

## ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

### Úrskurður í máli nr. 4/2023

**Míla hf.**

**gegn**

**Samkeppniseftirlitinu**

#### I

#### Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 9. ágúst 2023, hefur Míla hf., hér eftir nefnd áfrýjandi, kært til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, frá 13. júlí 2023, þess efnis að samrunamál Samkeppniseftirlitsins vegna kaupa Ljósleiðarans ehf. á stofnneti og tengdum búnaði af Sýn hf. snerti ekki hagsmuni áfrýjanda með þeim hætti að áfrýjandi gæti fengið stöðu aðila í málinu og ætti þar af leiðandi ekki rétt á því að kynna sér skjöl og gögn sem málið varðar, sem aðilar stjórnisýslumáls njóta samkvæmt 15. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins verði felld úr gildi, að áfrýjandi fái stöðu aðila í umræddu máli og verði jafnframt veittur aðgangur að þeim gögnum sem áfrýjandi hefur óskað eftir.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

## II

### Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Samkeppniseftirlitið hefur til meðferðar samrunamál er varðar kaup Ljósleiðarans ehf. á stofnneti og tengdum búnaði af Sýn hf. Eintak af samrunaskrá vegna hinna fyrirhuguðu viðskipta var gert aðgengilegt á vef Samkeppniseftirlitsins, þann 13. mars 2023, og kom áfrýjandi sjónarmiðum sínum vegna málsins á framfæri við Samkeppniseftirlitið með bréfi, dags. 3. apríl 2023.

Áfrýjandi óskaði eftir frekara aðgengi að gögnum málsins og ítrekaði þá beiðni með bréfi, dags. 19. júní 2023. Vísaði áfrýjandi til þess að hann hefði verulegra lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins og ætti því aðild að því, sbr. 5. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Á þeim grundvelli og með vísan til 15. gr. málsmeðferðarreglnanna og 15. gr. stjórnarsýslulaga óskaði áfrýjandi eftir afriti af öllum gögnum málsins. Til vara gerði áfrýjandi kröfu um afhendingu umbeðinna gagna á grundvelli 5. gr. upplýsingarlaga nr. 140/2012. Sér í lagi óskaði áfrýjandi eftir aðgangi að eftirfarandi gögnum:

- a. Afrit af gögnum sem samrunaaðilar hafa sent Samkeppniseftirlitinu við meðferð samrunamálsins og ekki hafa þegar verið gerð aðgengileg;
- b. Afrit af öllum gögnum málsins á fasa I, þ.m.t. umsögnum hagsmunaaðila, Fjarskiptastofu og annarra sem kunna að hafa veitt umsögn til Samkeppniseftirlitsins;
- c. Afrit af þeim gögnum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað og/eða unnið úr er varða markaðshlutdeild fyrirtækja á þeim mörkuðum sem Ljósleiðarinn veitir þjónustu,
- d. Afrit af öllum gögnum málsins frá því rannsókn málsins á fasta II hófst.

Með bréfi, dags. 13. júlí 2023, hafnaði Samkeppniseftirlitið því að málið snerti áfrýjanda með þeim hætti að það réttlætti að áfrýjandi fengi stöðu aðila í málinu, sbr. tilgreind ákvæði stjórnarsýslulaga og 5. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins. Var því kröfu áfrýjanda um aðgang að umbeðnum gögnum á þeim grundvelli hafnað. Jafnframt var upplýst að beiðni áfrýjanda

um afhendingu gagna á grundvelli 5. gr. upplýsingalaga yrði tekin fyrir svo fljótt sem verða mætti.

Um málsatvik að öðru leyti er vísað til hinnar kærðu ákvörðunar og annarra gagna málsins.

### III

#### Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst áfrýjunarnefnd samkeppnismála 21. ágúst 2023. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðina bárust 28. ágúst 2023 og svar Samkeppniseftirlitsins við athugasemdum áfrýjanda bárust 4. september 2023.

### IV

#### Röksemdir málsaðila

##### 4.1. Málsástæður og lagarök áfrýjanda

Áfrýjandi byggir kröfu sína um aðild að því samrunamáli sem tilkomið er vegna kaupa Ljósleiðarans ehf. á stofnneti og tengdum búnaði af Sýn hf. á því að hann hafi verulegra lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins, sbr. 5. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins og hafi þar af leiðandi lögvarinn rétt til þess að kynna sér gögn málsins með vísan til 15. gr. stjórnsýslulaga eða 5. gr. upplýsingalaga.

Áfrýjandi bendir á að hugtakið aðili máls sé hvorki skilgreint í stjórnsýslulögum né samkeppnislögum. Við mat á því hvort tiltekinn aðili teljist aðili máls verði að líta til tiltekinna atriða og leggja heildstætt mat á hagsmuni og tengls umrædds aðila við úrlausn máls á grundvelli ákveðinna sjónarmiða en þar vegi þyngst hvort viðkomandi aðili eigi beina, verulega, sérstaka og lögvarða hagsmuni í málinu.

