

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 4/2017

Byko ehf. og Norvík hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Kröfur málsaðila

Með kæru dagsettri 12. apríl 2017 kærðu Byko ehf. og Norvík hf. (hér eftir nefndir áfrýjendur) ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 16. mars 2017 þess efnis að synja beiðni áfrýjenda um aðgang að öllum gögnum um samskipti Samkeppniseftirlitsins við Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) frá upphafi þess máls sem leiddi til ákvörðunar nr. 11/2015 og nú er til umfjöllunar hjá Héraðsdómi Reykjavíkur.

Áfrýjendur krefjast þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og áfrýjendum verði veittur aðgangur að umbeðnum gögnum. Samkeppniseftirlitið krefst þess að ákvörðunin verði staðfest.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2015 var lögð 650 milljóna króna sekt á Norvík hf. fyrir brot á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Voru brotin einkum talin felast í reglulegum samskiptum milli Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lækkaði sektina niður í 65 milljónir króna með úrskurði sínum nr. 6/2015.

Samkeppniseftirlitið og áfrýjendur hafa bæði höfðað mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur til að fá niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar hnekkt. ESA óskaði eftir

gögnum málsins frá héraðsdómi og sendi Héraðsdómi Reykjavíkur skriflegar athugasemdir með bréfi dagsett 27. apríl 2016.

Með bréfi dagsettu 4. maí 2016 óskuðu áfrýjendur eftir afriti af öllum samskiptum Samkeppniseftirlitsins við ESA frá upphafi máls þess sem leiddi til töku ákvörðunar eftirlitsins nr. 11/2015. Hin kærða ákvörðun var kynnt áfrýjendum þann 16. mars 2017.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar og gagna málsins.

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjenda barst 8. maí 2017. Athugasemdir áfrýjenda við greinargerðinni bárust áfrýjunarnefndinni 10. maí 2017 og svör Samkeppniseftirlitsins við þeim 15. maí s.á.

IV

Röksemdir málsaðila

1. Málsástæður og lagarök áfrýjenda

Áfrýjendur byggja á því að réttur þeirra til aðgangs að gögnum sé tryggður með 15. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 og að ágreiningur þessa máls snúi eingöngu að því hvort og þá hvaða takmörkunum sá réttur áfrýjenda sæti. Þá byggja áfrýjendur jafnframt á því að andmælaréttur þeirra, sbr. 13. gr. laganna, sé að engu hafður séu þeir ekki upplýstir um allar forsendur sem búa að baki ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2015.

Áfrýjendur hafna sjónarmiðum Samkeppniseftirlitsins um að þeir eigi ekki rétt á aðgangi að umbeðnum gögnum og telja ekkert í málatilbúnaði Samkeppniseftirlitsins réttlæta að umbeðnum gögnum sé haldið leyndum fyrir þeim.

Áfrýjendur vísa til 1. mgr. 15. gr. stjórnarsýslulaga um að aðili máls eigi rétt á því að kynna sér öll skjöl og gögn í stjórnarsýslumáli. Þessi réttur verði virkur þegar í upphafi

stjórnsýslumáls, enda liggi fyrir að stjórnvald hafi aflað tiltekinna gagna eða upplýsinga. Áfrýjendur byggja á því að réttur þeirra til aðgangs að gögnum máls nái til allra samskipta milli Samkeppniseftirlitsins og ESA. Gildi þetta einnig um samskipti sem áttu sér stað eftir uppkvaðningu úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála, enda séu gögn máls í skilningi stjórnsýsluréttar óháð því hvort viðkomandi gagn hafi í reynd efnislega þýðingu fyrir úrlausn málsins.

Varðandi tilvísun Samkeppniseftirlitsins til 2. mgr. 28. gr. kafla II við bókun 4 við ESA samninginn varðandi trúnað þá benda áfrýjendur á að ákvæðið lúti eingöngu að þagnarskyldu tiltekinna starfsmanna og feli ekki í sér tilvísun til réttar aðila til aðgangs að gögnum. Þess utan geti málsmeðferðareglur ESB eða EES réttar engin áhrif haft á túlkun íslenskra stjórnsýslulaga. Þannig sé í stjórnsýslulögum kveðið á um lágmarkskröfur til stjórnsýslunnar og réttarreglur á öðrum sviðum sem gera minni eða vægari kröfur til stjórnsýslunnar, þannig að þau veita aðilum máls minna réttaröryggi, víkja fyrir ákvæðum stjórnsýslulaga.

