

**ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA**  
**Úrskurður í máli nr. 1/2023**

**Lyfjaval ehf.**

**gegn**

**Samkeppniseftirlitinu**

**I**

**Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila**

Með kærðu, dags. 30. mars 2023, hefur Lyfjaval ehf. (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 kærðu 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 áfrýjanda og Faxe ehf., sem fara með yfirráð Lyfja og heilsu hf., 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 á grundvelli 4. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga nr. 44/2005. Fyrrgreint lagaákvæði heimilar aðilum samruna, sem uppfyllir ekki veltuskilyrði a- og b-liðar 1. mgr. 17. gr. a. laganna, að greina Samkeppniseftirlitinu skriflega frá því að samruni hafi átt sér stað. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til áfrýjanda, dags. 22. ágúst 2022, vísaði Samkeppniseftirlitið til þess að um láréttan samruna væri að ræða og að verulegar líkur væru á að hann gæti dregið umtalsvert úr virkri samkeppni og krafði áfrýjanda því um samrunatilkynningu á grundvelli 3. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga. Áfrýjandi fékk í framhaldinu heimild til að skila styttri tilkynningu vegna samrunans á grundvelli 7. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Endanleg tilkynning um samrunann barst Samkeppniseftirlitinu 25. október 2022 en Samkeppniseftirlitinu voru áður send drög að þeirri tilkynningu. Með bréfi, dags. 26. október 2022, tilkynnti Samkeppniseftirlitið áfrýjanda að samrunatilkynningin teldist fullnægjandi og hófust þá tímabrestir til rannsóknar á samrunanum í samræmi við ákvæði samkeppnislaga.

Samhliða fyrrgreindri tilkynningu áfrýjanda um samruna, tilkynnti Lyf og heilsa hf. um viðskiptin sem samruna með vísan til a-liðar 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga.

Við rannsókn málsins gaf Samkeppniseftirlitið út andmælaskjal hinn 13. febrúar 2023 sem var beint að áfrýjanda og Lyfjum og heilsu hf. 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 Lyfja og heilsu hf. við andmælaskjalið, frá 27. febrúar 2023, voru m.a. gerðar athugasemdir við rannsókn og frumniðurstöður Samkeppniseftirlitsins um samkeppnisleg áhrif samrunans.

Samkeppniseftirlitið taldi að í athugasemdum áfrýjanda og Lyfja og heilsu hf. fælist grundvallarbreyting á lýsingu aðila á eðli og umfangi viðskiptanna sem ekki væri í

samræmi við fyrri málatilbúnað 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 samrunamálanna væri hætt, á þeim grundvelli að ósamræmis hefði gætt í skýringum samrunaaðila á inntaki viðskiptanna. Samrunatilkynningarnarteldust 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 kæruheimild og kærufrest. Kæran hafi borist áfrýjunarnefnd samkeppnismála innan kærufrests og

heimilt sé að kæra ákvörðunina. Samkeppniseftirlitið hafi ákveðið að hætta rannsókn vegna ætlaðra formgalla og þar með ljúka málinu. Sú ákvörðun sé íþyngjandi fyrir áfrýjanda og afleiðingin í reynd sú að málinu sé lokið.

Áfrýjandi bendir á að í ákvæði 2.1. í leiðbeiningarreglum um málsmeðferð fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála komi fram að heimild til að skjóta málum til nefndarinnar hafi þeir sem ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins beinast að eða hafi aðra lögvarða hagsmuni af úrlausn máls. Samkvæmt lögskýringargögnum að baki samkeppnislögum og ríkjandi viðhorfum hafi fyrirtækjum almennt verið játuð víðtæk kæruaðild í samkeppnismálum.

Áfrýjandi bendir á að áfrýjunarnefnd hafi ítrekað staðfest að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins um að hætta meðferð mála séu kærarlegar. Sé tekin ákvörðun um að hætta meðferð máls geti aðilar lagt fram nýja kvörtun, rétt eins og áfrýjandi eigi þess kost að leggja fram nýja samrunatilkynningu. Að sama skapi teljast ákvarðanir um frávísun máls stjórnvaldsákvarðanir.

Röksemdum Samkeppniseftirlitsins um að hin kærða ákvörðun feli í sér svokallaða málsmeðferðarákvörðun, sem ekki sé hægt að kæra til áfrýjunarnefndar, sé mótmælt. Ákvarðanir um málsmeðferð lúta að formi og séu almennt liður í því að skapa þau skilyrði að hægt verði að taka efnisákvörðun í máli.

Áhrif hinnar kærðu ákvörðunar séu þau að áfrýjandi geti að óbreyttu ekki tilkynnt að nýju um samrunann enda fyrirséð að Samkeppniseftirlitið teldi slíka samrunatilkynningu ófullnægjandi þar sem byggt yrði á sömu sjónarmiðum. Þá séu áhrifin þau að áfrýjandi geti ekki hrint viðskiptunum í framkvæmd þó svo þau teldist ekki til samruna miðað við frumniðurstöðu Samkeppniseftirlitsins, þar sem Samkeppniseftirlitið hafi lýst því yfir að ef samruninn verði framkvæmdur yrði tekið til athugunar hvort beita þyrfti heimild 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga til að stöðva til bráðabirgða slíka mögulega framkvæmd. Því sé ekki hægt að fallast á með Samkeppniseftirlitinu að réttaröryggissjónarmið eigi ekki við um áfrýjanda.

Áfrýjandi bendir jafnframt á að Samkeppniseftirlitið virðist sjálft líta á ákvörðun sína sem stjórnvaldsákvörðun eða a.m.k. ígildi hennar. Allur undirbúningur hennar, tilkynning til áfrýjanda um frumniðurstöðu og mögulegar aðgerðir til bráðabirgða ef viðskiptin verði framkvæmd, beri þess skýr merki.

Áfrýjandi telur ljóst að hin kærða ákvörðun feli í sér stjórnvaldsákvörðun í skilningi stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Ákvörðuninni sé beint út á við að tilteknum aðila í tilteknu máli og hafi bindandi réttaráhrif. Þannig sé ekki um tilmæli, álit eða leiðbeiningar af hálfu stjórnvalds heldur bindi ákvörðunin raunverulega enda á umrætt stjórnarsýslumál.

Áfrýjandi áréttar jafnframt að í vafatilvikum beri fremur að álykta svo að stjórnarsýslulögin gildi um tiltekna ákvörðun stjórnvalda, heldur en ekki.

Samkvæmt framansögðu er það mat áfrýjanda að hin kærða ákvörðun hafi í reynd þau áhrif að málinu sé lokið. Áfrýjandi eigi því engan annan raunverulegan kost í stöðunni en að kæra ákvörðunina til áfrýjunarnefndar og krefjast þess að hún verði felld úr gildi.

## 2

Hvað efnisatriði málsins varðar byggir áfrýjandi á því að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins sé röng að efni til. Hún sé einnig afar óskýr um hvaða leyti misræmis eða ónákvæmni hafi gætt í málatilbúnaði áfrýjanda fyrir og eftir útgáfu andmælaskjals.

Engin breyting hafi orðið á lýsingu áfrýjanda á viðskiptunum eftir því sem málsmeðferðinni hjá Samkeppniseftirlitinu vatt fram. Áfrýjandi hafi ávallt vísað til viðskiptanna sem fasteignaviðskipta.

Hins vegar virðist sem túlkun Samkeppniseftirlitsins á efni samningsins og beggja samrunatilkynninganna hafi verið á reiki og tekið breytingum við rannsókn málsins. Samkeppniseftirlitið hafi ýmist vísað til viðskiptanna sem kaupa á fasteignum, með eða án reksturs, eða sem kaupa á apóteki, þrátt fyrir að áfrýjandi hafi ætíð verið skýr í sinni umfjöllun.

Ósamræmið stafi þannig af eigin mati Samkeppniseftirlitsins. Það hafi fyrst verið við lestur frummatsins sem áfrýjandi hafi orðið var við mistúlkun Samkeppniseftirlitsins á inntaki viðskiptanna eins og þeim hafði verið lýst og leitaðist áfrýjandi þá við að leiðrétta þá mistúlkun. Andmæli áfrýjanda hafi einnig snúið að skorti á rannsókn samrunanna og athugasemdum við efnislegt mat á frumniðurstöðum um umfang þeirra áhrifa sem samruninn hefði.

Burtséð frá framangreindu telur áfrýjandi engan óskýrleika liggja fyrir um mat á áhrifum kaupsamningsins. Ekki verði betur séð en að Samkeppniseftirlitið sé sammála því að fasteignaviðskiptin og lokun keppinautar á rekstri sínum í kjölfar breytts eignarhalds, hafi sömu áhrif á markað fyrir smásölu lyfja og ef rekstur apótekanna hafi gengið kaupum og sölum.

Í því sambandi veki furðu að Samkeppniseftirlitið hafi talið villandi að fjallað hafi verið um markað fyrir smásölu lyfja í samrunaskrá. Í VI. kafla viðauka I við reglur Samkeppniseftirlitsins nr. 1390/2020 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum sé mælt fyrir um að aðilum beri að skilgreina þá markaði sem áhrifa gætir, þ.e. ef tvö eða fleiri fyrirtæki sem að samruna standa stunda viðskipti á sama vörumarkaði. Eina skörunin í starfsemi fyrirtækja innan samstæðu Faxa ehf. við starfsemi áfrýjanda sé í smásölu á lyfjum. Með því að afmarka málatilbúnaðinn við þann markað hafi áfrýjandi verið í góðri trú um að hafa uppfyllt kröfur reglna um samruna og efni samrunatilkynninga.

Áfrýjandi sé auk þess ósammála túlkun Samkeppniseftirlitsins á því að ekki geti verið um tilkynningarskyldan samruna að ræða ef ekki er unnt að tengja tiltekinn atvinnurekstur og veltu við seldar eignir. Mat áfrýjanda hafi frá upphafi verið að viðskiptin væru tilkynningarskyld þar sem af þeim leiddi að tveimur apótekum keppinauta yrði lokað, með tilheyrandi breytingum fyrir viðkomandi markað. Túlkun Samkeppniseftirlitsins sé jafnframt í ósamræmi við nýlega afstöðu undirréttar ESB-dómstólsins í máli T-240/18. Þar undirstrikaði dómstóllinn að kaup á tilteknum eignum flugfélags sem hafði þegar hætt rekstri, gæti talist fela í sér yfirfærslu á „fyrirtæki“ í skilningi samkeppnisréttarins.

Það sé mat áfrýjanda að lýsing í samrunaskrá og þau gögn sem fylgdu með hafi skýrlega sýnt forsendur viðskiptanna. Í öllu falli hafi því aldrei verið hreyft gagnvart áfrýjanda, á þeim fjórum mánuðum sem málið var til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu, að óskýrleiki væri uppi um ástæður þess að selja fasteign áfrýjanda í Mjódd. Áfrýjandi hafi því verið í góðri trú um að lýsing hans í samrunaskrá og fylgiskjöl væru fullnægjandi í þeim efnum og sé því mótmælt að annarlegar ástæður hafi verið fyrir því að afhenda ekki í upphafi afrit af lánasamningi við Arion banka hf., líkt og haldið hafi verið fram af hálfu Samkeppniseftirlitsins. Áfrýjandi hafi ekkert að fela og afhenti afrit umrædds

lánasamnings um leið og í ljós kom að ástæða hafi verið til að skýra aðdraganda viðskiptanna enn frekar.

Áfrýjandi byggir jafnframt á því að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn 10. gr. stjórnarsýslulaga með töku hinnar kærðu ákvörðunar sem kveður á um skyldu stjórnvalds til þess að upplýsa mál nægilega áður en ákvörðun sé tekin. Samkeppniseftirlitinu hafi verið rétt og skylt að upplýsa um það, hafi innsend gögn af hálfu áfrýjanda skapað vafa í huga stjórnvaldsins um að andlag viðskiptanna hafi verið í ósamræmi við samrunaskrár, og beina þá fyrirspurnum til samrunaaðila þar að lútandi. Það hafi hins vegar ekki verið gert.

Áfrýjandi bendir einnig á að þó vísað hafi verið til „reksturs“ í kaupsamningi hafi ekkert verið fjallað um hvaða rekstrareignir eða -einingar ættu að fylgja fasteignunum, hvað þá um skuldbindingar aðila til að tryggja réttindi starfsfólks við aðilaskipti að fyrirtækjum, hvernig fara ætti með birgðir, innréttingareða annað sem hefðbundið sé að skilgreina þegar rekstur sé seldur. Engin samtímagögn af hálfu áfrýjanda hafi stutt ályktun Samkeppniseftirlitsins um sölu á rekstri apóteks áfrýjanda í Mjódd. Þvert á móti hafi fundargerðir sem fylgdu með samrunaskrá áfrýjanda bent til þess að um fasteignaviðskipti væri að ræða.

Áfrýjandi bendir á að Samkeppniseftirlitið hafi nær ekkert frumkvæði átt að samskiptum við áfrýjanda allan þann tíma sem samruninn var til rannsóknar að undanskilinni beiðni um afrit af húsreglum í verslunarkjörnunum. Áfrýjandi hafi því verið í góðri trú um að öll nauðsynleg gögn lægju fyrir og að greint hefði verið með fullnægjandi hætti frá viðskiptunum og áhrifum þeirra í samrunaskrá. Þá virðist tæpast nokkur rannsókn hafa farið fram á áhrifum samrunans. Því stoðar tæpast að vísa til skorts á heimildum til að stöðva tímafresti við rannsókn samrunamála og þess hversu ríkar kröfur samkeppnis- og stjórnarsýslulög gera til umfangs og gæða rannsókna.

Að mati áfrýjanda braut Samkeppniseftirlitið einnig gegn andmælarétti hans í aðdraganda hinnar kærðu ákvörðunar. Áfrýjandi fékk innan við sólarhring til að koma andmælum sínum á framfæri vegna nýrrar og íþyngjandi túlkunar Samkeppniseftirlitsins sem birtist í bréfi þess frá 1. mars sl. Svo skammur frestur vegna jafn viðurhlutamikillar ákvörðunar feli að mati áfrýjanda í sér að hann hafi í reynd verið sviptur tækifæri til að neyta andmælaréttar síns. Áfrýjandi hafi

nauðsynlega þurft ráðrúm til að eiga kost á að afla sér aðstoðar sérfræðinga í ljósi þess að málið snerist að verulegu leyti um mat á lagalegum álitaefnum.

Samkvæmt öllu framansögðu telur áfrýjandi að fella beri hina kærðu ákvörðun úr gildi.

### ***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 samkeppnisyfírvöldum. 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 eru 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 „ákvörðana“ Samkeppniseftirlitsins varðandi kærheimild. Þar er átt við stjórnvaldsákvörðanir en hin kærða ákvörðun uppfyllir ekki hugtaksskilyrði stjórnvaldsákvörðana, 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 tímafrestrir 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 málsmeðferðarákvörðanir 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 kæru áfrýjanda. Ef áfrýjunarnefndin fjallaði um slíka kæru og hún hlyti brautargengi kæmi frestur Samkeppniseftirlitsins til að rannsaka áhrif samrunans að sami skapi til með að styttest 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 kæra hans efnislega meðferð fyrir áfrýjunarnefnd.

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

## 2

Hvað varðar lögmæti ákvörðunarinnar þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að grundvallarbreyting hafi orðið á lýsingu viðskiptanna og áhrifa þeirra af hálfu samrunaaðila, í sjónarmiðum þeirra við andmælskjal. 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 málalíbúnaði 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-samkeppniserétti, 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 Lyf og heilsa hf. 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 verði bætt. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á tilvísun til kaupa á rekstri í stjórnarfundargerð og glærुकynningu fyrir stjórn Lyfja og heilsu hf. 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 lánasamningur áfrýjanda við Arion banka hf. sem hafi verið afhentur 27. febrúar 2023 samhliða sjónarmiðum áfrýjanda við andmælaskjalið hafi falið í sér nýjar upplýsingar. Það sem skiptir höfuðmáli þar sé að í samningnum sé kveðið á um skyldu áfrýjanda til þess að selja tilteknar eignir innan tímafresta, þ. á m. fasteignina í Mjódd, til þess að uppfylla ákvæði lánasamningsins. Samkeppniseftirlitið telur að ekki sé hægt að skilja samtímagögn áfrýjanda sem afhent voru með samrunaskrá svo að opnun annars apótek í Suðurfelli væri ætlað að koma í stað apóteks áfrýjanda í Mjódd eða að ákvörðun hafi þegar verið tekin um að loka því.

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 Lyfja og heilsu hf. 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 Lyfja og heilsu hf. 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 andmælskjali 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 samrunaðila 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 kunní 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 stjórnsluréttarins.

## V

### Niðurstaða

#### 1

Upphaf þessa máls má rekja til samrunatilkynningar áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins frá 5. ágúst 2022 um viðskipti áfrýjanda og Faxa ehf., samkvæmt kaupsamningi milli félaganna frá 26. apríl 2022. Var tilkynning áfrýjanda send með vísan til 4. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga. Þar kom m.a. fram að með kaupsamningi, dags. 26. apríl 2022, hefðu Faxar ehf., sem fer með yfirráð Lyfja og heilsu hf., keypt fasteign áfrýjanda 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 Lyf og heilsa hf., 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 áfrýjanda í verslunarmiðstöðinni Glæsibæ yrði óbreyttur eftir viðskiptin. Rekstri lyfjaverslunar áfrýjanda í hinu selda húsnæði í verslunarmiðstöðinni Mjódd að Álfabakka 14a, Reykjavík yrði hins vegar hætt í kjölfar þessara viðskipta. Lyf og heilsa hf. sendi einnig samrunatilkynningu til Samkeppniseftirlitsins með vísan til a-liðar 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga vegna áðurnefndra viðskipta.

Samkeppniseftirlitið fór þess á leit við áfrýjanda að send yrði tilkynning um samrunann á grundvelli 3. mgr. 17. gr. b. samkeppnislaga og fékk áfrýjandi í framhaldinu heimild til að skila inn styttri tilkynningu á grundvelli 7. mgr. 17. gr.

samkeppnislaga. Áfrýjandi sendi inn endanlega samrunaskrá ásamt fylgiskjölum þann 25. október 2022 og hófust tímafrestrir Samkeppniseftirlitsins vegna rannsóknar á samrunanum þann 26. október 2022, sbr. 1. mgr. 17. gr. d. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið gaf út andmælaskjal þann 13. febrúar 2023 vegna rannsóknar málsins og var því skjali beint bæði að áfrýjanda og Lyfjum og heilsu hf. 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 Lyfja og heilsu hf. 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 Lyfjum og heilsu hf. 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 Lyfja og heilsu hf. varðandi eðli viðskiptanna fyrir og eftir útgáfu andmælaskjals. Því til viðbótar væri innbyrðis ósamræmi milli sjónarmiða Lyfja og heilsu hf. annars vegar og áfrýjanda hins vegar um inntak kaupsamningsins og andlag viðskiptanna auk þess sem áfrýjandi hefði ekki skilað lykilogagn vegna mats á efni málsins fyrr en með sjónarmiðum sínum við

andmælaskjal. Var áfrýjanda og Lyfjum og heilsu hf. 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 samrunamála.

## 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.

Fyrrgreint 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 kæranglegum 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. stjórnarsýslulög.

## 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 Lyfja og heilsu hf.

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 stjórnarsýslumál 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 stjórnarsýslulögin 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 kæru 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.

## 5

Eins og áður hefur komið fram var áfrýjanda tilkynnt með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 26. október 2022, að samrunatilkynning hans vegna þeirra viðskipta sem fram komu í kaupsamningi áfrýjanda og Faxe 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 fyrirliggjandi 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