

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 3/2019

Eimskipafélag Íslands hf., Eimskip Ísland ehf. og TVG Zimsen ehf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dagsettri 11. október 2019, hafa Eimskipafélag Íslands hf., Eimskip Ísland ehf. og TVG Zimsen ehf., hér eftir nefndir áfrýjendur, kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 30. september 2019.

Með hinni kærðu ákvörðun var af hálfu Samkeppniseftirlitsins hafnað kröfu áfrýjenda um að fá aðgang að:

„A. *Annars vegar:*

- i) *Öll tölvupóstsamskipti milli Samkeppniseftirlitsins og [A] ráðgjafa/verktaka stofnunarinnar;*
- ii) *Verksamning milli Samkeppniseftirlitsins og [A] ráðgjafa/verktaka stofnunarinnar;*
- iii) *Reikninga sem [A] hefur sent Samkeppniseftirlitinu;*
- iv) *Afrit af öllum fundargerðum þar sem vinna [A] er rædd í tengslum við rannsókn á hendur áfrýjendum; og*
- v) *Afrit af öllum skýrslum, minnisblöðum, samantektum og öðrum vinnugögnum sem orðið hafa til í tengslum við vinnu [A].*

B. *Hins vegar:*

- i) *Afrit allra fundargerða af mögulegum fundum Samkeppniseftirlitsins og embættis Héraðssaksóknara vegna framangreindrar rannsóknar;*
- ii) *Afrit allra bréfa- og tölvupóstsamskipta milli embættanna;*
- iii) *„Sameiginlega rannsóknar- og aðgerðaráætlun“ Samkeppniseftirlitsins og héraðssaksóknara sem vísað var til í kröfu Samkeppniseftirlitsins til héraðsdóms, dags. 3. júní 2014.“*

Áfrýjendur krefjast þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og áfrýjendum verði veittur aðgangur að hinum umbeðnu gögnum.

Af hálfu áfrýjenda er tekið fram að í kröfu þeirri felist að tekin verði sjálfstæð afstaða til aðgangs að hverju einstöku gagni eða hluta gagns, sbr. 17. gr. stjórnáslulaga nr. 37/1993, sbr. 2. mgr. 16. gr. sömu laga.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Með erindi áfrýjenda, dags. 10. júlí 2019, til Samkeppniseftirlitsins var þess krafist með vísan til 15. gr. stjórnáslulaga nr. 37/1993 að Samkeppniseftirlitið afhenti áfrýjendum tiltekin gögn sem stofnunin hefði undir höndum í tengslum við rannsókn Samkeppniseftirlitsins á ætluðum brotum áfrýjenda gegn 10. gr. samkeppnislaga, og „eftir atvikum ólögmetra rannsókn stofnunarinnar á ætluðum brotum tiltekinna starfsmanna áfrýjenda gegn ákvæðum laganna“.

Var í erindi áfrýjenda vísað til þess að þeir hefðu upplýsingar um að í tengslum við rannsóknina hefði Samkeppniseftirlitið ráðið utanaðkomandi ráðgjafa/verktaka, [A], til að sjá um einhverja þætti rannsóknarinnar. Áfrýjendum væri ekki kunnugt um nákvæmlega hvaða hlutverki hún sinni því Samkeppniseftirlitið hafi aldrei tilkynnt áfrýjendum um að utanaðkomandi aðilar rannsaki málefni þeirra.

Vísuðu áfrýjendur til þess að þar sem [A] væri ekki starfsmaður Samkeppniseftirlitsins falli samskipti milli hennar og stofnunarinnar, sem og vinna sem hún sinni s.s. greinargerðir, ekki undir undantekningarákvæði 3. tl. 1. mgr. 16. gr. stjórnáslulaga um vinnugögn eða innanhúss minnisblöð til eigin nota,

sbr. fordæmi þess efnis. Því væri þess formlega farið á leit við Samkeppniseftirlitið að það afhendi án tafar öll tölvupóstsamskipti milli starfsmanna Samkeppniseftirlitsins og [A], verksamning hennar, reikninga sem hún hefði sent, sem og afrit af öllum fundargerðum þar sem vinna hennar hefði verið rædd í tengslum við rannsóknina á áfrýjendum. Auk þess var farið fram á að fá afrit af öllum þeim skýrslum, minnisblöðum, samantektum og öðrum vinnugögnum sem orðið hafi til í tengslum við vinnu [A].

Þá kröfðust áfrýjendur þess jafnframt að Samkeppniseftirlitið upplýsti hvaða gögn [A] hefði fengið afhent og hvar hún hafi rannsakað þau sem og undir hvaða þagnarskyldukröfum hún hefði sinnt vinnu sinni.

Þá kröfðust áfrýjendur einnig aðgang að eftirfarandi gögnum:

- i) „Afrit allra fundargerða af mögulegum fundum Samkeppniseftirlitsins og embættis Héraðssaksóknara vegna framangreindrar rannsóknar;
- ii) Afrit allra bréfa- og tölvupóstsamskipta milli embættanna;
- iii) „Sameiginlega rannsóknar- og aðgerðaráætlun“ Samkeppniseftirlitsins og héraðssaksóknara sem vísað var til í kröfu Samkeppniseftirlitsins til héraðsdóms, dags. 3. júní 2014.“

Áfrýjendur byggðu kröfu sína um aðgang að gögnunum á því að fyrrgreind gögn falli hvorki undir undantekningarákvæði 16. gr. stjórnslulaga né 17. gr. sömu laga, sbr. fordæmi þess efnis að samskipti milli tveggja stjórnvalda falli ekki undir slíkar takmarkanir. Þá geti ætlaðir rannsóknarhagsmunir ekki vegið þyngra en hagsmunir áfrýjenda af aðgangi að þessum gögnum, nú þegar yfir fimm ár séu liðin frá því að Samkeppniseftirlitið beindi kæru til embættis héraðssaksóknara.

Samkeppniseftirlitið ákvað að leita eftir sjónarmiðum embættis héraðssaksóknara hvað varðaði þann hluta erindis áfrýjenda er laut að samskiptum Samkeppniseftirlitsins við embættið. Með bréfi embættis héraðssaksóknara til Samkeppniseftirlitsins þann 13. ágúst 2019 lagðist embættið gegn því að umbeðin gögn yrðu afhent. Var áfrýjendum kynnt fyrrgreind umsögn embættis héraðssaksóknara og boðið að tjá sig um efni hennar. Athugasemdir áfrýjenda við afstöðu embættis héraðssaksóknara bárust Samkeppniseftirlitinu þann 5. september 2019.

Með ákvörðun, dags. 30. september 2019, hafnaði Samkeppniseftirlitið kröfu áfrýjenda um aðgang að umbeðnum gögnum. Þar kom m.a. fram að Samkeppniseftirlitið hafi samið við [A] um að hún starfaði hjá stofnuninni að rannsóknarstörfum við rannsókn á ætluðum brotum áfrýjenda og Samskipa. Samningurinn hafi upphaflega verið tímabundinn en síðan verið framlengdur ótímabundið og um leið mælt fyrir um að segja mætti honum upp með þriggja mánaða fyrirvara. Í samningnum sé hvort tveggja mælt fyrir um þagnarskyldu hennar og skyldur við meðferð trúnaðarupplýsinga. Af því leiði m.a. að ákvæði 34. gr. samkeppnislaga taki til hennar.

Á grundvelli fyrrgreinds samnings sé [A] ein af rannsakendum þess teymis sem annist rannsókn Samkeppniseftirlitsins á því hvort áfrýjendur og Samskip hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Hún hafi sitt eigið netfang og heimasvæði á netþjóni Samkeppniseftirlitsins og noti búnað í eigu stofnunarinnar líkt og aðrir rannsakendur í teyminu. Þannig sé gætt að því að öll samskipti og gögn sem stafi frá [A] hafi verið útbúin innan og á vegum Samkeppniseftirlitsins. Að þessu leyti sé staða hennar að öllu leyti hliðstæð stöðu annarra starfsmanna í rannsóknarteymi stofnunarinnar.

Líkt og aðrir í rannsóknarteyminu hafi [A] unnið að rannsókninni undir handleiðslu og á grundvelli fyrirmæla verkefnastjóra rannsóknarinnar. Meðal verkefna teymisins séu skoðun og greining gagna, úrvinnsla eftir slíka skoðun og frekari greining, s.s. samning minnisblaða eða annarra undirbúningsgagna og yfirlstur á efni sem aðrir rannsakendur hafi samið, s.s. draga að fyrri andmælaskjali og þátttaka í rannsóknaraðgerðum samkvæmt 42. gr. samkeppnislaga.

Vinna [A] hafi ekki falist í því að semja sérfræðiálit, minnisblöð eða skýrslur, utan Samkeppniseftirlitsins, sem síðar kynnu að verða lögð til grundvallar endanlegri ákvörðun í málinu. Hvað vinnu við rannsókn málsins varði hafi aðkoma hennar verið sú sama og annarra í rannsóknarteyminu.

Í ákvörðuninni er vísað til þess að samkvæmt 15. gr. stjórnarsýslulaga eigi aðili máls rétt til aðgangs að „*skjölum og öðrum gögnum er mál varða*“. Upplýsingaréttur þessi sé veittur til að tryggja að málsaðili geti nýtt sér andmælarétt sinn samkvæmt 13. gr. laganna. Í málum þar sem til rannsóknar séu ætluð brot fyrirtækja gegn 10.

gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins eigi viðkomandi fyrirtæki rétt á að koma að athugasemdum vegna þeirrar háttsemi sem um ræði og fá aðgang að þeim „gögnum sem máli skiptir“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2015. Réttur til upplýsinga taki aðeins til þeirra gagna sem varða viðkomandi mál og þá séu ákveðnar tegundir gagna undanþegnar þeim rétti. Er í því sambandi vísað til 3. tl. 1. mgr. 16. gr. stjórnssýslulaga þar sem fram komi að vinnuskjöl sem stjórnvald hafi ritað til eigin afnota séu almennt undanþegin upplýsingarétti aðila máls.

Í samræmi við ákvæði 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, sem kveði á um að skýra skuli lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja, hafi ákvæði IV. kafla stjórnssýslulaga verið skýrð með hliðsjón af þeim reglum sem gildi um meðferð samkeppnismála í EES-rétti. Í EES-rétti falli gögn sem tengjast aðeins innri starfsemi samkeppnisfirvalda ekki undir upplýsingarétt aðila máls. Í því sambandi er vísað til reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003 um framkvæmd samkeppnisreglna sem mælt er fyrir um í 81. og 82. gr. sáttmálans, sem hefur verið veitt gildi hér á landi, sbr. reglugerð nr. 811/2006. Í 27. gr. reglugerðarinnar komi m.a. fram að réttur til aðgangs að málsskjölum nái ekki til trúnaðarupplýsinga og innanhússkjala framkvæmdastjórnarinnar eða samkeppnisfirvalda í aðildarríkjunum.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins er vísað til þess að alþekkt sé að samkeppnisfyrvöld ráði verktaka vegna rannsóknar á málum. Þannig teljist t.d. öll samskipti ESA við slíka verktaka til vinnuskjala og séu því ekki afhent málsaðilum, sbr. 14. mgr. reglna ESA um aðgang að málsskjölum. Öðru máli geti gegnt taki verktaki saman sérfræðiskýrslu en þá ráðist aðgangur af því hvort byggt sé á viðkomandi skýrslu í málinu eða ekki.

Þá er vakin athygli á því að reglugerð ESB nr. 1049/2001 sé ætlað að veita einstaklingum og lögaðilum ríkan rétt til aðgangs að gögnum og upplýsingum hjá stofnunum ESB, þ.m.t. framkvæmdastjórninni. Á grundvelli ákvæða reglugerðarinnar hafi fyrirtæki gert kröfu um að fá aukinn aðgang að gögnum í samkeppnismálum hjá framkvæmdastjórninni. Dómstólar ESB hafi hins vegar hafnað að veita aðgang að innanhússkjölum framkvæmdastjórnarinnar m.a. með

vísan til þess að slíkur aðgangur gæti með alvarlegum hætti skaðað ferlið við töku ákvarðana í samkeppnismálum. Þá hafi dómstólar ESB staðfest að almennar löglíkur standi til þess að öll innanhússkjöl falli undir þessa undanþágu og að framkvæmdastjórnin þurfi því ekki að taka afstöðu til hvers og eins innanhússkjal í viðkomandi máli þegar beiðni um aðgang sé sett fram. Aðgangur geti hins vegar verið veittur að slíkum innanhússkjölum ef sá sem beiðist þeirra sanni að brýnir almannahagsmunir krefjist þess.

Í hinni kærðu ákvörðun var talið að samningur Samkeppniseftirlitsins við [A] og reikningar sem hún hafi sent eftirlitinu á grundvelli hans geti ekki talist til gagna málsins í skilningi 15. gr. stjórnsýslulaga. Kröfu áfrýjenda um aðgang að þeim gögnum var því hafnað. Þá kom fram að vinna [A] fyrir Samkeppniseftirlitið væri sama eðlis og vinna annarra rannsakenda í rannsóknarteyminu og að líta bæri á samskipti hennar við aðra í teyminu og vinnuskjöl hennar sem hluta af innri starfsemi eftirlitsins. Vinna hennar hafi ekki falist í því að semja sérfræðiskýrslur sem lagðar verði fram í málinu, t.d. sem lið í sönnun á ætluðu broti. Gögn sem stafi frá henni séu þannig til eigin nota Samkeppniseftirlitsins og til undirbúnings niðurstöðu í málinu með sama hætti og sams konar vinnuskjöl starfsmanna eftirlitsins. Í ljósi þess að þau samskipti og gögn sem tengjast [A] séu af sama meiði og samskipti og gögn sem tengjast öðrum rannsakendum í rannsóknarteyminu, sé ekki unnt að veita áfrýjendum aðgang að þeim. Upplýsingaréttur áfrýjenda geti ekki tekið til innanhússtölvupósta, minnisblaða til eigin nota eða annarra vinnuskjala [A] sem hún hafi ritað eða lesið yfir við framangreinda vinnu innan Samkeppniseftirlitsins. Um sé að ræða gögn sem varði innri starfsemi Samkeppniseftirlitsins og aðgangur málsaðila að gögnum af þeim toga sé til þess fallinn að skaða möguleika Samkeppniseftirlitsins til að rannsaka mál með skilvirkum hætti og taka vandaðar ákvarðanir. Samkvæmt því verði að hafna kröfum áfrýjenda um aðgang að umbeðnum gögnum.

Varðandi aðgang að gögnum er snúa að samskiptum Samkeppniseftirlitsins við embætti héraðssaksóknara vísar Samkeppniseftirlitið m.a. til þess að embætti héraðssaksóknara hafi lagst gegn því að þessi gögn yrðu afhent og er tekið undir þau sjónarmið. Bent sé á að embætti héraðssaksóknara sé eingöngu með til rannsóknar ætluð brot starfsmanna áfrýjenda gegn samkeppnislögum en ekki ætluð brot áfrýjenda. Því verði gögnin ekki afhent áfrýjendum enda útilokað að

áfrýjendur geti átt ríkari rétt til aðgangs að þessum gögnum en sakborningar málsins. Ákvæði 15. gr. stjórnsýslulaga geti ekki varðað aðgang að gögnum úr máli sem varði þriðja mann.

Þá er bent á að ef fallist yrði á rétt aðila að máli hjá Samkeppniseftirlitinu til að fá aðgang að samskipta- og vinnugögnum lögreglu við Samkeppniseftirlitið myndi það fyrirsjáanlega torvela lögbundið samstarf lögreglu og ákærvalds við Samkeppniseftirlitið, sbr. 42. gr. samkeppnislaga, enda verði að geta ríkt trúnaður um starfsaðferðir og samskipti lögreglu við aðrar stofnanir við rannsóknir mála. Ríkir almannahagsmunir felist í því að umræddar tvær stofnanir geti haft með sér samstarf á grundvelli 42. gr. samkeppnislaga við rannsóknir mála. Þeir hagsmunir hljóti að veða þyngra en hagsmunir áfrýjenda af því að fá aðgang að þeim gögnum sem krafa þeirra beinist að, sbr. 17. gr. stjórnsýslulaga.

Samkeppniseftirlitið benti jafnframt á að áfrýjendur hefðu þegar fengið afrit af öllum bréfaskiptum Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðssaksóknara sem varða umrædda sakamálarannsókn.

Vísað er til þess í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að samkeppnislög geri ráð fyrir að rannsókn í stjórnsýslumáli vegna ætlaðra brota á samkeppnislögum og rannsókn lögreglu vegna ætlaðra refsiverða brota einstaklinga geti átt sér stað samhliða. Í lögunum sé gert ráð fyrir að Samkeppniseftirlitið annars vegar og lögregla og ákærvald hins vegar hafi með sér samvinnu við rannsókn slíkra mála. Þannig sé gert ráð fyrir að gögn og upplýsingar geti farið óhindrað á milli þessara aðila og er Samkeppniseftirlitinu veitt skýr heimild til þess að taka þátt í rannsóknaraðgerðum lögreglu og öfugt, sbr. 5. og 6. mgr. 42. gr. samkeppnislaga.

Í ákvörðuninni kemur fram að þau gögn sem áfrýjendur hafi óskað eftir aðgangi að séu byggð á samvinnu Samkeppniseftirlitsins og lögreglu samkvæmt 42. gr. samkeppnislaga. Forsenda slíkrar samvinnu sé að hún geti átt sér stað án þess að vinnuskjöl og samskipti stofnananna séu gerð opinber. Afhending þeirra geti ekki samræmst vilja löggjafans um samstarf í réttarvörslukerfinu og því að alvarleg brot gegn samkeppnislögum verði upplýst. Kröfu áfrýjenda var því hafnað með vísan til 17. gr. stjórnsýslulaga, sbr. einnig 1. mgr. 42. gr. a samkeppnislaga.

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 24. október 2019. Athugasemdir áfrýjenda við greinargerðina bárust 6. nóvember 2019 og svar Samkeppniseftirlitsins við þeim barst 13. nóvember 2019.

Á fundi áfrýjunarnefndar samkeppnismála þann 27. nóvember 2019 var ákveðið að óska eftir því við Samkeppniseftirlitið að það léti nefndinni í té, í trúnaði, afrit af þeim gögnum sem Samkeppniseftirlitið teldi að beiðni áfrýjenda tæki til og sem synjað var afhendingu á með hinni kærðu ákvörðun. Svör Samkeppniseftirlitsins bárust áfrýjunarnefnd þann 20. desember 2019 og 20. janúar 2020.

Uppkvaðning úrskurðar hefur dregist hjá áfrýjunarnefndinni m.a. vegna gagnaöflunar og umfangs málsins að öðru leyti svo og vegna veikinda nefndarmanna.

IV

Röksemdir málsaðila

Málsástæður og lagarök áfrýjenda

Áfrýjendur byggja á því að réttur þeirra til aðgangs að hinum umbeðnu gögnum sé tryggður með 15. gr. stjórnslulaga sem veiti aðila stjórnslumáls víðtækan rétt til að fá öll gögn máls og ber að skýra allar undantekningar frá þeim rétti þröngt. Telja áfrýjendur að þær undantekningarheimildir sem vísað sé til í hinni kærðu ákvörðun eigi ekki við um beiðni áfrýjenda. Samkvæmt fyrrgreindu lagaákvæði eigi aðili máls rétt á að kynna sér öll skjöl og gögn í stjórnslumáli. Þessi réttur verði virkur þegar í upphafi stjórnslumáls, enda liggi fyrir að stjórnvald hafi aflað tiltekinna gagna eða upplýsinga. Er það auk þess í samræmi við þá meginreglu að andmælaréttur málsaðila hefjist þegar við upphaf stjórnslumáls. Almennt eigi áfrýjendur því rétt til aðgangs að hinum umbeðnu gögnum, jafnt á grundvelli almenns réttar þeirra til aðgangs að öllum gögnum máls, sbr. 15. gr. stjórnslulaga, sem og á grundvelli andmælaréttar síns, sbr. 13. gr. sömu laga.

Áfrýjendur benda á að samskipti við utanaðkomandi ráðgjafa/verktaka falli ekki undir þá reglu sem fram komi í 3. tl. 1. mgr. 16. gr. stjórnslulaga um að réttur

aðila máls til aðgangs að gögnum taki ekki til vinnuskjala sem stjórnvald hafi ritað til eigin afnota. Þegar lagt sé mat á það hvort skjal teljist vera vinnuskjal í skilningi ákvæðisins sé einkum haft til hliðsjónar hvort skjalið hafi að geyma vangaveltur stjórnvalds um meðferð eða úrlausn máls án þess þó að um endanlega ákvörðun sé að ræða. Almennt sé gengið út frá því að þrjú skilyrði þurfi að vera uppfyllt til þess að gögn teljist vinnuskjöl í skilningi fyrrgreinds ákvæðis, í fyrsta lagi að starfsmenn viðkomandi stjórnvalds hafi tekið skjalið saman, í öðru lagi að skjalið sé til eigin nota og í þriðja lagi að skjalið sé notað með sama hætti og vinnuskjöl séu almennt notuð. Það sé frumskilyrði samkvæmt fyrrgreindu lagaákvæði að starfsmenn viðkomandi stjórnvalds hafi tekið saman slík skjöl, en með starfsmönnum sé einvörðungu átt við launþega en ekki verktaka. Þannig liggi skýrt fyrir að gögn varðandi samskipti við verktaka teljist við engar aðstæður til vinnuskjala samkvæmt fyrrgreindu lagaákvæði og breyti þá engu með hvaða hætti verktakinn starfi í þágu stjórnvaldsins enda séu lögskýringagögn skýr hvaða þetta varðar, sbr. m.a. úrskurðir Úrskurðarnefndar um upplýsingamál í málum nr. 566/2015, 542/2014, 789/2019, A-407/2012 og A-39/1998.

Áfrýjendur vísa til þess að stjórnarsýslulög feli í sér lágmarksréttindi til handa borgurunum. Þannig sé í stjórnarsýslulögum kveðið á um lágmarkskröfur innan stjórnarsýslunnar. Réttarreglur á öðrum sviðum sem geri minni eða vægari kröfur til stjórnarsýslunnar, og veiti þannig aðilum máls minna réttaröryggi, víki fyrir ákvæðum stjórnarsýslulaga. Málsmeðferðarreglur EB-réttar séu um margt ólíkar íslenskum málsmeðferðarreglum, og sé í engu vikið að því í gildandi réttarheimildum að túlka eigi hinar íslensku til samræmis. Jafnvel þó það væri gert, væri það aðeins heimilt að því marki sem þær myndu veita aðilum máls ríkari rétt sem leiði til aukins réttaröryggis.

Áfrýjendur benda á að óumdeilt sé að [A] hafi starfað sem verktaki á vegum Samkeppniseftirlitsins. Hún hafi ekki verið ráðin til starfa sem starfsmaður Samkeppniseftirlitsins á grundvelli 42. gr. laga nr. 70/1996 og þá hafi hún hvorki verið sett né skipuð í embætti hjá stofnuninni. Hún sé ekki á launaskrá heldur hafi sent stofnuninni reikninga fyrir unna tíma. Þessa reikninga megi sjá á vefsvæðinu www.opnirreikningar.is. Af því leiði að hún teljist ekki starfsmaður stofnunarinnar í skilningi laga og því geta gögn sem stafa frá henni sem verktaka ekki talist til

vinnuskjala í skilningi 3. tl. 1. mgr. 16. gr. stjórnssýslulaga. Þegar af þeirri ástæðu beri að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi og afhenda áfrýjendum umbeðin gögn.

Samkvæmt framansögðu eigi áfrýjendur skýlausan rétt á grundvelli stjórnssýslulaga til aðgangs á hinum umbeðnu samskiptum og gögnum frá [A], og þennan rétt áfrýjenda sé óheimilt að þrengja með vísan til ólögfesta málsmeðferðarreglna EES-/EB-réttar. Benda áfrýjendur í því sambandi á að undir rekstri mála áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17/2009 og 3/2010 hafi Samkeppniseftirlitið byggt synjun stofnunarinnar um aðgang að gögnum máls á reglum EES/EB réttar og vísað til þess að túlka bæri stjórnssýslulög og reglur Samkeppniseftirlitsins um aðgang að gögnum með hliðsjón af þeim. Þeim röksemdum hafi hins vegar verið hafnað af dómstólum, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 72/2011 þar sem einvörðungu hafi verið vísað til íslenskra laga og í engu tekið undir röksemdir Samkeppniseftirlitsins um þýðingu EES-/EB-réttar.

Þá vísa áfrýjendur til þess að það vinnulag Samkeppniseftirlitsins sem lýst sé í hinni kærðu ákvörðun, þ.e. að [A] starfi á einhvern hátt sem „hluti af rannsóknarteymi” Samkeppniseftirlitsins líkt og hver annar starfsmaður, sé í engu samræmi við það verklag sem viðhaft sé við rannsókn mála í EES-/EB-samkeppniserétti og tilvitnaðar réttarheimildir í hinni kærðu ákvörðun taki mið af. Þannig taki þær allar mið af því að um sé að ræða einstök álit utanaðkomandi ráðgjafa sem aflað sé undir rekstri máls. Afstaða Samkeppniseftirlitsins fái því enga stoð í þeim reglum jafnvel þó þýðingu hefðu.

Hvað varðar rétt áfrýjenda til aðgangs að gögnum er varða samskipti Samkeppniseftirlitsins og embætti héraðssaksóknara þá hafna áfrýjendur því að undantekningarákvæði 17. gr. stjórnssýslulaga eigi við í málinu. Í því ákvæði sé kveðið á um þrönga undantekningu frá rétti aðila máls til aðgangs að gögnum þess. Samkvæmt ákvæðinu þurfa ríkir almannahagsmunir að vera fyrir hendi sem vegi þyngra en hagsmunir aðila máls af því að kynna sér gögn máls. Ákvæðið kveði skýrt á um það að því beri einungis að beita í algjörum undantekningartilvikum.

Áfrýjendur telja hagsmuni sína af því að fá að aðgang að gögnunum vera mikla. Þeir hafi sætt gríðarlega íþyngjandi rannsókn í um áratug og verið bornir þungum sökum sem geti varðað verulega íþyngjandi viðurlögum. Hagsmunir áfrýjenda séu

Því afar ríkir, enda verði þeir m.a. að geta kynnt sér öll gögn málsins til að geta gengið úr skugga um lögmæti rannsóknarinnar og að ekki hafi verið brotið gegn réttindum þeirra við hana.

Þá benda áfrýjendur á að með almannahagsmunum í skilningi stjórnarsýslulaga sé átt við afar þröngan flokk heimilda, s.s. ef um sé að ræða gögn sem lúti að öryggi ríkisins, vörnum landsins og samskipti við erlend ríki og fjölþjóðastofnanir. Samskipti Samkeppniseftirlitsins við embætti héraðssaksóknara falli ekki í þann flokk. Það sé engin meginregla að samskipti tveggja eftirlitsstjórnvalda séu háð leynd líkt og virðist byggt á í hinni kærðu ákvörðun heldur þvert á móti og megi í því sambandi m.a. í dæmaskyni vísa til afhendingar lögreglustjórans á höfuðborgarsvæðinu á gögnum lekamáls sem rannsakað var undir rekstri þessa máls.

Þá telja áfrýjendur ólögmætt að byggja synjun á því að tiltekinn flokkur gagna, s.s. öll samskipti Samkeppniseftirlitsins og embætti héraðssaksóknara, falli sjálfkrafa undir 17. gr. stjórnarsýslulaga, án þess að hvert og eitt skjal sé metið m.t.t. framangreinds hagsmunamats. Þessi skylda til mats sé hunsuð í hinni kærðu ákvörðun. Eigi að takmarka aðgang áfrýjenda á grundvelli 17. gr. stjórnarsýslulaga með tilliti til almannahagsmuna, þurfi áfrýjunarnefndin að taka afstöðu til sérhvers skjals og hluta þess. Eingöngu beri að synja um aðgang að þeim tilteknu hlutum þar sem sýnileg hættu sé á því að almannahagsmunir bíði umtalsvert tjón ef aðgangur að þeim tiltekna hluta hins tiltekna skjals sé veittur, og þá aðeins að sú hættu vegi mun þyngra en þeir ríku hagsmunir áfrýjenda að aðgangi að öllum gögnum málsins.

Áfrýjendur vekja sérstaka athygli á kröfu þeirra um aðgang að þeirri „*Sameiginlegu rannsóknar- og aðgerðaráætlun*” Samkeppniseftirlitsins og héraðssaksóknara sem vísað var til í kröfu Samkeppniseftirlitsins til héraðsdóms 3. júní 2014. Áfrýjendur hafi fært fyrir því rök að engin slík ætlun hafi verið til staðar þann dag og Samkeppniseftirlitið hafi þannig veitt héraðsdómi rangar upplýsingar í því skyni að fá húsleitarúrskurð. Áfrýjendur hafi augljósa hagsmuni af því að upplýsa þetta atriði í því skyni að láta reyna á réttarstöðu sína. Stjórnvöld geti ekki haft ríkari hagsmuni af leynd þessa skjals, sé það til. Þvert á móti verði vart öðru trúað en þegar hafi verið gripið til þeirra rannsókna og aðgerða sem

áætlaðar voru samkvæmt hinni meintu áætlun. Engin sýnileg hættu geti verið á því að tjón sé yfirvofandi verði áfrýjendum nú veittur aðgangur að þessu skjali. Við fyrrgreint hagsmunamat verði að meta hvort sýnilegt tjón sé í dag á að aðgangur verði veittur að sérhverjum hluta sérhvers skjals. Almannahagsmunir kunni í einhverjum tilvikum að hafa verið fyrir hendi hvað tiltekin skjöl varðar við upphaf rannsóknar en þeir séu fallnir niður nú mörgum árum síðar.

Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið telur að óskýlt sé að afhenda áfrýjendum vinnuskjöl sem rituð séu af eftirlitinu til eigin nota, sbr. 3. tölulið 1. mgr. 16. gr. stjórnslulaga. Í samningi þeim sem Samkeppniseftirlitið gerði við [A] sé tekið fram að störf hennar teljist „*hluti af innra starfi Samkeppniseftirlitsins og [að] gögn sem tengjast starfinu [teljist] til vinnuskjala skv. 16. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993*“. Þá sé í samningnum kveðið á um þagnarskyldu hennar, sbr. 34. gr. samkeppnislaga. Að því er snerti störf [A] við rannsókn Samkeppniseftirlitsins sé enginn munur á störfum hennar og störfum annarra rannsakenda. [A] starfi við hlið annarra rannsakenda og vinni samkvæmt fyrirmælum og undir handleiðslu verkefnastjóra. Hún noti tölvubúnað í eigu Samkeppniseftirlitsins og hefur vistað þar vinnuskjöl og átt samskipti við verkefnastjóra og aðra rannsakendur í gegnum netfang sem henni hafi verið úthlutað á netþjóni stofnunarinnar. Eftir gildistöku laga nr. 71/2019 nái 4. og 5. mgr. 42. gr. stjórnslulaga einnig til [A].

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að það hafi farið yfir þau gögn sem [A] hafi útbúið eða lesið yfir og þau samskipti sem hún hafi átt við samstarfsmenn sína hjá eftirlitinu í gegnum það netfang sem henni hafi verið úthlutað og sem vistað séu á netþjóni eftirlitsins. Að mati Samkeppniseftirlitsins sé engum vafa undirorpið að í öllum tilvikum sé um að ræða vinnuskjöl „*sem stjórnvald hefur ritað til eigin afnota*“ í skilningi 3. töluliðar 1. mgr. 16. gr. stjórnslulaga enda sé um að ræða samskipti innan stofnunarinnar og skjöl sem séu samin innan og á vegum stofnunarinnar. Séu engin rök til að líta svo á að umrædd gögn falli undir upplýsingarétt áfrýjenda á þeirri forsendu að [A] hafi sent reikninga fyrir störf sín enda í öllum tilvikum um að ræða vinnuskjöl sem hafi verið rituð á vegum Samkeppniseftirlitsins til eigin nota þess. Verði að hafa þetta í huga þegar litið sé til lögskýringargagna um að álitgerðir og skýrslur verktaka teljist ekki til

vinnuskjala í framangreindum skilningi. [A] hafi ekki samið slíkar álitserðir eða skýrslur. Þannig hafi sérstaklega verið gætt að því að samskiptin ættu sér öll stað innan Samkeppniseftirlitsins og að gögn væru útbúin innan eftirlitsins og á vegum þess. Þau störf sem [A] hafi leyst af hendi hafi því ekki falið í sér störf utanaðkomandi sérfræðings.

Bent sé á að ráðið verði af athugasemdum með frumvarpi því sem varð að stjórnarsýslulögum að ákvæði 3. tl. 1. mgr. 16. gr. laganna sé ætlað að tryggja að skjöl sem samin séu á vegum stjórnvalda og hafi að geyma „*vangaveltur um mál, uppkast að svári eða útskýringar á staðreyndum og kunna síðar að breytast við nánari skoðun*“ séu undanþegin upplýsingarétti aðila máls. Þessi sjónarmið eigi við um þau gögn sem áfrýjendur hafi óskað eftir að fá aðgang að varðandi störf [A] fyrir Samkeppniseftirlitið.

Samkeppniseftirlitið telur að við mat á því hvort þau skjöl og samskipti sem vistuð séu á netþjóni stofnunarinnar teljist til vinnuskjala í skilningi 3. tölul. 1. mgr. 16. gr. stjórnarsýslulaga verði að gæta að því að markmið undanþágunnar í ákvæðinu sé að tryggja stjórnvöldum nauðsynlegt svigrúm til að vanda undirbúning að töku ákvörðunar. Jafnframt verði að líta til þess að gögnin hafi ekki sönnunargögn um ætlað brot áfrýjenda. Aðgangur áfrýjenda að gögnunum hafi þess vegna enga þýðingu fyrir áfrýjendur ef þeir ákveða að nýta sér andmælarétt sinn með því að gera athugasemdir við síðara andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins í málinu.

Vegna tilvísunar áfrýjenda til úrskurða úrskurðarnefndar um upplýsingamál telur Samkeppniseftirlitið að enginn þessara úrskurða fjalli um sambærilegt tilvik og það sem hér sé til úrlausnar og því verði ekki vísað til þeirra sem fordæma við úrlausn þessa máls.

Samkeppniseftirlitið áréttar að í 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið komi fram að skýra skuli lög og reglur, að svo miklu leyti sem við eigi, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggji. Í samræmi við þetta hafi áfrýjunarnefndin m.a. í úrskurðum í málum nr. 7/2013 og 8/2013 tekið fram að taka skuli tillit til þeirra sjónarmiða sem evrópskur samkeppniseréttur hafi mótað um upplýsinga- og andmælarétt aðila máls.

Vegna staðhæfingar áfrýjenda um að það vinnulag Samkeppniseftirlitsins sem lýst sé í hinni kærðu ákvörðun sé í engu samræmi við það verklag sem viðhaft sé við rannsókn mála í EES-/EB-samkeppnisrétti, áréttar Samkeppniseftirlitið að [A] hafi ekki starfað sem utanaðkomandi ráðgjafi fyrir Samkeppniseftirlitið. Þvert á móti hafi hún starfað náið með öðrum rannsakendum í rannsóknarteymi stofnunarinnar. Í samkeppnislögum sé ekkert sem komi í veg fyrir að Samkeppniseftirlitið stuðli að skilvirkri rannsókn mála með þessum hætti.

Hvað varðar kröfu áfrýjenda um afhendingu gagna er varða samvinnu og samskipti Samkeppniseftirlitsins við embætti héraðssaksóknara telur Samkeppniseftirlitið að óskýlt sé að afhenda þessi gögn með vísan til 17. gr. stjórnsýslulaga sbr. 1. mgr. 42. gr. a samkeppnislaga. Vísar Samkeppniseftirlitið til þess að líta verði til þess að þau gögn sem um ræði séu tilkomin vegna lögmæltrar samvinnu stofnunarinnar við embætti héraðssaksóknara í samræmi við ákvæði 42. gr. samkeppnislaga. Eðli málsins samkvæmt sé forsenda þeirrar samvinnu að samskipti og vinnuskjöl í tengslum við hana verði ekki gerð opinber. Augljós hætta sé á því að almannahagsmunir bíði umtalsvert tjón verði aðgangur veittur að slíkum gögnum en með því væri fótunum kippt undan samvinnunni. Til að þessi samvinna skili árangri, til framtíðar litið, verði að ríkja trúnaður um þau gögn sem verði til í tengslum við hana, a.m.k. þar til rannsókn Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðssaksóknara sé lokið. Ríkir almannahagsmunir séu tengdir því að takmarka aðgang að þessum gögnum og megi í því sambandi hafa hliðsjón af niðurstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2017. Samkeppniseftirlitið áréttar að í samræmi við úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi áfrýjendur nú þegar fengið afhent öll bréfasamskipti Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðssaksóknara.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áður en hin kærða ákvörðun var tekin hafi þau gögn sem kröfur áfrýjenda beinast að verið yfirfarin og að lokinni þeirri yfirferð hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að ekki væri rétt að afhenda gögnin þar sem hagsmunir áfrýjenda af því að nýta sér upplýsingar úr þeim ættu að víkja fyrir mun ríkari almannahagsmunum. Í hinni kærðu ákvörðun sé gögnunum lýst og ákveðnar upplýsingar veittar og þótt gögnunum sé þar skipt í ákveðna flokka breyti það ekki

því að Samkeppniseftirlitið hafi metið hvert og eitt gagn með tilliti til þeirra hagsmuna sem um ræði.

Samkeppniseftirlitið telur að hagsmunir almennings af því að upplýst verði um ætluð alvarleg samráðsbrot séu mun ríkari en hagsmunir áfrýjenda af því að fá vitneskju um samvinnu stofnunarinnar og embættis héraðssaksóknara. Við mat á þeim hagsmunum sem tengist því að halda þessum gögnum leyndum verði að hafa í huga að sakborningar í þeirri rannsókn sem héraðssaksóknari framkvæmi eigi ekki rétt á umræddum gögnum. Eðli málsins samkvæmt séu því ríkir almannahagsmunir tengdir því að þeim fyrirtækjum, þar sem sakborningar starfi eða hafi starfað, sé ekki veittur aðgangur að gögnum sem verjendur sakborninga fái ekki aðgang að á grundvelli 37. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að hagsmunir áfrýjenda af því að notfæra sér upplýsingar úr rannsóknar- og aðgerðaráætlun Samkeppniseftirlitsins og lögreglu gangi framur mun ríkari almannahagsmunum um að trúnaður ríki um slík vinnuskjöl eftirlitsins og lögreglu. Í því sambandi verði ekki séð að það hafi þýðingu á hvaða tímapunkti slík undirbúnings- og vinnuskjöl séu undirbúin. Forsenda fyrir lögbundnu réttarvörslukerfi ætlaðra alvarlegra samráðsbrot sé að Samkeppniseftirlitið og embætti héraðssaksóknara geti átt í samvinnu samkvæmt 42. gr. samkeppnislaga án þess að starfshættir, vinnuskjöl og samskipti verði gerð opinber. Þá verði einnig að horfa til þess að embætti héraðssaksóknara leggst gegn því að áfrýjendum verði veittur aðgangur að gögnunum, þ. á m. umræddri rannsóknar- og aðgerðaráætlun.

Samkeppniseftirlitið áréttar að í málum þar sem til rannsóknar séu ætluð brot fyrirtækja gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins eigi viðkomandi fyrirtæki rétt á að koma að athugasemdum vegna þeirrar háttsemi sem um ræði og að fá aðgang að þeim gögnum sem máli skipta, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2017. Áðurnefnd rannsóknar- og aðgerðaráætlun Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðssaksóknara, sé vinnuskjal sem hafi ekki að geyma upplýsingar um atvik málsins eða lagasjónarmið sem byggt verði á ef til ákvörðunar komi í málinu. Þá feli skjalið ekki í sér viðbótarrannsókn eða gagnaöflun af hálfu Samkeppniseftirlitsins.

Samkeppniseftirlitið telur sýnilega hættu vera á að það traust sem ríki milli eftirlitsins og lögreglu muni bíða verulegt óafturkræft tjón, bæði í undirliggjandi rannsókn og til framtíðar litið í öðrum málum, ef umrædd gögn verði afhent á rannsóknarstigi stjórnslumálsins.

V

Niðurstaða

1

Í máli þessu er deilt um aðgang áfrýjenda að tilteknum gögnum er varða mál sem Samkeppniseftirlitið hefur til rannsóknar og varðar ætluð brot áfrýjenda á samkeppnislögum. Áfrýjendur gera annars vegar kröfu um að fá aðgang að ákveðnum gögnum sem varða störf [A] fyrir Samkeppniseftirlitið vegna fyrrgreindrar rannsóknar og hins vegar tilgreindum gögnum er varða samskipti og samstarf Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðssaksóknara (áður embættis sérstaks saksóknara) vegna rannsóknarinnar.

Til stuðnings kröfu sinni um aðgang að umbeðnum gögnum vísa áfrýjendur fyrst og fremst til meginreglu 15. gr. stjórnslulaga þar sem aðila máls er tryggður víðtækur réttur til aðgangs að skjölum og öðrum gögnum er mál hans varðar og í því sambandi benda áfrýjendur jafnframt á að skýra beri allar undantekningar frá fyrrgreindri meginreglu þröngt.

Samkeppniseftirlitið hefur með hinni kærðu ákvörðun synjað áfrýjendum um aðgang að umbeðnum gögnum. Hefur Samkeppniseftirlitið vísað til þess að þau gögn sem varði störf [A] fyrir Samkeppniseftirlitið séu undanþegin upplýsingarétti aðila máls annars vegar með vísan til þess að um sé að ræða vinnuskjöl í skilningi 3. tl. 1. mgr. 16. gr. stjórnslulaga og hins vegar að um sé að ræða gögn sem geti ekki talist til gagna málsins í skilningi 15. gr. stjórnslulaga. Varðandi synjun á aðgangi að gögnum um samvinnu og samskipti Samkeppniseftirlitsins við embætti héraðssaksóknara er vísað til undantekningarreglu 17. gr. stjórnslulaga og 42. gr. a samkeppnislaga.

2

Samkvæmt 15. gr. stjórnslulaga á aðili máls rétt á að fá aðgang að skjölum og öðrum gögnum er varða mál hans hjá stjórnvöldum. Í stjórnslulögum eru lögfestar ákveðnar undantekningar frá áður nefndri meginreglu 15. gr. laganna um rétt aðila máls til aðgangs að gögnum máls. Í 16. gr. laganna er að finna upptalningu á þeim gögnum sem undanskilin eru aðgangi aðila máls. Því til viðbótar geta stjórnvöld undir vissum kringumstæðum takmarkað aðgang aðila að gögnum máls á grundvelli 17. gr. sömu laga, þ.e. þegar hagsmunir aðila máls af því að notfæra sér vitneskju úr gögnunum þykja eiga að víkja fyrir mun ríkari almanna- eða einkahagsmunum.

Samkvæmt 3. tl. 1. mgr. 16. gr. stjórnslulaga eru vinnuskjöl sem stjórnvald hefur ritað til eigin afnota undanþegin aðgangi aðila máls. Þó á aðili máls rétt til aðgangs að þeim vinnuskjölum sem hafa að geyma endanlega ákvörðun um afgreiðslu máls eða upplýsingar sem ekki verður aflað annars staðar frá. Markmiðið með fyrrgreindu ákvæði um að undanþiggja vinnuskjöl frá upplýsingarétti aðila máls er m.a. til að gefa stjórnvöldum ákveðið svigrúm til að veita og meta mál sem er til meðferðar og leggja drög að úrlausn þess án þess að eiga það á hættu að drög eða uppkast að niðurstöðu þess verði gert opinbert.

Vinnuskjöl hafa verið skilgreind með þeim hætti að þar sé fyrst og fremst um að ræða skjöl sem hafi að geyma vangaveltur stjórnvalds um meðferð eða úrlausn máls án þess að um endanlega ákvörðun sé að ræða. Þannig teljast til vinnuskjala m.a. þau skjöl sem hafa að geyma uppkast eða drög að bréfi eða tillögum að úrlausn máls. Almennt hefur verið talið að þrjú megin skilyrði þurfi að vera til staðar svo skjal geti talist vinnuskjal í skilningi fyrrgreinds lagaákvæðis. Fyrir það fyrsta þurfa starfsmenn viðkomandi stjórnvalds að hafa tekið skjalið saman, í annan stað þarf stjórnvaldið að hafa ritað það eingöngu til eigin afnota og í þriðja lagi þarf skjalið að vera notað með sama hætti og vinnuskjöl eru almennt notuð við meðferð mála.

Í 17. gr. stjórnslulaga er eins og áður hefur komið fram mælt fyrir um þrönga undantekningu frá þeirri meginreglu að málsaðili eigi rétt á að kynna sér gögn máls.

Í 42. gr. a samkeppnislaga er tekið fram að Samkeppniseftirlitinu sé heimilt að takmarka aðgang málsaðila að gögnum sem tengjast rannsókn á meintum refsiverðum brotum á samkeppnislögum ef hættu er á að slíkur aðgangur torveldi rannsókn. Þeirri takmörkun skal þó ávallt aflétt tímanlega áður en Samkeppniseftirlitið tekur endanlega ákvörðun í viðkomandi máli. Eins og í tilviki 17. gr. stjórnáráðslulaga er hér um að ræða matskennda undantekningarreglu sem ber að túlka þröngt. Mat þarf að fara fram á þeirri hættu sem aðgangur að gögnunum eða upplýsingum sem um ræðir geti torvelað rannsókn áður en tekin er ákvörðun um hvort synja beri beiðni um aðgang að gögnum á grundvelli þessa ákvæðis, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2014.

3

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fór þess á leit við Samkeppniseftirlitið að nefndinni yrðu afhent í trúnaði, afrit þeirra gagna sem beiðni áfrýjenda tæki til og sem synjað var afhendingu á með hinni kærðu ákvörðun.

Í svörum Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar kom m.a. fram að engar fundargerðir væru fyrirleggjandi hjá Samkeppniseftirlitinu þar sem störf [A] í tengslum við rannsókn á máli áfrýjenda hafi verið rædd. Þá kom einnig fram að ekki hefðu verið færðar fundargerðir um fundi Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðssaksóknara (áður embætti sérstaks saksóknara) vegna fyrrgreindrar rannsóknar.

Í hinni kærðu ákvörðun frá 30. september 2019 er í engu vikið að því að umbeðnar fundargerðir séu ekki til. Að mati áfrýjunarnefndar hefði verið ástæða til þess að upplýsa áfrýjendur um það en beiðni þeirra var skýr og ekki fór á milli mála hvaða gögn þeir voru að óska eftir aðgangi að. Gerir áfrýjunarnefndin athugasemdir við að Samkeppniseftirlitið skuli fyrst hafa veitt fyrrgreindar upplýsingar við meðferð málsins hjá nefndinni.

Þá hefur komið fram af hálfu Samkeppniseftirlitsins að stofnunin hafi nú þegar afhent áfrýjendum afrit af öllum bréfasamskiptum stofnunarinnar og embættis héraðssaksóknara er varða rannsókn þess máls sem snýr að áfrýjendum. Er í því sambandi vísað til gagna nr. 45-48, 89-90 og 234-235 á gagnalista

Samkeppniseftirlitsins sem fylgdi með fyrra andmælaskjali stofnunarinnar, dags. 6. júní 2018.

Með vísan til framangreinds er kröfu áfrýjenda um afhendingu fundargerða samkvæmt stafliðum A.iv og B.i svo og kröfu þeirra um afhendingu bréfasamskipta Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðssaksóknara samkvæmt staflið B.ii vísað frá áfrýjunarnefndinni.

4

Samkeppniseftirlitið gerði sérstakan samning við [A] 30. ágúst 2017. Samningurinn ber yfirskriftina *Verksamningur* en í honum kemur fram að [A] taki að sér greiningu og rannsóknarstörf á vegum Samkeppniseftirlitsins við rannsókn á ætluðum brotum Eimskips og Samskipa. Frekari skilgreiningu á verkinu eða tilhögun þess var ekki að finna í samningnum, s.s. hvort henni væri ætlað að vinna undir stjórn einhvers hjá stofnuninni eða í samstarfi við aðra, hvernig vinnutíma hennar skyldi háttað eða hvort hún ætti sjálf að leggja til búnað eða aðstöðu til verksins. Í samningnum var hins vegar sérstaklega tekið fram að störf [A] væru hluti af innra starfi Samkeppniseftirlitsins og gögn sem tengdust starfinu teldust til vinnuskjala samkvæmt 16. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Á grundvelli samningsins gaf [A] út reikninga til Samkeppniseftirlitsins vegna þeirrar vinnu sem hún hafði innt af hendi við áður nefnda rannsókn.

Samkeppniseftirlitið hefur vísað til þess að þrátt fyrir að gerður hafi verið verksamningur við [A] um störf hennar í þágu rannsóknarinnar hafi í raun enginn munur verið á störfum hennar og annarra rannsakenda sem unnið hafa að fyrrgreindri rannsókn á máli áfrýjenda. Þannig hafi [A] starfað samkvæmt fyrirmælum og undir handleiðslu verkefnisstjóra og starfað við hlið annarra rannsakenda að rannsókn málsins. Vinna hennar hafi ekki falist í því að semja sérfræðiálit, minnisblöð eða skýrslur utan Samkeppniseftirlitsins, sem síðar kynnu að verða lögð til grundvallar endanlegri ákvörðun í málinu. Vinna hennar hafi eins og annarra í rannsóknarteyminu falist í skoðun og greiningu gagna, úrvinnslu og yfirllestri gagna, samningu minnisblaða og annarra undirbúningsgagna í samvinnu við aðra sem unnu að rannsókninni. Þá hafi [A] haft sitt eigið netfang hjá stofnuninni og heimasvæði á netþjóni Samkeppniseftirlitsins og notað búnað í eigu stofnunarinnar með líkum hætti og starfsmenn Samkeppniseftirlitsins sem komið

hafa að rannsókn málsins af hálfu stofnunarinnar. Gætt hafi verið að því að öll samskipti hennar við verkefnisstjóra og aðra rannsakendur svo og gögn sem frá henni hafi stafað væru útbúin innan Samkeppniseftirlitsins og vistuð á netþjóni stofnunarinnar.

Eins og áður segir hefur verið gengið út frá því að eitt af hugtaksskilyrðum vinnuskjals samkvæmt 3. tl. 1. mgr. 16. gr. stjórnslulaga sé að starfsmaður viðkomandi stjórnvalds hafi tekið skjalið saman. Þegar metið er hvort [A] teljist starfsmaður stjórnvalds í framangreindum skilningi og hvort tölvupóstssamskipti [A] við starfsmenn Samkeppniseftirlitsins svo og önnur gögn sem frá henni stöfuðu vegna rannsóknarinnar teljist til vinnuskjala samkvæmt 3. tl. 1. mgr. 16. gr. stjórnslulaga eða ekki, skiptir að mati áfrýjunarnefndar máli að horfa til þeirra starfa sem [A] var ætlað að vinna, tilhögun þeirra starfa auk eðlis og efnis þeirra gagna sem frá henni stöfuðu.

Áfrýjunarnefnd telur ljóst af skoðun á framangreindum gögnum að störf [A] hafi ekki verið frábrugðin eiginlegum störfum utanaðkomandi verktaka, sem alla jafnan starfa mjög sjálfstætt, bera ábyrgð á árangri verksins og eru unnin án stjórnunarréttar vinnuveitanda, þ.e. hvar, hvernig og hvenær vinnan er unnin, jafnvel þótt vinnan sé innt af hendi í samræmi við fyrirmæli vinnuveitanda. Tölvupóstssamskipti hennar við aðra sem komu að rannsókn málsins hjá Samkeppniseftirlitinu svo og önnur gögn sem stöfuðu frá henni og vörðuðu rannsókn málsins gefa ekki annað til kynna, jafnvel þótt störf hennar við rannsókn málsins geti talist hafa verið sambærileg störfum annarra rannsækenda, sem voru starfsmenn Samkeppniseftirlitsins, við rannsókn á máli áfrýjenda og að hún hafi lotið boðvaldi verkefnisstjóra innan stofnunarinnar.

Með vísan til framangreinds verður því ekki fallist á að fyrrgreind gögn geti talist vinnuskjöl í skilningi 3. tl. 1. mgr. 16. gr. stjórnslulaga og þar með undanþegin upplýsingarétti áfrýjenda á þeim lagagrundvelli jafnvel þótt skjölin séu í eðli sínu vinnuskjöl. Þar sem Samkeppniseftirlitið hefur ekki tekið afstöðu til þess hvort um sé að ræða gögn máls í skilningi 15. gr. stjórnslulaga og sem eftir atvikum geta fallið undir undanþágu 17. gr. sömu laga verður framangreindri kröfu áfrýjenda um afhendingu gagnanna vísað til nýrrar meðferðar og ákvörðunar fyrir Samkeppniseftirlitinu.

Hins vegar er fallist á þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að samningur [A] og Samkeppniseftirlitsins frá 30. ágúst 2017 ásamt viðauka við hann og útgefnir reikningar á grundvelli hans séu ekki hluti af gögnum málsins sem varðar rannsókn á máli áfrýjenda, sbr. 15. gr. stjórnsýslulaga. Að því gættu þykir rétt að Samkeppniseftirlitið taki afstöðu til aðgangs að þessum gögnum að nýju á grundvelli upplýsingalaga nr. 140/2012. Er þessum hluta hinnar kærðu ákvörðunar því einnig vísað til nýrrar meðferðar og ákvörðunar fyrir Samkeppniseftirlitinu.

5

Til stuðnings þeirri ákvörðun að hafna kröfu áfrýjenda um aðgang að tölvupóstssamskiptum Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðssaksóknara hefur Samkeppniseftirlitið vísað til 17. gr. stjórnsýslulaga og 1. mgr. 42. gr. a samkeppnislaga. Byggt er á því að umrædd gögn, sem séu í eðli sínu vinnuskjöl, séu fyrst og fremst tilkomin vegna samstarfs fyrrgreindra aðila á grundvelli 42. gr. samkeppnislaga og að mikilvægt sé að slíkt samstarf geti átt sér stað án þess að tölvupóstssamskipti og önnur vinnuskjöl milli rannsóknaraðila verði gerð opinber. Ríkir almannahagsmunir standi þannig til þess að takmarka aðgang áfrýjenda að slíkum gögnum auk þess sem hætta sé á að aðgangur áfrýjenda að þeim komi til með að torvela þær rannsóknir sem Samkeppniseftirlitið og embætti héraðssaksóknara hafi með höndum.

Áfrýjunarnefnd hefur kynnt sér þau tölvupóstssamskipti sem hér um ræðir og telur ljóst að hér sé fyrst og fremst um að ræða samskipta- og vinnugögn milli Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðssaksóknara sem varða annars vegar rannsókn á meintum brotum áfrýjenda og Samskipa og hins vegar starfsmanna þeirra á samkeppnislögum. Samkvæmt 4. – 7. mgr. 42. gr. samkeppnislaga er gert ráð fyrir því að samstarf og samvinna geti átt sér stað milli Samkeppniseftirlitsins og lögreglu varðandi rannsókn mála er snúa að brotum gegn samkeppnislögum og að þessi stjórnvöld geti látið upplýsingar og gögn hvort öðru í té.

Fyrrgreind tölvupóstssamskipti varða m.a. þátttöku framangreindra stjórnvalda í sameiginlegum rannsóknaraðgerðum, afhendingu gagna og upplýsinga, skipulag og tímasetningu funda, miðlun þekkingar og tæknilegra atriða í tengslum við

skoðun á rafrænum gögnum og mat á hættunni á því að rannsóknarhagsmunir spillist vegna gagnaöflunar á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga.

Í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndar hefur komið fram með skýrum hætti að ekki sé heimilt að takmarka aðgang aðila máls að gögnum þess með almennri tilvísun til 17. gr. stjórnslulaga þar sem mat þarf að fara fram annars vegar á hagsmunum málsaðila af því að notfæra sér vitneskju úr gögnunum til að gæta hagsmuna sinna og hins vegar á andstæðum almanna- eða einkahagsmunum. Í því sambandi skiptir máli hvaða þýðingu upplýsingar í gögnunum hafa fyrir úrlausn málsins enda má ætla að málsaðili hafi minni hagsmuni af því að tjá sig um upplýsingar sem hafa takmarkaða þýðingu fyrir mál hans. Þá skiptir máli við matið þörfin á þeirri takmörkun sem um er að ræða og að sýnileg hætta á tjóni sé fyrir hendi ef gögnin verða afhent en í því tilliti ber að hafa í huga þann tíma sem liðinn er frá því gögnin urðu til. Meta þarf með framangreindum hætti hvert skjal eða eftir atvikum efnisatriði í því, ef um fleiri en eitt skjal er að ræða.

Sömu sjónarmið gilda við mat samkvæmt 1. mgr. 42. gr. a samkeppnislaga en við beitingu þess ákvæðis þarf að fara fram mat á þeirri hættu sem aðgangur að gögnum eða þeim upplýsingum sem um ræðir, geti haft fyrir rannsókn lögreglu.

Af mati áfrýjunarnefndar verður ekki séð af hinni kærðu ákvörðun að Samkeppniseftirlitið hafi með fullnægjandi hætti lagt mat á þau skjöl sem hér um ræðir með tilliti til þeirra sjónarmiða sem rakin eru hér að framan. Þannig er ekki með nægilega skýrum hætti gerð grein fyrir þeim ríku almannahagsmunum, með tilliti til einstakra skjala, er gangi framur hagsmunum áfrýjenda af því að fá aðgang að þessum gögnum. Þá er ekki fyllilega ljóst af hinni kærðu ákvörðun hvort og þá að hve miklu leyti talið er að ákvæði 1. mgr. 42. gr. a samkeppnislaga standi í vegi fyrir afhendingu gagnanna. Þessu til viðbótar er að mati áfrýjunarnefndar mikilvægt að tekin verði afstaða til þess hvort hluti þeirra tölvupóstssamskipta sem hér um ræðir teljist til gagna málsins í skilningi 15. gr. stjórnslulaga, s.s. samskipti sem eingöngu snúa að notendanöfnum og lykilorðum einstakra starfsmanna að leitarforriti svo og samskipti sem varða tæknileg atriði í tengslum við leitarforrit sem nýtt var við leit í rafrænum gögnum.

Samkvæmt framansögðu verður að telja að Samkeppniseftirlitið hafi ekki með fullnægjandi hætti lagt mat á það hvort þau gögn sem hér um ræðir falli að öllu leyti

undir 15. gr. stjórnarsýslulaga og eftir atvikum undir undanþáguákvæði 17. gr. sömu laga eða 1. mgr. 42. gr. a samkeppnislaga. Kröfu áfrýjenda um afhendingu tölvupóstssamskipta Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðssaksóknara er því vísað til nýrrar meðferðar og ákvörðunar fyrir Samkeppniseftirlitinu.

Áfrýjunarnefndin hefur kynnt sér þá sameiginlegu rannsóknar- og aðgerðaráætlun Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðssaksóknara sem áfrýjendur hafa óskað eftir aðgangi að. Áætlunin hefur að geyma upplýsingar um framkvæmd leitar í rafrænum gögnum sem voru afrituð í tengslum við húsleitir sem gerðar voru hjá áfrýjendum og Samskipum og er þar m.a. að finna upplýsingar um leitarorð, leitarforrit, leitartímabil og framkvæmd leitar í rafrænum gögnum.

Með hliðsjón af tilurð, efni og eðli fyrrgreindrar áætlunar er fallist á þá afstöðu Samkeppniseftirlitsins að rétt sé að takmarka aðgang áfrýjenda að henni og þá með vísan til 1. mgr. 42. gr. a samkeppnislaga, einkum þar sem rannsókn á meintri refsiverðri háttsemi starfsmanna áfrýjenda er enn ekki lokið hjá lögreglu. Sú ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að synja áfrýjendum um aðgang að áðurnefndri rannsóknar- og aðgerðaráætlun er því staðfest.

6

Með vísan til alls þess sem að framan er rakið er kröfu áfrýjenda um afhendingu fundargerða samkvæmt stafliðum A.iv og B.i og bréfasamskipta Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðssaksóknara samkvæmt staflið B.ii í kröfugerð þeirra vísað frá áfrýjunarnefndinni.

Kröfu áfrýjenda um afhendingu tilgreindra gagna samkvæmt stafliðum A.i, A.ii, A.iii og A.v. svo og kröfu þeirra um afhendingu tölvupóstssamskipta samkvæmt staflið B.ii í kröfugerð þeirra er vísað til nýrrar meðferðar og ákvörðunar fyrir Samkeppniseftirlitinu.

Þá er staðfest sú ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að hafna kröfu áfrýjenda um að fá aðgang að sameiginlegri rannsóknar- og aðgerðaráætlun Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðssaksóknara samkvæmt staflið B.iii í kröfugerð þeirra.

Úrskurðarorð

Kröfu áfrýjenda um afhendingu fundargerða samkvæmt stafliðum A.iv og B.i og bréfasamskipta samkvæmt staflið B.ii í kröfugerð áfrýjenda er vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Kröfu áfrýjenda um afhendingu tilgreindra gagna samkvæmt stafliðum A.i, A.ii, A.iii og A.v svo og kröfu þeirra um afhendingu tölvupóstssamskipta samkvæmt staflið B.ii í kröfugerð áfrýjenda er vísað til nýrrar meðferðar og ákvörðunar fyrir Samkeppniseftirlitinu.

Staðfest er sú ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að hafna kröfu áfrýjenda um aðgang að sameiginlegri rannsóknar- og aðgerðaráætlun Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðssaksóknara samkvæmt staflið B.iii í kröfugerð áfrýjenda.

Reykjavík, 3. apríl 2020

Björn Jóhannesson formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Kristín Benediktsdóttir