



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Mörkin lögmannsstofa hf.
b.t. Geirs Gestssonar hrl.
Suðurlandsbraut 4
108 Reykjavík

Reykjavík, 8. júlí 2016

Efni: Erindi ISAVIA ohf. vegna úrskurðar Héraðsdóms Reykjavíkur nr. A-732/2015

1.

Með bréfi, dags. 25. júní sl., óskaði Isavia ohf. eftir því að Samkeppniseftirlitið myndi grípa til ráðstafana í því skyni að hindra, eins og kostur er, að samkeppniströskun eða eftir atvikum brot á samkeppnislögum myndi eiga sér stað með afhendingu tiltekinna trúnaðargagna til Kaffitárs ehf. í kjölfar úrskurðar Héraðsdóms Reykjavíkur nr. A-732/2015 þann 14. júní sl. Málavextir þessa máls eru yður kunnir og því ekki talin ástæða til að rekja þá nánar hér. Í bréfi Isavia er á því byggt að þau gögn sem félaginu hefur nú verið gert skylt að afhenda Kaffitári innihaldi viðkvæmar fjárhags- og viðskiptaupplýsingar einkaaðila á markaði sem hætta sé á að geti valdið samkeppniströskun eða sé hægt að beita í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga.

Í bréfinu er farið yfir þau gögn sem um ræðir og hafa þau jafnframt verið afhent Samkeppniseftirlitinu. Eftirlitið hefur nú yfirfarið umrædd gögn og telur ástæðu til að vekja athygli yðar á efni og framkvæmd 10. gr. samkeppnislaga, sér í lagi á banni við ólögsmætri upplýsingagjöf eða upplýsingaskiptum á milli keppnauta og þeim sjónarmiðum sem lögð eru til grundvallar við mat á mögulegu broti.

2.

Í 10. gr. samkeppnislaga segir að allir samningar og samstilltar aðgerðir á milli fyrirtækja sem hafi það að markmiði eða af þeim leiði að samkeppni sé raskað séu bannaðar. Í 2. mgr. 10. gr. samkeppnislaga segir að bann ákvæðisins taki m.a. til samninga, samþykktu og samstilltra aðgerða sem áhrif hafa á verð, afslætti, álagningu eða önnur viðskiptakjör með beinum eða óbeinum hætti. Sama bann við samráði fyrirtækja er að finna í 53. gr. EES samningsins.

Í samkeppnisrétti er það talið grundvallaratriði að hvert fyrirtæki fyrir sig ákveði sjálfstætt hvernig það hegðar sér á markaði, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2015 *Brot*



*Byko ehf. á 10. gr. samkeppnislaga.*¹ Þessi krafa um sjálfstæði bannar ekki að fyrirtæki grípi til aðgerða vegna hegðunar eða hugsanlegrar hegðunar annarra fyrirtækja á markaðnum. Hún bannar hins vegar hvers konar samninga eða samskipti milli fyrirtækja sem hafa það markmið eða af þeim leiðir að reynt er að hafa áhrif á hegðun viðkomandi fyrirtækis á markaðnum eða því t.d. greint frá mikilvægum viðskiptaupplýsingum.²

Hefur þessari kröfu um sjálfstæði keppnauta m.a. verið lýst sem „*grunnhugmyndinni að baki samkeppnisreglna EES-samningsins ...*“³ Í þessu samhengi hefur verið bent á að sú áhætta sem leiðir af óvissu á markaðnum (e. *risks of uncertainty*) sé afar mikilvæg fyrir samkeppni. Sjálfstæði keppnauta og þessi æskilega óvissa fyrirtækja um m.a. fyrirætlanir keppnauta séu grunnstoðir fyrir virkri samkeppni.⁴ Banni samkeppnisréttarins við samskiptum og samvinnu keppnauta er ætlað að verja þessar grunnstoðir.

3.

Ólögmat upplýsingagjöf eða upplýsingaskipti á milli keppnauta geta farið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Slík háttsemi getur verið hluti af viðtækara samráði keppnauta en jafnframt getur upplýsingagjöf verið sjálfstætt brot þegar hún er til þess fallin að raska samkeppni. Þannig þarf ekki að vera til staðar ásetningur um að raska samkeppni. Grundvallaratriðið er að upplýsingagjöf á ekki að geta leitt til þess að fyrirtæki samræmi eða viðhaldi samræmdri hegðun á markaði sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2015 *Brot Byko ehf. á 10. gr. samkeppnislaga*, og úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 6/2015.⁵

Við almennt mat á því hvenær upplýsingaskipti milli keppnauta fela í sér ólögmat samráð hafa dómstólar ESB ítrekað vísað til framangreindrar kröfu samkeppnisréttarins um sjálfstæði keppnauta og tekið fram að horfa verði til þess hvort upplýsingaskipti dragi úr eða eyði æskilegri óvissu á markaðnum þannig að samkeppni sé raskað.⁶ Hefur OECD bent á að ESB-samkeppnisréttur geri hér strangar kröfur. Krafið sé algers sjálfstæðis (e. *total independence*) þegar fyrirtæki taka mikilvægar ákvarðanir. Sökum þessa séu hvers konar samskipti eða tengsl (e. *any interaction*), sem líkleg eru til að draga úr sjálfstæði, ólögmat.⁷

Upplýsingaskipti geta tekið á sig ýmsar myndir. Í fyrsta lagi geta upplýsingaskiptin átt sér stað beint milli keppnauta. Í öðru lagi geta hagsmunasamtök eða atvinnugreinasamtök

¹ Sbr. einnig dóm Héraðsdóms Reykjavíkur frá 29. maí 2006 í máli nr. E-6187/2005, *Sjóvá-Almennar tryggingar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu*. Sjá t.d. einnig dóm dómstóls ESB frá 4. júní 2009 í máli nr. C-8/08 *T-Mobile Netherlands*.

² Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í sameinuðum málum nr. 40 til 48, 50, 54 til 56, 111, 113 og 114/173, *Coöperative Suiker Unie v Commission*, [1975] ECR 1663.

³ Leiðbeinandi reglur um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum, mgr. 60. Birtar 12. desember 2013 í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins (2013/EES/69/01)

⁴ Sjá t.d. Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, sjöunda útgáfa 2013, bls. 139: „*The case law under Article 101(1) is based on the premise that each undertaking must determine independently the policy which it intends to adopt on the internal market and the conditions which it intends offer to its customers. The decision-making independence of competing undertakings and the risks of uncertainty are regarded as two „attributes of competition in its ideal form.*“

⁵ Sjá Richard Whish, *Competition Law*, áttunda útgáfa 2015, bls. 579.

⁶ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 4. júní 2009 í máli nr. C-8/08, *T-Mobile*, mgr. 32-35. Í 35. mgr. segir: „*It follows that the exchange of information between competitors is liable to be incompatible with the competition rules if it reduces or removes the degree of uncertainty as to the operation of the market in question, with the result that competition between undertakings is restricted ...*“ Sjá einnig t.d. dóm undirréttar ESB frá 14. mars 2013 í máli nr. T-587/08, *Fresh Del Monte v Commission*, mgr. 301-303.

⁷ OECD, *Unilateral disclosure of information with Anticompetitive Effects*, (2012), bls 38-39.



séð um að dreifa upplýsingum til aðildarféлага og í þriðja lagi geta upplýsingaskipti átt sér stað í gegnum annars konar þriðju aðila, s.s. í gegnum birgja, smásala eða annað óháð fyrirtæki, svo sem fyrirtæki sem annast markaðsrannsóknir.

Í upphafi árs 2011 gaf framkvæmdastjórn Evrópusambandsins út leiðbeinandi reglur um gildi 101. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins gagnvart láréttum samstarfssamningum. Í desember 2013 birti Eftirlitsstofnun EFTA, ESA, sams konar leiðbeinandi reglur um beitingu eða gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttu samstarfi fyrirtækja. Líkt og fram kemur í reglunum sjálfum var það gert í því skyni að viðhalda jafngildum samkeppnisskilyrðum og tryggja að samkeppnisreglum EES-samningsins sé beitt með sama hætti á öllu Evrópska efnahagssvæðinu. Í umræddum leiðbeinandi reglum ESA er m.a. fjallað um möguleg áhrif upplýsingaskipta á samkeppni.⁸ Þar er m.a. farið yfir tiltekin atriði sem geta veitt leiðbeiningu um bæði hvort upplýsingagjöf hefur að markmiði eða af henni leiðir að samkeppni sé raskað í skilningi 10. gr. samkeppnislaga. Ræðst þýðing þessara atriða af atvikum í hverju máli. Ber þó ávallt að hafa í huga að ef upplýsingaskiptum er ætlað að takmarka samkeppni eða fela í sér augljósar samkeppnishömlur er ekki skylt að lögum að horfa til fleiri atriða.¹

Í fyrsta lagi er mikilvægt að greina *einkenni markaðarins* eða *markaðsgerðina*. Meðal einkenna markaðar sem máli skipta m.t.t. mats á áhrifum upplýsingaskipta er hversu samþjappaður markaðurinn er, hve mikið gagnsæi er á markaðnum, hversu mikill stöðugleiki ríkir á markaðnum m.t.t. framboðs- og eftirspurnarskilyrða, hversu lík fyrirtækin á markaðnum eru hvert öðru að gerð og uppbyggingu (hve samhverfur markaðurinn er) og hversu mikið flækjustig er á markaðnum.⁹ Almennt má segja að mesta hættan á röskun á samkeppni sé á mörkuðum þar sem fákeppni ríkir.

Í öðru lagi þarf að greina *eðli viðkomandi upplýsinga*. Í leiðbeiningum ESA segir að horfa beri til þess hvort um mikilvægar viðskiptaupplýsingar sé að ræða (e. *strategic data*). Samkeppniseftirlitið telur sérstaka ástæðu til að fjalla nánar um framangreint. Við mat á eðli upplýsinganna, þ.e. hvort um mikilvægar viðskiptaupplýsingar sé að ræða, hafa eftirfarandi atriði m.a. þýðingu:¹⁰

- i. Hvort um *mikilvægar viðskiptaupplýsingar* sé að ræða (e. *strategic data*). Upplýsingarnar eru mikilvægar að þessu leyti ef þær eru til þess fallnar að draga úr óvissu á markaðnum. Minni óvissa að þessu leyti dregur úr sjálfstæði keppinauta í ákvarðanatöku sem aftur hamlar samkeppni. Almennt eru upplýsingar varðandi verð og magn viðkvæmstu viðskiptaupplýsingarnar en hafa ber í huga að viðkvæmar upplýsingar geta einnig verið upplýsingar um viðskiptamannaskrár, framleiðslukostnað, framleiðslutölur, veltu, sölutölur, afkastagetu, vöruvöndun, markaðsáætlanir, áhættuliði, fjárfestingar, tækniáferðir svo og rannsókn- og þróunarstarf og afrakstur þess.

⁸ Sjá 2. kafla leiðbeininganna.

⁹ Samþjöppun markaðar mætti skýra á þann veg að ef markaðurinn samanstendur af fáum stórum fyrirtækjum þá er mikil samþjöppun á markaðnum. Ef markaðurinn samanstendur hins vegar af mörgum fyrirtækjum sem ekkert er sérlega stórt er samþjöppun lítil á markaðnum.

¹⁰ Sjá leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB mgr. 86-94



- ii. *Þekjustig upplýsinganna.* Til þess að líklegt geti talist að upplýsingaskipti hafi samkeppnistakmarkandi afleiðingar verða fyrirtækin sem eiga hlut að máli að hafa nægilega stóran markaðshlut á viðkomandi markaði (til samans).¹¹
- iii. Hvort gögnin séu sannarlega heildræns eðlis (e. *aggregated data*) þannig að erfitt sé að ráða af upplýsingunum (sem deilt er) neitt um einstök fyrirtæki. Í slíkum tilvikum er ósennilegra að upplýsingagjöf raski samkeppni. Hið öndverða gildir ef um *sértækar upplýsingar* er að ræða er snúa að hverju fyrirtæki fyrir sig.
- iv. *Aldur upplýsinga.* Eftir því sem upplýsingarnar eru eldri því ólíklegra er að miðlun þeirra skapi samkeppnisleg vandamál og öfugt.¹²
- v. *Tíðni upplýsingagjafar* skiptir einnig máli. Ef keppinautar skiptast á upplýsingum með reglubundnum hætti er það líklegra til þess að raska samkeppni.
- vi. Hvort upplýsingarnar séu *sannarlega opinberar* (e. *genuinely public*). Sé svo er ólíklegt að upplýsingagjöf sé ólögmat. Sannarlega opinberar upplýsingar eru upplýsingar sem eru almennt öllum keppinautum og viðskiptavinum jafn aðgengilegar m.t.t. kostnaðar við að afla þeirra.
- vii. Hvort upplýsingagjöfin sem slík eigi sér stað með *opinberum hætti*. Ef upplýsingagjöf milli keppinauta er að öllu leyti fyrir opnum tjöldum og afrakstur hennar öllum aðgengilegur er ólíklegra að hún raski samkeppni.¹³ Engu að síður, er ekki hægt að útiloka með öllu þann möguleika að upplýsingaskipti sem eiga sér stað með opinberum hætti geti liðkað fyrir samráðsniðurstöðu á markaði.

Rétt er að geta þess að hugtökin upplýsingagjöf og upplýsingaskipti taka til hins sama, þ.e. háttsemi sem a.m.k. felst í því að fyrirtæki veiti upplýsingar og keppinautur meðtaki þær.

Um nánari umfjöllun um framangreint vísast einnig til kafla IV.4 í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2015 *Brot Byko ehf. á 10. gr. samkeppnislaga*.

4.

Líkt og fyrr segir hefur Samkeppniseftirlitið fengið afhent þau gögn sem Isavia hefur nú verið gert að afhenda Kaffitári. Hafa þau verið til skoðunar hjá Samkeppniseftirlitinu. Ljóst er að þessar upplýsingar innihalda m.a. nákvæmar viðskipta- og markaðsáætlanir, upplýsingar um verð og ítarlegar greiningar á kostnaði og framlegð þeirra aðila sem þátt tóku í útboði Isavia og voru þar með keppinautar Kaffitárs um verslunarrými í Flugstöð Leifs Eiríkssonar. Meðal umræddra aðila er jafnframt keppinautur Kaffitárs á veitingamarkaði á höfuðborgarsvæðinu.

¹¹ Ógerlegt er að skilgreina óhlutstætt hvað „nægilega stór markaðshlutur“ þarf að vera stór og ræðst það af málsatvikum hverju sinni og af eðli upplýsinganna sem skipst er á.

¹² Í leiðbeiningum ESB er nefnt sem dæmi að í eldri málum hafi framkvæmdastjórn ESB talið upplýsingar sem voru meira en eins árs gamlar vera sögulegar (e. *historic*) og því síður líklegar til að vera samkeppnishamlandi en gögn sem eru innan við árs gömul hafa verið talin nýleg (e. *recent*). Í þessu sambandi er vísað til eftirfarandi ákvarðana framkvæmdastjórnarinnar: Commission Decision in Case IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, paragraph 50; Commission Decision in Case IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl, OJ L 1, 3.1.1998, p. 10, paragraph 17.

¹³ Sjá leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB mgr. 94. Sjá OECD, *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, 2010*: „*The way in which information is exchanged is also generally considered by competition agencies in their assessment. Companies can exchange information either directly, through third parties or they may establish public information sharing schemes. While some suggested that whether an information exchange is public or is limited only to the competitors involved is immaterial for its coordination potential, competition agencies generally view private information exchanges with greater suspicion. It was also noted that the fact that information exchange may occur via a third party (e.g. a trade association) does not lessen its ability to facilitate coordination. Indirect exchanges or vertical exchanges may be used for coordination just as well as direct information sharing among competitors.*”



Með vísan til framangreindrar umfjöllunar er það því mat Samkeppniseftirlitsins að hluti umræddra gagna geti talist til mikilvægra og viðkvæmra viðskiptaupplýsinga í skilningi samkeppnisréttar.

Í þessu samhengi er rétt að hafa í huga að í leiðbeinandi reglum ESA segir að ólögætar samstilltar aðgerðir geti falist í því að „*eitt fyrirtæki kemur upplýsingum um viðskiptaáform sín á framfæri við einn eða fleiri keppinauta, og þeir taka við þeim.*“ Þannig er ekki skilyrði fyrir broti að viðtakandi upplýsinganna sýni einhvers konar viðbrögð. Um brot er að ræða nema viðtakandinn „*bregðist við með ótvíræðri yfirlýsingu*“ um að hann vilji ekki fá í hendur slíkar upplýsingar, sbr. mgr. 62 í reglunum.

Með vísan til framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að vísbendingar gætu verið um að móttaka og/eða miðlun þeirra mikilvægu og viðkvæmu viðskiptaupplýsinga sem felast í þeim gögnum sem Kaffitár hyggst taka á móti frá Isavia feli í sér brot gegn 10. gr. samkeppnislaga eða að háttsemin gæti að minnsta kosti raskað samkeppni. Af því tilefni beinir Samkeppniseftirlitið þeim tilmælum til Isavia og Kaffitárs að leita allra mögulegra leiða til að veita Kaffitár aðgang að þeim upplýsingum sem gerir félaginu kleift að gæta að réttarstöðu sinni án þess að sú upplýsingamiðlun gangi svo langt að samkeppni sé raskað. Við mat á því hvaða upplýsingar það gætu verið vísast til framangreindrar umfjöllunar Samkeppniseftirlitsins, leiðbeinandi reglna ESA, ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2015 *Brot Byko ehf. á 10. gr. samkeppnislaga* og annarra fordæmi héraendis sem og í Evrópu.

Virðingarfyllt,
Samkeppniseftirlitið


Steingrímur Þegisson