

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

úrskurður í máli nr. 12/2010

Vífilfell hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Með kæru, dagsettri 10. ágúst 2010, hefur Vífilfell hf. (hér eftir nefndur áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, sem tilkynnt var áfrýjanda þann 27. júlí 2010, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í hinni kærðu ákvörðun ákvað Samkeppniseftirlitið að synja áfrýjanda um aðgang að gögnum sem lágu til grundvallar frumniðurstöðum rannsóknar Samkeppniseftirlitsins á ætlaðri misnotkun fyrirtækisins á markaðsráðandi stöðu, sbr. andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins dagsett 5. júlí 2010.

Áfrýjandi krefst þess aðallega að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, dagsett 27. júlí 2010, um að synja áfrýjanda um aðgang að gögnum verði felld úr gildi og að veittur verði aðgangur að öllum þeim gögnum sem Samkeppniseftirlitið byggir á í andmælaskjali dagsettu 5. júlí 2010. Til vara er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og að lögmenn áfrýjanda fái aðgang að gögnunum sem hin kærða ákvörðun varðar gegn undirritun trúnaðaryfirlýsingar um að þeir muni ekki afhenda áfrýjanda gögnin. Til þrautavara er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og að óháðum þriðja aðila verði veitt heimild til að yfirfara útreikninga og forsendur sem Samkeppniseftirlitið hefur lagt til grundvallar mats á stöðu á þeim skilgreindu mörkuðum sem til skoðunar eru í málinu. Í öllum fyrrgreindum kröfuleikum er þess jafnframt krafist að málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu, tengd fyrrgreindu andmælaskjali, verði frestað á meðan kæra þessi er til meðferðar hjá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Að lokum er þess krafist að um kæru þessa, gögn henni tengdri og málsmeðferð fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála verði gætt trúnaðar, allt þar til endanleg stjórnvaldsákvörðun hefur verði tekin í máli áfrýjanda hjá Samkeppniseftirlitinu.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Málsatvik eru þau að Samkeppniseftirlitið hefur haft til rannsóknar hugsanlegt brot áfrýjanda gegn 11. gr. samkeppnislaga. Auk gagna frá áfrýjanda aflaði Samkeppniseftirlitið við rannsókn málsins upplýsinga frá mörgum aðilum sem framleiða og/eða flytja inn drykkjarvörur til endursölu hér á landi. Þann 5. júlí 2010 var áfrýjanda sent andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins.

Áfrýjanda var gefinn kostur á að tjá sig um efni andmælaskjalsins en með því fylgdi númeraður listi yfir gögn málsins. Þann 7. júlí 2010 óskaði áfrýjandi eftir afriti af öllum gögnum frá Samkeppniseftirlitinu sem tilgreind eru á gagnalista að undanskildum þeim sem hann hafði þegar undir höndum. Þann 12. júlí s.á afhenti Samkeppniseftirlitið áfrýjanda afrit af öllum gögnum að undanskildum þeim sem sæta trúnaði að mati eftirlitsins. Um er að ræða trúnaðargögn á gagnalistanum nr. 43, 48-53, 56, 65, 86, 88-89, 95-101, 108, 113, 128, 136, 150, 155.

Með bréfi, dagsettu 16. júlí 2010, krafðist áfrýjandi þess að fá í hendur umrædd trúnaðargögn. Samkeppniseftirlitið hafnaði því með ákvörðun dagsettri 27. júlí sl.

III.

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins um kæru áfrýjanda barst 17. ágúst 2010. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust 25. ágúst 2010 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins við þeim bárust 31. ágúst 2010. Uppkvaðning þessa úrskurðar hefur dregist vegna fjarvista og anna nefndarmanna.

IV.

Málsástæður áfrýjanda

Af hálfu áfrýjanda er byggt á því að aðgangur að gögnum málsins sé honum nauðsynlegur m.a. til þess að gæta lögbundins réttar síns til andmæla. Áfrýjandi telur augljóst að tryggja beri honum nauðsynlegan aðgang að þeim gögnum og upplýsingum sem leggja grunninn að frumniðurstöðum Samkeppniseftirlitsins. Að öðrum kosti sé útilokað fyrir áfrýjanda að gæta með eðlilegum hætti hagsmuna sinna og njóta þeirrar réttarstöðu sem lög áskilji varðandi andmælarétt og fleira.

Áfrýjandi bendir á að mikilsverðir hagsmunir sé í húfi fyrir hann. Jafnframt þurfi að hafa sérstaklega í huga í máli þessu að markaðshlutdeild áfrýjanda skipti verulegu máli þegar metið sé hvort áfrýjandi skuli heyra undir sátt sem gerð var á milli framkvæmdastjórnar EB og The Coca Cola Company (TCCC) í kjölfar ákvörðunar framkvæmdastjórnar EB í mál nr. COMP/39.116/B-2 – *Coca Cola*. Áfrýjandi telur að í máli þessu séu fyrir hendi mjög sérstakar kringumstæður sem geri það enn þýðingarmeira en ella að áfrýjandi, lögmenn hans eða að minnsta kosti óháður þriðji aðili, geti kynnt sér grundvöll og forsendur niðurstaðna Samkeppniseftirlitsins um markaðshlutdeild og ætlaða markaðsráðandi stöðu áfrýjandi.

Áfrýjandi bendir á að samkvæmt frumniðurstöðum Samkeppniseftirlitsins sé markaðshlutdeild áfrýjanda önnur en hann hafi sjálfur talið á grundvelli árlegra athugana sinna. Efni þeirra gagna sem séu forsenda niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins séu hins vegar ekki aðgengileg áfrýjanda vegna ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins um að synja um aðgang þeirra og geti áfrýjandi ekki fellt sig við þá niðurstöðu. Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið sé með ákvörðun sinni að koma í veg fyrir að áfrýjandi geti með efnislegum og málefnalegum hætti komið að sjónarmiðum sínum varðandi markaðshlutdeild sína. Þá bendir áfrýjandi einnig á að í ljósi þess hversu afdrifaríkar afleiðingar markaðsskilgreining og markaðshlutdeild áfrýjanda hafi, sé það sérstaklega ámælisvert að Samkeppniseftirlitið skuli einungis birta niðurstöður sínar um markaðshlutdeild á 5% bili.

Áfrýjandi bendir á að takmörkun á aðgangi að gögnum máls sé undantekning frá meginreglu og verði því að túlka hana þröngt. Áfrýjandi fái ekki séð á hvern hátt almanna- eða einkahagsmunir bíði umtalsvert tjón ef áfrýjandi fái upplýsingar um hver hlutdeild aðila sé á markaði auk þess að fá afhent gögn sem slík greining á hlutdeild byggir á. Fyrir liggir að hagsmunir áfrýjanda séu til muna ríkari en óljósir almanna- eða einkahagsmunir. Áfrýjanda sé kunnugt um að í undantekningartilvikum kunna upplýsingar um rekstrar- eða samkeppnisstöðu fyrirtækja að réttlæta það að aðgangur aðila að gögnum skuli takmarkaður. Í slíkum tilvikum er það þó ófrávíkjanlegt skilyrði að slíkir hagsmunir séu *til muna ríkari* en hagsmunir aðila um að fá aðgang að slíkum gögnum. Þar sem hvergi hafi komið fram hvert hugsanlegt tjón almanna- eða einkahagsmunir kunni að bíða ef gögn verða afhent fellur slík röksemdafærsla um sjálfa sig. Áfrýjandi telur að ef stjórnvald vilji bera slíka röksemdafærslu fyrir sig verði hlutaðeigandi stjórnvald í hverju einstöku tilviki að leggja mat á það hversu mikið tjónið geti orðið og hvaða líkur séu á því að það muni hljótast verði upplýsingarnar veittar.

Áfrýjandi bendir á að um sé að ræða upplýsingar um m.a. sölu á drykkjarvörum sem þegar hefur átt sér stað og aðgangur áfrýjanda að þessum upplýsingum geti engu breytt út frá samkeppnislegu sjónarmiði.

Þá vísar áfrýjandi til stuðnings máli sínu til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2009 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Þar komi fram að rannsóknarhagsmunir aðila séu tengdir því að aðilar máls geti tjáð sig um gögn þess.

Vara- og þrautavarakröfur áfrýjanda byggja á öllum sömu málsástæðum og varðandi aðalkröfuna. Áfrýjandi telur að með því að veita lögmönnum hans eða óháðum þriðja aðila aðgang að umræddum gögnum málsins geti áfrýjandi með ítarlegri hætti gert sér grein fyrir forsendum niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins auk þess sem komið sé í veg fyrir mögulegt, en þó óljóst, tjón samkeppnisaðila sem rekja mætti til afhendingar umræddra upplýsinga.

Áfrýjandi gerir kröfu um að frekari málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins verði frestað á meðan kæra þessi sé til meðferðar. Með kærnu freisti áfrýjandi þess að fá aðgang að gögnum sem hann telur nauðsynlegan til að hann fái notið andmælaréttar og telur því rétt og sanngjarnt að frekari meðferð málsins verði

frestað þar til úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála liggja fyrir í máli þessu.

Þá krefst áfrýjandi þess að um kæru þessa, gögn henni tengdri og málsmeðferð fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála, verði gætt trúnaðar allt þar til endanleg stjórnvaldsákvörðun hefur verði tekin í máli áfrýjanda hjá Samkeppniseftirlitinu.

Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er á það bent að samkvæmt 15. gr. stjórnsýslulaga á aðili máls almennt rétt á að kynna sér gögn málsins sbr. einnig 15. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Sú regla um rétt málsaðila til aðgangs að gögnum „er meginregla sem sætir því aðeins fráviki að sérstaklega standi á“, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 16/1995 *Þýsk-íslenska hf. gegn Samkeppnisstofnun*. Þá sé reglan einnig almenn forsenda þess að aðili fái notið andmælaréttar síns, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 19/2003 *Hf. Eimskipsfélag Íslands gegn Samkeppnisstofnun*.

Samkvæmt þessu sé óumdeilt í málinu að áfrýjandi eigi rétt á aðgangi að og að tjá sig um öll gögn þessa máls nema ákvæði 17. gr. stjórnsýslulaga eigi hér við. Það ákvæði veiti stjórnvöldum heimild þegar sérstaklega standi á til að takmarka aðgang aðila að gögnum máls ef hagsmunir hans af því að notfæra sér vitneskju úr þeim þykja eiga að víkja fyrir mun ríkari almanna- eða einkahagsmunum, sbr. einnig 16. gr. reglna nr. 880/2005. Af þessu leiði m.a. að upplýsingaréttur aðila máls taki ekki til trúnaðargagna. Samkeppniseftirlitið telur að umræddar tekjuupplýsingar teljist til viðskiptaleyndarmála. Byggt sé á upplýsingum frá Ölgerðinni í andmælaskjalinu og séu um að ræða tölulegar upplýsingar úr innra bókhaldi fyrirtækisins sem t.a.m. feli í sér mun nánari sundurliðun á tekjum en fram komi í ársreikningum fyrirtækja. Þar fyrir utan hafi Ölgerðin krafist þess að gætt sé trúnaðar um þessar upplýsingar. Hafi upplýsingar af þessum toga sem aflað hafi verið frá fyrirtækjum við rannsókn mála hjá Samkeppniseftirlitinu aldrei verið afhentar keppinautum eða öðrum málsaðilum. Þá hafi þær ekki verið settar fram í opinberri birtingu mála, t.d. við birtingu ákvarðana á heimasíðu eftirlitsins. Þá beri að hafa í huga að mikil hættu sé á því að geta samkeppnisyfirvalda til þess að sinna hlutverki sínu með skilvirkum hætti verði

fyrir verulegum skaða ef fyrirtæki geti ekki treyst því að upplýsingar um tekjur þeirra eða önnur viðkvæm gögn berist ekki í hendur keppinautum. Í ljósi þessa sé enginn vafi á því að umræddar upplýsingar falli undir undantekningarákvæði 17. gr. stjórnsýslulaga.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í andmælaskjalinu sé fjallað um skilgreiningu markaðarins og stöðu áfrýjanda á honum. Séu þar sett fram rökstudd sjónarmið Samkeppniseftirlitsins um m.a. staðgöngu milli einstakra drykkjavara, markaðshlutdeild, fjárhagslegan styrkleika áfrýjanda samanborið við keppinauta og aðgangshömlur að markaðnum. Um þetta allt saman geti áfrýjandi tjáð sig og hafi hann aðgang að nánast öllum gögnum málsins. Í andmælaskjalinu séu birtar tekjur áfrýjanda og Ölgerðarinnar vegna sölu á gosdrykkjum til annars vegar dagvöruverslana og hins vegar annarra söluaðila fyrir árin 2005 til 2008, auk markaðshlutdeildar. Í því eintaki sem áfrýjandi fékk afhent hafi tekjuupplýsingar Ölgerðarinnar verið felldar út og upplýsingar um markaðshlutdeild birtar á 5% bili. Sé þetta í samræmi við hefðbundið verklag á þessu sviði. Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að áfrýjandi geti ekki nýtt sér andmælarétt þó hann hafi ekki aðgang að umræddri tekjusundurliðun Ölgerðarinnar.

Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að í 10. gr. samkeppnislaga sé lagt bann við hvers konar samkeppnishamlandi samráði milli keppinauta. Í þessu felist m.a. bann við miðlun viðskiptaleyndarmála milli keppinauta, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004. Þetta eigi ekki síst við á samanþjöppuðum mörkuðum þar sem fáir keppinautar starfa. Ölgerðin sé helsti keppinautur áfrýjanda og ljóst sé að upplýsingar þær sem áfrýjandi krefst aðgangs að séu viðkvæmar í samkeppnislegu tilliti. Það sé með engu móti eðlilegt að áfrýjandi geti nýtt sér ákvæði stjórnsýslulaga til að fá í hendur slíkar upplýsingar frá keppinauti.

Þá fellst Samkeppniseftirlitið ekki á að áfrýjandi eigi rétt á að fá afhentar viðkvæmar viðskiptaupplýsingar á þeirri forsendu að þær kunni að hafa þýðingu í tengslum við upplýsingagjöf hans til framkvæmdastjórnar EB.

Varðandi vara- og þrautavarakröfu áfrýjanda áréttar Samkeppniseftirlitið að því beri skylda til að tryggja leynd viðskiptaleyndarmála, sbr. 34. gr. samkeppnislaga. Því sé ekki unnt að fallast á að lögmenn áfrýjanda fái umrædd trúnaðargögn í

hendur. Þá séu framangreindar kröfur í raun í andstöðu við stjórnarsýslufyrirkomulag samkeppnislaga. Ekki sé heldur lagastoð sé fyrir skipun einhvers konar óháðs aðila til að endurmeta störf Samkeppniseftirlitsins né að þörf sé fyrir slíkt.

Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að áfrýjandi hafi sett fram fullnægjandi rök fyrir kröfu um að leynd hvíli yfir meðferð málsins og þá sé þessi krafa ekki í samræmi við fyrri framkvæmd, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2009 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Varðandi kröfu áfrýjanda um að málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins verði frestað á meðan kæra hans er til meðferðar hjá áfrýjunarnefnd lýsir Samkeppniseftirlitið því yfir að kæru mun Samkeppniseftirlitið veita áfrýjanda frekari frest á meðan málsmeðferð stendur yfir hjá áfrýjunarnefndinni.

V.

Niðurstaða

1.

Í þessu máli er deilt um rétt þess sem er undir rannsókn til aðgangs að gögnum.

Við mat á kröfum áfrýjanda verður fyrst og fremst horft til 15. gr. stjórnarsýslulaga sem ætlað er að tryggja aðila máls rétt til að kynna sér skjöl og önnur gögn sem mál varða og 17. gr. sömu laga sem heimilar stjórnvaldi að takmarka aðgang aðila að gögnum þegar sérstaklega stendur á. Máli skiptir að mati áfrýjunarnefndarinnar hvort réttaröryggi áfrýjanda við rannsókn málsins og úrlausn verði í raun og veru skert með því að hann hafi ekki aðgang að öllum gögnum málsins.

Niðurstaða málsins ræðst af skýringu á 17. gr. stjórnarsýslulaga og hvort þau gögn og upplýsingar sem krafan beinist að teljist til trúnaðargagna auk þess sem ákvæði 34. gr. samkeppnislaga veita vísbendingu um það hvernig litið er á aðstöðuna við meðferð samkeppnismála.

2.

Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 10/2009 (Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu) getur takmarkaður aðgangur átt við um upplýsingar sem t.d. varða efni viðskiptasamninga, viðskiptastefnu fyrirtækis, mat þess á samkeppnisaðstæðum og umfang viðskipta. Þetta á sérstaklega við um framleiðslutölur, sölutölur og markaðshlutdeild fyrirtækja. Í þessu sambandi skiptir og máli hvort þessar upplýsingar koma fram í undirstöðugögnum málsins, t.d. í viðskiptasamningi eða styðjast við rannsóknir eða hvort þær eru almenns eðlis. Þegar samkeppnisfyrirtæki eiga í hlut ber jafnframt að hafa í huga að aðgangur samkeppnisfyrirtækis að upplýsingum getur verið til þess fallinn að valda þeim tjóni sem rannsókn beinist að.

Áfrýjunarnefndin metur í hvert sinn á grundvelli 17. gr. stjórnarsýslulaga hvort um sé að ræða upplýsingar um svo mikilvæga fjárhags- eða viðskiptahagsmuni að ætla megi að aðgangur að þeim sé til þess fallinn að valda tjóni, annað hvort fyrir þann sem upplýsingarnar veitir, rannsóknarhagsmuni eða samkeppnisréttarlega hagsmuni almennt.

3.

Samkeppniseftirlitið telur að þau gögn sem afhent hafi verið innihaldi viðkvæmar upplýsingar m.t.t. hagsmuna þess fyrirtækis sem þær veitti. Mikilvægt sé að fyrirtæki geti treyst því að upplýsingar um tekjur þeirra eða önnur viðkvæm gögn berist ekki í hendur keppinautum.

Áfrýjunarnefndin hefur fengið afhent þau trúnaðargögn sem áfrýjandi hefur ekki fengið aðgang að. Um er að ræða 25 skjöl sem flokkuð eru með númerunum 2.1. til og með 2.25 í sérstökum lista um trúnaðarskjöl, og auk þess var lagt fyrir nefndina skjal nr. 68. á gagnalista með andmælaskjali. Verður nú vikið að innihaldi skjalanna og úrlausn nefndarinnar um einstök skjöl:

(a) Skjöl merkt: 2.1. (Mjólkursamsalan), 2.2. (Ásbjörn Ólafsson hf.), 2.3. (Kaupás hf., skjal merkt 2.7. (HOB-vín ehf.), 2.8 (Ölgerðin Egill Skallagrímsson hf.), 2.9 (Innes ehf.), 2.10 (Hagar hf.), 2.11 (Daníel Ólafsson), 2.12 (Sól hf.), 2.13 (Yggdrasill ehf.), 2.14 (Búr hf.), 2.15 (Ó. Johnsen & Kaaber hf.), 2.16 (Sælkeradreifing hf.), 2.17 (Medico ehf.), 2.18 (Heilsa ehf.), 2.19 (Víntrío ehf.),

2.20 (Kaupfélag Skagfirðinga svf), 2.21 (Sparex ehf.) og skjal nr. 68 (Karl K. Karlsson hf.)

Um er að ræða upplýsingar í þessum skjölum sem varða veltutölur viðkomandi birgja eða smásala í einstökum söluflokkum, skiptingu eftir smásöluaðilum og þróun á milli ára. Hér er um að ræða upplýsingar um umfang viðskipta þeirra sem upplýsingarnar gáfu og jafnvel annarra þeirra aðila sem fjallað er um í gögnunum. Í öllum tilvikum var um að ræða svör við upplýsingabeidni Samkeppniseftirlitsins á formi sem eftirlitið lét í té. Upplýsingarnar eru í sumum tilvikum mjög nákvæmar og allar augljóslega þess eðlis að um viðskiptaleyndarmál er að ræða í þeim skilningi sem rakinn hefur verið.

(b) Skjöl merkt 2.22-2.24 (Sundurliðanir frá Ölgerð Egils Skallagrímssonar)

Um er að ræða upplýsingar í greinargerðum frá Ölgerðinni og fylgiskjöl með þeim sem varða ýmsar spurningar sem Samkeppniseftirlitið taldi sig þurfa að fá svör við vegna rannsóknar á þeim markaði sem um ræðir. Í fyrsta skjalinu (bréf, dags. 11. ágúst 2008) féllst Samkeppniseftirlitið á trúnað að því er varðar nákvæmar tölulegar upplýsingar um markaðshlutdeild á ýmsum mörkuðum, upplýsingar um sundurliðun tekna og frekari skýringar. Greinargerðin var afhent að öðru leyti. Þær upplýsingar sem Samkeppniseftirlitið meðhöndlaði sem trúnaðarupplýsingar varða mikilvæga viðskiptahagsmuni Ölgerðarinnar og verður að telja gögnin dæmigerð viðskiptaleyndarmál.

(c) Skjöl merkt 2.4. og 2.5. (Karl K. Karlsson), 2.6 (Parlogis) og skjal merkt 2.25 (Tölvupóstur Samkeppniseftirlitsins til Logos).

Skjöl þessi eru tölvupóstsamskipti vegna upplýsingagjafar til Samkeppniseftirlitsins og hafa ekki að geyma neinar upplýsingar um viðskiptamálefni eða annað sem leynt ætti að fara. Verður því ekki séð að nauðsyn beri til að undanþiggja þau hinum almenna rétti málsaðila til að fá aðgang að gögnum málsins.

Samkvæmt framansögðu eru þau gögn og upplýsingar sem Samkeppniseftirlitið hefur ákveðið að synja um afhendingu á og fjallað er um í liðum a og b hér að framan

að mati áfrýjunarnefndarinnar í eðli sínu trúnaðargögn með tilliti til þeirra viðskiptaupplýsinga sem koma fram í þeim. Á hinn bóginn falla þau gögn sem vikið er að í c lið hér að framan ekki í þann flokk og ber því að mati áfrýjunarnefndarinnar að afhenda áfrýjanda þau.

4.

Jafnframt er rakið í kærú áfrýjanda að hann geti ekki tjáð sig með fullnægjandi hætti vegna þess að markaðshlutdeild hans er í andmælaskjalinu sýnd á 5% bili og lýsir áfrýjandi því að slík framsetning sé ámælisverð af hálfu Samkeppniseftirlitsins.

Í töflum í andmælaskjalinu (bls. 29 o.áfr.) er að finna mat Samkeppniseftirlitsins á markaðshlutdeild. Í því skjali kemur fram að trúnaðar verði gætt um upplýsingar frá áfrýjanda sjálfum ef til endanlegrar birtingar kemur í formi ákvörðunar. Auk þess eru ekki veittar nákvæmar tölur um veltu aðalsamkeppnisaðila áfrýjanda, en þó virðist mega átta sig nokkurn veginn á henni í ljósi upplýsinga sem veittar eru um veltutölur áfrýjanda og áætlaða markaðshlutdeild á gosdrykkjamarkaði, enda ekki öðrum til að dreifa á markaðnum (töflur 1 og 2). Markaðshlutdeild áfrýjanda er metin á bilinu [...]¹ % en sveiflast eilítið á milli ára innan þess. Hún er gefin upp á 5% bili. Í ljósi þessa kemst Samkeppniseftirlitið að því að áfrýjandi hafi haft yfirburðastöðu á markaðnum, enda hafi hlutföllin á milli áfrýjanda og samkeppnisaðila hans verið [...]²% að jafnaði þau ár sem rannsóknin tók til (2005-2008).

Eins og fyrr segir á áfrýjandi ekki rétt á aðgangi að gögnum þar sem nákvæmar veltutölur samkeppnisaðila hans koma fram. Hins vegar er ljóst að áfrýjandi verður að geta tekið til varna með eðlilegum og sanngjörnum hætti. Áfrýjunarnefndin fær þó ekki séð að það hafi skipt neinu afgerandi máli hvar innan hins gefna 5% bils nákvæm hlutdeild lá þegar metið var hvort um markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Áfrýjandi ætti ekki að vera í vanda með að tefla fram vörnum sem miða við umrætt bil. Áfrýjunarnefndin telur því ekki efni til að hnekkja því mati Samkeppniseftirlitsins að varhugavert sé að gefa nákvæmar upplýsingar um markaðshlutdeild í ljósi aðstæðna á þeim markaði sem um ræðir, en þar keppa

¹ Trúnaðarmál

² Trúnaðarmál

einungis tveir aðilar miðað við það sem fram kemur í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins í málinu.

5.

Í málinu hefur þess verið krafist til vara að lögmenn kæranda fái aðgang að hinum umdeildu gögnum og til þrautavara að óháðir þriðju aðilar fái þennan aðgang. Áfrýjunarnefndin telur að lagastoð sé ekki fyrir þessum kröfum. Þær verða því ekki teknar til greina.

6.

Í kæru var þess krafist að málsmeðferð yrði frestað hjá Samkeppniseftirlitinu á meðan á henni stæði hjá áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Áfrýjunarnefndin hefur ekki tekið þessa kröfur til sérstakrar meðferðar enda hefur málsmeðferðinni verið frestað hjá Samkeppniseftirlitinu á umræddu tímabili eins og fram kemur í greinargerð Samkeppniseftirlitsins í þessu máli.

Þess var að lokum krafist að um kærana, gögn henni tengdri og málsmeðferð fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála, yrði gætt trúnaðar allt þar til endanleg stjórnvaldsákvörðun væri tekin í máli áfrýjanda hjá Samkeppniseftirlitinu. Krafa þessi er svo óljós að ekki er unnt að verða við henni. Áfrýjunarnefndin hefur þó ákveðið að tölur um áætlaða markaðshlutdeild, sem fjallað er um í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins og í þessum úrskurði, verði ekki birtar opinberlega. Eru þær því innan hornklofa.

Úrskurðarorð:

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 27. júlí 2010 um að synja áfrýjanda um aðgang að gögnum er staðfest að öðru leyti en því áfrýjanda skulu afhent skjöl merkt 2.4. og 2.5. (Karl K. Karlsson) 2.6 (Parlogis) og skjal merkt 2.25 (Tölvupóstur Samkeppniseftirlitsins til Logos).

Reykjavík 1. nóvember 2010.

Jóhannes Karl Sveinsson

Stefán Már Stefánsson

Brynhildur Benediktsdóttir

Rétt endurrit staðfestir: