

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 5/2006

Diskurinn ehf.

Dagsbrún hf. og Sena ehf. og

Baugur Group hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með bréfi, dags. 14. júlí 2006, hefur Diskurinn ehf. kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2006 sem tekin var 27. júní 2006. Með bréfum dagsettum annars vegar 24. júlí 2006 og hins vegar 26. sama mánaðar hafa Dagsbrún hf./Sena ehf. og Baugur Group hf. kært sömu ákvörðun. Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að kaup Dagsbrúnar hf. á öllu hlutafé í Senu ehf. fælu í sér samruna í skilningi 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, sem hindraði virka samkeppni þar sem hann leiddi til styrkingar á markaðsráðandi stöðu beggja félaganna og ynni þannig gegn markmiðum samkeppnislaga. Með heimild í 17. gr. samkeppnislaga ógilti Samkeppniseftirlitið samrunann.

Kæra Disksins ehf. er á því byggð að fyrirtækið hafi verið móðurfélag Senu ehf. Þegar Sena ehf. var seld og Diskurinn ehf. því verið seljandi. Fyrirtækið hafi því haft aðilastöðu í umræddu máli. Telur fyrirtækið að Samkeppniseftirlitið hafi brotið á sér ýmsar málsmeðferðarreglur við meðferð máls þessa. Er kæra Disksins ehf. eingöngu á því byggð og hefur félagið gert þá kröfu af þessu tilefni að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2006 verði ógilt.

Áfrýjunarnefndin taldi rétt að taka umræddar málsástæður Disksins ehf. um formsatriði málsins til skoðunar sérstaklega þar sem þær gætu, ef réttar reyndust, einar sér leitt til ógildingar ákvörðunarinnar. Samkeppniseftirlitinu var því gefinn kostur á tjá sig skriflega um fyrrgreindar málsástæður og kröfugerð og barst greinargerð eftirlitsins nefndinni hinn 23. ágúst 2006. Er í úrskurði þessum einungis tekin afstaða til umræddra málsástæðna og kröfu Disksins ehf., en ekki er fjallað um málsástæður og kröfur annarra sem kærðu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2006. Verður hér eftir vísað til Disksins ehf. sem áfrýjanda.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að kröfu áfrýjanda um ógildingu á ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2006 verði hafnað.

II.

Helstu málavextir

Samkeppniseftirlitinu barst, með bréfi dags. 28. febrúar 2006, tilkynning Einars Þórs Sverrissonar hdl., þar sem tilkynnt var um kaup Dagsbrúnar hf. á Senu ehf. af áfrýjanda, sbr. 3. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Bréfinu fylgdi samrunaskýrsla, sbr. reglur nr. 881/2005 um tilkynningu samruna. Í skýrslunni kom fram að tengiliðir vegna samrunans væru annars vegar Einar Þór Sverrisson hdl. og hins vegar Jón Sveinsson hrl. Samkeppniseftirlitið skrifaði samrunaaðilum bréf, dags. 8. mars 2006, þar sem óskað var frekari upplýsinga og gagna. Á móttökueyðublaði Samkeppniseftirlitsins vegna

afhendingar nefnds bréfs til Jóns Sveinssonar hrl. var vakin athygli eftirlitsins á veikindum Jóns, en þar stendur: „Ath. Jón Sveinsson er í veikindaleyfi og ekki væntanlegur næstu vikur eða jafnvel mánuði.“ Gagnaöflunarbréfi Samkeppniseftirlitsins var ekki svarað af hálfu Jóns. Svar barst hins vegar frá Einari Þór með bréfum, dags. 14. og 17. mars 2006.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. mars 2006, var Einari Þór Sverrissyni hdl. f.h. Dagsbrúnar hf. og Senu ehf., tilkynnt að eftirlitið teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, sbr. 4. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Að lokinni athugun á samkeppnislegum áhrifum samrunans sendi Samkeppniseftirlitið Einari Þór andmælaskjal vegna samrunans og með bréfi hans, dags. 9. júní 2006, barst Samkeppniseftirlitinu greinargerð Dagsbrúnar hf. og Senu ehf.

Með bréfi Sverris Bergs Steinarssonar, fyrirsvarsmanns áfrýjanda, til Samkeppniseftirlitsins, dags. 20. júní 2006, lýsti hann því að það vekti undrun að í tengslum við rannsókn samkeppnisyfirvalda hefði ekki verið leitað eftir viðhorfum áfrýjanda til málsins. Taldi hann Samkeppniseftirlitið hafa við málsmeðferðina brotið gegn andmælarétti áfrýjanda. Í svarbréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 21. sama mánaðar, kom fram að eftirlitið taldi Einar Þór Sverrison hdl. hafa komið fram fyrir hönd áfrýjanda í málinu. Fyrirsvarsmaður áfrýjanda óskaði eftir skýringum frá Einari Þór sem hafnaði því að hafa komið fram fyrir hans hönd. Fyrirsvarsmaðurinn ritaði Samkeppniseftirlitinu bréf, dags. 22. júní 2006, og ítrekaði þá skoðun sína að hann teldi sig eiga að njóta andmælaréttar í málinu. Ekki væri hins vegar unnt að gæta andmælaréttar meðan félögin hefðu ekki fengið þau gögn í hendur sem málið varðaði. Með svarbréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 23. júní 2006, við bréfi áfrýjanda, var ítrekað að gagnaöflun vegna athugunar stofnunarinnar hefði farið fram í gegnum Einar Þór, hvort sem hún hefði tengst Senu ehf., Dagsbrún hf. eða Degi Group ehf. Var fyrirsvarsmanni áfrýjanda sent andmælaskjal og listi yfir gögn málsins og boðið að koma sjónarmiðum sínum á framfæri á fundi með forsvarsmönnum Samkeppniseftirlitsins 26. júní 2006. Með bréfi lögmanns áfrýjanda, dags. sama dag, voru mótmæli ítrekuð við að Einar Þór hefði sinnt hagsmunagæslu fyrir áfrýjanda við meðferð málsins hjá samkeppnis-

yfirvöldum. Jafnframt kom fram að frestur sá sem eftirlitið hefði veitt áfrýjanda bryti í bága reglur um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005, og reglur stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Vísaði lögmaðurinn til þess að hann hefði verið bundinn við önnur verkefni og væri enn og ekki hefði fengist ráðrúm til þess að fá sérfróða menn til að setja sig inn í mál þetta með svo skömmum fyrirvara. Dagur Group hf. og áfrýjandi hefðu þess vegna engin tök á því að setja fram andmæli. Mætti hvorki fyrirvarsmaður áfrýjanda né lögmaður félaganna á boðaðan fund.

III.

Helstu röksemdir málsaðila

Röksemdir áfrýjanda

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að hann njóti, sem seljandi, aðilastöðu í málinu. Hann hafi, sem seljandi Senu ehf., verulegra og beinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins, enda liggi fyrir að verði ekki fallist á umþrættan samruna verði Sena ehf. aftur eign hans.

Áfrýjandi bendir á að athugasemdir settar fram af hálfu Senu ehf. geti eðli málsins samkvæmt ekki skoðast sem athugasemdir settar fram af hans hálfu. Sena ehf. sé hið selda félag en áfrýjandi seljandi. Í kjölfar undirritunar kaupsamningsins hafi öll starfsemi Senu ehf. verið flutt til kaupanda. Hafi athugasemdir Einars Þórs Sverrissonar hdl. því verið settar fram í nafni Dagsbrúnar hf. og Senu ehf.

Að mati áfrýjanda brýtur málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun í bága við málsmeðferðarreglur Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005, sbr. einkum 17. gr. reglnanna og andmælareglu stjórnarsýsluréttar, sbr. 13. gr. stjórnarsýslulaga. Eftirlitið hafi vanrækt þá skyldu sína að senda áfrýjanda andmælaskjal stofnunarinnar í tengslum við hina kærðu ákvörðun og gefa honum hæfilegan frest, og þar með raunhæfan möguleika, til að gera skriflegar athugasemdir við það og koma að frekari skýringum og gögnum.

Áfrýjandi telur að málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins brjóti að auki gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnarsýslulaga. Aðilum málsins hafi verið veittur verulega mislangur frestur til að

koma að sjónarmiðum sínum, gögnum og málsástæðum, og frestur áfrýjanda hafi verið það skammur að honum hafi verið ókleift að nýta hann.

Áfrýjandi mótmælir þeirri staðhæfingu Samkeppniseftirlitsins að Einar Þór Sverrisson hdl. hafi komi fram fyrir hans hönd og telur það í engu samræmi við gögn málsins.

Áfrýjandi mótmælir því að honum hafi verið kunnugt um efni andmælskjalsins og það réttlæti að Samkeppniseftirlitið geti vikist undan lagaskyldum sínum vegna þessa. Einar Þór Sverrisson hdl. hafi átt eitt eða tvö samtöl við fyrirsvarsmann áfrýjanda, þegar hann hafi unnið að andmælum kaupanda, í því skyni að afla sér upplýsinga vegna greinargerðar kaupanda, en hann hafi hins vegar hvorki afhent fyrirsvarsmanni áfrýjanda skýrsluna, né kynnt honum efni hennar að öðru leyti en að hann hefði látið í ljós þá skoðun sína að á brattann væri að sækja. Áfrýjandi telur að hefði hann fengið að koma að fullnægjandi andmælum sé ekki unnt að útiloka að slík andmæli hefðu getað haft áhrif á efni hinnar kærðu ákvörðunar. Að mati áfrýjanda felur málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins einnig í sér brot gegn rannsóknarreglu stjórnisýsluréttar, sbr. 10. gr. stjórnisýslulaga.

Áfrýjandi telur ákvörðun Samkeppniseftirlitsins fela í sér brot gegn meðalhófsreglu stjórnisýsluréttar, sbr. 12. gr. stjórnisýslulaga. Vísar áfrýjandi til þess að Samkeppniseftirlitið geti sett samruna skilyrði sem verði að uppfylla innan tiltekins tíma, en setning skilyrða feli eðli málsins samkvæmt í sér beitingu vægari úrræða en ógilding samruna. Af meðalhófsreglu stjórnisýslulaga leiði að samkeppnisyfirvöldum sé skylt að leita allra leiða til að komast hjá að ógilda samruna, eftir atvikum með setningu skilyrða. Af forsendum hinnar kærðu ákvörðunar verði hins vegar ekki betur ráðið en að Samkeppniseftirlitið telji þessa skyldu hvíla á samrunaaðilum, en ekki á stofnuninni.

Af hálfu áfrýjanda er á það bent að einn megintilgangur kærueimilda innan stjórnisýslunnar sé að tryggja réttaröryggi aðila, þannig að hann geti fengið mál í heild sinni athugað tvisvar. Til þess þurfi öllum efnis- og formreglum að vera gætt á lægra

stjórnsýslustigi, en að öðrum kosti sé ekki unnt að endurskoða málið í heild sinni á því æðra. Andmælaréttar verði að gæta á báðum stjórnsýslustigum.

Röksemdir Samkeppniseftirlitsins

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því mótmælt að andmælaréttur hafi verið brotinn á áfrýjanda. Vísar eftirlitið til þess að meginreglan sé að aðili máls verði sjálfur að hafa frumkvæðið að því að kynna sér gögn og tjá sig um mál. Þegar mál hefjist að frumkvæði aðilans sjálfs beri hann ríkari ábyrgð en ella á því að málið sé nægilega upplýst, þar á meðal að eiga frumkvæði að því að gera stjórnvaldinu grein fyrir öllum þeim upplýsingum sem hafa þýðingu fyrir úrslit málsins og liggja ekki fyrir í málinu. Mál þetta hafi hafist að frumkvæði m.a. áfrýjanda og honum hafi frá upphafi verið ljóst að fram myndi fara rannsókn á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga sem leitt gæti til ógildingar á sölu hans á Senu ehf.

Samkeppniseftirlitið heldur því fram að á fundi sem starfsmenn eftirlitsins héldu með Einari Þór Sverrissyni hdl., þann 28. mars 2006, hafi hann lýst því yfir að hann myndi, vegna veikinda lögmanns Senu ehf., taka að sér að afla þeirra gagna sem Samkeppniseftirlitinu vanhagaði um í málinu og vera tengiliður við aðila málsins. Samkeppniseftirlitið hafi í kjölfarið beint öllum bréfaskrifum og samskiptum að Einari Þór. Telur eftirlitið gögn málsins styðja þessa fullyrðingu og vísar m.a. til þess að í svörum lögmannsins til eftirlitsins sé að finna ýmsar upplýsingar er snúi að áfrýjanda og dótturfélagi hans og við blasi að hann hafi verið tengiliður við Dag Group ehf. og áfrýjanda allt samrunaferlið. Þannig hafi lögmaðurinn aflað ýmissa gagna og upplýsinga frá starfsmönnum þessara aðila, m.a. ýmissa trúnaðargagna, sem engum nema tengilið eða hagsmunagæslumanni hefðu verið afhent.

Samkeppniseftirlitið bendir á að fyrir liggja að áfrýjandi hafi haft vitneskju um andmælaskjalið og getað tjáð sig um það, en skömmu eftir að það hafi verið sent Einari Þór Sverrissyni hdl. hafi hann a.m.k. upplýst áfrýjanda um tilvist þess og efni. Áfrýjandi hafi því haft alla möguleika á því að koma að sjálfstæðum athugasemdum við skjalið hefði félagið talið raunverulega ástæðu til þess. Sé það rétt að áfrýjandi hafi ekki litið svo

á að lögmaðurinn kæmi fram fyrir hönd félagsins hafi því verið í lófa lagið að óska eftir andmælaskjalinu í tíma teldi félagið þörf á því að koma að athugasemdum.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er bent á að í kjölfar þess að eftirlitinu bárust erindi fyrirsvarsmanns áfrýjanda hinn 20. og 22. júní 2006, hafi það sent honum andmælaskjalið ásamt lista yfir gögn málsins. Í ljósi tímafresta 17. gr. samkeppnislaga hafi Samkeppniseftirlitið boðið honum að koma að sjónarmiðum sínum á fundi 26. júní 2006. Það hafi hann ekki þegið. Hafi eftirlitið því gert allt sem í þess valdi stóð til að gefa áfrýjanda frekara færi á því að tjá sig. Tímafresturinn sem áfrýjandi fékk helgaðist af kröfum 17. gr. samkeppnislaga og aðstæðum sem eftirlitið gat ekki borið ábyrgð á.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að jafnvel þótt áfrýjunarnefndin kæmist að þeirri niðurstöðu að málsmeðferð eftirlitsins hafi verið haldin annmörkum að þessu leyti varði það ekki ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar. Áfrýjunarnefndinni beri að leggja mat á það hvort málsástæður eða gögn/upplýsingar sem fyrirtæki telur sig ekki hafa getað komið nægjanlega að á fyrri stigum málsmeðferðar kalli á ógildingu eða breytingu á þeirri ákvörðun sem kærð hefur verið til nefndarinnar. Telur eftirlitið það samræmast markmiði samkeppnislaga að áfrýjunarnefndin bæti úr formgallanum og leggi á það mat hvort ný sjónarmið eða upplýsingar geti haft efnisleg áhrif og sé í samræmi við viðurkennd sjónarmið um að ákvörðun lægra setts stjórnvalds eigi ekki að fella úr gildi ef endurtekin meðferð á fyrsta stjórnslustigi skaði mál. Áfrýjandi hafi ekki sett fram nein sjónarmið sem hann teldi sig ekki hafa komið að á fyrri stigum málsins og geti því staðhæfingar hans um brot á andmælarétti enga þýðingu haft í málinu.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að rannsókn þess hafi ekki verið fullnægjandi og vísar til framangreindar umfjöllunar um að andmælaréttur hafi ekki verið brotinn.

Hvað varðar fullyrðingar áfrýjanda þess efnis að hin kærða ákvörðun fari gegn meðalhófsreglu stjórnslulaga þá bendir eftirlitið á að rétt sé að samrunaaðilar geri tillögur að skilyrðum. Það sé síðan hlutverk samkeppnisfirvalda að meta hvort þau skilyrði dugi sem samrunaaðilar geti fallist á. Í andmælaskjali sínu frá 26. maí 2006 hafi

Samkeppniseftirlitið óskað eftir tillögum að skilyrðum, en þær hafi ekki borist fyrir en 22. júní 2006. Hafi þá aðeins verið örfáir virkir dagar þar til frestur til þess taka ákvörðun í máli þessu rann út og því ekki raunhæfur möguleiki að framkvæma nauðsynlega rannsókn í því skyni að leggja mat á tillögurnar.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að á meðan málið hafi verið til meðferðar hjá eftirlitinu hafi stofnunin talið rétt að veita áfrýjanda kost á að taka þátt í meðferð málsins. Á hitt sé að líta að niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar kunni að verða önnur að því er snertir aðild áfrýjanda. Telur Samkeppniseftirlitið að draga megi þá ályktun af úrskurði í máli áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 22/2005 *FL Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* að seljandi yfirtekens félags sé ekki aðili að máli um gildi samruna nema eitthvað meira komi til.

IV.

Niðurstaða

1

Forsaga máls þess sem hér er til úrskurðar, er eins og fram er komið, að með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2006 var samningur dags. 5. febrúar 2006 um kaup Dagsbrúnar hf. á öllu hlutafé í Senu ehf. talinn fela í sér samruna í skilningi 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 sem hindraði virka samkeppni. Var hann ógiltur með heimild í 17. gr. samkeppnislaga. Þessi ákvörðun hefur verið kærð af áfrýjanda með kæru dagsettri 14. júlí 2006, Dagsbrún hf. og Senu ehf. með kæru dagsettri 24. júlí 2006 og loks af Baugi Group hf. með kæru dagsettri 26. júlí 2006. Krafa og málsástæður Disksins ehf. (áfrýjanda) eru hér eingöngu til úrlausnar.

2

Rétt er að taka fram að fyrirtækið Dagur Group ehf. (áður Skífan ehf.) var fyrir umræddan samruna rekið í nokkrum rekstrareiningum. Ein þeirra var á sviði afþreyingar

8

sem var skipt út úr fyrirtækinu og hlaut nafnið Sena ehf. Virðist því í upphafi hafa verið gert ráð fyrir því að Dagur Group ehf. yrði seljandi Senu ehf. en það breyttist þó fyrir umræddan kaupsamning um hluti í Senu hf. dagsettum 5. febrúar 2006 þannig að Degi Group ehf. var skipt og varð áfrýjandi Diskurinn ehf. við hana eigandi alls hlutafjár í Senu ehf. Enn fremur kemur fram í skjölum málsins að fyrirtækið Dagur Group ehf. hafi verið eigandi fyrirtækisins Basecamp Ísland ehf. en að það fyrirtæki hafi ekki fylgt með í kaupunum að undanskildri hljóðvera- og grafíkstarfsemi þess.

3

Með bréfi Einars Þórs Sverrissonar hdl., dags. 28. febrúar 2006, var Samkeppniseftirlitinu tilkynnt um kaup Dagsbrúnar hf. á Senu ehf. Bréfinu fylgdi samrunaskýrsla þar sem fram kom að tengiliðir vegna samrunans væru annars vegar Einar Þór Sverrisson hdl. og hins vegar Jón Sveinsson hrl. og var bæði símanúmer og netfang þessara lögmanna tilgreint. Bréfið er undirritað af Einari Þór. Enginn ágreiningur er um að Einar Þór fór með hagsmuni Dagsbrúnar hf. en Jón fór með hagsmuni vegna áfrýjanda.

Gögn málsins bera með sér að Samkeppniseftirlitið sendi gagnaöflunarbréf í framhaldinu sem dagsett var 8. mars 2006 til beggja aðila sem voru nánast samhljóða. Enn fremur bera gögn málsins með sér að á móttökueyðublaði vegna afhendingar bréfsins til Jóns Sveinssonar hrl. voru eftirfarandi orð skráð af starfsmanni lögfræðistofunnar Landslög-Lögfræðistofa: „*Ath. Jón Sveinsson er í veikindaleyfi og ekki væntanlegur næstu vikur eða jafnvel mánuði.*”

Upplýst er að hvorki áfrýjandi né neinn af hans hálfu svaraði gagnaöflunarbréfi Samkeppniseftirlitsins. Hins vegar barst svar frá Einari Þór Sverrissyni hdl. með bréfum 14. og 17. mars 2006 en hann var lögmaður Dagsbrúnar hf. í þessu máli sem fyrr sagði. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. mars 2006, var samrunaaðilunum Dagsbrún hf. og Senu ehf. tilkynnt að eftirlitið teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans.

Þann 26. maí 2006 sendi Samkeppniseftirlitið Einari Þór Sverrissyni hdl. andmælaskjal vegna samruna fyrirtækjanna Dagsbrúna hf. og Senu ehf. og var honum gefinn kostur á að gera skriflegar athugasemdir vegna málsins fyrir 9. júní 2006. Greinargerð fyrirtækjanna var skilað á tilsettum tíma. Rétt er að geta þess að gögn máls þessa bera með sér að Einar Þór Sverrisson hdl. hefur í samskiptum sínum við Samkeppniseftirlitið sótt ýmsar upplýsingar til starfsmanna Dags Group ehf. Þá er og ljóst að forsvarsmaður Dags Group ehf. svaraði spurningum Samkeppniseftirlitsins sem sneru starfsemi Basecamp Ísland ehf. og loks kemur fram í bréfum lögmanns Dagsbrúna hf. til Samkeppniseftirlitsins að hann hafi upplýst forsvarsmann áfrýjanda um andmælaskjalið og fleiri atriði eins og síðar verður rakið.

Með bréfi fyrirvarsmanns áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins, dags. 20. júní 2006, var vakin athygli á því að ekki hefði verið leitað eftir viðhorfum hans og eftir atvikum dótturfélags hans, Dags Group ehf., til málsins og að ekki yrði betur séð en að brotið hafi verið á andmælarétti þessara félaga. Í svarbréfi Samkeppniseftirlitsins frá 21. júní 2006 kom fram að Einar Þór Sverrisson hdl. hefði á fundi með starfsmönnum eftirlitsins þann 28. mars 2006 lýst því yfir að samskipti fyrir báða aðila skyldi fara í gegnum hann. Í kjölfarið hafi því öll samskipti og upplýsingaöflun varðandi samrunann farið fram í gegnum hann og að andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins hafi því verið sent honum ásamt lista yfir gögn málsins með bréfi eftirlitsins frá 26. maí 2006. Síðar í bréfinu segir enn fremur að á fundi Samkeppniseftirlitsins 15. júní 2006 hafi Einar Þór staðfest að hann hafi upplýst fyrirvarsmann áfrýjanda um andmælaskjalið og efni þess.

Fyrirvarsmáður áfrýjanda sendi Einari Þór Sverrissyni hdl. tölvupóst dags. 22. júní 2006 þar sem sá síðarnefndi var m.a. inntur eftir því hvort hann hafi gefið sig út fyrir að vera

umboðsmaður áfrýjanda við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu. Í bréfinu segir m.a.:

„Ég skil bréfið frá Samkeppniseftirlitinu þannig að þú hafir gefið þig út fyrir að vera umboðsmaður fyrir okkur í sambandi við meðferð málsins hjá stofnuninni. Jafnframt segir að þú hafir upplýst á fundi með stofnuninni 15. þessa mánaðar að þú hafir upplýst mig um “andmælaskjalið” og efni þess og að þú hafir staðfest það á fundi með stofnuninni í dag. Ég óska eftir að þú gefir mér skýringar á þessu. Ég kannast ekki við að Diskurinn eða Dagur Group hafi falið þér að gæta hagsmuna félaganna í málum sem tengjast sölunni á Senu ehf. (...) 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 andmælafræsti. Ég þarf að koma frá mér svari til stofnunarinnar sem fyrst. Málið er að Andri Árnason lögmaður hefur verið með okkar mál hjá Samkeppnisyfirkvöldum en ég hef ekki getað náð til hans til þess svo mikið að setja hann inn í málið (...).”

Í svarbréfi Einars Þórs Sverrissonar hdl. frá 23. júní 2006 við greindu bréfi hafnaði Einar Þór því fortakslaust að hafa nokkru sinni komið fram fyrir hönd áfrýjanda gagnvart Samkeppniseftirlitinu. Hann hafi tjáð Samkeppniseftirlitinu á fundinum 28. mars 2006 að honum væri ókunnugt um hver tæki við málinu fyrir hönd áfrýjanda í veikindaförföllum Jóns Sveinssonar hrl. Á fundinum hafi hins vegar komið fram að hann teldi að gagnaöflun ætti ekki að vera vandamál þó að Jón Sveinsson hrl. væri frá um stundarsakir. Hann kvaðst í bréfinu ekki minnst þess að hafa þurft að óska eftir gögnum frá áfrýjanda en hann hafi hins vegar átt samtöl við fjármálastjóra félagsins um afmörkuð efni sem hefðu nýst honum við gerð andmæla fyrir kaupanda. Fram kemur einnig í bréfinu að lögmaðurinn hafi tjáð Samkeppniseftirlitinu að hann hefði ekki afhent fyrirvarsmanni áfrýjanda andmælaskýrsluna né kynnt honum efni hennar að öðru leyti en því að hann hefði látið í ljós að á brattann væri að sækja því að skýrslan væri öll á neikvæðu nótunum og að hann hefði tilgreint fáein dæmi því til stuðnings.

Svarbréf Samkeppniseftirlitsins við bréfi áfrýjanda frá 22. júní 2006 er dagsett 23. júní 2006. Þar var ítrekað að gagnaöflun vegna athugunar eftirlitsins hefði farið fram fyrir tilstilli Einars Þórs Sverrissonar hdl. hvort sem hún hafi tengst Senu ehf., Dagsbrún hf. eða Degi Group ehf. Einari Þór hafi verið sent andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins með bréfi dagsett 26. maí 2006 og hefði hann greint frá því að hafa upplýst fyrirsvarsmann áfrýjanda um andmælaskjalið og meginniðurstöður þess. Engu að síður var áfrýjanda sent umrætt andmælaskjal með bréfinu, ásamt gagnalista málsins og honum gefinn kostur á að koma fram með athugasemdir fyrir fund Samkeppniseftirlitsins mánudaginn 26. júní kl. 14.00.

Með bréfi lögmanns áfrýjanda, dags. 26. júní 2006, til Samkeppniseftirlitsins voru fyrri sjónarmið ítrekuð og m.a. vakin athygli á að frestur sá sem eftirlitið hefði veitt áfrýjanda bryti á bága við ákvæði 17. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005.

Í 5. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins segir svo um aðild:

Peir sem sýnt geta fram á að þeir eigi lögvarinna hagsmuna að gæta eiga aðild að málum sem Samkeppniseftirlitið telur ástæðu til að taka til rannsóknar.

Eins og rakið hefur verið hér að framan var áfrýjanda annar aðili samningsins um sölu allra hlutabréfa í Senu ehf. til Dagsbrúnar hf. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að meðferð samkeppnismáls sem þessa er lýtur að því rannsaka efni samnings, sem kann að fela í sér ólögættan samruna kaupandamegin, snerti augljóslega hagsmuni seljanda hins selda með þeim hætti að skoða beri hann sem aðila samkeppnismálsins. Kemur hér einkum til að ákvörðun um ógildingu samruna hefur bein áhrif á gildi þess samnings milli aðila hans. Ákvörðun stjórnvalds lögum samkvæmt um gildi samnings snertir því

báða aðila bæði beint og sérstaklega. Því til viðbótar má ætla að í samrunamálum kunni seljandi að búa yfir upplýsingum sem máli skipta við mat á samrunanum og því rétt að hann eigi kost á að koma fram sem aðili málsins.

9

Í andmælarétti felst í höfuðdráttum að aðili eigi rétt til að kynna sér gögn málsins og til þess að hafa aðgang að þeim upplýsingum sem fram hafa komið í máli. Einnig felst í rétti þessum að svo sé um hnúta búið að aðili eigi þess kost að kynna sjónarmið sín nægjanlega.

Rannsókn samrunamáls sem þessa getur falið í sér víðtækar skyldur fyrir aðila um öflun gagna og upplýsinga til nota fyrir samkeppnisyfirvöld. Hún getur leitt til íþyngjandi ákvarðana á hendur þeim fyrirtækjum sem samrunanum tengjast. Samkeppnisyfirvöld stjórna rannsókninni og er augljóst að þær upplýsingar sem hún telur sig þurfa til viðbótar þeim frumupplýsingum sem stafa frá aðilum samrunans, verða ótvírætt að beinast að þeim. Í flóknum samrunamálum eins og því sem hér er til meðferðar er nauðsynlegt, til þess að andmælaréttar sé gætt í fullnægjandi mæli, að skýrt liggi fyrri hverjir séu aðilar, hverjar skyldur samkeppnisyfirvöld leggi á hendur þeim og hvaða gagna hafi verið aflað þannig að aðilar eigi þess kost að kynna sér gögn málsins og að tjá sig um efni þess með fullnægjandi fyrirvara áður en ákvörðun er tekin í því. Samkeppniseftirlitinu ber að sjá um að þessi atriði liggi skýrt fyrir að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Hér að framan hefur verið gerð grein fyrir því að lögmaður áfrýjanda var tilkynntur veikur strax þann 8. mars 2006 er Samkeppniseftirlitið sendi aðilum málsins svonefnt gagnaöflunarbréf. Í framhaldinu virðist sá misskilningur hafa komið upp að lögmaður Dagsbrúnar hf. Einar Þór Sverrisson, hdl. hafi tekið að sér að annast hagsmuni fyrir áfrýjanda. Bæði Einar Þór og áfrýjandi hafa andmælt þessu og telst það ósannað í málinu. Afleiðingin af þessum misskilningi varð m.a. sú að áfrýjandi telur sig ekki hafa notið andmælaréttar varðandi aðgang að gögnum og gagnvart andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins.

Eins og mál þetta liggur hér fyrir er enginn ágreiningur um að lögmaður áfrýjanda var forfallaður vegna veikinda. Í framhaldinu bar Samkeppniseftirlitinu að inna áfrýjanda eftir því með skýrum hætti hver tæki við hagsmunagæslu í málinu og setja síðan hæfilegan frest um gagnaöflun með hliðsjón af eðli forfallanna. Þetta var ekki gert. Samkeppniseftirlitið hafði ekkert samband við fyrirsvarsmenn áfrýjanda í framhaldinu. Samband komst ekki á fyrir en eftir að bréfaskriftir stjórnarformanns áfrýjanda og Dags Group ehf. til Samkeppniseftirlitsins hófust með bréfi 20. júní 2006.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að afleiðingin hafi orðið sú að óvissa skapaðist um réttarstöðu áfrýjanda í málinu, ekki síst hvenær og með hvaða hætti myndi á hana reyna með tilliti til andmælaréttar. Atvik máls þessa urðu síðan með þeim hætti að áfrýjanda var ekki gefinn kostur á að njóta andmælaréttar fyrir en honum var sent fyrrgreint bréf Samkeppniseftirlitsins frá 23. júní 2006 en því fylgdi umrætt andmælaskjal frá 26. maí 2006 ásamt gagnalista málsins. Var lokafrestur til andmæla ákveðinn 26. júní 2006 kl. 16.00.

Áfrýjunarnefndin telur með þeim röksemdum sem rakin hafa verið að Samkeppniseftirlitið beri ábyrgð á því ástandi sem þarna skapaðist.

Til þess að réttur til andmæla geti orðið virkur er stjórnvaldi skylt að veita hlutaðeigandi aðila nægilegan frest til þess kynna sér gögn máls og koma að sínum sjónarmiðum. Lengd þess frests fer eftir atvikum en í því sambandi skiptir m.a. miklu hversu umfangsmikið og flókið mál það er sem andmælarétturinn varðar. Mál það sem hér er til meðferðar er umfangsmikið, það fjallar um mikil söluverðmæti og hefur útheimt talsverða greiningarvinnu, m.a. með hliðsjón af tengslum ýmissa fyrirtækja sem talin eru koma við sögu, skilgreiningu ýmissa markaða og síðan flókið mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans. Á hinn bóginn verður að gera ráð fyrir að áfrýjandi hafi verið vel inn

í málinu og hafa verður einnig í huga að samkeppnisfyrirvöldum er markaður þröngur tímarammi í samrunamálum.

Við mat á þessu er einkum litið til hins skamma tíma sem áfrýjandi hafði til undirbúnings og andmæla með hliðsjón af umfangi málsins. Ákvörðun um skamman undirbúningstíma af hálfu samkeppnisfirvalda getur átt rétt á sér en verður þá að helgast brýnni nauðsyn, sem ekki var hér til að dreifa.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur því svo á að þeir þrjú dagar sem áfrýjandi hafði til að gæta andmælaréttar síns hafi ekki verið nægjanlegur til þess að tryggja hann með sanngjörnum hætti, sbr. einnig 3. mgr. 17. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins.

11

Við meðferð samkeppnismáls er grundvallaratriði að aðilar þess hafi fengið sanngjarnt tækifæri til að gæta andmælaréttar. Áfrýjandi fékk ekki slíkt tækifæri svo sem rakið hefur verið. Þar sem svo var ástatt skiptir ekki máli hver hugsanleg úrslit málsins hefðu orðið ef hans hefði notið við.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er úrskurðaraðili á æðra stjórnarsýslustigi sem fjallar um ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins. Nefndin leysir sjálfstætt úr málum og getur bætt úr ýmsum minni háttar annmörkum sem orðið hafa við meðferð mála á lægra stjórnarsýslustigi. Áfrýjunarnefndin telur þó að hún hafi enga heimild til að bæta úr svo verulegum göllum á málsmeðferð sem hér um ræðir.

12

Af framansögðu leiðir að óhjákvæmilegt er að ómerkja málsmeðferðina hjá Samkeppniseftirlitinu í máli þessu í heild sinni. Því er hin áfrýjaða ákvörðun felld úr gildi.

15

Úrskurðarorð

Hin áfrýjaða ákvörðun er felld úr gildi.

Reykjavík, 28. ágúst 2006

Stefán Már Stefánsson

Anna Kr. Traustadóttir

Lárus L. Blöndal