

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 2/2023

Lyf og heilsa hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 30. mars 2023, hefur Lyf og heilsa hf. (hér eftir nefnd áfrýjandi), kært til áfrýjunarnefndar samkeppnismála ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 2. mars 2023 um að hætta rannsókn á samruna, sem upphaflega var tilkynntur 5. ágúst 2022, þar sem samrunatilkynning áfrýjanda teldist ófullnægjandi.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.

Samkeppniseftirlitið krefst þess aðallega að kæru áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála en til vara að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Mál þetta varðar samrunatilkynningu áfrýjanda í tilefni af viðskiptum Faxa ehf., sem fara með yfirráð áfrýjanda, og Lyfjavals ehf., samkvæmt kaupsamningi, dags. 26. apríl 2022, og ætlað misræmi af hálfu samrunaaðila í lýsingu á efni kaupsamningsins.

Hinn 5. ágúst 2022 tilkynnti áfrýjandi Samkeppniseftirlitinu um viðskiptin sem samruna í skilningi a-liðar 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 22. ágúst 2022, var áfrýjanda tilkynnt um þá afstöðu stofnunarinnar að samrunatilkynning áfrýjanda teldist ófullnægjandi, þar sem skort hefði á lýsingu á aðdraganda samrunans auk þess sem afrit tiltekinna gagna vantaði. Áfrýjandi sendi Samkeppniseftirlitinu uppfærða samrunatilkynningu ásamt fylgiskjölum þann 22. september 2022. Með bréfi, dags. 26. september 2022, tilkynnti Samkeppniseftirlitið að samrunatilkynning áfrýjanda teldist fullnægjandi.

Samhliða fyrrgreindri tilkynningu áfrýjanda um samruna tilkynnti Lyfjaval ehf. um viðskiptin, með vísan til 4. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga. Með bréfi, dags. 22. ágúst 2022, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir því að Lyfjaval ehf. tilkynnti um viðskiptin á grundvelli 3. mgr. 17. gr. b. laganna. Samkeppniseftirlitið tilkynnti Lyfjavali ehf. þann 26. október 2022 að fullnægjandi samrunatilkynning hefði borist stofnuninni.

Við rannsókn málsins gaf Samkeppniseftirlitið út andmælaskjal hinn 13. febrúar 2023 sem var beint að áfrýjanda og Lyfjavali ehf. Samkeppniseftirlitið komst að þeirri frumniðurstöðu að fyrirhugaðir samrunar fælu í sér röskun á samkeppni sem gæfi tilefni til þess að grípa til íhlutunar á grundvelli 17. gr. c. samkeppnislaga. Þá var það einnig frummat Samkeppniseftirlitsins að kaupsamningur samrunaaðila bæri með sér einkenni markaðsskiptingar, sem kynni að fela í sér sjálfstætt brot á 10. gr. samkeppnislaga og eftir atvikum 53. gr. EES samningsins.

Í athugasemdum áfrýjanda og Lyfjavals ehf. við andmælaskjalið, dags. 27. febrúar 2023, voru m.a. gerðar athugasemdir við rannsókn og frumniðurstöður Samkeppniseftirlitsins um samkeppnisleg áhrif samrunans.

Samkeppniseftirlitið taldi að í athugasemdum áfrýjanda og Lyfjavals ehf. fælist grundvallarbreyting á lýsingu aðila á eðli og umfangi viðskiptanna sem ekki væri í samræmi við fyrri máltilbúnað þeirra og afhent samtímagögn, sbr. bréf Samkeppniseftirlitsins til samrunaaðila frá 1. mars 2023. Í ljósi þess teldust samrunatilkynningar samrunaaðila ófullnægjandi og yrði rannsókn málanna því hætt. Samrunaaðilum var gefinn eins sólarhrings frestur til að tjá sig um efni bréfsins. Áfrýjandi svaraði bréfinu 2. mars 2023 þar sem bent var á að samrunatilkynning

áfrýjanda væri skýr, þ.e. að um kaup á fasteign væri að ræða og engu misræmi fyrir að fara frá upphaflegum tilkynningum áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins vegna málsins.

Hinn 2. mars 2023 tók Samkeppniseftirlitið hina kærðu ákvörðun, þar sem áfrýjanda var tilkynnt um að rannsókn samrunamála væri hætt, á þeim grundvelli að ósamræmis hefði gætt í skýringum samrunaaðila á inntaki viðskiptanna. Samrunatilkynningarnar teldust því ófullnægjandi og hefðu frestir til rannsóknar viðskiptanna því ekki tekið að líða.

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst áfrýjunarnefndinni 21. apríl 2023. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðina bárust 2. maí 2023. Svör Samkeppniseftirlitsins við athugasemdum áfrýjanda bárust 9. maí 2023. Var málið því næst tekið til úrskurðar.

Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna anna og sumarleyfa nefndarmanna.

IV

Röksemdir málsaðila

Málsástæður og lagarök áfrýjanda

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og telur jafnframt að heimild til kæru málsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé til staðar.

1

Áfrýjandi vísar til 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga hvað varðar kærheimild og kærufrest. Kæran hafi borist áfrýjunarnefnd samkeppnismála innan kærufrests og heimilt sé að kæra ákvörðunina þar sem hún feli í sér lokaniðurstöðu málsins, standi hún óhöggud.

Áfrýjandi fellst ekki á sjónarmið Samkeppniseftirlitsins um að ákvörðunin sé málsmeðferðarákvörðun sem falli utan kærheimildar 9. gr. samkeppnislaga. Með

hinni kærðu ákvörðun hafi rannsókn þess stjórnarsýslumáls sem hófst með samrunatilkynningum samrunaaðila, verið hætt. Réttaráhrif hinnar kærðu ákvörðunar séu þau að áfrýjanda sé óheimilt að framkvæma þau viðskipti sem samrunatilkynningin taki til. Hefði ekki komið til töku hinnar kærðu ákvörðunar væri honum það heimilt. Ákvörðunin feli þannig í sér endanlegar lyktir málsins og telst því stjórnvaldsákvörðun, sbr. 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga.

Áfrýjandi bendir á að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ítrekað staðfest að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins um að hætta meðferð mála séu kærnanlegar. Í úrskurðum nefndarinnar hafi í öllum tilvikum komið fram að kvartendur geti lagt fram nýja kvörtun, rétt eins og áfrýjandi eigi þess kost að leggja fram nýja samrunatilkynningu. Ákvörðun um að hætt meðferð máls sé kærnanleg stjórnvaldsákvörðun og þá teljast ákvarðanir um frávísun máls einnig stjórnvaldsákvarðanir.

Áfrýjandi byggir á því að grundvallarmunur sé á ákvörðunum sem séu teknar innan lögbundinna fresta til að taka afstöðu til samrunatilkynningar og þeirra sem séu teknar við lok slíks frests og leiða þá til þess að farið sé umfram þá fresti sem mælt sé fyrir um í lögum. Ákvörðun sem tekin sé við lok frests hafi þau réttaráhrif að Samkeppniseftirlitið getur viðhaldið heimildum sínum til íhlutunar umfram þann frest sem löggjafinn hefur markað stofnuninni öfugt við þær ákvarðanir sem teknar séu innan þeirra fresta. Slíkt fáist bersýnilega ekki staðist og hafi ekki verið tilgangur löggjafans með hinum ströngu og ófrávíkjanlegu tímafrestum samrunareglna samkeppnislaga.

Þá verði einnig að líta til þeirra hagsmuna sem séu undirliggjandi og mikilvægi þeirra fyrir aðila máls sem endurspeglar í þeim frestum sem löggjafinn hafi ákveðið að gildi í slíkum málum. Ákvörðunin varði atvinnuréttindi og geti því haft verulega fjárhagslega þýðingu fyrir hlutaðeigandi aðila.

Áfrýjandi bendir á að líta verði til þess að stjórnarsýslulögin feli í sér lágmarksreglur til stjórnarsýslunnar. Í athugasemdum með lögunum komi fram að í algjörum vafatilvikum beri að álykta svo að lögin gildi fremur en þau gildi ekki. Að baki búa

réttaröryggissjónarmið og mikilvægi þess að ekki sé þrengt að þessum grundvallarrétti borgaranna og hagsmunum þeirra í samskiptum við stjórnvöld.

Þá gerir áfrýjandi athugasemdir við umfjöllun Samkeppniseftirlitsins þess efnis að stofnunin hafi ekki, ólíkt systurstofnunum sínum í einhverjum ríkjum, heimild til að stöðva tímafresti við rannsókn samrunamála. Slík sjónarmið hafi afar takmarkaða, ef einhverja, þýðingu fyrir meðferð málsins. Verður hallinn af þeim ætlaða skorti á valdheimildum ekki lagður á áfrýjanda. Þá eykur það enn frekar á nauðsyn þess að Samkeppniseftirlitið kalli eftir skýringum við samrunarannsóknir, telji það samrunatilkynningar að einhverju leyti í ósamræmi við undirbúningsgögn.

2

Hvað efnisatriði málsins varðar byggir áfrýjandi á því að hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins sé efnislega röng. Samrunatilkynning áfrýjanda hafi verið fullnægjandi, líkt og Samkeppniseftirlitið hafi staðfest tæpu hálfu ári fyrir töku hinnar kærðu ákvörðunar, og einskis misræmis hafi gætt í frásögn aðila af inntaki viðskiptanna.

Faxar ehf., sem fari með yfirráð áfrýjanda, og Lyfjaval ehf. hafi gert með sér kaupsamning um makaskipti á fasteignum þar sem áfrýjandi og Lyfjaval ehf. hafi hvor um sig rekið apótek. Fela þau viðskipti í sér óverulega breytingu á markaðshlutdeild aðila, hvort heldur litið sé til höfuðborgarsvæðisins alls eða ákveðins svæðis í kringum apótekin, líkt og Samkeppniseftirlitið hafi gert í fyrri framkvæmd.

Viðskiptunum hafi verið réttilega lýst í samrunatilkynningum beggja aðila þess efnis að um kaup á fasteign væri að ræða. Samkeppniseftirlitið virðist hins vegar hafa þrátt fyrir það staðið í þeirri trú að jafnframt væri um að ræða kaup á rekstri. Allt að einu, eins og stofnunin hafi sjálf komist að orði í andmælaskjali, sé afleiðing viðskiptanna sú að sitt hvort apótek beggja aðila hverfi af markaðnum. Viðskiptin hafa þannig í för með sér sömu óverulegu breytinguna á markaðsgerð til frambúðar, óháð því hvort um kaup á rekstri sé að ræða eður ei.

Ekkert hafi verið því til fyrirstöðu fyrir Samkeppniseftirlitið að taka þessi einföldu viðskipti og óveruleg áhrif þeirra á markaðinn til rannsóknar. Það hafi stofnunin hins

vegar í reynd aldrei gert heldur hætt rannsókn málsins án niðurstöðu, þvert á lög, og þess utan með óskiljanlegum hótunum um að hefja rannsókn vegna ætlaðs brots á 10. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjandi vísar til þess að í málinu liggi fyrir samrunatilkynningar og fjöldi fylgigagna, þ.m.t. sá kaupsamningur sem sé undirliggjandi hinum fyrirhuguðu viðskiptum og lýsi réttaráhrifum þeirra. Í ljósi andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins hafi ráðgjafar áfrýjanda talið tilefni til að leiðrétta það sem þeir töldu vera misskilning af hálfu Samkeppniseftirlitsins í túlkun þeirra á fyrirliggjandi gögnum. Fól sú leiðrétting á engan hátt í sér breytta afstöðu, heldur miklu fremur ítrekun á áður framkomnum sjónarmiðum í samrunaskrá.

Í hinni kærðu ákvörðun sé á því byggt að verulegs misræmis hafi gætt í frásögnum aðila af því hvort rekstur hafi verið innifalinn í kaupsamningi aðila eður ei. Þessu hafnar áfrýjandi alfarið. Hafi Samkeppniseftirlitið talið það að einhverju leyti óljóst, þrátt fyrir skýra lýsingu í samrunatilkynningu þess efnis að um kaup á fasteign væri að ræða, hafi stofnuninni verið í lófa lagið að nýta sér þær rannsóknarheimildir sem henni standi til boða og óska eftir skýringum þar á. Raunar hafi henni verið það skylt á grundvelli 10. gr. stjórnarsýslulaga en það hafi ekki verið gert.

Áfrýjandi telur óheppilegt að „rekstur“ skyldi vera tilgreindur meðal hins keypta í kaupsamningi aðila. Það eitt og sér geti hins vegar aldrei gefið tilefni til þeirrar málsmeðferðar sem raun ber vitni með hinni kærðu ákvörðun. Kaupsamningurinn hafi sýnilega ekki verið um rekstur, enda þurfi við kaup á rekstri að tilgreina þær rekstrareignir sem verið sé að kaupa, sem ekki hafi verið gert í umræddum kaupsamningi. Þá hafi hvergi verið á það minnst í samrunatilkynningu áfrýjanda að kaupin tækju til rekstrar.

Þá telur áfrýjandi þá afstöðu Samkeppniseftirlitsins, að stofnunin hafi ávallt staðið í þeirri trú að um kaup á rekstri væri að ræða, einkar ótrúverðuga enda sé það í beinu ósamræmi við samtímagögn. Það hafi verið skýr afstaða stofnunarinnar strax í upphafi, líkt og ráðgjafa samrunaaðila, að fasteignaviðskipti sem þessi fælu í sér samruna í skilningi samkeppnislaga, óháð því hvort rekstur apótekanna væri innifalinn eða ekki.

Áfrýjandi bendir á að Samkeppniseftirlitið hafi tekið ákvörðun um að samrunatilkynning áfrýjanda teldist fullnægjandi. Þá hafi stofnunin krafðist samrunatilkynningar á grundvelli lýsingar í bréfi Lyfjavalis ehf. sem var skýr um það að um kaup á fasteign væri að ræða. Undir lok þess málsmeðferðartíma sem samkeppnislög kveða á um að Samkeppniseftirlitið hafi til að taka íþyngjandi ákvörðun taldi það hins vegar að samrunaskrá áfrýjanda væri allt í einu ófullnægjandi, þó engar nýjar upplýsingar eða gögn hafi komið fram. Áfrýjandi mótmælir tilvísunum Samkeppniseftirlitsins í erlend fræðirit til rökstuðnings þeirri niðurstöðu að stofnuninni sé heimilt að telja samrunatilkynningu ófullnægjandi hvenær sem er á meðan meðferð máls standi enda sé slík túlkun í hróplegu ósamræmi við íslenskan stjórnarsýslurétt.

Áfrýjandi byggir jafnframt á því að með hinni kærðu ákvörðun hafi Samkeppniseftirlitið brotið gegn 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Samkeppniseftirlitið hafi haft aðgengi að fullnægjandi upplýsingum í gögnum málsins til að taka ákvörðun um samkeppnisleg áhrif samrunans. Hafi Samkeppniseftirlitið talið að upplýsingar skorti til að taka ákvörðun, hafi stofnuninni borið að rannsaka málið enn frekar á fyrri stigum þess. Samkeppniseftirlitið hafi látið samrunaaðila bera hallan af meintum óskýrleika, þrátt fyrir að hafa aldrei óskað eftir tilteknum gögnum eða leiðbeint málsaðilum um að leggja þyrfti fram tilgreindar upplýsingar til þess að mat á samrunanum gæti farið fram. Þá sé ítrekað að ekkert hafi komið fram í athugasemdum við andmælaskjalið sem breytir þeim gögnum sem lögð hafi verið fram vegna samrunans.

Þá telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn skýrum andmælarétti hans, sbr. 13. gr. stjórnarsýslulaga, við töku hinnar kærðu ákvörðunar og ákvörðunin sé ógildanleg af þeim sökum. Áfrýjandi hafi fengið sólarhrings frest til að tjá sig um fyrirætlan Samkeppniseftirlitsins um að hætta rannsókn málsins vegna ófullnægjandi samrunatilkynningar og því í raun enga möguleika haft til að hafa áhrif á þá ákvarðanatöku. Að mati áfrýjanda er ekki hægt að túlka þann skamma frest sem hann hafi fengið til að andmæla afstöðu Samkeppniseftirlitsins við athugasemdum við andmælaskjalið á annan veg en að andmælarétturinn hafi eingöngu verið til

málamynda og að ákvörðunin hafi þegar verið tekin þegar áfrýjanda var gefinn kostur á að tjá sig um efni breyttrar afstöðu Samkeppniseftirlitsins.

Með hliðsjón af öllu framangreindu telur áfrýjandi að ógilda eigi hina kærðu ákvörðun þar sem hún sé efnislega röng og þá hafi einnig verið brotið verulega gegn ákvæðum stjórnisýslulaga við meðferð málsins og við undirbúning hinnar kærðu ákvörðunar.

Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið krefst þess aðallega að kæru áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála þar sem hin kærða ákvörðun sé ekki kæranleg til nefndarinnar. Verði ekki fallist á frávísun málsins er þess krafist til vara að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

1

Samkeppniseftirlitið byggir á því að hin kærða ákvörðun sé ekki kæranleg þar sem um málsmeðferðarákvörðun hafi verið að ræða. Ákvörðunin feli ekki í sér efnislega afstöðu til þeirra viðskipta sem séu undirliggjandi í samrunatilkynningu áfrýjanda. Í samrunamálum geti niðurstaða Samkeppniseftirlitsins falist í því að aðhafast ekkert, setja samruna skilyrði, eða ógilda samruna, allt innan þess ramma sem lög og settar reglur setja málsmeðferð samrunamála. Ljóst sé að engin slík ákvörðun hafi verið tekin um viðskipti áfrýjanda. Ekkert liggi fyrir um mögulega íhlutun og þar með um endanleg málalok.

Samkeppniseftirlitið hafi ekki lagaheimild til þess að stöðva tímafresti samrunamála þegar upplýsingar skorti, eins og víða hjá erlendum samkeppnisyfirköldum. Þá hafi Samkeppniseftirlitið ekki heimild til þess að vísa frá samrunamálum né forgangsraða skv. 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga og reglum nr. 880/2205 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Þess í stað sé í V. kafla samkeppnislaga og í reglum nr. 1390/2020 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum, lögð tilkynningar- og upplýsingaskylda á viðkomandi fyrirtæki vegna samruna um að veita nægar upplýsingar til Samkeppniseftirlitsins um þau atriði sem séu nauðsynleg til að athuga samkeppnisleg áhrif samruna. Lögbundin skylda hvíli á Samkeppniseftirlitinu að rannsaka öll samrunamál sem ná veltumörkum samrunareglna. Eftir töluverða

rannsókn og samskipti við áfrýjanda hafi það verið niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að fyrirtækin hefðu ekki fullnægt upplýsingaskyldu sinni að svo stöddu.

Í 9. gr. samkeppnislaga er vísað til „ákvarðana“ Samkeppniseftirlitsins varðandi kærueimild. Þar er átt við stjórnvaldsákvarðanir en hin kærða ákvörðun uppfyllir ekki hugtaksskilyrði stjórnvaldsákvarðana, sbr. 2. mgr. 26. gr. stjórnsýslulaga. Hin kærða ákvörðun hafi falið í sér að Samkeppniseftirlitið hafi sent samrunatilkynninguna aftur til áfrýjanda þar sem hún hafi verið ófullnægjandi í skilningi laga. Slík málsmeðferðarákvörðun hafi þau réttaráhrif að rannsókn stöðvist og tímafrestir hafi ekki byrjað að líða skv. 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga, en málinu ljúki ekki efnislega enda bann við framkvæmd samruna enn í fullu gildi, sbr. ákvæði 3. mgr. 17. gr. a. sömu laga.

Það sé ekki tilgangur þeirrar heimildar sem mælt sé fyrir um í 9. gr. samkeppnislaga að áfrýjunarnefnd samkeppnismála endurskoði málsmeðferðarákvarðanir eða endurmeti efni og gæði innsendra samrunatilkynninga eða annarra erinda, m.a. þegar veittar upplýsingar um samruna séu taldar ófullnægjandi í ljósi þeirra krafna sem gerðar séu í 17. gr. samkeppnislaga eða reglum nr. 1390/2020. Samkeppnislög gera þannig ekki ráð fyrir því að áfrýjunarnefnd fjalli um kærueimild áfrýjanda. Ef nefndin fjallaði um slíka kærueimild og hún hlyti brautargengi kæmi frestur Samkeppniseftirlitsins til að rannsaka áhrif samrunans að sami skapi til með að stytta um jafn langan tíma og málið væri til meðferðar fyrir nefndinni.

Þá byggir Samkeppniseftirlitið á því að áfrýjandi verði hvorki í betri stöðu né málið betur upplýst með efnislegum hætti, fái kærueimild hans efnislega meðferð fyrir áfrýjunarnefnd.

Með vísan til þessa gerir Samkeppniseftirlitið kröfu um að kærueimild áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

2

Hvað varðar lögmati ákvörðunarinnar þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að grundvallarbreyting hafi orðið á lýsingu viðskiptanna og áhrifa þeirra af hálfu samrunaaðila, í sjónarmiðum þeirra við andmælaskjal. Þar sé því haldið fram að

viðskiptin snúi einungis að kaupum á fasteignum. Í kaupsamningnum sé hins vegar fjallað um sölu og kaup á fasteignum og jafnframt um kaup á rekstri og viðskiptavild auk áhrifa viðskiptanna á markað fyrir rekstur lyfjaverslana. Þetta alvarlega misræmi í upplýsingagjöf og málatilbúnaði hafi orðið þess valdandi að ekki hafi reynst unnt að halda áfram með rannsókn málsins á grundvelli samrunatilkynningarinnar óbreyttrar enda samræmdist hún ekki þeim fullyrðingum og lýsingum á atvikum sem samrunaaðilar höfðu þá fært fram vegna viðskiptanna. Var samrunatilkynning áfrýjanda því metin ófullnægjandi og hafi frestur samkvæmt 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga því ekki byrjað að líða.

Samkeppniseftirlitið bendir á að nýjar upplýsingar eða breyttar forsendur geti leitt til þess að samrunatilkynning sem hafi verið staðfest á fyrri stigum, teljist ófullnægjandi frá upphafi. Í framkvæmd hafi þessi staða komið upp áður t.a.m. í máli sem lauk með ákvörðun nr. 3/2013, Samruni Verkís hf. og Almennu verkfræðistofunnar hf. Sama regla gildi í EES/ESB-samkeppnisrétti, sem íslensku samrunaákvæðin byggja á, sbr. 10. gr. samrunareglugerðar ESB nr. 139/2004 og 5. gr. innleiðingarreglugerðar framkvæmdastjórnar ESB nr. 802/2004. Frestir byrji ekki að líða fyrr en ný tilkynning eða uppfærðar upplýsingar berist en sem dæmi um mál þar sem samrunatilkynning hafi verið metin ófullnægjandi á seinni stigum máls megi benda á mál framkvæmdastjórnar ESB nr. M.7477 Halliburton/Baker Hughes. Ef samskonar aðstæður komi upp eftir að samruni hafi verið heimilaður gildi ákvæði 3. mgr. 17. gr. e. samkeppnislaga.

Sá munur sé á reglum samkeppnislaga um samruna og samrunareglum EES/ESB-réttar að engin ákvæði séu í íslenskum lögum sem heimila Samkeppniseftirlitinu að stöðva tímafresti samrunamáls vegna atvika sem varða málatilbúnað og upplýsingagjöf samrunaaðila. Komi upp slíkar aðstæður líkt og í þessu máli sé Samkeppniseftirlitinu nauðugur sá kostur að meta samrunatilkynningu ófullnægjandi þannig að unnt sé að hefja málsmeðferðina að nýju.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að sé ekki unnt að tengja tiltekinn rekstur, veltu og viðveru eða stöðu á markaði (e. market presence) við seldar eignir geti ekki verið um samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga að ræða og þar af leiðandi ekki heldur

tilkynningarskyldan samruna í skilningi sömu laga, sbr. til hliðsjónar framkvæmd og reglur EES/ESB-réttar um samruna. Mat á því hvort um tilkynningarskyldan samruna sé að ræða hvílir á samrunaaðilum, sbr. 17. gr. b. samkeppnislaga. Ef aðeins væri um hrein fasteignaviðskipti að ræða, líkt og áfrýjandi og Lyfjaval ehf. hafi haldið fram, og engin orsakatengsl á milli viðskiptanna og niðurlagningar rekstrar apótekanna, sé örðugt að sjá hvers vegna sú leið hafi verið farin að tilkynna og fjalla um samruna apóteka í samrunaskrá. Væri það rétt sem áfrýjandi haldi fram hefði líklega verið réttara að umfjöllunin í samrunaskrá hefði snúið að markaði fyrir viðskipti með atvinnuhúsnæði.

Í þessu samhengi sé áréttað að samrunatilkynning skapi grundvöll rannsóknar samrunamáls og því sé afar mikilvægt að skilmerkilegar og réttar upplýsingar fylgi samrunaskrá. Til að stuðla að slíku riti fulltrúar fyrirtækja sem skili inn samrunatilkynningu m.a. undir yfirlýsingu þess efnis að veittar upplýsingar séu réttar og fullnægjandi.

Samkeppniseftirlitið telji ótrúverðug þau sjónarmið áfrýjanda, að ávallt hafi verið skýrt að aðeins væri um fasteignaviðskipti að ræða. Áfrýjandi líti algjörlega fram hjá efni kaupsamningsins. Um sé að ræða grundvallargagn í málinu sem augljóst sé að aðilar vönduðu til og nutu ráðgjafar við undirbúning þess. Verulegur óskýrleiki, m.a. um efni kaupsamnings, sem hafi komið upp eftir útgáfu andmælaskjalsins í ljósi andmæla áfrýjanda og áhrif þess á rannsókn málsins verði að vera á ábyrgð samrunaaðila en ekki samkeppnisyfirvalda þar til úr þeim hefur verið bætt. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á tilvísun til kaupa á rekstri í stjórnarfundargerð og glærुकynningu fyrir stjórn áfrýjanda. Að mati Samkeppniseftirlitsins kristallast í framangreindu sá vafi sem upp sé kominn um eðli viðskiptanna, málatilbúnað og framsetningu samrunaaðila og hvort yfir höfuð sé um samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga að ræða.

Samkeppniseftirlitið bendir á að tilvísun til umfjöllunar þess um að það hafi ekki úrslitaáhrif við mat á málinu hvort verið sé að kaupa rekstur eða ekki, þar sem áhrifin séu þau sömu til frambúðar, hafi ekki átt við um mögulegan samruna. Hún hafi verið

í tengslum við umfjöllun um mögulegt brot áfrýjanda og Lyfjavalshf. gegn 10. gr. samkeppnislaga.

Þá fellst Samkeppniseftirlitið hvorki á sjónarmið áfrýjanda um að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglu stjórnarsýsluréttar né á andmælarétti áfrýjanda. Ekki sé unnt að fallast á að sömu sjónarmið og kröfur eigi við um töku málsmeðferðarákvörðunar og endanlegrar efnislegrar úrlausnar málsins. Breytt afstaða og upplýsingar áfrýjanda og Lyfjavalshf. hafi haft það í för með sér að Samkeppniseftirlitið hafi ekki getað tekið efnislega ákvörðun í málinu innan þeirra lögbundnu tímafresta sem gilda í samrunamálum. Samkeppniseftirlitinu hafi því verið nauðsynlegt að taka málsmeðferðarákvörðunina án tafar. Við rannsókn málsins hafi áfrýjandi fengið aðgang að andmælasjóni og gagnalista málsins. Hafi hann því haft aðgang að öllum gögnum málsins eða tök á að kynna sér þau. Auk þess hafi áfrýjandi haft fullnægjandi tækifæri og ráðrúm til þess að tjá sig um efni málsins, sbr. 13. gr. stjórnarsýslulaga. Frestur áfrýjanda til að tjá sig um ákvörðunina hafi því ekki verið of stuttur. Þá hafi áfrýjandi fengið tækifæri til að koma athugasemdum sínum á framfæri fyrir áfrýjunarnefndinni.

Það sé mat Samkeppniseftirlitsins að það hafi verið í samræmi við meginreglur stjórnarsýsluréttar og regluna um vandaða stjórnarsýsluhætti, að tilkynna áfrýjanda að samrunatilkynning hans væri ófullnægjandi þótt langt væri liðið á lögbundna fresti, og kalla þannig eftir fullnægjandi samrunaskrá. Hafi það enda verið mat Samkeppniseftirlitsins að stofnunin gæti ekki tekið efnislega ákvörðun eins og fyrirbyggjandi gögnum og upplýsingum væri háttað, eftir að afstaða samrunaaðila breyttist þegar rannsókninni vatt fram. Slíkt hefði verið í andstöðu við meginreglur stjórnarsýsluréttar, þ.e. að taka efnislega stjórnvaldsákvörðun um áhrif samrunans við slíkar aðstæður. Það hafi því bæði verið rétt og lögmætt að taka hina kærðu ákvörðun þó það kunni að leiða til lengri málsmeðferðar.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er mikilvægt, verði talið að kærueimild til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé til staðar, að nefndin taki réttaráhrif hinnar kærðu ákvörðunar til skoðunar og jafnframt möguleg réttaráhrif úrskurðar nefndarinnar í málinu.

Samkeppniseftirlitið telur rétt að nefndin líti til 2. mgr. 17. gr. e. samkeppnislaga en ákvæðið var sett með lögum nr. 94/2008 og var ætlað að bregðast við hagsmunum atvinnulífsins og almennings af því að samrunar, sem kunnir að hafa skaðleg áhrif á samkeppni, fái efnislega umfjöllun, sbr. 5. mgr. 10. gr. samrunareglugerðar ESB. Komist áfrýjunarnefnd samkeppnismála annars vegar að því að hin kærða ákvörðun sé kæránleg og hins vegar að hún sé ógildanleg, telur Samkeppniseftirlitið að vísa beri málinu að nýju til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu á grundvelli 2. mgr. 17. gr. e. samkeppnislaga eða eftir atvikum á grundvelli almennra reglna stjórnisýsluréttarins.

V

Niðurstaða

1

Upphaf þessa máls má rekja til samrunatilkynningar áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins frá 5. ágúst 2022 um viðskipti Faxa ehf. og Lyfjavals ehf., samkvæmt kaupsamningi milli félaganna frá 26. apríl 2022. Var tilkynning áfrýjanda send með vísan til a-liðar 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Þar kom m.a. fram að með kaupsamningi, dags. 26. apríl 2022, hefðu Faxar ehf., sem fer með yferráð áfrýjanda, keypt fasteign Lyfjavals ehf. að Álfabakka 14a, Reykjavík, fasteignanúmer F204-6814 og kaupverð eignarinnar hafi annars vegar verið greitt með peningagreiðslu og hins vegar með fasteign Faxa ehf. í verslunarmiðstöðinni Glæsibæ að Álfheimum 74, Reykjavík, fasteignanúmer F222-9074. Þá lá það jafnframt fyrir að áfrýjandi, sem er með rekstur lyfjaverslunar undir firmanafninu Apótekarinn, í fyrrgreindri fasteign Faxa ehf. að Álfheimum 74, Reykjavík, kæmi til með að hætta rekstri þeirrar lyfjaverslunar. Hins vegar væri gert ráð fyrir að rekstur lyfjaverslunar Lyfjavals ehf. í verslunarmiðstöðinni Glæsibæ yrði óbreyttur eftir viðskiptin. Rekstri lyfjaverslunar Lyfjavals ehf. í hinu selda húsnæði í verslunarmiðstöðinni Mjódd að Álfabakka 14a, Reykjavík yrði hins vegar hætt í kjölfar þessara viðskipta. Lyfjaval ehf. sendi einnig samrunatilkynningu til Samkeppniseftirlitsins með vísan til 4. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga vegna áðurnefndra viðskipta.

Samkeppniseftirlitið tilkynnti áfrýjanda með bréfi, dags. 22. ágúst 2022, að innsend samrunatilkynning teldist ófullnægjandi, þar sem skort hefði á lýsingu á aðdraganda samrunans auk þess sem afrit tiltekinna gagna vantaði. Áfrýjandi sendi Samkeppniseftirlitinu uppfærða samrunatilkynningu ásamt fylgiskjöllum þann 22. september 2022. Með bréfi, dags. 26. september 2022, tilkynnti Samkeppniseftirlitið að samrunatilkynning áfrýjanda teldist fullnægjandi.

Samkeppniseftirlitið gaf út andmælaskjal þann 13. febrúar 2023 vegna rannsóknar málsins og var því skjali beint bæði að áfrýjanda og Lyfjaval ehf. Þar kom m.a. fram að frummat stofnunarinnar væri að fyrirhugaðir samrunar á grundvelli áðurnefnds kaupsamnings fælu í sér röskun á samkeppni sem gæfu tilefni til þess að grípa til íhlutunar á grundvelli 17. gr. c. samkeppnislaga. Þá kom einnig fram að það væri frummat Samkeppniseftirlitsins að kaupsamningur samrunaaðila bæri með sér einkenni markaðsskiptingar, sem kynni að fela í sér sjálfstætt brot á 10. gr. samkeppnislaga og eftir atvikum 53. gr. EES samningsins.

Áfrýjandi kom á framfæri við Samkeppniseftirlitið athugasemdum við frummat stofnunarinnar og vísaði þar m.a. til þess að afstaða áfrýjanda til viðskiptanna og lýsingu þeirra hefði verið óbreytt frá upphafi.

Að fengnum andmælum áfrýjanda við áðurnefnt andmælaskjal sendi Samkeppniseftirlitið bréf til áfrýjanda og Lyfjaval ehf. þar sem m.a. kom fram að stofnunin teldi að grundvallarbreyting hefði orðið á lýsingu samrunaaðila á eðli viðskiptanna og sú afstaða væri ekki í samræmi við fyrri málatilbúnað þeirra. Í ljósi þess teldust samrunatilkynningarnar ófullnægjandi og yrði rannsókn málanna því hætt. Var áfrýjanda og Lyfjaval ehf. veittur skammur frestur til að koma á framfæri afstöðu þeirra til fyrrgreindra sjónarmiða Samkeppniseftirlitsins. Áfrýjandi mótmælti því að um breytingu á eðli viðskiptanna hefði verið að ræða, þvert á móti væri lýsing og afstaða áfrýjanda sú sama og í upphafi og hefði engum breytingum tekið við meðferð málsins.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til áfrýjanda, dags. 2. mars 2023, áréttaði Samkeppniseftirlitið fyrri afstöðu sína um að alvarlegt misræmi hefði verið í upplýsingagjöf áfrýjanda og Lyfjaval ehf. varðandi eðli viðskiptanna fyrir og eftir

útgáfu andmælaskjals. Því til viðbótar væri innbyrðis ósamræmi milli sjónarmiða áfrýjanda annars vegar og Lyfjaval ehf. hins vegar um inntak kaupsamningsins og andlag viðskiptanna auk þess sem Lyfjaval ehf. hefði ekki skilað lykilgagni vegna mats á efni málsins fyrr en með sjónarmiðum sínum við andmælaskjal. Var áfrýjanda og Lyfjaval ehf. því kynnt sú niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samrunatilkynningar þeirra teldust ófullnægjandi og frestur samkvæmt 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga hefði því ekki byrjað að líða. Í ljósi þess ákvað Samkeppniseftirlitið að hætta rannsókn beggja samrunamálanna.

2

Í 9. gr. samkeppnislaga er skilgreint valdsvið áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þar kemur fram að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins skuli sæta kæru til nefndarinnar og að skrifleg kæra skuli berast innan fjögurra vikna frá því aðila máls er tilkynnt um ákvörðunina.

Fyrirgreint ákvæði 9. gr. samkeppnislaga um að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins sæti kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála hefur verið skýrt á þann hátt að það taki fyrst og fremst til stjórnvaldsákvarðana á fyrsta stjórnarsýslustigi sem bindi enda á viðkomandi deilumál. Áður nefnd skilgreining samkeppnislaga á kæránlegum ákvörðunum er í samræmi við ákvæði 2. mgr. 26. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 þar sem kveðið er á um að eingöngu sé hægt að kæra til æðra stjórnvalds þær ákvarðanir sem binda enda á málsmeðferð og verður það þannig að teljast hin almenna regla. Má í þessu sambandi m.a. vísa til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 8/2007, 4/2008 og 3/2009. Þá hefur verið talið að frá þessu verði ekki vikið nema nauðsynlegt þyki fyrir áframhaldandi meðferð þess máls sem til meðferðar er. Þannig þarf að meta það hverju sinni hvort nauðsynlegt sé fyrir áframhaldandi meðferð viðkomandi máls að áfrýjunarnefnd samkeppnismála, sem æðra stjórnvald, taki til meðferðar þær ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins sem ekki feli í sér endanlega ákvörðun, þar á meðal bráðabirgðaákvarðanir sem teknar eru á grundvelli 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga.

Þrátt fyrir framangreint hefur engu að síður verið talið að áfrýjunarnefnd samkeppnismála geti leyst úr ágreiningsmálum sem t.d. varða hæfi og aðgang að

gögnum meðan á málsferð máls stendur. Styðst sú framkvæmd við sérstök rök sem lúta að því að aðili geti gætt réttinda sinna undir rannsókn mála, sbr. stjórnsýslulög.

3

Ráðið verður af V. kafla samkeppnislaga og ákvæðum II. og III. kafla reglna nr. 1390/2020 um tilkynningu og málsmeðferð samrunamála að rík tilkynningar- og upplýsingarskylda hvíli á samrunaaðilum um að veita Samkeppniseftirlitinu fullnægjandi upplýsingar um öll þau atriði sem nauðsynleg eru til að hægt sé að leggja mat á samkeppnisleg áhrif þess samruna sem um ræðir. Þá hvílir einnig sú skylda á Samkeppniseftirlitinu samkvæmt 4. gr. reglna nr. 1390/2020 að veita aðilum að samruna almennar leiðbeiningar í þeim efnum auk þess sem stofnuninni er heimilt að eiga í samskiptum við þá í aðdraganda tilkynningar um samruna. Tilgangur slíkra samskipta er m.a. að tryggja að allar viðeigandi upplýsingar sem samrunaaðilar búa yfir liggi fyrir þegar við upphaf málsmeðferðar með það að markmiði að slík samskipti tryggi skjóta og vandaða meðferð samrunamála hjá Samkeppniseftirlitinu.

Í samkeppnislögum eru ákvæði um tímafresti Samkeppniseftirlitsins varðandi rannsókn samrunamála. Þannig skal Samkeppniseftirlitið innan 25 virkra daga tilkynna þeim aðila sem sent hefur stofnuninni fullnægjandi samrunatilkynningu ef hún telur ástæður til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samruna, sbr. 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga. Berist slík tilkynning ekki innan tilskilins frests getur Samkeppniseftirlitið ekki ógilt samrunann. Ákvörðun um ógildingu samruna skal Samkeppniseftirlitið taka eigi síðar en 90 virkum dögum eftir að tilkynning samkvæmt 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga hefur verið send þeim aðila sem tilkynnti um samrunann. Taki Samkeppniseftirlitið ekki ákvörðun um ógildingu samruna eða setningu skilyrða fyrir samruna innan tilgreindra fresta samkvæmt 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga getur stofnunin hvorki ógilt samruna né sett honum skilyrði.

Af fyrrgreindum lagaákvæðum verður m.a. ráðið að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins í samrunamálum geta fyrst og fremst snúið að því að gera ekki athugasemdir við samrunann, ógilda samrunann eða setja honum ákveðin skilyrði og þá í öllum tilvikum innan þeirra tímafresta sem fram koma í samkeppnislögum.

Samkeppnislögin gera því ekki ráð fyrir að Samkeppniseftirlitið geti stöðvað eða lengt með einum eða öðrum hætti lögbundna fresti til að taka afstöðu til samruna, s.s. vegna ófullnægjandi upplýsingagjafar tilkynnanda svo dæmi sé tekið. Samkeppniseftirlitið verður því allt að einu að taka afstöðu til viðkomandi samruna á grundvelli þeirra gagna og upplýsinga sem liggja fyrir. Verða samrunaaðilar því eftir atvikum að bera hallann af því að þeir hafi ekki veitt grundvallar upplýsingar eða gögn við rannsókn samrunamáls, jafnvel þrátt fyrir að innsend tilkynning um samruna hafi áður verið metin fullnægjandi. Slíkt gæti haft það í för með sér að ástæða þætti til að ógilda samruna eða setja honum frekari skilyrði, af þeim sökum.

4

Ágreiningslaust er að með hinni kærðu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 2. mars 2023 var ekki tekin efnisleg afstaða af hálfu stofnunarinnar til þeirra viðskipta sem áfrýjandi tilkynnti upphaflega um þann 5. ágúst 2022, heldur snéri ákvörðunin eingöngu að því að hætta rannsókn þess máls sem hófst með fyrrgreindri tilkynningu áfrýjanda um samruna. Grundvallaðist sú ákvörðun eins og áður segir á því að misræmi hefði verið í upplýsingagjöf og afstöðu áfrýjanda til viðskiptanna sem gerði það að verkum að Samkeppniseftirlitið taldi sér ekki fært að taka efnislega afstöðu til samrunatilkynningarinnar á grundvelli fyrirliggjandi gagna og að fengnum sjónarmiðum áfrýjanda og Lyfjavalshf.

Eitt skilyrði þess að um stjórnvaldsákvörðun sé að ræða er að ákvörðunin bindi enda á stjórnslumál og hafi jafnframt bindandi réttaráhrif um úrlausn þess máls og að þar sé kveðið á með bindandi hætti um rétt eða skyldur viðkomandi aðila. Með hinni kærðu ákvörðun hætti Samkeppniseftirlitið rannsókn þess samrunamáls sem hófst með tilkynningu áfrýjanda til stofnunarinnar þann 5. ágúst 2022. Ljóst er að frekari rannsókn á grundvelli fyrrgreindrar tilkynningar áfrýjanda mun að óbreyttu ekki eiga sér stað af hálfu Samkeppniseftirlitsins. Hefur í því sambandi komið fram af hálfu Samkeppniseftirlitsins að áfrýjandi eigi þess kost að senda inn nýja og fullnægjandi tilkynningu um viðskiptin að því gefnu að áfrýjandi telji að um tilkynningarskyldan samruna sé að ræða, og þá verði viðskiptin tekin til rannsóknar á grundvelli þeirrar tilkynningar og yrði við þá rannsókn litið til fyrri athugunar og gagnaöflunar í málinu.

Sú ákvörðun að hætta rannsókn málsins felur að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála í sér lok þess stjórnslumáls sem grundvallaðist á innsendri tilkynningu áfrýjanda um samruna. Þó svo að með fyrrgreindri ákvörðun hafi ekki verið tekin efnisleg afstaða til innsendrar samrunatilkynningar áfrýjanda af hálfu Samkeppniseftirlitsins fól ákvörðunin engu að síður í sér endanlega afstöðu til frekari meðferðar þess stjórnslumáls sem stofnunin hafði haft til rannsóknar. Er í því sambandi m.a til þess að líta að komi til þess að áfrýjandi sendi inn nýja samrunatilkynningu vegna þeirra viðskipta sem grundvallast á kaupsamningnum frá 26. apríl 2022 mun eðli málsins samkvæmt stofnast nýtt stjórnslumál hjá Samkeppniseftirlitinu og hefst þá jafnframt ný málsmeðferð hjá stofnuninni í samræmi við ákvæði samkeppnislaga, s.s. varðandi tímafresti sem stofnunin hefur til að taka afstöðu til þess samruna sem fram kæmi í nýrri samrunatilkynningu. Breytir engu í því sambandi þó stofnunin muni við þá rannsókn líta til fyrri athugunar og gagnaöflunar í málinu enda er það eðlilegur liður í rannsóknarskyldu stjórnvaldsins.

Þá verður einnig að horfa til þess hvaða þýðingu hin kærða ákvörðun hefur á stöðu áfrýjanda og hvort eðlilegt verði talið að hann njóti þeirra réttinda sem stjórnslulögin mæla fyrir um. Það að hætta rannsókn málsins hefur þá þýðingu fyrir áfrýjanda að hann fær ekki efnislega afstöðu Samkeppniseftirlitsins eins og mælt er fyrir um í samkeppnislögum til þeirrar samrunatilkynningar sem hann sendi stofnuninni á sínum tíma og sem hafði á fyrri stigum málsmeðferðarinnar verið metin fullnægjandi.

Er í þessu sambandi einnig mikilvægt að líta til þess að áfrýjandi á þess ekki kost að koma síðar á framfæri sjónarmiðum sínum til fyrrgreindrar ákvörðunar um að hætta rannsókn málsins nema með kærnu til æðra stjórnvalds. Þannig hefur hin kærða ákvörðun sambærileg réttaráhrif eins og um frávísun eða niðurfellingu máls væri að ræða, en slíkar ákvarðanir fela í sér lok málsmeðferðar og eru kærnanlegar til áfrýjunarnefndar.

Með vísan til alls þess sem að framan er rakið verður ekki hjá því komist að líta svo á að hin kærða ákvörðun sé kærnanleg til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í samræmi við það er kröfu Samkeppniseftirlitsins um frávísun málsins hafnað.

Eins og áður hefur komið fram var áfrýjanda tilkynnt með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 26. september 2022, að samrunatilkynning hans vegna þeirra viðskipta sem fram komu í kaupsamningi Faxe ehf. og Lyfjavals ehf. frá 26. apríl 2022 teldist fullnægjandi. Við móttöku á fullnægjandi samrunatilkynningu hvíldi sú skylda á Samkeppniseftirlitinu að taka viðkomandi mál til rannsóknar og meta samkeppnisleg áhrif umrædds samruna í samræmi við ákvæði samkeppnislaga og reglur nr. 1390/2020.

Einn liður í rannsókn málsins af hálfu Samkeppniseftirlitsins var útgáfa sérstaks andmælaskjals þar sem fram kom frummat stofnunarinnar til samrunans. Tilgangur með útgáfu andmælaskjalsins var m.a. að auðvelda samrunaaðilum að nýta andmælarétt sinn og stuðla að því að rétt ákvörðun væri tekin í málinu, sbr. 17. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Var áfrýjanda gefinn kostur á að koma sjónarmiðum sínum á framfæri við andmælaskjalið og að fengnum þeim athugasemdum tók Samkeppniseftirlitið afstöðu til framkominna sjónarmiða áfrýjanda.

Óháð því hvort afstaða áfrýjanda til þeirra viðskipta sem lágu að baki upphaflegri tilkynningu um samruna frá 5. ágúst 2022 kunni að hafa verið misvísandi eða tekið breytingum fyrir og eftir útgáfu andmælaskjals í málinu, hvílir sú skylda á Samkeppniseftirlitinu, sem stjórnvaldi, að ljúka meðferð málsins á formlegan hátt í samræmi við ákvæði samkeppnislaga, þ.e. taka efnislega afstöðu til málsins, og þá með hliðsjón af fyrirliggjandi rannsókn stofnunarinnar og framkomnum gögnum og sjónarmiðum áfrýjanda. Að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála verður ekki séð að til staðar hafi verið einhverjar þær hindranir eða annmarkar á rannsókn málsins sem gerðu það að verkum að hætta hafi þurft rannsókninni vegna afstöðu áfrýjanda til viðskiptanna. Mátti Samkeppniseftirlitið gera ráð fyrir því að áfrýjandi kynni að hreyfa andmælum við útgefið andmælaskjal stofnunarinnar. Því til viðbótar verður ekki annað ráðið af fyrirliggjandi gögnum en að rannsókn málsins hafi verið langt á veg komin, sbr. útgefið andmælaskjal, dags. 13. febrúar 2023. Hafi afstaða áfrýjanda til þeirra viðskipta sem lágu að baki samrunatilkynningunni tekið breytingum eða ný

gögn haft í för með sér breytingar af hálfu Samkeppniseftirlitsins til rannsóknar málsins gat það eðli málsins samkvæmt mögulega haft það í för með sér að ástæða þætti til að hafna samrunanum eða setja honum skilyrði af þeim sökum.

Í þessu sambandi verður einnig að hafa í huga að rík rannsóknarskylda hvíldi á Samkeppniseftirlitinu við meðferð málsins hjá stofnuninni og gat hún á öllum stigum rannsóknarinnar kallað eftir frekari gögnum og upplýsingum, hafi hún talið fyrirbyggjandi gögn óljós eða afstaða aðila málsins á einhvern hátt óskýr eða misvísandi.

Með hliðsjón af öllu framansögðu er hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 2. mars 2023 um að hætta rannsókn þess samrunamáls sem hér um ræðir ekki í samræmi við samkeppnislög.

6

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins hefur komið fram að verði hin kærða ákvörðun felld úr gildi sé eðlilegt að áfrýjunarnefnd samkeppnismála vísi málinu að nýju til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu og þá með vísan til 2. mgr. 17. gr. e. samkeppnislaga eða eftir atvikum á grundvelli almennra reglna stjórnarsýsluréttarins. Af skýru orðalagi 2. mgr. 17. gr. e. samkeppnislaga verður ráðið að heimild Samkeppniseftirlitsins til að taka samrunann til skoðunar að nýju á grundvelli þess ákvæðis sé bundið við ógildingu áfrýjunarnefndar eða dómstóls á ákvörðun um höfnun samruna eða um setningu skilyrða. Slíkum ákvörðunum er ekki fyrir að fara í því máli sem hér um ræðir. Á hinn bóginn verður í ljósi þess að hin kærða ákvörðun var ekki í samræmi við ákvæði samkeppnislaga ekki hjá því komist að vísa málinu að nýju til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu. Er því lagt fyrir Samkeppniseftirlitið að ljúka samrunamálinu í samræmi við ákvæði samkeppnislaga, að teknu tilliti til þeirra lögbundnu tímafresta sem byrjuðu að líða 26. október 2022, sbr. 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga.

Úrskurðarorð

Hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 2. mars 2023 um að hætta rannsókn þess samrunamáls sem upphaflega grundvallaðist á tilkynningu áfrýjanda um samruna, dags. 5. ágúst 2022, var ekki í samræmi við ákvæði samkeppnislaga nr. 44/2005 og er því felld úr gildi.

Lagt er fyrir Samkeppniseftirlitið að ljúka samrunamálinu í samræmi við ákvæði samkeppnislaga.

Reykjavík, 8. ágúst 2023.

Björn Jóhannesson, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Kristín Benediktsdóttir