

## ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

### Úrskurður í máli nr. 6/2018

**Samkaup hf.**

**gegn**

**Samkeppniseftirlitinu**

#### I

#### **Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila**

Með kæru, dagsettri 8. október 2018, hefur Samkaup hf., hér eftir nefnt áfrýjandi, kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 11. september 2018 um að heimila samruna Haga hf., Olíuverzlunar Íslands hf. og DVG ehf. með tilteknum fyrirvörum, sbr. sátt Samkeppniseftirlitsins við samrunaaðilana, dags. sama dag.

Áfrýjandi krefst þess aðallega að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 11. september 2018 verði felld úr gildi og samruninn ógiltur. Til vara krefst áfrýjandi þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála ákveði að binda samrunann frekari skilyrðum og takmörkunum, eftir því sem áfrýjunarnefndin telur nauðsynlegt, einkum varðandi möguleika samrunaaðila til vaxtar á sviði dagvörumarkaðar til skemmri og lengri tíma.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að kröfum áfrýjanda, Samkaupa hf., verði hafnað.

Hagar hf. hafa sett fram sjónarmið sín til málsins með bréfi til áfrýjunarnefndar samkeppnismála dags. 5. nóvember sl. og gera þá kröfu aðallega að kæru áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefndinni þar sem félagið hafi ekki kærúaðild í málinu. Til vara er þess krafist að varakröfu áfrýjanda verði vísað frá nefndinni og

til þrautavara, fái kröfur áfrýjanda fái efnislega meðferð að öllu leyti eða að hluta, að þeim verði hafnað.

## II

### Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Þann 11. september 2018 var undirrituð sátt skv. 17. gr. f. samkeppnislaga nr. 44/2005 vegna samruna Haga hf., Olíuverzlunar Íslands hf. og DVG ehf. Ákvörðun vegna sáttarinnar hefur ekki verið birt. Rannsókn á samrunanum hófst í kjölfar þess að Samkeppniseftirlitinu barst fullnægjandi tilkynning um hann þann 26. september 2017. Þann 23. nóvember 2017 gerði Samkeppniseftirlitið grein fyrir áherslum eftirlitsins við rannsókn málsins og óskaði eftir sjónarmiðum hagsmunaaðila. Áfrýjandi kom sjónarmiðum sínum á framfæri við eftirlitið, með bréfi dags. 7. nóvember 2017, og mæltist til þess að Samkeppniseftirlitið myndi ógilda samrunann. Í kjölfarið átti áfrýjandi fund með Samkeppniseftirlitinu þar sem félagið kom frekari sjónarmiðum sínum á framfæri.

Þann 15. desember 2017 sendi áfrýjandi ábendingu til Samkeppniseftirlitsins í tilefni af samrunanum vegna fjölmiðlaumfjöllunar um Haga hf. Þá svaraði áfrýjandi gagnabeiðni Samkeppniseftirlitsins þann 18. febrúar 2018. Samkeppniseftirlitið leitaði sjónarmiða hagsmunaaðila, þ.á.m. áfrýjanda, við frekari tillögur Haga hf. að skilyrðum fyrir samrunanum með bréfi, dags. 20. febrúar 2018. Áfrýjandi skilaði athugasemdum sínum þann 26. febrúar sl. og þar kom fram að áfrýjandi teldi að framboðin skilyrði af hálfu Haga hf. dygðu ekki til þess að leysa úr skaðlegum áhrifum samrunans á samkeppni.

Með tölvupósti, dags. 5. mars 2018, sendi áfrýjandi ábendingu til Samkeppniseftirlitsins í tilefni af fjölmiðlaumfjöllun um Haga hf. og Costco. Þann 28. mars 2018 sendi Samkeppniseftirlitið hagsmunaaðilum, þ.m.t. áfrýjanda, nýjar tillögur Haga hf. að skilyrðum vegna samrunans til umsagnar. Þann 18. júní 2018 átti Samkeppniseftirlitið fund með áfrýjanda þar sem áfrýjandi kom sjónarmiðum sínum á framfæri um möguleg skilyrði er vörðuðu ~~snéri~~ sölu verslunar Haga hf. að Faxafeni 14, Reykjavík.

Þann 3. júlí 2018 óskaði Samkeppniseftirlitið enn á ný eftir sjónarmiðum vegna framboðinna skilyrða af hálfu Haga hf. auk þess sem umsagnarbeiðni var send til tiltekinna hagsmunaaðila þ.m.t. áfrýjanda. Með bréfi dags. 11. júlí 2018 kom áfrýjandi á framfæri athugasemdum sínum vegna samrunans. Mat áfrýjanda var að framboðin skilyrði leystu ekki úr þeim samkeppnislegu vandamálum sem leiddu af samrunanum og að ekki ætti að heimila samrunann þar sem hann uppfyllti ekki kröfur samkeppnislaga.

Áfrýjandi átti tvo fundi vegna málsins með Samkeppniseftirlitinu þann 2. og 9. ágúst sl. Tilfni fundanna var m.a. samskipti Haga hf. við áfrýjanda um möguleg kaup hans á framboðnum eignum. Á fundunum var afstaða áfrýjanda til mögulegrar sáttar rædd.

Um málsatvik að öðru leyti er til vísað til kæru og annarra gagna málsins.

### III

#### **Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni.**

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst áfrýjunarnefnd samkeppnismála þann 23. október sl. Þann 5. nóvember sl. bárust sjónarmið Haga hf. við kæru áfrýjanda. Þann 7. nóvember sl. bárust andsvör áfrýjanda við greinargerð Samkeppniseftirlitsins þar sem m.a. kom fram að áfrýjandi hefði ekki fengið afhent gögn er vísað var til í greinargerð Samkeppniseftirlitsins þrátt fyrir beiðni þar um með tölvupósti, dags. 29. október sl. Með tölvupósti 9. nóvember sl. framsendi Samkeppniseftirlitið til áfrýjunarnefndarinnar gagnabeiðni áfrýjanda og andsvör Haga hf. við þeirri beiðni.

Þann 15. nóvember sl. barst formleg beiðni frá áfrýjanda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála um afhendingu frekari gagna vegna málsins. Þann 29. nóvember sl. sendi áfrýjunarnefndin lista yfir gögn málsins frá Samkeppniseftirlitinu til áfrýjanda og óskaði eftir því að áfrýjandi tilgreindi með nákvæmum hætti hvaða gögn það væru sem óskað væri eftir að fá afhent. Með bréfi, dags. 3. desember sl., tilgreindi áfrýjandi nákvæmlega þau gögn sem hann óskaði eftir að fá afhent vegna málsins. Þann 3. desember 2018 var óskað eftir

afstöðu Haga hf. og Samkeppniseftirlitsins til kröfu áfrýjanda um afhendingu umbeðinna gagna. Í svari Haga hf. þann 5. desember sl. var ítrekuð fyrri afstaða um að vísa beri kærðu áfrýjanda frá áfrýjunarnefndinni þar sem kærueðild skorti og nauðsynlegt að taka afstöðu til aðildar áfrýjanda áður en tekin yrði afstaða til kröfu áfrýjanda um afhendingu tilgreindra gagna málsins. Áfrýjandi ítrekaði fyrri sjónarmið sín varðandi aðild með bréfi til áfrýjunarnefndar þann 13. desember 2018 Af hálfu áfrýjunarnefndar samkeppnismála hefur verið ákveðið að taka sérstaklega til úrskurðar ágreining um kærueðild áfrýjanda til nefndarinnar.

## IV

### **Röksemdir málsaðila.**

#### ***Málsástæður og lagarök áfrýjanda.***

Áfrýjandi byggir kærueðild sína á 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og vísar til þess að ekki sé vikið að því í lögnum hverjir geti kært ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og því fari um þann rétt eftir viðurkenndum reglum samkeppnisréttar og stjórnarsýsluréttar.

Áfrýjandi byggir á því að hann sé keppinautur samrunaaðila og augljóst sé að hinn umþrætti samruni muni hafa veruleg áhrif á stöðu hans. Áfrýjandi sé hlutafélag sem reki um það bil 50 verslanir og félagið hafi um það bil 15-16% markaðshlutdeild á skilgreindum dagvörumarkaði á landsvísu og 5-6% markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu.

Vísar áfrýjandi til þess að samruninn snerti hann með þeim hætti sem aðgreini nægilega stöðu hans frá öðrum og hann eigi því lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins. Þá vísar áfrýjandi varðandi kærueðild sína til niðurstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2017.

#### ***Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins***

Samkeppniseftirlitið bendir á að í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi verið talið að keppinautar samrunaaðila geti haft heimild til

að skjóta ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Er í því sambandi m.a. vísað til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 18/2009, 1/2011 og 6/2017. Með hliðsjón af framangreindri úrskurðarframkvæmd telur Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi geti átt kæruaðild fyrir áfrýjunarnefndinni þrátt fyrir að hafa ekki verið aðili máls við meðferð þess hjá Samkeppniseftirlitinu. Er þá horft til þess að áfrýjandi fékk tækifæri til að tjá sig við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu, auk þess sem málið varði mikilvæga markaði sem hann starfar á.

### ***Málsástæður og lagarök Haga hf.***

Hagar hf. telja að áfrýjandi eigi ekki kæruaðild í málinu og því beri að vísa kæru hans frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Samkvæmt 9. gr. samkeppnislaga sæti ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála en ekki komi fram í lögnum hverjir geti átt kæruaðild. Því ráðist það af almennum ákvæðum VII. kafla stjórnarsýslulaga um stjórnarsýslukæru, og úrskurðarframkvæmd áfrýjunarnefndarinnar. Samkvæmt 26. gr. stjórnarsýslulaga sé *aðila máls* heimilt að kæra stjórnvaldsákvörðun til æðra stjórnvalds til þess að fá hana fellda úr gildi eða henni breytt nema annað leiði af lögum eða venju.

Vísa Hagar hf. til þess að áfrýjandi hafi ekki haft stöðu aðila við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu. Þrátt fyrir að eftirlitið hafi boðið hagsmunaaðilum og öðrum að koma á framfæri sjónarmiðum sínum vegna samrunans og áfrýjandi hafi nýtt sér það tækifæri hafi hann ekki þar með orðið aðili málsins.

Fram komi í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2017 að keppinautar eigi ekki beina aðild að samrunamálum. Í samkeppnisrétti gildi sú meginregla að málfærni þurfi að varða viðkomandi bæði *beint og sérstaklega* til þess að til aðildar geti komið. Meginatriðið við mat á aðild sé hvort ákvörðun varði viðkomandi fyrirtæki í raun með sama hætti og það væri sérstaklega bundið af henni. Hagar hf. telja að ekki komi til greina að víkka aðildarskilyrðin frá þeirri framkvæmd sem þegar hefur verið mörkuð.

Ákvörðun um að hafna eða samþykkja samruna beinist ekki að öðrum en samrunaaðilum. Þó svo að til þess geti komið að samruni hafi áhrif á stöðu

keppinauta samrunaaðila, og snert þá með þeim hætti í almenntri samkeppni, þá sé ljóst að sátt Haga hf. og Samkeppniseftirlitsins bindi áfrýjanda ekki að neinu leyti og hann hafi ekki sýnt fram á að málefnið varði hann beint og sérstaklega.

Hagar hf. mótmæla því að kæruaðild áfrýjanda verði leidd af þeim forsendum sem fram koma í úrskurðum í málum áfrýjunarnefndarinnar nr. 6/2017 og 11/2001. Í þeim málum vörðuðu skilyrði samrunans áfrýjendur beint og sérstaklega umfram aðra á markaði. Telja Hagar hf. að áfrýjandi hafi ekki slíka sérstöðu á dagvörumarkaði að félagið teljist hafa verulega og einstaka hagsmuni umfram aðra keppinauta á dagvörumarkaði af niðurstöðu samrunamálsins sem réttlæti kæruaðild.

## V.

### Niðurstaða

#### 1

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur í ljósi kröfugerðar Haga hf. nauðsynlegt að taka fyrst afstöðu til þess hvort áfrýjandi eigi kæruaðild í málinu og hvort málinu skuli í heild eða að hluta vísað frá nefndinni.

Áfrýjandi telur sig eiga kæruaðild en kröfur hans í efnishlið málsins lúta aðallega að því að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 11. september 2018 um að heimila samruna Haga hf., Ólíuverslunar Íslands hf. og DGV ehf. með tilteknum fyrirvörum, sbr. sátt Samkeppniseftirlitsins við samrunaaðila, dags. 11. september 2018, verði felld úr gildi og samruninn ógiltur. Til vara krefst áfrýjandi þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála ákveði að binda samrunann frekari skilyrðum og takmörkunum eftir því sem áfrýjunarnefndin telur nauðsynlegt, einkum varðandi möguleika samrunaaðila til vaxtar á sviði dagvörumarkaðar.

Áfrýjandi byggir kæruheimild sína á 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og vísar til þess að um kæru á ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins fari eftir viðurkenndum reglum samkeppnisréttar og stjórnarsýsluréttar. Áfrýjandi sé keppinautur samrunaaðila og ljóst sé að samruninn komi til með að hafa veruleg

áhrif á stöðu hans. Samruninn snerti hann með þeim hætti sem aðgreini nægilega stöðu hans frá öðrum og hann eigi því lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins.

Samkeppniseftirlitið telur með hliðsjón af fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála að áfrýjandi geti átt kæruaðild þrátt fyrir að hafa ekki verið aðili málsins við meðferð þess hjá Samkeppniseftirlitinu. Horfa megi til þess að áfrýjandi hafi tjáð sig ítrekað við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu, auk þess sem málið varði mikilvæga markaði sem áfrýjandi starfi á.

Hagar hf. telja að áfrýjandi eigi ekki kæruaðild í málinu og vísa m.a. til þess að samkvæmt 26. gr. stjórnarsýslulaga sé einungis aðila máls heimilt að kæra stjórnvaldsákvörðun til æðra stjórnvalds til þess að fá hana fellda úr gildi eða henni breytt nema annað leiði af lögum eða venju.

Áfrýjandi hafi ekki haft stöðu aðila við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu og þrátt fyrir að áfrýjanda hafi verið gefinn kostur á því að koma á framfæri sjónarmiðum sínum vegna samrunans hafi áfrýjandi ekki af þeim sökum orðið aðili málsins. Í samkeppnisrétti gildi sú meginregla að málsefni þurfi að varða viðkomandi bæði beint og sérstaklega svo að til aðildar geti komið. Við það mat skipti höfuðmáli að hin kærða ákvörðun varði viðkomandi fyrirtæki í raun með sama hætti og það væri sérstaklega bundið af henni. Slíku sé ekki fyrir að fara í því máli sem hér um ræðir og af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2017 megi ráða að keppinautar eigi ekki beina aðild að samrunamálum. Þó svo að samruni hafi áhrif á stöðu keppinauta samrunaaðila, og snerti þá með þeim hætti í almennri samkeppni, sé ljóst að sátt Haga hf. og Samkeppniseftirlitsins bindi áfrýjanda ekki að neinu leyti og að ekki hafi verið í sýnt fram á að málsefnið varði hann beint og sérstaklega.

## 2

Í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála hefur komið fram að hvorki í samkeppnislögum né stjórnarsýslulögum sé að finna nákvæma skilgreiningu á því hverjir geti talist aðilar samkeppnismáls. Ákvörðun um aðild sé því háð mati sem byggist á viðurkenndum sjónarmiðum samkeppniréttar og stjórnarsýsluréttar. Í samkeppnisrétti gildir sú meginregla að málsefni þarf að varða viðkomandi bæði beint og sérstaklega til þess að til aðildar geti komið. Fyrra skilyrðið feli í sér að

ákveðið orsakasamhengi þurfi að vera á milli ákvörðunar og réttarstöðu aðila. Að jafnaði megi gera ráð fyrir að tiltekin ákvörðun varði viðkomandi beint ef henni er ætlað að binda hann, enda sé orsakasamhengi ljóst. Í síðara skilyrðinu felst að viðkomandi þurfi að sýna fram á að ákvörðun varði hann með sérstökum og ríkari hætti en aðra. Meginatriðið sé hvort ákvörðun varði aðila í raun með sama hætti og væri hann sérstaklega bundinn af henni.

Framangreindum meginreglum um aðild hefur verið beitt með tilliti til sérkenna samkeppnisréttar. Þá hefur það verið viðurkennt að fleiri en sá sem ákvörðun beinist beint að geti átt aðild að málum, bæði við meðferð máls hjá Samkeppniseftirlitinu og einnig á kærustigi hjá áfrýjunarnefndinni. Þá hefur jafnframt verið talið að þeir sem geti átt óbeinna hagsmuna að gæta geti eftir atvikum átt aðild að málum á sviði samkeppnisréttar og má í því sambandi m.a. vísa til dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 83/2003 og úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 17/2002. Í fyrrgreindum dómi Hæstaréttar kom fram að meta þurfi í hverju máli hvort aðili sem hefði óbeinna hagsmuna að gæta hefði mikilvæga og sérstaka hagsmuni af úrslitum málsins.

Þó að almenna reglan sé sú að samkeppnisaðilar eigi ekki beina aðild að samrunamálum miðað við þær skilgreiningar sem gerð hefur verið grein fyrir hér að framan hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála í fyrri úrskurðum sínum viðurkennt kærúaðild annarra en þeirra sem ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins hafa beinlínis beinst að, m.a. samkeppnisaðila í saumrunamálum. Ávallt hefur þó verið litið til þess hvernig hagsmunir viðkomandi tengjast þeirri ákvörðun sem kærð er.

### 3

Að mati áfrýjunarnefndarinnar verður að telja að sá samruni sem hér um ræðir geti haft áhrif á stöðu áfrýjanda og snert hann með þeim hætti sem aðgreinir stöðu hans frá öðrum. Í því sambandi verður ekki horft framhjá því að við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu var ítrekað leitað eftir umsögnum og sjónarmiðum áfrýjanda til samrunans. Því til viðbótar liggur það fyrir að umræddur samruni varðar markað sem áfrýjandi starfar á. Með vísan til þess verður að telja að áfrýjandi geti haft mikilvæga og sérstaka hagsmuni af þeim samruna sem mál þetta varðar.



Með hliðsjón af framansögðu og í samræmi við fyrri úrskurði áfrýjunarnefndar, m.a. í málum nr. 18/2009, 1/2011 og 6/2017 er fallist á að áfrýjandi eigi með réttu aðild í máli þessu. Kröfu Haga hf. um að frávísun málsins í heild eða að hluta er því hafnað.

### **Úrskurðarorð**

Kröfu Haga hf. um frávísun málsins í heild eða að hluta frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála er hafnað.

Reykjavík, 18. desember 2018.

Björn Jóhannesson, formaður

Brynhildur Benediktsdóttir

Stefán Már Stefánsson