgist af því að Samkeppniseftirlitið hafi ekki rannsakað samrunann og áhrif hans með fullnægjandi hætti, líkt og því ber skylda til að gera samkvæmt rannsóknarreglu stjórnisýsluréttarins, sbr. 10. gr. laga nr. 37/1993, og því beri að fella ákvörðunina úr gildi og ógilda samrunann. Telur áfrýjandi að skilgreining Samkeppniseftirlitsins á undirliggjandi markaði málsins sé röng. Vísar áfrýjandi til þess að framangreind skilgreining Samkeppniseftirlitsins á dagvörumarkaði sé úrelt en hún hafi upphaflega verið sett á þeim tíma þegar olíufélögin og fyrirtæki á dagvörumarkaði tengdust lítið og meginstarfsemi olíufélaganna hafi verið sala á eldsneyti. Með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2014 hafi orðið breyting á skilgreiningunni. Eftir þá ákvörðun hafi skilin milli þægindavöruverslana og eldsneytisstöðva sem selja dagvöru orðið mun óskýrari en áður hafði verið. Vísar áfrýjandi í þessu sambandi til dóms Hæstaréttar frá 9. október 2014 í máli nr. 111/2014 og sameinaðra mála EB dómstólsins nr. C-68/94 og C-30/95. Þá vísar áfrýjandi einnig til þess sem fram kemur í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins vegna kaupa áfrýjanda á 14 verslunum Basko ehf., dags. 15. október 2018, þar sem fjallað hafi verið um skilgreiningu markaða og verði ekki séð að gætt hafi verið samræmis við skilgreiningu dagvörumarkaðar í þessum tveimur málum.

Áfrýjandi telur að niðurstöður MMR könnunar sem Samkeppniseftirlitið lét framkvæma renni enn frekari stoðum undir þörf á því að endurskilgreina markaðinn. Í fyrrgreindri könnun hafi komið fram að meirihluti þátttakenda, eða 52,5% telji ekki marktækan mun á milli þægindavöruverslana og eldsneytisstöðva sem selja dagvöru þegar horft sé til „neyslumynsturs viðskiptavina, einingaverðs (innkaups- og útsöluverðs), markaðssetningar og þeirra markhópa sem verslunum sé beint að o.s.frv.“ Þetta bendi eindregið til þess að þessar verslunartegundir

tilheyri sama markaði, þvert á niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins. Þá töldu 45% svarenda að þægindavöruverslanir veiti eldsneytisstöðvum sem selja dagvöru mjög mikið eða frekar mikið aðhald og 40% töldu slíkar eldsneytisstöðvar veita þægindavöruverslunum mjög mikið eða frekar mikið aðhald. Framangreint bendi til þess að lítill sem enginn munur sé á þægindavöruverslunum og eldsneytisstöðvum sem selji dagvörur. Með hliðsjón af framansögðu og með vísan í leiðbeininga framkvæmdastjórnar EB byggir áfrýjandi á því að rétt sé að líta svo á að eldsneytisstöðvar með dagvöru tilheyri sama markaði og þægindavöruverslanir. Augljós staðganga sé milli þeirrar dagvöru sem seld sé í þessum tveimur tegundum verslana og markaðar með dagvöru sé ekki réttilega skilgreindur meðan ekki sé tekið tillit til þessa.

Áfrýjandi byggir jafnframt á því að sé tekið mið af skilgreiningu framkvæmdastjórnar ESB megi ætla af niðurstöðum kannananna að þægindavöruverslanir og eldsneytisstöðvar sem selja dagvöru, séu ekki á sama markaði og aðrar dagvöruverslanir. Þannig séu þær bæði minni en lágvöruverðsverslanir og stórmarkaðir, og verðlagningin þar umtalsvert hærrí og opnunartími mun lengri. Áfrýjandi byggir á því að verðmunur þægindavöruverslana og annarra dagvöruverslana feli í sér að þægindavöruverslanir séu að líkindum sérstakur markaður. Í samkeppnisrétti sé það viðtekið viðmið að sé meira en 5% munur á vöruverði sé um sérstakan markað að ræða. Áfrýjandi byggir á því að verðmunur á þægindavöruverslunum annars vegar og öðrum dagvöruverslunum hins vegar sé umtalsverður og líklega umfram 5% viðmiðið. Samkeppniseftirlitið hafi ekki skilgreint þægindavöruverslanir sem sérstakan markað hingað til og raunar virðist stofnunin ekki hafa lagst í rannsóknir að því leyti. Full þörf sé á slíkri greiningu, ekki síst með hliðsjón af þeim samruna sem hér sé til skoðunar og samruna N1 hf. og Festar hf. fyrr á árinu, auk þeirra umfangsmiklu breytinga sem orðið hafa á verslun með dagvöru og neysluhegðun hér á landi undanfarin ár.

Áfrýjandi telur að í þessu sambandi nægi ekki að líta eingöngu til sjónarmiða um markaðsstyrk, heldur verði einnig að horfa til fjárhagslegs og efnahagslegs styrks. Staðreyndin sé sú að stórir aðilar á markaði, líkt og Hagar hf., eigi auðvelt með að fara inn á þægindavöruverslanamarkaðinn. Minni aðilar eigi hins vegar mun erfiðara með að fara inn á dagvörumarkaðinn og keppa þar við hin markaðsráðandi

öfl. Um þetta vísar áfrýjandi m.a. til fyrrnefnds álits OFT frá árinu 2005 varðandi fyrirhuguð kaup Tesco á BP.

Áfrýjandi vísar til þess að niðurstaða frumathugunar Samkeppniseftirlitsins, bæði í tilviki fyrra og síðara samrunamálsins, hafi verið að samruninn færi gegn 17. gr. c samkeppnislaga nr. 44/2005. Með samrunanum styrktist markaðsráðandi staða Haga hf. á dagvörumarkaði og það væri til þess fallið að draga með alvarlegum hætti úr virkri samkeppni á þeim markaði. Á þessum forsendum hafi síðan komist á sátt milli samrunaaðila og Samkeppniseftirlitsins, sbr. 17. gr. f. samkeppnislaga, sbr. og 17. gr. c. sömu laga. Telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið hafi ekki gengið nægilega langt til að koma í veg fyrir hina umtalsverðu röskun á virkri samkeppni. Þannig nái sáttin ekki þeim tilgangi sem lagt var upp með af hálfu Samkeppniseftirlitsins að vinna gegn hinum skaðlegu áhrifum samrunans. Að mati Samkeppniseftirlitsins verði skilyrði í samrunamálum að vera þess eðlis að þau eyði þeim samkeppnishömlum sem ella hefðu stafað af samruna og afstýra þeirri röskun á samkeppni sem stafi af honum. Í þessu skyni verði almennt að setja skilyrði sem lúta að gerð markaðarins (e. structural remedies) frekar en hegðun fyrirtækja (e. behavioural remedies), til að mynda með sölu á eignum eða starfsemi, til að koma í veg fyrir samkeppnishamlandi aukningu á markaðshlutdeild sem stafar af samruna. Þá megi ráða af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2001, að fyrirtæki verði að hafa frumkvæði af því að setja fram tillögur að slíkum skilyrðum og sýna fram á það með óbyggjandi hætti að skilyrðin komi í veg fyrir þau skaðlegu áhrif sem samruninn hefði ella í för með sér.

Telur áfrýjandi að skilyrði sáttar Samkeppniseftirlitsins og samrunaaðila fullnægi með engum hætti þeim kröfum sem lýst sé hér að framan. Í sáttinni felst vissulega skylda Haga hf. til sölu á þremur lágvöruverslunum. Þegar betur sé að gáð sé ljóst að skilyrðin henti samrunaaðilanum ágætlega og mun sala á verslunum að líkindum hafa lítil áhrif á markaðshlutdeild félagsins og því dugi þessi skilyrði skammt. Þannig sé að engu markverðu leyti brugðist við hinum augljósu og alvarlegu afleiðingum samrunans á samkeppni og engin takmörk séu sett fyrir því hvað samrunaaðilar geti vaxið á dagvörumarkaði til skemmri og lengri tíma. Áfrýjandi telur að sala á þeim eignum og rekstri, sem um geti í sáttinni, muni engin áhrif hafa í þá átt að koma í veg fyrir þá samkeppnishamlandi aukningu á markaðshlutdeild sem stafar af samrunanum og getið er um í frumathugun

Samkeppniseftirlitsins. Þá hafi samrunaaðilar ekki sýnt fram á það með óbyggjandi hætti, líkt og áskilið sé í úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 18/2001, að skilyrðin komi í veg fyrir þau skaðlegu áhrif sem samruninn hefur í för með sér. Vísar áfrýjandi í þessu sambandi m.a. til afgreiðslu CMA í máli er varðaði fyrirhugaðan samruna Sainsbury og Asda en þar var talið að fyrirhugaður samruni raskaði samkeppni og var honum að lokum hafnað á þeim forsendum að framboðin skilyrði væru ekki fullnægjandi til þess að eyða þeim hömlum sem ella stöfuðu af samrunanum.

Áfrýjandi bendir á að sé umþrætt sátt skoðuð með hliðsjón af sátt N1 hf. við Samkeppniseftirlitið vegna samruna N1 hf. og Festar hf. sé ljóst að með þeim hafi Samkeppniseftirlitið náð yfirlýstum markmiðum sínum um umbætur á eldsneytismarkaðnum, einkum í tengslum við eignarhald á Olíudreifingu ehf. Hins vegar virðist mega ráða af sáttinni að til þess að ná þeim markmiðum hafi Samkeppniseftirlitið látið hjá líða að takmarka með markvissum skilyrðum þau lárétta áhrif sem samruninn hefur í för með sér á markaði með dagvörur og þægindavörur. Í þessu felist slíkur annmarki á sáttinni að hún geti ekki talist fullnægjandi með hliðsjón af þeirri ótvíræðu afstöðu Samkeppniseftirlitsins að með samrunanum styrkist markaðsráðandi staða Haga hf. á dagvörumarkaði og það sé til þess fallið að draga með alvarlegum hætti úr virkri samkeppni á þeim markaði. Telur áfrýjandi að með ákvörðun sinni um að heimila samruna N1 hf. og Festar hf. hafi eftirlitið sett sig í afar óþægilega stöðu gagnvart fyrirhuguðum samruna Haga hf. og Olís hf. og til að ná markmiðum sínum um umbætur á eldsneytismarkaði hafi Samkeppniseftirlitið látið hagsmunum dagvörumarkaðarins víkja.

Áfrýjandi byggir einnig á því að Samkeppniseftirlitið hafi við meðferð málsins annars vegar brotið gegn andmælareglu samkvæmt 13. gr. stjórnisýslulaga með því að gefa áfrýjanda ekki tækifæri til að tjá sig um fyrirbyggjandi gögn og upplýsingar og hins vegar gegn 10. gr. sömu laga þar sem sjónarmið áfrýjanda hafi ekki að öllu leyti legið fyrir þegar ákvörðun var tekin um samrunann. Vísar áfrýjandi m.a. til þess að hann hafi ekki fengið aðgang að andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins og þá megi ráða af fyrirbyggjandi upplýsingum að samrunaaðilar og Samkeppniseftirlitið hafi átt í umtalsverðum samskiptum við meðferð málsins en áfrýjandi hafi ekki fengið aðgang að þeim upplýsingum. Gallar séu því á meðferð málsins sem eigi að leiða til þess að fella beri sáttina úr gildi og ógilda samrunann.

Áfrýjandi gerir einnig athugasemdir við að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafi ekki verið birt fyrr en 3. apríl sl. eða sjö mánuðum eftir undirritun sáttarinnar. Telur áfrýjandi það óboðlegt með vísan til 21. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993. Eftir því sem lengri tími líði frá því að ákvörðun er tekin sé þeim mun ólíklegra að rökstuðningur fyrir henni lýsi raunverulegri samtímahugsun.

Með sömu rökum gerir áfrýjandi til vara þá kröfu að áfrýjunarnefndin ákveði að binda samrunann frekari skilyrðum og takmörkunum, eftir því sem hún telur nauðsynlegt, einkum varðandi möguleika samrunaaðila til vaxtar á sviði dagvörumarkaðar til skemmri og lengri tíma.

Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið bendir á að sátt skv. 17. gr. f. samkeppnislaga eigi sér líkindi við gagnkvæman samning milli aðila. Á grundvelli rannsóknar Samkeppniseftirlitsins og viðræðna þess og Haga hf. hafi verið komist að niðurstöðu sem annars vegar tryggi samkeppni og hins vegar komi ekki í veg fyrir þau viðskiptalegu markmið sem Hagar hf. hafi ætlað sér með yfirtöku á Olís hf. Eigi að breyta einstökum ákvæðum sáttarinnar sé hætt við að hún nái ekki markmiðum sínum, enda sé skilyrðum sáttarinnar í heild sinni ætlað að mæta þeirri samkeppnisröskun sem ella hefði leitt af samrunanum. Þá sé alls óvíst að samrunaaðilar hefðu undirgengist sátt með öðru efni. Einhliða breyting á efni sáttar við meðferð máls á kærustigi kunni að vera í andstöðu við tilgang viðkomandi samruna, markmið sáttar og samspil þeirra skilyrða sem hún inniber. Þess utan kunni slík breyting að vera meira íþyngjandi gagnvart samrunaaðilum en ákvörðun um að ógilda samruna.

Samkeppniseftirlitið telur varakröfu áfrýjanda að þessu leyti óljósa þar sem þess sé krafist að möguleiki samrunaaðila til „vaxtar á sviði dagvörumarkaðar“ verði takmarkaður til lengri og skemmri tíma. Í þessu samhengi sé bent á að tilgangur samrunareglna samkeppnislaga sé að vernda samkeppnislega gerð markaða og samkeppni og þar með hagsmuni almennings og neytenda. Það sé aftur á móti ekki tilgangur reglnanna að vernda sérstaklega keppinauta eða að hafa áhrif á eðlilega framþróun og vöxt þessara markaða. Þannig sé ekkert í samkeppnislögum sem

banni fyrirtækjum að vera í markaðsráðandi stöðu eða stækka á grundvelli eigin verðleika. Hins vegar sé unnt að bregðast við ef breytingar eða aðstæður á markaði raski samkeppni, sbr. 1. mgr. 16. gr. og 17. gr. samkeppnislaga og hafi það verið gert í því máli sem hér um ræðir.

Samkeppniseftirlitið bendir ennfremur á að skilyrði í samrunamálum verði að vera þess eðlis að þau eyði þeim samkeppnishömlum sem ella hefðu stafað af samruna, sbr. t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 18/2001 og 6/2006. Þá sé eðlilegt að hafa hliðsjón af ESB/EES-rétti við túlkun á samrunaákvæðum samkeppnislaga, sbr. og dóm Hæstaréttar Íslands í máli réttarins nr. 277/2012. Í tilkynningu framkvæmdastjórnar ESB frá árinu 2008 um skilyrði í samrunamálum komi fram að slík skilyrði verði að afstýra allri þeirri röskun á samkeppni sem stafar af viðkomandi samruna. Jafnframt verði slík skilyrði að vera heildstæð og árangursrík frá almennu sjónarmiði. Þá komi fram í 30. gr. aðfararorða samrunareglugerðar ESB að meðalhóf þurfi að vera á milli skilyrða sáttar annars vegar og þeirra samkeppnislegu vandamála sem þeim er ætlað að leysa hins vegar. Af því leiði að skilyrði í samrunamálum geti ekki haft annan tilgang en þann að afstýra tilteknum skaðlegum áhrifum af fyrirhuguðum samruna.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á sjónarmið áfrýjanda um að brotið hafi verið gegn reglum stjórnarsýsluréttarins við meðferð málsins. Meðferð málsins hafi verið vönduð og ítarleg. Ítrekað hafi verið leitað sjónarmiða áfrýjanda og annarra hagsmunaaðila undir rekstri málsins. Auk þess hafi Samkeppniseftirlitið framkvæmt ítarlega könnun á meðal dagvörusala og birgja til að meta mögulega staðgöngu á milli tegunda verslana sem selja dagvörur og var markaðsrannsóknafyrirtækið MMR fengið til að framkvæma netkönnun til þess að varpa nánara ljósi á innkaupavenjur einstaklinga á dagvörum, mögulega staðgöngu á milli mismunandi tegunda verslana og hversu mikið samkeppnislegt aðhald þær veittu hvor annarri. Rannsókn málsins hafi í alla staði verið fullnægjandi og uppfyllt allar kröfur stjórnarsýsluréttarins.

Varðandi þá málsástæðu áfrýjanda að brotið hafi verið á andmælarétti áfrýjanda samkvæmt stjórnarsýslurétti er bent á að áfrýjandi hafi ekki verið aðili að því máli sem lauk með gerð fyrrnefndrar sáttar milli Samkeppniseftirlitsins og

samrunaaðila enda sé aðild að samrunamálum bundin við samrunaaðila. Í sáttinni sé heldur ekki kveðið á um skyldur eða réttindi áfrýjanda og geti aðild hans því heldur ekki komið til af þeim sökum. Þessu til stuðnings er vísað er til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 1/2011, 8/2015 og 1/2016.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi hafi ekki notið aðilastöðu við meðferð samrunamálsins hjá Samkeppniseftirlitinu. Af þeim sökum sé ljóst að hann naut ekki sömu réttinda og aðila máls eru fengin samkvæmt stjórnarsýslulögum, þ. á m. andmælaréttar sbr. 13. gr. stjórnarsýslulaga. Þrátt fyrir framangreint sé ljóst að áfrýjandi hafi ákveðinna hagsmuna að gæta sem keppinautur samrunaaðila og af þeim sökum hafi honum undir meðferð málsins ítrekað verið veitt færi á að tjá sig, bæði um efni málsins og tillögur samrunaaðila að skilyrðum. Auk þess hafi Samkeppniseftirlitið átt nokkra fundi með áfrýjanda í tilefni af rannsókn málsins. Áfrýjandi hafi því í raun notið sambærilegs andmælaréttar og kveðið er á um í 13. gr. stjórnarsýslulaga. Áfrýjanda hafi m.a. verið send umsagnarbeiðni 3. júlí 2018 vegna lokatillögu Haga hf. að sátt vegna málsins. Umsögn áfrýjanda barst 11. júlí 2018 en þann 9. júlí 2018 átti Samkeppniseftirlitið fund með áfrýjanda og urðu breytingar á sáttinni í kjölfarið en þær fólu ekki í sér tilslakanir frá fyrri tillögum Haga hf. Loks átti Samkeppniseftirlitið fundi með forstjóra áfrýjanda þann 2. og 9. ágúst 2018 þar sem tillögur Haga hf. að skilyrðum voru m.a. ræddar. Ekki sé því hægt að fallast á að áfrýjandi hafi ekki haft færi á að koma sjónarmiðum sínum á framfæri við rannsókn málsins.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að markaður málsins hafi verið rangt skilgreindur eða að láðst hafi að líta til þess hvernig markaðurinn horfi við eftir samrunann. Við rannsókn málsins komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að markaður málsins næði til, líkt og í eldri úrlausnum samkeppnisyfirvalda og dómstóla, svokallaðra hefðbundinna dagvöruverslana, þ.e. aðallega lágvöruverðsverslana, stórmarkaða, þægindavöruverslana/klukkubúða og minni verslana. Tekið var sérstaklega til skoðunar hvort verslun Costco teldist til markaðarins og jafnframt hvort sala eldsneytisstöðva á dagvörum teldist til markaðarins. Af niðurstöðum þeirra kannana sem framkvæmdar voru í tengslum við rannsókn málsins mátti ráða að birgðaverslanir (Costco) veittu bæði lágvöruverðsverslunum og stórmörkuðum, þ.e. þeim verslunarformum sem væru með stærstan hluta markaðarins, talsvert samkeppnislegt aðhald. Aðhald birgðaverslana væri hins

vegar ekki eins mikið gagnvart þægindavöruverslunum og enn minna gagnvart dagvörusölu á eldsneytisstöðvum. Niðurstöðurnar bentu einnig til þess að eldsneytisstöðvar sem seldu dagvörur og þægindavöruverslanir veittu öðrum dagvöruverslunum takmarkað samkeppnislegt aðhald. Hins vegar virtist nokkurt samkeppnislegt aðhald vera á milli þægindavöruverslana og bensínstöðva. Þó vísbendingar væru fyrir hendi um að dagvörusala eldsneytisstöðva og þægindavöruverslana væri að verða sambærilegri og skilin þar á milli myndu eflaust minnka enn frekar benti viðbótarrannsókn Samkeppniseftirlitsins á stærð, vöruúrvali og verði, til þess að nokkur munur væri enn til staðar á milli þessara tveggja verslunarforma. Vöruúrval í þægindavöruverslunum virtist ennþá vera meira en á eldsneytisstöðvum og þá virtist eldsneytisstöðvar enn sem komið er vera minni og verðlag hærra þar en í þægindavöruverslunum. Þá sýndu niðurstöður könnunar á meðal neytenda að tilgangur innkaupa meirihluta dagvara í verslunum Olís hf. væri aðallega sá að kaupa vörur til að neyta strax. Þá væri dreifing á innkaupum jöfn yfir daginn og flestir nefndu staðsetningu sem ástæðu fyrir vali á verslun. Ljóst væri þó að ef viðskiptavinir Olís hf. ættu þess ekki kost að versla lengur í verslunum fyrirtækisins myndu þeir að mestu snúa sér til hefðbundinna dagvöruverslana frekar en til annarra eldsneytisstöðva.

Að mati Samkeppniseftirlitsins fólu niðurstöður könnunarinnar það í sér að eldsneytisstöðvar sem seldu dagvörur veittu hvorki Bónus né Hagkaup mikið samkeppnislegt aðhald. Þessar verslanir, rétt eins og aðrar lágvöruverðsverslanir og stórmarkaðir, veittu hins vegar eldsneytisstöðvunum mikið aðhald að því leyti a.m.k. að ef verslana Olís hf. nyti ekki lengur við myndu viðskiptin færast frekar yfir á hefðbundnar dagvöruverslanir en til annarra eldsneytisstöðva.

Að mati Samkeppniseftirlitsins mætti segja að niðurstöður þriggja athugana sem framkvæmdar voru til að meta staðgöngu á milli mismunandi tegunda verslana hafi gefið til kynna að mikil staðganga sé á milli lágvöruverðsverslana og flestra stórmarkaða hvað varðar stærð verslana, vöruúrval og jafnvel verðlag. Birgðaverslun Costco skeri sig úr að því leyti að vöruúrval er takmarkað og einingar stærri auk þess sem sú verslun er miklu stærri en flestar dagvöruverslanir. Verslunin veitir þó bæði lágvöruverðsverslunum og stórmörkuðum samkeppnislegt aðhald. Þægindavöruverslanir séu almennt minni í fermetrum talið og vöruúrval þar er minna en í lágvöruverðsverslunum og stórmörkuðum.

Síðarnefndu verslanirnar veiti þó þægindavöruverslunum nokkuð samkeppnislegt aðhald meðan þægindavöruverslanir veita þeim lítið aðhald. Þægindavöruverslanir veiti hins vegar eldsneytisstöðvum nokkuð aðhald. Dagvörusala á eldsneytisstöðvum snúi aðallega að vörum sem neyta eigi strax eða fljótlega. Eldsneytisstöðvar veiti þægindavöruverslunum nokkuð aðhald. Vöruúrval sé hins vegar takmarkaðra og þessar verslanir séu litlar t.a.m. í samanburði við þægindavöruverslanir. Þá sé verðlag dagvöru á bensínstöðvum mjög hátt. Eftir sem áður veiti hefðbundnar dagvöruverslanir eldsneytisstöðvum allnokkurt samkeppnislegt aðhald.

Að mati Samkeppniseftirlitsins gefi framangreindar niðurstöður kannana sterkar vísbendingar um að hinar hefðbundnu dagvöruverslanir, þ.e. lágvöruverðsverslanir og stórmarkaðir, séu það verslunarform sem veiti eldsneytisstöðvum, sem selji dagvörur, hvað mesta samkeppnislega aðhaldið. Í ljósi þess hve mikið samkeppnislegt aðhald hefðbundnar dagvöruverslanir veiti eldsneytisstöðvum taldi Samkeppniseftirlitið rétt að horfa á dagvörusölu bensínstöðva samhliða veltu hefðbundinna dagvöruverslana við mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans þó hefðbundnar dagvöruverslanir yrðu eftir sem áður skilgreindar sem sérstakur markaður. Væri það í samræmi við sjónarmið í samkeppnisrétti og stuðlaði að því að rétt mat væri lagt á áhrif samrunans á samkeppni. Að sama hátt taldi Samkeppniseftirlitið rétt að taka til skoðunar innbyrðis hlutdeild eldsneytisstöðva við sölu dagvöru þar sem slíkar verslanir kynnu mögulega að mynda sérstakan markað m.a. vegna minna vöruúrvals og hærri álagningar sem væri þá nátengdur hinum hefðbundna dagvörumarkaði.

Þrátt fyrir fyrrgreinda markaðsskilgreiningu tók Samkeppniseftirlitið tillit til sölu á dagvörum á eldsneytisstöðvum olíufélaganna við efnislegt mat á samrunanum. Hagar hf. gerðu athugasemdir við þá nálgun og héldu því fram að ekki væru forsendur til þess að skoða dagvörusölu bensínstöðva samhliða veltu hefðbundinna dagvöruverslana og draga þá ályktun að um styrkingu á markaðsráðandi stöðu Haga hf. væri að ræða. Af þessu tilefni áréttaði Samkeppniseftirlitið að markaðsskilgreiningar væru aðeins til viðmiðunar og að mat Samkeppniseftirlitsins á samkeppnislegum áhrifum samrunans réðist ekki af þessu atriði heldur heildstæðu mati á stöðu hins sameinaða félags.

Samkeppniseftirlitið hafi samkvæmt framansögðu tekið skilgreiningu markaðarins í málinu til mjög ítarlegrar skoðunar og komst að þeirri niðurstöðu, að miða bæri við hina hefðbundnu skilgreiningu dagvörumarkaðarins. Þrátt fyrir það tók Samkeppniseftirlitið við efnislegt mat á samrunanum mið af sölu Olís hf. á dagvörum.

Það var niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að með samrunanum styrktist markaðsráðandi staða Haga hf. á dagvörumarkaði og væri það til þess fallið að draga með alvarlegum hætti úr virkri samkeppni á þeim markaði. Hið sameinaða fyrirtæki gæti í krafti stöðu sinnar takmarkað samkeppni og hagað verðlagningu, þjónustu og viðskiptaskilmálum að verulegu leyti án tillits til keppinauta eða viðskiptavina. Byggðist þessi niðurstaða m.a. á því að samþjöppun á mörkuðum málsins væri umtalsverð og líklega vanmetin vegna eignatengsla á milli keppinauta, samrunaaðilar byggju yfir miklum fjárhagslegum og efnahagslegum styrkleika umfram flesta keppinauta sína og samþætting staðsetninga og starfsemi eldsneytisstöðva Olís hf. og dagvöruverslana Haga hf. myndi styrkja stöðu Haga hf. á dagvörumarkaði samhliða því að styrkja stöðu Olís hf. á eldsneytismarkaði. Af framangreindum atriðum var það aðgangur að staðsetningum Olís hf. og möguleiki Haga hf. til þess að auka dagvörusölu í þeim sem hafði mest áhrif á mat á styrkingu á markaðsráðandi stöðu Haga hf. að mati Samkeppniseftirlitsins.

Samkeppniseftirlitið telur að ekki hafi verið nauðsynlegt að rannsaka samrunann út frá þeirri forsendu að þægindavöruverslanir væru sérstakur markaður enda liggur fyrir að stærstur hluti verslana og veltu Haga hf. myndi falla utan þess markaðar. Bent er á að þrátt fyrir ákveðna flokkun verslana séu mörkin á milli mismunandi verslanaforma óljós.

Að mati Samkeppniseftirlitsins tóku skaðleg áhrif samrunans til nokkurra þátta. Hvað varðar lárétt áhrif samrunans var lagt heildstætt mat á áhrifin á einstaka landfræðilega markaði sem og staðbundin áhrif. Hvað staðbundna matið varðar þá leiddi rannsókn Samkeppniseftirlitsins í ljós að staðbundin áhrif samrunans á samkeppni næðu til þriggja verslana Olís hf., þ.e. í Stykkishólmi, Borgarnesi og á Egilsstöðum. Mestu áhrifin voru í Stykkishólmi þar sem verslun Olís hf. var sú eina utan verslunar Haga hf. sem seldi dagvörur í kaupstaðnum. Í sátt við samrunaaðila er brugðist við þessum staðbundnu áhrifum á samkeppni, annars vegar með sölu á

dagvörluta verslunar Olís hf. í Stykkishólmi og hins vegar með skuldbindingu um sama verð á dagvöru á öllum eldsneytisstöðvum hins sameinaða fyrirtækis. Hvað varðar markaðsráðandi stöðu Haga hf. á dagvörumarkaði þá eru í sáttinni umfangsmikil skilyrði um sölu eigna og bann við samvinnun. Því er þar af leiðandi alfarið hafnað að „sáralítill tilraun“ hafi verið gerð til að takmarka lárétt áhrif samrunans, eins og haldið er fram af áfrýjanda. Þrátt fyrir að mat á tillögum samrunaaðila feli, eðli máls samkvæmt, í sér heildarmat er það ekki rétt að Samkeppniseftirlitið hafi dregið úr kröfum til skilyrða samrunaaðila varðandi dagvörumarkaðinn.

Vegna þeirra röksemda áfrýjanda að sáttin sé ekki fullnægjandi og að ekki hafi verið gengið nægilega langt til að koma í veg fyrir hina umtalsverðu röskun á virkri samkeppni er af hálfu Samkeppniseftirlitsins bent á að aðgangur Haga hf. að verslunum og staðsetningum Olís hf. hafi verið sá þáttur sem einna mest áhrif hafði við mat á styrkingu á markaðsráðandi stöðu Haga hf. á dagvörumarkaðnum. Við sáttameðferð málsins veitti Samkeppniseftirlitið Högum hf. leiðbeiningar um þær lágmarkskröfur sem gera yrði til skilyrða vegna samrunans. Tók Samkeppniseftirlitið fram að til þess að mæta styrkingu á markaðsráðandi stöðu Haga hf. þyrfti að koma til sala eigna á dagvörumarkaði sem gæti staðið sjálfstætt og veitt nægjanlegt samkeppnislegt aðhald til að mæta styrkingunni.

Við mat á tillögum Haga hf. hafði Samkeppniseftirlitið jafnframt til hliðsjónar núverandi dagvöruveltu í eignunum, rekstrarhæfi þeirra í höndum nýrra aðila, staðsetningar þeirra, söluvænleika þeirra, styrk Haga hf. á viðkomandi svæði og sjónarmið hagsmunaaðila. Í ljósi þess að líklegt væri að velta eignanna í höndum nýrra aðila myndi verða lægri en núverandi dagvöruvelta verslana Bónus í þeim gerði Samkeppniseftirlitið kröfu um að velta í seldum eignum væri ríflega umfram tilgreind viðmið. Hagar hf. ákváðu að láta á það reyna hvort fyrirtækinu tækist að selja framboðnar eignir til kaupanda sem teldist hæfur áður en rannsókn samrunamálsins lyki. Þær tilraunir gengu hins vegar ekki eftir og kaus félagið þá að fara þá leið að bjóða fram skilyrði sem háð væru þeim fyrirvara að tækist ekki að selja eignirnar til hæfs kaupanda innan sölufresta myndi samruninn ekki koma til framkvæmda. Jafnframt voru settar fram í sáttinni ítarlegar kröfur til kaupanda hinna framboðnu eigna sem er ætlað að tryggja virkni skilyrðanna enda tilgangurinn með sölu eignanna að eyða þeirri samkeppniströskun sem leiddi af

samrunanum. Skilyrði voru um að eignirnar yrðu aðeins seldar til aðila sem væri til þess fallinn og líklegur að veita Högum hf. og öðrum keppinautum umtalsvert samkeppnislegt aðhald. Þá voru auk þess sett fram ákveðin lágmarksskilyrði sem kaupandi þyrfti að uppfylla.

Sjónarmið Haga hf.

Hagar hf. telja að hafna beri kröfu áfrýjanda um ógildingu samrunans. Vísað er til þess að sátt í samrunamáli, á grundvelli 17. gr. f. samkeppnislaga, teljist til stjórnvaldsákvörðunar. Slík ákvörðun verði einungis ógilt séu verulegir annmarkar á efni hennar, eða aðferð við undirbúning og úrlausn máls sé haldin verulegum annmörkum. Áfrýjandi hafi hvorki bent á atriði sem ekki voru rannsökuð, né atriði sem hefði borið að leiða betur í ljós við meðferð málsins. Skilyrði til ógildingar séu því ekki fyrir hendi. Vísað er til þess að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins hafi byggst á vandaðri og umfangsmikilli rannsókn, sem hafi staðið yfir í tæpt ár og verið afar íþyngjandi fyrir samrunaaðila.

Hagar hf. benda á að áfrýjandi hafi á öllum stigum rannsóknar málsins haft ítrekuð tækifæri til að koma sjónarmiðum sínum á framfæri þrátt fyrir að hafa ekki verið aðili málsins við meðferð þess hjá Samkeppniseftirlitinu og hafi áfrýjandi nýtt sér þessi tækifæri.

Bent er á að Samkeppniseftirlitið eigi ákveðið mat um hvernig það skilgreinir markað hverju sinni, enda sé samræmis gætt. Það sé ekki áfrýjunarnefndar að hrófla við því mati, nema á því séu verulegir annmarkar, s.s. bersýnilegt ósamræmi við fyrri framkvæmd, en því sér ekki fyrir að fara í þessu máli. Skilgreining Samkeppniseftirlitsins á mörkuðum málsins hafi verið í samræmi við fyrri framkvæmd, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 64/2008, sem var staðfest með dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 188/2010. Hagar hf. hafi ekki notið góðs af umræddri skilgreiningu því ef markaðurinn yrði skilgreindur með öðrum hætti hefði það þau áhrif að markaðshlutdeild Haga hf. yrði mun lægri heldur en hún sé metin í dag.

Hagar hf. telja að með sátt samrunaaðila hafi verið brugðist við öllum þeim skaðlegu áhrifum samrunans sem Samkeppniseftirlitið greindi í málinu. Brugðist

var við lóðréttum áhrifum á eldsneytis- og dagvörumarkaði með auknu aðgengi að heildsölu og birgðarými eldsneytis. Þá var brugðist við áhrifum aukinna eignatengsla á eldsneytis- og dagvörumarkaði með því að samrunaaðilum var gert að selja a.m.k. fimm eldsneytisstöðvar frá sér til keppinautar á eldsneytismarkaði. Síðast en ekki síst sé brugðist við láréttum áhrifum samrunans, þ.e. „styrkingu á markaðsráðandi stöðu Haga hf. á dagvörumarkaði“ með sölu þriggja Bónus verslana á dýrmætum stöðum á höfuðborgarsvæðinu, auk verslunar Olís hf. í Stykkishólmi. Hagar hf. telja þannig engum vafa undirorpið að þau skilyrði sem fram koma í sáttinni mæti þeim neikvæðu áhrifum sem Samkeppniseftirlitið taldi leiða af samrunanum. Hið efnislega mat Samkeppniseftirlitsins á áhrifum samrunans hafi í raun verið jafnt strangt og ef um kaup Haga hf. á keppinauti sínum á hefðbundnum dagvörumarkaði væri að ræða.

Hagar hf. gera kröfu um að varakröfu áfrýjanda verið vísað frá þar sem krafan sé með öllu ósamþýðanleg því regluverki sem stjórnarsýsla samkeppnismála byggist á. Krafan sé of óljós og óákveðin þar sem þess er krafist að áfrýjunarnefnd grípi til einhverra óskilgreindra aðgerða gagnvart Högum hf. sem gangi lengra en innihald sáttarinnar. Engar heimildir er að finna í samrunareglum samkeppnislaga til þess að setja fyrirtækjum skilyrði er varða innri vöxt samrunaaðila enda ekkert í samkeppnislögum sem banni fyrirtækjum að vera í markaðsráðandi stöðu eða að stækka á grundvelli eigin verðleika. Samkeppnisyfirvöldum sé ekki heimilt að setja skilyrði í samrunamáli sem lúti að takmörkunum á því að þeir aðilar sem eiga hlut að samrunamáli vaxi í framtíðinni. Sátt skv. 17. gr. f. samkeppnislaga eigi sér líkindi við gagnkvæman samning milli aðila. Óhætt sé að fullyrða að óvíst sé að Hagar hf. hefðu undirgengist sátt með öðru efni eða ítarlegri skilyrðum. Einhliða ákvörðun áfrýjunarnefndar samkeppnismála um að breyta efni sáttarinnar geti raskað verulega því jafnvægi sem stefnt sé að í sáttinni enda kynni slík breyting að vera meira íþyngjandi fyrir samrunaaðila en ógilding samrunans.

V.**Niðurstaða****1**

Ágreiningur máls þess snýr að þeirri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 11. september 2018 að heimila samruna Haga hf., Olíuverzlunar Íslands hf. og DGV ehf. með tilteknum fyrirvörum, sbr. sátt Samkeppniseftirlitsins við samrunaaðila, dags. sama dag. Telur áfrýjandi að fella beri fyrrgreinda ákvörðun úr gildi og ógilda samrunann þar sem verulegir ágallar hafi verið á rannsókn og meðferð málsins af hálfu Samkeppniseftirlitsins sem leitt hafi til ólögætrar niðurstöðu. Vísar áfrýjandi m.a. til þess að skilgreining markaða málsins hafi verið röng og að rannsókn á áhrifum samrunans á markaðshlutdeild samrunaaðila hafi verið ábótavant og að skilyrði sáttarinnar komi ekki í veg fyrir þá miklu röskun á virkri samkeppni sem samruninn muni hafa í för með sér.

2

Upphaf máls þessa er að í kjölfar tilkynningar til Samkeppniseftirlitsins, dags. 26. september 2017, um kaup Haga hf. á öllu hlutafé Olíuverzlunar Íslands hf. og DGV ehf., sem hafði í för með sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, hóf Samkeppniseftirlitið rannsókn á áhrifum samrunans á þá markaði sem félögin störfuðu á, þ.e. eldsneytis- og dagvörumarkaði. Rannsóknin beindist m.a. að því að meta hvort samruninn kæmi til með að raska eða hindra virka samkeppni á fyrrgreindum mörkuðum.

Frummat Samkeppniseftirlitsins, sem fram kom í andmælaskjali stofnunarinnar þann 19. janúar 2018, gaf til kynna að samruninn kæmi til með að raska samkeppni með alvarlegum hætti, einkum vegna þess að hann hefði í för með sér styrkingu á markaðsráðandi stöðu Haga hf. á dagvörumarkaði, og af þeim sökum væri þörf á íhlutun af hálfu Samkeppniseftirlitsins. Slík íhlutun gat verið fólgin í ógildingum samrunans eða að sett yrðu skilyrði fyrir samrunanum.

Við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu óskuðu Hagar hf. eftir viðræðum um sátt samkvæmt 17. gr. f. samkeppnislaga með það að markmiði að vinna gegn þeim skaðlegu áhrifum sem talið var að samruninn gæti haft í för með sér ef ekkert yrði að gert.

Þann 11. september 2018 undirrituðu Samkeppniseftirlitið og Hagar hf. sátt samkvæmt 17. gr. f. samkeppnislaga vegna samrunans. Í tengslum við þá sátt gerði Samkeppniseftirlitið þann 8. september 2018 sátt við FISK-Seafood ehf. og Kaupfélag Skagfirðinga svf. vegna krosseignar FISK-Seafood í Högum hf. þar sem félögin samþykktu að selja eignarhluta sinn í Högum hf. niður fyrir ákveðið mark innan tiltekins frests.

Samkvæmt áðurnefndri sátt Samkeppniseftirlitsins og Haga hf. skuldbundu Hagar hf. sig til að hlíta ákveðnum skilyrðum í starfsemi sinni vegna samrunans. Það var yfirlýst markmið sáttarinnar, með þeim skilyrðum sem þar komu fram, að efla og vernda virka samkeppni á þeim mörkuðum sem samruninn tók til og bregðast þannig við þeirri röskun sem talið var að samruninn hefði að óbreyttu í för með sér.

Meðal þeirra aðgerða sem Hagar hf. skuldbundu sig til að grípa til samkvæmt sáttinni var að selja ákveðnar eignir, þ.m.t. rekstur þriggja dagvöruverslana Bónus á höfuðborgarsvæðinu, rekstur og eignir verslunar Olís hf. í Stykkishólmi sem tengdist dagvörusölu, og fimm eldsneytisstöðvar sem reknar voru undir vörumerkjum samrunaaðila. Þá var Högum hf. jafnframt gert að auka aðgengi endurseljenda að heildsölu eldsneytis og grípa til ákveðinna aðgerða til að tryggja auknið aðgengi að birgðarými og þjónustu Olíudreifingar ehf.

3

Með stjórnarsýslukæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, dags. 8. október 2018, gerir áfrýjandi aðallega þá kröfu að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 11. september 2018 um að heimila samruna Haga hf., Olíuverzlunar Íslands hf. og DGV ehf. með tilteknum skilyrðum samkvæmt sátt, verði felld úr gildi og samruninn ógiltur. Til vara er gerð krafa um að áfrýjunarnefnd samkeppnismála ákveði að binda samrunann frekari skilyrðum og takmörkunum, eftir því sem áfrýjunarnefndin telur nauðsynlegt, einkum varðandi möguleika samrunaaðila til vaxtar á sviði dagvörumarkaðar til skemmri og lengri tíma.

Áfrýjandi byggir kröfur og sjónarmið sín í málinu einkum á þremur meginatriðum. Í fyrsta lagi á því að skort hafi á rannsókn Samkeppniseftirlitsins á undirliggjandi mörkuðum og á áhrif samrunans á markaðshlutdeild samrunaaðila. Ákvörðunin hafi grundvallast á rangri skilgreiningu á undirliggjandi mörkuðum og ekki hafi

verið horft nægjanlega til þess hvernig markaðurinn liti út eftir samrunann. Ekki séu forsendur til að taka eldsneytisstöðvar, þar sem seldar séu dagvörur, út fyrir flokk þægindavöruverslana, sem séu verslanir sem starfi á dagvörumarkaði. Í öðru lagi hafi ekki verið gengið nægilega langt með skilyrðum sáttarinnar til að koma í veg fyrir þá umfangsmiklu röskun á virkri samkeppni sem samruninn komi til með að hafa í för með sér. Í þriðja lagi vísar áfrýjandi til þess að Samkeppniseftirlitið hafi ekki gætt að skráðum og óskráðum reglum stjórnisýsluréttar um andmælarétt áfrýjanda við meðferð málsins.

4

Í samræmi við ákvæði 17. gr. samkeppnislaga tók Samkeppniseftirlitið til rannsóknar kaup Haga hf. á öllu hlutafé í Olíuverzlun Íslands hf. og DGV ehf. en kaupin höfðu í för með sér samruna í skilningi samkeppnislaga.

Niðurstaða rannsóknar Samkeppniseftirlitsins gaf til kynna að samruninn kæmi til með að raska með umtalsverðum hætti samkeppni á þeim mörkuðum sem félögin störfuðu á. Var m.a. talið að með samrunanum kæmi markaðsráðandi staða Haga hf. á dagvörumarkaði til með að styrkjast og það væri til þess fallið að draga með alvarlegum hætti úr virkri samkeppni á þeim markaði. Með hliðsjón af fyrrgreindri niðurstöðu var talið nauðsynlegt að grípa til ákveðinnar íhlutunar af hálfu Samkeppniseftirlitsins, m.a. með því að setja skilyrði fyrir samrunanum og voru þau skilyrði tekin upp í sátt sem gerð var milli Samkeppniseftirlitsins og Haga hf. þann 11. september 2018. Þannig var brugðist við þeirri röskun á samkeppni, sem talið var að samruninn hefði að óbreyttu í för með sér ef ekkert yrði að gert.

5

Við mat á samruna samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga er mikilvægt að í upphafi sé skilgreindur sá markaður eða þeir markaðir sem við eiga hverju sinni. Samkvæmt 5. tölulið 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Hugtakið staðganga skírskotar til vöru eða þjónustu sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar vöru eða þjónustu. Samkvæmt framansögðu er markaðurinn skilgreindur með tvennum hætti, annars vegar með tilliti til þeirrar

vöru eða þjónustu sem um er að ræða og hins vegar með tilliti til þess markaðssvæðis (landsvæðis) sem til greina kemur.

Í 1. tölulið VII. kafla viðauka I við reglur Samkeppniseftirlitsins nr. 684/2008 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum er viðkomandi vöru- eða þjónustumarkaður skilgreindur með eftirfarandi hætti:

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

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

Í samkeppnisrétti er það viðtekin venja að skilgreina markaðinn út frá sjónarmiði neytenda með hliðsjón af landsvæði og eiginleika vöru eða þjónustu, verði hennar og notkun og eru staðgöngusjónarmið þau aðalatriði sem koma til skoðunar. Þannig telst rétt að skilgreina tiltekinn markað út frá landsvæði og vörum eða þjónustu og staðgönguvörum eða staðgönguþjónustu eins og þessi atriði horfa við út frá sjónarmiði neytenda, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008.

Þrátt fyrir mikilvægi þess að skilgreina þann markað eða þá markaði sem við eiga hverju sinni verður að hafa í huga að slíkar markaðsskilgreiningar geta aldrei orðið nákvæmar og verða því aðeins notaðar til viðmiðunar. Því til viðbótar verður að hafa í huga að skilgreiningar markaða geta tekið breytingum með tímanum en

slíkar breytingar verða þó ætíð að styðjast við lögmæt sjónarmið, þ.e. einkum að fyrir liggja að aðstæður hafi breyst frá því sem áður var, frekari rannsóknir gefi til kynna að markaðurinn hafi verið rangt metinn eða lagaákvæði leiði til breytinga í þessum efnum. Hafa samkeppnisyfirvöld svigrúm til að ákvarða og skilgreina viðkomandi markað út frá fyrirliggjandi gögnum og rannsóknum sem gerðar eru í því skyni að greina og ákvarða þann markað sem er til skoðunar hverju sinni.

Samkeppniseftirlitið hefur í fyrirliggjandi máli metið það svo að samruninn hafi áhrif á eldsneytis- og dagvörumarkaðinn. Dagvörumarkaðurinn hefur í eldri úrlausnum Samkeppniseftirlitsins verið skilgreindur með þeim hætti að hann taki fyrst og fremst til svokallaðra dagvöruverslana, þ.e. þeirra verslana sem bjóða upp á það vöruúrval sem neytendur megi vænta að uppfylli daglegar neyslubarfir þeirra. Sérverslanir hafa ekki verið taldar falla undir dagvörumarkaðinn og þá hefur dagvörusala eldsneytisstöðva heldur ekki verið talinn hluti af þessum markaði. Dagvöruverslunum hefur alla jafnan verið skipt upp í þrjá flokka, þ.e. lágvöruverðsverslanir, stórmarkaðir og þægindavöruverslanir eða svonefndar klukkubúðir. Skilin á milli þessara flokka eru óljós og flokkunin ekki algild. Því kunna einstaka verslanir að falla í fleiri en einn flokk.

Á síðustu misserum hefur Samkeppniseftirlitið gert ítarlegar rannsóknir og framkvæmt kannanir á dagvörumarkaðnum, m.a. í þeim tilgangi að kanna hvort breytingar hafi orðið á markaðnum á umliðnum árum og þá hvort tilefni sé til að gera breytingar á fyrri skilgreiningu þessa markaðar. Við meðferð þessa máls framkvæmdi Samkeppniseftirlitið m.a. könnun meðal dagvörusala og birgja til að meta mögulega staðgöngu á milli tegunda verslana sem selja dagvöru. Þá fékk Samkeppniseftirlitið fyrirtækið MMR til að framkvæma netkönnun til að varpa ljósi á innkaupavenjur einstaklinga á dagvörum, mögulega staðgöngu á milli mismunandi tegunda verslana og hversu mikil samkeppnislegt aðhald þær veittu hvor annarri. Að mati Samkeppniseftirlitsins gáfu niðurstöður þessara kannana og rannsóknir eftirlitsins til kynna að markaður þess máls sem hér um ræðir, næði líkt og í eldri úrlausnum samkeppnisyfirvalda eingöngu til hefðbundinna dagvöruverslana, þ.e. lágvöruverðsverslana, stórmarkaða og þægindavöruverslana/ klukkubúða.

Ráða má af gögnum málsins að Samkeppniseftirlitið hafi tekið sérstaklega til skoðunar við rannsókn málsins hvort sala eldsneytisstöðva á dagvörum teldist til dagvörumarkaðarins og gáfu niðurstöður þeirra rannsókna til kynna að nokkur samkeppnisleg áhrif væru milli þægindavöruverslana og eldsneytisstöðva sem seldu dagvöru og að skilin milli þessara tveggja tegunda verslana færu minnkandi frá því sem áður var. Þó væri enn nokkur munur milli þessara verslunarforma, m.a. varðandi vöruúrval, stærð og verðlag.

Að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála er ekki tilefni til að gera athugasemdir við niðurstöður Samkeppniseftirlitsins varðandi skilgreiningu á mörkuðum málsins né hvernig þeir horfa við eftir samrunann. Er í því sambandi einnig til þess að líta að óháð markaðsskilgreiningu málsins þá var ákveðið af hálfu Samkeppniseftirlitsins að taka tillit til sölu á dagvöru í eldsneytistöðvum við mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans. Ljóst var að sala á dagvörum í eldsneytistöðvum Olís hf. var talin styrkja enn frekar stöðu samrunaaðila á dagvörumarkaðnum. Sá þáttur sem var talinn styrkja hvað mest stöðu samrunaaðila á undirliggjandi mörkuðum var staðsetning og starfsemi eldsneytisstöðva Olís hf. og dagvöruverslana Haga hf. Í ljósi þess var ákveðið að grípa til ráðstafana til að bregðast við þeirri styrkingu sem samruninn hafði í för með sér á markaðsráðandi stöðu Haga hf. á fyrrgreindum mörkuðum.

Ekki verður annað ráðið af gögnum málsins en að Samkeppniseftirlitið hafi við meðferð málsins framkvæmt umfangsmiklar og ítarlegar rannsóknar og kannanir á undirliggjandi mörkuðum og á markaðshlutdeild og styrk samrunaaðila. Auk þess var kallað eftir upplýsingum og gögnum frá samrunaaðilum og leitað sjónarmiða hjá hagsmunaaðilum og neytendum við meðferð málsins. Mat á samkeppnislegum áhrifum samruna ræðst af mörgum þáttum og heildstæðu mati á stöðu hins sameinaða félags og áhrifum þess á virka samkeppni og verður ekki annað séð en gætt hafi verið að öllum þessum þáttum við þann samruna sem hér um ræðir. Af fyrirbyggjandi gögnum málsins verður ekki annað séð en að rannsókn málsins hafi verið fullnægjandi af hálfu Samkeppniseftirlitsins og í samræmi við ákvæði 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

6

Áfrýjandi telur að ekki hafi verið gengið nægilega langt með skilyrðum sáttarinnar til að koma í veg fyrir þá röskun á virkri samkeppni sem samruninn muni hafa í för með sér. Ekki hafi verið brugðist við alvarlegum afleiðingum samrunans á samkeppni og engin takmörk séu sett fyrir því hvað samrunaaðilar geti vaxið á dagvörumarkaði til skemmri eða lengri tíma. Þau skilyrði sáttarinnar er snúa að sölu eigna og rekstri í eigu samrunaaðila gangi skammt og hafi engin áhrif í þá átt að koma í veg fyrir þá samkeppnishamlandi aukningu á markaðshlutdeild sem stafar af samrunanum. Þá hafi ekki verið sýnt fram á að önnur skilyrði sáttarinnar komi í veg fyrir þau skaðlegu áhrif sem samruninn hefur í för með sér.

Samkvæmt 17. gr. f. samkeppnislaga er Samkeppniseftirlitinu heimilt með samþykki málsaðila að ljúka málum með sátt sem snúa að samruna sem hindrar virka samkeppni, sbr. 17. gr. sömu laga. Slík sátt er bindandi fyrir málsaðila þegar þeir hafa samþykkt og staðfest efni hennar með undirritun sinni. Í athugasemdum með því frumvarpi sem varð að breytingalögum nr. 94/2008 og lögfestu umrædda heimild kom fram að Samkeppniseftirlitið hefði áður beitt ólögfestri heimild til að ljúka málum með sátt. Tilgangurinn með því að ljúka málum með þessum hætti væri sá að stuðla að gagnsæi og styrkja heimildir Samkeppniseftirlitsins. Þá er sérstaklega tekið fram í athugasemdunum að sáttir séu ekki einhliða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, heldur komi málsaðilar að gerð sáttarinnar og þurfi að staðfesta efni hennar með undirskrift sinni. Sátt sem gerð er á grundvelli fyrrgreinds lagaákvæðis má þannig líkja við gagnkvæman samning milli aðila þar sem aðilar að sáttinni hafa eftir viðræður sín á milli og á grundvelli rannsóknar Samkeppniseftirlitsins komist að ákveðinni niðurstöðu.

Ekki er hægt að útiloka að breyting á einstökum ákvæðum slíkrar sáttar kunnri að hafa áhrif á sáttina í heild sinni m.a. á þann hátt að þeim markmiðum sem að er stefnt með sáttinni verði ekki að öllu leyti náð sem annars yrði með óbreyttri sátt. Horfa verður til fyrrgreindra sjónarmiða þegar lagt er mat á það hvort samkeppnisaðilar geti gert kröfu um breytingar á einstökum ákvæðum sáttar sem gerð er á grundvelli 17. gr. f. samkeppnislaga.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur í fyrri úrskurðum sínum komist að þeirri niðurstöðu að skilyrði í samrunamálu verði að vera þess eðlis að þau eyði þeim

samkeppnishömlum sem ella hefðu stafað af samruna, sbr. úrskurðir áfrýjunarnefndar í málum nr. 18/2001 og 6/2006. Þá þarf einnig að gæta meðalhófs milli skilyrða slíkrar sáttar annars vegar og þeirra samkeppnislegu vandamála sem sáttinni er ætlað að leysa hins vegar. Þannig er mikilvægt að ekki sé gripið til strangari skilyrða eða ríkari aðgerða en nauðsyn krefur til þess að fullnægja ákvæðum samkeppnislaga um heimild til samruna fyrirtækja.

Af fyrirliggjandi gögnum má ráða að með samrunanum styrktist markaðsráðandi staða Haga hf. á dagvörumarkaði og var samruninn því til þess fallinn að draga úr virkri samkeppni á þeim markaði. Til að bregðast við fyrrgreindum áhrifum samrunans á dagvörumarkaðinn voru í sátt Samkeppniseftirlitsins og Haga hf. m.a. sett fram umfangsmikil skilyrði um sölu eigna og bann við tiltekinni samtönnun. Þannig voru m.a. sett skilyrði um sölu þriggja dagvöruverslana Bónus á höfuðborgarsvæðinu, sölu á dagvöruhluta verslunar Olís hf. í Stykkishólmi auk sölu fimm eldsneytisstöðva sem reknar voru undir vörumerkjum samrunaaðila.

Ráða má af fyrirliggjandi gögnum að við mat á fyrrgreindum skilyrðum hafi verið lögð áhersla á að sala áðurnefndra eigna á dagvörumarkaði gæti orðið sjálfstæður grundvöllur nýrrar samkeppni þar sem nýr markaðsaðili kæmi inn og veitti nægjanlegt samkeppnislegt aðhald til að mæta styrkingunni. Við það mat var m.a. höfð hliðsjón af þeirri dagvöruveltu sem var í fyrrgreindum verslunum Bónus, staðsetningu og söluvænleika verslananna, styrk Haga hf. á viðkomandi svæðum og sjónarmiðum hagsmunaaðila. Þá voru auk þess gerðar ákveðnar kröfur til kaupanda eignanna þannig að tryggt yrði, eins og frekast væri unnt, að nýr aðili gæti veitt Högum hf. og öðrum keppinautum á dagvörumarkaði samkeppnislegt aðhald og með því yrði komið í veg fyrir þá röskun á virkri samkeppni sem samruninn hefði ella í för með sér.

Með hliðsjón af þeim skilyrðum sem fram koma í þeim sáttum sem gerðar voru vegna þess samruna sem hér um ræðir verður að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála ekki séð að gengið hafi verið skemmra varðandi skuldbindandi skilyrði sáttanna en efni stóðu til. Fyrrgreind skilyrði voru sett til að afstýra tilteknum skaðlegum áhrifum af samruna félaganna og bregðast þannig við þeirri röskun á samkeppni sem talið var að samruninn hefði í för með sér ef ekkert yrði að gert. Þá verður ekki annað séð en að meðalhófs hafi verið gætt.

Áfrýjandi gerir athugasemdir við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins og telur að ekki hafi verið gætt að skráðum og óskráðum reglum stjórnisýsluréttarins um andmælarétt áfrýjanda. Vísar áfrýjandi til þess að hann hafi ekki fengið tækifæri til að tjá sig um fyrirbyggjandi gögn og upplýsingar og þá hafi sjónarmið hans ekki að öllu leyti legið fyrir þegar ákvörðun var tekin um samrunann. Þá hafi áfrýjandi ekki fengið aðgang að andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins.

Við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu hafði áfrýjandi ekki stöðu aðila enda er almenna reglan sú að samkeppnisaðilar eiga ekki beina aðild að samrunamálum. Ákvörðun um að samþykka eða hafna samruna beinist ekki að öðrum en samrunaaðilum. Þá er til þess að líta að við rannsókn slíkra mála þarf að afla mikilvægra og viðkvæmra upplýsinga úr rekstri samrunaaðila sem aðrir eiga almennt ekki aðgang að. Áfrýjandi naut þannig ekki sömu réttinda og aðili máls hefur samkvæmt stjórnisýslulögum, þ. á m. andmælaréttar samkvæmt 13. gr. þeirra laga.

Við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu var engu að síður ítrekað leitað eftir umsögnum og sjónarmiðum áfrýjanda til samrunans og honum jafnframt veitt tækifæri til að tjá sig við rannsókn málsins enda var talið að áfrýjandi hefði ákveðinna hagsmuna að gæta sem keppinautur samrunaaðila á dagvörumarkaði. Áfrýjandi fékk m.a. tækifæri til að koma á framfæri sjónarmiðum sínum til tillagna samrunaaðila að skilyrðum fyrir sátt vegna samrunans. Auk þess átti forsvarsmaður áfrýjanda fundi með Samkeppniseftirlitinu vegna málsins. Að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála var kallað eftir sjónarmiðum áfrýjanda í samræmi við það sem eðlilegt má teljast undir rekstri málsins hjá Samkeppniseftirlitinu. Ekki verður því séð að brotið hafi verið gegn rétti áfrýjanda samkvæmt meginreglum stjórnisýsluréttar um andmælarétt við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu.

Taka má þó undir það með áfrýjanda að bagalegt sé hversu langur tími leið frá því að sátt vegna samrunans var undirrituð og þar til Samkeppniseftirlitið birti ákvörðun sína í málinu.

8

Áfrýjandi gerir þá kröfu til vara í málinu að áfrýjunarnefnd samkeppnismála ákveði að binda samrunann frekari skilyrðum og takmörkunum, eftir því sem áfrýjunarnefndin telur nauðsynlegt, einkum varðandi möguleika samrunaaðila til vaxtar á sviði dagvörumarkaðar til skemmri og lengri tíma.

Í 1. mgr. 17. gr. f. samkeppnislaga er heimild Samkeppniseftirlitsins til að ljúka málum með sátt. Slík sátt er bindandi fyrir málsaðila þegar hann hefur samþykkt og staðfest efni hennar með undirritun sinni. Eðli málsins samkvæmt felur sátt á grundvelli fyrrgreinds lagaákvæðis í sér að aðili máls samþykkir að undirgangast ákveðin viðurlög eða skuldbindandi skilyrði varðandi fyrirhugaðan samruna sem hindrar virka samkeppni eins og í því máli sem hér um ræðir. Eins og áður hefur komið fram má líkja sátt sem gerð er á grundvelli áður nefnds lagaákvæðis við gagnkvæman samning milli aðila þar sem aðilar að sáttinni hafa eftir viðræður sín á milli og á grundvelli rannsóknar Samkeppniseftirlitisins komist að ákveðinni niðurstöðu.

Að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála verða ekki gerðar breytingar á efni slíkra sátta án aðkomu viðkomandi málsaðila enda er viðbúið að slíkar breytingar hafi áhrif á sáttina í heild sinni. Í þessu sambandi verður einnig að hafa í huga að það er í verkahring samrunaaðila að gera tillögur að þeim skilyrðum sem þeir telja að geti eytt samkeppnishömlum en samræmast eftir sem áður markmiðum aðila með viðkomandi samruna. Hlutverk samkeppnisyrvalda er hins vegar fyrst og fremst að leggja mat á það hvort umrædd skilyrði séu fullnægjandi.

Með vísan til þess sem að framan er rakið er varakröfu áfrýjanda um að áfrýjunarnefnd samkeppnismála ákveði að binda samrunann frekari skilyrðum og takmörkunum, eftir því sem áfrýjunarnefndin telur nauðsynlegt, einkum varðandi möguleika samrunaaðila til vaxtar á sviði dagvörumarkaðar til skemmri og lengri tíma, hafnað.

9

Samkvæmt öllu framansögðu er aðalkröfu áfrýjanda hafnað, um að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 11. september 2018 um að heimila samruna Haga hf., Ólíuverzlunar Íslands hf. og DGV ehf. með tilteknum fyrirvörum, sbr. sátt, dags. 11.

september 2018, verði felld úr gildi og samruninn ógiltur. Þá er einnig hafnað varakröfu áfrýjanda um að áfrýjunarnefnd samkeppnismála ákveði að binda samrunann frekari skilyrðum og takmörkunum, eftir því sem áfrýjunarnefnd telur nauðsynlegt.

Úrskurðarorð

Kröfum áfrýjanda í máli þessu er hafnað.

Reykjavík, 5. júlí 2019.

Björn Jóhannesson, formaður

Brynhildur Benediktsdóttir

Stefán Már Stefánsson