

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 1/2016

Lyf og heilsa hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Kröfur málsaðila

Með kæru dagsettri 31. mars 2016 hefur Lyf og heilsa hf. (hér eftir nefnd áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2016, frá 4. mars 2016, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í ákvörðuninni komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að framsal Glitnis hf. á öllum hlutum í Lyfju hf. til Ríkissjóðs Íslands fæli í sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og að Samkeppniseftirlitið hefði ekki forsendur til að aðhafast vegna samrunans.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og samrunanum sett skilyrði um annars vegar sölu íslenska ríkisins á Lyfju hf. innan tiltekins skamms tímafrests og hins vegar skilyrði sem koma í veg fyrir þá hagsmunaárekstra sem leiða af eignarhaldi íslenska ríkisins á Lyfju hf. Þá er þess krafist að áfrýjunarnefndin hnekki þeirri forsendu hinnar kærðu ákvörðunar að áfrýjandi og Lyfja hf. séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu.

Samkeppniseftirlitið krefst þess aðallega að málinu verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Til vara krefst eftirlitið að ákvörðunin verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Samkeppniseftirlitinu barst bréf þann 1. febrúar 2016 þar sem tilkynnt var um framsal Glitnis hf. á öllu hlutafé í Lyfju hf. til Ríkissjóðs Íslands. Styttri samrunatilkynning fylgdi erindinu í samræmi við 17. gr. a samkeppnislaga. Kom fram í samrunaskrá að framsalið á Lyfju hf. væri liður í svokölluðu stöðugleikaframlagi framseljanda í tengslum við nauðasamning Glitnis hf. og undanþágu sem Seðlabanki Íslands hafði veitt Glitni hf. frá ákvæðum laga nr. 87/1992 um gjaldeyrismál. Með bréfi, dags. 11. febrúar 2016, var samrunaaðilum tilkynnt um að

samrunaskráin væri fullnægjandi og að 25 virkra daga frestur eftirlitsins til að rannsaka samrunann hefði byrjað að líða þann 4. febrúar sl., sbr. 1. mgr. 17. gr. d samkeppnislaga.

Við rannsókn málsins aflaði Samkeppniseftirlitið ýmissa gagna og sjónarmiða. Óskað var eftir upplýsingum frá aðilum á umræddum markaði og þeim gefinn kostur á að koma að sjónarmiðum um áhrif samrunans. Einnig áttu sér stað viðræður við samrunaaðila og keppinauta Lyfju hf.

Með bréfi, dags. 22. febrúar 2016, var áfrýjanda gerð grein fyrir samruna þessa máls. Í bréfinu var óskað eftir veltuupplýsingum frá félaginu varðandi umsvif þess í smásölu lyfja. Ennfremur var áfrýjanda gefið færi á því að koma fram með athugasemdir um áhrif samrunans á samkeppni og um hugsanleg úrræði vegna hans. Var óskað eftir því að svar bærst eigi síðar en 29. febrúar sl. Samskonar bréf voru send helstu lyfsöluleyfishöfum og einnig var óskað upplýsinga frá Sjúkratryggingum Íslands. Þann 24. febrúar 2016 óskaði áfrýjandi eftir skýringum á tilteknum lið upplýsingabeidninnar um smásölu lyfja. Svaraði Samkeppniseftirlitið fyrirspurninni degi síðar. Áfrýjandi svaraði ekki bréfi Samkeppniseftirlitsins fyrir umræddan frest og óskaði ekki eftir viðbótarfresti áður en hann rann út. Áfrýjandi tilkynnti Samkeppniseftirlitinu þann 1. mars 2016 að umbeðnar upplýsingar um veltu myndu berast síðar.

Þann 4. mars 2016 tók Samkeppniseftirlitið hina kærðu ákvörðun. Áfrýjandi sendi Samkeppniseftirlitinu umbeðnar upplýsingar um smásölu lyfja og bárust þær 10. mars s.á. Þann 16. mars óskaði áfrýjandi eftir aðgangi að öllum gögnum málsins frá Samkeppniseftirlitinu, til að hann gæti nýtt sér kærueimild sína. Ekki hefur orðið við kröfu áfrýjanda af hálfu Samkeppniseftirlitsins.

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjenda barst 12. apríl 2016. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðina bárust áfrýjunarnefndinni 19. apríl s.á. Svör Samkeppniseftirlitið við athugasemdum áfrýjanda bárust nefndinni 29. apríl 2016.

IV

Röksemdir málsaðila

1. Málsástæður og lagarök áfrýjanda

Áfrýjandi vísar til 9. gr. samkeppnislaga um kærueimild sína. Hann bendir á að ekki sé vikið að því í ákvæðinu hverjir geti kært ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins. Fari því um það eftir almennum reglum stjórnsýsluréttar og ríkjandi sjónarmiðum innan samkeppnisréttar. Vísar

áfrýjandi sérstaklega til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2009 þar sem fram komi að samkeppnisaðili á markaði geti kært ákvarðanir samkeppnisyfirvalda þar sem ekki er gripið til íhlutunar í samruna aðila sem starfa á sama markaði. Hið sama leiði einnig af úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 1/2011.

Áfrýjandi byggir á því að öll sjónarmið stjórnslu- og samkeppnisréttar leiði til þess að játa verði honum heimild til aðildar í fyrirbyggjandi máli. Þannig leiði það jafnt af réttarframkvæmd hér á landi í sambærilegum málum, almennrar túlkunar hugtakanna aðili máls og lögvarðir hagsmunir, og sjónarmiðum ESB réttar.

Bendir áfrýjandi á að það viðhorf hafi verið ríkjandi hér á landi að ekki eigi að setja kærúaðild þröngar skorður og vísar um það til dóma Hæstaréttar.

Áfrýjandi bendir á að með hinni kærðu ákvörðun hafi samruni eins helsta samkeppnisaðila áfrýjanda á markaðnum fyrir smásölu lyfja við íslenska ríkið, sem eigi og reki sjúkrahúsapótekin og öll sjúkrahús á landinu, verið heimilaður án skilyrða. Telur áfrýjandi að rannsókn á samkeppnislegum áhrifum samrunans á samkeppni hafi verið verulega ábótavant. Þar sem áfrýjandi starfi á þeim markaði þar sem samkeppni muni að hans mati skaðast við samrunann verði að telja að hann hafi lögvarða hagsmuni af því að fá úr lögmati hinnar kærðu ákvörðunar skorið.

Þá vísar áfrýjandi til þess að í hinni kærðu ákvörðun sé sérstaklega tekið fram að áður hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að Lyfja hf. og áfrýjandi væru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu og gagnaöflun í málinu gæfi ekki vísbendingar um að sú staða hafi breyst. Talsverðar hömlur séu lagðar á fyrirtæki sem teljast í markaðsráðandi stöðu og framangreind yfirlýsing Samkeppniseftirlitsins hafi því eðli máls samkvæmt bein og veruleg áhrif á lögvarða hagsmuni áfrýjanda.

Einnig byggir áfrýjandi á því að honum hafi, við meðferð málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu, ekki verið gefinn raunhæfur kostur á að senda eftirlitinu sjónarmið sín um samrunann og koma að kröfu um að samruninn yrði ekki heimilaður án skilyrða.

Áfrýjandi byggir á því að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnslulaga við meðferð málsins. Bendir áfrýjandi m.a. á að vandséð sé að raunveruleg rannsókn hafi farið fram á núverandi aðstæðum á lyfjamarkaðnum þar sem öll umfjöllun um hann sé nánast eingöngu byggð á margra ára gömlum ákvörðunum og skýrslum Samkeppniseftirlitsins. Sé þetta sérlega alvarlegt í ljósi þess að lyfjamarkaðurinn hafi tekið miklum breytingum hvað varðar markaðshlutdeild aðila auk þess sem hann hafi stækkað verulega á undanförunum árum. Þá bendir áfrýjandi á að þar sem Samkeppniseftirlitið byggi ranglega á því að íslenska ríkið hafi enga aðkomu að markaðnum fyrir smásölu lyfja sé ljóst

að rannsókn eftirlitsins á samrunanum byggir á röngum forsendum. Einnig bendir áfrýjandi á að sú staðreynd að hin kærða ákvörðun hafi verið tekin án þess að upplýsingar frá honum og sjónarmið hans hafi legið fyrir feli ein og sér í sér að Samkeppniseftirlitið hafi ekki framkvæmt viðhlítandi rannsókn á markaðnum sem samruninn tiki til og áhrifum hans á samkeppni. Telur áfrýjandi jafnframt að með þessu hafi Samkeppniseftirlitið brotið gegn andmælarétti hans vegna þeirrar umfjöllunar um ætlaða sterka stöðu hans sem birtist í hinni kærðu ákvörðun.

Þá byggir áfrýjandi á því að með hinni kærðu ákvörðun hafi Samkeppniseftirlitið komist að efnislega rangri niðurstöðu þar sem samruninn sé til þess fallinn að raska samkeppni á mörkuðum fyrir smásölu lyfja. Jafnframt sé ákvörðunin að öðru leyti haldin verulegum efnislegum ágöllum. Að mati áfrýjanda sé umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um markaðinn og stöðu aðila á honum í meginatriðum efnislega röng.

Áfrýjandi telur að það leiði af eignarhaldi íslenska ríkisins á Lyfju hf. annars vegar og öllum sjúkrahúsum landsins hins vegar, að samruninn kunni að vera til þess fallin að raska samkeppni. Því verði að ógilda hina kærðu ákvörðun og setja samrunanum skilyrði um að íslenska ríkið selji Lyfju hf. innan tiltekins tíma, auk skilyrða um meðferð á eignarhlut ríkisins í félaginu, þannig að tryggt verði að hin lóðréttta samþætting verði ekki misnotuð.

Áfrýjandi byggir einnig á því að eignarhald íslenska ríkisins, sem fari með yfirráð í tveimur af þremur stærstu viðskiptabönkum landsins, sé til þess fallið að raska samkeppni. Því verði að ógilda hina kærðu ákvörðun og setja samrunanum skilyrði um að íslenska ríkið selji Lyfju hf. innan tiltekins tíma, auk skilyrða um meðferð á eignarhlut ríkisins í Lyfju hf., þannig að tryggt verði að sameiginleg yfirráð Lyfju hf. annars vegar og tveggja stærstu viðskiptabanka landsins hins vegar verði ekki misnotuð.

Þá bendir áfrýjandi á að á því sé byggt í hinni kærðu ákvörðun að hann og Lyfja hf. séu hvor fyrir sig með um 35-40% markaðshlutdeild á markaði fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu. Telur áfrýjandi að þessar tölur séu langt frá því að vera réttar enda virðast þær eingöngu fengnar úr eldri ákvörðunum og skýrslum Samkeppniseftirlitsins. Áfrýjandi telur að hann og Lyfja hf. séu hvorki í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu né í yfirburðarstöðu gagnvart öðrum keppinautum og að markaðurinn í dag beri engin þess merki að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu þeirra sé að ræða.

Áfrýjandi bendir á að í hinni kærðu ákvörðun sé því lýst að við framsal Lyfju hf. til íslenska ríkisins eigi þær röksemdir sem leiddu til setningar skilyrða við yfirtöku Glitnis hf. á Lyfju hf. ekki lengur við og nefnir Samkeppniseftirlitið m.a. til stuðnings þeirri ályktun að íslenska ríkið eigi ekki eignarhluti í öðrum smásölufyrirtækjum á lyfjamarkaði og starfi ekki á þeim markaði að öðru leyti. Áfrýjandi telur að þetta sé efnislega rangt enda séu sjúkrahúsapótekin í

eigu ríkisins og þau starfi á markaði fyrir smásölu lyfja. Þá reki íslenska ríkið öll sjúkrahús landsins og séu yfirráð í kjölfar samrunans þannig lóðrétt samþætt. Byggir áfrýjandi á því að þær aðstæður kunni að hafa skaðleg áhrif á samkeppni í skilningi 17. gr. c. samkeppnislaga. Í öllu falli sé með öllu órannsakað hvort svo sé.

Þá hafnar áfrýjandi því alfarið að þau rök sem leiddu til setningar skilyrða við yfirtöku Glitnis hf. á Lyfju hf. eigi ekki lengur við. Íslenska ríkið eigi eignarhlut í öllum stórum viðskiptabönkum landsins, þar af ráðandi hlut í tveimur þeirra. Byggir áfrýjandi á því að við þær aðstæður eigi öll þau sömu sjónarmið við og lágu til grundvallar þeirri ákvörðun, og því sé nauðsynlegt að setja samrunanum skilyrði til að koma í veg fyrir þá mögulegu hagsmunaárekstra sem leiða af eignarhaldi íslenska ríkisins á Lyfju hf.

2. Málástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið byggir aðallega á því að vísa beri málinu frá áfrýjunarnefnd og bendir á að hvað aðild áhrærir „*gildir sú meginregla í samkeppnisrétti að málsefni þarf að varða viðkomandi bæði beint og sérstaklega til þess að til aðildar geti komið*“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2009. Ekki sé sjálfgefið að keppinautar samrunaaðila geti skotið ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar. Í úrskurði nefndarinnar í máli nr. 8/2015 sé þannig bent á að keppinautar samrunaaðila geti „*við tiltekna aðstæður átt aðild að málum fyrir áfrýjunarnefnd*.“ Hafi nefndin einnig tekið fram að við mat á því hvort fyrirtæki, sem ekki var aðili máls fyrir Samkeppniseftirlitinu, geti skotið ákvörðun til nefndarinnar verði ávallt að líta „*til þess hvernig hagsmunir viðkomandi tengjast þeirri ákvörðun sem kærð er ...*“, sbr. úrskurð nefndarinnar nr. 3/2014. Um slíka aðild geti verið að ræða ef viðkomandi keppinautur hafi látið málið til sín taka fyrir Samkeppniseftirlitinu og sýni fram á „samkeppnisréttarlega hagsmuni“ sem varða hann beint og sérstaklega. Vísast um þetta til umræddra úrskurða nr. 18/2009, 3/2014 og 8/2015, sbr. einnig úrskurð í máli nr. 1/2011.

Samkeppniseftirlitið telur að ekki hafi verið þörf á því í hinni kærðu ákvörðun að slá því föstu hvort áfrýjandi og Lyfja hf. væru enn í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Vísað hafi verið í eldri úrlausnir og tekið fram að gagnaöflun „*í þessu máli gefur ekki vísbendingar um að sú staða hafi breyst*.“ Þá telur Samkeppniseftirlitið að sú staðreynd ein, að tvö eða fleiri fyrirtæki séu í eigu ríkisins, þýði ekki sjálfkrafa að þau teljist vera undir sömu yfirráðum og þannig eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga. Sjúkrahús og apótek þeirra lúti stjórn viðkomandi forstjóra og yfirstjórn heilbrigðisráðherra samkvæmt lögum nr. 40/2007 um heilbrigðisþjónustu, sbr. einnig XIV. kafla lyfjalaga nr. 93/1994. Tímabundið eignarhald ríkisins á Lyfju hf. mun heyra undir sérstakt einkahlutafélag sem fjármálaráðherra stofnar, sbr. lög nr. 24/2016 um breytingu á lögum um Seðlabanka Íslands. Ekki sé því um að ræða að

fyrir hendi séu sameiginleg yferráð í skilningi samkeppnislaga yfir annars vegar sjúkrahúsum/apótekum og hins vegar Lyfju hf. sem skapi hættu á samkeppnishömlum.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að áfrýjandi rökstyðji ekki hvernig framangreint fyrirkomulag geti raskað samkeppni eða hafi veruleg áhrif á stöðu hans á markaðnum. Þá sé heldur ekki rökstutt hvernig framgreint varði áfrýjanda með þeim hætti sem aðgreini hann frá öðrum lyfsölum. Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að í lögum nr. 24/2016 um breytingu á lögum um Seðlabanka Íslands felist að eignarhaldi ríkisins á Lyfju hf. ljúki eigi síðar en 31. desember 2018. Áfrýjandi hafi ekki rökstutt hvað sé skaðlegt við þennan frest.

Samkeppniseftirlitið bendir á að kæruaðild áfrýjanda verði heldur ekki byggð á því að hann hafi tekið virkan þátt í meðferð málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu. Hann hvorki nýtti sér tækifæri til þess að tjá sig efnislega né skilaði upplýsingum innan tilskilins frests.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að rannsókn málsins hafi verið fullnægjandi og hafnar því að hafa brotið gegn rannsóknarreglu stjórnarsýslulaga. Bendir Samkeppniseftirlitið á að samrunatilkynningin og önnur gögn sem aflað hafi verið við meðferð málsins fyrir eftirlitinu gáfu það til kynna að ekki hafi verið um ræða samruna sem gæti haft í för með sér bein samkeppnisleg áhrif, líkt og þegar keppinautar renna saman eða fyrirtæki sem starfa á mismunandi sölustigum (t.d. birgir og endurseljandi). Samruni þessa máls sé skýrt dæmi um samruna sem taki til aðila í óskyldri stafsemi. Augljóst sé að kröfur til rannsóknar séu ekki jafn ríkar í samrunamálum þar sem hefðbundin mögulega skaðleg samkeppnisáhrif séu ekki fyrir hendi. Rannsókn Samkeppniseftirlitsins í málinu hafi verið fullnægjandi miðað við eðli þess.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að af 1. mgr. 17. gr. d samkeppnislaga leiði að eftirlitið skuli innan 25 virkra daga frá því að samrunatilkynning berst taka ákvörðun um annars vegar hvort heimila skuli samruna (fasi I) eða hins vegar hvort nauðsynlegt sé að rannsaka málið frekar og setja það í fasa II. Þetta eðli samrunamála kalli á hraða málsmeðferð sem hafi m.a. áhrif á þá fresti sem hagsmunaðilum séu veittir til þess að koma að sjónarmiðum og gögnum. Áfrýjandi varð ekki við skyldu sinni skv. 19. gr. samkeppnislaga um að afhenda veltuupplýsingar innan tímamarka. Tjáði hann sig hvorki né lýsti erfiðleikum við að tjá sig efnislega um samruna þessa máls innan tímamarka. Áfrýjandi óskaði auk þess ekki eftir viðbótarfresti til þess að setja fram efnisleg sjónarmið. Þá varð hann heldur ekki við boði eftirlitsins um fund þar sem hann gæti farið munnlega yfir áhyggjur sínar. Að liðnum fresti til að fjalla um samrunann í fasa I tók Samkeppniseftirlitið hina kærðu ákvörðun. Á þeim tímamarki taldi Samkeppniseftirlitið sig hafa fulla yfirsýn til þess að geta tekið upplýsta ákvörðun í málinu.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að áfrýjandi hafi ekki sýnt fram á að hin kærða ákvörðun sé efnislega röng og að ekkert sé hæft í staðhæfingum áfrýjanda.

V

Niðurstaða

1

Áfrýjunarnefndin telur að fyrst þurfi að taka afstöðu til þess hvort áfrýjandi eigi kæruaðild í skilningi laga. Hefur Samkeppniseftirlitið gert þá kröfu að kæru áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Áfrýjandi telur sig hins vegar eiga kæruaðild. Lúta kröfur hans í efnishlið málsins að því annars vegar að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins verði felld úr gildi og samrunanum sett tiltekin skilyrði. Hins vegar er þess krafist að hnekkð verði þeirri forsendu ákvörðunar að áfrýjandi og Lyfja hf. séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu.

2

Hvorki í samkeppnislögum né stjórnarsýslulögum er að finna nákvæma skilgreiningu á því hverjir geti talist aðilar samkeppnismáls. Því er ákvörðun um þetta háð mati sem byggist á viðurkenndum sjónarmiðum samkeppnisréttar og stjórnarsýsluréttar. Samkvæmt fyrri ákvörðunum áfrýjunarnefndar samkeppnismála gildir sú meginregla að málsefni þarf að varða viðkomandi bæði beint og sérstaklega til þess að til aðildar geti komið. Samkvæmt ákvörðun áfrýjunarnefndar nr. 18/2009 (Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu) sbr. einnig mál nr. 3/2014 (Búvangur ehf. o.fl. gegn Samkeppniseftirlitinu) felur fyrri skilyrðið í sér að ákveðið orsakasamhengi verður að vera milli ákvörðunar og réttarstöðu aðila. Má gera ráð fyrir að tiltekin ákvörðun verði viðkomandi beint ef henni er ætlað að binda hann enda er þá um augljóst orsakasamhengi að ræða. Í síðara skilyrðinu felst að viðkomandi þarf að sýna fram á að ákvörðun verði hann með þeim hætti sem aðgreinir hann frá öðrum sem kunna að vera í svipaðri aðstöðu en njóta samt sem áður ekki aðildarstöðu.

3

Framangreindum meginreglum um aðild hefur verið beitt með tilliti til sérkenna samkeppnisréttar. Það hefur verið viðurkennt að fleiri en sá sem ákvörðun beinist beinlínis að geti átt aðild að málum, bæði við meðferð Samkeppniseftirlitsins og einnig á kærustigi hjá áfrýjunarnefndinni, samanber til dæmis áður nefndan úrskurð nefndarinnar í máli nr. 18/2009 svo og í máli nr. 11/2001 (Hagræði hf. gegn Samkeppnisráði). Þá hefur einnig verið staðfest að þeir sem geti átt óbeinna hagsmuna að gæta geti eftir atvikum átt aðild að málum á sviði samkeppniseftirlits. Má þar m.a. vísa í forsendur dóms Hæstaréttar í máli nr. 83/2003

(Samkeppnisstofnun gegn Hf. Eimskipafélagi Íslands) og úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í máli 17/2002 milli sömu aðila sem Hæstaréttur staðfesti í síðastgreindum dómi. Í dómi Hæstaréttar segir að meta þurfi í hverju máli hvort aðili sem hefði óbeinna hagsmuna að gæta hefði mikilvæga og sérstaka hagsmuni af úrslitum málsins. Í þessu máli Hæstaréttar hafði það þýðingu að Samskip hf., sem fékk viðurkennda aðilastöðu, hafði kvartað yfir háttsemi Eimskipafélagsins, og taldi að félagið hefði misnotað markaðsráðandi stöðu gagnvart sér og tilgreint dæmi því til stuðnings.

4

Það leiðir af framangreindu að áfrýjunarnefndin hefur viðurkennt kærvaðild annarra en þeirra sem ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins hafa beinlínis beinst að, m.a. samkeppnisaðila í samrunamálum eins og fyrr er minnst á, en einnig þegar samkeppnisaðilar hafa kært tiltekna háttsemi, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í málum nr. 14/2002 (Tal hf. gegn Samkeppnisráði) og nr. 13/2009 (Valborg ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu). Ávallt hefur verið litið til þess hvernig hagsmunir viðkomandi tengjast þeirri ákvörðun sem kærð er, m.a. í málum þar sem Samkeppniseftirlitið hefur ákveðið að fella niður mál. Í því sambandi getur skipt máli hvort og að hvaða marki viðkomandi hafi sýnt hug sinn í verki.

Almenna reglan er hins vegar sú að samkeppnisaðilar eigi ekki beina aðild að samrunamálum miðað við þær skilgreiningar sem fram hafa komið hér að framan. Samþykki eða höfnun samruna beinist að jafnaði ekki að öðrum en samrunaaðilunum. Hér skiptir einnig máli að við rannsókn slíkra mála þarf að afla viðkvæmra upplýsinga úr rekstri samrunaaðila sem samkeppnisaðilar eiga almennt ekki að eiga aðgang að.

5

Mál þetta má rekja til þess að þann 1. febrúar 2016 barst Samkeppniseftirlitinu bréf þar sem tilkynnt var um yfirtöku Ríkissjóðs Íslands á Lyfju hf. en allt hlutafé Glitnis hf. í Lyfju hf. hafði verið framselt til Ríkissjóðs Íslands. Styttri samrunatilkynning fylgdi erindinu í samræm i við 17. gr. a samkeppnislaga. Þann 11. febrúar 2016 var samrunaaðilum tilkynnt að samrunaskráin væri fullnægjandi og að upphafstími 25 virkra daga frests eftirlitsins til að rannsaka samrunann miðaðist við 4. febrúar 2016.

6

Við rannsókn málsins aflaði Samkeppniseftirlitið gagna og óskaði eftir upplýsingum frá markaðsaðilum og var þeim gefinn kostur á að koma sínum sjónarmiðum um samrunan á framfæri. Átti það við um áfrýjanda sem var með bréfi dags. 22. febrúar sl. gerð grein fyrir samrunanum og óskað eftir ýmsum upplýsingum frá honum ásamt því að bjóða honum að koma fram með athugasemdir um áhrif samrunans.

7

Áfrýjandi svaraði ekki bréfi Samkeppniseftirlitsins innan þess frests sem gefin var en tilkynnti hins vegar þann 1. mars 2016 að upplýsingar um veltu sem óskað hafði verið eftir myndu berast síðar. Ekkert kom fram í þeirri tilkynningu um efnisleg sjónarmið um samrunann.

8

Fram kemur af hálfu Samkeppniseftirlitsins að almennt hafi þeir lyfsalar sem höfðu samband við eftirlitið vegna samrunans talið að fyrirhugað eignarhald ríkisins á Lyfju hf. væri heppilegra í samkeppnislegu tilliti en eignarhald Glitnis hf. á félaginu.

9

Þann 4. mars 2016 tók Samkeppniseftirlitið hina kærðu ákvörðun. Þann 10. mars s.á. bárust síðan umbeðnar upplýsingar er vörðuðu smásölu lyfja frá áfrýjanda. Í því bréfi komu engin efnisleg sjónarmið fram varðandi þann samruna sem mál þetta snýst um.

10

Áfrýjunarnefnd þarf að skera úr því hvort niðurstaða þessa máls snerti hagsmuni áfrýjandi með þeim hætti að það réttlæti að hann geti fengið stöðu aðila í málinu miðað við fyrrgreind sjónarmið.

11

Fyrir liggur að áfrýjandi nýtti sér ekki þann möguleika sem honum var sérstaklega boðið upp á; að setja fram athugasemdir sínar við Samkeppniseftirlitið um samrunann á meðan málið var til meðferðar þar. Hefur það áhrif á mat á því hversu sérstaka og verulega hagsmuni hann hafi af þeim samruna sem hér er fjallað um.

12

Rétt er að taka sérstaklega til skoðunar kröfu áfrýjanda er varðar sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Í hinni kærðu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins er vísað til þess að í ákvörðunum nr. 28/2006 og 4/2010 hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að þessar tvær lyfjaverslanakeðjur, Lyfja hf. og áfrýjandi, væru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu. Þá kemur fram að gagnaöflun vegna þess samruna sem hér er til umfjöllunar gefi ekki vísbendingar um að sú staða hafi breyst. Þá segir: „Í öllu falli er ljóst að þessir aðilar hafa mikinn markaðsstyrk, aðrir keppinautar hafi mun lægri markaðshlutdeild.“ Af þessu er ljóst að það er ekki niðurstaða í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að þessar tvær keðjur séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu og ekki verður heldur séð það sé einhver forsenda ákvörðunarinnar.

Í ákvörðun áfrýjunarnefndar nr. 6/2006 (DAC ehf., Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu) kemur fram að þrátt fyrir að í ákvörðunarorðum Samkeppniseftirlitsins hafi komið fram að áfrýjandi í því máli, sem er reyndar sá sami og í því sem hér er til umfjöllunar, væri í markaðsráðandi stöðu með öðrum aðila, þá gæti það ekki réttlætt aðildarstöðu hans.

13

Þegar tekið hefur verið tillit til allra atriða sem að framan eru rakin er það skoðun áfrýjunarnefndar samkeppnismála að ekki hefur verið sýnt fram á að samrunamálið, sem hér er til umfjöllunar, tengist áfrýjanda beint og sérstaklega eða að öðru leyti með þeim hætti að hann geti átt rétt til aðildar að málinu.

Ber því að vísa málinu frá áfrýjunarnefndinni.

Úrskurðarorð:

Kröfum áfrýjanda er vísað frá áfrýjunarnefndinni.

Reykjavík, 17. maí 2016

Lárus Blöndal, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson