

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

úrskurður í máli nr. 5/2012

Síminn hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

KRÖFUR MÁLSAÐILA

Með kærui, dagsettri 5. október 2012, hefur Síminn hf. (hér eftir nefndur áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, frá 21. september 2012, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í hinni kærðu ákvörðun synjaði Samkeppniseftirlitið áfrýjanda um aðgang að samskiptum Samkeppniseftirlitsins við Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) sem tengjast ákvörðun eftirlitsins nr. 7/2012.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og að áfrýjanda verði veittur aðgangur að umbeðnum gögnum.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II

MÁLMEÐFERÐ HJÁ SAMKEPPNISEFTIRLITINU

Mál þetta varðar beiðni áfrýjanda um afhendingu gagna sem tengjast ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 7/2012 frá 3. apríl 2012. Í því máli komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði í starfsemi sinni brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með ólögmatum verðþrýstingi. Áfrýjandi skaut ákvörðuninni til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem kvað upp sinn úrskurð 22. ágúst 2012, sbr. mál nr. 1/2012.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 7/2012 var 54. gr. EES-samningsins beitt og voru drög að umræddri ákvörðun kynnt fyrir ESA. Áfrýjandi óskaði með tölvupósti 21. maí 2012 eftir afriti af öllum samskiptum eftirlitsins við ESA vegna málsins. Samkeppniseftirlitið hafnaði beiðninni daginn eftir með vísan til þess að samskipti eftirlitsins við ESA lyti trúnaði. Áfrýjandi sendi þá tölvupóst til ESA 22. maí 2012 þar sem vísað var til synjunar Samkeppniseftirlitsins og óskað eftir afriti af þessum

gögnum frá ESA. Fyrir áfrýjunarnefndina hafa verið lögð fram gögn um samskipti áfrýjanda og ESA.

Með athugasemdum áfrýjanda til áfrýjunarnefndarinnar 23. maí 2012 í tilefni af málsmeðferð í máli nr. 1/2012 fylgdi álitsgerð breskra fræðimanna á sviði samkeppnisréttar. Samkeppniseftirlitið aflaði af því tilefni álits samkeppnisdeildar ESA á þeim sjónarmiðum sem fram koma í umræddri álitsgerð og var álitið lagt fram við meðferð málsins hjá áfrýjunarnefndinni hinn 6. júní 2012.

Með tölvupósti 18. júní 2012 hafnaði ESA að veita áfrýjanda aðgang að gögnum sem varða samskipti þess við Samkeppniseftirlitið vegna máls hans. Áfrýjandi sendi Samkeppniseftirlitinu formlegt erindi 4. júlí 2012 þar sem óskað var eftir því að fá aðgang að öllum samskiptum Samkeppniseftirlitsins við ESA sem tengjast ákvörðun eftirlitsins nr. 7/2012. Nánar tiltekið var óskað eftir aðgangi að öllum samskiptum Samkeppniseftirlitsins við ESA vegna málsins, hvort sem er með tölvupósti, bréfaskrifum eða öðrum hætti. Þá var óskað eftir afriti af öllum gögnum sem þeim samskiptum tengjast eða urðu til vegna þeirra samskipta. Með bréfi dagsettu 21. september 2012 hafnaði Samkeppniseftirlitið beiðninni.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til gagna málsins.

III

MÁLMEÐFERÐ HJÁ ÁFRÝJUNARNEFNDINNI

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 15. október 2012. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust 23. október 2012. Samkeppniseftirlitinu var gefið færi á að svara þeim og bárust þau svör 30. október 2012. Svörin voru send áfrýjanda til upplýsingar.

Málið var flutt munnlega fyrir nefndinni þann 27. nóvember 2012. Í framhaldi af málflutningnum skilaði áfrýjandi 29. nóvember 2012 upplýsingum í tengslum við aðdraganda málsins. Var Samkeppniseftirlitinu gefið tækifæri á að koma að athugasemdum sínum og bárust þær 3. desember 2012.

IV

RÖKSEMDIR MÁLSADILA

1. Málsástæður áfrýjanda

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að umbeðin gögn teljist til gagna máls í skilningi 15. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Af ákvörðun Samkeppniseftirlitsins verði helst ráðið að eftirlitið byggi á því að gögnin hafi ekki verið notuð við úrlausn málsins. Áfrýjandi vísar til álits umboðsmanns Alþingis nr. 5481/2008 í þessu sambandi og bendir á að þar hafi sambærilegri röksemdafærslu samkeppnisyfirvalda verið hafnað.

Áfrýjandi telur að það sé óumdeilt að Samkeppniseftirlitið hafi haft samskipti við ESA undir rekstri máls nr. 7/2012 og hafi undir höndum gögn sem tengjast þeim samskiptum. Gagnanna hafi verið aflað við meðferð þess máls og teljast samskiptin og gögnin þegar af þeirri ástæðu til gagna málsins, enda hugtakið óháð því hvort byggt sé á gögnunum við úrlausn málsins eða hvort þau höfðu í reynd efnislega þýðingu, sbr. framangreint álit umboðsmanns Alþingis.

Þá byggir áfrýjandi á því að tilvísanir til bókunar við samning milli EFTA ríkjanna eða tilkynningar ESA hafi enga þýðingu fyrir úrlausn málsins.

Áfrýjandi telur að málsmeðferðareglur EB eða EES réttar hafi engin áhrif á túlkun íslenskra stjórnsýslulaga. Þannig sé í stjórnsýslulögum kveðið á um lágmarkskröfur til stjórnsýslunnar. Það hafi í för með sér að réttarreglur á öðrum sviðum sem gera minni eða vægari kröfur til stjórnsýslunnar, og veita þannig aðilum máls minna réttaröryggi, víki fyrir ákvæðum stjórnsýslulaga.

Áfrýjandi bendir á að við málsmeðferð fyrir áfrýjunarnefndinni í máli nr. 1/2012 vegna ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 7/2012 hafi Samkeppniseftirlitið sjálft lagt fram hluta samskipta sinna við ESA vegna málsins. Hafi það verið gert í þeim tilgangi að styðja málalátbúnað sinn í máli gangvart áfrýjanda. Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið geti ekki handvalið hluta samskipta sinna við ESA og byggt á þeim beinlínis til að undirbyggja sekt áfrýjanda, en á sama tíma synjað um aðgang að öðrum hluta gagnanna á grundvelli málsmeðferðareglna EES réttar. Telur áfrýjandi að slíkt brjóti gegn réttindum hans til réttlátrar málsmeðferðar.

Áfrýjandi byggir einnig á því að undanþáguákvæði 17. gr. stjórnsýslulaga eigi ekki við í málinu. Þær undanþágur frá upplýsingarétti aðila máls sem kveðið sé á um í 17. gr. stjórnsýslulaga séu undantekningar frá skýrri meginreglu, sem þar af leiðandi verði að túlka þröngt.

Áfrýjandi bendir á að hann hafi ríka hagsmuni af aðgangi að öllum þeim gögnum sem orðið hafa til vegna máls nr. 7/2012, þar á meðal öllum samskiptum við ESA og gögnum þeim tengdum. Sé honum meðal annars nauðsynlegt að kanna grundvöll

staðhæfinga Samkeppniseftirlitsins um þessi samskipti. Hljóta hagsmunir hans af aðgangi að vera ríkari en ætlaðir almannahagsmunir af leynd.

Þá hafnar áfrýjandi því að samskipti Samkeppniseftirlitsins við ESA geti talist til vinnuskjala sem stjórnvaldið hafi ritað til eigin afnota og falli því undir undanþágu 16. gr. stjórnsýslulaga. Samskipti við önnur stjórnvöld eða aðra aðila geta aldrei talist vinnuskjöl rituð til eigin nota í skilningi greinarinnar.

Að lokum byggir áfrýjandi á því að tilvísun Samkeppniseftirlitsins til ákvæða 34. gr. samkeppnislaga og 122. gr. EES samningsins hafi engin áhrif á rétt aðila máls til aðgangs að gögnum. Ákvæðin kveða á um þagnarskyldu starfsmanna viðkomandi stofnana og hafa enga tilvísun til réttis aðila til aðgangs að gögnum máls eða þýðingu við það mat.

2. Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið byggir á því að í málinu gildi viðkomandi EES reglur með beinum hætti. Eftirlitið bendir á að í VII. kafla samkeppnislaga sé fjallað um framkvæmd EES samkeppnisreglna. Í 1. mgr. 21. gr. samkeppnislaga sé lögð sú skylda á Samkeppniseftirlitið, áfrýjunarnefnd og dómstóla að beita 53. og 54. gr. EES-samningsins eftir því sem kveðið sé á um í lögum, m.a. með hliðsjón af reglum sem fram koma í VII. kafla samkeppnislaga. Ákvæði 23. gr. laganna tryggi að Samkeppniseftirlitið geti veitt ESA nauðsynlegar upplýsingar. Í 25. gr. laganna segi að Samkeppniseftirlitið og áfrýjunarnefnd skuli tryggja að umrædd EES ákvæði séu virt. Í 26 gr. sé m.a. mælt fyrir um það að þegar 11. gr. samkeppnislaga sé beitt skuli einnig beita 54. gr. EES ef skilyrði þess ákvæðis sé uppfyllt.

Eins og fram komi í frumvarpi sem varð að núgildandi samkeppnislögum voru ákvæði í VII. kafla samkeppnislaga sett vegna innleiðingar reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003 frá 16. desember 2002 um framkvæmd samkeppnisreglna sem mælt sé fyrir um í 81. og 82. gr. sáttmálans (nú 101. og 102. gr. TFEU). Reglugerðin sé hluti af EES-samningnum, sbr. ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 130/2004 frá 24. september 2004. Leiddi reglugerð nr. 1/2003 einnig til breytinga á bókun 4 við samning milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls. Bókun 4 fjallar um störf og valdssvið ESA á sviði samkeppni og eftir umræddar breytingar sé II. kafli bókunar 4 efnislega samhljóða reglugerð nr. 1/2003. Ein meginbreytingin sem leiddi af reglugerð nr. 1/2003 var bæði heimild og skylda aðildarríkja til að beita bannreglum EES/ESB-samkeppnisréttar með beinum hætti. Til þess að tryggja samræmi í túlkun reglnanna og vinna að skilvirkri framkvæmd sé mælt fyrir um

tiltekin verkefni ESA/framkvæmdastjórnarinnar og samvinnu við samkeppnisyfirvöld í aðildarríkjunum í reglugerð nr. 1/2003/bókun 4.

Samkeppniseftirlitið telur það augljóst að hin nána samvinna milli ESA og samkeppnisyfirvalda í EFTA-ríkjunum, sem mælt sé fyrir um í bókun 4, geti ekki verið árangursrík nema fullur trúnaðar ríki um efni þessara samskipta sem geta verið óformleg, t.d. í formi símtala eða símafunda. Til þess að tryggja þennan trúnað, og þar með skilvirkni samstarfsins, sé mælt fyrir um trúnaðarskyldu í 2. mgr. 28. gr. kafla II við bókun 4 varðandi samskipti og upplýsingar sem tengjast m.a. beitingu 11. gr. kafla II. Þessi trúnaðarskylda styðst við þá almennu þagnarskyldu sem fram komi í 122. gr. EES-samningsins.

Þá telur Samkeppniseftirlitið að hér skipti einnig máli efndaskylduákvæði 3. gr. EES-samningsins en þar komi fram að samningsaðilar skuli gera allar viðeigandi almennar eða sérstakar ráðstafanir til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem af samningnum leiði. Þessi skylda taki til stjórnvalda viðkomandi ríkis og felur m.a. í sér að túlka beri innlend lög eins og unnt sé í samræmi við EES-rétt.

Samkeppniseftirlitið telur að af 122. gr. EES-samningsins og öðrum tilvitnuðum reglum EES-réttar leiði að Samkeppniseftirlitinu sé óheimilt að afhenda umbeðinn gögn, sbr. og 34. gr. samkeppnislaga. Þá vísar eftirlitið einnig til þess að ESA hafi hafnað beiðni áfrýjanda um aðgang að gögnum.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að umrædd gögn sem varða samskipti við ESA teljist til gagna þess máls sem endað hafi með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 7/2012. Eftirlitið bendir á að upplýsingaréttur skv. 15. gr. stjórnarsýslulaga taki til skjala og annarra gagna sem málið varði. Áfrýjandi hafi verið upplýstur um öll gögn sem ákvörðun nr. 7/2012 byggði á og hafi haft aðgang að þeim. Samkeppniseftirlitið bendir á að ákvörðun nr. 7/2012 hafi á engan hátt verið byggð á eða studd gögnum sem tengjast framangreindum samskiptum við ESA. Þá voru þessi gögn heldur ekki hluti af málinu fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Ljóst sé að umrædd gögn höfðu ekki þýðingu fyrir sakarefnið. Þessi gögn hafi orðið til vegna skyldu eftirlitsins skv. EES-rétti og tengjast samræmingarhlutverki ESA og þau geti því ekki fallið undir hugtakið gögn málsins skv. stjórnarsýslulögum.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst, komi til þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála telji að líta beri framhjá framangreindum atriðum, að ákvæði bæði 16. og 17. gr. stjórnarsýslulaga leiði til þeirrar niðurstöðu að áfrýjandi eigi ekki rétt á umbeðnum gögnum. Samkeppniseftirlitið telur að umbeðin gögn flokkist sem vinnuskjöl í skilningi 16. gr. stjórnarsýslulaga og að réttur málsaðila til afhendingar taki því ekki til

þeirra. Þá telur Samkeppniseftirlitið einnig að ákvæði 17. gr. stjórnslulaga veiti ein og sér fulla heimild til þess að hafna aðgangi að gögnunum með vísan til almannahagsmuna.

V

Niðurstaða

1.

Samkeppniseftirlitið átti í tvígang í samskiptum við ESA. Fyrst við undirbúning ákvörðunar sinnar nr. 7/2012 og síðan undir rekstri málsins hjá áfrýjunarnefndinni, eftir að áfrýjandi hafði kært ákvörðunina þangað. Í fyrra tilvikinu var um að ræða formlegt samráð í samræmi við ákvæðin VII. kafla samkeppnislega, þegar til álita kemur að beita 53. og 54. gr. EES-samningsins, en síðara tilvikið byggir ekki á sama formlega grunni. Í málflutningi fyrir áfrýjunarnefndinni kvaðst áfrýjandi gera kröfu til allra gagna um samskipti stofnanna á báðum þessum stigum.

2.

Í 1. mgr. 15. gr. stjórnslulaga er kveðið á um rétt aðila máls til að fá aðgang að gögnum sem stjórnvald býr yfir vegna meðferðar tiltekins stjórnslumáls. Ákvæðið gerir þannig ráð fyrir, að aðili þurfi sjálfur að óska eftir því, að fá að kynna sér gögn málsins. Sá réttur er einnig til staðar eftir að ákvörðun hefur verið tekin en eins og ráða má m.a. af lokamálslið 3. mgr. 15. gr. virðist löggjafinn líta svo á að upplýsingarétturinn geti að öðru jöfnu verið til staðar eftir að máli lýkur.

Þau skjöl sem áfrýjandi fer fram á að fá afhent um samskipti Samkeppniseftirlitsins við ESA voru ekki lögð fram við meðferð máls áfrýjunarnefndarinnar sem lauk með úrskurðinum 22. ágúst 2012 í máli nr. 1/2012. Það má því segja að gögnin hafi ekki verið þáttur í meðferð þess máls. Í 15. grein er ekki að finna neina takmörkun sem snertir þýðingu skjalsins fyrir úrlausn máls eða í hvaða tilgangi þess er aflað. Áfrýjunarnefndin telur að þótt skjölin hafi ekki sjáanlega getað haft þýðingu fyrir niðurstöðu málsins eins og því lauk hjá áfrýjunarnefndinni sé ekki að finna takmörkun í lögnum að þessu leyti og verði því að telja þau til gagna máls.

3.

Samkeppniseftirlitið hefur vísað til þess að reglur sem tengjast samvinnu Samkeppniseftirlitsins og ESA við framkvæmd EES-samkeppnisreglna mæli fyrir um

trúnað um gögn sem verða til í þeirri samvinnu. Er einkum í því sambandi bent á 3. gr. laga nr. 2/1993 um lagagildi EES-samningsins og 1. og 3. gr. samningsins sjálfs um einsleitni og efnaskyldu. Samkeppniseftirlitið hefur talið dóm Hæstaréttar, Hrd. 1999, bls. 4429, í svokölluðu Fagtúnsmáli, vera til leiðbeiningar um að fara beri eftir óbindandi álitum sem leiðir af EES samningnum.

Nánar hefur Samkeppniseftirlitið bent á ákvæði í 109. gr. EES samningsins um samvinnu samkeppnisyfirvalda og þagnarskyldu samkvæmt 122. gr. sama samings, sbr. og bókun nr. 1 með samningnum um svokallaða altæka aðlögun. Auk þess hefur Samkeppniseftirlitið vísað til þess að við breytingar sem urðu á framkvæmd samkeppnisreglna á EES svæðinu á árunum 2003 og 2004 hafi verið gerðar breytingar á EES samningnum og samningi EFTA ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls vegna reglugerðar nr. 1/2003. Leiddi af þessu m.a. breyting á bókun 4. við síðastnefndan samning auk þess sem ESA gaf út nýjar tilkynningar á árunum 2006 og 2007 um hið nána og eflda samstarf sem eftirlitsstjórnvöldin áttu framvegis að eiga.

Að beiðni áfrýjunarnefndarinnar var málið flutt munnlega m.t.t. þess hvort framangreindar reglur hefðu verið formlega í lög leiddar á Íslandi. Ljóst er að með þingsályktun Alþingis frá 10. maí 2005 var ríkisstjórninni heimilað að staðfesta ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar um framangreinda breytingu á bókun nr. 4. Þá voru ný samkeppnislög sett árið 2005 þar sem kveðið var nánar um samstarf í samkeppnismálum á grunni 53.-54. gr. EES-samningsins. Þar er þó ekki vikið sérstaklega að stöðu gagna sem verða til við samstarfið.

Af framangreindu leiðir að Alþingi hefur ekki leitt í lög bein ákvæði sem endurspeglar gagnvart aðilum máls þær skuldbindingar sem Samkeppniseftirlitið virðist hafa gagnvart ESA og snerta takmörkun á afhendingu gagna sem verður til við samstarf eftirlitsstjórnvaldanna. Ekki verður talið að framangreindur dómur Hæstaréttar í svokölluðu Fagtúnsmáli (Hrd. 1999, bls. 4429), sem fjallaði m.a. um skýringu á 4. og 11. gr. EES-samningsins sem veitt var sérstakt lagagildi á Íslandi, veiti því stoð að réttarheimildargildi tilkynninga ESA eða annarra heimilda sem hér er vísað til að framan, sé jafnmikið eða meira en skýr ákvæði settra laga um tiltekin og einstaklingsbundin réttindi. Þær réttarheimildir sem Samkeppniseftirlitið vísar til í málinu hafa því ekki sömu stöðu og skýr ákvæði settar laga, og geta því ekki skert þann rétt sem felst í 15. gr. stjórnisýslulaga, sbr. m.a. forsendur dóms Hæstaréttar 23. febrúar 2012 í máli nr. 72/2011.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins og þeim rökstuðningi sem settur var fram í bréfinu til áfrýjanda frá 21. september 2012 var að auki byggt á því að umrædd skjöl væru vinnuskjöl stjórnvalds í skilningi 3. tölul. 1. mgr. 16. gr. stjórnsýslulaga. Það ákvæði og sambærilegt ákvæði 3. tölul. 4. gr. upplýsingalaga nr. 50/1996 varða skjöl sem stjórnvald hefur útbúið til eigin nota. Hafa þau ekki verið skýrð þannig að samskipti tveggja stjórnvalda falli þar undir, sbr. t.d. sjónarmið í dómi Hæstaréttar, Hrd. 2002, bls. 1024.

Verður því ekki talið að bréfleg samskipti ESA og Samkeppniseftirlitsins séu vinnuskjöl síðarnefnda stjórnvaldsins í skilningi 3. tölul. 1. mgr. 16. gr. stjórnsýslulaga.

5.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, sem um er deilt í þessu máli, er einungis lítillega vísað til 17. gr. stjórnsýslulaga er varðar undanþágu frá upplýsingarétti aðila máls vegna almannahagsmuna. Virðist ákvörðun Samkeppniseftirlitsins því ekki hafa verið byggð á þeirri lagareglu, heldur hafi henni fremur verið getið til skýringar.

Að framan er komist að þeirri niðurstöðu að meginforsenda fyrir ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, um að reglur á sviði EES-réttar heimili takmörkun aðgangs aðila máls að gögnum máls, standist ekki gagnvart skýru ákvæði 15. gr. stjórnsýslulaga. Samkeppniseftirlitið hefur í málinu hreyft við því að það varði mikilvæga almannahagsmuni að eftirlitsstjórnvöldin geti haft með sér náíð samstarf og skipst á upplýsingum um einstök mál í trúnaði. Áfrýjunarnefndin telur ekki ástæðu til að vefengja þessi sjónarmið Samkeppniseftirlitsins en tekur hins vegar fram að ekki er heimilt að takmarka aðgang aðila máls að gögnum máls með almennri vísun til 17. gr. stjórnsýslulaganna enda er hún undantekningarregla sem á við þegar sérstaklega stendur á. Slík takmörkun er ekki heimil nema að undangengnu mati á þeim sérstöku aðstæðum sem um er að ræða auk þess sem meta þarf sérstaklega hvert skjal ef um fleiri en eitt skjal er að ræða. Hér vísast einnig til fyrirnefnds dóms Hæstaréttar 23. febrúar 2012 í máli nr. 72/2011. Ekki verður séð að slíkt mat hafi farið fram á þeim gögnum sem um er að ræða í máli þessu. Við meðferð málsins hjá áfrýjunarnefndinni hefur heldur ekki verið upplýst um efni gagnanna sem um er deilt þannig að hægt sé að taka afstöðu til málsins á þeim grunni hvort undantekningar ákvæði 17. gr. stjórnsýslulaga eigi við

Með vísan til þessa þykir því rétt að ógilda ákvörðun Samkeppniseftirlitsins og vísa málinu til meðferðar þess á ný, eftir atvikum til að beiðni áfrýjanda um gögn verði metin með tilliti til ákvæða 17. gr. stjórnsýslulaga.

Úrskurðarorð:

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 21. september 2012 er felld úr gildi. Málinu er vísað til meðferðar á ný hjá Samkeppniseftirlitinu.

Reykjavík, 13. desember 2012.

Jóhannes Karl Sveinsson

Anna Kristín Traustadóttir

Kristín Benediktsdóttir