Áfrýjendur telja að jafnvel þó að litið væri til tilvísaðra reglna EES réttar, væri ekki unnt að synja þeim um aðgang að umbeðnum gögnum á grundvelli þeirra, enda byggji takmörkun EES réttar á þeirri forsendu að óheimilt sé að nota slík gögn gegn aðilum í samkeppnismálum. Í þessu máli beri svo við að Samkeppniseftirlitið virðist byggja niðurstöðu sína að miklu leyti á samskiptum við ESA og ber íhlutun ESA í það dómsmál sem nú sé rekið fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur þess augljós merki að aðkoma ESA að málinu á fyrri stigum þess hafi verið töluverð. Vegna þessa byggja áfrýjendur á því að framangreind sjónarmið reglna EES réttar geti ekki átt við samkvæmt efni sínu. Samkeppniseftirlitið geti ekki byggt úrlausn sína á forsendum sem greindar séu í samráði við ESA og byggt á þeim beinlínis til að undirbyggja sekt áfrýjenda en þrátt fyrir það synjað um aðgang að gögnum á grundvelli málsmeðferðarreglna EES réttar. Telja áfrýjendur þessa nálgun Samkeppniseftirlitsins brjóta gegn rétti þeirra til réttlátrar málsmeðferðar, og komi niður á eðlilegri framkvæmd réttar málsaðila til að halda uppi vörnum.

Áfrýjendur benda á að þær undanþágur frá upplýsingarétti aðila máls sem kveðið sé á um í 17. gr. laganna séu undantekningar frá skýrri meginreglu, sem túlka verði þröngt. Þá séu skilyrði ákvæðisins þess eðlis að framkvæma verði mat á annars vegar hagsmunum aðila máls af aðganginum og hins vegar ætluðum einka- eða

almannahagsmunum. Komi takmörkun aðeins til álita ef þeir síðarnefndu teljast mun ríkari en þeir fyrrnefndu. Þá verði að framkvæma slíkt mat um hvert einstakt skjal og eftir atvikum hluta þeirra. Komi þetta skýrlega fram í dómi Hæstaréttar í máli nr. 72/2011.

Í hinni kærðu ákvörðun sé eðli ætlaðra trúnaðarupplýsinga einungis lýst þannig að þar sem um samskipti við stofnun á borð við ESA sé að ræða þá beri sjálfkrafa að undanþiggja upplýsingarnar rétti áfrýjenda á grundvelli 15. gr. stjórnsýslulaga með vísan til 17. gr. sömu laga.

Þá eru áfrýjendur ekki sammála því að verði þeim veittur aðgangur að upplýsingunum sé sýnileg hættu á því að almannahagsmunir bíði umtalsvert tjón. Ætlaðir almannahagsmunir í málinu hljóti að vera afar takmarkaðir, ef einhverjir slíkir hagsmunir séu raunverulega til staðar. Jafnframt minna áfrýjendur á verulega hagsmuni sína í málinu.

Áfrýjendur benda á að það liggi fyrir í málinu að töluverð samskipti hafa átt sér stað á milli Samkeppniseftirlitsins og ESA og virðist allt benda til þess að forsendur niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins byggji að miklu leyti á þeim. Þá bendir íhlutun ESA í héraðsdómsmálið jafnframt til þess að ESA hafi látið málið sig varða á fyrri stigum. Skipta samskipti eftirlitsins við ESA því áfrýjendur verulegu máli.

2. Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að með setningu samkeppnislaga, nr. 44/2005, hafi ekki verið um heildarendurskoðun laganna að ræða, heldur hafi m.a. verið talið nauðsynlegt að gera breytingar á ákvæðum laganna um framkvæmd samkeppnisreglna vegna innleiðingar tveggja reglugerða Evrópusambandsins, annars vegar reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003 frá 16. desember 2002, um framkvæmd samkeppnisreglna, og hins vegar reglugerðar ráðsins (EB) nr. 139/2004, um eftirlit með samfylkingum fyrirtækja.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í VII. kafla samkeppnislaga sé fjallað um framkvæmd samkeppnisreglna o.fl. samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Í 1. mgr. 21. gr. laganna sé lögð sú skylda á Samkeppniseftirlitið, áfrýjunarnefnd samkeppnismála og íslenska dómstóla að beita 53. og 54. gr. EES-samningsins eftir því sem kveðið sé á um í lögum. Í 1. mgr. 26. gr. laganna sé tekið fram að ef Samkeppniseftirlitið, áfrýjunarnefnd samkeppnismála eða dómstólar

beiti ákvæðum laganna vegna samninga eða samstilltra aðgerða í skilningi 1. mgr. 53. gr. EES-samningins, sem gætu haft áhrif á viðskipti milli aðila að EES-samningnum, skuli þau einnig beita 53. gr. EES-samningsins að því er varði slíka samninga eða samstilltar aðgerðir. Nánari útfærsla við beitingu 53. og 54. gr. komi fram í bókun 4 við ESA-samninginn.

Bendir Samkeppniseftirlitið á að hið nána samstarf ESA og samkeppnisyfirvalda í EFTA-ríkjunum, sem mælt sé fyrir í bókun 4 við ESA-samninginn, geti ekki verið árangursríkt nema trúnaður ríki um efni þeirra samskipta sem eiga sér stað, en þau geta bæði verið formleg og óformleg, t.d. símtöl eða símafundir. Að öðrum kosti væri verið að grafa undan skilvirkni samstarfsins. Þá sé bókun 4 við ESA-samninginn efnislega samhljóða reglugerð ráðsins (EB) nr. 1/2003, sem bæði hafi verið tekin upp í EES-samninginn og innleidd í íslenskan rétt með reglugerð 811/2006. Íslenska ríkið hafi því undirgengst að trúnaður skuli ríkja um þau samskipti og þær upplýsingar sem um ræði samkvæmt 11. gr. bókunar 4 við ESA samninginn.

Í ljósi þess að Samkeppniseftirlitið taldi að brot Byko ehf. hafi verið til þess fallin að hafa áhrif á viðskipti milli aðildarríkja EES-samningsins hafi Samkeppniseftirlitið beitt bæði 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins er það tók ákvörðun nr. 11/2015, í samræmi við 21. og 26. gr. samkeppnislaga. Þau samskipti sem Samkeppniseftirlitið átti við ESA við meðferð þess máls sem hafi leitt til ákvörðunar nr. 11/2015, séu samskipti sem Samkeppniseftirlitinu beri að eiga í samræmi við skuldbindingar sem íslenska ríkið hafi samið um.

Samkeppniseftirlitið bendir á að það liggi fyrir að ESA hafi nú þegar tvívegis hafnað beiðni áfrýjenda um aðgang að umræddum samskiptum á grundvelli reglna ESA um aðgang að upplýsingum með þeim rökum að það séu ekki ríkir almannahagsmunir til staðar sem réttlæta birtingu þeirra. Þá hafi ESA látið í ljós skýra afstöðu til þess að Samkeppniseftirlitið veiti ekki aðgang að umbeðnum samskiptum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins geta málsmeðferðarreglur ESB- eða EES-réttar haft áhrif á túlkun íslenskra stjórnisýslulaga. Sé það viðurkennt sjónarmið við lögskýringu að túlka landsrétt í samræmi við þjóðarétt en ekki andstöðu við hann.

Samkeppniseftirlitið bendir á að eðli og efni hvers gagns hafi verið metið sérstaklega og hafi niðurstaðan verið sú að hagsmunir áfrýjenda að notfæra sér vitneskju úr þeim víki fyrir mun ríkari almannahagsmunum. Felast hinir ríku

almannahagsmunir m.a. í því að tryggja trúnað um samskiptin svo unnt sé að viðhalda árangursríku og nánú samstarfi Samkeppniseftirlitsins við ESA.

Þá fellst Samkeppniseftirlitið ekki á að brotið hafi verið á andmælarétti áfrýjenda í málinu. Meginreglur stjórnarsýslulaga hafi verið að fullu virtar í máli því sem hafi leitt til töku ákvörðunar nr. 11/2015.

Samkeppniseftirlitið vísar að öðru leyti til hinnar kærðu ákvörðunar og gagna málsins.

V

Niðurstaða

1

Reglugerð ráðsins (EB) um framkvæmd samkeppnisreglna nr. 1/2003 var innleidd í íslenskan rétt með lögbundnum hætti, sbr. reglugerð nr. 811/2006 sem birt var í stjórnartíðindum hinn 29. september 2006, og áður sem fylgiskjal með reglugerð nr. 652/2005.

Gert er ráð fyrir samstarfi á milli samkeppnisyfirvalda í aðildarríkjunum og ESA og greiðum upplýsingaskiptum í þeim tilgangi. Tekið er fram að heimildirnar taki til skipta á trúnaðarupplýsingum. Nánar er kveðið á um þagnarskyldu vegna upplýsinga sem aflað er í þessum tilgangi í reglugerðinni og m.a. tekið fram í 2. mgr. 27. gr. reglugerðar nr. 1/2003 að réttur málsaðila til aðgangs að gögnum taki ekki til bréfaskipta framkvæmdastjórnarinnar og samkeppnisyfirvalda í aðildarríkjunum.

2

Í bókun 4. við EES-samninginn er mælt fyrir um form á samráði (hér) Samkeppniseftirlitsins við ESA við undirbúning ákvarðana, þ.e. ef talið er að beita eigi 53. gr. EES samningsins samhliða innlendum samkeppnislögum í einstökum málum.

Áður en Samkeppniseftirlitið tók ákvörðun í máli nr. 11/2015 kynnti stofnunin ESA drög að ákvörðun og ræddu starfsmenn stofnananna saman um efni hennar. Áfrýjunarnefndin óskaði eftir afriti skriflegra samskipta frá Samkeppniseftirlitinu og má af þeim ráða að umrædd gögn eru einskorðuð við tilkynningu og samskipti til

undirbúnings ákvörðun. Engin gögn urðu til eða var aflað í þessum samskiptum sem ekki voru þá þegar orðin hluti af gögnum málsins hjá Samkeppniseftirlitinu.

3

Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 5/2012 geta gögn sem verða til í samráði á milli Samkeppniseftirlitsins og ESA talist til gagna máls í skilningi 15. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var í því máli ógilt sökum þess að ekki hafði farið fram mat á því hvort skjölin ætti að undanþiggja með tilliti til efnisreglna 17. gr. stjórnarsýslulaga, meðal annars með vísan til dóms Hæstaréttar frá 23. febrúar 2012 í máli nr. 72/2011.

Í síðastgreindum úrskurði áfrýjunarnefndarinnar og enn frekar í úrskurði hennar í máli nr. 8/2013 (Samskip hf. gegn Samkeppniseftirlitinu) er vikið að túlkun réttarheimilda og samspili innlendra reglna og EES-réttar sem og atriði er varða innleiðingu EES-reglna í innlendan rétt. Lagt var til grundvallar að við skýringu á undantekningarreglu 17. gr. stjórnarsýslulaga verði að hafa hliðsjón af réttarheimildum á sviði samkeppnisréttar og 3. gr. laga um EES-samninginn í því samhengi.

Samkvæmt framansögðu hefur verið byggt á því að réttur málsaðila til gagna, sem verða til við meðferð mála þeirra hjá Samkeppniseftirlitinu, sé almennt til staðar á grunni 15. gr. stjórnarsýslulaga. Í hvert og eitt sinn verði að meta hvort heimilt sé að beita takmörkunum á þeim rétti á grunni 16. eða 17. gr. stjórnarsýslulaga, ellegar annarra laga sem gilda á sviði samkeppnisréttar eins og þau verða rétt túlkuð með hliðsjón af evrópskum samkeppnisrétti.

4

Í samræmi við framangreint hefur Samkeppniseftirlitið í þessu máli tekið afstöðu til þess hvort 17. gr. stjórnarsýslulaga heimili að undanþiggja umkrafin gögn frá afhendingu. Í rökstuðningi Samkeppniseftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun er rakið hvers vegna gögnin teljist eiga að njóta undanþágu frá afhendingarskyldu. Ríkir almannahagsmunir felist í því að samstarf ESA og Samkeppniseftirlitsins geti átt sér stað án þess að stofnanirnar þyrftu að afhenda öll gögn og upplýsa um öll atriði í því samstarfi.

Eins og rakið hefur verið hér að framan gerir evrópskur samkeppnisréttur ráð fyrir því að samskipti á milli ESA (og framkvæmdastjórnarinnar að því ESB svæðið varðar) við eftirlitsstjórnvöld í aðildarríkjum geti notið undanþágu frá upplýsingarétti málsaðila. Er litið á slík gögn sem mikilvægan þátt í því lögbundna samráði og að almannahagsmunir felist í því að trúnaður geti ríkt um þau að því tilskildu að virtur sé réttur málsaðila til réttlátrar málsmeðferðar. Gerir 27. gr. reglugerðar nr. 1/2003 meðal annars ráð fyrir því að gögn sem aflað er í því samráði geti verið gerð aðgengileg ef ætlunin er að notast sérstaklega við þau í máli.

Áfrýjunarnefndin telur að mat Samkeppniseftirlitsins sé í samræmi við rétta skýringu á 17. gr. stjórnarsýslulaga eins og hana ber að skýra með hliðsjón af skuldbindingum EES-samningsins. Í samræmi við dómvenju og 3. gr. laga um EES-samninginn á að skýra almenn ákvæði íslenskra laga með hliðsjón af þeim reglum EES-réttar sem við eiga. Áfrýjunarnefndin óskaði eftir og hefur kynnt sér gögnin og telur þau öll tengjast hinu lögbundna samráði. Þau fólu í engum skilningi í sér viðbótarrannsókn eða gagnaöflun um ný atriði í málinu. Þau hafa ekki verið nýtt til að bæta neinu við staðreyndir eða lagasjónarmið sem Samkeppniseftirlitið byggði ákvörðun sína á.

5

Áfrýjandi byggir á því að hann hafi ekki fengið að neyta andmælaréttar þar sem hann hafi ekki fengið upplýsingar um innlegg ESA í þá ákvörðun sem að honum beindist í máli nr. 11/2015. Samkeppniseftirlitið hafnaði því að nokkur sjónarmið eða gögn sem stöfuðu frá samráðinu við ESA hefðu haft þýðingu við málsmeðferðina.

Af þessu tilefni, meðal annars, óskaði áfrýjunarnefndin eftir gögnum um samskipti Samkeppniseftirlitsins og ESA. Af þeim má, eins og að framan er rakið, ráða að engin ný gögn eða efnisatriði bættust við þau sem áfrýjanda hafði gefist kostur á að kynna sér með skoðun á andmælaskjali og öðrum gögnum stjórnarsýslumálsins. Um var að ræða samráð sem gert er ráð fyrir í viðeigandi réttarheimildum. Því verður ekki séð að réttur hans til upplýsinga og andmæla varðandi þau atriði sem honum voru gefin að sök hafi verið fyrir borð borin á nokkurn hátt.

6

Samkvæmt öllu framangreindu ber því að staðfesta ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í málinu með þeim hætti sem greinir í úrskurðarorði.

Úrskurðarorð

Hafnað er kröfu áfrýjanda um að ógilt verði ákvörðun Samkeppniseftirlitins frá 16. mars 2017 um að synja beiðni áfrýjanda um aðgang að öllum gögnum um samskipti Samkeppniseftirlitsins við Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) frá upphafi þess máls sem leiddi til ákvörðunar í máli nr. 11/2015.

Reykjavík, 22. júní 2017.

Jóhannes Karl Sveinsson, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson