

**Úrskurður**  
**áfrýjunarnefndar samkeppnismála**

**í máli nr. 17/2009**

**Valitor hf.**

**gegn**

**Samkeppniseftirlitinu**

**I.**

Með kærðu, dagsettri 23. október 2009, hefur Valitor hf., (hér eftir nefndur áfrýjandi) kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, sem kynnt var áfrýjanda með bréfi, dagsettu 13. október 2009, þess efnis að neita áfrýjanda um aðgang að kafla 5.3.2 í kvörtun Borgunar hf. til Samkeppniseftirlitsins.

Af hálfu áfrýjanda er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og að áfrýjanda verði veittur aðgangur að hinum umkröfðu upplýsingum. Einnig að tekinn verði sjálfstæð afstaða til aðgangs áfrýjanda að hverri málsgrein og/eða hluta málsgreinar í þeim kafla sem áfrýjanda var neitað um aðgang að.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

**II.**

Þann 12. júní 2009 lagði Borgun hf. fram skriflega kvörtun til Samkeppniseftirlitsins þar sem félagið sakaði áfrýjanda um að hafa brotið gegn ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 í starfsemi sinni, sem og sátt við Samkeppniseftirlitið, sbr. ákvörðun þess nr. 4/2008.

Á grundvelli úrskurðar Héraðsdóms Reykjavíkur framkvæmdi Samkeppniseftirlitið húsleit í höfuðstöðvum áfrýjanda þann 1. júlí 2009. Áfrýjandi óskaði sama dag eftir aðgangi að húsleitarbeiðni eftirlitsins auk framlagðra gagna. Fékk áfrýjandi aðgang að gögnunum þann 3. júlí 2009. Þar sem kafla nr. 5.3.2 í kvörtun Borgunnar hf. hafði verið felldur út vegna trúnaðar óskaði áfrýjandi eftir aðgangi að kaflanum í heild sinni í bréfi til eftirlitsins dagsett 8. júlí 2009.

Samkeppniseftirlitið upplýsti áfrýjanda í bréfi dagsettu 23. september 2009 um umsögn Borgunnar hf., dagsett 27. júlí s.á., þar sem því var hafnað að trúnaði yrði aflétt af umræddum kafla. Var áfrýjanda boðið að koma á framfæri athugasemdum sínum við umsögnina sem hann gerði í bréfi dagsettu 29. september s.á., þar sem hann ítrekaði kröfu sína um afléttingu trúnaðar af kafla nr. 5.3.2.

Með bréfi, dagsettu 13. október 2009, tilkynnti Samkeppniseftirlitið áfrýjanda þá ákvörðun sína að fallast á kröfu Borgunnar hf. um trúnað og að kröfu áfrýjanda um aðgang að kafla 5.3.2 í kvörtuninni væri hafnað.

### III.

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins um kærðu áfrýjanda barst 9. nóvember 2009. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust 13. nóvember 2009 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins við þeim bárust 19. nóvember 2009. Þá barst nefndinni bréf lögmanns áfrýjanda dagsett 2. desember 2009, þar sem vakin var athygli á dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 633/2009, Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu.

### IV.

*Málsástæður áfrýjanda*

Af hálfu áfrýjanda er um rétt til aðgangs að upplýsingum byggt á 15. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Áfrýjandi telur að sá réttur verði virkur þegar í upphafi stjórnsýslumáls ef stjórnvald hefur á því stigi aflað tiltekinna gagna eða upplýsinga.

Þá bendir áfrýjandi á að þær undanþágur frá upplýsingarétti aðila máls sem kveðið sé á um í 17. gr. stjórnsýslulaga séu undantekningar frá skýrri meginreglu, sem eigi að túlka þröngt.

Áfrýjandi bendir á að í erindi Borgunar hf. sé felldur út í heilu lagi kafli undir heitinu „Einstök dæmi um meinta misnotkun á markaðsráðandi stöðu.“ Af því leiði að áfrýjanda sé ómögulegt að gera sér grein fyrir í hverju hin ætluðu brot hans séu falin. Í erindi Borgunar hf. sé að öðru leyti aðeins vísað almennt til þess að um brot á samkeppnislögum kunni að vera ræða ef boðið sé verð undir gildandi gjaldskrá, og sagt að félagið „grunar“ að áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína, án nánari tilgreiningar. Áfrýjandi kveðst ekki átta sig á því hvernig upplýsingar um hans eigin viðskiptavinum og/eða hans eigin tilboð og verðlagningu, geti talist til viðskiptaleyndarmála kvartanda. Séu þar til viðbótar rakin almennt viðskipti hans við einstaka aðila eða jafnvel að finna almennt orðalag um verðlagningu, virðist ekki geta verið um viðskiptaleyndarmál að ræða sem fallið geti undir 17. gr. stjórnsýslulaga, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 19/2003.

Áfrýjandi telur að án aðgangs að umræddum kafla kvörtunnarinnar sé honum ómögulegt að koma á framfæri nokkrum andmælum. Í fyrsta lagi megi benda á að ekki sé um sértæka verðlækkun að ræða ef sambærilegum viðskiptavinum séu boðin sambærileg kjör. Áfrýjanda sé ómögulegt að sjá af kvörtun Borgunar hf. hvaða viðskiptavinum honum sé gefið að sök að hafa boðið viðkomandi kjör og raunar einnig hvaða kjör hann sjálfur bauð. Af eðli máls leiði að áfrýjanda sé því jafnframt ómögulegt að svara því hvort viðkomandi aðila hafi verið boðin sambærileg kjör og öðrum sambærilegum aðilum. Í öðru lagi bendir áfrýjandi á að jafnvel þó talið yrði að um sértæka verðlækkun væri að ræða, sem jafnframt bryti gegn 11. gr. samkeppnislaga, kunni að vera fyrir hendi hlutlægar réttlætningarástæður. Í þriðja lagi bendir áfrýjandi á að vel kunni að vera að þau tilvik sem nefnd séu í kvörtun séu uppspuni. Áfrýjandi þekki það vel úr starfsemi sinni að söluaðilar haldi því fram að samkeppnisaðilinn bjóði betri kjör en í mörgum tilvikum eigi

slíkur málflutningur ekki við rök að styðjast. Áfrýjandi gæti staðreynt með auðveldum hætti hvort þau dæmi sem nefnd séu í kvörtun eigi við rök að styðjast en það sé honum ómögulegt eins og staðan sé í dag.

Áfrýjandi bendir á að í hinni kærðu ákvörðun sé því haldið fram að um mun ríkari einkahagsmuni sé að ræða í skilningi 17. gr. stjórnsýslulaga þar sem upplýsingar um nöfn viðkomandi söluaðila valdi því að hætta sé á að viðskiptahagsmunir þessara söluaðila skaðist. Sé það m.a. rökstutt með þeim hætti að áfrýjandi muni grípa til einhvers konar hefndarráðstafana gagnvart þeim söluaðilum. Áfrýjandi hafnar þessu með öllu.

Áfrýjandi telur að þær upplýsingar sem krafist sé trúnaðar yfir í málinu séu ekki aðeins nauðsynlegar til að sanna eða afsanna ætluð brot, heldur beinlínis hver hin ætlaða aðgerð sé sem kvartandi telji vera brot og því eðli málsins samkvæmt einfaldlega hvort um brot sé að ræða. Sé því augljóst að hagsmunir hans vegi þyngra en ætlaðir hagsmunir annarra aðila.

Þá geti áfrýjandi ekki fallist á að upplýsingar um nöfn þeirra söluaðila sem hann eigi að hafa gert tilboð geti að réttu lagatúlkun fallið undir 17. gr. stjórnsýslulaga. Hann bendi á að ekki liggi fyrir í málinu að viðkomandi söluaðilar hafi krafist trúnaðar, að hvorki Borgun hf. né Samkeppniseftirlitið hafi tilgreint þessa meintu einkahagsmuni og að áfrýjandi hafi mjög ríka hagsmuni af aðgangi að umræddum gögnum, enda beinlínis um að ræða upplýsingar um hvaða hegðun honum sé gefin að sök.

Áfrýjandi telur að málsmeðferðarreglur EB réttar hafi engin áhrif á túlkun íslenskra stjórnsýslulaga og vísanir Samkeppniseftirlitsins til dóma EB dómstólsins hafi ekki þýðingu í því máli sem sé hér til umfjöllunar.

Þá fellst áfrýjandi ekki á það að möguleikar samkeppnisyfirvalda til að uppræta alvarlegar samkeppnishömlur geti talist almannahagsmunir í skilningi 17. gr. stjórnsýslulaga. Þannig sé jafnt í lögskýringagögnum sem og fræðiritum ítrekað að um afar þrönga undantekningarheimild sé að ræða og vísað til atriða er varða öryggi ríkisins, varnir landsins, samskipti þess við erlend ríki og þess háttar.

Áfrýjandi mótmælir því að honum sé nú þegar kunnugt um „kjarna“ ætlaðs brots síns. Þá ítrekar hann að aðgangur að gögnum málsins sé lykilforsenda þess að hann fái notið

andmælaréttar síns.

Áfrýjandi hafnar því sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun um að andmælaréttur hans verði fyllilega tryggður með útgáfu andmælaskjals komi til útgáfu þess. Áfrýjandi telur að aðgangur aðila máls að gögnum þess verði virkur við upphaf máls. Því sé einfaldlega óheimilt að neita aðila máls um aðgang að gögnum á þeim grundvelli að hann muni hafa aðgang að þeim síðar. Með ákvörðun eftirlitsins sé áfrýjanda gert ómögulegt að gefa þær upplýsingar sem eftirlitinu séu nauðsynlegar við rannsókn málsins. Loks bendir áfrýjandi á að Samkeppniseftirlitinu beri í störfum sínum að gæta að jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga sem það hafi ekki gert í þessu máli.

#### *Málsástæður Samkeppniseftirlitsins*

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er vísað til þess að hin kærða ákvörðun byggi á ákvæðum stjórnsýslulaga, reglum um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins og þeim leiðbeiningum sem fram komi í úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þá hafi verið höfð hliðsjón af þeim sjónarmiðum sem gilda í EES/EB-samkeppnisrétti.

Samkeppniseftirlitið bendir á að 17. gr. stjórnsýslulaga heimili að aðgangur áfrýjanda að umræddum upplýsingum sé takmarkaður.

Að mati Samkeppniseftirlitsins verði að telja ótvírætt að áfrýjanda sé ljóst hver sé kjarni þess brots sem hann sé grunaður um á þessu stigi að hafa framið og að á þessu stigi málsmeðferðar eftirlitsins séu réttindi áfrýjanda skv. stjórnsýslulögum að fullu tryggð.

Samkeppniseftirlitið telur einnig mikilvægt að hafa í huga að meta verði réttarstöðu áfrýjanda með hliðsjón af málsmeðferðinni í heild sinni. Í þessu sambandi skipti vitaskuld miklu að áfrýjandi á rétt á að tjá sig í málinu „*áður en stjórnvald tekur ákvörðun í því ...*“, sbr. 13. gr. stjórnsýslulaga. Í frumvarpi sem varð að stjórnsýslulögum segi að kjarni „andmælaeglunnar sé að „*ekki verði tekin ákvörðun um réttarstöðu aðila fyrir*“ en honum hafi verið gefinn kostur á því að kynna sér málgögn og tjá sig um málið. Í þessu ljósi skipti hér höfuðmáli að Samkeppniseftirlitið hafi lýst því yfir við áfrýjanda að gefi athugun á gögnum málsins til kynna að hann kunni að hafa gerst brotlegur verði

tekið saman andmælaskjal. Ef til kæmi yrði í því lýst ætluðum brotum áfrýjanda og honum veittur aðgangur að gögnum málsins í samræmi við hefðbundið verklag.

Samkeppniseftirlitið vísar til dómaframkvæmdar EB og til málsmeðferðareglna í EES/EB rétti um að fyrirtæki sem grunað sé um samkeppnisbrot í EES/EB-samkeppnisrétti fái fyrst fulla vitneskju og rökstuðning um ætluð brot og aðgang að gögnum málsins þegar andmælaskjal sé gefið út. Styðji það að ekki sé unnt að fallast á að sú staða sem nú sé uppi í máli áfrýjanda fari gegn meginreglum um andmælarétt og réttaröryggi fyrirtækja.

Samkeppniseftirlitið telur að ríkir hagsmunir réttlæti þá takmörkun á upplýsingarétti áfrýjanda sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun. Í kafla 5.2.3 í kvörtun Borgunar hf. sé greint frá upplýsingum sem varði nafngreinda söluaðila sem fengið hafi tilboð eða hafa verið í viðskiptum við áfrýjanda. Jafnframt skipti máli að þetta séu upplýsingar sem Borgun hf. aflaði frá þessum söluaðilum og fyrirtækið hafi lýst því yfir að það telji að það geti skaðað hagsmuni þessara fyrirtækja ef áfrýjandi fái þessar upplýsingar í hendur.

Samkeppniseftirlitið telur einnig skipta máli að í samkeppnisrétti sé viðurkennt að hætta sé á því að markaðsráðandi fyrirtæki geti gripið til hefndarráðstafana gagnvart keppinautum, birgjum eða viðskiptavinum sem á einhvern hátt veita samkeppnis-yfirvöldum aðstoð við rannsókn á máli sem varði hið ráðandi fyrirtæki.

Samkeppniseftirlitið telur að það sé misskilningur hjá áfrýjanda að hin kærða ákvörðun leiði til þess að eftirlitið geti ekki rannsakað málið. Í málinu hafi eftirlitið aflað gagna frá áfrýjanda með húsleit. Ef þörf sé á geti Samkeppniseftirlitið óskað eftir frekari gögnum og upplýsingum frá áfrýjanda á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga. Ekkert í hinni kærðu ákvörðun hindri eða takmarki slíka upplýsingaöflun. Þá mótmælir Samkeppniseftirlitið fullyrðingum áfrýjanda um vanhæfi eftirlitsins eða skort á hlutleysi. Einnig mótmælir eftirlitið fullyrðingum áfrýjanda um að í málinu hafi verið farið gegn jafnræðisreglu stjórnsýslulaga.

## V.

### Niðurstaða

#### 1.

Aðili máls sem rannsókn beinist gegn á rétt á því að honum sé ekki torvelað að gæta hagsmuna sinna á meðan á rannsókninni stendur, jafnvel þótt engin ákvörðun hafi verið tekin um frekara framhald máls, sbr. m.a. forsendur dóms Hæstaréttar í máli nr. 441/1998 og ákvæði 11. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins þar sem kveðið er á um að ef mál er á annað borð tekið til meðferðar skuli þeim sem það beinist að tilkynnt um það og gefinn kostur á að koma að athugasemdum og skýringum nema hætta sé á að rannsóknarhagsmunir leiði til annars.

#### 2.

Ákvæði 15. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, sem snerta rétt aðila máls til aðgangs að skjölum undir meðferð máls, gilda við meðferð mála hjá Samkeppniseftirlitinu. Í því ákvæði felst í meginatriðum að eftir að málsmeðferð hefst hjá stjórnvaldi eigi aðili að því máli rétt til allra gagna sem stjórnvaldið aflar í tengslum við málsmeðferðina. Gildir sá aðgangsréttur á öllum stigum máls, en með þeim undantekningum sem greinir í 16. og 17. gr. sömu laga og varðar annars vegar trúnaðargögn og hins vegar takmörkun á upplýsingarétti við sérstakar aðstæður. Að mati nefndarinnar skipta rannsóknar-nauðsynjar þó máli við mat á aðgangsréttinum, einkum hvort rannsókn er nýhafin, hvort hún sé á viðkvæmi stigi eða hvort nokkuð er liðið frá upphafi rannsóknar.

#### 3.

Í kvörtun Borgunar hf., sem varða meint brot áfrýjanda á samkeppnislögum, var óskað eftir trúnaði um upplýsingar í kafla sem bar heitið „Einstök dæmi um meinta misnotkun á markaðsráðandi stöðu“. Í rökstuðningi sínum um að hafna aðgangi að upplýsingum úr þessum kafla tilgreinir Samkeppniseftirlitið að hér eigi við undanþáguákvæðið í 17. gr.

stjórnsýslulaga sem snýst um að stjórnvöld geti takmarkað aðgang að gögnum vegna ríkra almanna- eða einkahagsmuna sem ganga framur hagsmunum aðila máls. Er þar einkum vísað til þess að í samkeppnisrétti geti veigamiklir hagsmunir verið fölgir í því að nafnleynd ríki um ýmsar ábendingar og gögn sem eru kveikja að rannsókn. Af þeim sökum m.a. eigi að taka tillit til óska um trúnað svo sem 16. gr. málsmeðferðarreglna samkeppnislagna kveður á um að unnt sé að gera, og að öðrum kosti séu möguleikar samkeppnisyfirvalda til að uppræta alvarleg brot stórlega skertir. Samkeppniseftirlitið bendir einnig á í hinni kærðu ákvörðun að áfrýjanda sé kunnugt um kjarna þess brots sem honum hafi verið gefið að sök og jafnframt er vísað til þess að ef rannsókn eftirlitsins leiði til frekari aðgerða muni áfrýjanda verða gerð grein fyrir einstökum ávirðingum. Fáir hann við það tækifæri alla möguleika á því að verja hendur sínar.

#### 4.

Það leiðir af eðli þeirra brota sem fjallað er um í 11. gr. samkeppnislaga að upplýsingar um þau fást trauðla nema með því að viðskiptamenn eða samkeppnisaðilar meintra brotamanna bendi á þau brot. Það letur til uppljóstrana ef þeir sem gefa upplýsingar þurfa að sæta því að markaðsráðandi aðili fái án takmarkana upplýsingar um slíkt. Ekki verður heldur séð að sá sem borinn er sökum hafi neina sjálfstæða hagsmuni af því á rannsóknarstigi að fá nákvæmar upplýsingar um það hver beri hann sökum eða í hvaða tilvikum nákvæmlega hin ætluðu brot áttu sér stað. Auk tillitsins til kvartenda og þeirra heimildamanna koma hér til skoðunar almennir rannsóknarhagsmunir þegar metið er hvort rétt sé að synja afhendingu gagna á rannsóknarstigi.

#### 5.

Í kvörtun sinni gerir Borgun hf. grein fyrir grunsemdum sínum þess efnis að áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að bjóða ákveðnum viðskiptamönnum óeðlilega lágt verð í því skyni að útiloka Borgun hf. af markaðnum sem um ræðir. Í þessum aðgerðum felist jafnframt mismunur á milli viðskiptamanna í sambærilegri stöðu á markaði sem augljóslega hafi þann eina tilgang að skaða samkeppnisaðilann. Þar sem



áfrýjandi sé í markaðsráðandi stöðu geti brot af þessu tagi falið í sér alvarleg brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Í kvörtuninni sjálfri er ekki að finna nánari lýsingu á einstökum brotum eða dæmi um það hvernig hafi verið vikið frá almennri verðlagningu, utan þess kafla í kvörtuninni sem felldur var niður vegna trúnaðar þegar kvörtunin var kynnt áfrýjanda. Áfrýjunarnefndin hefur kynnt sér efni kaflans sem felldur var niður vegna trúnaðar (kafla 5.3.2.) og í honum eru tilgreind einstök dæmi um ætluð brot sem flest eru keimlík og varða svipaða háttsemi.

## 6.

Áfrýjunarnefndin telur að upplýsingar um einstök nöfn viðskiptamanna eða þeirra sem fengu tilboð frá áfrýjanda falli undir ákvæðin í 17. gr. stjórnisýslulaga og 16. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins, a.m.k. á því stigi sem þetta mál er nú. Þegar Samkeppniseftirlitið ákveður hvort útbúið verði andmælaskjal reynir síðan á hvaða gögn verða því til stuðnings og geta skapast nýjar aðstæður til að meta hvaða áhrif takmörkun á upplýsingarétti hafi.

Í upphaflegri kröfu áfrýjanda um aðgang að gögnum frá 8. júlí 2009 var vikið að því að í „mesta lagi geti nákvæmar upplýsingar um einstök verð kvartanda fallið undir 17. gr. stjórnisýslulaga“ (undanþágur frá upplýsingarétti). Þegar litið er til efnis kafla 5.3.2. í kvörtun Borgunar hf., annarra hluta þeirrar kvörtunar og þeirra alvarlegu ávirðinga sem virðast vera bornar á áfrýjanda, telur áfrýjunarnefndin að Samkeppniseftirlitið hafi ekki rökstutt nægjanlega hvers vegna nauðsyn hafi borið til að fella út allar upplýsingar í títtnefndum kafla. Í kaflanum er að finna þungamiðjuna í kvörtunarefninu og virðist hafa verið unnt að fella út einstakar persónugreinanlegar upplýsingar og þannig veita fullnægjandi upplýsingar um kvörtunarefnið án þess að skaði hefði orðið af fyrir þá sem upplýsingarnar veittu. Í þessu sambandi verður að hafa í huga að nokkuð langt er um liðið síðan rannsóknin hófst. Því telur nefndin að úr því sem komið er ættu ekki að vera nein vandkvæði á því að gera þá hluta kvörtunar Borgunar hf. aðgengilega fyrir áfrýjanda sem skipta hann mestu máli, og þannig að komast megi hjá þeim óæskilegu áhrifum sem tilgreind eru til stuðnings ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar hefði átt að taka afstöðu til þess sem greindi í erindi áfrýjanda og meta hvort veita hefði mátt honum takmarkaðar upplýsingar um efni kafla 5.3.2. út frá þeim almennu sjónarmiðum sem rakin eru í 1 og 2 lið í þessum kafla. Það var ekki gert og telur áfrýjunarnefndin því rétt að fella ákvörðun eftirlitsins úr gildi og leggja fyrir það að taka á ný afstöðu til erindis áfrýjanda.

### **Úrskurðarorð:**

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, sem kynnt var áfrýjanda með bréfi eftirlitsins, dagsettu 13. október 2009, er felld úr gildi og lagt fyrir Samkeppniseftirlitið að taka á ný afstöðu til kröfu áfrýjanda í samræmi við framanritað.

Reykjavík, 4. desember 2009

Jóhannes Karl Sveinsson

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson

Rétt endurrit staðfestir: