



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

**Greinargerð Samkeppniseftirlitsins
í máli áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/2006:**

**Diskurinn ehf. o.fl.
gegn
Samkeppniseftirlitinu**

Efnisyfirlit

I.	Krafa	2
II.	Málavextir.....	2
III.	Málsástæður og lagarök.....	7
1.	Andmælaréttur Disksins var ekki brotinn	8
1.1	Málið hófst að frumkvæði Disksins	9
1.2	Diskurinn fylgdist með málsmeðferðinni og gat ávallt komið að sjónarmiðum sínum	10
1.3	Diskurinn hafði vitneskju um andmælaskjalið og gat tjáð sig um það	14
1.4	Diskurinn fékk andmælaskjalið í hendur og gat tjáð sig um það	16
2.	Ætluð brot á andmælarétti geta ekki varðað ógildingu	19
2.1	Diskurinn ber ábyrgð á ætluðum annmarka.....	20
2.2	Brot á andmælarétti á fyrsta stjórnarsýslustigi í samkeppnismálum varðað ekki ógildingu	21
2.3	Ætluð brot á andmælarétti leiða ekki sjálfkrafa til ógildingar.....	25
2.3.1	Ætluð brot á andmælarétti gátu ekki haft áhrif á efni hinnar kærðu ákvörðunar.....	29
2.3.1.1	Um „failing firm“ vörnina	30
2.3.1.2	Um skilgreiningu á mörkuðum.....	30
2.3.1.3	Um samanburð á stöðu Senu fyrir og eftir samruna.....	30
2.3.2	Veigamiklar ástæður mæla gegn ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar.....	31
3.	Rannsóknarreglan var ekki brotin	32
4.	Meðalhófsreglan var ekki brotin.....	32
5.	Stjórnarsýsluhættir voru vandaðir	35
6.	Áfrýjunarnefnd samkeppnismála tekur sjálfstæða afstöðu til þess hvort áfrýjandi er aðili að máli	35
7.	Niðurlag.....	39



I. Krafa

Samkeppniseftirlitið krefst þess að kröfu Diskisins ehf. um ógildingu á ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2006 verði hafnað.

II. Málavextir

Með bréfi Einars Þórs Sverrissonar hdl., dags. 28. febrúar 2006, var Samkeppniseftirlitinu tilkynnt um kaup Dagsbrúnar hf. (Dagsbrún) á öllu hlutafé Diskisins ehf. (Diskurinn) í Senu ehf. (Sena), sbr. 3. mgr. 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. (fylgiskjal 1 með greinargerð þessari). Í bréfinu kemur fram að komi Samkeppniseftirlitið til með að óska eftir frekari upplýsingum muni lögmaðurinn hafa milligöngu um svör og aðra aðstoð. Bréfi lögmannsins fylgdi samrunaskrá, sbr. reglur nr. 881/2005 um tilkynningu samruna (fylgiskjal 2). Í samrunaskránni eru aðilar samrunans sagðir Dagsbrún og Sena og tekið fram að tengiliðir vegna samrunans séu Einar Þór Sverrisson hdl. og Jón Sveinsson hrl. Í samrunaskránni lýsti Einar Þór Sverrisson því yfir fyrir hönd samrunaðila að allar upplýsingar sem fram kæmu í henni væri sannar og fullnægjandi og allt mat og álit væri sett fram samkvæmt bestu vitund og í góðri trú. Bréfinu fylgdi jafnframt kaupsamningur, dags. 5. febrúar 2006 (fylgiskjal 3), þar sem kemur fram að Dagsbrún skuldbindi sig til að halda Senu og rekstri þess félags aðgreindum frá öðrum rekstri sínum og sem sjálfstæðri og óháðri rekstrareiningu. Í kaupsamningnum kom einnig fram að fyrir lægi að tilkynna þyrfti um kaupin til Samkeppniseftirlitsins og að Diskurinn áskildi sér allan rétt á því að taka þátt í málsmeðferð fyrir samkeppnisyfirvöldum til þess að stuðla að því að samningurinn gangi eftir skv. efni sínu. Vottar að undirritun samningsins voru Einar Þór Sverrisson hdl. og Jón Sveinsson hrl.

Með tveimur samhljóða bréfum (fylgiskjal 4-5) til Einars Þórs Sverrissonar hdl. og Jóns Sveinssonar hrl., dags. 8. mars 2006, tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að stofnunin teldi brýnt að ekki yrði gripið til neinna ráðstafana sem miðuðu að því að samruninn kæmi til framkvæmda. Með vísan til 5. mgr. 17. gr. samkeppnislaga óskaði stofnunin jafnframt eftir því að upplýst yrði hvort gripið hefði verið til eða hvort fyrirhugaðar væru ráðstafanir sem miðuðu að því að samruninn kæmi til framkvæmda. Þá fór stofnunin fram á upplýsingar og/eða gögn um 11 nánar tiltekin atriði tengdum samrunanum, þar á meðal um starfsemi félagsins Basecamp Ísland ehf. (Basecamp) en í 2. gr. kaupsamnings Dagsbrúnar og Diskisins var kveðið á um að umrætt félag fylgdi ekki með í kaupunum að undanskildri „hljóðvera- og grafíkstarfsemi“ félagsins. Á móttökukvittun vegna bréfsins sem var sent til Jóns Sveinssonar hrl. ritaði starfsmaður á skrifstofu lögmannsins eftirfarandi athugasemd: „Jón



Sveinsson er í veikindaleyfi og ekki væntanlegur næstu vikur eða jafnvel mánuði " (fylgiskjal 6).

Samkeppniseftirlitinu barst ekki svar frá Jóni Sveinssyni hrl. Þá barst stofnuninni heldur ekki svar frá öðrum lögmönnum á skrifstofu þeirri þar sem Jón starfar. Ennfremur barst ekkert svar frá Disknum. Svar við gagnaöflunarbeiðni Samkeppniseftirlitsins barst hins vegar frá Einari Þór Sverrissyni hdl. með bréfum, dags. 14 og 17. mars 2006 (fylgiskjöl 7-8).

Í bréfi Einars Þórs, dags. 14. mars, segir meðal annars:

„Eins og kom fram í samrunaskýrslunni mun Sena verðið (sic) rekin áfram sem sjálfstætt félag í eigu Dagsbrúnar. Engar þær ráðstafanir hafa verið gerðar eða eru fyrirhugaðar til að renna þessum tveimur félögunum (sic) saman í þeirri merkingu að Sena verði sjálfstæður lögaðili. Hefur mér beinlínis verið falið að lýsa því yfir í bréfi þessu að ekkert slíkt verði gert, a.m.k. ekki þar til samruninn hefur verið leiddur til lykta af hálfu Samkeppniseftirlitsins.“

Í bréfi lögmansins, dags. 17. sama mánaðar, er tekið fram að hluti svaranna byggist á samtali lögmansins við fjármálastjóra Dags Group ehf. (Dagur) en afþreyingarvið þess félags mun hafa verið fært yfir til Senu 1. janúar 2006. Mun Degi hafa verið skipt fyrir samrunann þannig að Diskurinn varð eigandi alls hlutafjár í Senu og Degi. Í bréfi lögmansins segir meðal annars svo:

„Frá því að samningur Dagsbrúnar og Senu var undirritaður hafa orðið eigendabreytingar á Diskinum ehf. Árdegi ehf., sem er félag í eigu Sverris Bergs Steinarssonar hefur keypt allt hlutafé Róberts Melax í félaginu.“

Þá koma fram upplýsingar í bréfinu um fyrirætlun Dags með Basecamp eins og nánar verður gerð grein fyrir.

Með því að stofnunin taldi svör samrunaaðila við spurningnum, sem hafði verið beint til þeirra, ófullnægjandi, sérstaklega að því er snerti starfsemi Basecamp, varð úr að haldinn var fundur með Einari Þór Sverrissyni hdl. ásamt Gunnari Smára Egilssyni, fyrirsvarsmanni Dagsbrúnar. Á fundinum, sem haldinn var að morgni 28. mars 2006, bárust í tal veikindi Jóns Sveinssonar hrl. og sú staðreynd að gagnaöflunarbréfi stofnunarinnar, sem var beint til hans, hefði ekki verið svarað. Upplýsti Einar Þór að Jón væri alvarlega veikur og því óvíst hvenær hann kæmi aftur til vinnu. Lýsti Einar Þór því jafnframt yfir að hann væri tengiliður samrunaaðila og að



stofnunin skyldi framvegis beina öllum erindum til hans meðan samruninn væri til athugunar. Á fundinum óskaði stofnunin einnig eftir ýmsum upplýsingum, þar á meðal um starfsemi samrunaaðila auk Basecamp. Kvaðst Einar Þór munu svara spurningunum og spurði hvort gagnlegt væri að fram kæmi yfirlýsing frá Sverri Berg Steinarssyni um málefni Basecamp. Var því svarað játandi, sbr. meðfylgjandi yfirlýsingu starfsmanna Samkeppniseftirlitsins (fylgiskjal 9).

Eftir að umræddur fundur var haldinn sendi Samkeppniseftirlitið Einari Þór Sverrissyni bréf, dags. 28. mars 2006, og tilkynnti samrunaaðilum að það teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, sbr. 4. mgr. 17. gr. samkeppnislaga (fylgiskjal 10).

Þann 30. sama mánaðar ritaði Sverrir Berg Steinarsson, fyrirsvarsmaður Dags, Samkeppniseftirlitinu bréf þar sem gerð var grein fyrir fyrirætlunum Dags að því er snerti Basecamp (fylgiskjal 11).

Með bréfi Einars Þórs Sverrissonar hdl., dags. 6. apríl 2006, bárust Samkeppniseftirlitinu svör við þeim spurningum sem voru lagðar fram á fundinum 28. mars s.á. (fylgiskjal 12). Í bréfinu koma m.a. fram mjög nákvæmar upplýsingar um veltu Basecamp sem er félag í eigu Dags eins og áður hefur komið fram.

Með bréfi til Einars Þórs Sverrissonar hdl., dags. 21. apríl 2006 (fylgiskjal 13), óskaði stofnunin meðal annars eftir nánar tilteknum upplýsingum um tekjur Senu og upplýsingum um alla samninga sem gerðir hefðu verið á milli Senu og/eða tengdra fyrirtækja annars vegar og Dagsbrúnar og/eða tengdra fyrirtækja hins vegar. Þá var óskað eftir upplýsingum hvernig þeir aðilar sem keyptu Skífuna ehf. (Skífan heitir nú Dagur Group og er Dagur rekinn á kennitölu Skífunnar), árið 2004, þ.e. Sverrir Berg Steinarsson og Róbert Melax eða félög þeim tengd, hefðu fjármagnað kaupin. Svör við spurningunum bárust með bréfi Einars Þórs, dags. 3. maí s.á. (fylgiskjal 14). Í bréfinu kom fram að rekstur innan Senu hefði ekki hafist fyrr en 1. janúar 2006. Að því er snerti sundurliðun á tekjum af þeirri starfsemi sem fluttist til Senu er vísað til upplýsinga frá Magnúsi Orra Haraldssyni, fjármálastjóra Dags og tekið fram að hann hefði „besta yfirsýn yfir rekstur Senu“. Þá var gerð grein fyrir fjármögnun Sverris Berg Steinarssonar forstjóra og stjórnarformanns Dags og Róberts Melax á Skífunni ehf. árið 2004. Í lok bréfsins segir síðan svo: „Telji Samkeppniseftirlitið að í ofangreindum svörum og fylgi-skjölum felist ekki fullnægjandi svör, mun undirritaður reyna að bæta þar úr með fulltingi starfsmanna viðkomandi fyrirtækja.“



Þann 2. maí 2006 bárust Samkeppniseftirlitinu upplýsingar sem stofnunin hafði óskað eftir frá Degi um skiptingu smásöluveltú verslana Skífunnar og BT á árinu 2005 (fylgiskjal 15).

Að beiðni Samkeppniseftirlitsins sendi Einar Þór Sverrisson hdl. stofnuninni nánar tiltekna upplýsingar um samrunafélögin á tímabilinu frá 9. – 22. maí 2006. Þar á meðal er að finna tölvupóst Samkeppniseftirlitsins til Einars Þórs frá 10. maí 2006 (fylgiskjal 16) þar sem óskað er upplýsinga í 5 liðum varðandi samrunann. Tölvupóst þennan framsendi Einar Þór til Magnúsar Orra Haraldssonar fjármálastjóra Dags þann 14. maí s.á. með ósk um svör við tilteknum liðum. Magnús Orri svaraði Einari Þór með tölvupósti 16. sama mánaðar sem síðan var framsendur Samkeppniseftirlitinu.

Að lokinni frumathugun Samkeppniseftirlitsins á samkeppnislegum áhrifum samruna Dagsbrúnar og Senu var tengilið samrunaaðila, Einari Þór Sverrissyni hdl., með bréfi, dags. 26. maí 2006, sent andmælaskjal, sbr. 1. mgr. 17. gr. reglna nr. 881/2005 um tilkynningu samruna (fylgiskjal 17). Í bréfinu var óskað eftir því að athugasemdir samrunaaðila bærust stofnuninni eigi síðar en 9. júní s.á. Athugasemdir samrunaaðila bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi Einars Þórs Sverrissonar hdl., dags. 9. júní 2006 (fylgiskjal 18). Í þeim er m.a. fjallað efnislega um málefni Dags, þ.m.t. um hlutafjáreign Dags í Dagsbrún, og vísað er til yfirlýsinga sem forsvarsmaður Dags hefur gefið Einari Þór. Þar segir:

„Tengsl Dags Group og Dagsbrúnar eru heldur ekki með þeim hætti að ógn stafi af. Hlutafjáreign Dags Group í Dagsbrún er eingöngu komin til vegna kaupa Dagsbrúnar á Senu. Forsvarsmaður Dags Group hefur lýst því yfir að hann muni selja þá hlutafjáreign við fyrsta tækifæri til að lækka skuldastöðu Árdegis vegna kaupa félagsins á hlut félaga á vegum Róberts Melax í Degi Group. Þá eru viðskipti D3 og Dags Group minniháttar í samanburði við heildarstarfsemi D3 og fjárfesting Merlin er lítill hluti af heildarefnahagi Árdegis.“

Einnig er gerð athugasemd við umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um markaðshlutdeild dótturfélaga Dags, þ.e. Skífunnar og BT.

Í kjölfarið voru haldnir fundir á milli samrunaaðila og Samkeppniseftirlitsins um miðbik og síðari hluta júnímánaðar þar sem farið var yfir málið.

Með bréfi, dags. 20. júní 2006 gerði Sverrir Berg Steinarsson, fyrirsvarsmaður Disksins og Dags, athugasemdir við málsmeðferð Samkeppnis-



eftirlitsins (fylgiskjal 19). Kvað bréfitari það vekja undrun sína að Samkeppniseftirlitið hafi ekki séð ástæðu til þess að leita eftir viðhorfum félaganna en sala Disksins á Senu hafi verið mjög mikilvægur þáttur í fjárhagslegri endurskipulagningu Dags. [...] ¹Samkvæmt því yrði ekki betur séð en að stofnunin hefði brotið gegn andmælarétti félaganna.

Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til Sverris Berg Steinarssonar (fylgiskjal 20), dags. 21. júní 2006, var bent á að í samrunatilkynningu kæmi fram að tengiliðir samrunaaðila væru þeir Einar Þór Sverrisson hdl. og Jón Sveinsson hrl. Vegna veikinda Jóns hefði Einar Þór lýst því yfir að samskipti fyrir báða aðila skyldu fara fram í gegnum hann. Í kjölfarið hafi öll samskipti og upplýsingaöflun vegna samrunans farið fram í gegnum Einar Þór hvort sem þau hafi tengst Dagsbrún, Senu eða Degi. Það hafi því verið skilningur stofnunarinnar að Einar Þór hafi verið tengiliður viðkomandi aðila. Í því ljósi hafi andmælaskjal vegna samrunans verið sent Einari Þór með bréfi stofnunarinnar, dags. 26. maí 2006. Hefði Einar Þór lýst því yfir á fundi hjá Samkeppniseftirlitinu 15. júní s.á. að hann hefði upplýst Sverri Berg um andmælaskjalið og efni þess. Þetta hafi hann jafnframt staðfest á fundi hjá stofnuninni í dag. Sverri Berg hafi því frá upphafi verið ljóst að málið væri til meðferðar hjá stofnuninni. Var tekið fram að kysi Sverrir Berg að koma að einhverjum frekari sjónarmiðum þyrftu þau að berast hið fyrsta.

Með bréfi, dags. 22. júní 2006 (fylgiskjal 21), ítrekaði Sverrir Berg Steinarsson, fyrirsvarsmáður Disksins og Dags, athugasemdir við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Taldi bréfitari að þau félög sem hann væri í fyrirsvari fyrir ættu rétt á að koma að athugasemdum áður en stofnunin tæki ákvörðun í málinu. Tók bréfitari fram að hvorki hann né nokkur fyrir hans hönd hefði fengið gögn málsins. Ættu félögin þess ekki kost að koma að athugasemdum sínum nema þau hefðu gögn málsins undir höndum. Í tölvupósti sem fylgdi nefndu bréfi frá Sverri Berg til Einars Þórs, dags. 22. júní s.á. (fylgiskjal 22), verður ráðið að Einar Þór hafi upplýst Sverri Berg um tilvist andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins. Þar segir m.a. *„Ég minnst þess að þú sagðir mér frá því um daginn að erindi hefði borist frá Samkeppniseftirlitinu, það er væntanlega þetta „andmælaskjal“, en ég minnst þess ekki að þú hafir kynnt mér efni þess til neinnar hlítar. Ég minnst þess ekki heldur að borist hafi í tal að Diskurinn eða Dagur Group væri á einhverjum andmælafresti“*.

Í bréfi Einars Þórs Sverrissonar hdl. til Sverris Berg Steinarssonar, dags. 23. júní (fylgiskjal 23), kemur fram að lögmaðurinn hafi upplýst Sverri

¹ Fellt út vegna trúnaðar.



Berg um tilvist andmælaskjalsins meðan hann vann að gerð athugasemda samrunaaðila. Nánar tiltekið segir í bréfi lögmannsins:

„Eftir þessa umræðu var ég spurður ítrekað um það hvort ég hefði ekki kynnt þér efni skýrslunnar. Ég sagði að ég hefði átt samtal við þig í eitt eða tvö skipti, þegar ég vann að andmælum Dagsbrúnar einkum til þess að afla mér upplýsinga. Einnig hefði ég verið í sambandi við fjármálastjóra Dags Group/Disksins, Magnús Orra varðandi upplýsingar og til þess að dýpka skilning minn á þessum markaði. Ég hefði hins vegar ekki afhent þér skýrsluna, né kynnt þér efni hennar að öðru leyti en því að ég hefði látið í ljós að á brattann væri að sækja, þar sem skýrslan væri á mjög neikvæðum nótum. Tilgreindi ég fáein dæmi því til stuðnings. Að öðru leyti hefði ég ekki kynnt þér efni skýrslunnar. Kom þetta fram á fundi 15. júní sl. og staðfesti ég þetta á fundinum á miðvikudaginn.“

Að beiðni Sverris Berg Steinarssonar var andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins ásamt gagnalista málsins sent honum með bréfi stofnunarinnar, dags. 23. júní 2006 (fylgiskjal 24). Var athygli vakin á því að efni andmælaskjalsins væri trúnaðarmál og tekið fram að hann gæti komið sjónarmiðum sínum fram á fundi með Samkeppniseftirlitinu kl. 14.00 26. sama mánaðar. Af hálfu Sverris var ekki mætt til nefnds fundar heldur barst Samkeppniseftirlitinu bréf frá Andra Árnasyni hrl. f.h. Dags og Disksins, dags. sama dag. Í bréfinu er mótmælt þeim skamma fresti sem veittur er til andmæla og hann talinn brjóta gegn málsmeðferðarreglum Samkeppniseftirlitsins sem og andmæla- og rannsóknarreglu stjórnarsýsluréttar.

Þann 27. júní 2006 tók Samkeppniseftirlitið ákvörðun þá sem um er deilt í þessu máli um ógildingu samruna Senu ehf. og Dagsbrúnar hf. Þann 14. júlí s.á. var nefnd ákvörðun kærð til áfrýjunarnefndar samkeppnismála af hálfu Disksins ehf. Í kærrunni er m.a. staðfest að Einar Þór Sverrisson hdl. hafi upplýst fyrirsvarsmenn Dags og Disksins um andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins og hann hafi látið í ljós þá skoðun sína að á brattann væri að sækja þar sem andmælaskjalið „*væri á mjög neikvæðum nótum*“. Hafi hann jafnframt tilgreint nokkur dæmi þess efnis.

III. Málsástæður og lagarök

Í máli þessu er kærð ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2006. Í henni er sýnt fram á með ítarlegum rökstuðningi að samruni Dagsbrúnar hf. og Senu hf. sé skaðlegur samkeppni og að skylt hafi verið að ógilda samrunann á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga. Áfrýjendur í málinu eru Dagsbrún, Diskurinn og Baugur Group hf.



Þann 16. ágúst sl. samþykkti áfrýjunarnefnd samkeppnismála bókun á fundi sínum vegna þessa máls. Í henni kemur fram að nefndin hafi ákveðið að taka sérstaklega til skoðunar málsástæður um formsatriði sem fram koma í kærðu Disksins. Er ástæða þess sögð sú að þessar málsástæður geti, ef þeir reynist réttar, einar sér leitt til ógildingar hinnar kærðu ákvörðunar. Var Samkeppniseftirlitinu gefin frestur til 23. ágúst 2006 til að tjá sig um um þessar málsástæður Disksins og kröfugerð.

Eins og nánar verður gerð grein fyrir var meðferð Samkeppniseftirlitsins á máli því sem leiddi til hinnar kærðu ákvörðunar hvort tveggja í samræmi við stjórnslög nr. 37/1993 og reglur um vandaða stjórnsluhætti. Auk þess verður rökstutt að ekki sé tilefni til að ógilda hina kærðu ákvörðun enda þótt áfrýjunarnefnd samkeppnismála komist að þeirri niðurstöðu að annmarki hafi verið á meðferð málsins. Verður nú vikið að einstökum málsástæðum Disksins.

1. Andmælaréttur Disksins var ekki brotinn

Kæra Disksins er í fyrsta lagi byggð á því að Samkeppniseftirlitið hafi látið hjá líða að senda áfrýjanda andmælasækjal stofnunarinnar í tengslum við hina kærðu ákvörðun og gefa honum hæfilegan frest, og þar með raunhæfan möguleika, til að gera skriflegar athugasemdir við það, koma að frekari skýringum og gögnum og fá þannig notið fullnægjandi andmælaréttar. Vísar Diskurinn í því sambandi til ákvæða stjórnslulaga og reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins.

Samkeppniseftirlitið telur í upphafi gagnlegt að draga saman kjarna þess sem felst í andmælarétti skv. IV. kafla stjórnslulaga. Hann er þessi:

- Vekja skal athygli aðila á því að mál hans sé til meðferðar nema ljóst sé að hann búi yfir slíkri vitneskju, sbr. 14. gr. stjórnslulaga.
- Aðili skal eiga rétt á því að kynna sér gögn málsins, sbr. 15. gr. stjórnslulaga.
- Aðili skal eiga þess kost að tjá sig um efni málsins áður en ákvörðun er tekin í því, sbr. 13. gr. stjórnslulaga.

Við nánari afmörkun á þessum reglum er mjög mikilvægt að horfa til þess að „[m]eginreglan er sú að aðili máls verður sjálfur að hafa frumkvæðið að því að kynna sér gögn og tjá sig um mál.“² Þá hefur og verulega þýðingu að við afmörkun á andmælarétti aðila er talið skipta miklu máli hvort mál hefst að frumkvæði aðilans sjálfs eða stjórnvaldsins. Þegar mál hefst að frumkvæði aðilans sjálfs ber aðilinn ríkari ábyrgð en ella á því að málið sé nægilega upplýst, þar á meðal að eiga frumkvæði að því að gera

² Páll Hreinsson, Stjórnslög, bls. 165-166.



stjórnvaldinu grein fyrir öllum þeim upplýsingum sem hafa þýðingu fyrir úrslit málsins og liggja ekki fyrir í málinu.³ Er þessi skylda þeim mun ríkari þegar um stærri fyrirtæki er að tefla.⁴ Þá verður að hafa í huga að þegar mál hefst að frumkvæði aðilans sjálfs nær andmælarétturinn ekki til upplýsinga sem aðillinn hefur sjálfur komið á framfæri við stjórnvaldið eða það hefur aflað frá honum meðan málið er til meðferðar.⁵

Samkeppniseftirlitið telur að á grundvelli framangreindra sjónarmiða eigi að meta hvort Samkeppniseftirlitið hafi brotið andmælarétt í hinni kærðu ákvörðun.

Eins og nú verður rökstutt var ekki um að ræða brot á andmælarétti Disksins.

1.1 Málið hófst að frumkvæði Disksins

Í kaupsamningi Disksins og Dagsbrúnar um kaup á hluti í Senu kom fram að fyrir liggja að tilkynna þyrfti um kaupin til Samkeppniseftirlitsins og að eftirlitið hafni samrunanum muni Diskurinn og Dagsbrún reyna að bæta þar úr. Þá segir að aðilar séu sammála um að láta tilkynningu til Samkeppniseftirlitsins ekki tefja framgang samningsins og að þar til niðurstaða eftirlitsins liggja fyrir skuli Dagsbrún halda rekstri Senu aðgreindum. Jafnframt kemur fram að Diskurinn áskildi sér allan rétt á því að taka þátt í málsmeðferð fyrir samkeppnisyfirvöldum til þess að stuðla að því að samningurinn gangi eftir skv. efni sínu. Í samrunatilkynningu til Samkeppniseftirlitsins var Jón Sveinsson hrl. tilkynntur sem annar tengiliður samrunaaðila en fyrir liggur að Jón Sveinsson var lögmaður Disksins við söluna á Senu og honum var falin hagsmunagæsla í þessu samrunamáli.

Af þessu leiðir að samrunamál þetta hófst að frumkvæði m.a. Disksins og að því félagi var alveg frá upphafi ljóst að fram myndi fara rannsókn á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga sem leitt gæti til ógildingar á sölu félagsins á Senu. Allt frumkvæði að því að gæta hagsmunna sinna hvíldi því hjá félaginu og því bar að eigin frumkvæði að veita

³ Sjá, Steen Rønsholdt, Forvaltningsret, Retssikkerhed, Proces, Sagsbehandling, Kaupmannahöfn 2001, bls. 378-9: „Hvor sagen er rejst af en eller flere parter som en ansøgningssag – dvs. på partens eget initiativ – vil der kunne stilles større krav til partens deltagelse i og ansvaret for sagens oplysning, end hvor sagen er rejste af forvaltningen – på dennes initiativ. ... Parten vil således som udgangspunkt være forpligtet til - på begæring – at fremkomme med de oplysninger, som er nødvendige for afgørelsen, og som forvaltningen ikke selv ligger inde med.”

⁴ Sjá, Steen Rønsholdt, Forvaltningsret, Retssikkerhed, Proces, Sagsbehandling, Kaupmannahöfn 2001, bls. 381: „Oplysningspliktens udstrækning påvirkes også af ansøgerens forhold og muligheder. Således kan der stilles større krav til en kapital- og teknologistærk virksomheds oplysningsplikt ...”.

⁵ Sjá, Steen Rønsholdt, Forvaltningsret, Retssikkerhed, Proces, Sagsbehandling, Kaupmannahöfn 2001, bls. 401-2: „Hvor der er tale om en ansøgningssag – og altså en sag rejst på partens initiativ – vil der følgelig ikke være høringspligt i forhold til de oplysninger parten har indleveret i forbindelse med ansøgningen eller efterfølgende er blevet afkrævet ti lbrug for forvaltningens sagsbehandling.”



Samkeppniseftirlitinu upplýsingar um allt sem gat haft áhrif á rannsókn málsins.

1.2 Diskurinn fylgdist með málsmeðferðinni og gat ávallt komið að sjónarmiðum sínum

Við upphaf málsmeðferðar sendi Samkeppniseftirlitið Jóni Sveinssyni hrl. gagnaöflunarbréf, dags. 8. mars 2006, þar sem óskað var ítarlegra upplýsinga í 11 liðum um ýmiss atriði tengd samrunanum. Þessu bréfi var ekki svarað heldur var skráð af lögmannsstofu hans á móttökutilkynningu þá sem fylgdi bréfinu að Jón Sveinsson væri í veikindaleyfi og ekki væntanlegur næstu vikur eða mánuði. Svar barst hins vegar frá Einari Þór Sverrissyni hdl. með bréfum, dags. 14. og 17. mars sl. Í kjölfarið var þann 28. mars sl. haldin fundur með Einari Þór. Eins og nánar greinir hér að ofan bárust veikindi Jóns í tal á fundinum og kvað Einar Þór þau alvarleg. Í kjölfarið lýsti Einar Þór því yfir að hann myndi taka að sér að afla þeirra gagna sem Samkeppniseftirlitið vanhagaði um í málinu og vera tengiliður við aðila málsins. Samkeppniseftirlitið hafði enga ástæðu til annars en að taka þessi orð lögmanns trúanleg og í kjölfarið beindi eftirlitið öllum bréfaskrifum og samskiptum að Einari Þór.

Hér skiptir og máli að öll framvinda málsins fyrir og eftir umræddan fund ber það með sér að í kjölfar veikinda Jóns Sveinssonar hafi verið fullkomlega eðlilegt af hálfu Samkeppniseftirlitsins að líta á Einar Þór sem tengilið vegna samrunans. Gögn málsins styðja og að á fundinum 28. mars hafi Einar Þór upplýst Samkeppniseftirlitið um að hann kæmi til með að vera tengiliður við alla aðila málsins og sæi um gagnaöflun. Má þar helst benda á eftirfarandi:

- Gagnaöflunarbréfi Samkeppniseftirlitsins til Jóns Sveinssonar hrl., dags. 8. mars 2006, var eins og áður sagði aldrei svarað af hálfu Disksins heldur bárust upplýsingarnar frá Einari Þór. Í svari hans, dags. 17. mars s.á., er að finna ýmsar upplýsingar er snúa að Diskinum og dótturfélagi þess félags Degi. Til dæmis er Samkeppniseftirlitið upplýst um eignabreytingar á Diskinum ásamt því sem fjallað er ítarlega um rekstur Basecamp sem er félag í eigu Dags. Þá er tekið fram í bréfinu að svör í bréfinu séu m.a. byggð á samtali við fjármálastjóra Dags. Augljóst er því að fyrirsvarsmenn Disksins voru meðvitaðir um framkomuð gagnaöflunarbréf og tóku þátt í að svara því með upplýsingagjöf til Einars Þórs Sverrissunar. Í ljósi hefðbundinna vinnubragða lögmanns verður að gefa sér að Diskurinn hafi fengið afrit af bréfi eftirlitsins frá 8. mars 2006. Augljóst er einnig að Diskurinn fékk vitneskju um veikindi lögmanns síns. Blasir því við að forsvarsmönnum Disksins var mögulegt að tilnefna annan lögmann til þess að sjá um mál sitt gagnvart Samkeppniseftirlitinu eða svara umræddu gagnaöflunarbréfi án



lögmanns, sem þeir gerðu ekki. Hlýtur Diskurinn að hafa kannað þetta gaumgæfilega í ljósi þeirra hagsmuna sem félagið telur sig hafa af sölu á Senu og með hliðsjón af því að félaginu var frá upphafi ljóst að til ógildingar Samkeppniseftirlitsins gæti komið. Í stað þess að tilnefna þriðja lögmanninn fól Diskurinn Einari Þór Sverrissyni að svara gagnaöflunarbeiðni stofnunarinnar. Samkeppniseftirlitið hafði því réttmæta ástæðu til að líta á þann lögmann sem tengilið í málinu.

