

**Úrskurður**  
**áfrýjunarnefndar samkeppnismála**  
**þann 11. apríl 2001**  
**í máli nr. 11/2001**

**Hagræði hf.**

**gegn**

**samkeppnisráði**

**I**

Með bréfi, dags. 2. mars 2001, sem barst áfrýjunarnefnd samkeppnismála sama dag hefur Helga M. Óttarsdóttir hdl. f.h. Hagræðis hf., kært [ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001](#), sem tekin var þann 2. febrúar 2001.

Með fyrrgreindri ákvörðun sinni heimilaði samkeppnisráð samruna Lyfju hf. og Lyfjabúða með ákveðnum skilyrðum. Eitt af þeim skilyrðum var að við samrunann skyldu fjórar lyfjabúðir seldar. Til viðbótar var það skilyrði sett að umræddar lyfjabúðir yrðu ekki seldar áfrýjanda eða félagi honum tengdum.

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

Samkeppnisráð krefst þess er þess aðallega að kæru áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefnd. Til vara er þess krafist að ákvörðun ráðsins nr. 4/2001 verði staðfest með vísan til forsendna.

**II**

Málavextir eru þeir að með bréfi, dags. 4. desember 2000, hóf Samkeppnisstofnun athugun á grundvelli 18. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 á samruna Lyfju hf. og Lyfjabúða hf. Bréfinu fylgdi skrá yfir upplýsingar sem þurfa að koma fram vegna athugunar samkeppnisyfirvalda á samruna fyrirtækja. Þann 28. desember 2000 barst Samkeppnisstofnun skýrsla frá samrunaaðilum sem innihélt hluta þeirra upplýsinga og gagna sem stofnunin óskaði eftir í samrunaskránni. Með tveimur bréfum dags. 9. og 11. janúar 2001 bárust stofnuninni einnig viðbótarupplýsingar frá samrunaaðilum. Frumniðurstaða Samkeppnisstofnunar var send samrunaaðilum með bréfi, dagsettu 16. janúar 2001. Í henni kom fram það mat Samkeppnisstofnunar að samruninn eins og hann væri ákveðinn af samrunaaðilum, leiddi til

markaðsráðandi sölu á höfuðborgarsvæðinu, drægi verulega úr samkeppni og væri andstæður markmiði samkeppnislaga. Samkeppnisstofnun barst svar við frumniðurstöðu stofnunarinnar frá samrunaaðilum með bréfi dagsettu 25. janúar 2001.

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

Á fundi samkeppnisráðs þann 2. febrúar 2001 var tekin ákvörðun í máli þessu. Ákvörðunarorðin eru eftirfarandi:

„Þann 4. desember 2000 var undirritaður samningur um sameiningu á rekstri Lyfju hf. og Lyfjabúða hf. Hið sameinaða félag mun fyrst um sinn bera heitið Lyfja. Samkeppnisráð telur að sameiningin sé samruni í skilningi 18. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993. Það er mat ráðsins að samruninn leiði til markaðsyfirráða hins sameinaða fyrirtækis, hann drægi verulega úr samkeppni og sé andstæður markmiði laganna. Með heimild í 18. gr. samkeppnislaga getur samkeppnisráð ógilt slíkan samruna eða sett honum skilyrði sem verður að uppfylla innan tilskilins tíma. Til að koma í veg fyrir röskun á samkeppni, með vísan til markmiðs samkeppnislaga, og til þess að tryggja virka samkeppni á þeim mörkuðum sem samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða hf. hefur áhrif, eru eftirfarandi skilyrði sett:

#### 1. Sala apóteka.

Fyrirtækið sem til verður við samruna Lyfju hf. og Lyfjabúða hf., hér eftir nefnt Lyfja, skal selja eftirtaldar lyfjabúðir:

- Apótekið Mosfellsbæ, Þverholti 2, Mosfellsbæ.
- Apótekið Smiðjuvegi 2, Kópavogi.
- Apótekið Suðurströnd 2, Seltjarnarnesi.
- Apótekið Firði, Fjarðargötu 13 – 15, Hafnarfirði.
- Lyfju Hamraborg 11, Kópavogi.

Framangreindar eignir og rekstur þeirra verða hér eftir nefndar eignasamstæðan.

#### 2. Ráðning og staða umsýslumanns.

Lyfja skal, innan [...]¹ daga frá birtingu ákvörðunar þessarar, og með samþykki Samkeppnisstofnunar, ráða með skriflegu umboði óháðan umsýslumann til að sinna eftirfarandi þáttum:

¹ Upplýsingar eingöngu til birtingar fyrir málsaðila.

- a) að framkvæma nauðsynlega athugun til að verðmeta þær eignir, samninga og annað sem nauðsynlegt er að fylgi eignasamstæðunni. Við þá vinnu og önnur störf hans samkvæmt ákvörðun þessari skal umsýslumaðurinn hafa aðgang að öllum gögnum í vörslu Lyfju, Lyfju hf. og Lyfjabúða hf. er tengjast lyfjabúðum skv. 1. tl. svo og öðrum gögnum Lyfju hf. og Lyfjabúða hf. eftir því sem við á.
- b) að staðreyna að rekstur og stjórnun eignasamstæðunnar sé með þeim hætti að ekki sé hætt á að staða hennar á markaðnum rýrni eða rekstri og ráðstöfun fjármuna sem henni tengjast verði hagað með öðrum hætti en annarra lyfjabúða Lyfju þannig að rekstur eignasamstæðunnar og fjármunir rýrni.
- c) að bjóða eignasamstæðuna til sölu í einu lagi og annast samningaviðræður við hugsanlega kaupendur. Umsýslumanni skal vera heimilt að ganga frá samningi um sölu eignasamstæðunnar eða einstakra lyfjabúða með fyrirvara um samþykki stjórnar Lyfju.
- d) að gefa Samkeppnisstofnun skýrslu um niðurstöður endurskoðunar samkvæmt a-lið. Einnig að upplýsa stofnunina reglulega um rekstur og stjórnun eignasamstæðunnar og stöðu sölutilrauna og viðræðna við hugsanlega kaupendur. Þá skal umsýslumaður láta Samkeppnisstofnun í té nægilegar upplýsingar um væntanlega kaupendur til að stofnuninni sé unnt að meta hvort þeir uppfylli skilyrði 1. mgr. 3. tl. hér á eftir. Telji umsýslumaður að tilboð sem ekki uppfyllir skilyrði 1. mgr. 3. tl. um sölu í einu lagi en leiði til sömu eða svipaðrar niðurstöðu og sala í heilu lagi, skal hann senda Samkeppnisstofnun rökstutt erindi þar um. Samkeppnisstofnun hefur tvær vikur til að gera athugasemdir.

Lyfja skal veita umsýslumanni alla þá aðstoð, sem nauðsynleg og sanngjörn telst, í því skyni að rækja starfann sem best, þ.m.t. aðstoð við útvegum óháðs starfsfólks með nauðsynlega viðskipta- eða fjármálaþekkingu.

Þóknun umsýslumannsins og kostnaður vegna starfa aðstoðarmanna hans skal greiddur af Lyfju. Þóknunin skal m.a. við það miðuð að hún stuðli að skjótri sölu eignasamstæðunnar.

Umsýslumaðurinn skal ráðinn til [...].<sup>2</sup> Ef frestur er framlengdur skv. 2. mgr. 3. tl. skal Lyfja í samráði við Samkeppnisstofnun framlengja ráðningu hans til sama tíma.

### 3. Söluskilyrði og tímamörk.

Eignasamstæðan skal ekki seld [...],<sup>3</sup> eða félagi því tengdu. Kaupandi eignasamstæðunnar skal vera raunhæfur núverandi eða hugsanlegur keppinatur, óháður Lyfju eða félögum tengdum því fyrirtæki og hafa yfir að ráða nauðsynlegu fjármagni og þekkingu til að viðhalda og þróa eignasamstæðuna sem virkan keppinatur við starfsemi Lyfju.

Sölu eignasamstæðunar skal vera lokið fyrir [...].<sup>4</sup> Lyfja telst hafa uppfyllt þessa skyldu ef bindandi samningur um sölu eignasamstæðunnar hefur komist á innan þess frests, að því tilskildu að yfirfærslu eignarréttar sé að fullu lokið eigi síðar en 4 mánuðum frá undirritun kaupsamnings. Reynist ekki mögulegt að koma á bindandi samkomulagi um sölu eignasamstæðunnar innan framangreinds frests, er Samkeppnisstofnun heimilt að framlengja frestinn til [...].<sup>5</sup> enda sé sýnt fram á gildar ástæður fyrir því að sala hafi ekki tekist. Á framlengingartímanum er umsýslumanni ekki skylt að binda sölu eignasamstæðunnar við sölu hennar í einu lagi og þá gilda ekki sölutakmarkanir gagnvart [...].<sup>6</sup> Komi til sölu skal endanleg eignayfirfærsla þó undir öllum kringumstæðum hafa átt sér stað fyrir [...].<sup>7</sup>

Verði einhverjar einingar (apótek) óseldar [...].<sup>8</sup> verða teknar upp viðræður við Samkeppnisstofnun um aðrar ráðstafanir, s.s. um lokun á apótekum, frestun á sölu eða önnur úrræði.

### 4. Kaupatakmarkanir.

<sup>2</sup> Upplýsingar eingöngu til birtingar fyrir málsaðila.

<sup>3</sup> Upplýsingar eingöngu til birtingar fyrir málsaðila.

<sup>4</sup> Upplýsingar eingöngu til birtingar fyrir málsaðila.

<sup>5</sup> Upplýsingar eingöngu til birtingar fyrir málsaðila.

<sup>6</sup> Upplýsingar eingöngu til birtingar fyrir málsaðila.

<sup>7</sup> Upplýsingar eingöngu til birtingar fyrir málsaðila.

<sup>8</sup> Upplýsingar eingöngu til birtingar fyrir málsaðila.

Lyfju er óheimilt að kaupa eða yfirtaka apótek í rekstri á höfuðborgarsvæðinu nema að höfðu samráði við Samkeppnisstofnun. Þá er Lyfju óheimilt að bjóða í rekstraraðstöðu í verslunarrými þar sem eigandi rýmisins setur það sem skilyrði að aðeins ein rekstrareining sé ætluð fyrir lyfjabúð eða gera samninga, sem fela í sér samkeppnishindranir að öðru leyti.“

### III

Áfrýjandi bendir á að þó hann eigi ekki beina aðild að framangreindu máli, teljist hann aðili máls í skilningi stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Réttinda hans sem aðila máls samkvæmt stjórnarsýslulögum hafi hins vegar ekki verið gætt við málsmeðferðina. Ákvörðunin sé íþyngjandi fyrir áfrýjanda og setji á fyrirtæki hans verulegar kvaðir, þ.e. bann við kaupum á ákveðnum lyfjabúðum. Vísar áfrýjandi í þessi sambandi til athugasemda við frumvarp það sem varð að stjórnarsýslulögum, þar sem fram komi að undir hugtakið aðili máls eigi að skýra rúmt, þannig að það nái ekki einungis til þeirra sem eiga beina aðild að máli, heldur geti hugtakið einnig átt við þá sem hafa óbeinna hagsmuna að gæta. Þegar af þeirri ástæðu hafi samkeppnisyfírvöldum borið að gæta málsmeðferðarreglna stjórnarsýslulaga gagnvart áfrýjanda, einkum andmælaréttarins skv. IV. kafla stjórnarsýslulaga. Áfrýjanda hafi ekki verið gefinn kostur á að tjá sig um efni málsins áður en ákvörðun hafi verið tekin, og hafi síðar verið meinað um aðgang að gögnum málsins. Brot á andmælarétti gagnvart áfrýjanda feli í sér slíka galla á meðferð málsins að ógilda beri ákvörðunina.

Af hálfu samkeppnisráðs er bent á þá meginreglu stjórnarsýsluréttarins að aðili máls teljist vera sá, sem stjórnvaldsákvörðun beinist að. Augljóst sé að ákvörðun ráðsins nr. 4/2001 beinist ekki að áfrýjanda í venjulegum skilningi þess orðs, heldur einungis að samrunaaðilunum Lyfju hf. og Lyfjabúðum ehf. Meginskilyrði þess að aðrir aðilar en þeir sem stjórnvaldsákvörðun beinist að kunni að teljast málsaðilar séu þau að aðili eigi verulegra og einstaklegra hagsmuna að gæta varðandi meðferð máls og ákvarðanatöku. Hafa beri í huga að í aðild felist ekki aðeins andmælaréttur, heldur einnig réttindi eins og aðgangur að gögnum máls, sem geti auðveldlega farið í bága við viðkvæma fjárhags- eða viðskiptalega hagsmuni þeirra fyrirtækja, sem hyggja á samruna.

Samkeppnisráð telur að við mat á því, hvort áfrýjandi hafi átt svo einstaklegra og verulegra hagsmuna að gæta í tengslum við úrlausn

málsins, verði ennfremur að líta til þess að áfrýjandi hefur aldrei átt neinn lögvarinn rétt á að gerast kaupandi þeirra eigna sem seldar skyldu og að réttarstaða áfrýjanda hafi ekki breyst við töku ákvörðunarinnar. Hafi því ekki verið rétt að viðurkenna aðild hans og krefst samkeppnisráð þess aðallega að erindi áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Samkeppnisráð bendir á að jafnvel þótt fallist væri á, að áfrýjandi teldist aðili málsins, verði að telja að hann hafi ekki sýnt fram á orsakasamband milli meints brots á andmælarétti og efnisinnihalds ákvörðunar samkeppnisráðs.

Af hálfu samkeppnisráðs er lögð áhersla á, að almannahagsmunir mæli gegn því að taka kröfu áfrýjanda til greina. Samkvæmt mati ráðsins hefði samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða ehf. að óbreyttu leitt til markaðsyferráða hins sameinaða fyrirtækis og dregið verulega úr samkeppni. Ógilding ákvörðunar myndi væntanlega leiða til brottfellingar allra þeirra skilyrða, sem samruna voru sett í hinni kærðu ákvörðun. Afleiðingin yrði sú að skapa sameinuðu fyrirtæki þá markaðsráðandi stöðu, sem skilyrðin áttu að hindra.

## IV

### Niðurstaða

Eins og fram er komið heimilaði samkeppnisráð samruna Lyfju hf. og Lyfjabúða hf. með ákveðnum skilyrðum sem fram koma í hinni áfrýjuðu ákvörðun. Eitt af þeim skilyrðum var að við samrunann skyldu seldar fimm tiltekna lyfjabúðir. Ekki er ágreiningur um það með málsaðilum að til viðbótar var það skilyrði sett að umræddar lyfjabúðir skyldu ekki seldar áfrýjanda eða félagi því tengdu.

Síðastnefnt skilyrði varðar áfrýjanda beint og sérstaklega. Enginn vafi er á því að ákvörðunin á við um hann og að hún telst íþyngjandi gagnvart honum. Því var rétt að gefa honum kost á að gæta hagsmuna sinna áður en umrædd ákvörðun var tekin. Galli í málsmeðferð af þessu tagi telst verulegur og leiðir til ógildingar eins og hér stendur á. Af þessu leiðir að aðalkrafa samkeppnisráðs verður ekki tekin til greina. Hins vegar þykir ekki ástæða til að fella umræddan úrskurð úr gildi í heild sinni heldur aðeins að því leyti sem hann snertir hagsmuni áfrýjanda sérstaklega.

Af þessum sökum er felldur úr gildi sá þáttur ákvörðunarorðanna sem snýr sérstaklega að áfrýjanda, þ.e. orðin í 3. tl. um söluskilyrði og tímamörk sem fram koma í 1. mgr. og hljóða svo: “Eignasamstæðan skal

ekki seld [...], eða félagi því tengdu.” Ekki er ástæða til að hrófla við ákvörðunarorðunum að öðru leyti.

### Úrskurðarorð.

Orðin “Eignasamstæðan skal ekki seld [...], eða félagi því tengdu.” í 1. mgr. 3. tl. ákvörðunarorða ákvörðunar nr. 4/2001 eru felld úr gildi.