Áfrýjandi telur að sá samruni sem hér um ræðir geti haft áhrif á stöðu hans og snert hann með þeim hætti sem aðgreini stöðu hans frá öðrum. Í því sambandi

verði ekki horft framhjá því að rökstuðningur í innsendri samrunatilkynningu byggi að mestu leyti á stöðu áfrýjanda á fjarskiptamarkaði og á þeirri staðreynd að áfrýjandi hafi á árinu 2022 verið seldur frá Símanum hf. Þannig sé tilgangi hinna fyrirhuguðu viðskipta lýst með eftirfarandi hætti í samrunaskrá aðila:

*Tilgangur samrunans er m.a. að bregðast við þeim grundvallarbreytingum sem urðu á virðisreðu fjarskiptajónustu á Íslandi og þar með samkeppnisumhverfi á heilsölumarkaði fjarskipta þegar Síminn seldi dótturfélagið Mílu til Ardian S.A.*

Bent sé á að Samkeppniseftirlitið hafi við meðferð málsins leitað eftir upplýsingum hjá áfrýjanda og meðal annars hafi sérstaklega verið óskað eftir upplýsingum um tekjur á þeim mörkuðum sem einungis áfrýjandi og Ljósleiðarinn ehf. starfi á. Þá hafi áfrýjandi veitt ítarlega umsögn til Samkeppniseftirlitsins um samrunann á fyrri stigum málsins. Áður en sú umsögn hafi verið veitt hafi áfrýjandi ítrekað óskað eftir aðgangi að samrunatilkynningu á stafrænt læsilegu formi og fylgiskjölum án trúnaðarupplýsinga. Hinn 4. apríl 2023 hafi Samkeppniseftirlitið synjað áfrýjanda um aðgang að fyrrgreindum gögnum. Telur áfrýjandi að sú synjun hafi einungis verið gerð að ósk samrunaaðila og Samkeppniseftirlitið hafi ekki lagt sjálfstætt mat á þær meintu trúnaðarupplýsingar sem um sé að ræða í samrunatilkynningu og fylgiskjölum, sbr. 16. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins.

Í 9. gr. reglna Samkeppniseftirlitsins nr. 1390/2020 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum komi fram að í tilkynningu um samruna skuli vera þær upplýsingar og skjöl sem óskað sé eftir í skrá um upplýsingar í viðaukum I-II við reglurnar. Samhliða því skuli einnig afhenda eintak af samrunaskrá og fylgiskjölum með henni án trúnaðar. Í ákvæðinu er vísað til málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins í þessu sambandi. Í 16. gr. málsmeðferðarreglnanna sé að finna nánari leiðbeiningar um þetta fyrirkomulag en þar komi fram að ef aðilar máls láti Samkeppniseftirlitinu í té gögn eða upplýsingar sem að þeirra mati eiga að fara leynt skuli þeir óska eftir því að farið verði með upplýsingarnar eða gögnin sem trúnaðarmál. Skal einnig

láta Samkeppniseftirlitinu í té eintak af viðkomandi gögnum þar sem trúnaðarupplýsingar hafa verið felldar á brott.

Samkvæmt framansögðu sé ljóst að skýr skylda hvíli á aðilum í samrunamálum að afhenda Samkeppniseftirlitinu, samhliða öðrum gögnum málsins, eintak af öllum gögnum án trúnaðarupplýsinga. Telur áfrýjandi því að gögn málsins án trúnaðarupplýsinga eigi að liggja fyrir og Samkeppniseftirlitinu sé því í lófa lagið að veita áfrýjanda aðgang að öllum gögnum málsins. Í þessu sambandi sé einnig bent á að veittur hafi verið mjög víðtækur aðgangur að upplýsingum og gögnum við rannsókn Samkeppniseftirlitsins á kaupum Ardian S.A. á áfrýjanda, væntanlega í ljósi rannsóknarskyldu stjórnvaldsins, en krafa áfrýjanda í þessu máli snúi m.a. að aðgangi að sambærilegum umsögnum hagaðila.

Vakin sé athygli á því að áfrýjandi starfi á mjög virkum samkeppnismarkaði og mæti öflugri samkeppni víða um land, ekki síst á stór-höfuðborgarsvæðinu þar sem Ljósleiðarinn ehf. starfi. Í ljósi þessarar breyttu stöðu hafi áfrýjandi á síðustu árum mótmælt því að nauðsynleg skilyrði séu uppfyllt fyrir útnefningu hans með umtalsverðan markaðsstyrk og meintri markaðsráðandi stöðu. Telur áfrýjandi að umbeðin gögn muni staðfesta það.

Áfrýjandi telur að Ljósleiðarinn ehf. sé í afar sterkri stöðu á mörkuðum málsins og í raun í markaðsráðandi stöðu. Ljósleiðarinn ehf. sé þannig með mun hærri markaðshlutdeild en áfrýjandi á markaði fyrir ljósleiðaraheimtaugar. Hafi það óhjákvæmilega áhrif á stöðu áfrýjanda á helstu mörkuðum og snerti hann með þeim hætti sem aðgreinir nægjanlega stöðu hans frá öðrum. Þá telur áfrýjandi að hugsanlegur samruni muni hafa umtalsverð áhrif á þeim mörkuðum sem áfrýjandi starfi á og samkeppnisstöðu hans. Hafi áfrýjandi því verulegra og lögvarðra hagsmuna að gæta af því að fá aðild að umræddu samrunamáli Samkeppniseftirlitsins og jafnframt aðgang að gögnum málsins án trúnaðarupplýsinga.

Bent sé á að í því frumvarpi sem varð að stjórnsýslulögum sé sérstaklega tekið fram að skýra beri hugtakið aðili máls rúmt þannig að ekki sé einungis átt við þá sem eigi beina aðild að máli heldur geti einnig fallið þar undir þeir sem hafi óbeinna hagsmuna að gæta. Af þessum orðum megi ráða nokkuð skýra ætlun

löggjafans um rúma túlkun aðildarhugtaksins. Fyrrgreind sjónarmið hafi sérstaklega verið áréttuð í dómi Hæstaréttar í máli nr. 83/2003 þar sem bent hafi verið á að túlka beri aðildarhugtakið rúmt í samkeppnismálum. Áfrýjandi bendir einnig á að þær ályktanir sem hafa verið dregnar af framangreindum dómi Hæstaréttar varðandi fjölda samkeppnisaðila á þeim mörkuðum er málið varði hafi áhrif á rúma túlkun hugtaksins. Samkvæmt því megi álykta að eftir því sem færri fyrirtæki starfi á markaði því meiri áhrif hafi brot á samkeppnislögum almennt á samkeppnisaðila.

Með vísan til 15. gr. stjórnarsýslulaga telur áfrýjandi sig hafa lögvarinn rétt til að kynna sér gögn málsins. Þó svo að aðild í stjórnarsýslumáli fyrir lægra settum stjórnvöldum sé þrengri en kæruaðild á æðra stjórnarsýslustigi geri áfrýjunarnefnd samkeppnismála ráð fyrir að aðild á lægra stjórnarsýslustigi í samrunamálum geti komið til greina hjá öðrum en samrunaaðilum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2009. Niðurstaða þess máls byggðist á rúmri túlkun aðildarhugtaksins enda var öðrum en samrunaaðilum veitt aðild að málinu á lægra stjórnarsýslustigi. Úrskurðurinn sé til marks um að frávik frá meginreglunni, um að aðild á lægra stjórnarsýslustigi skuli takmarkast við samrunaaðila, séu möguleg við ákveðnar aðstæður.

Samkvæmt 11. gr. stjórnarsýslulaga skuli stjórnvöld við úrlausn mála gæta samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti. Áfrýjandi telur að synjun Samkeppniseftirlitsins á beiðni áfrýjanda, um aðgang að málsgögnum þess samrunamáls sem hér um ræðir sé í ósamræmi við jafnræðisreglu 11. gr. stjórnarsýslulaga. Því til stuðnings vísar áfrýjandi m.a. til þess að umsagnaraðilum í máli Samkeppniseftirlitsins er varðaði kaup Ardian A.S. á áfrýjanda hafi ítrekað verið veittur víðtækur aðgangur að gögnum þess máls, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 16/2023.

Varðandi ábendingu Samkeppniseftirlitsins um að hin kærða ákvörðun hafi mögulega ekki verið kærð innan lögbundins frests samkvæmt 9. gr. samkeppnislaga bendir áfrýjandi á að ákvæði 19. gr. stjórnarsýslulaga þar sem kveðið sé á um frest til að kæra ákvarðanir stjórnvalda um synjun eða takmörkun á aðgengi aðila máls að gögnum til æðra stjórnvalds, eigi hér ekki við heldur skipi afmörkun aðildar öllu máli. Krafa áfrýjanda byggji á því að hann fái stöðu aðila í málinu og eigi því rétt til aðgangs að gögnum málsins á

grundvelli upplýsingaréttar samkvæmt 15. gr. stjórnslulaga. Áfrýjandi vísar til þess að Samkeppniseftirlitið geti ekki tekið afstöðu til þess hvort og að hvaða marki skuli veita áfrýjanda upplýsingar samkvæmt 15. gr. stjórnslulaga fyrir en tekin hefur verið ákvörðun um hvort veita skuli honum aðild að samrunamálinu. Krafa áfrýjanda byggi á því að hann fái stöðu aðila í samrunamálinu og fái því aðgang að gögnum málsins á grundvelli upplýsingaréttar samkvæmt 15. gr. stjórnslulaga. Ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins er varði aðild feli í sér stjórnvaldsákvörðun en feli ekki í sér ákvörðun um málsmeðferð. Slíkar ákvarðanir séu kærar á grundvelli 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga. Því til stuðnings vísar áfrýjandi til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2010. Áfrýjandi bendir jafnframt á að stjórnslulög séu almenn lög sem kveði á um lágmarksréttindi en samkeppnislögin séu sérlög sem gangi fram stjórnslulögum.

Verði talið að um sé að ræða ákvörðun um málsmeðferð en ekki stjórnvaldsákvörðun bendir áfrýjandi á að honum hafi ekki verið veittar þær leiðbeiningar sem mælt sé fyrir um í 2. mgr. 20. gr. stjórnslulaga. Leiðbeiningarskyldan taki til stjórnvaldsákvörðana í málum, svo og annarra ákvörðana sem ekki binda endi á mál en séu þó kærar einar og sér s.s. synjun um aðgang að gögnum máls sbr. 19. gr. stjórnslulaga. Í því felst að Samkeppniseftirlitinu hafi borið að leiðbeina áfrýjanda um kærheimild, kærufresti og kærugjöld, svo og hvert beina skuli kærinni, sbr. 2. tl. 2. mgr. síðastnefndrar greinar.

Í 1. tl. 1. mgr. 28. gr. stjórnslulaga sé mælt fyrir um að hafi kær borist að liðnum kærufresti skuli henni vísað frá nema afsakanlegt verði talið að kær hafi ekki borist fyrir. Í samræmi við athugasemdir með ákvæðinu sé gert ráð fyrir að undir ákvæðið falli tilvik þegar lægra sett stjórnvald hefur vanrækt að veita leiðbeiningar um kærheimild eða veitt rangar eða ófullnægjandi leiðbeiningar að þessu leyti. Á því er byggt af hálfu áfrýjanda að verði talið að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafi verið ákvörðun um málsmeðferð, að það hafi verið afsakanlegt að kær hafi borist að liðnum kærufresti í skilningi 1. tl. 1. mgr. 28. gr. stjórnslulaga.

Samkvæmt öllu framangreindu beri áfrýjunarnefnd samkeppnismála að fella úr gildi hina kærðu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 13. júlí 2023 og fallast

á kröfu áfrýjanda um aðild að umræddu samrunamáli og aðgang að umbeðnum gögnum málsins án trúnaðarupplýsinga.

#### **4.2. Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins**

Samkeppniseftirlitið gerir kröfu um að hin kærða ákvörðun verði staðfest. Vakin er athygli á því að Samkeppniseftirlitið hafi á þessu stigi málsins hvorki tekið afstöðu til þess hvort að einstök gögn skuli undanþegin upplýsingarétti aðila samkvæmt 16. gr. stjórnslulaga, né hvort takmarka skuli aðgang aðila máls að gögnum skv. 17. gr. sömu laga. Beiðni áfrýjanda um aðgang að gögnum lúti að því að honum skuli veittur aðgangur að öllum gögnum málsins. Sé það mat áfrýjunarnefndar samkeppnismála að áfrýjandi eigi aðild að málinu telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að lagt verði fyrir stofnunina að taka afstöðu til aðgangs áfrýjanda að einstökum gögnum á grundvelli stjórnslulaga, enda hafi efnislegt mat á því hvort nauðsynlegt sé að undanskilja tiltekin gögn og upplýsingar eðli máls samkvæmt ekki farið fram og samrunaaðilum ekki verið veitt færi á að tjá sig um mögulega afhendingu þeirra.

Samkeppniseftirlitið telur að til greina komi að vísa kærinni frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála þar sem kærufrestur hafi verið liðinn. Með hinni kærðu ákvörðun hafi verið leyst úr beiðni áfrýjanda um afhendingu gagna á grundvelli 15. gr. stjórnslulaga og sé kæra í málinu byggð á því að áfrýjandi sé aðili að málinu og eigi því rétt á að kynna sér gögn málsins. Samkvæmt 19. gr. stjórnslulaga sé frestur til að kæra ákvarðanir stjórnvalds um synjun eða takmörkun á aðgangi að gögnum til æðra stjórnvalds fjórtán dagar frá því aðila hafi verið tilkynnt um ákvörðun. Mikilvægt sé að það liggi fyrir eins fljótt og auðið er hvort aðila máls skuli veittur aðgangur að gögnum og geti nýtt andmælarétt sinn. Hinn stutti kærufrestur í 19. gr. stjórnslulaga miði að því að ekki verði óhóflegar tafir á því að unnt sé að taka endanlega ákvörðun í máli.

Það sé jafnframt mat Samkeppniseftirlitsins að telji áfrýjunarnefnd samkeppnismála koma til greina að veita eigi kæranda aðild að samrunamálinu og aðgang að gögnum þess, þá sé rétt að nefndin taki til



skoðunar hvort leita ætti sjónarmiða og afstöðu Ljósleiðarans ehf. og Sýnar hf. til málsins.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að áfrýjandi eigi ekki aðild að umræddu samrunamáli og því hafi verið rétt að hafna beiðni áfrýjanda um afhendingu á gögnum málsins á grundvelli 15. gr. stjórnssýslulaga. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi í fyrri málum sínum fjallað um aðild að málum fyrir Samkeppniseftirlitinu, t.a.m. í úrskurðum í málum nr. 17/2002, 18/2009, 1/2011, 8/2015, 1/2016, 6/2017 og 6/2018. Hafi nefndin tekið fram að hvorki í samkeppnislögum né stjórnssýslulögum sé að finna nákvæma skilgreiningu á því hverjir geti talist aðilar samkeppnismáls. Því sé ákvörðun um málsaðild háð mati sem byggist á viðurkenndum reglum samkeppnis- og stjórnssýsluréttar. Í samkeppnisrétti gildi sú meginregla að málsefni þurfi að varða viðkomandi bæði beint og sérstaklega til þess að til aðildar geti komið. Fyrri 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 sé ætlað að binda hann, enda sé orsakasamhengi ljóst. Í síðara skilyrðinu felist 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.

Að mati Samkeppniseftirlitsins hefur hér umtalsvert vægi hvort um sé að ræða mat á aðild að máli fyrir lægra settu stjórnvaldi, eða áfrýjunarnefnd samkeppnismála, þ.e. kærvaðild. Í framkvæmd hafi verið talið að aðild fyrir lægra settu stjórnvaldi sé töluvert þrengri en möguleg kærvaðild. Þá skipti jafnframt grundvallarmáli eðli þess samkeppnismáls sem sé til skoðunar hverju sinni. Þannig sé greint á milli mála sem varði annars vegar möguleg brot gegn bannreglum samkeppnislaga og hins vegar samrunamála. Í tilviki fyrri málanna sé til skoðunar háttsemi viðkomandi fyrirtækis gagnvart viðskiptavinum og keppinautum sínum sem talið sé mögulega brjóta gegn banni við ólögmetu samráði eða feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Í framkvæmd hafi verið talið að kvartendur, sem aðgerð þess fyrirtækis sem rannsókn hefur beinst að, hafi mikilvægra og sérstaka hagsmuna að gæta og teljist eiga aðild að viðkomandi stjórnssýslumáli, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 83/2003.

Í tilviki samrunamála sé staðan hins vegar allt önnur. Slík mál varði ekki möguleg lögbrot og sakarefni sem verði talin hafa sérstök og bein áhrif á keppinaut, þrátt fyrir að viðkomandi starfi í sama samkeppnisumhverfi og samrunaaðilar. Samrunamál varði frjáls viðskipti á milli fyrirtækja sem starfandi séu á markaði og niðurstaða slíkra mála bindi ekki aðra aðila að neinu leyti, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2017. Hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála tekið fram með skýrum hætti í fyrri málum sínum að aðrir aðilar en samrunaaðilar njóti ekki aðilastöðu í samrunamálum, sbr. m.a. mál áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2011 og 6/2017. Í báðum þessum málum var um að ræða samruna á fákeppnismörkuðum þar sem fáir keppinautar voru starfandi, en þrátt fyrir þá staðreynd hafi ekki verið talin ástæða til þess að hagga fyrri framkvæmd um mat á aðild í samrunamálum.

Samkeppniseftirlitið telur ekki ástæða til þess að víkja frá framangreindri framkvæmd í þessu máli og telur stofnunin að engar þær aðstæður séu fyrir hendi í málinu sem kalli sérstaklega á aðild áfrýjanda að samrunamálinu. Þá sé vægi sjónarmiða um verndun mikilvægra og viðkvæmra upplýsinga úr rekstri því meira eftir því sem færri keppinautar séu starfandi á viðkomandi markaði. Í þessu samhengi megi benda á að Samkeppniseftirlitið fjallaði um samruna sem varðaði áfrýjanda í ákvörðun nr. 16/2023. Í því samrunamáli kom aldrei til álita að veita Ljósleiðaranum ehf. stöðu aðila, þrátt fyrir töluverða hagsmuni þess fyrirtækis af úrlausn málsins. Að sama skapi má benda á að við upphaf meðferðar þess máls byggði samrunaaðili á það þröngri túlkun á aðildarhugtakinu að seljandi áfrýjanda, þ.e. Síminn hf., væri ekki aðili að samrunamálinu með vísan til þröngrar túlkunar áfrýjunarnefndar á hugtakinu í fyrri úrlausnum, svo sem í úrskurði nefndarinnar í máli nr. 22/2005.

Samkeppniseftirlitið telur rétt að benda á að stofnunin þekkir ekki nokkur dæmi þess að fyrir öðrum samkeppnisyfirvöldum í Evrópu sé litið svo á að aðrir aðilar en samrunaaðilar geti átt aðild að samrunamáli á lægra stjórnsýslustigi. Á það við hvort sem litið sé til framkvæmdar á Norðurlöndunum eða framkvæmdastjórn Evrópusambandsins. Samkeppnislög kveði m.a. á um það verkefni Samkeppniseftirlitsins að rannsaka samruna fyrirtækja og séu til þess

veittir mjög skammir tímafrestrir. Sömu lög sem og meginreglur stjórnarsýslulaga geri ríkar kröfur til stofnunarinnar um umfang og gæði rannsóknar, málshraða o.fl. Heimild Samkeppniseftirlitsins til að forgangsraða málum gildi eðli málsins samkvæmt ekki um samrunamál. Þá hafi Samkeppniseftirlitið ekki lagaheimild til þess að stöðva tímafrestri samrunamála þegar upplýsingar skortir, eins og víða gildi hjá erlendum samkeppnisyfirkvöldum. Yrði fallist á mögulega aðild keppinauta eða annarra hagaðila en samrunaaðila í samrunamálum myndi það fela í sér töluvert flækjustig í meðferð samrunamála og kæmi til með að kalla á aukna vinnu við að meta hugsanlega aðild mismunandi hagsmunaaðila. Þá yrði öll öflun sjónarmiða og gagna verulegra þyngri en eðlilegt mætti telja auk þess sem ýmsar aðrar reglur stjórnarsýsluréttar kæmu til skoðunar.

Í V. kafla samkeppnislaga og í reglum nr. 1390/2020 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum sé lögð rík tilkynningar- og upplýsingaskylda á samrunaaðila um að veita fullnægjandi upplýsingar til Samkeppniseftirlitsins um þau atriði sem eru nauðsynleg til að athuga samkeppnisleg áhrif samruna. Búi Samkeppniseftirlitið því iðulega yfir viðkvæmum upplýsingum um stöðu fyrirtækja á markaði, rekstrarlegan grundvöll þeirra, ásamt framtíðaráformum. Þessar upplýsingar, séu fyrirtækjum gríðarlega viðkvæmar og mikils virði í samkeppni við aðra aðila á markaði. Eigi það sér því eðlilegar og málefnalegar skýringar að samkeppnisaðilum hafi ekki verið veitt aðild að samrunamálum.

Ljóst sé á hinn bóginn að áfrýjandi hafi ákveðinna hagsmuna að gæta af samruna Ljósleiðarans ehf. og Sýnar hf. sem keppinautur samrunaaðila. Af þeim sökum hafi honum undir meðferð málsins verið veitt færi á að tjá sig um samrunatilkynningu aðila án trúnaðarupplýsinga, til jafns við aðra aðila á markaði, sem einnig hafa hagsmuna að gæta. Að mati Samkeppniseftirlitsins sé ekki ágreiningur um að keppinautar geti átt kærvaðild fyrir áfrýjunarnefndinni vegna samrunaákvarðana Samkeppniseftirlitsins þrátt fyrir að hafa ekki átt beina aðild að viðkomandi samrunamáli. Um þetta vísast meðal annars til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 18/2009, nr. 1/2011, og nr. 6/2017. Kunni áfrýjandi því að eiga þess kost að

kæra niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins þegar að henni kemur, telji hann tilefni til þess.

Samkeppniseftirlitið áréttar, vegna tilvísunar áfrýjanda til 5. gr. upplýsingalaga, að ekki hafi enn verið tekin afstaða til afhendingar umbeðinna gagna til áfrýjanda á grundvelli upplýsingalaga. Þá sæti slíkar ákvarðanir kæru til úrskurðarnefndar um upplýsingamál, sbr. 20. gr. upplýsingalaga.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að áfrýjandi eigi beina, verulega, sérstaka og lögvarða hagsmuni af úrlausn þess máls sem upplýsingabeidni áfrýjanda beinist að sem leiði til þess að hann verði talin eiga aðild að því. Ekki eigi við sömu sjónarmið í samrunamáli því sem hér sé til rannsóknar og fram koma í dómi Hæstaréttar í máli nr. 83/2003. Alvanalegt sé að Samkeppniseftirlitið óski eftir upplýsingum frá samkeppnisaðilum á þeim mörkuðum þar sem áhrifa gætir vegna rannsókna á samkeppnislegum áhrifum fyrirhugaðra samruna enda beri Samkeppniseftirlitið ríka rannsóknarskyldu samkvæmt stjórnslutölum, sbr. ákvæði samkeppnislaga um samruna. Þá sé heldur ekki óvenjulegt á fákeppnismörkuðum hér á landi að fjöldi aðila á markaði sé takmarkaður. Leiði hvorugt til þess að áfrýjandi verði talinn eiga aðild að viðkomandi samrunamáli.

Samkeppniseftirlitið er ósammála túlkun áfrýjanda á niðurstöðu úrskurðar áfrýjunarnefndar í máli nr. 18/2009 en í málinu var eingöngu til skoðunar aðild Símans hf. að kærumáli fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Í því máli var Síminn ekki talinn aðili að samrunamálinu hjá Samkeppniseftirlitinu.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að skilyrði til málsaðildar áfrýjanda að því samrunamáli sem hér um ræðir á lægra stjórnslustigi séu uppfyllt. Að mati Samkeppniseftirlitsins sé réttarstaða áfrýjanda nægilega tryggð með kærheimild til æðra stjórnvalds þegar ákvörðun í umræddu samrunamáli liggur fyrir, að nánari skilyrðum uppfylltum. Þá kunni áfrýjandi að eiga rétt til aðgangs að gögnum í málinu á grundvelli reglna upplýsingalaga.

Samkeppniseftirlitið hafnar fullyrðingum áfrýjanda um að synjun um aðgang að gögnum samrunamálsins sé í ósamræmi við jafnræðisreglu 11. gr. stjórnslutölulaga þegar tekið sé mið af málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins sem

leiddi til ákvörðunar nr. 16/2023. Að mati Samkeppniseftirlitins geti sú tilhögun sem viðhöfð var við kynningu á gögnum fyrir hagaðilum í fyrrgreindu máli ekki leitt til þess að fallist verði á kröfur áfrýjanda.

Samkeppniseftirlitinu beri skylda til að rannsaka samkeppnisleg áhrif samruna og koma í veg fyrir að þeir hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til, að slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga. Til þess meðal annars að rannsaka samkeppnisleg áhrif samruna hafi Samkeppniseftirlitið víðtækar heimildir til að afla sjónarmiða og upplýsinga, sbr. 19. gr. laganna og sé stofnuninni sjálfri í vald lagt að ákveða, hvaða upplýsinga sé nauðsynlegt að afla við athugun einstakra mála.

Með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 16/2023 var hagaðilum veittur aðgangur að gögnum í samrunamáli en afhending gagnanna byggðist ekki á því að hagsmunaaðilar væru aðilar málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu heldur atviksbundnu mati á því hvaða gögn væri rétt að kynna svo unnt væri að afla nauðsynlegra upplýsinga og rannsaka málið með fullnægjandi hætti. Það mál sé ótengt því máli sem hér um ræðir auk þess sem umfang og eðli þeirra sé jafnframt gerólikt. Þá verði að ítreka að undir meðferð þess máls sem leiddi til ákvörðunar nr. 16/2023 kom aldrei til álita að veita keppinautum áfrýjanda stöðu aðila í samrunamálinu, þrátt fyrir að eiga töluverðra hagsmuna að gæta af úrlausn þess. Þvert á móti byggði samstæða áfrýjanda og þáverandi eigandi félagsins á þröngri túlkun á aðildarhugtakinu.

Að lokum áréttar Samkeppniseftirlitið að veittar upplýsingar í því samrunamáli sem áfrýjandi vísar til voru veittar í samráði við samrunaaðila, m.a. sem hluti af ítarlegum sáttaviðræðum sem aðilar óskuðu eftir og með hagsmuni þeirra að leiðarljósi. Þá vill Samkeppniseftirlitið einnig halda því til haga að meðferð í því samrunamáli sem kæra í máli þessu lýtur að sé ekki lokið og sé rannsókn málsins á öðrum fasa.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að fallast eigi á kröfu þess um að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

## V

### Niðurstaða

#### 1

Ágreiningur máls þessa snýr að því hvort áfrýjandi eigi rétt á því að vera aðili að því samrunamáli sem Samkeppniseftirlitið hefur nú til meðferðar og varðar kaup Ljósleiðarans ehf. á stofnneti og tengdum búnaði af Sýn hf. og þar með rétt til aðgangs að gögnum málsins með vísan til 15. gr. stjórnslulaga.

Samkeppniseftirlitið telur að fyrrgreint samrunamál snerti ekki hagsmuni áfrýjanda með þeim hætti að hann geti fengið stöðu aðila við meðferð málsins hjá stofnuninni jafnvel þótt niðurstaða málsins geti haft einhver áhrif á það samkeppnisumhverfi sem áfrýjandi starfar í. Áfrýjandi telur hins vegar að hann eigi rétt til aðildar að málinu þar sem fyrirhugaður samruni geti haft veruleg áhrif á stöðu hans og snert hann með þeim hætti sem aðgreinir stöðu hans frá öðrum. Hann hafi því verulegra lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins og þannig eigi hann rétt til að kynna sér öll gögn málsins með vísan til 15. gr. stjórnslulaga.

#### 2

Í 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga kemur fram að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins sæti kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og skal kæra berast nefndinni innan fjögurra vikna frá því að aðila máls var tilkynnt um ákvörðunina. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 13. júlí 2023, var áfrýjanda tilkynnt að stofnunin gæti ekki fallist á kröfu hans um að hann fengi stöðu aðila í fyrrgreindu samrunamáli. Í ljósi þeirrar niðurstöðu var jafnframt talið að áfrýjandi ætti ekki rétt á því að kynna sér gögn málsins með þeim hætti sem aðilar stjórnslumála njóta samkvæmt 15. gr. stjórnslulaga.

Ljóst er af kæru málsins að kærð sé sú ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að áfrýjandi fái ekki stöðu aðila í því samrunamáli sem hér um ræðir. Með hliðsjón af því gildir hinn almenni kærufrestur er fram kemur í 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga um hina kærðu ákvörðunar. Fyrir liggur að kæran barst áfrýjunarnefnd 9. ágúst 2023. Samkvæmt því barst hún innan kærufrests.

### 3

Hvorki í samkeppnislögum né stjórnarsýslulögum er að finna nákvæma skilgreiningu á því hverjir geti talist aðilar samkeppnismáls. Ákvörðun um það er því háð mati í hverju máli sem byggist á viðurkenndum sjónarmiðum samkeppnisréttar og stjórnarsýsluréttar. Í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála hefur komið fram að sú meginregla gildi í samkeppnisrétti að málsefni þarf að varða viðkomandi bæði beint og sérstaklega til þess að til aðildar geti komið. Fyrri skilyrðið felur það í sér að ákveðið orsakasamhengi verður að vera milli ákvörðunar og réttarstöðu aðila, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 3/2014, 1/2016 og 18/2009. Að jafnaði má gera ráð fyrir að tiltekin ákvörðun varði 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 varði hann með þeim hætti sem aðgreinir hann frá öðrum sem kunna að vera í svipaðri stöðu en njóta samt sem áður ekki aðilastöðu. Því til viðbótar hefur einnig verið talið að þeir sem geti átt óbeinna hagsmuna að gæta geti eftir atvikum átt aðild að málum á sviði samkeppnisréttar, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 17/2002 sem staðfestur var með dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 83/2003. Í fyrrgreindum dómi var tekið fram að meta þurfi það sérstaklega í hverju máli hvort aðili sem hefði óbeinna hagsmuna að gæta hefði mikilvæga og sérstaka hagsmuni af úrslitum máls.

Ákvörðun um að hafna eða samþykkja samruna, hvort heldur er með skilyrðum eða ekki, beinist alla jafnan ekki að öðrum en að samrunaaðilunum sjálfum. Forsenda þess að hægt sé að viðurkenna aðild annarra að samrunamáli er að málið varði viðkomandi beint og sérstaklega.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur í fyrri úrskurðum sínum tekið fram að almenna reglan sé sú að samkeppnisaðilar eigi ekki beina aðild að samrunamáli í þeim skilningi sem er lagður í það hugtak samkvæmt þeim viðmiðunum sem gerð hefur verið grein fyrir hér að framan, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 1/2011 og 1/2016. Því er hins vegar ekki að neita að samruni kann að hafa áhrif á stöðu annarra en þeirra einna sem eiga beina aðild að viðkomandi samrunamáli og snerta viðkomandi með ýmsum hætti

sem aðgreinir stöðu hans frá öðrum. Hefur meðal annars verið horft til þess þegar lagt er mat á hvort til staðar sé kærvaðild til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, kjósi viðkomandi að bera ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um samruna undir nefndina.

#### 4

Af gögnum málsins verður ráðið að Samkeppniseftirlitið hafi við rannsókn þess samrunamáls sem hér um ræðir, aflað gagna og leitað eftir sjónarmiðum frá hagsmunaaðilum, þar á meðal frá áfrýjanda, og gefið þeim kost á að koma sjónarmiðum sínum um fyrirhugaðan samruna á framfæri við stofnunina auk þess að óska eftir upplýsingum og gögnum.

Þegar lagt er mat á hagsmuni áfrýjanda af því samrunamáli sem hér um ræðir, eins og áfrýjandi hefur lýst þeim í gögnum málsins, verður hvorki séð að það varði hann sérstaklega, hvort heldur með beinum eða óbeinum hætti, né aðgreini hann frá öðrum hagsmunaaðilum sem eru í svipaðri stöðu og hann og starfa á sömu mörkuðum og samrunaaðilar málsins. Verður því ekki séð að áfrýjandi eigi verulegra lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn samrunamálsins. Samkvæmt því verður að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála ekki fallist á kröfu áfrýjanda um að hann eigi aðild að því máli sem hér um ræðir. Í því felst að hann á ekki rétt til aðgangs að skjölum og öðrum gögnum málsins með vísan til 15. gr. stjórnsýslulaga. Því verður ekki fallist á að hin kærða ákvörðun fari gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga.

Vegna tilvísunar áfrýjanda til 5. gr. upplýsingalaga, er rétt að taka fram að það fellur utan valdssviðs áfrýjunarnefndar að fjalla um rétt áfrýjanda til aðgangs að gögnum málsins á grundvelli þeirra laga.

#### 5

Með vísan til alls þess er að framan er rakið er það niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála að ekki hafi verið sýnt fram á að það samrunamál sem varðar kaup Ljósleiðarans ehf. á stofnneti og tengdum búnaði af Sýn hf., tengist áfrýjanda beint eða sérstaklega eða að öðru leyti með þeim hætti að hann geti átt rétt til aðildar að málinu. Verður kröfu áfrýjanda um aðild að fyrrgreindu samrunamáli því hafnað.



## Úrskurðarorð

Kröfum áfrýjanda í máli þessu er hafnað.

Reykjavík, 28. september 2023.

Björn Jóhannesson, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Kristín Benediksdóttir