- Á fundi Samkeppniseftirlitsins með Einari Þór Sverrissyni 28. mars sl. lýsti eftirlitið þeirri skoðun sinni að upplýsingar um starfsemi Basecamp væru ekki fullnægjandi eins og þær birtust í bréfi Einars Þórs dags. 17. sama mánaðar. Tók Einar Þór að sér að útvega nákvæmari upplýsingar. Þann 30. mars s.m. barst eftirlitinu bréf frá Sverri Berg Steinarssyni eiganda Disksins og stjórnarformanni Dags þar sem fyrirætlun félagsins með Basecamp er lýst í ítarlegu máli. Styður þessi atburðarrás enn frekar þá afstöðu Samkeppniseftirlitsins að Einar Þór hafi komið fram sem tengiliður í málinu gagnvart Disknum og Degi og sýnir fram á að Diskurinn fylgdist með málsmeðferðinni og kom að sjónarmiðum.
- Á nefndum fundi Samkeppniseftirlitsins með Einari Þór þann 28. mars 2006 voru settar fram nokkrar spurningar vegna atriða sem tengdust samrunanum. Þann 6. apríl sl. barst eftirlitinu bréf þar sem umræddum spurningum var svarað. Í bréfinu er eftirlitið upplýst með mjög nákvæmum hætti um veltuskiptingu Basecamp árið 2005. Ásamt því að gefnar eru upplýsingar um starfsmannahald innan Basecamp og veltu þeirra eininga sem Sena keypti út úr Basecamp. Samkeppniseftirlitið vekur hér aftur sérstaka athygli á því að Basecamp er í eigu dótturfélags Disksins og að Einar Þór Sverrisson hdl. tók að sér afla upplýsinga vegna Basecamp. Ber einnig að hafa í huga að um er að ræða viðkvæmar trúnaðarupplýsingar varðandi rekstur Basecamp sem eðli málsins samkvæmt eru eingöngu afhentar lögmanni/tengilið fyrirtækis en ekki utanaðkomandi aðilum.
- Með bréfi til Einars Þórs Sverrissonar hdl., dags. 21. apríl 2006 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir ýmsum upplýsingum tengdum samrunafyrirtækjunum. Þar á meðal var óskað upplýsinga um tekjur Senu vegna sölu á ýmsum mörkuðum á árinu 2005 ásamt sundurliðun eftir stærstu viðskiptavinum. Þá var óskað eftir upplýsingum um hvernig þeir aðilar sem keyptu Skífuna ehf. (nú Dagur), árið 2004, þ.e. Sverrir Berg Steinarsson og Róbert Melax eða félag þeim tengd, hefðu fjármagnað kaupin. Svar barst frá Einari Þór með bréfi, dags. 3. maí 2006. Vekur þar sérstaka athygli að upplýsingar sem varða tekjur Senu og stærstu viðskiptavini eru sagðar unnar af Magnúsi Orra Haraldssyni fjármálastjóra Dags



Group. Þá er í bréfinu gerð grein fyrir fjármögnun Sverris Berg Steinarssonar forstjóra og stjórnarforms Dags og Disksins og Róberts Melax á Skífunni ehf. árið 2004. Að mati Samkeppniseftirlitsins er hér augljóslega um upplýsingar að ræða sem komnar eru frá Sverri Berg stjórnarformanni Dags og Disksins þar sem um er að ræða viðkvæmar viðskiptaupplýsingar sem aðeins geta verið á fárra manna hendi. Samkeppniseftirlitið hafði þess vegna ekki ástæðu til ætla annað en að Einar Þór hafi verið tengiliður allra samrunaaðila. Þá er bent á að í lok bréfsins segir eftirfarandi: „*Telji Samkeppniseftirlitið að í ofangreindum svörum og fylgiskjölum felist ekki fullnægjandi svör, mun undirritaður reyna að bæta þar úr með fulltingi starfsmanna viðkomandi fyrirtækja.*”

- Samkeppniseftirlitið sendi tölvupóst til Einars Þórs 10. maí 2006 þar sem óskað er upplýsinga í 5 liðum varðandi ýmis fjárhagsleg og rekstrarleg atriði tengd samrunafyrirtækjunum. Tölvupóst þennan framsendi Einar Þór til Magnúsar Orra Haraldssonar fjármálastjóra Dags þann 14. maí s.á. með ósk um svör við tilteknum liðum. Magnús Orri svaraði Einari Þór með tölvupósti 16. sama mánaðar sem síðan var framsendur Samkeppniseftirlitinu.
- Bæði Einar Þór og Diskurinn hafa upplýst að Einar Þór greindi Diskinum frá andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins, sbr. nánari umfjöllun í málavaxtalýsingu og hér á eftir.
- Í athugasemdum Einars Þórs við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins, dags. 9. júní sl., eru settar fram efnislegar athugasemdir um málefni sem varða Diskinn og Dag, sbr. það sem að ofan greinir.

Að öllu framangreindu virtu þá blasir við að Einar Þór hefur verið tengiliður við Dag og Diskinn allt samrunaferlið. Þannig hefur Einar Þór aflað ýmissa gagna og upplýsinga frá starfsmönnum nefndra félaga, m.a. ýmissa trúnaðargagna sem engum nema tengilið eða hagsmunagæslumanni hefðu verið afhent. Af þessu má ráða tvennt. Annars vegar að Disknum var kunnugt um meðferð málsins allt samrunaferlið og í hvaða farvegi það var og hins vegar að Diskurinn hafði kost á því að koma að athugasemdum og gögnum í gegnum Einar Þór undir rekstri málsins og nýtti sér það eins og framangreind upptalning ber með sér. Af þessu leiðir að ekki er með nokkru móti hægt að bera því við að andmælaréttur Disksins hafi verið brotinn undir rekstri málsins.

Eins og nánar verður rakið geta þau sjónarmið sem Diskurinn hefur sett fram ekki breytt framangreindri niðurstöðu.



Í kærri sinni mótmælir Diskurinn því að Einar Þór Sverrisson hafi komið fram fyrir hönd hans. Vísar hann m.a. til þess að það liggi í hlutarins eðli að sami lögmaður geti ekki gætt hagsmuna kaupenda og seljenda fyrir samkeppnisyfirvöldum í samrunamáli. Samkeppniseftirlitið bendir hér á að árinu 2005 og það sem af er árinu 2006 hafa 50 samrunar verið afreiddir af samkeppnisyfirvöldum. Í 42 málum hefur einn lögmaður verið tengiliður allra aðstandenda samrunans gagnvart Samkeppniseftirlitinu eða í 84% mála. Í einhverjum tilvikum hefur eitthvert samrunafélaganna séð sér hag í því að mæta á fundi með Samkeppniseftirlitinu með annan lögmann en þann sem er tengiliður. Eftir sem áður fara öll bréfaskrif í gegnum tengiliðinn og teljast þannig réttilega birt gagnvart öllum aðilum málsins. Hefur þetta ekki valdið vandkvæðum. Fyrir utan þetta mál hefur Einar Þór Sverrisson staðið að 8 samrunatilkynningum. Í öllum þeim hefur hann verið tengiliður allra aðila. Það var því ekkert óeðlilegt við þá ráðstöfun að Einar Þór yrði einn tengiliður við alla aðila í þessu máli heldur þvert á móti í samræmi við verklag í samrunamálum, m.a. verklag hans sjálfs.

Diskurinn fullyrðir að hann hafi aldrei falið Einari Þór Sverrissyni hdl. að gæta hagsmuna sinna gagnvart stofnuninni. Kveðst félagið hafa tilnefnt Jón Sveinsson hrl. til að gæta hagsmuna sinna en ekki tilnefnt annan lögmann eftir að Jón veiktist. Telur Diskurinn engu skipta þótt Einar Þór hafi séð um að svara fyrirspurnum stofnunarinnar sem meðal annars vörðuðu félagið eða þótt Einar Þór hafi komið slíkum fyrirspurnum áleiðis til félagsins og það í framhaldi af því sent svör til stofnunarinnar.

Eins og áður hefur komið fram telur Samkeppniseftirlitið að ekkert bendi til annars en að Einar Þór hafi komið fram fyrir hönd Disksins gagnvart stofnuninni. Telur stofnunin að hvort tveggja hegðun lögmannsins og fyrirsvarsmanns áfrýjanda á tímabilinu frá því að samruninn var tilkynntur og fram til 20. júní 2006 sýni svo ekki verði um villst að lögmaðurinn gætti hagsmuna áfrýjanda.

Í þeim tilvikum þar sem lögmaður kemur fram fyrir hönd aðila máls er ekki talin þörf á því að stjórnvald krefjist staðfestingar á umboði lögmannsins nema sérstakt tilefni sé til að draga umboðið í efa.⁶ Dómstólar hafa þannig talið að þegar lögmaður kemur fram fyrir hönd aðila máls í samskiptum við stjórnvald, t.d. með því að mæta á fundi eða

⁶ Sjá, Steen Rønsholdt, Forvaltningsret, Retssikkerhed, Proces, Sagsbehandling, Kaupmannahöfn 2001, bls. 273: „Er repræsentation tilknyttet en faglig stand, hvis medlemmer professionelt fungerer i repræsentationsforhold såsom revisorer, landinspektører, socialrådgiverere eller advokater, vil det normalt kun være nødvendigt at forlange dokumentation, hvis de konkrete omstændigheder gør repræsentationsforholdets (forsatte) eksistens tvivlsomt“.



skrifa bréf, sé stjórnvaldinu rétt að líta svo á að lögmaðurinn hafi umboð til að koma fram fyrir hönd aðilans.⁷

Samkvæmt framansögðu hafði Samkeppniseftirlitið enga ástæðu til að draga umboð Einars Þórs í efa.

Í kæru Disksins er sagt að rangt sé að öll upplýsingaöflun gagnvart honum hafi farið í gegnum Einar Þór Sverrisson. Er í því sambandi vísað til bréfs Samkeppniseftirlitsins frá 21. apríl 2006.

Með umræddu bréfi Samkeppniseftirlitsins var óskað upplýsinga frá Degi Group um tekjur Skífunnar og BT af sölu á tónlist, dvd-myndum og tölvuleikjum. Ástæða þess að þessara upplýsinga var sérstaklega aflað frá Degi Group, jafnvel þó Einar Þór hefði boðist til að vera milligöngumaður varðandi upplýsingar frá fyrirtækinu, var sú að um var að ræða mjög viðkvæmar viðskiptaupplýsingar verslana sem starfa í samkeppni við verslanir í eigu Haga sem eru tengdar Dagsbrún. Ekki þótti rétt að afla þessara tilteknu upplýsinga frá Einari Þór Sverrissyni sem starfað hefur fyrir bæði Dagsbrún og Haga. Hefur verið beitt samskonar verklagi í samrunamálum þar sem einn lögmaður hefur verið tengiliður og svipuð aðstaða uppi. Þessi eina undantekning, sem helgaðist af augljósum samkeppnislegum rökum, breytir engu um það að Samkeppniseftirlitið leit réttilega á Einar Þór sem tengilið kaupanda og seljanda í þessu samrunamáli.

1.3 Diskurinn hafði vitneskju um andmælaskjalið og gat tjáð sig um það Framangreind umfjöllun sýnir að mál þetta hófst að frumkvæði Disksins og að félagið fylgdist með málsmeðferðinni og gat ávallt komið að sjónarmiðum sínum. Þessu til viðbótar liggur fyrir í málinu að skömmu eftir að andmælaskjalið var sent Einari Þór hafi hann a.m.k. upplýst Diskinn um tilvist þess og efni. Diskurinn hafði því alla möguleika á því að koma að sjálfstæðum athugasemdum við skjalið hefði félagið talið raunverlega ástæðu til þess. Má ráða þetta af eftirfarandi gögnum.

Í tölvupósti frá Sverri Berg Steinarssyni til Einars Þórs Sverrissonar, dags. 22. júní s.á., sem fylgdi bréfi Sverris til Samkeppniseftirlitsins sama dag kemur fram að Einar Þór hafi upplýst Sverri Berg um tilvist andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins. Þar segir m.a. „Ég minnst þess að þú sagðir mér frá því um daginn að erindi hefði borist frá Samkeppniseftirlitinu, það er

⁷ Sjá t.d. dóm Hæstaréttar Íslands 15. nóvember 2001 í máli nr. 170/2001, Ingólfur Árnason og Rósa Gísladóttir gegn Högna Albertssyni. Hæstiréttur hafnaði þeirri málsástæðu annars áfrýjanda, að landskiptanefnd hafi ekki mátt líta svo á, að nánar tiltekinn héraðsdómslögmaður hefði umboð til að koma fram fyrir hans hönd, þótt synir hans hefðu umboð til hins sama, enda hefði þá með skýrum hætti þurft að afturkalla stöðuumboð lögmannsins, en hann hafði meðal annars mætt á fund landskiptanefndar og skrifað bréf fyrir hann.



væntanlega þetta „andmælaskjal“, en ég minnst þess ekki að þú hafir kynnt mér efni þess til neinnar hlítar. Ég minnst þess ekki heldur að borist hafi í tal að Diskurinn eða Dagur Group væri á einhverjum andmælafræsti“.

Í bréfi Einars Þórs Sverrissonar hdl. til Sverris Berg Steinarssonar, dags. 23. júní 2006 kemur einnig fram að lögmaðurinn hafi upplýst Sverri Berg um tilvist andmælaskjalsins meðan hann vann að gerð athugasemda samrunaaðila. Nánar tiltekið segir í bréfi lögmannsins:

„Eftir þessa umræðu var ég spurður ítrekað um það hvort ég hefði ekki kynnt þér efni skýrslunnar. Ég sagði að ég hefði átt samtal við þig í eitt eða tvö skipti, þegar ég vann að andmælum Dagsbrúnar einkum til þess að afla mér upplýsinga. Einnig hefði ég verið í sambandi við fjármálastjóra Dags Group/Disksins, Magnús Orra varðandi upplýsingar og til þess að dýpka skilning minn á þessum markaði. Ég hefði hins vegar ekki afhent þér skýrsluna, né kynnt þér efni hennar að öðru leyti en því að ég hefði látið í ljós að á brattann væri að sækja, þar sem skýrslan væri á mjög neikvæðum nótum. Tilgreindi ég fáein dæmi því til stuðnings. Að öðru leyti hefði ég ekki kynnt þér efni skýrslunnar. Kom þetta fram á fundi 15. júní sl. og staðfesti ég þetta á fundinum á miðvikudaginn.“

Ofangreint er ennfremur staðfest í kærú Diskins. Þar segir m.a. að Einar Þór Sverrisson hafi upplýst fyrirsvarsmenn Diskins um andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins og hann hafi látið í ljós þá skoðun sína að á brattann væri að sækja þar sem skýrslan „*væri á mjög neikvæðum nótum*“. Hafi hann jafnframt tilgreind nokkur dæmi þess efnis.

Samkeppniseftirlitið bendir á að andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins var boðsent Einari Þór þann 26. maí sl. Andmælaskjalið var ekki sent Disknum vegna þess að Samkeppniseftirlitið hafði enga ástæðu til að ætla annað en að Einar Þór væri tengiliður allra aðstandenda samrunans. Einar Þór skilaði athugasemdum þann 9. júní s.l. Fyrir liggur að á þessu tímabili upplýsti Einar Þór Sverri Berg stjórnarformann Diskins og Dags Group um það sem hann taldi vera „mjög neikvætt“ andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins. Einnig aflaði hann upplýsinga frá þessum aðilum til að í nota við gerð athugasemdanna. Ekki þarf heldur að leiðbeina stóru fyrirtæki um þýðingu andmælaskjala í samrunamálum.

Sé það rétt að Diskurinn hafi ekki litið svo á að Einar Þór kæmi fram fyrir hönd félagsins var félaginu í lófa lagið að óska eftir títtnefndu andmælaskjali í tíma teldi félagið þörf á því að koma að athugasemdum. Ber í þessu sambandi að hafa í huga umrædd ákvæði kaupsamningsins á



Senu og þá miklu hagsmuni sem Diskurinn telur sig hafa af sölunni á því félagi. Vekur því óneitanlega undrun, svo ekki sé meira sagt, að forsvarsmenn Disksins hafi kosið að bíða til 20. júní til þess að vekja máls á því að félagið hafi ekki notið andmælaréttar í málinu. Hér verður að aftur að hafa í huga að félagið var meðvitað um að málið væri til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu og að frestir í samrunamálum eru lögbundnir. Er andvaraleysi forsvarsmanna Disksins slíkt að hafa ekki kallað eftir andmælaskjalinu í tíma að óneitanlega kemur upp grunsemd um að Diskurinn hafi séð sér færi á því að reyna að fella málið á meintum formgalla og að ekki hafi verið raunverulegur áhugi á að koma að athugasemdum.

Í þessu sambandi er rétt að benda á að enn í dag hafa engin efnisleg sjónarmið komið fram af hálfu Disksins, önnur en þau en aflað var undir málsmeðferðinni. Enn liggur því ekki fyrir hvaða sjónarmið það eru sem félagið hefur fram færa sem mikilvæg voru fyrir úrlausn málsins. Nánar verður fjallað um þetta síðar í greinargerðinni.

Að framangreindu virtu blasir við að forsvarsmenn Disksins voru meðvitaður um framkomið andmælaskjal sem væri á „mjög neikvæðum nótum“ skömmu eftir að skjalið var sent samrunaaðilum. Liti Diskurinn svo á að Einar Þór væri ekki í forsvari fyrir félagið átti Diskurinn þann kost að kalla strax eftir umræddu skjali og koma að andmælum sínum í tíma. Eftir að Diskurinn fékk vitneskju um andmælaskjalið varð félagið að hafa frumkvæði að því að nýta sér andmælarétt sinn. Diskurinn kaus hins vegar að láta þar við sitja og kalla ekki eftir andmælaskjalinu fyrr en nokkrum vikum síðar þegar sá fyrir endann á málinu. Er útilokað að líta svo á að um brot á andmælarétti geti verið að ræða. Hér verður að hafa í huga að Dagur Group/Diskurinn er stórfyrirtæki sem er vant að eiga samskipti við stjórnvöld og nýtur aðstoðar lögmanna.

Í ljósi þessa getur ekki verið um að ræða brot á andmælarétti.

1.4 Diskurinn fékk andmælaskjalið í hendur og gat tjáð sig um það
Máli sínu til stuðnings vísar Diskurinn til þess að andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins hafi verið sent félaginu með bréfi stofnunarinnar föstudaginn 23. júní 2006. Í bréfinu hafi Disknum verið gefinn kostur á að koma sjónarmiðum sínum á framfæri á fundi með forsvarsmönnum Samkeppniseftirlitsins mánudaginn 26. júní s.á. kl. 14:00, eða tæpum þremur sólarhringum síðar. Andmælaskjalið hafi verið 56 blaðsíður og efni þess um margt mjög flókið og viðamikilið eins og skjalið sjálft ber með sér. Liggi það í hlutarins eðli að kærandi hafi ekki átt þess kost, með jafn skömmum fyrirvara og raun bar vitni, að kynna sér efni andmælaskjalsins til hlítar og setja fram rökstudd andmæli, þannig að fullnægjandi sé. Hafi



áfrýjandi því ekki séð sér fært að mæta á fund hjá Samkeppniseftirlitinu þann 26. júní 2006. Sé augljóst að umræddur frestur hafi engan veginn getað talist hæfilegur. Hafi hagsmunir og réttindi áfrýjanda algjörlega verið fyrir borð borin. Einnig er vísað til þess að lögmaður Disksins hafi verið staddur úti á landi. Er jafnframt vísað til þess að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn 11. gr. stjórnarsýslulaga með því að aðilum málsins hafi verið veittur mislangur frestur til að koma að sjónarmiðum sínum, gögnum og málsástæðum.

Samkeppniseftirlitið vill fyrst taka fram að í ljósi framangreindra atvika allra kom það Samkeppniseftirlitinu verulega á óvart þegar því barst þann 20. júní 2006 umrætt bréf frá Diskinum þar sem félagið hélt því fram að það hefði ekki getað tjáð sig í málinu. Samkeppniseftirlitið svaraði daginn eftir og gerði Disknum grein fyrir því að eftirlitið hefði litið á Einar Þór sem tengilið í málinu og því gengið út frá því að Diskinum væri kunnugt um stöðu málsins. Var og tekið fram að ef Diskurinn vildi koma að einhverjum frekari sjónarmiðum yrðu þau að berast hið fyrsta. Diskurinn svaraði með bréfi, dags. 22. júní sl., þar sem félagið kvaðst ekki hafa fengið nein gögn í hendur og gæti því ekki gætt andmælaréttar síns. Samkeppniseftirlitið brást við þessu með því að senda Disknum daginn eftir umrætt andmælaskjal ásamt lista yfir gögn málsins. Í ljósi tímafresta 17. gr. samkeppnislaga bauð Samkeppniseftirlitið Disknum að koma að sjónarmiðum sínum á fundi 26. júní 2006. Það þáði Diskurinn ekki.

Af þessu sést enn og aftur að Samkeppniseftirlitið var í góðri trú um að Einar Þór væri tengiliðurinn í málinu og andmælaskjalið hefði réttilega verið birt öllum viðkomandi. Alveg án tillits til þess hversu ótrúverðuga Samkeppniseftirlitið taldi þessa framgöngu Disksins vera gerði eftirlitið allt sem það gat þegar bréfið barst 20. júní sl. til þess að gefa Diskinum frekara færi á því að tjá sig. Auðvitað er ljóst að skammur tími var til stefnu. Hins vegar er jafn ljóst að ef Diskurinn hafði raunverulegan áhuga á því að koma að mikilvægum sjónarmiðum gat félagið hæglega gert það á fundinum og reynt þannig eftir föngum að hafa áhrif á efnislega ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Í þessu sambandi verður og að hafa í huga að andmælaskjalið varðar starfsemi sem Diskurinn gjörþekkir.⁸ Hefur það vitaskuld áhrif á afmörkun andmælaréttar. Slík framgangna hefði sýnt góða trú félagsins og staðfest að það hefði einhver efnisleg sjónarmið fram að færa, sem ekki voru þegar fram komin í samrunatilkynningu og athugasemdum sem m.a. Einar Þór ritaði. Disknum var síðan í lófa lagið

⁸ Sjá hér t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003 Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði. Við mat á því hvort andmælaréttur hefði verið brotin á Icelandair vísaði áfrýjunarnefnd til þess að Icelandair væri gjörkunnugt flugmarkaðnum og ætti því auðvelt að gera sér grein fyrir tilteknum efnisatriðum málsins.



að lýsa nánar þessum athugasemdum sínum í kærni til áfrýjunarnefndar ef það hefði verið ósátt við ákvörðun Samkeppniseftirlitsins.

Tímastresturinn sem Diskurinn fékk er vissulega skammur. Hann helgaðist hins vegar af kröfum 17. gr. samkeppnislaga og aðstæðum sem eftirlitið gat ekki borið ábyrgð á.

Hér verður og almennt að hafa í huga sérstöðu samrunamála og þann þrönga tímaramma sem ákvæði samkeppnislaga setja. Skv. 4. mgr. 17. gr. samkeppnislaga hefur Samkeppniseftirlitið 30 daga til að meta hvort ástæða sé til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samruna. Þegar Samkeppniseftirlitið hefur tilkynnt um slíka rannsókn hefur það þrjá mánuði til að taka ákvörðun um ógildingu samruna. Samkvæmt þessu getur málsmeðferð í samrunamálum að hámarki tekið fjóra mánuði. Af orðalagi 17. gr. laganna leiðir að sé ákvörðun um ógildingu tekin eftir að frestur rennur út er hún ógild, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/1998 *Mjólkursamsalan í Reykjavík og Myllan-Brauð hf. gegn samkeppnisráði* þar sem komist var að sömu niðurstöðu í tíð eldri laga. Í EES/EB-samkeppnisrétti gilda einnig þröngir tímastrestir í samrunamálum en þeir eru þó talsvert rýmri en skv. íslenskum samkeppnislögum. Þegar núgildandi samrunaákvæði voru tekin upp í samkeppnislög með lögum nr. 107/2000 var í gildi samrunareglugerð EB ráðsins nr. 4064/89. Samkvæmt þeirri reglugerð hafði framkvæmdastjórn EB allt að sex vikum til að meta hvort samruni kallaði á frekari rannsókn eða hvort unnt væri ljúka málinu með einfaldari hætti. Ef framkvæmdastjórnin taldi ástæðu til frekari rannsóknar hafði hún fjóra mánuði til viðbótar frá því að ákvörðun var tekin um hefja slíka rannsókn. Samkvæmt núgildandi samrunareglugerð EB (reglugerð EB ráðsins nr. 139/2004) hefur þessi frestur verið aukinn. Framkvæmdastjórnin hefur nú 35 virka daga til að meta þörf á frekari rannsókn og allt fimm mánuði til að taka endanlega ákvörðun. Undir vissum kringumstæðum getur sá frestur verið enn lengri.

Í EES/EB-samkeppnisrétti er það viðurkennt sjónarmið að við málsmeðferð framkvæmdastjórnarinnar í samrunamálum verði að taka sérstakt tillit til hinna þröngu tímastresta samrunareglanna. Hafa dómstólar EB þannig fallist á við prófun á málsmeðferð framkvæmdastjórnarinnar verði að hafa hliðsjón af þörfinni fyrir málshraða í þessum málaflokki (nefnt á ensku „need for speed“).⁹ Hefur

⁹ Sjá t.d. dóm undiréttar EB í máli nr. T-221/95 *Endemol v Commission* [1999] ECR II-1299: „The Court has previously held that, while undertakings have a right to protection of their business secrets, that right must nevertheless be balanced against safeguarding the rights of the defence ... The Commission may therefore be required to reconcile the opposing interests by preparing non-confidential versions of documents containing business secrets or of other sensitive information ... The Court considers that the same principles are applicable to access to the files in concentration cases



undirréttur EB sökum þessa t.d. fallist á að heimilt geti verið að veita mjög stutta fresti til að koma að sjónarmiðum í samrunamálum. Hefur t.d. í einu máli verið talið að tveggja daga frestur til þess að tjá sig um tiltekin þátt máls geti verið réttlætanlegur.¹⁰ Í öðru samrunamáli var 24 tíma frestur talinn nægjanlegur til þess að tjá sig um vissan efnisþátt í málinu.¹¹ Í General Electric samrunamálinu fyrir undirrétti EB vísaði undirrétturinn til nauðsynjar á hraðri málsmeðferð. Hún geti verið samrunaðilum erfið en á móti sé með henni tryggt að samrunamál taki skamman tíma og fyrirtæki hafi almennt hag af því.¹²

Fyrirtæki í samrunamálum geta ekki varðandi ætluð brot á andmælarétti vísað til þess að lögmenn þeirra séu staddir í erindagjörðum á landsbyggðinni. Ef fyrirtæki kjósa að nýta sér þjónustu lögmanna verða þau að ganga úr skugga um það að viðkomandi lögmaður hafi tök á því að sinna fullnægjandi hagsmunagæslu. Það telst ekki brot á andmælarétti þótt viðkomandi lögmaður hafi ekki tök á því vegna anna.

Af þessu öllu leiðir að Diskurinn fékk í hendur andmælaskjalið og gat tjáð sig um það. Því getur ekki verið um að ræða brot á andmælarétti.

2. Ætluð brot á andmælarétti geta ekki varðað ógildingu

examined under Regulation No 4064/89, even though their application may reasonably be adapted to the need for speed, which characterises the general scheme of that regulation ... " Sjá einnig dóm undirréttar EB í máli nr. T-5/02 *Tetra Laval BV v Commission* [2002] ECR II-4381: *„It must also be recalled that, in order to hold that the rights of the defence have been infringed, it is sufficient for it to be established that the non-disclosure of the documents in question might have influenced the course of the procedure and the content of the decision to the applicant's detriment ... The Court of First Instance has already confirmed that these principles are applicable to the procedures provided for by the Regulation, even though their application may reasonably be adapted to the need for speed, which characterises the general scheme of the Regulation ... "*

¹⁰ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-290/94 *Kaysersberg SA v Commission* [1998] 4 CMLR 336 *„... the Court considers that the mere fact that the applicant had only a period of two working days within which to make its observations on the amendments proposed by P&G to the plan is not, in the present case, such as to show that the commission failed to have regard for its right to be heard under Article 18(4) of Regulation 4064/89. That interpretation is all the more called for since, although the legitimate interest of qualifying third parties to be heard may require them to be allowed a sufficient period for that purpose, such a requirement must, nevertheless, be adapted to the need for speed, which characterises the general scheme of Regulation 4064/89 and which requires the Commission to comply with strict time-limits for the adoption of the final decision, failing which the operation is deemed compatible with the Common Market ... "*

¹¹ Sjá dóm undirréttar EB í máli nr. T-158/00 *ARD v Commission* [2004] 5 CMLR 14: Í dómnum vísaði undirrétturinn til umfjöllunar sinnar í *Kaysersberg* málinu um „need for speed“ (sjá nmgr. hér að framan) og bætti svo við: *„... the fact that the applicant had just under 24 hours to comment on modifications to the initial commitments of which it was aware cannot affect the legality of the decision. "*

¹² Sjá dóm undirréttar EB í máli nr. T-210/01 *General Electric Company v Commission* [2006] 4 CMLR 15: *„If the Commission is to comply with the timetable thus laid down by Regulation No 4064/89, the intermediate periods laid down at each stage of the procedure must also be brief. Inevitably, this has an adverse effect on the conditions under which all the parties to the proceedings must work, but the gain in terms of the speed of the proceedings as a whole was regarded by the legislature as justifying those sacrifices, particularly in order to take account of the commercial interest of the parties to a merger in completing their proposed merger as quickly as possible. The Court has already had occasion to observe that, when assessing alleged infringements of the rights of the defence in the context of proceedings under Regulation No 4064/89, it is necessary to take into account the necessity for speed, which characterises the general scheme of that regulation. "*



Samkeppniseftirlitið telur sig hafa sýnt fram á það í umfjöllun hér að framan að andmælaréttur Disksins hafi ekki verið brotinn þegar hin kærða ákvörðun var tekin. Verði ekki fallist á þetta telur Samkeppniseftirlitið að ekki geti komið til álita að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi jafnvel þótt áfrýjunarnefnd kæmist að þeirri niðurstöðu að málsmeðferð eftirlitsins hafi verið haldin annmörkum að þessu leyti. Verður nú vikið að þessu.

2.1 Diskurinn ber ábyrgð á ætluðum annmarka

Komist áfrýjunarnefnd samkeppnismála að þeirri niðurstöðu að Diskurinn hafi átt andmælarétt og hafi ekki átt kost á að tjá sig með fullnægjandi hætti um efni málsins verður að hafa í huga að Diskurinn bar ábyrgð á þeirri atburðarás sem um er rætt. Er ljóst að Diskurinn hafði einn tækifæri til að koma í veg fyrir að málið færi í þann farveg sem raun ber vitni.

Í fyrsta lagi má benda á að í kjölfar þess að upp komu veikindi hjá Jóni Sveinssyni hrl. hefði Diskinum verið í lófa lagið að tilnefna annan lögmann til þess að sjá um mál sín gagnvart Samkeppniseftirlitinu. Það gerði félagið ekki heldur veitti upplýsingar í gegnum Einar Þór Sverrisson. Blasir við að Samkeppniseftirlitið getur ekki borið ábyrgð á því að Diskurinn tilnefni ekki annan lögmann og jafnframt er ljóst að eftirlitið var í góðri trú eftir að Einar Þór tók að sér gagnaöflun og milligöngu í málinu á fundinum 28. mars sl.

Í öðru lagi þá hefði forsvarsmönnum Disksins átt að vera fullljóst að Samkeppniseftirlitið leit á Einar Þór sem tengilið fyrir alla aðila í málinu þar sem einu samskipti sem eftirlitið átti við forsvarmenn Disksins voru í gegnum Einar Þór. Hérna verður að hafa í huga að upplýst er að forsvarmenn Dags/Disksins voru Einari Þór innan handar við gagnaöflun og upplýsingagjöf í öllu samrunaferlinu, sbr. ofangreint. Sú staðreynd að forsvarsmenn Disksins tilnefndu ekki nýjan tengilið heldur hlutuðust til með að svara í gegnum Einar Þór verður einnig að teljast skýr vísbending um að litið hafi verið á nefndan Einar Þór sem tengilið vegna samrunans. Ef Diskurinn var ósáttur við þessa tilhögun gat félagið hvenær sem er gert á þessu breytingar.

Í þriðja lagi er upplýst að Diskurinn var meðvitaður um framkomið andmælasjál skömmu eftir að það var sent Einari Þór. Á þeim tímapunkti hefði Diskinum verið í lófa lagið að kalla eftir andmælasjálinu og koma að athugasemdum. Samkeppniseftirlitið getur ekki borið ábyrgð á því að forsvarsmenn Disksins kjósa að bíða með að vekja athygli á meintum bresti á andmælarétti þar til séð er fyrir endann á málinu og stefnir í að komist verði að neikvæðri niðurstöðu. Er andvaraleysi forsvarsmanna Disksins slíkt að hafa ekki kallað eftir andmælasjálinu í tíma að



óneitanlega kemur upp grunsemd um að félagið hafi séð sér leik á borði um reyna fella málið á meintum formgalla og að ekki hafi verið ætlunin að koma að athugasemdum. Enda hafa slíkar efnislegar athugasemdir ekki komið fram, sbr. einnig umfjöllun hér á eftir.

Að framangreindu virtu blasir við að hafi Diskurinn farið á mis við möguleika sinn til að tjá sig í málinu þá ber Diskurinn sjálfur ábyrgð á þeim annmarka. Félaginu var í lófa lagið að tilnefna annan lögmann þegar upp komu veikindi lögmanns þess og félagið gat kallað eftir andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins í tíma þegar því varð ljóst að hugsanlegur misskilningur hafði átt sér stað. Þetta var ekki gert og ber Diskurinn ábyrgð á því.

Þegar atvik eru með þessum hætti væri það andstætt markmiði stjórnslu- og samkeppnislaga að ógilda ákvörðun Samkeppniseftirlitsins vegna þessa ætlaða formannmarka, ekki síst í ljósi þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur skýra heimild að lögum til þess að leiðrétta annmarka af þessum toga. Nánar grein verður gerð fyrir því hér á eftir.

2.2 Brot á andmælarétti á fyrsta stjórnslustigi í samkeppnismálum varða ekki ógildingu

Diskurinn krefst í þess málinu að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi vegna m.a. brota á andmælarétti. Í kæru sinni heldur félagið því fram að andmælaréttar verði að gæta á báðum stjórnslustigum. Réttaröryggi aðila felist í því að þeir geti fengið málið athugað tvisvar. Til þess þurfi öllum efnis- og formreglum að vera gætt á lægra stjórnslustigi. Vanti veigamikinn þátt í málsmeðferð lægra sett stjórnvalds liggja ekki fyrir fullnægjandi gögn eða upplýsingar við málsmeðferðina. Komi nýjar upplýsingar og sjónarmið fram við málsmeðferðina hjá æðra stjórnvaldi hafi forsendur breyst og sé æðra stjórnvaldið þá ekki lengur að endurskoða málsmeðferðina heldur að taka ákvörðun á nýjum grundvelli. Við þær aðstæður geti æðra stjórnvaldið eingöngu ógilt ákvörðun lægra stjórnvaldsins. Að öðrum kosti væri andmælaréttur óþarfur á lægra stjórnslustigi.

Samkeppniseftirlitið telur að hér hafi Diskurinn villst á þeim sjónarmiðum sem annars vegar gilda um prófun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum og hins vegar um prófun æðri stjórnvalda á ákvörðunum lægra settra stjórnvalda. Á þessu er grundvallarmunur.

Það er meginregla í íslenskum rétti að dómstólar eru bærir um að dæma um gildi stjórnvaldsákvörðana og hafa þannig með höndum svonefnt lögmatiseftirlit. Dómstólar geta þannig tekið til fullrar sjálfstæðrar skoðunar hvort málsmeðferð stjórnvalda hafi verið í samræmi við lög og



hvort niðurstöður þeirra eigi stöð í lögum. Dómstólar hafa hins vegar ekki heimild til þess að taka nýja ákvörðun í staðinn, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar frá 1. september 2003 í máli nr. 327/2003 *Íslenskur markaður hf. gegn Flugstöð Leifs Eiríkssonar hf. og samkeppnisráði*.¹³ Allt öðru máli gegnir um æðri stjórnvöld eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Kemur þetta mjög skýrt fram í úrskurði nefndarinnar nr. 2/1994 *Lögmannafélag Íslands gegn samkeppnisráði*. Í málinu reyndi sérstaklega á það í hverju prófun áfrýjunarnefndar getur verið fólgin. Í úrskurði sínum sagði áfrýjunarnefnd að enga takmörkun væri að finna í 9. gr. samkeppnislaga á hvaða grundvelli ákvarðanir samkeppnisyfirvalda sæti endurskoðun nefndarinnar. Ennfremur taldi nefndin ljóst samkvæmt ákvæðum samkeppnislaga að sérfræðipækning á áfrýjunarstiginu væri að flestu leyti sambærileg við neðra stjórnarsýslustig. Niðurstaða áfrýjunarnefndar var að hún hafi „fullt endurskoðunarvald“ og geti „fellt ákvörðun niður og tekið nýja í staðinn ef því er að skipta.“

Við mat á því hvort ógilda beri stjórnvaldsákvörðun þegar aðila hefur ekki verið gefinn fullnægjandi kostur á að tjá sig um efni máls hefur Hæstiréttur lagt til grundvallar hvort aðilinn hefur orðið fyrir réttarspjöllum af þessum sökum. Skiptir þá mestu hvort unnt hefur verið að bæta úr annmarkanum hvort heldur það er gert af æðra stjórnvaldi, sjálfstæðri úrskurðarnefnd eða öðru stjórnvaldi.¹⁴

Sökum þess að æðra stjórnvald hefur fullt endurskoðunarvald er í flestum tilvikum eðlilegt að það leiðrétti annmarka á málsmeðferð lægra setts stjórnvalds, svo sem annmarka sem snertir andmælarétt. Almenn sjónarmið um skilvirkni og málshraða mæla mjög með þessu og er talið frekar sjaldgæft að annmarkar, t.d. vegna andmælaréttar, á meðferð máls á fyrsta stjórnarsýslustigi leiði til þess að ákvörðun sé ógilt,¹⁵ sérstaklega ef sú töl sem endurtekin meðferð á fyrsta stjórnarsýslustigi hefur í för með sér

¹³ Sjá hér einnig Róbert R. Spanó, Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla. Lögrétta 1. hefti 2. árg., bls. 28.

¹⁴ Sjá t.d. dóm Hæstaréttar Íslands 15. nóvember 2001 í máli nr. 170/2001, Ingólfur Árnason og Rósa Gísladóttir gegn Högna Albertssyni. Hæstiréttur taldi að sýslumanni hafi borið að veita áfrýjendum kost á að tjá sig áður en hann ákvað að draga tvær nánar tiltekna jarðir undir landskipti milli jarða áfrýjenda. Á hinn bóginn taldi Hæstiréttur að áfrýjendur hefðu ekki orðið fyrir réttarspjöllum af þessum sökum meðal annars vegna þess að þeim hefði gefist kostur á að koma sjónarmiðum sínum á framfæri við landskiptanefnd auk þess sem úrlausn hennar mætti bera undir dómstóla. Málsmeðferð sýslumanns leiddi því ekki til ógildingar á landskiptagerðinni.

¹⁵ Sjá Jens Garde o.fl., Forvaltningsret, Almindelige emner, 3. útgáfa, Kaupmannahöfn 1997, bls. 285-6: „I forbindelse med omtalen af reaktioner er der grund til noglesærlige bemærkninger om sagsbehandlingsfejl. Konstateres sådanne fejl, kan det (forholdsvist sjældent), forekomme, at afgørelsen annulleres. En anden oftere andvent mulighed er, at sagen hjemvises tilfornyet behandling i førsteinstansen med angivelse afretningslinier for dens behandling Der er imidlertid andre muligheder, når der foreligger en sagsbehandlingsfejl. Det forekommer således jævnligt, at en rekursinstans helbreder en sådan fejl. Manglerder således en høring i førsteinstansen, kan rekursorganet i mange tilfælde selv foretage denne høring og herefter træffe en realitetsafgørelse på grundlag af bl.a. høringssvarene.“



getur með einhverjum hætti skaðað málið.¹⁶ Er þetta viðtekin afstaða t.d. í dönskum¹⁷ og norskum¹⁸ stjórnarsýslurétti. Hæstiréttur hefur undantekningarlaust fylgt þessari reglu í samkeppnismálum.

Í dómi Hæstaréttar frá 30. október 2003 í máli nr. 37/2003 *Sölufélag garðyrkjumanna o.fl. gegn samkeppnisráði* taldi rétturinn að samkeppnisráð hefði ekki gætt nægjanlega að andmælarétti tveggja málsaðila í ákvörðun sinni. Að því er snertir Sölufélag garðyrkjumanna var talið að frestur til andsvara hefði verið of stuttur. Síðan sagði rétturinn:

„Til þess verður á hinn bóginn að líta að áfrýjunarnefnd samkeppnismála er æðra stjórnvald, sem fjallar meðal annars um ákvarðanir gagnáfrýjanda. Nefndin leysir sjálfstætt úr málum og getur því bætt úr ýmsum annmörkum, sem kunna að verða á meðferð þeirra á lægra stjórnarsýslustigi. Ekki hafa verið bornar brigður á að Sölufélag garðyrkjumanna svf. og Ágæti hf. hafi í alla staði notið andmælaréttar við meðferð málsins fyrir áfrýjunarnefndinni. Ekki hefur heldur verið bent á nokkurt atriði, sem fyrirtækin hafi ekki átt kost á að koma á framfæri. Verður krafa um ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar því ekki á þessu byggð.“

Í dómi Hæstaréttar frá 19. febrúar 2004 í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði* hélt Skífan því fram að andmælaréttur félagsins hefði verið brotin við málsmeðferð fyrir samkeppnisráði. Hæstiréttur afgreiddi þá málsástæðu með þessum hætti:

¹⁶ Sjá Jon Andersen, Forvaltningsret, 4. útgáfa, Kaupmannahöfn 2000, bls. 203: „Drejer det sig om væsentlige formelle mangler eller meget grundlæggende brud på hjemmelskravene vil reaktionten often vær hjemvisning af sagen til fornyet behandling, medmindre en ny og korrekt 1. instandsbehandling vil betyde en skadelig forhaling af sagen. Normalt vil rekursinstansen vælge at rette manglene f.eks. ved at supplere at mangelfuldt oplysningsgrundlag ...“

¹⁷ Sjá Jon Andersen, Forvaltningsret, önnur útgáfa 1993 bls. 191: „Normalt vil rekursinstansen vælge at rette manglerne f.eks. ved at supplere et mangelfuldt oplysningsgrundlag, anlægge en korrekt fortolkning, eller eliminere eventuelle ulovlige kriterier fra skønsafvejningen og derpå tæffe en korrekte afgørelse.“ Sjá einnig Forvaltningsret – almindelige emner, ristýrt af Ellen Margrethe Basse, Jens Garde, Orla Friis Jensen, Claus Haagen Jensen, Helle Bødker Madsen, Jørgen Mathiasen, Karsten Revsbech og Lis Sejr, 1989 bls. 301-302: Hér er fjallað um þá möguleika sem æðra sett stjórnvald stendur frammi fyrir við töku ákvörðunnar í kærumáli þegar lægra sett stjórnvald hefur brotið málsmeðferðarreglu. Einn möguleikinn er sagður sá að bæta úr formgallanum og taka sjálfstæða ákvörðun. Kostir þessa möguleika eru taldir síkir – með hliðsjón af málshraðareglu og opinberum hagsmunum og einkahagsmunum – að vænta má þess að jafnaði að þessi möguleiki sé nýttur. Sjá jafnframt Jens Garde o.fl., Forvaltningsret, Almindelige emner, 3. útgáfa 1997, bls. 285-6: „I forbindelse med omtalen af reaktioner er der grund til noglesærlige bemærkninger om sagsbehandlingsfejl. Konstateres sådanne fejl, kan det (forholdsvis sjældent), forekomme, at afgørelsen annulleres. En anden oftere andvent mulighed er, at sagen hjemvises tilfornyset behandling i førsteinstansen med angivelse afretningslinier for dens behandling ... Der er imidlertid andre muligheder, når der foreligger en sagsbehandlingsfejl. Det forekommer således jævnligt, at en rekursinstans helbreder en sådan fejl. Manglerder således en høring i førsteinstansen, kan rekursorganet i mange tilfælde selv foretage denne høring og herefter træffe en realitetsafgørelse på grundlag af bl.a. høringssvarene.“

¹⁸ Arvid Frihagen, Forvaltningsrett Bind III, bls. 249: „Feil i den forberedende saksbehandling kan tenkes rettet opp ved den senere behandling af saken. Selv meget alvorlige feil kan dermed tenkes å bli uten betydning for gyldigheten av det endelige vedtak. Førsteinstansens feil vil således ofte være uten betydning dersom vedtaket er blitt overprøvet ved klagebehandling.“



„Eins og greinir í héraðsdómi hefur áfrýjandi borið fyrir sig að brotinn hafi verið á honum andmælaréttur samkvæmt 13. gr. stjórnsýslulaga við málsmeðferð stefnda. Áfrýjandi hefur í engu borið briggður á að þessa réttar hans hafi verið gætt við meðferð málsins fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Samkvæmt þessu og með vísan til dóms Hæstaréttar 30. október 2003 í máli nr. 37/2003 geta atriði, sem varða andmælarétt áfrýjanda á lægra stjórnsýslustigi, ekki varðað ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar.“

Af dómum Hæstaréttar verða dregnar eftirfarandi ályktanir: Í fyrsta lagi að áfrýjunarnefnd samkeppnismála leysir sjálfstætt úr máli og getur bætt úr annmörkum sem kunna að hafa orðið á meðferð þess á lægra stjórnsýslustigi. Verður sama regla leidd af dómi Hæstaréttar 18. mars 1999 í máli nr. 441/1998 *Greiðslumiðlun hf. – Visa Ísland gegn samkeppnisráði*. Í öðru lagi að annmarki sem felst í því að frestur málsaðila til andsvara er of skammur hefur ekki í för með sér ógildi ákvörðunar samkeppnisyfirvalda ef aðilinn á þess kost að koma athugasemdum sínum á framfæri við nefndina. Í þriðja lagi að um brot á andmælarétti getur aðeins verið að ræða ef aðilinn bendir á atriði sem hann hefur ekki átt kost á að koma á framfæri við nefndina.

Framangreint þýðir óhjákvæmlega að almennt er ekki er rétt fyrir áfrýjunarnefnd að fella úrskurð Samkeppniseftirlitsins úr gildi vegna þess eins að nefndin telur að andmælaréttar hafi ekki verið gætt í málsmeðferð eftirlitsins. Framangreind sjónarmið leiða til þess að áfrýjunarnefnd ber að leggja mat á það hvort málsástæður eða gögn/upplýsingar sem fyrirtæki telur sig ekki hafa getað komið nægjanlega að fyrir eftirlitinu kalli á ógildingu eða breytingu á þeirri ákvöðun sem kærð hefur verið til nefndarinnar. Það er alveg sérstaklega brýnt að áfrýjunarnefnd geri þetta í samrunamálum. Ástæða þessa eru hinir ströngu tímafrestir 17. gr. samkeppnislaga. Ef áfrýjunarnefnd fellir ógildingu á samruna úr gildi vegna þess eins að andmælaréttar hafi ekki verið gætt getur Samkeppniseftirlitið ekki haft frekari afskipti af viðkomandi samruna vegna þess að tímafrestir 17. gr. laganna eru óundanþægir, sbr. og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/1998 *Mjólkursamsalan í Reykjavík og Myllan-Brauð hf. gegn samkeppnisráði* þar sem komist var að sömu niðurstöðu í tíð eldri laga. Formgalli af þessum toga myndi því leiða til þess að samkeppnishamlandi samruni stæði með tilheyrandi tjóni fyrir viðskiptavini hins sameinaða fyrirtækis. Það samræmist þess vegna markmiði samkeppnislaga nr. 44/2005 að áfrýjunarnefnd bæti úr formgallanum og leggi á það mat hvort ný sjónarmið eða upplýsingar geti haft efnisleg áhrif. Er sú niðurstaða í samræmi við það sem fyrr segir um



að ákvörðun lægra setts stjórnvalds eigi ekki að fella úr gildi ef endurtekin meðferð á fyrsta stjórnarsýslustigi skaðar málið.

Af hinum tilvitnuðu dómum Hæstaréttar leiðir jafnframt að aðili sem telur sig ekki hafa notið fullnægjandi andmælaréttar fyrir Samkeppniseftirlitinu verður í kærðu til áfrýjunarnefndar að gera grein fyrir þeim sjónarmiðum og/eða leggja fram gögn sem hann telur sig ekki hafa komið að. Geri hann það ekki geta fullyrðingar hans um brot á andmælarétti engin áhrif haft.

Í máli þessu hefur Diskurinn átt þess kost að tilgreina nákvæmlega þau efnisatriði sem félagið telur sig ekki hafa haft möguleika á að koma á framfæri áður en hinn kærða ákvörðun var tekin. Ekkert slíkt kemur fram í kærðu Disksins, sbr. einnig umfjöllun hér á eftir. Sökum þessa geta staðhæfingar Disksins um brot á andmælarétti enga þýðingu haft í þessu máli.

Framangreind niðurstaða leiðir vitaskuld ekki til þess að andmælaréttur sé óþarfur á lægra stjórnarsýslustigi í samkeppnismálum heldur byggist hún á hlutverki æðra stjórnvalda og er hún eðlileg afleiðing af meginreglum stjórnarsýsluréttarins. Samkeppniseftirlitið er auðvitað bundið af ákvæðum stjórnarsýslulaga og því ber að tryggja réttindi málsaðila. Réttarbrott þess geta haft afleiðingar í för með sér fyrir eftirlitið og/eða starfsmenn þess. Eins og rökstutt hefur verið þurfa slíkir annmarkar í málsmeðferð hins vegar ekki að hafa áhrif á gildi stjórnvaldsákvarðana.

2.3 Ætluð brot á andmælarétti leiða ekki sjálfkrafa til ógildingar

Diskurinn heldur því fram að meint brot á andmælarétti í þessu máli leiði eitt og sér til ógildingar hinnar kærðu ákvörðunar. Brot á andmælarétti teljist verulegur annmarki sem leiði til þess að íþyngjandi ákvörðun sé ógild án tillits til þess hvort brotið hafi haft áhrif á efnislega niðurstöðu stjórnvaldsins.

Samkeppniseftirlitið mótmælir þessu og áréttar þau sjónarmið sem fram komu hér að framan um að ekki sé rétt fyrir fyrir áfrýjunarnefnd að fella úrskurð Samkeppniseftirlitsins úr gildi vegna þess eins að nefndin telji að andmælaréttar hafi ekki verið gætt í málsmeðferð eftirlitsins. Verði ekki fallist á það vill Samkeppniseftirlitið taka fram að það telur þessa umfjöllun Disksins um stjórnarsýslurétt ranga. Þegar brotið hefur verið í bága við réttarreglur stjórnarsýsluréttarins hefur sú regla verið lögð til grundvallar „að stjórnvaldsákvörðun sé ógildanleg ef 1) ákvörðun er haldin annmarka að lögum 2) sem talist getur verulegur, 3) enda mæli



*veigamikil rök ekki gegn því að ógilda ákvörðunina.*¹⁹ Það er því á engan hátt sjálfgefið að brot á andmælarétti leiði sjálfkrafa til ógildingu stjórnvaldsákvörðunar. Þetta hefur og komið skýrt fram í dómum Hæstaréttar í samkeppnismálum sem gerð var grein fyrir hér að framan. Jafnvel þótt áfrýjunarnefnd kæmist að þeirri niðurstöðu að hinn kærða ákvörðun sé haldin annmarka vegna brota á andmælarétti þá er það eindregið mat Samkeppniseftirlitsins að sá annmarki geti ekki talist verulegur. Jafnframt er að mati eftirlitsins ljóst að veigamikil rök mæla gegn því að ógilda hina kærðu ákvörðun. Verður þetta nú rökstutt nánar.

Við mat á því hvort annmarki á stjórnvaldsákvörðun er verulegur kemur til greina að beita svonefndum sérstökum mælikvarða. Í honum felst að annmarki leiði aðeins til ógildingar ef hann hefur leitt til rangrar niðurstöðu í viðkomandi máli.²⁰ Varðandi brot á andmælarétti yrði skv. þessu að meta við prófun á stjórnvaldsákvörðun hvort fyrir liggja einhver gögn eða upplýsingar sem berlega hefðu getað haft áhrif á niðurstöðu hefði málsaðili getað komið þeim á framfæri. Fæst ekki betur séð en Hæstiréttur hafi beitt þessari reglu í dómi sínum í máli nr. 476/1997 frá 12. febrúar 1998. Í máli þessu komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að stjórnvald hefði farið gegn 10. gr. stjórnslulaga og ekki gefið málsaðila kost á því að kynna sjónarmið sín áður en íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun sem varðaði mikla hagsmuni var tekin. Til viðbótar þessu bætti rétturinn við að ósannað verði að telja að fullnægjandi upplýsingar hafi legið fyrir hjá stjórnvaldinu þegar viðkomandi ákvörðun var tekin. Tók rétturinn það því til skoðunar hvort skortur á upplýsingum var til þess fallinn að hafa áhrif á efni þessarar ákvörðunar. Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 324/1999 frá 30. mars 2000 lá fyrir að héraðsdómur hafði komist að þeirri niðurstöðu að landbúnaðarráðherra hefði brotið andmælarétt með því að tilkynna málsaðila ekki með formlegum hætti um að sáttaumleitan í máli hans væri lokið og gefa honum ekki færi á að koma að efnislegum mótmælum við tiltekinni kröfu áður en málið var afgreitt. Hæstiréttur snéri þessari niðurstöðu og vísað m.a. til þess að aðilanum hefðu gefist tækifæri til þess að tjá sig og að hann „*hefur ekki við flutning þessa dómsmáls getað bent á nokkur efnisatriði, er ráðuneytinu hafi ekki verið kunnug og hafi hugsanlega getað haft áhrif á ákvörðun þess ...*”

Minnt skal hér einnig á þýðingu þess varðandi andmælarétt að mál þetta hefst að frumkvæði Disksins, sbr. umfjöllun hér að framan.

¹⁹ Sjá skýrslu nefndar um starfsskilyrði stjórnvalda, eftirlit með starfsemi þeirra og viðurlögum við réttarbrotum í stjórnslu, 1999, bls. 112.

²⁰ Sjá skýrslu nefndar um starfsskilyrði stjórnvalda, eftirlit með starfsemi þeirra og viðurlögum við réttarbrotum í stjórnslu, 1999, bls. 113.



Að mati Samkeppniseftirlitsins er gagnlegt að hafa til samanburðar framkvæmd í EES/EB-samkeppnisrétti varðandi áhrif brota á andmælarétti. Í því sambandi er nauðsynlegt að benda á að reglur um andmælarétt í EES/EB-rétti eru fyllilega sambærilegar íslenskum reglum um andmælarétt.²¹ Af þessu leiðir að það er eðlilegt í þessu máli að hafa hliðsjón af framkvæmd í þessum rétti. Hafa ber þó í huga að það er grundvallarmunur á prófun undirréttar EB á ákvörðunum framkvæmdastjórnar EB og á prófun áfrýjunarnefndar. Munurinn er sá að undirrétturinn getur ekki í dómum sínum tekið nýja ákvörðun heldur leggur aðeins mat á lögmæti ákvarðana framkvæmdastjórnarinnar.²² Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur hins vegar fullt endurskoðunvald, sbr. umfjöllun hér að framan. Eftir sem áður er gagnlegt að skoða þetta atriði í EES/EB-samkeppnisrétti.

Í nýlegu samrunamáli fyrir undirrétti EB kemur fram með skýrum hætti hvaða reglur gilda við mat á áhrifum annmarka í málsmeðferð framkvæmdastjórnar EB.²³ Fyrir lá að framkvæmdastjórnin hafði ógilt samruna fyrirtækjanna General Electric Company (GE) og Honeywell. Fyrir undirréttinum hélt GE því fram að framkvæmdastjórnin hefði brotið gegn andmælarétti og að brotið ætti að leiða til ógildingar ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar. Hafði brotið að mati GE m.a. falist í því að félagið hafi ekki getað tjáð sig um mikilvæg skjöl og því hefði verið veittur alltof stuttur frestur til þess að tjá sig um andmælasjál framkvæmdastjórnarinnar. Vísaði GE í þessu sambandi til m.a. Mannréttindasáttmála Evrópu sem sagður var tryggja réttinn til þess að verja sig og að gera verði mjög ríkar til málsmeðferðar í samrunamálum þar slík mál varði grundvallarreglur um eignarréttindi. Framkvæmdastjórn EB benti í vörn sinni m.a. á að réttur fyrirtækja til samruna væri ekki grundvallar mannréttindi.

Í dómi sínum tók undirrétturinn fram að ekki væri unnt að fallast á það með GE að strangari reglur um andmælarétt eigi að gilda í samrunamálum heldur en almennt tíðkast í samkeppnisrétti.²⁴ Síðan dró undirrétturinn

²¹ Sjá Stefán Már Stefánsson, Evrópusambandið og Evrópska Efnahagssvæðið. Á bls. 195 er vísað til þess að ýmsar meginreglur stjórnsýsluréttar EB eins og andmælaeign séu í flestum tilvikum líkar þeim sem gilda í íslenskum stjórnsýslurétti. Á bls. 198 segir: „Í 2. mgr. 41. og 47. gr. samkeppnislaga nr. 9/1993 er að finna dæmi um að íslensk stjórnvöld geti tekið stjórnvaldsákvarðanir á grundvelli EES reglna. Telja verður líklegt að við þær aðstæður verði að gæta vissra lágmarkskrafna stjórnsýsluréttar EES. Í flestum tilvikum myndi nægja að beita íslenskum stjórnsýslureglum þar sem telja verður að þær séu í samræmi við EES reglur á þessu sviði.“

²² Sjá t.d. dóm dómstóls EB í sameinuðum málum nr. m.a. 204/00P Aalborg Portland v Commission [2005] 4 CMLR 4.

²³ Dómur undirréttar EB í máli nr. T-210/99 General Electric Company v Commission [2006] 4 CMLR 15.

²⁴ „Contrary to the applicant's submission, the rights of the defence are not to be applied with a standard of protection which is different or more extensive in merger control cases than in proceedings involving infringements of Community competition law.“



saman þá reglu sem dómstólar EB byggja við mat á áhrifum annmarka í málsmeðferð framkvæmdastjórnarinnar með eftirfarandi hætti:

„... it follows from the case-law that the rights of the defence are infringed by reason of a procedural irregularity only in so far as the irregularity has a concrete effect on the ability of the undertakings to defend themselves ... Consequently, non-compliance with rules in force whose purpose is to protect the rights of the defence can vitiate the administrative procedure only if it is shown that the latter could have had a different outcome if the rules had been observed ...”

Undirrétturinn féllst ekki á að ógilda ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar á þessum grunni. Kemur m.a. fram í dómnum að rétturinn hafi óskað eftir því að GE tilgreindi hvaða sjónarmið félagið hefði getað sett fram hefði það haft aðgang að tilteknum skjölum. Slíkar skýringar hafi í aðalatriðum ekki komið fram.²⁵ Einnig bendir dómurinn á að GE hafi ekki tilgreint hvaða sjónarmið félagið hefði getað sett fram ef það hefði haft rýmri tíma til þess að koma að sjónarmiðum við andmælaskjalinu í málsmeðferðinni fyrir framkvæmdastjórninni.²⁶ Sönnunarbyrðin að þessu leyti hvíldi á umræddu fyrirtæki. Sama hefur ítrekað komið fram af hálfu dómstóls EB.

Nefna má hér t.d. Aalborg Portland málið fyrir dómstóli EB.²⁷ Í því máli hafði framkvæmdastjórnin lagt á verulega háar sektir vegna ólögmæts samráðs sementsframleiðenda. Málinu var skotið til undirréttar EB sem m.a. hafnaði því að fella ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar úr gildi vegna brota á andmælarétti. Málinu var síðan áfrýjað til dómstóls EB. Í dómi hans kemur fram að fyrir liggi að framkvæmdastjórn EB hafi ekki veitt aðgang að fjölda skjala málsins og ljóst sé því annmarki hafi verið á málsmeðferð framkvæmdastjórnarinnar.²⁸ Dómstóll tók hins vegar fram með skýrum hætti að ef framkvæmdastjórnin brýtur andmælarétt og styðst við gagn sem fyrirtæki hefur ekki getað tjáð sig um og það gagn er

²⁵ „At the hearing the Court asked the applicant to indicate what arguments it would have been able to advance during the administrative procedure had it had access to the documents in question. The applicant stated that, subject to a single exception, it was relying not on the arguments which it could have advanced but on the fact that the Commission did not take into account documents, such as those which are at issue here, which militated against its case that the merger was incompatible with the common market.”

²⁶ „Consequently, it should be noted once again that the applicant has not made clear specifically which matters or arguments it was unable to put forward effectively during the administrative procedure owing to the obstacles to its defence alleged by it in that context. It has not therefore established that its rights of defence were infringed in the circumstances of the present case owing to the shortness of the period allowed to it in order to respond to the SO. ” (SO: Statement of objections (andmælaskjal))

²⁷ Dómur dómstóls EB í sameinuðum málum nr. m.a. 204/00P Aalborg Portland v Commission [2005] 4 CMLR 4.

²⁸ „It is common ground that during the administrative procedure the Commission did not communicate the great majority of the documents in the investigation file and that it did not give the present appellants proper access to the investigation file, so that the administrative procedure was indeed irregular in that regard. ”



andstætt fyrirtækinu verður fyrirtækið að sanna að niðurstaðan hefði orðið önnur ef ekki hefði verið byggt á gagninu.²⁹ Ef gagna er hagstætt fyrirtækinu verður það sýna fram á að sú staðreynd að það fékk það ekki í hendur hafi verið til þess fallin að hafa óhagstæð áhrif á efni ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar.³⁰

Samkvæmt framansögðu má vera ljóst að bæði í íslenskum og EES/EB-rétti leiðir brot á andmælarétti ekki sjálfkrafa til ógildingar stjórnvaldsákvörðunar. Taka verður til skoðunar hvort brotið gat haft einhver áhrif á efni viðkomandi ákvörðunar. Viðkomandi fyrirtæki verður að sýna fram á það. Eins og rökstutt verður nú hefur Diskurinn ekki sýnt fram á að ætlað brot á andmælarétti hafi getað haft áhrif.

2.3.1 Ætluð brot á andmælarétti gátu ekki haft áhrif á efni hinnar kærðu ákvörðunar

Í kæru sinni heldur Diskurinn því fram að hefði félagið fengið að koma að fullnægjandi andmælum ekki sé unnt að útiloka að slík andmæli hefðu getað haft áhrif á efni hinnar kærðu ákvörðunar. Diskurinn gerir hins vegar ekki tilraun til þess að útskýra hvað félagið á við með fullnægjandi andmælum. Verður þess vegna að miða við að félagið hafi ekki komið að þeim atriðum sem það tiltekur í áfrýjun sinni. Bendir Diskurinn í því sambandi á þrjú atriði:

- [...] ³¹
- Diskurinn segir að niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar ráðist að stærstu leyti af því hvernig Samkeppniseftirlitið skilgreini markaði í málinu. Það liggja í hlutarins eðli að eftirlitinu hafi ekki verið stætt á því að skilgreina markaði án þess að afla upplýsinga eða viðhorfa frá Disknum. Diskurinn hafi verið leiðandi aðili á mörgum þeirra markaða sem málið taki til, svo sem á sviði tónlistar, DVD-mynda og tölvuleikja. Félagið hafi mikla fyrirvara á skilgreingum Samkeppniseftirlitsins og segir að það horfi framhjá áhrifum samhliða innflutnings sem geti dregið úr markaðsstyrk heildsala á umræddum vörum.
- Diskurinn heldur því fram að Samkeppniseftirlitið virðist ekki hafa tekið fullnægjandi tillit til þess að fyrir sölu á Senu hafi það félag verið hluti af fyrirtækjasamstæðu sem í voru meðal Diskurinn, Dagur Group og Sena. Markaðsstaða samstæðunnar hafi að öllum líkindum verið sterkari á mörkuðum fyrir heildsölu og smásölu á

²⁹ „It is thus for the undertaking concerned to show that the result at which the Commission arrived in its decision would have been different if a document which was not communicated to that undertaking and on which the Commission relied to make a finding of infringement against it had to be disallowed as evidence. ”

³⁰ „... where an exculpatory document has not been communicated, the undertaking concerned must only establish that its non-disclosure was able to influence, to its disadvantage, the course of the proceedings and the content of the decision of the Commission ... ”

³¹ Fellt út vegna trúnaðar.



tónlist, tölvuleikjum og DVD-myndum en staða sameinaðs fyrirtækis Senu og Dagsbrúnar. Hafi markaðssamanburður á þessum samstæðum ekki farið fram.

Samkeppniseftirlitið telur það ekki standast að framangreind atriði séu með þeim hætti að þau hefðu getað haft áhrif á efni hinnar kærðu ákvörðunar. Verður þetta nú rökstutt nánar.

2.3.1.1 Um „failing firm“ vörnina [...]³²

2.3.1.2 Um skilgreiningu á mörkuðum

Samkeppniseftirlitið áréttar að Diskurinn stóð ásamt Dagsbrún að því að tilkynna um samruna Dagsbrúnar og Senu. Í tilkynningunni er sett fram sjónarmið aðstandenda samrunans um m.a. skilgreiningu á mörkuðum. Er mikil áhersla lögð á að hver sem er geti flutt inn tónlist, DVD-myndir og tölvuleiki og markaðurinn sé að þessu leyti opin. Í athugasemdum Senu og Dagsbrúnar við andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins eru sett fram margvísleg sjónarmið um skilgreiningu á mörkuðum málsins og ítrekað eru sett fram sjónarmið um áhrif samhliða innflutning á markaðina fyrir tónlist, tölvuleiki og DVD-myndir. Hafa ber í huga að það er innan Senu sem er að finna sérþekkingu á tónlist, tölvuleikjum og DVD-myndum. Þessi atriði sem fram komu í athugasemdum Dagsbrúnar og Senu eru nákvæmlega þau sömu og Diskurinn bendir á kæru sinni.

Í hinni kærðu ákvörðun tekur Samkeppniseftirlitið rökstudda afstöðu til framangreindra sjónarmiða. Sökum þessa hefur ábending Disksins enga þýðingu fyrir úrslit málsins, þ.e. í henni felast hvorki nýjar upplýsingar né ný sjónarmið. Diskurinn bendir þannig í kæru sinni ekki á nein ný atriði heldur endurtekur einungis sjónarmið sem fjallað er um í hinni kærðu ákvörðun. Hvað sem þessu líður liggur fyrir að skilgreiningar á mörkuðum mynda grundvöll að samrunamáli og var áfrýjanda því ljóst þær yrðu umfjöllunarefni í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins. Gat áfrýjandi þess vegna lýst afstöðu sinni til þessa atriðis á öllum stigum málsins.

Diskurinn hefur því með engu móti sýnt fram á að ætluð brot á andmælarétti hafi að þessi leyti getað haft áhrif á efni ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins.

2.3.1.3 Um samanburð á stöðu Senu fyrir og eftir samruna

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í tilkynningu á samrunanum er tekið fram að smásala á tónlist, tölvuleikjum og DVD-myndum sé ekki hluti af

³² Fellt út vegna trúnaðar.



samrunanum og fjallað um samkeppnisleg áhrif þess að rofið sé sameiginlegt eignarhald á heildsölu og innflutningsstarfsemi og stórs smásöluaðila á markaðnum fyrir tónlist, DVD-myndir og tölvuleiki hér landi. Ítrekað er einnig fjallað um þetta í athugasemdum Dagsbrúnar og Senu við andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins.

Af þessu er ljóst að uppi voru í málinu sjónarmið sem tengdust áhrifum þess að rofinn voru tengsl milli þeirrar heildsölu og smásölu sem innt var af hendi innan Dags Group. Í hinni kærðu ákvörðun er fjallað um áhrif þess á stöðu Senu að renna félaginu saman við Dagsbrún. Er ítarlega rökstutt að styrk staða Dagsbrúnar á ýmsum sviðum muni styrkja t.d. markaðráðandi stöðu Senu í heildsölu á tónlist og tölvuleikjum. Í þessu felst óhjákvæmilega að metin hafa verið áhrif þessara breytinga á stöðu Senu. Diskurinn hefur ekki bent á neitt sem breytt getur því mati sem birtist í hinni kærðu ákvörðun. Diskurinn hefur því með engu móti sýnt fram á að ætluð brot á andmælarétti hafi að þessi leyti getað haft áhrif á efni ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins.

2.3.2 Veigamiklar ástæður mæla gegn ógildingunni hinar kærðu ákvörðunar

Eins og greint var frá er það lagt til grundvallar í stjórnarsýslurétti að ákvörðun sé ekki ógildanleg ef veigamikil rök mæla gegn því að ógilda hana. Samkeppniseftirlitið telur slík rök vera fyrir hendi í málinu.

Í hinni kærðu ákvörðun er það rökstutt með skýrum og ítarlegum hætti að samruni Sena og Dagsbrúnar raskar samkeppni. Hafa ber og í huga að þrátt fyrir að Sena og Dagsbrún séu ekki sammála Samkeppniseftirlitinu umfang samkeppnislegra áhrifa samrunans þá eru þessir aðilar þeirrar skoðunar að rétt sé að setja samrunanum skilyrði. Kemur þetta skýrt fram í athugasemdum félaganna við andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins, í bréfi lögmanns þeirra frá 22. júní 2006 og í kæru til áfrýjunarnefndar. Skilyrði verða ekki sett í samrunamáli nema að uppfylltar séu kröfur 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga um að samruni raski samkeppni. Samkeppniseftirlitið, Sena og Dagsbrún eru því sammála um að þörf sé á aðgerðum vegna samkeppnislegra áhrifa samruna félaganna. Ekkert kemur fram í kæru Disksins sem getur breytt þessu mati.

Ef hin kærða ákvörðun er felld úr gildi og samruninn þar með heimilaður munu fyrirtæki og neytendur búa til frambúðar við skerta samkeppni á mikilvægum mörkuðum. Mjög ríkir almannahagsmunir krefjast því þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála taki mál þetta efnislegrar skoðunar en felli það ekki á formi.



Líta ber einnig til þess að hafi andmælaréttur Disksins ekki verið fyllilega virtur er það sökum aðstæðna sem Samkeppniseftirlitið réð ekki við og m.a. Diskurinn ber ábyrgð á. Var eftirlitið að öllu leyti í góðri trú um allir aðstandendur samrunans hefðu fullnægjandi vitneskju um gang málsins og alla möguleika til að tjá sig. Væri það í hæsta máta óeðlileg og ósanngjörn niðurstaða að fella málið á grundvelli formgalla þegar aðstæður er með þessum hætti.

Þegar þessi atriði eru virt saman telur Samkeppniseftirlitið það blasa við að veigamikil rök mæla gegn því að hinn kærða ákvörðun verði ógilt.

3. Rannsóknarreglan var ekki brotin

Diskurinn heldur því fram að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn rannsóknarreglu stjórnarsýsluréttarins. Brotið telur Diskurinn vera beina afleiðingu af broti á andmælarétti félagsins.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að rannsókn þess hafi ekki verið fullnægjandi. Vísast hér til framangreindar umfjöllunnar sem sýnir að andmælaréttur var ekki brotinn. Vísast einnig til þess að áfrýjandi hefur ekki afhent nein gögn eða sett fram nein sjónarmið sem hefðu getað haft áhrif á efni hinnar kærðu ákvörðunar.

4. Meðalhófsreglan var ekki brotin

Diskurinn heldur því fram að hin kærða ákvörðun fari gegn meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga. Vísar félagið til þess að setning skilyrða feli í sér vægari úrræði en ógilding samruna. Samkeppniseftirlitinu sé skylt að leita allra leiða til að komast hjá því að ógilda samruna, eftir atvikum með setningu skilyrða. Segir Diskurinn að af forsendum hinnar kærðu ákvörðunar verði ekki betur ráðið en að Samkeppniseftirlitið telji þessa skyldu hvíla á samrunaaðilum. Slíkt fari gegn meðalhófsreglunni.

Samkeppniseftirlitið bendir fyrst á að í andmælaskjali þess var óskað eftir því að samrunaaðilar myndu gera tillögur að skilyrðum sem þeir teldu að gætu eytt þeim samkeppnishömlum sem stafa af samrunanum. Telur eftirlitið að þetta sé bæði heppilegt og lögmætt verklag.

Benda má hér á að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 18/2001 *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf., Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði* var staðfest að það sé eðlilegt verklag í samrunamálum að samkeppnisyfirvöld beini því til samrunaaðila að gera tillögur að skilyrðum sem eytt geta samkeppnishamlandi áhrifum samruna. Í úrskurði nefndarinnar kemur þetta fram:



„Með þeirri aðferð sem viðhöfð var fengu áfrýjendur ítrekað færi á að setja fram hugmyndir sínar um skilyrði til að koma í veg fyrir frekari íhlutun vegna samrunans. Óhjákvæmilegt var að leggja þessar hugmyndir til grundvallar í öllum aðalatriðum enda má ætla að stjórnendur viðkomandi fyrirtækja hafi besta þekkingu á því hversu langt verði gengið til þess að markmiðið með hlutabréfakaupunum og yfirtökunni gæti talist viðunandi. Samkeppnisráði var því rétt að ljúka málinu í því horfi sem það var í þegar ákvörðunin var tekin. Hefur ekki verið sýnt fram á eða gert líklegt að önnur og víðtækari skilyrði hefðu dugað sem unnt hefði verið að samrýma tilgangi áfrýjenda með hlutabréfakaupunum og yfirtökunni. Áfrýjunarnefndin fellst því á að samkeppnisráði hafi verið rétt að taka afstöðu til samrunans með þeim skilyrðum sem áfrýjandi hafði sett fram.“

Sökum þessa er rétt í samrunamálum að samrunaaðilar geri tillögur að þeim skilyrðum sem þeir telja að geti eytt samkeppnishömlum en séu eftir sem áður unnt að samræma markmiði þeirra með viðkomandi samruna eða yfirtöku. Það er síðan hlutverk samkeppnisyfivalda að meta hvort skilyrði sem samrunaaðilar geta fallist á duga. Segja má að þessi regla sé í anda meðalhófs því ella er hætta á því að einhliða sett skilyrði samkeppnisyfivalda séu í andstöðu við tilgang viðkomandi samruna og geti verið meira íþyngjandi en ógilding hans. Bent hefur og verið á að það sé ekki hlutverk samkeppnisyfivalda að endurskipuleggja að eigin frumkvæði samruna fyrirtækja.³³

Er þetta sama regla og gildir í samrunamálum í EES/EB-samkeppnisrétti. Hefur í þeim rétti komið fram með skýrum hætti að það eru viðkomandi fyrirtæki en ekki framkvæmdastjórn EB sem verða að hafa frumkvæði að því gera tillögur að skilyrðum.³⁴

Af framangreindu leiðir að Samkeppniseftirlitið braut ekki gegn meðalhófsreglunni með því að óska eftir tillögum að skilyrðum frá samrunaaðilum.

³³ Sjá Navarro, Font, Folguera & Briones, Merger Control in the EU, önnur útgáfa 2005 bls. 341: „... the Commission cannot, on its own initiative, rewrite the notified operation. It can only impose conditions or amendments on the notified operation once the parties have proposed such changes themselves, with a view to resolving the competition problem identified by the Commission.“

³⁴ Sjá t.d. Bellamy & Child, European Competition Law of Competition, fimmta útgáfa 2001 bls. 444-445: „Where the proposed concentration might give rise to competition concerns, the parties may be able to avoid and adverse decision by offering the Commission commitments to provide particular remedies that would remove those concerns. ... Responsibility for formulating and offering a proposed commitment is exclusively a matter for the parties.“ Sjá einnig Cook & Kerse, EC Merger Control, fjórða útgáfa 2005 bls. 282: „It is the Commission's role to identify and articulate the competition concerns attributable to a concentration. It is the duty of the parties to it to devise commitments to remedy these concerns to the satisfaction of the Commission.“



Það fer heldur ekki gegn meðalhófsreglunni að Samkeppniseftirlitið hafi ógilt samruna Dagsbrúnar og Senu í stað þess að setja skilyrði. Hér verður að hafa tvennt í huga:

- Einungis er unnt að heimila samruna með skilyrðum ef þau koma alfarið í veg fyrir þær samkeppnishömlur sem stafa af viðkomandi samruna.³⁵
- Nauðsynlegt er að tillögur að skilyrðum berist í samrunamálum nægjanlega snemma til að unnt sé að leggja mat á það hvort þær dugi. Getur slíkt mat kallað á talsverða rannsókn. Í EES/EB-samkeppnistrétti er það grundvallaratriði að samrunaaðilar setji tillögur að slíkum skilyrðum nægjanlega tímanlega fram. Ef það er ekki gert er framkvæmdastjórn EB ekki skylt að hafa hliðsjón að slíkum skilyrðum. Nefna má hér sem dæmi *Volvo/Scania* samrunamálið fyrir framkvæmdastjórninni.³⁶ Í málinu lá fyrir að samrunaaðilar höfðu frest til 21. febrúar 2000 til þess að gera tillögur að skilyrðum til afstýra samkeppnishömlum vegna samruna þeirra og gerðu aðilar tillögur fyrir þann tíma. Hins vegar sendu aðilarnir tillögur að nýjum skilyrðum þann 7. mars 2000. Framkvæmdastjórnin ógilti samrunann í ákvörðun sem hún tók 14. mars 2000. Í henni lagði hún mat á tillögurnar að skilyrðum sem bárust fyrir 21. febrúar 2000 og taldi þær ófullnægjandi. Hún hafnaði því hins vegar að taka til skoðunar tillögurnar sem bárust 7. mars 2000.³⁷ Vísaði framkvæmdastjórnin m.a. til þess að vegna tímafresta samrunareglanna hefði hún ekki svigrúm til að rannsaka hvort þessi skilyrði hefðu dugað. Almennt telur framkvæmdastjórnin t.d. nauðsynlegt að bera tillögur að skilyrðum undir t.d. viðskiptavini eða keppinauta samrunaaðila (e. *market test*) og fá þannig fram sjónarmið fyrirtækja sem hafa sérþekkingu á aðstæðum á viðkomandi markaði.³⁸ Undirréttur EB hefur fallist á að framkvæmdastjórninni sé ekki skylt í samrunamálum að leggja mat

³⁵ Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 18/2001 *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf., Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði* héldu áfrýjendur því fram að samkeppnisráð hefði brotið gegn meðalhófsreglunni með því að ógilda samruna þeirra í stað þess að heimila hann með þeim skilyrðum sem þeir höfðu lagt til. Í úrskurði nefndarinnar sagði: „*Rétt skýring 18. gr. samkeppnislaga leiðir til þess að einungis geta komið til álita skilyrði fyrir samruna sem eru til þess fallin að koma í veg fyrir að markaðsráðandi staða, sem hindrar virka samkeppni, verði til eða styrkist.*”

³⁶ Ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 14. mars 2000 í máli nr. COMP/M.1672.

³⁷ Í ákvörðunni segir m.a.: „*The last day for submitting proposed commitments in this case was 21 February [2000] and Volvo’s new proposal was submitted on March 7, 2000. In the Commission’s view, there was nothing in the new proposal which Volvo could not have included in an undertaking submitted within the three month limit. The present decision therefore will not take this proposal into account.*”

³⁸ Sjá t.d. tilkynningu framkvæmdastjórnar EB um skilyrði í samrunamálum (Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98 (2001/C 68/03)): „*By way of a market test, customers, competitors, suppliers and other companies which might be affected or have specific expertise are requested to indicate to the Commission their reasoned opinion as to the effectiveness of the commitment.*”



á tillögur að skilyrðum sem berast of seint og er vísað til þess að framkvæmdastjórnin verði að hafa nægjanlegan tíma til að geta metið hvort tillögur að skilyrðum séu fullnægjandi.³⁹

Í andmælaskjali sínu frá 26. maí sl. óskaði Samkeppniseftirlitið eftir tillögum að skilyrðum. Þrátt fyrir þetta bárust fullbúnar hugmyndir Dagsbrúnar að skilyrðum ekki fyrir en seinni part fimmtudagsins 22. júní sl. Voru þá aðeins örfáir virkir dagar þar til frestur til þess taka ákvörðun í máli þessu rann út. Var því ekki raunhæfur möguleiki að framkvæma nauðsynlega rannsókn, t.d. með því að leita eftir viðhorfi keppinauta og viðskiptavina (market test). Þar fyrir utan tóku tillögurnar ekki til veigamikilla skaðlegra áhrifa samrunans.

Af þessu má ljóst vera að ekki er um að ræða brot á meðalhófsreglunni.

5. Stjórnsýsluhættir voru vandaðir

Diskurinn telur annmarka á málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins fela í sér brot á óskráðri meginreglu um vandaða stjórnsýsluhætti.

Samkeppniseftirlitið mótmælir þessu. Öll framangreind umfjöllun sýnir að stjórnsýsla eftirlitsins var vönduð og eðlileg í ljósi atvika þessa máls.

6. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála tekur sjálfstæða afstöðu til þess hvort áfrýjandi er aðili að máli

Á meðan mál það sem sætir nú umfjöllun áfrýjunarnefndar samkeppnismála var til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu taldi stofnunin rétt að veita Diskinum kost á að taka þátt í meðferð málsins fyrir stofnuninni. Enda þótt félagið hefði ekki gert skýra grein fyrir því hvort félagið hefði lögvarða hagsmuni af niðurstöðu um samrunann taldi Samkeppniseftirlitið með það að markmiði að upplýsa málið rétt að gefa félaginu kost á að koma að sjónarmiðum og upplýsingum í málinu. Á hitt er að líta að niðurstaða nefndarinnar kann að verða önnur að því er snertir aðild áfrýjanda. Eins og ráðið verður af úrskurði nefndarinnar í máli nr. 12/1996 *Ólafur Ólafsson gegn samkeppnisráði* er það liður í umfjöllun nefndarinnar hvort áfrýjandi sé aðili að því máli sem um ræðir. Í hinu tilvitnaða máli vísaði nefndin að eigin frumkvæði frá kæru áfrýjanda á þeim grundvelli „að áfrýjandi hafi ekki svo sterk tengsl við sakarefnið að þau réttlæti aðilastöðu.“ Tók nefndin síðan sérstaklega fram að það hefði ekki lagalega þýðingu að samkeppnisyfirvöld hefðu gefið áfrýjanda kost á að tjá sig áður en hin kærða ákvörðun var tekin.

³⁹ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-114/02 *BaByliss SA v Commission* [2003] ECR II-1279. Sjá mgr. 132-141.



Við meðferð samrunamála eru hluthafar eða fyrrverandi hluthafar samrunafélaga, þ.e. þeirra félaga sem eru aðilar að samrunanum, almennt ekki taldir aðilar að máli sem fjallar um samrunann. Er almennt hvorki litið á hluthafa í yfirtökufélagi né fyrrverandi hluthafa í yfirtekna félagi sem aðila að slíku máli. Að jafnaði er um svo óbeina hagsmuni að ræða að þeir leiða ekki til þess að viðkomandi sé aðili að máli. Má finna vísbendingar í þessu veru í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 22/2005 *FL Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Áður en vikið verður að úrskurði nefndarinnar er rétt að víkja nokkrum almennum orðum að aðild í samrunamálum.

Í stjórnslurétti er talið að aðilar stjórnslumáls séu þeir sem eiga sérstakra, verulegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins.⁴⁰ Er byggt á þessari reglu í dómi Hæstaréttar Íslands 12. júní 2002 í málinu nr. 231/2002 *Atli Gíslason o.fl. gegn íslenska ríkinu* þar sem kemur fram að það sé almenn regla stjórnsluréttar að sá einn geti orðið aðili að máli fyrir stjórnvöldum, sem eigi einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta. Er jafnframt byggt á henni í dómi réttarins 9. júní 2005 í máli nr. 20/2005 *Íslenska ríkið o.fl. gegn Hjörleifi Guttormssyni og gagnsök*, þar sem segir að sá einn eigi aðild að stjórnslumáli sem eigi einstaklegra og verulegra hagsmuna að gæta.

Í almennum athugasemdum með frumvarpi því sem varð að stjórnslulögum nr. 37/1993 segir að hugtakið „aðili máls“ eigi að skýra þannig að ekki sé einungis átt við þá sem eiga beina aðild að máli, svo sem umsækjendur um byggingarleyfi eða opinbert starf, heldur geti einnig fallið þar undir þeir sem hafa óbeinna hagsmuna að gæta, svo sem nágrannar eða meðumsækjendur um starf. Er tekið fram að við mat á því hvenær maður teljist aðili máls og hvenær ekki ráði úrslitum hvort hann hafi lögvarinna hagsmuna að gæta. Hæstiréttur hefur í nýlegum dómi fallist á að aðrir en ákvörðun beinist að geti verið aðilar að stjórnslumáli.

Í dómi Hæstaréttar Íslands 19. júní 2003 í málinu nr. 83/2003 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppnisstofnun* var leyst úr því hvort Samskip hf., sem hafði beint kvörtun til Samkeppnisstofnunar vegna ætlaðra brota Hf. Eimskipafélags Íslands gegn þágildandi samkeppnislögum, væri aðili að stjórnslumáli því sem stofnunin tók til rannsóknar. Í dóminum segir að samkvæmt 9. gr. reglna nr. 922/2001 um málsmeðferð samkeppnisyfirvalda eigi þeir, sem lögvarinna hagsmuna hafa að gæta, aðild að málum fyrir samkeppnisyfirvöldum. Er tekið fram að hvorki í samkeppnislögum nr. 8/1993 né stjórnslulögum nr. 37/1993 sé skilgreint hver skuli vera skilyrði aðildar að málum samkvæmt lögnum.

⁴⁰ Sjá í þessu sambandi Páll Hreinsson, Hæfisreglur stjórnslulaga, bls. 519



Er tekið undir með áfrýjunarnefnd samkeppnismála að lögskýringargögn gefi til kynna að aðildarhugtak í stjórnslumálum beri að skýra rúmt, þannig að ekki sé einungis átt við þá, sem eiga beina aðild að máli heldur einnig þá sem hafa óbeinna hagsmuna að gæta. Þó sé ekki til einhlítur mælikvarði í þessum efnum og líta beri til hvers tilviks fyrir sig. Almennt sé sá talinn aðili að máli, sem eigi einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta og bent á að þeir, sem bera fram kærur eða kvartanir, séu yfirleitt taldir aðilar að stjórnslumáli, enda eigi þeir slíkra hagsmuna að gæta við úrlausn þess. Að því er snertir aðild Samskipa hf. að umræddu stjórnslumáli er tekið fram að fyrirtækið telji ætluð brot Hf. Eimskipafélags Íslands hafa haft verulega skaðleg áhrif á rekstur sinn. Er fallist á það með áfrýjunarnefnd samkeppnismála að Samskip hf. hafi mikilvægra og sérstakra hagsmuna að gæta af úrslitum málsins. Segir að því séu ekki lagaskilyrði til annars en að Samskip hf. teljist aðili að stjórnslumálinu.

Af dómi Hæstaréttar má draga eftirfarandi ályktanir. Í fyrsta lagi að sá sem á einstaklegra, beinna og lögvarinna hagsmuna að gæta sé almennt aðili að stjórnslumáli. Í öðru lagi að sá sem ber fram kærur eða kvörtun sé yfirleitt aðili að stjórnslumáli, enda eigi hann slíkra (einstaklegra, beinna og lögvarinna) hagsmuna að gæta af úrlausn þess. Í þriðja lagi að sá sem á óbeinna hagsmuna að gæta geti í undantekningartilvikum verið aðili að stjórnslumáli. Í dóminum var sem fyrr segir talið að Samskip hf. ætti aðild að máli því sem Samkeppnisstofnun tók til rannsóknar þar sem félagið ætti „mikilvægra og sérstakra“ hagsmuna að gæta af úrslitum þess. Af dóminum verður ekki ráðið hvort félagið hafi haft beinna eða óbeinna hagsmuna að gæta af niðurstöðu umrædds stjórnslumáls. Hvað sem þessu líður helgaðist niðurstaðan án efa af því að Hf. Eimskipafélag Íslands var eini keppinautur Samskipa hf. á umræddum markaði og að hin ætluðu brot gegn samkeppnislögum höfðu að mati síðarnefnda félagsins haft veruleg skaðleg áhrif á rekstur þess. Samskip hf. hafði með öðrum orðum lögvarða hagsmunum af úrslitum málsins.

Í 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 er kveðið á um að Samkeppniseftirlitið skuli meta hvort samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkist. Hugtakið samruni er skilgreint í 7. tölulið 1. mgr. 4. gr. laganna, en þar segir að samruni samkvæmt lögnum teljist hafa átt sér stað þegar (a) tvö eða fleiri fyrirtæki, sem áður störfuðu sjálfstætt, sameinist, (b) fyrirtæki taki yfir annað fyrirtæki, (c) eigendur með yfirráðum í einu eða fleiri fyrirtækjum nái beinum eða óbeinum yfirráðum í einu eða fleiri fyrirtækjum til viðbótar eða (d) fyrirtæki stofni fyrirtæki um sameiginlegt verkefni sem vari til frambúðar sem sjálfstæð efnahags-eining og valdi því ekki að aðilar sem hlut eigi að máli samræmi



samkeppni sín á milli eða milli sín og hins sameiginlega verkefnis. Í þessari skilgreiningu felst afmörkun á því hverjir hafa lögvarða hagsmuni af úrslitum samrunamála. Af hinum tilvitnuðu ákvæðum leiðir að aðilar að samrunamálum geta verið í fyrsta lagi fyrirtæki, tvö eða fleiri, sem sameinast, í öðru lagi fyrirtæki sem tekur yfir annað og fyrirtæki sem er tekið yfir af öðru, í þriðja lagi eigendur, t.d. hluthafar, sem hafa yfirráð í einu eða fleiri fyrirtæki eða fyrirtækjum og í fjórða lagi fyrirtæki sem stofna fyrirtæki um sameiginlegt verkefni sem varir til frambúðar sem sjálfstæð efnahagseining. Eru aðrir en að framan greinir almennt ekki aðilar að samrunamálum. Af 5. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppnis-eftirlitsins má ráða að sá sem telur sig eiga lögvarinna hagsmuna að gæta verða sjálfur að sýna fram á það. Ákvæðið gerir hins vegar ekki ráð fyrir að stofnunin meti án frekara tilefnis hvort aðrir en ákvörðun beinist að kunni að eiga aðild að máli. Er þetta í samræmi við þær kröfur sem eru gerðar til erinda til Samkeppniseftirlitsins, sbr. 5. gr. viðauka við reglur nr. 880/2005.

Í dómi Hæstaréttar Íslands 19. júní 2003 í málinu nr. 83/2003 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppnisstofnun* var aðild Samskipa hf. að stjórnarsýslumáli því sem Samkeppnisstofnun hafði tekið til rannsóknar meðal annars reist á 9. gr. áðurgildandi reglna nr. 922/2001, sbr. nú 5. gr. reglna nr. 880/2005. Með því að 7. töluliður 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga afmarkar hverjir hafa lögvarða hagsmuni af samrunamáli verður almennt að líta svo á að ekki komi til frekara mats á því hvort aðrir geti haft slíkra hagsmuna að gæta nema í þeim tilvikum þegar kveðið er með beinum hætti á um réttindi og skyldur þriðja aðila í ákvörðun. Getur það komið til þegar samruna eru sett ákveðin skilyrði, t.d. takmarkanir á sölu til þriðja aðila, sbr. til hliðsjónar úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála 11. apríl 2001 í málum nr. 8/2001 og 11/2001 *Hagræði hf. gegn samkeppnisráði*. Enda þótt talið væri að meta ætti hvort aðrir en ákvörðun beinist að séu aðilar verður að telja að aðeins í undantekningartilvikum hafi aðrir en um ræðir í 7. tölulið 1. mgr. 4. gr. laganna lögvarða hagsmuni af úrslitum samrunamáls. Þannig hefðu hluthafar almennt ekki slíkra hagsmuna að gæta þegar um samruna eins eða fleiri hlutafélaga væri að ræða. Þá koma fram vísbendingar um að hið sama eigi við um fyrrverandi hluthafa yfirtekens félags (seljanda) í áðurnefndum úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 22/2005 *FL Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Málavextir voru þeir að FL Group hf. og og Fons eignarhaldsfélag hf. (hér eftir Fons) gerðu með sér samning um kaup fyrrnefnda félagsins á öllu hlutafé hins síðarnefnda í Sterling Airlines A/S, Flyselskabet A/S og Sterling Icelandic Aps. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála segir meðal annars svo: „Við samruna sem gerist, með þessum hætti, ber að



meta kaupanda hlutanna og félagið er skipti um eigendur sem aðila samrunans í skilningi 2. mgr. 17. gr. samkeppnislaga." Komst nefndin síðan að þeirri niðurstöðu að seljandi hinna yfirteknu félaga, Fons, ætti ekki aðild að málinu.

Af úrskurði nefndarinnar má draga þá ályktun að seljandi yfirtekens félags sé ekki aðili að máli um gildi samruna nema eitthvað meira komi til.

7. Niðurlag

Aðalatriði málsins er að fyrir liggur að Diskurinn hafði ávallt vitneskju um gang samrunamálsins fyrir Samkeppniseftirlitinu og hafði á sérhverju stigi tækifæri til að tjá sig um efni þess. Þannig liggur beinlínis fyrir að tengiliður vegna samrunans, Einar Þór Sverrisson hdl., kom upplýsingum og sjónarmiðum á framfæri við Samkeppniseftirlitið fyrir hönd Disksins. Diskurinn hafði þess vegna tækifæri til að tjá sig um efni andmælskjalsins með aðstoð lögmannsins. Þegar af þessum ástæðum gat ekki verið um brot á andmælarétti að ræða.

Eftir að Diskurinn tilkynnti Samkeppniseftirlitinu að félagið hefði ekki haft tækifæri til að tjá sig um andmælskjal stofnunarinnar brást hún við með því að veita félaginu kost á að tjá sig um skjalið. Er engum blöðum um það að fletta að sú ákvörðun var tekin ekki síst í ljósi þess að Diskurinn kynni að búa yfir upplýsingum sem gætu haft áhrif á ákvörðun stofnunarinnar um samrunann. Með tilliti til hins lögbundna frests sem Samkeppniseftirlitið hafði til að taka ákvörðun í málinu var ekki um annað að ræða en að veita Diskinum stuttan frest til að koma upplýsingunum á framfæri. Af ástæðum sem Samkeppniseftirlitinu eru ókunnar lét Diskurinn sér hins vegar þetta tækifæri úr greipum renna.

Eins og áður hefur komið fram er ákvörðun stjórnvalds því aðeins ógildanleg ef þær upplýsingar sem aðili hefur farið á mis við að koma á framfæri hafa verulega þýðingu fyrir úrslit málsins. Þegar litið er til þeirra atriða sem Diskurinn bendir á í kærðu sinni til nefndarinnar er ljóst að þau ýmist lágu fyrir er Samkeppniseftirlitið tók ákvörðun í málinu eða hafa enga þýðingu fyrir úrslit þess. Ætlaður annmarki á meðferð málsins hefur þess vegna engin áhrif á gildi hinnar kærðu ákvörðunar.

Fari svo að áfrýjunarnefnd samkeppnismála telji að Diskurinn hafi farið á mis við að koma að upplýsingum sem höfðu þýðingu fyrir úrslit málsins er almennt litið svo á að slíkt eigi ekki að leiða til ógildi ákvörðunar lægra setts stjórnvalds þegar slík niðurstaða skaðar málið. Þegar litið er til þess að Samkeppniseftirlitið hefði ekki heimild til að ógilda samruna Dagsbrúnar og Senu ef svo færi að ákvörðun þess yrði ógilt er ljóst að slík niðurstaða skaðaði málið í áðurnefndum skilningi. Slík niðurstaða hefði



skaðleg áhrif á samkeppni á mikilvægum markaði og myndi því skaða hagsmundi almennings. Í því skyni að tryggja réttaröryggi aðila máls er þá almennt litið svo á að æðra stjórnvald (eða sjálfstæð úrskurðarnefnd) geti bætt úr hinum ætlaða annmarka á meðferð málsins með því að veita aðilanum kost á að tjá sig. Hefur Hæstiréttur Íslands ítrekað fallist á að sú leið sé farin enda samræmist hún vel hvort tveggja markmiði stjórnsýslu- og samkeppnislaga.

Samkvæmt framansögðu hníga öll rök til þess að hafna beri kröfu áfrýjanda.

Reykjavík 23. ágúst 2006

Virðingarfyllst,
Samkeppniseftirlitið

Ásgeir Einarsson