

Úrskurður
áfrýjunarnefndar samkeppnismála

12. mars 2008

í máli nr. 3/2008

Hf. Eimskipafélag Íslands

gegn

Samkeppniseftirlitinu

Án trúnaðarupplýsinga

Fyrsti hluti – Kröfur og sjónarmið aðila	3
<u>I Helstu málavextir</u>	<u>3</u>
<u>II Helstu sjónarmið áfrýjanda</u>	<u>5</u>
1 Aðild áfrýjanda	5
2 Fyrning	7
3 Markaðsskilgreining	7
4 Markaðsráðandi staða	9
5 Markaðsatlagan	11
6 Einkakaupasamningar	15
7 Tryggðarafslættir	18
8 Viðurlög	20
<u>III Helstu sjónarmið Samkeppniseftirlitsins</u>	<u>22</u>
1 Aðild áfrýjanda	22
2 Fyrning	24
3 Markaðsskilgreining	25
4 Markaðsráðandi staða	28
5 Markaðsatlagan	30
6 Einkakaup og samkeppnishamlandi afslættir	33
7 Viðurlög	36
Annar hluti – Málsmeðferð, ábyrgð og fyrning	38
<u>I Málsmeðferð og fleira</u>	<u>38</u>
1 Lagaumhverfi	38
2 Rekstur málsins	38
3 Niðurstaða	40
<u>II Um ábyrgð á brotum Hf. Eimskipafélags Íslands</u>	<u>41</u>
1 Sjónarmið áfrýjanda	41
2 Sjónarmið hlutaðeigandi aðila	42
3 Nafnabreytingar Hf. Eimskipafélags Íslands	44
4 Eimskip sem hluti af Avion Group hf.	46
5 Skipting Burðaráss	47
6 Útboðslýsing Avion Group hf.	48
7 Niðurstaða	49
<u>III Fyrning</u>	<u>49</u>
1 Almennar athugasemdir	49
2 Fyrning brota samkvæmt almennum hegningarlögum	50
3 Samfelt brotaferli	50
4 Upphaf fyrningarfrests	51
5 Rof fyrningarfrests	51
6 Fyrning varðandi markaðsatlögu	52
7 Fyrning varðandi einkakaupasamninga	52
<u>IV Sönnun</u>	<u>52</u>
Þriðji hluti - Markaðsskilgreiningar og markaðsráðandi staða	54
<u>I Túlkunarsjónarmið</u>	<u>54</u>
<u>II Markaðurinn</u>	<u>54</u>
1 Flugflutningar og skipaflutningar	55
2 Áætlunarflutningar og leiguflutningar	56
3 Siglingar milli Íslands og Norður-Noregs annars vegar og Spánar og Portúgals hins vegar	56
4 Flutningar til og frá landinu og mismunandi flutningaleiðir	57
5 Skipting markaða eftir vöruflokkum og viðskiptavinum	58
6 Niðurstaða	58
<u>III Markaðsráðandi staða</u>	<u>58</u>
<u>IV Markaðshlutdeildin</u>	<u>59</u>
<u>V Annar styrkur</u>	<u>61</u>
1 Flutningaframboðið	61
2 Almennur efnahagslegur styrkleiki	62
3 Aðgangur að markaðnum og kaupendastyrkur	62

4 Niðurstaða.....	63
Fjórði hluti - Misnotkun markaðsráðandi stöðu.....	64
<u>I Almenn atriði.....</u>	<u>64</u>
1 Lagaákvæði.....	64
2 Markmið samkeppnislaga og skyldur markaðsráðandi fyrirtækja	65
3 Skilgreiningar	66
4 Niðurstaða.....	67
<u>II Hinar sértæku aðgerðir.....</u>	<u>68</u>
1 Inngangur.....	68
2 Aðdragandi markaðsatlögu	69
3 Stefnumótun markaðsatlögu	72
4 Framkvæmdastjórnarfundur	78
5 Viðbrögð forstöðumanna sölu- og markaðssviðs.....	79
6 Samkeppni – markaðsatlaga Trúnaðarmál.....	81
7 Árangur markaðsatlögunnar	82
8 Niðurstöður.....	84
<u>III Einkakaupasamningar og afslættir.....</u>	<u>86</u>
1 Almenn atriði.....	86
2 Gögn sem hafa þýðingu við mat á samningum áfryjanda.....	88
3 Afslættir.....	92
4 Einstakir samningar	93
Fimmti hluti - Sektir.....	109
Úrskurðarorð	111

Fyrsti hluti – Kröfur og sjónarmið aðila

Með bréfi, dagsettu 15. janúar 2008, hefur Hf. Eimskipafélag Íslands, kt. 660288-1049, kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 70/2007 frá 17. desember 2007. Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að eldra Hf. Eimskipafélag Íslands, kt. 510169-1829, hefði með nánar tilteknum aðgerðum sem áttu sér stað í flutningastarfsemi fyrirtækisins, aðallega á árunum 2001 og 2002, brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, sbr. nú 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Var áfrýjanda gert að greiða krónur 310 milljónir í stjórnvaldssekt.

Af hálfu áfrýjanda er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara er þess krafist að sektir verði felldar niður eða lækkaðar verulega.

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

Til einföldunar er hér eftir vísað til Hf. Eimskipafélags Íslands sem Eimskip eða áfrýjanda nema annað sé tekið fram. Hið sama á við um Eimskipafélag Íslands ehf. (áður Eimskip ehf.), sem á árinu 2003 tók við flutningastarfsemi Hf. Eimskipafélags Íslands. Í málinu er m.a. uppi ágreiningur um hvaða aðili beri ábyrgð á ætluðum brotum Hf. Eimskipafélags Íslands. Rétt er að taka fram að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins og málalíbúnaði áfrýjanda er orðið Eimskip notað í eintölu og er það því einnig gert í úrskurði þessum.

I Helstu málavextir

Hinn 22. ágúst 2002 barst Samkeppnisstofnun (nú Samkeppniseftirlitinu) erindi Samskipa hf. þar sem vakin var athygli á hegðun Eimskips á mörkuðum fyrir sjóflutninga til og frá Íslandi og þess óskað að stofnunin tæki til skoðunar hvort ákvæði samkeppnislaga hefðu verið brotin. Í framhaldi af því aflaði Samkeppnisstofnun úrskurðar Héraðsdóms Reykjavíkur til að fara í starfsstöðvar Eimskips og framkvæma þar leit að gögnum sem varpað gætu frekara ljósi á málið. Var leitin framkvæmd 4. september 2002. Hald var lagt á gögn og myndar hluti þeirra grundvöll

þessa máls. Hinn 10. sama mánaðar sendi Samkeppnisstofnun Eimskipi bréf þar sem óskað var eftir umsögn og athugasemdum fyrirtækisins við erindi Samskipa. Í bréfinu var einnig óskað eftir ýmsum tölulegum upplýsingum frá fyrirtækinu, s.s. sundurliðun á tekjum og kostnaði nokkur undangengin ár. Hinn 1. nóvember 2002 barst Samkeppnisstofnun umsögn Eimskips um markaði málsins og þann 4. desember 2002 barst umsögn um ætluð brot félagsins. Hefðbundinni málsmeðferð var hins vegar frestað ítrekað vegna ágreinings um formsatriði, þ.e. varðandi aðgang Eimskips að trúnaðarupplýsingum, um aðild Samskipa að málinu og kröfu Eimskips um að Samskip fengu ekki aðgang að tilteknum upplýsingum. Er nánar gerð grein fyrir ágreiningi þessum í hinni kærðu ákvörðun. Er leyst hafði verið úr ágreiningi um formsatriði aflaði Samkeppnisstofnun, síðar Samkeppniseftirlitið, ýmissa gagna frá Eimskipi, Samskipum o.fl.

Á fundi sem haldinn var hinn 2. maí 2006 var lögmonnum Logos lögmannsþjónustu afhent andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins. Í andmælaskjalinu var komist að þeirri frumniðurstöðu að Eimskip væri í markaðsráðandi stöðu og hefði með tilteknum aðgerðum farið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitinu bárust bréf frá Logos lögmannsþjónustu, dags. 14. og 29. júní og 7. júlí 2006, þar sem fjallað er um aðild að máli þessu. Fram kom að umbjóðandi lögmannsstofunnar, sem sagður var vera Eimskipafélag Íslands ehf. teldi sig ekki eiga aðild að málinu. Vegna þessara sjónarmiða um aðild aflaði Samkeppniseftirlitið frekari gagna. Með bréfi, dags. 8. september 2006, barst endanleg umsögn Eimskipafélags Íslands ehf. vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins. Málavöxtum er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir. Hinn 17. desember 2007 var tekin ákvörðun í máli þessu. Ákvörðunarorð Samkeppniseftirlitsins hljóða svo:

„Hf. Eimskipafélag Íslands (kt. 510169-1829) braut gegn 11. gr. samkeppnislaga með þeim aðgerðum sem nánar er lýst í ákvörðun þessari.

Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Hf. Eimskipafélag Íslands (kt. 660288-1049) greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 310.000.000. (þrjú hundruð og tíu milljónir króna) vegna þessara brota.

Sektin skal greiðast í ríkissjóð eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar.“

Mál þetta var flutt munnlega og skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 6. febrúar 2008. Á fundi sem haldinn var 21. febrúar 2008 reifuðu málsaðilar helstu sjónarmið sín. Þá var Samskipum veittur kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu. Bárust athugasemdir fyrirtækisins 19. febrúar 2008.

II Helstu sjónarmið áfrýjanda

Áfrýjandi byggir aðalkröfu sína um ógildingu hins kærða úrskurðar einkum á því að hann sé ekki réttur aðili málsins, málið sé fyrnt, markaðsskilgreining sé röng, staða Eimskips á markaðinum sé rangt metin og að fyrirtækið hafi ekki misnotað markaðsráðandi stöðu sína.

1 Aðild áfrýjanda

Af hálfu áfrýjanda er því mótmælt að Eimskipafélag Íslands ehf. hafi tekið við ábyrgð á brotum Hf. Eimskipafélags Íslands sem hafi átt sér aðallega stað á árunum 2001 og 2002 og í ársbyrjun 2003 og að ákvörðun um sekt verði beint að því félagi. Það sé meginregla íslensks réttar að einungis þeirri persónu eða þeim lögaðila, sem talinn sé hafa framið lögbrot, verði gert að sæta refsikenndum viðurlögum af því tilefni, sbr. 69. gr. stjórnarskrár og 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Leiði þetta einnig af lögmætisreglunni þar sem íþyngjandi ákvarðanir verði aðeins teknar að skýr lagaheimild standi til þess. Hafi brot á samkeppnislögum verið framið sé óumdeilt að sá aðili sem þar eigi hlut að máli hafi verið eldra Hf. Eimskipafélag Íslands (síðar Burðarás hf. og þar á eftir Landsbanki Íslands hf. og Straumur-Burðarás hf.). Eimskipafélag Íslands ehf. (síðar áfrýjandi, þ.e. eftir samruna við Avion Group hf.) hafi ekki verið til þegar atvik málsins hafi átt sér stað og sé því ekki heimild til að kveða á um sektir eða refsingu gagnvart félaginu.

Áfrýjandi bendir á að hvorki í eldri eða núverandi samkeppnislögum né athugasemdum með frumvörpum þeim sem orðið hafi að samkeppnislögum komi fram að lögaðili geti sætt ábyrgð

fyrir samkeppnisbrot annars lögaðila. Þá sé ekki að finna ákvæði um hlutlæga ábyrgð aðila sem ekki brjóti gegn lögunum. Telur áfrýjandi að tilvísun Samkeppniseftirlitsins til túlkunar á hugtakinu fyrirtæki í skilningi samkeppnisréttar fullnægi ekki meginreglu íslensks réttar um skýra og ótvíræða lagaheimild. Þá geti sjónarmið Evrópubandalagsréttar ekki vikið framangreindu til hliðar, en áfrýjandi telur að þau myndu samt sem áður leiða til þeirrar niðurstöðu að hann sé ekki réttur aðili að máli þessu.

Áfrýjandi bendir á að fyrir liggi að hin lagalega eining sem hafi framið brotið sé enn til staðar sem og hvaða félög það séu sem beri ábyrgð. Þótt Burðarás hf. hafi runnið inn í Landsbanka Íslands hf. og Straum hf. (síðar Straumur-Burðarás hf.) þá hafi tilvist þess félags ekki lokið heldur hafi öll réttindi og þær skyldur sem hvíldu á því færst til þeirra félaga. Það geti vart skipt máli hvað ábyrgðina varði, hvort yfirtekið félag sé rekið sem sérstakur lögaðili eða renni inn í yfirtökufélagið. Eina ástæða þess að gripið sé til þess úrræðis að leggja sekt á annan aðila heldur en þann sem beri ábyrgð á viðkomandi brotum sé þegar honum eða lagalegum arftaka hans sé ómögulegt að greiða sektina. Í fyrirbyggjandi máli sé unnt að leggja sektir á hinn ábyrga aðila og komi því ekki til skoðunar hvort áfrýjandi skuli bera ábyrgð á sektunum.

Áfrýjandi vísar til þess að samkvæmt skiptingar- og samrunaáætlun Burðaráss hf., Straums hf. og Landsbanka Íslands hf. hafi Burðarási hf. verið skipt á milli Straums hf. og Landsbanka Íslands hf. og hafi hin síðarnefndu tvö félög tekið við öllum réttindum og skyldum Burðaráss hf. Í 4. - 6. gr. samruna- og skiptingaráætlunarinnar sé sérstaklega gert ráð fyrir því að ef til sektar kæmi (vegna samkeppnislagabrota) yrði ábyrgð að öllu jöfnu skipt á milli Straums hf. og Landsbanka Íslands hf. í hlutfalli við yfirtekið eigið fé. Ljóst sé því að Burðarás hf. hafi ekki verið leyst upp heldur runnið inn í önnur félög og hin efnahagslega eining sé óumdeilanlega enn til staðar. Einingin sé nú rekin af Straumi-Burðarási fjárfestingarbanka hf. og Landsbanka Íslands hf. og beri félögin samkvæmt skýrum ákvæðum hlutafélagalaga og samruna- og skiptingaáætlunarinnar ábyrgð á greiðslu skulda sem og sektum, þ.á.m. stjórnvaldssektum á grundvelli samkeppnislaga, sem kunnir að falla á yfirtekna félagið.

2 Fyrning

Af hálfu áfrýjanda er því fram haldið að ætluð sök vegna allra eða nær allra hinna meintu brota Eimskips í málinu sé fyrnd. Fyrning sakar leiði til þess að hvorki sé unnt að refsa fyrir viðkomandi háttsemi né að dæma viðurlög fyrir hana, sbr. 6. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga. Bendir áfrýjandi á að eldri samkeppnislög nr. 8/1993 hafi ekki haft að geyma ákvæði um fyrningu sakar vegna brota gegn lögunum. Í núgildandi samkeppnislögum nr. 44/2005 sé hins vegar ákvæði í 37. gr. a þar sem kveðið er á um að heimild til að leggja á sektir falli niður þegar sjö ár eru liðin frá því að háttsemi hafi lokið. Ákvæðinu verði ekki beitt með afturvirkum hætti í því máli sem kæra þessi lúti að heldur horft til almennra reglna um fyrningu sem hafi gilt í gildistíð laga nr. 8/1993. Fari því um fyrningu eftir því sem greinir í ákvæðum almennra hegningarlaga nr. 19/1940, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004. Þar sem ákvæði 5. mgr. 81. gr. almennra hegningarlaga, sbr. lög nr. 39/2000, um fimm ára fyrningarfrest, hafi ekki tekið gildi fyrr en 26. maí 2000 eigi fyrningarfrestur vegna meintra brota sem átt hafi sér stað fyrir það tímamark að miðast við tveggja ára fyrningarfrest. Meint brot sem átt hafi sér stað eftir þann tíma kunni hins vegar að hafa fimm ára fyrningarfrest. Fellst áfrýjandi ekki á þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að meint brot Eimskips hafi átt sér stað með samfelldum og reglubundnum hætti og af því leiði að fyrningarfrestur skuli vera fimm ár fyrir öll hin meintu brot. Telur hann að verulega skorti á í máli þessu að skilyrðum refsiréttar um framhaldsbrot sé fullnægt.

Áfrýjandi telur að húsleit sem fram hafi farið í starfstöðvum Eimskips eða afhending andmælaskjals hafi ekki haft þau réttaráhrif að fyrningarfrestur hafi rofnað. Byggir hann á því að fyrningarfrestur hafi ekki rofnað fyrr en með birtingu ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins þann 19. desember 2007.

3 Markaðsskilgreining

Af hálfu áfrýjanda er því fram haldið að markaðsskilgreining Samkeppniseftirlitsins standist ekki. Ranglega hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að ekki sé staðganga á milli flugflutninga og áætlunarflutninga með skipum. Röngum aðferðum hafi verið beitt við skiptingu á mörkuðum

málsins í annars vegar áætlunarflutninga og hins vegar leiguflutninga. Þá tilheyrir flutningar milli Íslands og Norður-Ameríku annars vegar og Evrópu hins vegar ekki sama markaði. Áfrýjandi telur rétt að skilgreina markaði þessa máls annars vegar sem markað fyrir stórflutninga og hins vegar markað fyrir áætlunarflutninga.

Hvað varðar staðgöngu milli flugflutninga og áætlunarflutninga þá vísar áfrýjandi til þeirra sjónarmiða sem þegar hafa komið fram af hans hálfu undir rekstri málsins, aðallega í umsögn hans við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins, dags. 8. september 2006. Eftirlitið svari ekki þeim rökum sem þar komi fram með fullnægjandi hætti í ákvörðun sinni. Telur áfrýjandi að ekki verði séð hvaða þýðingu skoðanir FL Group hf. í samrunaskrá hafi í fyrirliggjandi máli. Þá séu niðurstöður SSNIP prófs sem Samkeppniseftirlitið hafi framkvæmt þýðingarlausar þar sem það hafi átt að kanna verðhækkun á sjóflutningum ekki flugflutningum. Bendir áfrýjandi á að allur gangur sé á því hvort algerlega sambærileg fyrirtæki flytji vörur sínar til landsins með flugi eða með skipum.

Áfrýjandi telur að aðferðarfræðin sem Samkeppniseftirlitið beiti við skiptingu á mörkuðum málsins í annars vegar leiguflutninga og hins vegar áætlunarflutninga gefi ranga mynd af stöðu aðila á markaðnum og sé ekki í neinu samræmi við viðteknar markaðsskilgreiningar, hvorki hér á landi né samkvæmt EB rétti.

Áfrýjandi fellst ekki á þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að telja flutninga Eimskips með frystiskipum til Spánar og Portúgals annars vegar og Norður-Noregs hins vegar fyrir Sölumiðstöð hraðfrystihúsanna og SÍF, til áætlunarflutninga. Um sé að ræða flutninga sem Eimskip hafi tekið að sér til ofangreindra landa fyrir tvo aðila, þar sem hvorugt þessara félaga hafi talið áætlunarsiglingar þjóna hagsmunum sínum. Ferðirnar hafi ekki verið á siglingaáætlun, verið óreglulegar, þ.e. að jafnaði á 16-20 daga fresti og ekki auglýstar sérstaklega. Ekki hafi þannig um að ræða fyrirfram birta áætlun um siglingarnar.

Áfrýjandi telur að flutningar Eimskips á vörum sem ýmist hafi verið fluttar með leiguflutningum eða áætlunarflutningum, þá sérstaklega áli og rafskautum til álframleiðslu, tilheyrir þeim markaði sem Samkeppniseftirlitið skilgreini sem leiguflutninga. Áfrýjandi bendir á að er hin meintu brot

hafi verið framin hafi bæði Eimskip og Samskip, auk Atlantsskipa, stundað reglulegar áætlunarsiglingar til og frá Íslandi. Auk þessa hafi a.m.k. Eimskip, Nesskip og Samskip stundað stórflutninga til og frá landinu fyrir einstaka mjög stóra aðila, t.a.m. álver. Uppbygging skipaflota Samskipa hafi verið með þeim hætti að félagið hafi leigt til sín skip, á meðan Eimskip hafi átt skipin sem það hafi notað. Af þessu hafi m.a. leitt að Samskip hafi notaði leiguskip fyrir hina stóru aðila, á meðan Eimskip hafi reynt að koma flutningi þessara aðila í áætlunarskip sín til hagræðingar. Eðlismunur sé á flutningum Eimskips fyrir álfélögin og venjulegum áætlunarflutningum. Álfélögin hafi haft það magn sem þurfti í stórflutningaskip. Sé því augljóst að staðganga sé á milli þeirra flutninga og flutninga sem skilgreindir séu sem leiguflutningar í ákvörðun eftirlitsins.

Af hálfu áfrýjanda er því mótmælt að siglingar til og frá Norður-Ameríku annars vegar og til og frá Evrópu hins vegar séu einn og sami markaður. Sá sem vilji fá farm fluttan frá Íslandi til Evrópu sætti sig vitaskuld ekki við að farmurinn fari þess í stað til Norður-Ameríku og öfugt.

Áfrýjandi telur að rétt skilgreining á markaðnum leiði til þess að áfrýjandi hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu. Með vísan til framangreinds séu markaðirnir réttilega skilgreindir þannig að þjónustumarkaðurinn sé áætlunarflutningar til og frá landinu að undanskildum stórflutningum á vörum á borð við ál og rafskaut og sérverkefnum í frystiskipaflutningum. Þá verði að taka tillit til samkeppni við flugflutninga. Landfræðilegi markaðurinn skiptist í annars vegar flutninga milli Íslands og Norður-Ameríku og hins vegar flutninga milli Íslands og Evrópu.

4 Markaðsráðandi staða

Af hálfu áfrýjanda er því mótmælt að Eimskip hafi verið í markaðsráðandi stöðu er meint brot áttu sér stað. Áfrýjandi telur að rétt hefði verið að miða markaðshlutdeild við tekjur líkt og í fyrri ákvörðunum sem snerti sjóflutninga. Leiði röng skilgreining á mörkuðum málsins til þess að markaðshlutdeild Eimskips sé ofmetin. Sú skilgreining sem áfrýjandi telur rétt að leggja til grundvallar í málinu leiði hins vegar til þess að markaðshlutdeild Eimskips væri lægri en 55-60%. Þá hafi markaðshlutdeild stærsta samkeppnisaðila Eimskips, Samskipa, verið vanmetin, en áfrýjandi telur hana hafa numið um 35-40% á hinu meinta brotatímabili. Við slíkar aðstæður á

markaði þurfi eitthvað meira að koma til svo að hið stærra fyrirtæki teljist markaðsráðandi. Því sé hins vegar ekki til að dreifa þar sem t.a.m. efnahagslegur styrkur Eimskips og stærsta samkeppnisaðila þess hafi að miklu leyti verið svipaður á hinu meinta brotatímabili. Þá bendir áfrýjandi á að markaðurinn sem um ræðir sé og hafi verið fákeppnismarkaður, sem einkennist af sterkri stöðu tveggja aðila á markaðnum.

Af hálfu áfrýjanda er því fram haldið að takmarkaðar aðgangshindranir séu á sjóflutningamarkaði. Engar lagalegar eða stjórnarfarslegar hindranir standi í vegi nýrra keppinauta. Lágmarksfjárfesting sé óveruleg og helstu markaðsforsendur séu þekktar. Aðgangur að skipum, hvort sem er til leigu eða kaups sé auðveldur og taki skamman tíma. Nýir aðilar geti því hafið starfsemi á sjóflutningamarkaði með litlum fyrirvara, tíma og fjármagni. Sé öflug innkoma Atlansskipa staðfesting á þessu.

Áfrýjandi bendir á að umtalsverður kaupendastyrkur hafi verið til staðar á markaðnum á hinu meinta brotatímabili. Vægi tíu stærstu viðskiptavina Eimskips hafi t.d. verið um [...] ¹ % af heildarveltu félagsins. Ekki sé um að ræða kaupendastyrk í hefðbundnum skilningi, heldur vegna eðli markaðarins sem tilboðsmarkaðar.

Áfrýjandi vísar til þess að markaðshlutdeild eftir að meintum brotatíma ljúki geti haft áhrif. Sé það í samræmi við EB rétt og markmið og tilgang samkeppnislaga. Telur áfrýjandi gögn málsins benda til þess að staða Eimskips hafi veikst talsvert á þeim mörkuðum er máli skipta frá því hin meintu brot áttu sér stað.

Áfrýjandi bendir á að meðalflutningsgjöld Eimskips hafi lækkað verulega á síðustu 10 árum, þrátt fyrir verulega hækkun bæði launakostnaðar og olíuverðs. Við blasi að fyrirtæki sem gæti starfað án þess að taka tillit til neytenda og keppinauta í háttsemi sinni á markaði, þ. á m. verðlagningu, myndi ekki sætta sig við þá verðþróun.

Áfrýjandi mótmælir því að sú staðreynd, ein og sér, að fyrirtæki sé með yfir 50% markaðshlutdeild feli í sér sönnun á markaðsráðandi stöðu, nema einstakar kringumstæður bendi

¹ Trúnaðarmál

til annars. Vegna tilvísunar Samkeppniseftirlitsins til EB réttar bendir áfrýjandi á að margir markaðir hér á landi séu algerir fákeppnismarkaðir, með 2-3 aðila starfandi á markaðnum.

5 Markaðsatlagan

Af hálfu áfrýjanda er því mótmælt að aðgerðir Eimskips hafi farið í bága við samkeppnislög. Telur hann að mat Samkeppniseftirlitsins á eðli aðgerða Eimskips feli í sér grundvallar misskilning á því hvernig samkeppninni hafi í raun og veru verið háttað. Aðgerðirnar hafi verið liður í því að bregðast við samdrætti og harðri samkeppni sem hafi ríkt á þessum tíma. Hvergi í gögnum málsins komi fram að tilgangurinn hafi verið að hrekja Samskip af markaði og þá hafi framkvæmd aðgerðanna ekki verið til þess fallin að hafa þau áhrif. Samskip hafi tekið marga viðskiptavinum Eimskips án þess að Eimskip hafi svarað þeim aðgerðum. Þessar aðgerðir Samskipa hafi leitt til þess að markaðahlutdeild Eimskips hafi minnkað auk þess sem Eimskip hafi orðið að lækka verð hjá mörgum af sínum viðskiptavinum.

Áfrýjandi bendir á að hvergi í gögnum málsins komi fram að það eigi að grípa til aðgerða til þess að hrekja Samskip útaf markaðnum. Þá sé hvergi vísað til þess að ákvörðun hafi verið tekin um að útrýma samkeppni eða beinlínis að hindra hana. Gögn máslins sýni þvert á móti að samkeppni hafi verið hörð og ef eitthvað er hafi Eimskip ekki verið nægilega virkt í samkeppninni. Það hafi leitt til þess að Samskip hafi haft betur í samkeppninni við Eimskip. Missir viðskiptavina leiði augljóslega til þess að tekjur dragist saman og hefðu starfsmenn fyrirtækisins í raun brugðist starfsskyldum sínum ef þeir hefðu ekki brugðist við. Telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið skoði ekki þau samskipti, sem það vísi til, í heild sinni og í samhengi við framkvæmd aðgerðanna. Aðeins sé einblínt á ákveðnar setningar eða jafnvel aðeins stök orð úr gögnum málsins og þannig séu þau tekin úr öllu samhengi eða jafnvel skeytt saman.

Áfrýjandi bendir á að jafnvel þótt Eimskip hefði viljað losna við samkeppni frá Samskipum, þá hefði aldrei verið raunhæft að ná slíkum árangri. Samskip hafi verið það öflugur aðili á markaðnum að slík tilraun hefði aldrei gengið upp. Eimskip og Samskip hafi barist harkalega um viðskiptavinum á þessu tímabili og hafi viðskiptavinir skipt ört milli fyrirtækjanna. Þær aðgerðir sem Samkeppniseftirlitið fjalli um sýni að Eimskip hafi verið að skoða og meta hvar

sóknartækifæri hafi verið á markaðnum, hverjum hafi verið raunhæft að gera tilboð, hvað hafi verið skynsamlegt að framkvæma o.s.frv., þannig að ekki væri verið að eyða óþarfa tíma í aðgerðir sem myndu ekki skila árangri. Í öllum samskiptum sé ljóst að Eimskip hafi verið fullkomlega meðvitað um að sumum viðskiptavinum hafi verið útilokað að ná frá Samskipum, aðrir gætu komið yfir og í sumum tilfellum myndi Samskip hugsanlega berjast hart um viðskiptin og því yrði að skoða málið vandlega áður en gripið yrði til aðgerða. Hvergi segi að það eigi að ná öllum viðskiptavinum Samskipa yfir til Eimskips eða að það eigi að útrýma samkeppni á markaðnum. Það að útbúa lista með viðskiptavinum Samskipa sé ekki það sama og að ákveða að það eigi að ná öllum viðskiptavinum Samskipa í því skyni að hrekja félagið af markaði. Mótmælir áfrýjandi sérstaklega túlkun minnisblaðs framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs frá 1. apríl 2002 til yfirstjórnar Eimskips. Minnisblaðið feli í sér tillögu að markaðsstefnu og sé um að ræða hefðbundið markaðsskjal sem unnið sé í markaðsdeild íslensks sölufyrirtækis.

Áfrýjandi vísar til þess að þar sem Samkeppniseftirlitið sýnist byggja á því að hinar meintu ólögmetu aðgerðir hafi verið ákveðnar í byrjun apríl 2002 og samningar eða tilboð sem séu gerðir í kjölfarið séu ólögmet, þá sé ljóst að allir samningar fyrir þann tíma geti ekki mögulega fallið undir brot vegna aðgerða sem hafi verið ákveðnar í apríl.

Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi ekki rannsakað málið nægilega vel til að geta fullyrt að árangur af aðgerðunum í apríl 2002 hafi verið a.m.k. krónur 200 milljónir. Það sé með öllu óljóst hvort einhver árangur hafi verið í heildina því nauðsynlegt sé að meta aðgerðirnar á þessum tíma í réttu samhengi við þá samkeppni sem þegar hafði verið á markaðnum. Áfrýjandi telur að eins og Samkeppniseftirlitið túlki samkeppnislög liggi fyrir að markaðsráðandi fyrirtækjum sé bannað að taka þátt í samkeppni á markaðnum, og alfarið sé litið framhjá heimildum til að mæta samkeppni.

Áfrýjandi gerir athugasemd við niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins varðandi það hvað hafi verið markmið Eimskips með nýjum viðskiptum. Eftirlitið segi að fyrirtækið hafi sóst eftir viðskiptum frá Samskipum fyrir þrjá milljarða en talið raunhæft að ná 800 milljónum. Í gögnum segi hins vegar að markmiðið hefði verið að ná 800 milljónum. Þá gerir áfrýjandi athugasemd við fullyrðingar eftirlitsins um tilgang með trúnaði vegna aðgerðanna og vísar til þess að það sé

eðlilegt að það ríki trúnaður um markaðsaðgerðir til þess að þær komist ekki í hendur keppinauta. Ennfremur sé rangt að Eimskip hafi náð verulegum viðskiptum frá Samskipum því að á sama tíma hafi Samskip sótt í viðskiptavinum Eimskips.

Áfrýjandi vísar til þess að heimildir markaðsráðandi fyrirtækja til þess að bregðast við samkeppni séu mun rýmri í þeim tilfellum sem verðlagning sé yfir kostnaði. Markaðsráðandi fyrirtæki hljóti þá að vera heimilt að bjóða viðskiptavinum annarra tilboð að eigin frumkvæði. Þegar metið sé hvort brotið hafi verið gegn 11. gr. samkeppnislaga verði að skoða markaðinn og greina hvernig samkeppni á honum sé háttáð. Að öðrum kosti sé ekki hægt að greina hvar mörkin á milli eðlilegra og óeðlilegra aðgerða liggi en þau geti verið mjög breytileg milli markaða og taki mið af stöðu fyrirtækja. Eimskip hafi starfað á tvíkeppnimarkaði en slíkir markaðir einkennist af fáum seljendum þar sem ákvarðanir hvers aðila á markaði séu oft undir áhrifum frá aðgerðum keppinauta eða hugsanlegum viðbrögðum þeirra. Þar sem fyrirtæki á tvíkeppnimarkaði séu fá mun hvert þeirra líta sterklega til þess sem aðrir aðilar á markaði geri, þar sem aðgerðir þeirra hafi meiri áhrif á afkomu hinna.

Af hálfu áfrýjanda er því fram haldið að það sé verulega umdeilt í fræðunum hvort samkeppnisyfirvöld eigi yfir höfuð að grípa til aðgerða vegna verðlækkunar markaðsráðandi fyrirtækis sem sé ekki undir kostnaði. Dómstólar EB hafi ekki enn túlkað það sem svo að sértæk verðlækkun yfir kostnaði ein og sér feli í sér brot á samkeppnislögum. Þá séu dæmin sem tengist sértækri verðlækkun almennt vegna fyrirtækja sem séu í einstakri yfirburðastöðu og misnotkunin beinist að aðila sem sé nýr á markaðnum. Áfrýjandi telur að aðgerðir Eimskips hafi ekki falið í sér ólögmetta, sértæka verðlækkun. Í fyrsta lagi liggi fyrir að Eimskip hafi ekki verið í yfirburðastöðu á markaðnum. Í öðru lagi hafi samkeppni verið mjög virk þar sem Samskip hafi verið og sé mjög öflugur keppinautur en ekki nýr aðili á markaðnum sem nauðsynlegt hafi verið að vernda. Í þriðja lagi hafi aðgerðir Eimskips ekki verið sértækar þar sem verðlækkunum hafi verið beitt með almennum hætti og sambærilegum viðskiptavinum Eimskips ekki mismunað.

Áfrýjandi bendir á að Samkeppniseftirlitið hafi ekki fært fram sönnur á fullyrðingar um að sambærilegum viðskiptavinum Eimskips hafi ekki verið boðin sömu kjör og viðskiptavinum Samskipa. Til þess að unnt sé að halda slíku fram verði Samkeppniseftirlitið að bera saman

sambærilega viðskiptavinum hjá báðum félögum, þ.e. skoða magn sem samningur taki til og hvers eðlis viðkomandi vara sé með tilliti til þyngdar og rúmmáls. Ekki verði séð á hvaða gögnum Samkeppniseftirlitið byggir fullyrðingar sínar um sértækar aðgerðir þar sem það liggi ekki fyrir að sambærilegum viðskiptavinum Eimskips hafi verið boðin ósambærileg kjör á sama tíma. Samkeppniseftirlitið virðist byggja meinta mismunun milli viðskiptavina á tölvupóstsamskiptum milli starfsmanna Eimskips sem séu slitin úr samhengi. Áfrýjandi telur að þvert á móti hafi verið sýnt fram á að sambærilegt samningsverð viðskiptavina Eimskips hafi lækkaði á umræddu tímabili. Tölvupóstur staðfesti það að tilgangur Eimskips hafi verið að framkvæma verðlækkun með almennum hætti og tryggja að ekki kæmi fram misræmi. Þá vísar áfrýjandi til þess að meðalflutningsgjöld í innflutningi frá Evrópu hafi lækkað síðustu ár. Telur áfrýjandi að það og sú staðreynd að tekjur vegna 50 stærstu viðskiptavina Eimskips hafi lækkað miðað við flutt magn sýni með skýrum hætti að verðlækkun árið 2002 hafi verið með almennum hætti.

Áfrýjandi bendir á að sú staðreynd að Eimskip hafi getað boðið viðskiptavinum Samskipa verulega lægra verð án þess að bjóða verð undir kostnaði gefi vísbendingu um að verð Samskipa til þeirra viðskiptavina hafi verið miklu hærra en eðlilegt hafi verið eða að Eimskip hafi verið betur rekið fyrirtæki. Þá liggi fyrir að Samskip hafi lækkað eigið verð til þess að halda viðskiptum í næstum 20 tilfellum auk þess sem Samskip hafi tekið viðskipti frá Eimskip á sama tíma. Telur áfrýjandi það taka af allan vafa um að aðgerðirnar hafi verið til þess fallnar að auka samkeppni, neytendum til góða.

Áfrýjandi bendir á að við samanburð verði að líta til margra þátta, svo sem hvort um heildarsamning hafi verið að ræða, eða aðeins flutning frá N-Ameríku eða Evrópu, eðli vörunnar, rúmmál, þyngd og magn. Ólíkt mörgum öðrum mörkuðum þá einkennist þessi markaður af því að sérhver viðskiptavinur sé metinn með sjálfstæðum hætti í hverju tilfelli fyrir sig. Endanlegt samningsverð sé síðan byggt á tilboðum og samningaviðræðum sem miði að því að ná sameiginlegri niðurstöðu sem báðir aðilar geti fallist á.

Áfrýjandi vísar til þess að Samkeppniseftirlitið hafi ekki skoðað alla samninga sem séu í vörslu þess til að staðfesta hversu stór frávikin frá gjaldskrá Eimskips hafi verið. Þar sem Samkeppniseftirlitið haldi því fram að viðskiptavinum Samskipa hafi verið boðið verð sem hafi

verið óeðlilega langt frá gildandi gjaldskrá þá beri eftirlitið sönnunarbyrði af slíkri fullyrðingu. Telur áfrýjandi dæmi sanna að 85-95% frávik frá gjaldskrá hafi verið regla frekar en undantekning. Þá hafi Samkeppniseftirlitið ekki skýrt með hvaða hætti það grundvalli útreikninga sína um frávik frá gjaldskrá.

6 Einkakaupasamningar

Af hálfu áfrýjanda er vísað til þess að með lögum nr. 107/2000, sem tóku gildi 6. desember 2000, hafi 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 verið breytt á þann veg að misnotkun á markaðsráðandi stöðu hafi verið bönnuð fyrirfram. Bendir áfrýjandi á að Samkeppniseftirlitið virðist telja að gerð einkakaupasamnings ein og sér feli í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga, óháð því hvort framkvæmd samningsins hafi í raun samkeppnishamlandi áhrif. Þá sé það jafnframt skilningur eftirlitsins að einkakaupasamningur markaðsráðandi fyrirtækis sé ólögmætur, jafnvel þó hann hafi ekki komið til framkvæmda. Bendir áfrýjandi á að sé þessi skilningur lagður til grundvallar hljóti að vera um fullframið brot að ræða þegar við gerð meints einkakaupasamning. Nýjum lögum verði hins vegar aðeins beitt um lögskipti sem eigi sér stað eftir gildistöku þeirra. Því beri að horfa til þeirra laga sem voru í gildi við undirritun þeirra, sbr. 69. gr. stjórnarskrárinnar. Fjöldmargir samningar sem Samkeppniseftirlitið telji að brjóti í bága við 11. gr. núgildandi samkeppnislaga hafi hins vegar verið undirritaðir áður en lög nr. 107/2000 hafi tekið gildi. Því sé þess krafist að áfrýjunarnefndin felli úr gildi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hvað varðar samninga er tóku gildi fyrir 6. desember 2000. Jafnvel þótt brot sé ekki talið fullframið við undirritun umræddra samninga telur áfrýjandi að lagaskilareglur leiði til þess að ekki sé unnt að beita 11. gr. samkeppnislaga, eins og hún hafi verið eftir setningu umræddra breytingalaga, sem refsheimild. Komi þar til að samningurinn hafi verið löglegur á þeim tíma sem hann hafi verið gerður.

Áfrýjandi telur Samkeppniseftirlitið hafa brotið gegn meginreglum stjórnsýsluréttar um jafnræði og samræmi í lagaframkvæmd með því að ákveða að samningar til styttri tíma en þriggja ára feli sér brot á samkeppnislögum. Byggir áfrýjandi á því að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2006 varðandi Flugþjónustuna á Keflavíkflugvelli (IGS) hafi eftirlitið talið IGS hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga þegar það gerði 10 einkakaupasamninga um flugafgreiðslu. Í málinu

hafi Samkeppniseftirlitið einungis talið ólögmæta einkakaupasamninga IGS með þriggja ára gildistíma, þótt alkunna væri að fyrirtækið hafi gert sams konar samninga til skemmri tíma. Sú niðurstaða hafi verið staðfest af áfrýjunarnefnd samkeppnismála og Héraðsdómi Reykjavíkur og á öllum stigum mikil áhersla lögð á gildistíma samninganna. Í báðum þessum málunum sé um að ræða markaði tengda flutningum þar sem fastur kostnaður sé hár og því ljóst að svipuð sjónarmið eigi við.

Áfrýjandi bendir á að í réttarframkvæmd sé gengið út frá því að samningur teljist einkakaupasamningur þegar markaðsráðandi fyrirtæki skuldbindi viðsemjendur sína til þess að eiga einungis viðskipti við sig á ákveðnum markaði. Af réttarframkvæmd og umfjöllun fræðimanna megi jafnframt ráða að mat á lögmæti einkakaupasamninga sé þríþætt. Fyrst þurfi að staðreyna að samningur milli markaðsráðandi fyrirtækis og viðskiptavinar sé einkakaupasamningur. Svo þurfi að kanna hvort hann hafi teljandi útilokunaráhrif í för með sér á markaði. Ef svo er þurfi að kanna hvort hann réttlætist af hlutlægum ástæðum. Telur áfrýjandi Samkeppniseftirlitið einungis taka afstöðu til þess hvort umræddir samningar séu einkakaupasamningar, þ.e. innihaldi ákvæði um einkakaup, en skoði ekki sérstaklega hvort að þau hafi teljandi útilokunaráhrif í för með sér á markaði eða réttlætist af hlutlægum ástæðum. Þá hafi Samkeppniseftirlitið ekki rannsakað á fullnægjandi hátt hvort viðskiptavinir Eimskip hafi verið skuldbundnir til að kaupa a.m.k. 75-80% þeirrar flutningaþjónustu sem þeir þörfuðust, sbr. sú fullyrðing eftirlitsins að framkvæmdastjórn EB telji um einkakaupasamning að ræða þegar skyldan lúti að 80% varanna eða meira.

Áfrýjandi vísar til þess að Samkeppniseftirlitið hafi ekki metið hvern samning fyrir sig heldur grundvallað niðurstöðu sína varðandi ólögmæti meginþorra þeirra einkum á tvennu; annars vegar rangri orðskýringu umræddra samningsákvæða og hins vegar örfáum setningum úr tölvupóstsamskiptum starfsmanna Eimskips. Þannig setji eftirlitið 61 af umræddum samningum upp í töflu og komist að þeirri niðurstöðu, svo til án nokkurrar sjálfstæðrar umfjöllunar eða röksemda varðandi hvern samning, að þeir séu allir ólögmætir með vísan til annarra gagna málsins. Þessi framsetning brjóti gegn rannsóknarreglu stjórnisýsluréttarins, en jafnframt séu virt að vettugi öll sjónarmið um lágmarksinnihald rökstuðnings og vandaða stjórnisýsluhætti.

Af hálfu áfrýjanda er því mótmælt að orðalagið í samningum Eimskips „*heildarsamningur um flutningaþjónustu*“ og „*að samningurinn taki til allra flutninga viðskiptavinar og annarrar flutningatengdrar þjónustu*“ feli í sér skuldbindingu um einkakaup. Hvorki sé tilgangur né afleiðing samninganna að skuldbinda viðskiptamenn til að kaupa alla eða meirihluta þeirrar sjóflutningaþjónustu sem þeir þarfnist af fyrirtækinu. Þá sé augljóst að ákvæði samninganna um viðmiðunarmagn hafi ekki verið bindandi enda komi skýrlega fram að um áætlað magn sé að ræða. Þá hafi ekki verið rannsakað hvort þetta áætlaða magn hafi náð yfir allar flutningaþarfir viðkomandi viðskiptavinar.

Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið rangtúlki jafnframt hugtakið „*heildarflutningsþjónusta*“ og telji það merkja að allir flutningar viðkomandi fyrirtækis eigi að vera hjá Eimskip og hvergi annarsstaðar. Orðið „*heildarflutningsþjónusta*“ sé bein þýðing á enska hugtakinu „total solution“ sem algengt sé í erlendum viðskiptasamningunum og sé talið fullkomlega eðlilegt. Hugtakið nái yfir allar flutningstengdar þarfir viðkomandi viðskiptavinar, þ.e. þjónustu á öllum stigum og tegundum flutninga og á svo til öllum vörum.

Áfrýjandi gerir athugasemdir við tilvísanir Samkeppniseftirlitsins til tölvupóstsendinga milli starfsmanna Eimskips, sem eftirlitið telji sýna að skilningur forsvarsmanna á heildarsamningi hafi verið að viðskiptavinur keypti ekki flutningaþjónustu af öðrum. Einhliða skilningur nokkurra starfsmanna Eimskips á því að samningarnir kvæðu á um annað og meira en þar komi beinlínis fram breyti engu. Telur áfrýjandi að umfjöllun um þessa fáu tölvupósta brotakennda og einkennast af rangtúlkun gagna. Tölvupóstarnir séu teknir úr samhengi og víðtækar ályktanir dregnar út frá almennum orðum þeirra.

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að jafnvel þótt samningar Eimskips teldust einkakaupasamningar hafi ekki verið sýnt fram á að þeir feli í sér samkeppnishamlandi áhrif. Kanna hefði þurft hvort viðskiptavinir hafi einnig verið í viðskiptum við Samskip og Atlantsskip, heildarfjöldi viðskiptavina á markaðnum o.s.frv. Að mati áfrýjanda sé eðli sjóflutningamarkaðar þannig að nauðsynlegt sé að samningar flutningsaðila og kaupanda þjónustu hafi lengri gildistíma en á öðrum mörkuðum. Sjóflutningafyrirtæki hafi mikla fjármuni bundna í rekstrartækjum og

fasteignum, auk þess sem reksturinn sé byggður á fyrirfram ákveðnum flutningakerfum og þurfi því að hafa ákveðna hugmynd um væntanleg viðskipti.

7 Tryggðarafslættir

Af hálfu áfrýjanda er því fram haldið að umfjöllun Samkeppniseftirlitsins, er það komist að þeirri niðurstöðu að fjölmargir samningar Eimskips innihaldi ákvæði um tryggðarafslætti, sé verulegum annmörkum háð sem leiði til efnislega rangrar niðurstöðu. Samkeppniseftirlitið hafi hvorki fært fullnægjandi rök fyrir því að telja verði þá afslætti sem um ræðir í málinu til tryggðarafslátta né hafi það kannað sérstaklega útilokunaráhrif þeirra og tryggðaráhrif. Ennfremur hafi ekki rannsakað með fullnægjandi hætti hvort efnahagslegar forsendur geti réttlætt veitingu afslátta í hverju tilviki fyrir sig. Áfrýjandi telur að þær staðhæfingar sem hann hafi sett fram um kostnaðarlegt hagræði sem réttlæti afsláttarkjör séu fullnægjandi.

Áfrýjandi bendir á að líta verði heildstætt á afsláttakerfi fyrirtækja við mat á því hvort afslættirnir teljist ólögmætir. Binding viðskiptavinar hafi mikið að segja við mat á því hvort afsláttur geti talist tryggðarafsláttur og þar með misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Afslættir geti átt sér margvíslegar skýringar. Þeir geti grundvallast á því að ákveðið magn leiði af sér stærðarhagkvæmni eða að viðskiptavinur kaupi marga þjónustuþætti í einum viðskiptum sem leiði til þess að ódýrara sé að þjónusta hann. Stundum sé afsláttur gefinn af umsömdu verði þar sem ákveðnar aðstæður eru fyrir hendi sem mynda skilyrði fyrir afslætti.

Áfrýjandi bendir á að afslættir séu til þess fallnir að draga úr gagnsæi markaðarins og þar með líkunum á því að keppinautar á markaði geti áttað sig á því hvaða verð viðskiptavinum standi til boða. Séu afslættir því oft nauðsynlegt úrræði til þess að tryggja virka samkeppni á markaði og draga úr fákeppniseinkennum þeirra. Áfrýjandi mótmælir því sem fram komi í hinni kærðu ákvörðun að afsláttur sem geri keppinaut erfiðara að afla sér viðskipta feli í sér útilokunaráhrif og sé ólögmætur eða að *”meginreglan (svo) sé að markaðsráðandi fyrirtæki sé óheimilt að veita afslætti eða aðra ívilnun sem vinnur gegn því að viðskiptavinir þess eigi viðskipti við keppinauta.”* Bendir áfrýjandi á að allir afslættir hljóti, með sama hætti og aðrar verðlækkningar, að gera keppinautum erfiðara fyrir og fyrrgreind túlkun á samkeppnisreglum þýði einfaldlega að

markaðsráðandi fyrirtækjum sé óheimilt að keppa um viðskiptavinum á grundvelli verðs. Verði því að gjalda mikinn varhug við slíku til að draga ekki úr verðsamkeppni. Afsláttarkjör séu almennt ekki til þess fallin að útiloka keppinauta frá viðskiptum og ef keppinautarnir hafi sambærilega eða betri rekstrahagkvæmni ættu þeir að geta haft betur í samkeppninni með því að bjóða lægra verð. Þau fordæmi sem Samkeppniseftirlitið vísi til í ákvörðun sinni séu því marki brennd að þar hafi hið markaðsráðandi fyrirtæki veitt skilyrta afslætti og því hafi mat á því hvort um útilokunaráhrif hafi verið að ræða verið tiltölulega einfalt.

Áfrýjandi mótmælir því sjónarmiði Samkeppniseftirlitsins að eftir á greiddum afsláttum í samningunum Eimskips hafi verið ætlað að skapa tryggð viðskiptavinanna og styðja við ákvæðið um einkakaup. Bendir hann á að í fyrsta lagi hafi ekki verið um það að ræða að viðskiptavinum Eimskips hafi, nema í undantekningartilvikum, borið skylda til að flytja tiltekið magn á ársgrundvelli. Í öðru lagi hafi ekki verið að finna einkakaupaákvæði nema í einstaka samningum, en það hafi ekki verið ólögmet einkakaupaákvæði. Afslættir þeir sem um sé deilt í máli þessu séu í flestum tilvikum óskilyrtir. Samkeppniseftirlitið virðist hins vegar ekkert tillit taka til þessarar staðreyndar.

Áfrýjandi vísar til þess að Eimskip hafi fylgt almennum reglum um veitingu magnafslátta, sem hafi byggst á heildarmati á kostnaðarlegu hagræði sem fylgdi að jafnaði hverjum viðskiptum. Afslættir hafi verið mjög mismunandi í hverju tilviki fyrir sig og m.a. ráðist af umfangi viðskiptanna og áætluðu magni.

Áfrýjandi áréttar að gjaldskrá hafi einungis verið til viðmiðunar og gilt einna helst í einskisviðskiptum. Það liggi hins vegar í augum uppi að þeir viðskiptavinir sem flytji vörur í miklu magni geri kröfu til þess að fá hlutdeild í því kostnaðarlega hagræði sem almennt sé viðurkennt að sjóflutningafyrirtæki hafi af því að flytja aukið magn.

Áfrýjandi bendir á að minni umsýslukostnaður vegna færri uppgjöra sé meginástæða þess að afslátturinn sé gerður upp eftir á, auk þess sem í minni viðskiptum svari ekki kostnaði að reikna út afslætti nema fyrir lengri tímabil. Endurspeglislist þetta m.a. í því að almennt líði skemmri tími milli

uppgjöra í stærri samningum. Þá verði að hafa í huga að áfrýjandi hafi getað ávaxtað þá fjármuni sem hafi verið greiddir út eftir á.

Áfrýjandi vísar til þess að afslættirnir séu sjaldnast verulegir auk þess sem uppgjör þeirra fari fram mjög reglulega. Af þeirri ástæðu séu þeir ekki til þess fallnir að skapa tryggð þar sem hlutfall uppsafnaðra afslátta sé að jafnaði takmarkað í heildarverðlagningu á þjónustunni, og auðvelt sé fyrir keppinauta að mæta honum.

8 Viðurlög

Verði fallist á það sjónarmið áfrýjanda að fyrningarfrestur hafi ekki rofnað vegna meintra brota Eimskips fyrr en með hinni kærðu ákvörðun, er það hans álit að sök sé fyrnd vegna samninga sem taldir eru hafa falið í sér einkakaup, að undanskildum tveimur nánar tilteknum samningum. Með sama hætti sé sök fyrnd vegna allra þeirra tilboða og samninga sem Samkeppniseftirlitið telji hafa falið í sér markaðsatlögu. Af því leiði að ekki sé unnt hægt að refsa fyrir umrædd brot. Komist áfrýjunarnefndin hins vegar að þeirri niðurstöðu að fyrningarfrestur meintra brota hafi verið rofinn, hvort sem er með birtingu andmælskjals, dags. 2. maí 2006, eða með húsleit, dags. 4. september 2002, sé ljóst að þá þegar hafi margir af einkakaupsamningum Eimskips verið fyrndir.

Áfrýjandi vísar til þess að Samkeppniseftirlitið byggi niðurstöðu sína á afar framsækinni túlkun á 11. gr. samkeppnislaga sem ekki eigi sér samsvörun í framkvæmd á þeim tíma sem meint brot hafi átt sér stað. Í veigamiklum tilfellum fari niðurstaðan einnig gegn nýjustu fordæmum á viðeigandi sviði. Sé gengið mun lengra heldur en áður hafi verið gert og vikið hafi verið frá fyrri framkvæmd. Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003 staðfesti að þegar samkeppnisyfirvöld móti nýja reglu í ákvörðunum sínum þá skuli ekki sekta fyrir slík brot. Túlkun á inntaki matskenndrar bannreglu, eins og 11. gr. samkeppnislaga, feli í sér fyllingu og skýringu á þeirri reglu til framtíðar. Í máli þessu hafi bannreglu verið breytt þannig að mun fleiri samningar og aðgerðir teljist ólögmetar en áður. Telur áfrýjandi það brjóta gegn jafnræðisreglu stjórnsýsluréttar sem og meginreglum um réttmætar væntingar og samræmi í lagaframkvæmd. Þegar af þeirri ástæðu sé óheimilt að sekta áfrýjanda.

Áfrýjandi telur að þar sem málið hafi dregist óhæfilega í meðferð samkeppnisyfirvalda eigi ekki að beita sektum. Miðað við fyrri stjórnisýsluframkvæmd og framgang og eðli þessa máls verði að telja að Samkeppniseftirlitið hefði getað tekið ákvörðun mun fyrr. Bendir áfrýjandi á að rannsókn málsins virðist hafa legið niðri meirihluta ársins 2004 fyrir utan erindi í mars og júní 2004. Þá hafi eftirlitið tekið sér meira en eitt ár til að vinna úr athugasemdum við andmælaskjal eða frá september 2006 til desember 2007. Þessi dráttur sé að miklu leyti óútskýrður og telur áfrýjandi Samkeppniseftirlitið hafa brotið 9. gr. stjórnisýslulaga, sbr. 23. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005, sem kveði á um að ákvarðanir í málum skulu teknar svo fljótt sem unnt sé. Mótmælir áfrýjandi þeim skýringum Samkeppniseftirlitsins að töfina sé að rekja til þess að ágreiningur hafi verið um alla helstu meginþætti.

Áfrýjandi mótmælir því sjónarmiði Samkeppniseftirlitsins að brotin hafi verið umfangsmikil. Hvað varðar fjölda samninga feli ákvörðun eftirlitsins í sér yfirborðskennt mat á umfangi brota. Ekkert liggi fyrir í málinu um til hve stórs hluta markaðarins meint brot nái. Eimskip hafi haft að markmiði að ná aftur til sín um 5% markaðshlutdeild en ljóst sé að það markmið hafi ekki náðst. Þá virðist þetta engin áhrif hafa haft á markaðshlutdeild aðila. Ekki liggi heldur fyrir til hve stórs hluta markaðarins meintir einkakaupasamningar hafi náð eða útilokunaráhrif þeirra að öðru leyti.

Áfrýjandi mótmælir því mati Samkeppniseftirlitsins að meint brot séu alvarleg. Vísar áfrýjandi til þess að upplýsingar um umfang brota liggi ekki fyrir í málinu. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins sé því haldið fram að svokölluð markaðsatlaga og einkakaupasamningar hafi valdið Samskipum samkeppnislegu tjóni og horfi það til þyngingar viðurlaga. Ekki verði séð á hvaða gögnum Samkeppniseftirlitið byggji þá ályktun sína enda sé ljóst að hin meinta ólögmeta háttsemi Eimskips hafi ekki haft skaðleg áhrif á samkeppni og áfrýjandi hafi ekki hagnast á henni.

Áfrýjandi mótmælir þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að Eimskip hafi haft skýran ásetning um að raska samkeppni. Telur áfrýjandi að eftirlitið veiti orðum eins og „árás“ og „setja á hælana“ of mikið vægi á kostnað málefnalegs mats á gögnum málsins og þeim aðgerðum sem þær lýsi. Þegar gögnin séu virt í heild sinni komi í ljós skýrt markmið um að bregðast við harðri

samkeppni frá Samskipum í sömu mynt. Ítrekar áfrýjandi að markmiðið hafi ekki verið að veikja Samskip verulega eða koma því fyrirtæki út af markaði. Þá liggi fyrir hvað varðar meinta einkakaupasamninga að engin bein kvöð hafi verið í þeim sem meinaði viðskiptavinum að versla við keppinauta eða skuldbindi þá til að versla eingöngu við Eimskip.

Áfrýjandi heldur því fram að sektir í máli þessu myndu hafa takmörkuð varnaðaráhrif, þar sem nýir eigendur og stjórnendur hafi tekið við og jafnframt sé langt síðan hinum meintu brotum hafi lokið.

Áfrýjandi telur að horfa verði til þess að ætluð brot hafi einungis staðið í stuttan tíma. Hin svokallaða markaðsatlaga á að hafa hafist í mars/apríl 2002 og lokið við húsleitina í september 2002 að mati eftirlitsins. Raunin sé hins vegar sú að henni hafi að mestu verið lokið um sumarið 2002. Hafi hún því einungis staðið yfir í um hálf t. ár.

Áfrýjandi vísar að lokum til þess að samkvæmt jafnræðisreglu stjórnsluréttar beri að líta til fyrri ákvarðana Samkeppniseftirlitsins í sambærilegum málum við mat á fjárhæð sekta. Meint brot hafi aðallega átt sér stað á árinu 2002 og því sé eðlilegt að líta til framkvæmdar á því tímabili.

III Helstu sjónarmið Samkeppniseftirlitsins

1 Aðild áfrýjanda

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því fram haldið að áfrýjandi sé réttur aðili að hinni kærðu ákvörðun. Hafi hann frá upphafi notið þeirra réttinda sem stjórnslu- og samkeppnislög mæli fyrir um. Þannig hafi hann verið virkur í rannsókn málsins, þ.m.t. veitt gögnum viðtöku, komið að sínum sjónarmiðum og lagt fram frekari gögn í málinu. Eigi þetta jafnt við fyrir og eftir að áfrýjandi hafi komist í eigu í eigu Avion Group hf. í júní 2005 sem og eftir að beiðni Landsbanka Íslands hafi verið send fyrirtækjaskrá 30. september sama ár um að afmá Burðarás hf. úr hlutafélagaskrá.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga sé eftirlitinu veitt heimild til að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki (e. undertaking) sem brotið hafi bannreglur laganna. Eðli málsins samkvæmt taki heimildin til þeirra fyrirtækja sem hafi aðild að því stjórnslumáli sem sé til umfjöllunar hverju sinni. Varðandi túlkun á hugtakinu fyrirtæki og ákvæði 37. gr. að öðru leyti beri sérstaklega að horfa til þess að í athugasemdum í frumvarpi sem orðið hafi að samkeppnislögum nr. 8/1993 komi fram að þessi heimild til að leggja sektir á fyrirtæki sé nýmæli í íslenskum rétti og að ákvæðið sé sniðið að EES/EB-samkeppnisrétti. Þá beri að líta til þess að hugtakið fyrirtæki í 37. gr. samkeppnislaga sé einnig að finna í 11. gr. laganna. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga séu efnislega samhljóða 54. gr. EES og 82. gr. Rómarsáttmálans.

Samkeppniseftirlitið bendir á að eins og rökstutt sé ítarlega í hinni kærðu ákvörðun hafi hugtakið fyrirtæki í samkeppnisrétti sjálfstætt inntak. Það sé ávallt fyrirtækið í skilningi samkeppnisréttarins sem beri ábyrgð á brotum þess á samkeppnislögum. Sjóflutningafyrirtæki það sem áfrýjandi reki sé sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga og hafi brotið gegn 11. gr. laganna aðallega á árunum 2001 og 2002. Með því að beina sektarákvörðun að áfrýjanda sé verið að leggja sekt á það fyrirtæki sem hafi framið þau brot sem málið taki til.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að sekt vegna brota á samkeppnislögum verði augljóslega að beinast að aðila sem njóti réttshæfis. Sé í samkeppnisrétti talið að aðilinn sem starfræki fyrirtækið þegar brot þess eigi sér stað verði almennt gert að greiða sektina. Önnur regla eigi hins vegar við þegar aðilinn sem rekið hafi fyrirtækið sé ekki lengur til að lögum. Þegar sú staða komi upp beri að finna hvar viðkomandi fyrirtæki sé niðurkomið og beina sektarákvörðun að þeim aðila sem tekið hafi við rekstri þess. Sé þá metið hvort efnahagsleg og starfræn samfella sé á milli upphaflega fyrirtækisins og þess sem hafi tekið við því. Hafi þessi regla ítrekað komið fram í dómum dómstóla EB. Fyrir liggi að áfrýjandi reki nú það fyrirtæki sem hafi staðið að þeim brotum sem málið taki til. Fullyrðingar áfrýjanda um brot á lögætisreglu, stjórnarskrá og ákvæðum MSE standist ekki.

Samkeppniseftirlitið bendir á að brot þessa máls hafi verið framin í þeirri sjóflutningastarfsemi sem Hf. Eimskipafélag Íslands hafi rekið til ársins 2003. Eins og nánar sé lýst í hinni kærðu

ákvörðun hafi öll sjóflutningastarfsemi verið færð undir nýtt félag, Eimskip ehf., í upphafi árs 2003. Nafni þess félags hafi verið breytt í Eimskipafélag Íslands ehf. á árinu 2004. Þetta sjóflutningafélag hafi áfrýjandi keypt á árinu 2005. Síðan hafi áfrýjandi stundað sömu sjóflutninga milli Íslands og Evrópu/Norður-Ameríku og Hf. Eimskipafélag Íslands hið eldra gerði og undir sama nafni (Eimskip). Áfrýjandi hafi í kynningarstarfi sínu og í upplýsingagjöf til fjárfesta lagt mikla áherslu á langa sögu félagsins á íslenskum sjóflutningamarkaði.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að áfrýjandi (þegar hann hafi verið nefndur Eimskip ehf.) hafi tekið við allri flutningastarfsemi Hf. Eimskipafélags Íslands hins eldra á árinu 2003. Í þeirri starfsemi hafi brot þessa máls verið framin. Út frá efnahags- og skipulagslegu sjónarmiði sé áfrýjandi sá aðili sem ábyrgð beri á brotunum. Með því að leggja sekt á áfrýjanda sé því verið að sekta það fyrirtæki sem í skilningi samkeppnislaga hafi brotið gegn lögnum. Eftir stofnun Eimskips ehf. hafi verið unnt að leggja á sekt vegna brotanna á það félag. Hf. Eimskipafélag Íslands hið eldra sé ekki lengur til í skilningi samkeppnislaga. Ljóst sé að engin starfræn og efnahagsleg samfella sé á milli flutningastarfsemi Hf. Eimskipafélags Íslands hins eldra og þeirrar starfsemi sem Landsbanki Íslands og Straumur-Burðarás hafi tekið yfir. Vegna tilvísunar áfrýjanda til ákvæðis 6. tl. skiptingar- og samrunaáætlunar Burðaráss annars vegar og Landsbanka og Straums-Burðaráss hins vegar bendir Samkeppniseftirlitið á að aðilar geti ekki með einkaréttarlegum gerningum samið sig undan viðurlögum samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga, eins og nánar sé rökstutt í hinni kærðu ákvörðun.

2 Fyrning

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er á því byggt að brot áfrýjanda gegn 11. gr. samkeppnislaga sé að öllu leyti ófyrnt. Brot áfrýjanda sé svokallað rýmkað brot þannig að það telst sem eitt brot. Samkvæmt því gildi einn fyrningarfrestur um brotið í heild vegna allra þátta þess. Upphaf fyrningarfrestsins miðast við það þegar hinu ólögmeta ástandi hafi lokið með húsleit þann 4. september 2002 og þá hafi fyrning jafnframt verið rofin.

Samkeppniseftirlitið mótmælir sjónarmiðum áfrýjanda þess efnis að mismunandi fyrningarfrestur skuli gilda eftir því hvort brotleg háttsemi hafi átti sér stað fyrir eða eftir gildistöku laga nr.

39/2000. Þessi sjónarmið eigi sér enga stoð, enda séu þau í andstöðu við fordæmi áfrýjunarnefndar samkeppnismála og fræðikenningar. Bendir eftirlitið á að brot áfrýjanda hafi falið í sér samfellda brotastarfsemi og hafi fyrningarfrestur því ekki byrjað að líða fyrr en við lok síðasta verknaðar eða verknaðarþáttar í brotaheildinni. Hinni brotlegu háttsemi áfrýjanda hafi lokið eftir 26. maí 2000 og því sé fyrningarfrestur refsíabyrgðar áfrýjanda fimm ár, sbr. lög nr. 39/2000. Hvað varðar einkakaupasamning þá geti fyrningarfrestur aldrei byrjað að líða fyrr en í fyrsta lagi við lok gildistíma viðkomandi samnings enda varði það ólögmeta ástand sem samningurinn hafi skapað allan gildistímann.

Hvað varðar rof á fyrningarfresti þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að samkvæmt 1. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga teljist fyrningarfrestur frá þeim degi þegar refsiverðri háttsemi eða refsiverðu athafnaleysi ljúki. Sé um samfellda brotastarfsemi að ræða geti fyrningartími allra brotanna í fyrsta lagi hafist við lok síðasta verknaðar eða verknaðarþáttar í brotaheildinni. Samkvæmt því beri hér að miða við að brot áfrýjanda hafi staðið þar til húsleit hafi farið fram þann 4. september 2002 og þá hafi fyrning jafnframt verið rofin.

3 Markaðsskilgreining

Samkeppniseftirlitið mótmælir sjónarmiðum áfrýjanda þess efnis að viðhöfð hafi verið ónákvæm og óvönduð vinnubrögð við skilgreiningu á markaði, sem og að ýmsar niðurstöður eftirlitsins séu rangar.

Samkeppniseftirlitið telur áfrýjanda ekki hafa hrakið þau efnislegu rök sem fram komi í hinni kærðu ákvörðun fyrir því að flugflutningar og sjóflutningar tilheyri ekki sama markaði. Hvað varðar staðhæfingu áfrýjanda þess efnis að niðurstöður SSNIP-prófsins sem vísað sé til í ákvörðuninni séu þýðingarlausar þá bendir Samkeppniseftirlitið á að niðurstöður prófsins hafi verið birtar áfrýjanda í andmælaskjali og hafi hann ekki gert athugasemdir við þær. Hvað varðar þá staðhæfingu áfrýjanda þess efnis að oft og á tíðum nýti sambærileg fyrirtæki jöfnum höndum sinn hvorn flutningsmátann, þá ítrekar Samkeppniseftirlitið þá umfjöllun sem fram komi í ákvörðuninni um að við tiltekna aðstæður verði flugflutningar hagkvæmir, s.s. þegar vara sé tiltölulega dýr miðað við þyngd eða rúmmál og þegar það skipti máli að fá vöru afhenta á sem

skemmstum tíma. Samkeppniseftirlitið bendir á að í upplýsingagjöf áfrýjanda til fjárfesta á árinu 2005 komi fram að áfrýjandi sé markaðsleiðandi í sjóflutningum og að Samskip og Atlantsskip séu helstu keppinautar félagsins. Ef áfrýjandi væri samkvæmur sjálfum sér hefði hann vitaskuld tekið það fram að flutningar með flugi væru hluti af markaðnum.

Samkeppniseftirlitið telur sjónarmið áfrýjanda varðandi leiguflutninga og áætlunarflutninga ekki fyllilega skýr. Í athugasemdum áfrýjanda við andmælaskjal hafi hann tekið undir þá afstöðu að um tvo markaði væri að ræða þótt áfrýjandi hafi notað hugtakið stórflutningar í stað leiguflutninga. Í kæru segi áfrýjandi hins vegar niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins gefa kolranga mynd af stöðu aðila á markaðnum og að hún sé ekki í neinu samræmi við viðteknar markaðsskilgreiningar, hvorki hér á landi né samkvæmt EB rétti. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að ef skilja megi sjónarmið áfrýjanda þannig að hann byggi á því að áætlunarflutningar og leiguflutningar tilheyri sama markaði þá sé því mótmælt og vísar eftirlitið til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun. Áréttar Samkeppniseftirlitið að fram hafi komið í mörgum ákvörðunum framkvæmdastjórnar EB og dómum dómstóla EB að áætlunarflutningar og leiguflutningar tilheyri ekki sama markaði.

Samkeppniseftirlitið mótmælir fullyrðingu áfrýjanda þess efnis að flutningar hans með frystiskipum til Spánar og Portúgals annars vegar og Norður-Noregs hins vegar teljist ekki til áætlunarflutninga. Eftirlitið bendir á að þetta atriði hafi verði kannað sérstaklega vegna ummæla áfrýjanda í athugasemdum við andmælaskjal. Hafi það leitt til þeirrar niðurstöðu að um áætlunarsiglingar sé að ræða svo sem nánar sé rakið í hinni kærðu ákvörðun. Telur Samkeppniseftirlitið eðlilegt að styðjast við opinbera upplýsingagjöf fyrirtækja um starfsemi þeirra á markaðinum. Hvað varðar fullyrðingu áfrýjanda þess efnis að algerlega sambærilegir flutningar Samskipa hafi í máli þessu verið flokkaðir sem leiguflutningar þá bendir Samkeppniseftirlitið á að þetta atriði hafi verið kannað sérstaklega hjá Samskipum í tilefni af athugasemdum áfrýjanda við andmælaskjal. Fullyrðingar áfrýjanda um að sambærilegir flutningar Samskipa hafi í máli þessu verið flokkaðir sem leiguflutningar séu rangar.

Samkeppniseftirlitið mótmælir fullyrðingum áfrýjanda þess efnis að flutningar á áli og rafskautum falli ekki undir hinn skilgreinda markað heldur beri að líta á þessa flutninga sem

leiguflutninga. Vísar eftirlitið um þetta til hinnar kærðu ákvörðunar og áréttar að flutningar áfrýjanda á áli fari fram með áætlunarskipum hans. Jafnframt verði að horfa til þess að framangreint viðhorf áfrýjanda sé í mótsögn við samninga hans og eigin yfirlýsingar.

Hvað varðar staðhæfingar áfrýjanda þess efnis að uppbygging skipaflota Samskipa hafi verið með þeim hætti að félagið hafi leigt til sín skip, á meðan Eimskip hafi átt skipin, þá bendir Samkeppniseftirlitið á að misskilnings gæti af hálfu áfrýjanda að það hafi þýðingu varðandi áætlunarsiglingar hvort viðkomandi skipafélag eigi þau skip sem það noti sjálfst eða hvort skipin séu tekin á leigu. Það að skip sé tekið á leigu til að sinna áætlunarflutningum geri það ekki að verkum að um leiguflutninga sé að ræða í þeim skilningi sem hér um ræði.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á sjónarmið áfrýjanda þess efnis að markaður fyrir svokallaða „stórflutninga“ sé sérstakur markaður. Eins og skilja megi af útlistun áfrýjanda á þessum markaði þá feli hann í sér alla flutninga heilfarma- eða leiguskipa auk þess sem teknir séu út úr áætlunarflutningum stórir vöruliðir eins og ál. Samkeppniseftirlitið bendir á að þessi skilgreining sé í mótsögn við það sjónarmið áfrýjanda að markaði eigi ekki að skipta eftir vörum eða vöruflokkum. Samkvæmt upplýsingum frá Hagstofu Íslands hafi útflutningur á áli frá Íslandi árið 2002 verið 18,9% af heildarútflutningi miðað við verðmæti. Útflutningur á fiski hafi hins vegar numið 53% af heildarútflutningi miðað við verðmæti sama ár. Af þessu megi leiða að forsendan fyrir öðrum áætlunarsiglingum til landsins séu flutningar á framangreindum vörum í útflutningi og því fráleitt að undanskilja þessa vöruflokka (eða a.m.k. álflutninga eins og áfrýjandi haldi fram) frá markaði fyrir áætlunarsiglingar.

Hvað varðar sjónarmið áfrýjanda þess efnis að sjóflutningar til og frá Evrópu og Norður-Ameríku séu ekki einn og sami markaðurinn þá bendir Samkeppniseftirlitið á að markaðir geti í vissum tilvikum verið skilgreindir út frá ákveðnum flutningaleiðum. Þetta mál snúist á hinn bóginn um aðgerðir (markaðsatlögu og einkakaupasamninga) áfrýjanda á báðum framangreindum leiðum og því eðlilegt að skoða stöðu hans á heildarmarkaðnum fyrir flutninga með áætlunarskipum til og frá landinu.

4 Markaðsráðandi staða

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er ekki fallist á að markaðshlutdeild Eimskips sé ofmetin þar sem við útreikning eftirlitsins á henni séu meðtaldar tekjur vegna flutninga milli Íslands og Spánar og Portúgals annars vegar og Íslands og Norður-Noregs hins vegar sem og álflutningar. Jafnvel þótt fallist yrði á þessar málsástæður áfrýjanda telur Samkeppniseftirlitið að ósennilegt væri að markaðshlutdeild hans myndi breytast svo nokkru næmi. Þá sé fjarstæðukennt að horfa framhjá þeim styrk sem álflutningar veiti áfrýjanda í áætlunarsiglingum.

Hvað varðar það sjónarmið áfrýjanda að átt hafi að miða markaðshlutdeild við tekjur en ekki magn þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að í samkeppnisrétti sé markaðshlutdeild í sjóflutningum miðuð við magn. Hafi þetta verið gert í nýrri sjóflutningamálum hér á landi og komi fram í skrifum fræðimanna og í langri framkvæmd í EES/EB-samkeppnisrétti. Í hinni kærðu ákvörðun sé markaðshlutdeild áfrýjanda enn fremur sýnd bæði út frá magni og tekjum. Einu gildi hvort heldur markaðshlutdeild áfrýjanda sé miðuð við, hlutdeildin sé í báðum tilvikum það há í samanburði við hlutdeild keppinautanna að hún veiti ótvíræða vísbendingu um markaðsráðandi stöðu.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er ekki fallist á það sjónarmið áfrýjanda að markaðshlutdeild Eimskips hafi verið lægri en 55-60 % á brotatímabilinu og Eimskip hafi því ekki getað verið markaðsráðandi. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að markaðshlutdeild í málinu sé reiknuð yfir fjögurra ára tímabil og gefi því mjög áreiðanlega mynd af stöðu áfrýjanda. Á þessu tímabili hafi markaðshlutdeild hans ekki farið minnkandi heldur þvert á móti vaxandi. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ítrekað tekið fram að markaðshlutdeild veiti sterka vísbendingu um markaðsráðandi stöðu. Í EES/EB-samkeppnisrétti hafi dómstólar EB sett fram skýra reglu varðandi þýðingu markaðshlutdeildar við mat á markaðsráðandi stöðu. Dómafordæmi EB sýni að ef fyrirtæki sé með yfir 70% markaðshlutdeild þurfi ekkert annað að koma til, til að telja það markaðsráðandi.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því fram haldið að fullyrðingar áfrýjanda þess efnis að markaðshlutdeild Samskipa hafi verið 35-40% og að félagið hafi verið mjög öflugur keppinautur

séu rangar. Vísar eftirlitið til röksemda sem fram komi í hinni kærðu ákvörðun, m.a. til þess að mismunur á markaðshlutdeild áfrýjanda og Samskipa hafi verið [...]² % miðað við magn en [...]³ % miðað við tekjur. Velta áfrýjanda hafi verið að jafnaði tvöfalt hærri en hjá Samskipum, eigið fé áfrýjanda margfalt herra og flutningsgeta fjórföld á við flutningsgetu Samskipa. Sjónarmið áfrýjanda um styrk Samskipa í landflutningum geti engu breytt. Í hinni kærðu ákvörðun hafi ítarlega verið fjallað um efnahagslegan styrkleika og tengda starfsemi. Niðurstaðan, þar sem bornar séu saman upplýsingar um heildartekjur aðila á markaðnum, heildareignir og eigið fé, sýni svo ekki verði um villst að efnahags- og fjárhagslegur styrkleiki áfrýjanda hafi verið mun meiri á þeim tíma sem atvik þessa máls taki til. Samkeppniseftirlitið hafnar því að samanburður á efnahagslegum styrkleika eftir brot áfrýjanda hafi einhverja þýðingu í málinu.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að innkoma Atlantsskipa staðfesti takmarkaðar aðgangshindranir. Eftirlitið bendir hér á að um sé um að ræða sömu athugasemdir og áður hafa komið fram af hálfu áfrýjanda og sé þeim svarað í hinni kærðu ákvörðun. Þá séu rangfærslur í málalíbúnaði áfrýjanda varðandi Atlantsskip. Væri innkoma Atlantsskipa sönnun þess að engar aðgangshindranir væru að markaðnum hefði það félag átt á skömmum tíma að ná að hasla sér völl á markaðnum og ná þar umtalsverðri markaðshlutdeild.

Samkeppniseftirlitið bendir á að til þess að kaupendastyrkur hafi þýðingu í málinu þá verði hann að vera með þeim hætti að öflugir kaupendur geri að engu markaðsstyrk sem seljandi hafi á grundvelli markaðshlutdeildar. Til þess þurfi kaupendur að vera fáir og mjög öflugir. Sú staða sé ekki uppi í þessu máli, sbr. umfjöllun í hinni kærðu ákvörðun.

Vegna þess sjónarmiðs áfrýjanda að hann geti ekki verið markaðsráðandi fyrst Samskip hafi snúið honum frá fyrirhuguðum verðhækkunum árið 2001 þá er af hálfu Samkeppniseftirlitsins áréttað að samkeppni frá Samskipum hafi ekki leitt til þess að áfrýjandi hafi hætt við aðgerðir sínar í því skyni að hækka verð. Þvert á móti hafi hann ákveðið að halda þeirri stefnu áfram og fram komi í gögnum hans að verðhækkningar hafi gengið ágætlega. Hins vegar hafi þessi samkeppni frá Samskipum hindrað að þessar verðhækkningar næðu að fullu fram að ganga og hafi

² Trúnaðarmál

³ Trúnaðarmál

Því jafnframt verið ákveðið að nýta markaðsráðandi stöðu áfrýjanda með markaðsatlögu gegn Samskipum og skapa þannig skilyrði fyrir enn frekari verðhækkunum. Sú staðreynd að áfrýjandi hafi haldið ótrauður áfram þeirri stefnu sinni að ná fram verðhækkunum þrátt fyrir samkeppni frá Samskipum sé án nokkurs efa til vitnis um markaðsráðandi stöðu hans og efnahagsstyrk.

Samkeppniseftirlitið telur áherslu áfrýjanda á atvik sem gerst hafi eftir að brot hafi átt sér stað sé ekki í samræmi við meginreglur samkeppnisréttarins. Þá hafi ekkert komið fram í málinu sem gefi til kynna að staða áfrýjanda hafi í grundvallaratriðum breyst frá brotatímabilinu. Varðandi upplýsingar og töflur er áfrýjandi vísar í því til stuðnings að umtalsverð verðlækkun hafi orðið á flutningsgjöldum þá eru af hálfu Samkeppniseftirlitsins gerðar athugasemdir við framsetningu þeirra. Sé tekið mið af þeim gögnum sem áfrýjandi hafi lagt fram við meðferð málsins þá beri þeim engan veginn saman við þá þróun sem birt sé í kæru.

5 Markaðsatlagan

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er vísað til þess að einn flokkur misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raski samkeppni sé verðlagning sem sé til þess fallin að raska samkeppni, t.d. svokölluð sértæk verðlækkun eða tilboð markaðsráðandi fyrirtækis til viðskiptavina smærri keppinauta. Verðlækkunin sé sértæk í þeim skilningi að hún beinist að viðskiptavinum keppinauta en taki ekki almennt til viðskiptavina hins markaðsráðandi fyrirtækis. Ekki skipti máli hvort tilboðið sé undir tilteknum kostnaðarviðmiðum. Samkeppniseftirlitið mótmælir þeim sjónarmiðum áfrýjanda að fyrirtæki þurfi að vera í einhvers konar yfirburðastöðu til þess geta misnotað stöðu sína með sértækum verðlækkunum.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að áfrýjandi haldi því ranglega fram að eftirlitið hafi í hinni kærðu ákvörðun byggt á því að aðgerðir áfrýjanda séu ekki ólögmætar einar sér heldur sé það vegna tengingar þeirra við meintan tilgang að útrýma samkeppni að þær teljist ólögmætar. Bendir eftirlitið á að markaðsráðandi fyrirtækjum sé óheimilt að grípa til hvers konar aðgerða sem raskað geti þeirri eðlilegu samkeppni sem ríki á tilteknum markaði. Ekki sé nauðsynlegt til að sýna fram á brot gegn 11. gr. samkeppnislaga að sýnt sé fram á huglæga afstöðu

markaðsráðandi fyrirtækis eða vilja til að raska samkeppni. Þó geti gögn sem sýna huglæga afstöðu markaðsráðandi fyrirtækja vissulega haft þýðingu í samkeppnisrétti. Í máli þessu sé um það að ræða að Samkeppniseftirlitið hafi haft undir höndum gögn sem sýni huglæga afstöðu áfrýjanda varðandi þær aðgerðir hans sem hér séu til skoðunar. Gögnin sýna að aðgerðirnar hafi haft samkeppnishamlandi tilgang og séu því vitaskuld lögð til grundvallar í málinu.

Samkeppniseftirlitið telur ranga þá staðhæfingu áfrýjanda að EES/EB-samkeppnisréttur og úrskurðir áfrýjunarnefndar samkeppnismála geri þá kröfu að gögn markaðsráðandi fyrirtækja verði að sýna vilja til þess að „útiloka“ samkeppni. Ekki sé nægilegt að tilgangur sé að raska samkeppni. Bendir Samkeppniseftirlitið á að ákvæði 11. gr. samkeppnislaga banni alla misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Í misnotkun sem raski samkeppni felist aðgerðir sem séu bæði til þess fallnar að koma keppinauti beinlínis út af markaði og aðgerðir sem séu til þess fallnar að veikja keppinaut eða vinna gegn eflingu hans. Sá greinarmunur sem áfrýjandi geri á milli útilokunar/útrýmingar og veikingar/röskunar á samkeppni eða keppinaut eigi sér enga stoð í samkeppnisrétti.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að aðgerðir áfrýjanda hafi fallið undir heimild markaðsráðandi fyrirtækja til þess að mæta samkeppni og vísar um þetta atriði til hinnar kærðu ákvörðunar. Áréttar eftirlitið að heimild til að mæta samkeppni taki aðeins til varnaraðgerða. Heimild til að mæta samkeppni eigi ekki við þegar markaðsráðandi fyrirtæki snúi sér að eigin frumkvæði til viðskiptavina smærri keppinautar og bjóði þeim lægra verð en verð keppinautarins.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að áfrýjandi hafi hafið aðgerðir á árinu 2001 sem hafi miðað að því að hækka verð á þjónustu félagsins. Hið sama hafi áfrýjandi gert í upphafi árs 2002. Ólíkt því sem áfrýjandi hafi vonast til hafi Samskip ekki fylgt áfrýjanda eftir í þessum verðhækkunum heldur nýtt sér óánægju viðskiptavina áfrýjanda og náð sér í ný viðskipti á hans kostnað. Áfrýjandi hafi talið þessar aðgerðir til að ná fram verðhækkun hafa að hluta til gengið vel og ákveðið að halda þessari stefnumörkun um verðhækkun áfram þrátt fyrir þessa samkeppni frá Samskipum. Jafnframt hafi áfrýjandi ákveðið að nýta sér markaðsráðandi stöðu sína með aðgerðum sem ætlað hafi verið að raska samkeppni frá Samskipum og skapa þannig aðstæður til

Þess að unnt væri að ná verðhækkunum fram að fullu. Aðgerðirnar hafi falist í því að reyna að ná fjölmörgum viðskiptavinum frá Samskipum. Gögn frá áfrýjanda styðji þetta. Samkeppniseftirlitið mótmælir því harðlega að ummæli starfsmanna áfrýjanda í gögnum málsins séu tekin úr samhengi í þeim tilgangi að sýna ranglega fram á brot eða huglæga afstöðu þeirra til að fremja brot eins og áfrýjandi haldi fram.

Samkeppniseftirlitið bendir á að atlagan gegn Samskipum hafi verið skipulögð af æðstu stjórnendum áfrýjanda og henni hrint í framkvæmd. Hún hafi miðað að því að ná miklum viðskiptum af Samskipum með óeðlilegum tilboðum og undirboðum. Hafi þannig verið ákveðið að nýta „mátt“ áfrýjanda gegn Samskipum. Ef áætlanir áfrýjanda hefðu að fullu gengið eftir hefðu Samskip misst mjög stóran hluta af veltu sinni. Það hefði leitt til þess að Samskip hefðu hrökklast út af markaðnum. Leiki því enginn vafi á því að þessar aðgerðir áfrýjanda hafi haft samkeppnishamlandi tilgang og hafi ekki falið í sér eðlilega samkeppni af hans hálfu. Tilboðin til viðskiptavina Samskipa hafi falið í sér sértækar aðgerðir því þeim hafi ekki verið ætlað samkvæmt skýrum gögnum stjórnenda áfrýjanda að ná til hans eigin viðskiptavina. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að markmið áfrýjanda hafi verið að ná viðskiptum frá Samskipum að andvirði a.m.k. 800 milljónir króna. Jafnvel þótt þessar aðgerðir hefðu engum árangri skilað sé brot á 11. gr. samkeppnislaga ekki háð því að misnotkun á markaðsráðandi stöðu hafi áhrif á markaðnum. Ekki sé hins vegar um það deilt að markaðsatlaga áfrýjanda hafi skilað honum nýjum viðskiptavinum þótt áfrýjandi virðist nú í kærubúinn að reikna árangurinn af markaðsatlögunni niður í 110-140 milljónir króna og telji hann óverulegan og í raun engu máli skipta. Samkeppniseftirlitið mótmælir því að það hafi ekki rannsakað þennan þátt málsins nægilega.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því fram haldið að hvergi í gögnum málsins komi fram að einnig hafi átt að bjóða viðskiptavinum áfrýjanda sömu kjör og viðskiptamönnum Samskipa. Ef svo hefði verið reyndin hefði starfsmönnum áfrýjanda einnig verið falið að gera lista yfir viðskiptavinum áfrýjanda sem hefðu átt að fá lægra verð en það hafi ekki gert. Þvert á móti hafi átt að halda áfram með þá stefnu að hækka verð hjá viðskiptavinum áfrýjanda. Hið lága verð og tilboð hafi því einungs beinst að viðkomandi viðskiptavinum Samskipa og hafi ekki staðið þáverandi viðskiptamönnum áfrýjanda til boða. Þess vegna hafi ítrekað verið rætt um „áhættu“

tengda tilboðunum í gögnum áfrýjanda. Sú áhætta hafi falist í því að þáverandi viðskiptavinir félagsins myndu fréttu af þessu lága verði og krefjast leiðréttingar á sínum kjörum. Til að vinna gegn þessari hættu hafi átt að fara með upplýsingar tengdar markaðsatlögunni sem „trúnaðarmál“.

Samkeppniseftirlitið bendir á að tilboð áfrýjanda hafi ekki verið eðlileg eða til þess fallin að hafa jákvæð áhrif. Þau hafi verið hluti af samkeppnishamlandi áætlun sem hafi miðað að því að veikja eða koma Samskipum út af markaðnum og skapa skilyrði til þess að hækka verð. Til þess að ná þessu ólögmæta markmiði hafi átt m.a. að draga úr kröfum um framlegðarútreikninga og leyfa verðlagningu sem til þurfti. Áfrýjandi geti því ekki byggt á því að hann hafi verið að taka þátt í eðlilegri samkeppni sem markaðsráðandi fyrirtækjum sé heimil.

Hvað varðar þær staðhæfingar áfrýjanda að það hafi ekki þýðingu í málinu að vísa til gjaldskrár hans fyrir flutningaþjónustu og bera það verð sem þar komi fram saman við þau tilboð eða sammingsverð sem áfrýjandi hafi boðið þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að lögmæti aðgerða áfrýjanda ráðist ekki af því hvort verðið í tilboðum áfrýjanda hafi verið lægra en miðað hafi verið við í gjaldskrá. Hinn mikli munur á tilboðunum og gjaldskránum sé hins vegar vísbending sem styðji að um óeðlilega aðgerð hafi verið að ræða.

6 Einkakaup og samkeppnishamlandi afslættir

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er sjónarmiðum áfrýjanda um lagaskil mótmælt og vísað til þess að markaðsráðandi fyrirtæki brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga með því að gera einkakaupasamning og hrinda honum í framkvæmd. Eigi brotið sér stað allan þann tíma sem hin ólögmæti samningur sé í gildi og framkvæmdur. Ljóst sé að einkakaupasamningar áfrýjanda sem hann hafi gert fyrir 6. desember 2000 en hafi verið í framkvæmd eftir það tímamark teljist ólögmætir frá og með gildistöku banns 11. gr. samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Áfrýjanda hafi verið í lófa lagið að fella úr gildi og hætta að framkvæma umrædda samninga þegar 11. gr. hafi tekið gildi.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að það hafi brotið gegn meginreglum stjórnsluréttar á þeim grunni að það hafi áður talið einkakaupasamninga með gildistíma innan við þrjú ár lögmæta. Bendir eftirlitið á að rannsókn tilgreinds máls er varðaði Flugþjónustuna á Keflavíkurflugvelli hafi verið afmörkuð við tíu samninga. Skýrt hafi verið tekið fram í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að engin afstaða væri tekin til lögmætis annarra samninga fyrirtækisins. Vísar eftirlitið enn fremur til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006, Dagur Group gegn Samkeppniseftirlitinu þar sem staðfest var sú niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að tveir einkakaupasamningar sem markaðsráðandi fyrirtæki hafi gert til eins árs hefðu brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið bendir á að sjónarmið áfrýjanda um túlkun 11. gr. samkeppnislaga varðandi einkakaupasamninga markaðsráðandi fyrirtækja feli í öllum aðalatriðum í sér endurtekningu á sjónarmiðum sem áfrýjandi hafi sett fram við andmælaskjal. Sé því vísað til hinnar kærðu ákvörðunar varðandi svör eftirlitsins við þeim sjónarmiðum. Í úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála komi fram skýr regla um hvernig túlka skuli ákvæði 11. gr. samkeppnislaga varðandi misnotkun á markaðsráðandi stöðu og ólögmæt einkakaup. Nálgun áfrýjunarnefndar sé í samræmi við EES-EB/samkeppnisrétt. Fyrir liggir að markaðsráðandi fyrirtæki brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga ef það skuldbindi kaupanda til þess að kaupa alla þjónustu eða vöru viðkomandi tegundar, eða stóran hluta hennar, af því fyrirtæki. Brotið eigi sér stað við það eitt að einkakaupasamningur sé gerður og sé ekki háð því að sýnt sé fram hann hafi haft skaðleg áhrif á samkeppni. Því þurfi ekki að sýna fram á útilokunaráhrif eða önnur skaðleg áhrif til þess að um brot sé að ræða. Einkakaup felist í samningsákvæðum sem samkvæmt orðalagi sínu feli slíka skuldbindingu í sér. Jafnvel þótt skylda til einkakaupa komi ekki fram berum orðum í samningi geti slík skylda leitt af efni hans (de facto). Í hinni kærðu ákvörðun sé á því byggt að skýr skylda til einkakaupa felist í samningum áfrýjanda og framangreindar meginreglur séu lagðar til grundvallar þeirri niðurstöðu að um brot sé að ræða.

Samkeppniseftirlitið heldur því fram að flutningasamningar áfrýjanda er beri yfirskriftina „heildarsamningur um flutningaþjónustu“ og innihaldi ákvæði um „að samningurinn taki til allra flutninga viðskiptavinar og annarrar flutningatengdrar þjónustu“ séu skuldbindandi fyrir viðskiptavini áfrýjanda. Tilvitnuð ákvæði í samningum áfrýjanda séu skýr og samkvæmt orðanna

hljóðan felist í þessum samningum skylda til þess að kaupa flutningaþjónustu aðeins af áfrýjanda. Það sé því ekki aðeins Samkeppniseftirlitið sem dragi þessa augljósu ályktun af þessu skýra orðlagi. Hið sama hafi starfsmenn áfrýjanda gert á brotatímabilinu.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að tilvísun eftirlitsins til tölvupóstsamskipta starfsmann áfrýjanda í sé til marks um það að eftirlitið hafi ekki talið „orðalag umræddra ákvæða“ nægjanlegt eitt og sér til að komast að þeirri niðurstöðu að um einkakaupaákvæði væri að ræða. Þessar tilvitnanir séu tilkomnar vegna mótmæla áfrýjanda við meðferð málsins á því að um skuldbindingarákvæði væri að ræða. Gögnin staðfesti hið augljósa, þ.e. að í samningunum hafi falist skylda til einkakaupa.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því sjónarmiði að málefnalegar forsendur geti réttlætt gerð einkakaupasamninga. Vera megi að ýmis konar aðgerðir sem feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu geti verið hagfelldar fyrir hið markaðsráðandi fyrirtæki. Það dugi hins vegar ekki til þess að fella aðgerðina undan 11. gr. samkeppnislaga.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því fram haldið að auk ákvæða um einkakaup hafi í ýmsum samningum áfrýjanda verið önnur ákvæði sem hafi miðað að því að viðhalda tryggð viðskiptavinarins við áfrýjanda enn frekar. Flest þessara ákvæða hafi verið þannig að viðskiptavinirnir hafi fengið tiltekinn afslátt greiddan að liðnum ákveðnum tíma eftir að viðkomandi viðskipti hafi átt sér stað. Ýmist hafi endurgreiðslur verið reiknaðar sem hlutfall af söluverði eða að viðskiptavinir hafi fengið endurgreidda ákveðna upphæð fyrir hverja einingu (t.d. gámaeiningu) sem flutt hafi verið. Viðskiptavinurinn hafi því haft sterkan hvata til þess að halda öllum viðskiptum sínum hjá áfrýjanda til þess að tryggja sér afsláttinn. Þá hafi afsláttarkjör verið ógagnsæ og sé slíkt vísbending um skaðsemi afslátta markaðsráðandi fyrirtækja. Afsláttarkjör hafi ekki komið fram í gjaldskrá og viðskiptavinir ekki haft almennar upplýsingar um þær reglur sem hafi gilt um þau. Áfrýjandi hafi ekki sýnt fram á það að þessi kjör styðjist við eðlileg efnahagsleg sjónarmið. Hafnar Samkeppniseftirlitið sjónarmiðum sem hann hafi sett fram sem sýna eigi fram á það að afsláttarkjör hans hafi stuðst við eðlilegar forsendur og ekki getað haft skaðleg áhrif á samkeppni og vísar eftirlitið til hinnar kærðu ákvörðunar þar sem afstaða þess er rökstudd.

7 Viðurlög

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því mótmælt að í hinni kærðu ákvörðun felist ný túlkun á samkeppnislögum varðandi hinar ólögmetu sértæku verðlækkanir sem leiða eigi til niðurfellinga sekta. Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi hafi haldið fram sömu sjónarmiðum á fyrri stigum málsins og sé fjallað um þau í hinni kærðu ákvörðun og vísar eftirlitið til þeirrar umfjöllunar.

Samkeppniseftirlitið hafnar sjónarmiðum áfrýjanda þess efnis að ákvörðun um að sekta áfrýjanda brjóti gegn jafnræðisreglu stjórnisýsluréttar sem og meginreglum um réttmætar væntingar og samræmi í lagaframkvæmd. Vísar eftirlitið til þess að hin kærða ákvörðun er ekki sambærileg fyrri málum samkeppnisyfirvalda varðandi beitingu á 11. gr. samkeppnislaga. Ennfremur sé málefnalegt að hækka sektir ef stjórnvald telur það nauðsynlegt til að tryggja að samkeppnisreglur nái tilgangi sínum. Markaðsráðandi fyrirtæki geti ekki átt réttmætar væntingar til þess að sektarfjárhæðin sé sambærileg og í eldri málum.

Hvað varðar sjónarmið áfrýjanda þess efnis að við ákvörðun sekta skuli líta til þess að óhæfilegur dráttur hafi orðið á málinu þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að málið sé mjög umfangsmikið. Um sé að ræða flókin álitafni auk þess sem ýmis álitafni hafa komið upp á seinni stigum málsmeðferðarinnar sem hafa þurft sérstakrar athugunar við. Áfrýjandi hafi gert athugasemdir við alla meginþætti málsins og hafi af því tilefni lagt fram frekari gögn og sjónarmið. Áréttar Samkeppniseftirlitið að rannsókn á málinu hafi aldrei legið niðri frá því að hún hófst í nóvember 2003 og allt þar til ákvörðun hafi verið tekin í desember 2007.

Hvað varðar fjárhæð sekta þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að samkvæmt 2. mgr. 37. gr. skuli við ákvörðun á fjárhæð sekta hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota, hvað brot hafi staðið lengi og hvort um ítrekað brot sé að ræða. Þá megi líta til stærðar fyrirtækja, huglægrar afstöðu stjórnenda og hagnaðarsjónarmiða. Samkeppniseftirlitið telur að hafa beri í huga að áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína aðallega á árunum 2001-2002. Þá beri að líta til gildistíma hinna ólögmetu samninga áfrýjanda. Brot áfrýjanda hafi verið talin umfangsmikil og alvarleg. Skipti og miklu við matið að sanningsaðilarnir hafi verið mikilvægir viðskiptavinir á

markaðnum, markmiðið hafi verið að ná nánast öllum viðskiptum af Samskipum og mikilvægi atvinnugreinarinnar sem slíkrar. Ekki þurfi að velkjast í vafa um það þegar samningarnir séu skoðaðir sem og aðgerðirnar almennt að um stóran hluta umrædds markaðar hafi verið að ræða og umfang brotsins því verulegt. Velta á þeim mörkuðum sem til skoðunar hafi verið styðji að umfang brotsins hafi verið verulegt og til þess fallið að valda umtalsverðu samkeppnislegu tjóni. Þá hafi brotin verið til þess fallin að útiloka Samskip frá samkeppni og þar með veikja það fyrirtæki sem keppinaut. Sé ljóst að Samskip hafi orðið fyrir samkeppnislegu tjóni þar sem félagið hafi misst fjölda viðskiptavina til áfrýjanda auk þess sem það hafi neyðst til að lækka verð til að halda viðskiptavinum vegna ólögmætra undirboða áfrýjanda.

Samkeppniseftirlitið bendir á að ásetningur áfrýjanda til að raska samkeppni með fyrrnefndum aðgerðum hafi verið mjög skýr. Tali gögn málsins sínu máli. Telur Samkeppniseftirlitið ályktun áfrýjanda um að árangur markaðsatlögunnar hafi verið takmarkaður ekki standast.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að tímalengd brotanna eða samkeppnishamlanna sem um ræðir skipti ekki máli ein og sér í tengslum við ákvörðun um fjárhæð sektar. Bendir eftirlitið á að áfrýjandi hafi ekki átt þess kost að ljúka þeim aðgerðum sem hann hafði þegar hafið þar sem aðgerðir samkeppnisyfirvalda hafi í raun bundið enda á þær. Hinum ólögmætu aðgerðum áfrýjanda hafi verið hrint í framkvæmd og þær haft áhrif á markaðinn.

Samkeppniseftirlitið bendir á lokum á að stjórnvaldssektir samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga séu í eðli sínu viðurlög við lögbroti sem hafi að markmiði að valda óþægindum og hafa varnaðaráhrif. Leggja verði nægjanlega þung viðurlög á fyrirtæki til þess að markmið samkeppnislaga náist og að þau hafi fullnægjandi varnaðaráhrif, hvort sem um sé að ræða sérstök eða almenn varnaðaráhrif. Óumdeilt sé að áfrýjandi sé stórt og öflugt fyrirtæki. Í hinni kærðu ákvörðun sé rakin styrk staða áfrýjanda frá árinu 2000 til loka árs 2006 sem skipti miklu við ákvörðun um fjárhæð sekta til að tryggja nægjanleg varnaðaráhrif.

Annar hluti – Málsmeðferð, ábyrgð og fyrning

I Málsmeðferð og fleira

1 Lagaumhverfi

Þann 1. júlí 2005 tóku gildi ný samkeppnislög, lög nr. 44/2005. Við gildistöku laganna féllu samkeppnislög nr. 8/1993 úr gildi og nýtt stjórnvald, Samkeppniseftirlitið, tók við þeim verkefnum sem Samkeppnisstofnun og samkeppnisráð höfðu áður haft með höndum. Ákvæði 11. og 37. gr. nýrra samkeppnislaga eru efnislega samhljóða 11. gr. laga nr. 8/1993 og 1. mgr. 52. gr. sömu laga, sbr. 17. gr. laga nr. 107/2000. Með lögum nr. 52/2007 voru lögtekin sérstök ákvæði um fyrningu brota gegn samkeppnislögum, en fyrir þann tíma hafði fyrningarákvæðum hegningarlaga með áorðnum breytingum verið beitt fyrir lögjöfnun um brot samkvæmt lögnum.

2 Rekstur málsins

Þann 22. ágúst 2002 barst Samkeppnisstofnun erindi frá Herði F. Harðarsyni hrl. f.h. Samskipa. Í erindinu var vakin athygli á hegðun Eimskips á mörkuðum fyrir sjóflutninga til og frá Íslandi og óskað eftir að Samkeppnisstofnun tæki til skoðunar hvort ákvæði samkeppnislaga hefðu verið brotin.

Samkeppnisstofnun ákvað í framhaldinu að fara í starfsstöðvar Hf. Eimskipafélags Íslands í leit að gögnum. Að fenginni heimild Héraðsdóms Reykjavíkur var sú leit framkvæmd 4. september 2002 og hald lagt á mikið magn gagna. Við húsleitina 4. september 2002 var Eimskipi afhent afrit af umræddu erindi Samskipa frá 22. ágúst 2002. Þann 10. september 2002 sendi Samkeppnisstofnun Eimskipi bréf þar sem óskað var eftir umsögn og athugasemdum fyrirtækisins við erindi Samskipa. Í bréfinu var einnig óskað eftir ýmsum tölulegum upplýsingum frá fyrirtækinu, þ.e. sundurliðun á tekjum og kostnaði nokkur undangengin ár. Var frestur veittur til 11. október 2002 til að veita umsögn um bréfið og afhenda umbeðnar upplýsingar.

Þann 1. nóvember 2002 barst Samkeppnisstofnun umsögn Eimskips um markaði málsins og þann 4. desember 2002 barst umsögn um ætluð brot félagsins. Hefðbundinni málsmeðferð var síðan frestað vegna ágreinings málsaðila um formsatriði. Snerist sá ágreiningur aðallega um málsaðild Samskipa og aðgang Eimskips að trúnaðarupplýsingum í erindi Samskipa. Með bréfi Samkeppnisstofnunar 1. október 2002 var Eimskip veittur aðgangur að tilteknum fylgiskjölum sem fylgdu erindi Samskipa. Öðrum kröfum fyrirtækisins um upplýsingar var hafnað með tilvitnun til 17. gr. stjórnslulaga og 14. gr. reglna nr. 922/2001 um trúnaðarupplýsingar. Ágreiningi um aðild Samskipa lauk með dómi Hæstaréttar Íslands frá 19. júní 2003, sbr. mál nr. 83/2003. Meðan á ágreiningi um aðild Samskipa stóð var hefðbundinni málsmeðferð Samkeppnisstofnunar frestað. Telur Samkeppniseftirlitið að málsmeðferð hafi tafist um tæpt ár vegna þessa ágreinings fyrir áfrýjunarnefndinni og dómstólunum.

Í ljósi dóms Hæstaréttar var Eimskip gefinn kostur á að koma að frekari sjónarmiðum vegna kröfu um rökstuðning þess efnis að umræddar upplýsingar teldust vera trúnaðarmál. Með bréfi Samkeppnisstofnunar, dags. 10. september 2003, var Eimskipi birt niðurstaða stofnunarinnar um það hvaða upplýsingar í umræddum umsögnum fyrirtækisins ásamt fylgiskjölum teldust til trúnaðarupplýsinga í skilningi 17. gr. stjórnslulaga og 14. gr. reglna um málsmeðferð samkeppnisyfirvalda.

Þessari ákvörðun var skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Með úrskurði áfrýjunarnefndarinnar nr. 19/2003 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn samkeppnisráði*, dags. 23. október 2003, var ákvörðun stofnunarinnar um birtingu upplýsinga í meginatriðum staðfest. Að þessu loknu beindist málsmeðferð m.a. að því hvaða trúnaðarupplýsingar skyldi fella út úr skjölum málsins. Tóku báðir aðilar afstöðu til þessa álitaefnis eins og nánar greinir í hinni kærðu ákvörðun og gekk svo til fram í marsmánuð 2004.

Í hinni kærðu ákvörðun er gerð grein fyrir því að þann 22. júní 2004 hafi Samkeppnisstofnun borist bréf frá Eimskipi þar sem óskað var eftir afstöðu samkeppnisyfirvalda til þess álitaefnis hvort Eimskip væri í markaðsráðandi stöðu á sjóflutningamarkaði og sett fram sjónarmið um að Eimskip væri ekki í slíkri stöðu. Hafi Eimskip gert grein fyrir efni þessa bréfs á fundi með

Samkeppnisstofnun. Þá kemur einnig fram að þann 28. desember 2004 óskaði Samkeppnisstofnun eftir afritum af öllum flutningasamningum Eimskips við viðskiptavini sína sem gerðir höfðu verið á tilteknu tímabili. Gagnasöfnun sem lýtur að þessu og skyldum atriðum hélt síðan áfram og var bréfum þar að lútandi beint til Eimskips og annarra 10. janúar, 14. febrúar, 20. maí, 5. júlí og 7. september 2005.

Þann 20. janúar 2006 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir skýringum og frekari upplýsingum í tengslum við gögn sem höfðu áður borist frá Eimskipi þann 15. júní 2005 og 30. ágúst 2005. Svar frá Eimskipi barst Samkeppniseftirlitinu 13. febrúar 2006 ásamt fylgiskjölum og þann 20. janúar 2006 var óskað eftir upplýsingum um tilgreinda viðskiptavini Jóna Transport. Var þeirri fyrirspurn svarað af Jónum Transport 24. janúar 2006.

Loks var áfrýjanda afhent andmælaskjal þann 2. maí 2006 eins og nánar verður fjallað um í næsta hluta. Komu þá upp ný sjónarmið varðandi aðild Eimskips að málinu og var ráðist í frekari gagnaöflun vegna þess. Endanleg umsögn Eimskips barst svo með bréfi frá 8. september 2006.

3 Niðurstaða

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þeirrar skoðunar að rannsókn máls þessa hafi tekið langan tíma og verið mjög yfirgripsmikil. Ýmis atriði hafa tafið hana eins og nánar er gert grein fyrir hér að framan. Sum af þeim atriðum varða áfrýjanda sjálfan og önnur atriði varða úrlausn ýmissa ágreiningsatriða milli aðila meðan á málsmeðferðinni stóð og tóku því óhjákvæmilega sinn tíma. Þá er einnig ljóst að dráttur hefur orðið á meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu sem ekki hefur verið nægjanlega réttlættur. Á það ekki síst við um árið 2004. Ekki þykir þó koma til álita að þessir hnökrar í rannsókninni eigi að valda ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar. Þeir þykja hvorki þess eðlis að þeir eigi að koma til álita varðandi rof fyrningarfrests né við ákvörðun um fjárhæð sekta.

II Um ábyrgð á brotum Hf. Eimskipafélags Íslands

1 Sjónarmið áfrýjanda

Logos lögmannaþjónusta hefur frá upphafi komið fram fyrir hönd Hf. Eimskipafélags Íslands við meðferð málsins gagnvart samkeppnisyfirvöldum. Á árinu 2006 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir fundi með lögmönnum Logos vegna málsins. Á fundi sem var haldinn 2. maí 2006 veittu þeir viðtöku andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins í málinu. Frestur var gefinn til 3. júlí 2006 til að koma að athugasemdum við skjalið. Í því var komist að þeirri frumniðurstöðu að Hf. Eimskipafélag Íslands hefði á þeim tíma sem atvik málsins áttu sér stað verið í markaðsráðandi stöðu og hefði með tilteknum aðgerðum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitinu bárust bréf frá Logos lögmannaþjónustu 14. og 29. júní svo og 7. júlí 2006. Í bréfum þessum var fjallað um aðild að þessu máli. Kom fram að áfrýjandi teldi sig ekki eiga aðild að málinu þar sem ekki hefði verið búið að stofna félagið þegar ætluð brot voru framin. Var í því sambandi vísað til þess að á árinu 2003 hefði flutningastarfsemi Hf. Eimskipafélags Íslands verið færð til nýs félags, Eimskips ehf. (sem síðar var nefnt Eimskipafélag Íslands ehf.) og það félag hefði verið selt Avion Group árið 2005. Þá var greint frá því að Hf. Eimskipafélag Íslands hefði á árinu 2005 verið sameinað annars vegar Landsbanka Íslands hf. og hins vegar Straumi-Burðarási hf. (áður Straumur Fjárfestingarbanki hf.) og Hf. Eimskipafélagi Íslands verið slitið í kjölfar þessa.

Í bréfi Logos lögmannaþjónustu 29. júní 2006 var byggt á því að það væri meginregla íslensks réttar að einungis þeim lögaðila, sem talinn sé hafa framið lögbrot, verði gert að sæta refsikenndum viðurlögum. Í bréfinu segir síðan meðal annars:

„Þrátt fyrir að samkeppnislög nr. 44/2005 og brottfallin lög nr. 8/1993 veiti litlar vísbendingar um hvernig afmarka skuli aðild í máli því sem hér er til umfjöllunar þá eiga samkeppnislögin rót sína að rekja til samkeppnisreglna Evrópuréttarins. Þannig hafa dómur Evrópudómstólsins og ákvarðanir framkvæmdastjórnarinnar þýðingu við mat á skyldu Samkeppniseftirlitsins til þess að afmarka aðild málsins,

bæði hvað varðar mat á því hvort félag getur borið ábyrgð á samkeppnisbrotum annars félags og einnig hvernig beri að afmarka ábyrgð í samkeppnismálum þar sem fyrirtæki sem sakað er um samkeppnisbrot hefur sameinast öðru félagi eða eignir og starfsemi færð í fleiri félög en eitt. “

Í bréfinu er því haldið fram að Landsbanki Íslands hf. og Straumur-Burðarás hf. beri nú ábyrgð á ætluðum brotum Hf. Eimskipafélags Íslands. Í því sambandi er sérstaklega vísað til skiptingar- og samrunaáætlunar Burðaráss, dags. 1. ágúst 2005, þar sem tekið er fram að Landsbanki Íslands og Straumur-Burðarás beri ábyrgð á sekt sem kunni að falla á Hf. Eimskipafélag Íslands vegna þessa máls. Var óskað eftir því að Samkeppniseftirlitið svaraði því hvernig aðild málsins væri háttað. Var þetta sagt nauðsynlegt til þess að skapa raunhæfar forsendur til þess að Eimskipafélag Íslands ehf. gæti skilað athugasemdum við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins.

2 Sjónarmið hlutaðeigandi aðila

Í tilefni af þessu setti Samkeppniseftirlitið fram þá frumniðurstöðu sína í bréfi 28. júlí 2006 að kæmi til íþyngjandi ákvörðunar í málinu vegna ætlaðra brota Hf. Eimskipafélags Íslands væri eðlilegt að beina henni að Eimskipafélagi Íslands ehf.

Með bréfum 28. júlí 2006 var Landsbanka Íslands hf. og Straumi-Burðarási hf. greint frá þessum þætti málsins og boðið að koma að sjónarmiðum sínum. Í bréfi lögmanns Landsbanka Íslands 15. ágúst 2006 var því haldið fram að Eimskipafélag Íslands ehf. væri réttur aðili þessa máls. Var í því sambandi m.a. vísað til þess að efnahagsleg og starfræn samfella væri á milli þeirrar flutningastarfsemi sem Eimskipafélag Íslands ehf. ræki nú og þeirrar flutningastarfsemi sem Hf. Eimskipafélag Íslands og dótturfélög þess sinntu áður. Var og tekið fram að Landsbanki Íslands væri ekki í neinni aðstöðu til þess að tjá sig efnislega um málið. Svar barst ekki frá Straumi-Burðarási hf.

Í bréfi 24. ágúst 2006 gerði Eimskipafélags Íslands ehf. athugasemdir vegna þessa þáttar málsins. Framangreindu frummati Samkeppniseftirlitsins var mótmælt og í því sambandi lögð áhersla á að félagið hafi ekki verið til þegar ætluð brot áttu sér stað. Einnig var lögð á það áhersla að Hf.

Eimskipafélag Íslands sé ekki hætt starfsemi í skilningi samkeppnislaga heldur hafi hún verið færð til Straums-Burðaráss hf. og Landsbanka Íslands hf.

Að mati Samkeppniseftirlitsins kölluðu þau sjónarmið sem fram komu í bréfi Eimskipafélags Íslands ehf. á nánari athugun á þessum þætti málsins. Með bréfum frá 13. október 2006 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir sjónarmiðum Straums-Burðaráss og Landsbanka Íslands um þau atriði sem fram koma í nefndu bréfi Eimskipafélags Íslands ehf. frá 24. ágúst. Einnig var óskað eftir tilteknum gögnum vegna þessa.

Svar barst frá Landsbanka Íslands með bréfi 23. október 2006. Í bréfinu er vísað til þess að hugtakið fyrirtæki í samkeppnisrétti sé sjálfstætt og lúti ekki endilega sömu sjónarmiðum og gildi t.d. í félagarétti. Sagt er að dómstóll EB hafi litið til þess hvort efnahagsleg og starfræn samfella sé milli upprunalegs fyrirtækis og þess sem tók við af því. Dómstóllinn hafi einnig fjallað um hvernig aðild skuli háttáð í þeim tilvikum sem fyrirtæki sem uppvíst hafi verið að broti væri ekki lengur til sem lögpersóna. Fram kemur að frá því ætluð brot á 11. gr. samkeppnislaga hafi átt sér stað hafi orðið grundvallarbreyting á Hf. Eimskipafélagi Íslands. Flutningastarfsemin hafi á árinu 2003 færst til dótturfélagsins Eimskips ehf. og fjárfestingarstarfsemi orðið einn af grundvallarþáttum starfseminnar. Landsbanki Íslands telur að engin efnahagsleg og starfræn samfella sé milli þeirrar flutningastarfsemi sem Hf. Eimskipafélag Íslands rak og starfsemi Landsbankans og því sé óeðlilegt að beina málinu að bankanum.

Með bréfi 1. nóvember 2006 barst svar frá Straumi-Burðarási. Þar kemur fram að ekki virðist nokkrum vafa undirorpið að efnahagsleg og starfræn samfella sé á milli flutningastarfsemi Hf. Eimskipafélags Íslands á árunum 2001 og 2002 og Eimskipafélags Íslands ehf. nú. Eimskipafélag Íslands ehf. sé því réttur aðili málsins. Í bréfinu segir einnig:

„Straumur bendir ennfremur á að ákvörðun um það hvort Eimskipafélag Íslands ehf. beri ábyrgð á sektum sem samkeppnisyfyrvöld kunna að ákvarða vegna háttsemi sem heyrir undir rannsókn Samkeppniseftirlitsins ræðst af því hvort flutningur ábyrgðar hafi átt sér stað á þeim tíma er eignir og starfsemi sem tilheyrðu flutningarekstri Hf. Eimskipafélags Íslands voru framseld til nýstofnaðs dótturfélags, Eimskips ehf. (nú

Eimskipafélag Íslands ehf.), þ.e. í janúar 2003. Stofnun Eimskips ehf. og framsal flutningaeigna og -reksturs til þess fól í sér endurskipulagningu Eimskipafélagssamstæðunnar. Hefur því hvorki verið haldið fram að framsalið hafi verið til þess gert að koma móðurfélaginu hjá ábyrgð vegna flutningastarfseminnar né að dótturfélagið skorti fjárhagslegan styrkleika til að bera ábyrgðina.“

Straumur leggur áherslu á að við umrætt framsal hafi Eimskip ehf. verið dótturfélag Hf. Eimskipafélags Íslands og alfarið í eigu þess. Við framsalið hafi augljóslega verið skipulagsbundin tengsl á milli félaganna í skilningi EES/EB-samkeppnisréttar. Við framsal flutningastarfseminnar og eigna sem henni tengdust hafi ábyrgð flust til dótturfélagsins, og vitaskuld áfram með því er það félag var síðar selt til Avion Group hf. í maí 2005. Er á það minnt að sala Eimskips ehf. til Avion Group hf. hafi verið sala á lögpersónu en ekki framsal eigna.

Með bréfi, dags. 2. nóvember 2006, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir tilteknum gögnum frá Eimskipafélagi Íslands ehf. og móðurfélagi þess, Avion Group hf. Svar barst frá Avion Group með bréfi frá 10. nóvember 2006. Í bréfi Avion er tekið fram að félagið telji ábyrgð á ætluðum brotum Hf. Eimskipafélags Íslands sér óviðkomandi. Hið sama gildi um Eimskipafélag Íslands ehf. sem hafi verið stofnað eftir að hin meintu brot áttu sér stað.

Fram kemur að í samningi um kaup Avion Group á Eimskipafélagi Íslands ehf. sé „*ekkert [...] tekið á yfirstandandi rannsókn samkeppnisyfirvalda [...]*“. Ástæða þessa er sögð vera sú að skýrt hafi komið fram í kaupviðræðum að ábyrgðin á hugsanlegri sekt væri seljenda. Einnig er vísað til skiptingar- og samrunaáætlunar Burðaráss 1. ágúst 2005. Telur Avion að þetta gagn beri skýrlega með sér að ábyrgðin á þessu máli skuli vera hjá Landsbanka Íslands og Straumi.

3 Nafnabreytingar Hf. Eimskipafélags Íslands

Eins og áður er lýst áttu þær aðgerðir sem Samkeppniseftirlitið telur að falið hafi í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga sér stað í flutningastarfsemi Hf. Eimskipafélags Íslands aðallega á árunum 2001 og 2002. Í ársbyrjun 2003 urðu hins vegar nokkrar breytingar á skipulagi Hf. Eimskipafélags Íslands. Í ársskýrslu félagsins fyrir árið 2003 er þeim lýst svo:

„Miklar breytingar urðu á skipulagi Hf. Eimskipafélags Íslands í upphafi árs 2003. Í kjölfar kaupa á öllum hlutabréfum í nokkrum sjávarútvegsfyrirtækjum var myndaður sjávarútvegsarmur félagsins sem fékk nafnið Brim ehf. Samhliða var ákveðið að flutningastarfsemin yrði rekin innan sjálfstæðs félags, Eimskip ehf., en rekstur fjárfestingarstarfsemi Eimskipafélagsins yrði hins vegar áfram innan Burðarás ehf. Öll þessi félög, Brim, Eimskip og Burðarás, yrðu síðan að fullu í eigu eignarhaldsfélagsins Hf. Eimskipafélag Íslands.“

Í opinberri kynningu Hf. Eimskipafélags Íslands á þessum breytingum kom fram að með því að gera hverja rekstrareiningu sjálfstæða með sérstakri stjórn hafi ætlunin verið sú að gera stjórnendum betur kleift að einbeita sér að arðbærum rekstri síns sviðs. Jafnframt kom fram að hlutverk móðurfélagsins Hf. Eimskipafélags Íslands yrði að annast stefnumótun fyrir samstæðuna og ýmis sameiginleg verkefni.

Í samræmi við framangreint var flutningastarfsemi Hf. Eimskipafélags Íslands færð til Eimskips ehf. Eimskip ehf. var stofnað í desember 2002 og hóf starfsemi í upphafi árs 2003. Ingimundur Sigurpálsson, forstjóri Hf. Eimskipafélags Íslands varð stjórnarformaður þess og aðrir meðlimir í stjórn félagsins áttu á þessum tíma einnig sæti í stjórn Hf. Eimskipafélag Íslands. Samkvæmt framansögðu er ljóst að félagið var stofnað til þess að taka alfarið yfir flutningastarfsemi móðurfélagsins, Hf. Eimskipafélags Íslands. Fyrir liggur og að Eimskip ehf. yfirtók þau félög innan samstæðunnar sem sinnt höfðu flutningastarfsemi, sbr. t.d. ársreikning félagsins fyrir árið 2003. Af þessu leiðir að frá og með upphafi árs 2003 hefur sú flutningastarfsemi sem mál þetta tekur til verið rekin á vegum Eimskips ehf.

Í september 2003 áttu aftur sér stað breytingar í hluthafahópi Hf. Eimskipafélags Íslands og náðu Landsbanki Íslands og tengdir aðilar ráðandi hlut í félaginu. Í kjölfar þessa voru aftur gerðar breytingar á skipulagi samstæðunnar. Er þessu lýst svo í ársskýrslu Hf. Eimskipafélags Íslands fyrir árið 2003:

„Ákveðið var að hverfa frá því skipulagi sem sett var upp árið 2002 sem byggðist á því að reka móðurfélag með þrjú dótturfélög á sviði flutningastarfsemi, sjávarútvegsstarfsemi og fjárfestingarstarfsemi. Stjórn félagsins taldi það hagfelldara fyrir hluthafa að skipta félaginu upp í tvö sjálfstæð félög, annars vegar flutningafyrirtæki undir nafni Eimskips og hins vegar fjárfestingarfélag undir nafni Burðarás. Í desember ákvað stjórn félagsins að vinna að sölu sjávarútvegsfyrirtækja Brims.“

Á aðalfundi Hf. Eimskipafélags Íslands 19. mars 2004 var samþykkt að breyta nafni þess í Burðarás og að það félag myndi fyrst og fremst sinna fjárfestingarstarfsemi. Jafnframt var ákveðið að breyta nafni Eimskips ehf. í Eimskipafélag Íslands ehf.

Gögn málsins sýna að fjallað var um mál þetta innan Eimskips ehf./Eimskipafélags Íslands ehf. Í skýringakafla ársreiknings félagsins fyrir árið 2003 er undir liðnum „óvissa“ fjallað um húsleit samkeppnisyfirvalda hjá Hf. Eimskipafélagi Íslands. Sagt var óljóst hvenær úrskurðar væri að vænta í málinu eða hver áhrif hans kynnu að vera á starfsemi Eimskips. Einnig var rætt um rannsókn samkeppnisyfirvalda á þessu máli á fundum stjórnar Eimskips. Þannig var á öðrum stjórnarfundi Eimskips 24. febrúar 2003 rætt um „stöðu mála gagnvart Samkeppnisstofnun“. Á þriðja stjórnarfundi 24. mars 2003 var sagt frá því að „efnislegar greinargerðir“ hefðu verið sendar Samkeppnisstofnun. Á sjöunda stjórnarfundi 28. júlí 2003 var farið „í stuttu máli yfir stöðuna í því máli sem Samkeppnisstofnun er að skoða gagnvart Eimskip.“ Á stjórnarfundi í félaginu sem haldinn var 30. desember 2004 var einnig rætt um þetta mál og tekið fram að Samkeppnisstofnun fari fram á að fá „afrit af öllum samningum sem voru í gildi á þeim tíma sem rannsókn stendur yfir á meintri misnotkun Eimskips á markaðsstöðu.“

4 Eimskip sem hluti af Avion Group hf.

Þann 20. maí 2005 gerði Avion Group hf. kauptilboð í öll hlutabréf í Eimskipi og var kauptilboðið samþykkt 31. maí s.á. Með kaupsamningi frá 24. júní 2005 seldi Burðarás Avion Group öll hlutabréf sín í Eimskipi. Var greitt fyrir bréfin með peningum og hlutabréfum í Avion Group.

Forstjóri Eimskips stýrði félaginu áfram og í tengslum við söluna á Eimskipi var haft eftir honum í fjölmiðlum „að óskabarn þjóðarinnar, eins og Eimskipafélagið var nefnt í árdaga, ætti að baki rúmlega 90 ára sögu í flutningum. Hann kvaðst fagna þeim styrk sem sameiningin við Avion Group færði Eimskip.“ Ljóst er að nýir eigendur Eimskips hafa í markaðsstarfi sínu lagt áherslu að hér væri um ræða fyrirtæki sem ætti sér langa sögu í flutningum hér landi. Einnig hafa þeir rekið þessa starfsemi undir sama heiti og með sama slagorði og fyrri eigendur.

5 Skipting Burðaráss

Í byrjun ágúst 2005 samþykktu stjórnir Burðaráss, Landsbanka Íslands og Straums fjárfestingarbanka að leggja til við hluthafafund félaganna að rekstri og eignum Burðaráss hf. yrði skipt í tvennt og einingarnar síðan sameinaðar Straumi annars vegar og Landsbankanum hins vegar. Stjórnir þessara félaga gerðu með sér skiptingar- og samrunaáætlun þar sem mælt var fyrir um hvernig eignir og skuldir Burðaráss skyldu skiptast milli umræddra fyrirtækja, dags. 1. ágúst 2005. Í 6. t.l. skiptingar- og samrunaáætlunarinnar segir:

„Straumur Fjárfestingarbanki hf. og Landsbanki Íslands hf. bera ábyrgð á skuldbindingum sem ekki eru tilgreindar í efnahagsreikningi Burðaráss hf. 30. júní 2005 og koma fram og/eða falla í gjalddaga eftir undirritun skiptingar- og samrunaáætlunar þessarar. Ábyrgð hvers félags skal vera í hlutfalli við yfirtekið eigið fé í Burðarási hf. þannig að Landsbanki Íslands hf. beri 49,46% ábyrgðar og Straumur Fjárfestingarbanki hf. 50,54%. Ábyrgðin tekur meðal annars til skuldbindinga vegna Lífeyrissjóðs Hf. Eimskipafélags Íslands og sektar sem kann að falla á félagið vegna máls sem rekið er fyrir samkeppnisyfirvöldum.“

Skiptingar- og samrunaáætlunin var samþykkt af hluthafafundum viðkomandi fyrirtækja í september 2005. Þann 30. september s.á. sendi Landsbanki Íslands bréf til Fyrirtækjaskrár. Í bréfinu er greint frá ofangreindum aðgerðum og eftirfarandi tekið fram:

„Þar sem skipting Burðaráss hf. og samruni þess félags við annars vegar Landsbanka Íslands hf. og hins vegar Straum Fjárfestingarbanka hf. felur í sér að hlutafélaginu Burðarási verði slitið, er óskað eftir því við Fyrirtækjaskrá að félagið verði afmáð úr hlutafélagaskrá ... “

Samkvæmt framlögðu vottorði úr Hlutafélagaskrá hefur Burðarás verið afskráð.

6 Útboðslýsing Avion Group hf.

Í desember 2005 var Avion Group skráð á markað í Kauphöll Íslands. Í útboðslýsingu, dags. desember 2005, sem gefin var út í nafni Avion Group og Landsbanka Íslands kemur þetta m.a. fram:

„There are two matters concerning Eimskip under review before the Competition Authority;

1. In August 2002 Eimskip's biggest competitor, Samskip hf., lodged a complaint that Eimskip had violated Article 11 of the Icelandic Competition Act. Samskip hf. claims that the behaviour of Eimskip is in violation of the above-mentioned decision from 1999. The Competition Authority carried out an inspection at Eimskip's headquarters in September 2002 and obtained documents and electronic data as part of a probe into the allegations. The case is still pending.

2. In 2002 Atlantsskip ehf. complained that Eimskip had abused its dominant position with predatory pricing and cross-subsidisation by using the profits it makes in one market, where it enjoys a monopoly, to support low prices in other markets where it faces competition. The case is still pending.“

7 Niðurstaða

Að framan er það rakið hvernig flutningasvið eldra Hf. Eimskipafélags Íslands var fyrst gert að dótturfélagi undir nafninu Eimskip ehf. og seinna selt Avion Group hf. Þá eru nafnbreytingar félaganna einnig raktar og þess getið að flutningasviðið tilheyrir nú áfrýjanda Hf. Eimskipafélags Íslands hinu síðara. Þetta svið hefur verið rekið í samfellu og telur Samkeppniseftirlitið að það hafi markaðsráðandi stöðu á sjóflutningamarkaði. Samkeppnisyfirvöld tóku til rannsóknar þær athafnir sem unnar voru á þessu sviði og lögðu síðar sekt við.

Í þessu sambandi verður að gæta að því að í ársbyrjun 2003 voru Hf. Eimskipafélag Íslands og Eimskip ehf. móður- og dótturfélag í fullri eigu hins fyrrnefnda. Ótvíræð skipulagsleg tengsl voru jafnframt milli félaganna þegar síðarnefnda félagið tók við flutningastarfsemi hins fyrrnefnda. Þannig voru stjórnarmenn félaganna að miklu eða öllu leyti þeir sömu. Við þessar aðstæður var ekki unnt að skipta ábyrgð félaganna í samkeppnislegu tilliti. Breyting á lagalegu formi og nafni fyrirtækis ein sér felur ekki í sér brottfall ábyrgðar þegar báðir aðilarnir eru í efnahagslegum skilningi einn og hinn sami. Ábyrgð áfrýjanda hefur og heldur ekki fallið niður við síðari atvik.

Með vísun til þessa og forsendna í hinni kærðu ákvörðun að öðru leyti ber að fallast á það að Eimskip ehf. síðar Eimskipafélag Íslands ehf. og nú Hf. Eimskipafélag Íslands sé ábyrgt vegna athafna Hf. Eimskipafélags Íslands að samkeppnisrétti sem til rannsóknar voru og áttu sér aðallega stað á árunum 2001 og 2002 eins og síðar verður rakið. Verður ákvörðun um þá sekt sem hér ræðir um réttilega beint að því félagi, enda er sú ráðstöfun best til þess fallin að skapa bæði sérstök og almenn varnaðaráhrif og efla þar með samkeppni.

III Fyrning

1 Almennar athugasemdir

Samkeppnislög höfðu ekki að geyma sérstök ákvæði um fyrningu brota fyrir gildistöku laga nr. 52/2007. Áfrýjunarnefndin telur hins vegar eðlilegt að beita ákvæði 80. gr. almennra

hegningarlaga með áorðnum breytingum með lögjöfnun um atvik máls þessa. Ástæðan er einkum sú að hér er um eðlislík tilvik að ræða. Rök um skýrleika réttarheimilda mæla einnig með þessari niðurstöðu. Samkvæmt þessu fynast sakir samkvæmt ákvæðum 81. og 82. gr. sömu laga, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004, Ker hf. o.fl. gegn samkeppnisráði.

2 Fyrning brota samkvæmt almennum hegningarlögum

Ákvæði 81. gr. alm.hgl. mælir svo fyrir að sök fynnist með eftirfarandi hætti:

„ 1. Á 2 árum, þegar ekki liggur þyngrri refsing við broti en 1 árs fangelsi eða refsing sú, sem til er unnið, fer ekki fram úr sektum”

Við þá lagabreytingu sem varð á alm.hgl. með 5. gr. laga nr. 39/2000 var skotið inn nýju ákvæði, þ.e. tölulið 4. þar sem segir svo:

„Fyrningarfrestur vegna refsíabyrgðar lögaðila er 5 ár.“

Þessi breytingalög voru birt 26. maí 2000 og öðluðust þegar gildi.

3 Samfelld brotaferli

Í fjórða hluta II. úrskurðar þessa er gerð grein fyrir því að brot áfrýjanda feli í sér samfellda atlögu gegn samkeppnisaðilum hans. Athafnir Eimskips, sem Samkeppnisstofnun og síðar Samkeppniseftirlitið gera athugasemdir við, áttu sér stað með samfelldum reglubundnum hætti aðallega á árunum 2001 og 2002. Voru brot þessi auk þess mjög eðlislík. Verður að meta það svo að um samfelld og áframhaldandi brotaferli eðlislíkra athafna hafi verið að ræða. Var einkum um að ræða víðtæka og skipulagsbundna áætlun sem hafði það markmið að ná umtalsverðum viðskiptum af helsta keppinaut félagsins og sem var til þess fallin að veikja hann verulega á markaðnum. Í því sambandi báru hæst aðgerðir Eimskips frá því í mars og apríl 2002 til þess tíma er samkeppnisyfirvöld gerðu húsleit hjá félaginu 4. september sama ár.

4 Upphaf fyrningarfrests

Samkvæmt 82. gr. almennra hegningarlaga telst fyrningarfrestur frá þeim degi, er refsiverðum verknaði eða refsiverðu athafnaleysi lauk. Fyrningarfrestur hefst því ekki fyrr en við lok síðasta verknaðarþáttar í brotaferlinu sem ber að virða sem eitt brot í fyrrgreindum skilningi. Í máli þessu þykir mega miða við að brot áfrýjanda hafi a.m.k. staðið til þess tíma sem Samkeppniseftirlitið gerði húsrannsókn hjá fyrirtækinu. Í samkeppnisrétti er rétt að líta svo á að svipuð sjónarmið gildi og fram koma í tilvitnaðri lagagrein. Einn og sami fyrningarfrestur verður því talinn gilda fyrir allt brotið.

5 Rof fyrningarfrests

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að fyrning rofni þegar stjórnvald á samkeppnisviði sakar viðkomandi aðila með skýrum og sannanlegum hætti um tiltekið brot. Eru ákvæði almennra hegningarlaga um það efni þar höfð til hliðsjónar. Á þeim tíma sem mál þetta tekur til undirbjó Samkeppnisstofnun mál sem lögð voru fyrir samkeppnisráð og ráðgjafarnefndir þess og annast dagleg störf ráðsins en samkeppnisráð gat þó falið Samkeppnisstofnun ákvörðunarvald sitt á afmörkuðum sviðum samkvæmt nánari reglum sem ráðið setti. Einn þáttur þessa undirbúnings var öflun gagna, þar á meðal athuganir á starfsstöð fyrirtækis og haldlagning gagna samkvæmt 40. gr. þágildandi samkeppnislaga. Við framkvæmd slíkra aðgerða var fylgt ákvæðum laga um meðferð opinberra mála. Fallast verður á það með Samkeppniseftirlitinu að fyrningarfrestur rofni við þvingunarráðstöfun eins og húsleit þá í þágu rannsóknar máls þessa sem fram fór 4. september 2002 en úrskurður um þessa húsleit var kveðinn upp í Héraðsdómi Reykjavíkur þann 3. september 2002 á hendur Hf. Eimskipafélagi Íslands bæði í húsnaði félagsins og starfsstöð. Við þann atburð þykir augljóst að félagið var sakað um brot gegn samkeppnislögum. Eins og rakið hefur verið í öðrum hluta II voru áfrýjandi og fyrrgreind félög ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnislaga er þessir atburðir fóru fram. Með húsleitinni var því fyrningu jafnframt slitið gagnvart áfrýjanda.

Eins og áður segir var það Samkeppnisstofnun en ekki samkeppnisráð sem hafði heimild til að framkvæma húsleit hjá fyrirtækjum á þeim tíma sem mál þetta tekur til. Á þessum tíma unnu

Þessir aðilar sameiginlega að rannsókn og ákvörðunum í samkeppnismálum þar sem gert var ráð fyrir tiltekinni verkaskiptingu milli þeirra en ekki sem aðskilin stjórnvöld, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli 3/2004 (Ker hf. o.fl. gegn samkeppnisráði). Samkvæmt lögjöfnun frá 4. mgr. 82. gr. hegningarlaga, sbr. lög nr. 140/1998, var fyrningarfrestur því rofinn með húsleit Samkeppnisstofnunar.

6 Fyrning varðandi markaðsatlögu

Samkvæmt framansögðu verður að telja brot áfrýjanda fela í sér eina samfellda heild að því er varðar svonefnda markaðsatlögu, sbr. fjórða hluta II úrskurðar þessa. Fyrning vegna ætlaðs brots áfrýjanda rofnaði við húsleit Samkeppnisstofnunar 4. september 2002 og það er því ekki fyrnt.

7 Fyrning varðandi einkakaupasamninga.

Í flutningasamningum Eimskips við viðskiptavini sína er að finna ákvæði sem Samkeppnisstofnun telur fela í sér ólögmat einkakaup og samkeppnishamlandi afslætti í skilningi samkeppnislaga. Slík ákvæði hafi verið í samningum félagsins frá árinu 1999 og síðar. Í fjórða hluta III í úrskurði þessum er nánar rætt hvort niðurstöður Samkeppniseftirlitsins um brot af þessu tagi fái staðist að mati áfrýjunarnefndarinnar. Í fjórða hluta úrskurðar þessa kemur fram að engin þessara meintu brota eru talin hefjast fyrr en eftir 6. desember 2000. Fyrning var rofin við húsleit sem fram fór 4. september 2002 en úrskurður um þessa húsleit var kveðinn upp í Héraðsdómi Reykjavíkur þann 3. september 2002 eins og áður greinir. Af þessum sökum teljast engin þessara meintu brota fyrnd.

IV Sönnun

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að hér á landi gildi meginreglan um frjálst mat sönnunargagna og verður sú viðmiðun höfð í huga í máli þessu. Enginn vafi er á því að gera verður ríkar kröfur til sönnunargagna og mats á þeim þegar um verulega íþyngjandi ákvarðanir er að ræða. Í samkeppnismálum má að öðru jöfnu telja álagningu stjórnvaldssekta vegna brota á samkeppnislögum til slíkra ákvarðana. Í máli þessu hefur fjöldi tölvupósta, bókana og

minnismiða verið lagður fram. Ekki er ágreiningur um að gögnin stafi frá starfsmönnum áfrýjanda sjálfs, einkum stjórnendum og millistjórnendum, og að þau séu þess efnis sem fram kemur í þeim. Þau eru rituð á þeim tíma sem atvikin gerðust og án tengsla við síðari rannsókn. Sönnunargildi þeirra er því ríkt þó að deila megi um túlkun þeirra í einstökum tilvikum.

Þótt gerðar séu ríkar kröfur til sönnunar og sönnunarmats í samkeppnismálum við álagningu stjórnvaldssekta hafa þau þó nokkra sérstöðu varðandi sönnun og sönnunarmat sem m.a. kemur fram í málum um misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Sérstaða felst í því að hegðun fyrirtækja og stjórnenda þeirra á tilteknum markaði getur, á grundvelli reynslulögmála, ein sér gefið sterkar vísbendingar um ólögmætt atferli. Þannig geta aðgerðaráætlanir og ráðstafanir markaðsráðandi fyrirtækis gegn samkeppnisaðilum, sem haldið er leyndum, veitt slíkar líkur. Finna má dæmi um þetta í fyrirliggjandi máli og verður þess getið sérstaklega að því leyti sem á því er byggt.

Í tengslum við sönnun í máli þessu verður jafnframt haft í huga að fákeppni ríkir á þeim markaði sem hér um ræðir. Ljóst er að áfrýjendur hafa fullt frelsi til að verðleggja vörur sínar og geta í því sambandi tekið með í reikninginn hegðun keppinauta sinna. Þetta á sérstaklega við ef það leiðir af eðli markaðarins að fyrirtæki á auðvelt með að fylgjast með hegðun keppinautar. Því er alveg ljóst að fákeppnisstaða getur í sumum tilvikum verið fullnægjandi skýring á tiltekinni markaðshegðun. Verður það haft í huga í máli þessu.

Minnisblað, dags. 1. febrúar 2008, frá þáverandi framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs áfrýjanda, hefur verið lagt fram í málinu fyrir áfrýjunarnefndinni. Að öðru leyti liggja ekki fyrir yfirlýsingar eða skýringar frá þeim starfsmönnum áfrýjanda sem koma sérstaklega við sögu í máli þessu. Slíkar skýringar hefðu þó tvímælalaust horft til frekari glöggvunar málsins að mati áfrýjunarnefndarinnar.

Þriðji hluti - Markaðsskilgreiningar og markaðsráðandi staða

I Túlkunarsjónarmið

Mál þetta snýst meðal annars um túlkun 11. gr. samkeppnislaga en samkvæmt 1. mgr. hennar er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Umrædd grein var sett með lögum nr. 107/2000 um breytingu á samkeppnislögum nr. 8/1993, með síðari breytingum og fól í sér gagngera breytingu á þágildandi samkeppnislögum. Hið nýja ákvæði verður hér bæði túlkað í tengslum við það íslenska lagaumhverfi sem það er í og með hliðsjón af markaðsaðstæðum hér á landi. Ákvæðið var í frumvarpi til laganna sagt byggt á 53. gr. EES-samningsins og einnig á sambærilegum ákvæðum í löggjöf nokkurra aðilaríkja. Af því leiðir að við úrlausn máls þessa verður einnig höfð hliðsjón af löggjöf þessara ríkja og sambærilegu ákvæði Rómarsamningsins innan Evrópusambandsins. Svo virðist sem ekki sé í sjálfu sér ágreiningur um þetta enda þótt aðilar leggi mjög mismunandi áherslur á einstök atriði og túlkun þeirra.

II Markaðurinn

Í því skyni að skilgreina nánar markaðsráðandi stöðu samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga verður að ákveða þann markað sem talið er að misnotkun fari fram á. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur slíka skilgreiningu þýðingarmikið atriði fyrir beitingu ákvæðisins. Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Hugtakið staðganga skírskotar til vöru eða þjónustu sem að fullu eða að verulegu leyti getur komið í stað annarrar vöru eða þjónustu. Samkvæmt þessu er markaðurinn skilgreindur með tvennum hætti, þ.e. annars vegar með tilliti til þeirrar vöru eða þjónustu sem um er að ræða og hins vegar með tilliti til þess markaðssvæðis (landssvæðis) sem til greina kemur. Markaðssvæðið er þá ákvarðað út frá sömu meginsjónarmiðum, þ.e. svæði þar sem samkeppnisskilyrði eru nægjanlega lík til þess að unnt sé að greina þau frá öðrum svæðum í samkeppnislegu tilliti. Í samkeppnisrétti er það viðtekin venja að skilgreina markaðinn út frá sjónarmiði neytenda með hliðsjón af landsvæði og eiginleika vöru eða þjónustu, verði hennar og notkun og eru sem fyrr segir staðgöngusjónarmið þar aðalatriði sem til skoðunar koma.

Samkvæmt þessu er því rétt að skilgreina tiltekinn markað út frá landsvæði og vörum eða þjónustu og staðgönguvörum eða staðgönguþjónustu eins og þessi atriði horfa við út frá sjónarmiði neytenda. Sá markaður sem verður fyrst og fremst fyrir áhrifum eða er líklegur að verða fyrir áhrifum af tiltekinni aðgerð eða aðgerðum markaðsráðandi fyrirtækis út frá þessum sjónarmiðum verður samkvæmt þessu talinn falla undir efnislýsingu 11. gr. samkeppnislaga. Þó er augljóst að skilgreiningar af þessu tagi geta ekki orðið nákvæmar. Því verða þær aðeins notaðar til viðmiðunar og verður svo gert hér.

Í máli þessu er ágreiningur um ýmsar aðgerðir áfrýjanda árin 1999-2002 sem Samkeppniseftirlitið telur fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Er nánar vikið að þeim í kafla 3.2. í hinni áfrýjuðu ákvörðun. Eins og síðar verður sýnt fram á höfðu þessar aðgerðir fyrst og fremst áhrif á alla farmflutninga með reglubundnum áætlunarsiglingum milli Íslands og hafna í Evrópu annars vegar og Norður-Ameríku hins vegar. Verður að hafa í huga að hinar umdeildu aðgerðir fóru fram á nánast öllum sviðum umræddra flutninga.

1 Flugflutningar og skipaflutningar

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á röksemdir Samkeppniseftirlitsins fyrir því að flutningstími og hlutfall flutningskostnaðar af heildarverðmæti vöru ráði mestu um það hvort hún er flutt með flugvélum annars vegar eða skipum hins vegar. Ber að hafa í huga að vörur eru almennt ekki fluttar með skipum þegar hagkvæmt er að flytja þær í flugi þó að frá þessu séu vissulega undantekningar. Þess má ennfremur geta að mál þetta snýst um flutninga tveggja stærstu skipafélaganna sem að miklu leyti sinna flutningum á vörum sem ekki verða fluttar í flugi og því í lítilli samkeppni við flugflutninga. Af því leiðir að staðganga er alls ekki fyrir hendi varðandi stóran hluta flutninganna. Það er því skoðun áfrýjunarnefndar samkeppnismála með hliðsjón af þessum meginröksemdum að staðganga á milli flugflutninga annars vegar og sjóflutninga hins vegar í skilningi 4. gr. samkeppnislaga sé svo veigalítill með hliðsjón af eðli þeirra aðgerða sem hér eru til umfjöllunar að hún hafi hverfandi áhrif.

2 Áætlunarflutningar og leiguflutningar

Til áætlunarflutninga má telja þá flutninga sem sinnt er reglulega samkvæmt fyrirfram auglýstri áætlun skipafélaganna. Megineinkenni þeirra er að viðskiptavinum standa að jafnaði til boða almennir flutningar. Ýmsir stærri flutningar falla þarna undir. Einkenni þeirra er alhliða flutningaþjónusta sem felur það í sér að viðskiptavinum er boðið upp á reglulegan sjóflutning á vöru ásamt afgreiðslu, uppskipun og útskipun. Leiguflutningar eru hins vegar flutningar á vörum í lausri vigt eða í pakkningum í skipi sem leigt er einum eða fleiri farmsendendum í heild eða hluta til einnar ferðar eða til ákveðins tíma eða með öðrum hætti til siglinga utan fastrar áætlunar og án þess að auglýst sé, og samið er um flutningstaxta hverju sinni á grundvelli framboðs og eftirspurnar. Munurinn þarna á milli felst því einkum í því að áætlunarflutningar standa almennt til boða fyrir neytendur á auglýstum tímum milli ákveðinna áfangastaða en það á ekki við um leiguflutninga. eru aðilar sammála um að þessir markaðir séu ólíkir í samkeppnislegu tilliti þó að áfrýjandi geri þar nokkurn fyrirvara á.

Fallast má á rök Samkeppniseftirlitsins fyrir því að ekki sé unnt að líta á flutning tiltekinna vara (hér einkum ál, rafskaut og fiskur) og áfrýjandi nefnir stórflutninga sem hluta af leigumarkaði þó að slíkar vörur kunni alla jafnan að vera fluttar með leiguskipum erlendis. Þessar vörur hafa verið fluttar með áætlunarflutningum til og frá Íslandi vegna markaðsaðstæðna hér á landi og fullkomin staðgang er því ekki fyrir hendi þó að færa megi rök fyrir því að hún geti átt við. Því er ekki grundvöllur til að undanskilja þennan flokk eða aðra sambærilega við mat á markaðshlutdeild.

3 Siglingar milli Íslands og Norður-Noregs annars vegar og Spánar og Portúgals hins vegar

Áfrýjandi telur að þessar siglingar hafi hvorki verið auglýstar sérstaklega né verið reglubundnar og geti því ekki talist til áætlunarsiglinga. Á bls. 100 í hinni kærðu ákvörðun er að finna reifun gagna sem byggð eru á upplýsingum úr fjölmiðlum sem sagðar eru stafa frá áfrýjanda og taldar eru veita vísbendingar um að hér hafi verið um reglubundnar siglingar að ræða. Er einkum um að ræða þrjár fréttatilkynningar. Í frétt Viðskiptablaðs Morgunblaðsins frá 5. apríl 2001 er m.a.

fjallað um fyrirhugaða flutninga Eimskips á umræddum áætlunarleiðum og þar kemur þetta fram:

„Eimskip munu framvegis verða með tvö frystiskip í siglingum milli Íslands, Noregs, Norður-Spánnar og Portúgals og munu reglubundnar siglingar hefjast frá Íslandi fyrri hluta apríl. Í fréttatilkynningu frá félaginu segir að frystiskipið Ludvig Andersen hafi að undanfögnu flutt frystivörur milli Íslands og Noregs en nú hafi verið ákveðið að hefja rekstur á öðru skipi til að auka flutningaþjónustu við sjávarútveg. Þessi þjónusta sé tilkomin vegna aukinnar eftirspurnar bæði á Íslandi og í Noregi eftir flutningum félagsins á sjávarafurðum með frystiskipum til Spánnar og Portúgals.“

Samkvæmt gögnum málsins er ekki nægilega ljóst hvernig þessum flutningum var háttáð. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála mun því hafa þetta í huga og ekki telja umræddar siglingar með sem áætlunarsiglingar. Þessi leiðrétting hefur þó ekki veruleg áhrif.

4 Flutningar til og frá landinu og mismunandi flutningaleiðir

Áfrýjandi telur að skipta beri mörkuðum þessa máls eftir því hvort um sé að ræða flutninga til og frá landinu og eftir flutningaleiðum, þ.e. til Evrópu annars vegar og Norður-Ameríku hins vegar.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst ekki á þetta.

Ljóst er af gögnum málsins að umræddar aðgerðir áfrýjanda beindust að viðskiptavinum óháð því hvort um væri að ræða aðila sem flyttu vörur á Evrópu- eða Ameríkuleiðum. Ekki var heldur gerður greinarmunur á viðskiptavinum eftir því hvort þeir flyttu vörur til Íslands eða frá landinu. Markmið aðgerðanna virðist einfaldlega hafa verið að ná sem mestum viðskiptum frá Samskipum og skipti í því sambandi ekki máli hvaða einstöku undirmörkuðum viðskiptin tilheyrðu. Jafnframt má hafa í huga að samkeppni virðist vera ríkjandi um flutninga óháð því hvort um er að ræða sjóflutninga til og frá Evrópu eða Norður-Ameríku. Með hliðsjón af þessum sjónarmiðum telur áfrýjunarnefndin að ekki sé ástæða til að skipta markaði í máli þessu upp í sérstaka undirmarkaði. Því verða allar þessar siglingar taldar saman við mat á markaðshlutdeild.

5 Skipting markaða eftir vörflokkum og viðskiptavinum

Áfrýjunarnefndin telur ekki efni til að skipta markaði fyrir sjóflutninga eftir vörum eða viðskiptavinum. Meginástæðan er sú að aðilar máls þessa eru í samkeppni um flutninga varðandi alla þá sem á annað borð þurfa á flutningaþjónustu á sjó að halda á áætlunarleiðum. Þar við bætist að hinar umdeildu aðgerðir áfrýjanda voru að mestu leyti óháðar því hverjir voru viðskiptamenn eða um hvaða vörutegundir var að ræða. Því verður öll flutningsþjónusta á áætlunarleiðum talin saman án tillits til hvaða vörur voru fluttar eða hverjir voru viðskiptavinir.

6 Niðurstaða

Samantekið má staðfesta þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að markaðir þessa máls séu farmflutningar með reglubundnum áætlunarsiglingum milli Íslands og hafna í Evrópu annars vegar og Norður-Ameríku hins vegar. Til áætlunarsiglinga samkvæmt framansögðu telst einnig tengd þjónusta, sem er órjúfanlegur þáttur slíkrar flutningaþjónustu svo sem vöruafgreiðsla ásamt útskipun og uppskipun.

III Markaðsráðandi staða

Markaðsráðandi staða er fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Í þessu sambandi skiptir mestu máli að huga að markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á þeim markaði sem hefur verið skilgreindur og að því skipulagi sem ríkir á markaðnum.

Fyrri atriðið, markaðshlutdeildin, er almennt talið fela í sér sterkar vísbendingar um markaðsráðandi stöðu í hefðbundnum samkeppnisrétti, þ.e. úrlausn þess er þýðingarmikið atriði um hvort tiltekið fyrirtæki teljist vera í markaðsráðandi stöðu. Það leiðir síðan af eðli málsins að því hærri sem markaðshlutdeildin er því sterkari vísbendingu gefur hún um markaðsráðandi stöðu. Hafa ber í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í

máli nr. 5/1999, Landssími Íslands hf. og Skíma ehf. gegn samkeppnisráði, þar sem litið var svo á að Landssíminn væri markaðsráðandi á internetmarkaðnum með 37% markaðshlutdeild. Var í því sambandi m.a. einnig horft til styrkrar stöðu Landssímans á tengdum mörkuðum.

Með síðargreindu viðmiðuninni, skipulaginu, er skírskotað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingu í sömu átt, einkum hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum, framboði vöru eða þjónustu og fjölda og styrk keppinauta en fleiri atriði koma þó einnig til skoðunar.

Ákvörðun um hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu hvílir því á heildarmati þar sem fyrrgreind atriði koma til skoðunar. Við þetta mat skiptir þó markaðshlutdeild meginmáli. Þá er ljóst að tiltekin há markaðshlutdeild eða styrkleiki að öðru leyti getur því aðeins haft áhrif á stöðu fyrirtækis sem markaðsráðandi að hún hafi staðið í svo langan tíma að fyrirtæki verði kleift að starfa án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Taka ber fram að markaðsstyrkleiki einstakra samkeppnisaðila skiptir einnig máli. Síðar verður að því vikið að hvaða marki það atriði kemur hér til skoðunar.

IV Markaðshlutdeildin

Sem fyrr greinir felur há markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu þó að önnur atriði skipti þar einnig máli. Markaðshlutdeild er að jafnaði ákvörðuð með hliðsjón af tekjum af þeirri þjónustu sem um ræðir. Áfrýjunarnefndin telur einnig eðlilegt að nota slíkt viðmið hér. Ástæðan er fyrst og fremst sú að hinar umdeildu markaðsaðgerðir áfrýjanda tóku til flestra þátta í flutningsstarfsemi áfrýjanda en ekki til skilgreindra undirmarkaða þar sem viðmið við flutt magn í tonnum kann að eiga betur við. Eins og atvikum er háttað hér þykja því tekjur af þjónustunni við flutninginn sýna betur styrkleika fyrirtækisins.

Í kafla 2.2.1. í hinni kærðu ákvörðun eru rakin nokkur sjónarmið og settar fram upplýsingar í töflum um flutningsmagn í tonnum, tekjur í þúsundum króna, og markaðshlutdeild fyrir annars vegar magn og hins vegar tekjur. Þar koma m.a. fram upplýsingar fyrir inn- og útflutning fyrir

heildarmarkaðinn, þ.e. samtals flutninga milli Íslands og Evrópu annars vegar og Íslands og Norður-Ameríku hins vegar en einnig er þar að finna upplýsingar um flutninga á undurmörkuðum máls þessa. Í öllum töflunum eru einnig sundurliðaðar upplýsingar um flutninga til landsins og flutninga frá landinu. Samanburðartímabilið tekur til ára 1999-2002 að báðum meðtöldum. Í þessum töflum eru undanskildir flutningar Eimskipa frá Íslandi til Spánar og Portúgals annars vegar og Eystrasaltsríkjanna hins vegar. Fyrirgreindar forsendur verða hér lagðar til grundvallar.

Meginniðurstöðurnar af þessum samanburði voru þær að hlutdeild Eimskips miðað við tekjur var í kringum [...] ⁴ % öll viðmiðunarárin, hlutur Samskipa um [...] ⁵ % og Atlantsskipa á bilinu [...] ⁶ %. Sé miðað við flutt magn til samanburðar var hlutur Eimskip [...] ⁷ %, Samskipa [...] ⁸ % og Atlantsskipa innan við [...] ⁹ % öll viðmiðunarárin. Þessi tími þykir einnig nægjanlegur til að veita vísbendingar um styrka stöðu áfrýjanda á umræddum mörkuðum. Til lækkunar á þessum tölum er litið til þeirra leiðréttingarsjónarmiða sem fram koma í lið 2 og 3, í II, í þriðja hluta.

Ekki hafa komið fram í málinu upplýsingar sem gefa tilefni til að ætla að erlend skipafélög hafi á þessum tíma haft teljandi markaðshlutdeild í áætlunarsiglingum til og frá Íslandi.

Fallast má á það með Samkeppniseftirlitinu að markaðshlutdeild áfrýjanda hafi verið veruleg á hinum skilgreindu mörkuðum á því tímabili sem hér er til skoðunar. Eins og rakið er í hinni kærðu ákvörðun virðist þessi niðurstaða ekki fjarri mati ýmissa fyrirsvarsmanna áfrýjanda á viðmiðunartímanum eða hluta hans. Þá verður einnig að fallast á það með Samkeppniseftirlitinu að upplýsingar um verðþróun á flutningsþjónustu Eimskips frá 2002-2005 hafi litla þýðingu við mat á því hvort áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu umrætt sinn. Við heildarmat ber einnig að hafa í huga að áfrýjandi hefur ráðið yfir stærstum hluta markaðarins á viðmiðunartímanum og að gögn máls þessa benda ekki til annars en að sú staða hafi haldist síðan.

⁴ Trúnaðarmál

⁵ Trúnaðarmál

⁶ Trúnaðarmál

⁷ Trúnaðarmál

⁸ Trúnaðarmál

⁹ Trúnaðarmál

V Annar styrkur

Eins og áður greinir er há markaðshlutdeild keppinauta á skilgreindum mörkuðum ekki eina atriðið sem leggja ber til grundvallar þegar það er metið hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Í því sambandi skiptir einnig máli hver sé staða keppinautanna. Segja má að almenna reglan sé sú að eftir því sem þeir eru smærri og fleiri séu þeir almennt veikari fyrir áhrifum heldur en ef þeir eru færri með talsverða markaðshlutdeild. Í máli þessu er alveg ljóst að áfrýjandi er með verulega hærri hlutdeild heldur en næst stærsta félagið á markaðinum, Samskip ehf.

Auk markaðshlutdeildarinnar koma mörg önnur sjónarmið til álita þegar efnahagslegur styrkleiki fyrirtækis er metinn og eru þau nánar rakin í kafla 2.2.2.-2.2.5. í hinni kærðu ákvörðun. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins var sú að áfrýjandi hefði mikla yfirburði yfir keppnauta sína að því er varðar flutningaframboð og varðandi fjárhagslegan og efnahagslegan styrkleika. Sjónarmið um aðgengi var talið leiða til sömu niðurstöðu. Loks þótti ekki sýnt að um sérstakan kaupendastyrk hefði verið að ræða.

1 Flutningaframboðið

Áfrýjunarnefndin fellst á með Samkeppniseftirlitinu að afkastageta skipafélaga í flutningum geti gefið vísbendingar um efnahagslegan styrkleika. Hún er einnig í meginatriðum sammála röksemdum þess og niðurstöðu um þetta atriði. Andmæli áfrýjanda sem fram hafa komið geta ekki breytt því aðalatriði að flutningsframboð áfrýjanda var mun meira en annarra keppinauta á þeim tíma sem hér skiptir máli. Flutningsgeta áfrýjanda skapaði honum því talsvert forskot á keppinauta sína á hinum skilgreindu mörkuðum og styður þá tilgátu að hann hafi verið í markaðsráðandi stöðu. Áfrýjandi hefur bent á að mikil og öflug framboðsstaðganga sé á milli áætlunarflutninga og leiguflutninga. Lítið þurfi til að færa skip sem áður hafi verið í þeirri starfsemi sem eftirlitið skilgreini sem leiguflutninga í áætlunarflutninga. Samskip hafi leigt um 20 skip á árunum 2001-2002 sem m.a. sinntu áætlunarflutningum og því veitt Eimskipi mikið samkeppnislegt aðhald á markaði áætlunarsiglinga. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á

að þessi möguleiki hafi verið harla takmarkaður í ljósi þeirrar markaðsatlögu og því neti einkakaupasamninga og afsláttá sem lýst verður í fjórða hluta úrskurðar þessa.

2 Almennur efnahagslegur styrkleiki

Almennur efnahagslegur styrkleiki áfrýjanda skiptir einnig máli við mat á því hvort hann hafi verið í markaðsráðandi stöðu umrætt sinn. Fjárhagslegir og efnahagslegir yfirburðir umfram keppinauta skipta þar máli sem og staða tengdra félaga, skipulag og starfsemi. Við mat á almennri efnahagslegri stöðu Eimskips skiptir þó fjárhagsleg staða á hinum skilgreinda markaði mestu og má í því sambandi bæði líta til stöðu Eimskips með og án dótturfélaga. Því hefur ekki verið hnekkt að velja Eimskips var á viðmiðunarárrunum að jafnaði um tvöfalt meiri en helsta samkeppnisaðilans. Svipuð er niðurstaðan ef samstæðuvelta fyrirtækjanna er borin saman. Munurinn er enn meiri ef bornar eru saman fyrirleggjandi upplýsingar um heildareignir og eigið fé félaganna að bókfærðu verðmæti á viðmiðunartímanum. Upplýsingar um stöðu fyrirtækja eftir viðmiðunartímann hafa hins vegar takmarkaða þýðingu. Með þessum athugasemdum og að öðru leyti með vísan til þeirra raka sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun (kafla 2.2.3) má staðfesta þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að almennur efnahagslegur styrkleiki áfrýjanda hafi verið með þeim hætti að hann styrki þá tilgátu að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á viðmiðunartímanum.

3 Aðgangur að markaðnum og kaupendastyrkur

Aðgangur að markaðnum og möguleg samkeppni skipta einnig máli við mat á því hvort fyrirtæki hafi verið í markaðsráðandi stöðu. Hér skiptir meginmáli hvaða möguleikar keppinautar eiga til að komast inn á þann markað sem til skoðunar er. Teknar eru til skoðunar þær aðgangshindranir og aðstæður sem ríkja er ætluð brot eiga sér stað. Í því sambandi ber helst að nefna að áfrýjandi hefur um langt skeið haft verulega hlutdeild á skilgreindum mörkuðum. Sú staða hefur aðeins breyst óverulega með tilkomu nýs samkeppnisaðila. Hér má í öllum aðalatriðum fallast á þær ályktanir samkeppniseftirlitsins í kafla 2.2.4 að aðgangur að markaðnum telst ekki opin og eða frjálms með þeim hætti að það breyti neinu um hugsanleg markaðsleg yferráð áfrýjanda. Loks má

fallast á rökstuðning og niðurstöður Samkeppniseftirlitsins um mögulega kaupendastyrki sem fram koma í kafla 2.2.5 í hinni kærðu ákvörðun.

4 Niðurstaða

Niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála er því sú að markaðshlutdeild áfrýjanda hafi verið veruleg þegar atvik málsins áttu sér stað og bendi til markaðsráðandi stöðu hans. Mikil afkastageta áfrýjanda í flutningum og sterk fjárhagsleg og almenn efnahagsleg staða hans benda til sömu niðurstöðu. Önnur þau atriði sem getið hefur verið skjóti enn frekari stoðum undir að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á þeim mörkuðum og á þeim tíma sem fjallað er um í máli þessu.

Af þessu leiðir að mati áfrýjunarnefndarinnar að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á mörkuðum fyrir farmflutninga með reglubundnum áætlunarsiglingum milli Íslands og hafna í Evrópu annars vegar og Norður-Ameríku hins vegar á því tímabili sem mál þetta tekur til, þ.e. áranna 1999-2002. Markaðshlutdeild Samskipa og styrkleiki þess félags að öðru leyti er þó umtalsverður. Styrkleikamunur samkvæmt fyrrgreindum viðmiðunum milli umræddra samkeppnisfélaga er þó það mikill að það breytir ekki þeirri meginályktun að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu umrætt sinn í skilningi 11. gr. samkeppnislaga. Síðar verður að því vikið hvaða áhrif styrkleiki Samskipa hefur á niðurstöður máls þessa.

Fjórði hluti - Misnotkun markaðsráðandi stöðu

I Almenn atriði

1 Lagaákvæði

Samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga er misnotkun á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Í 2. mgr. 11. gr. eru talin upp dæmi um misnotkun í þessu sambandi en ljóst er þó af orðalagi ákvæðisins að þarna er ekki um tæmandi talningu að ræða. Ákvæðið í heild er svohljóðandi:

„Misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu er bönnuð.

Misnotkun skv. 1. mgr. getur m.a. falist í því að:

- a. beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir,*
- b. settar séu takmarkanir á framleiðslu, markaði eða tækniþróun, neytendum til tjóns,*
- c. viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt,*
- d. sett sé það skilyrði fyrir samningagerð að hinir viðsemjendurnir taki á sig viðbótarskuldbindingar sem tengjast ekki efni samninganna, hvorki í eðli sínu né samkvæmt viðskiptavenju.“*

Dæmin sem þarna eru reifuð gefa mikilvæga vísbendingu um efnisinnihald hugtaksins misnotkun.

Ekki er þarna að finna nánari skilgreiningu á því hvað teljist misnotkun en nánari leiðbeiningu má þó fá af markmiðsákvæðum samkeppnislaga. Eðlilegt er að skýra þessi ákvæði þannig að sú staðreynd að misnotkun hafi verið beitt af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sé nægjanleg til að aðferðin teljist ólögmat. Í þessu felst að það er ekki skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkunin hafi haft tiltekin áhrif eða að ákveðinn skilgreindur tilgangur hafi verið með aðgerðunum. Það leiðir þó af eðli málsins að sannist t.d. sá tilgangur markaðsráðandi fyrirtækis að lækka verð vöru eða þjónustu til að koma viðkomandi samkeppnisfyrirtæki út af markaði eða veikja það verulega ætti að öðru jöfnu að vera auðveldara að sýna fram á að slík aðgerð brjóti í bága við markmið samkeppnislaga. Sérstækar skipulagsbundnar aðgerðir markaðsráðandi

fyrirtækis sem beinast beinlínis að samkeppnisfyrirtæki á markaðnum mætti oft meta með svipuðum hætti.

Í fræðiritum jafnt sem erlendri dómaframkvæmd hefur margt verið ritað um orðasambandið misnotkun markaðsráðandi stöðu og nánari skilgreiningu þess. Er gerð grein fyrir þessu í hinni kærðu ákvörðun svo og í málflutningi áfrýjanda. Slík framkvæmd og umfjöllun verður talin skipta máli við túlkun íslenskra laga að því marki sem sá lagatexti sem byggt er á sé sambærilegur og að teknu tilliti til séreinkenna íslenska markaðarins.

2 Markmið samkeppnislaga og skyldur markaðsráðandi fyrirtækja

Af 11. gr. samkeppnislaga leiðir að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu hafa skyldum að gegna um að grípa ekki til neinna aðgerða sem raskað geta þeirri eðlilegu samkeppni sem ríkir á tilteknum markaði. Við nánari skilgreiningu á þeirri skyldu ber að líta til 1. gr. samkeppnislaga en samkvæmt henni skal markmiði laganna m.a. náð með því að:

- a. vinna gegn óhæfilegum hindrunum og takmörkunum á frelsi í atvinnurekstri,
- b. vinna gegn óréttmætum viðskiptaháttum, skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum,
- c. auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum.

Því má með réttu segja að skyldur fyrirtækja í markaðsráðandi stöðu nái m.a. til þess að vinna ekki gegn fyrrgreindum markmiðum samkeppnislaga með óeðlilegum hætti. Misnotkun markaðsráðandi stöðu getur því verið fólgin í því að vinna gegn markmiðum samkeppnislaga ef aðgerð hefur ekki eðlilegar samkeppnislegar forsendur. Samkvæmt þessu er einnig rétt að líta svo á að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geti að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem þau eru á viðkomandi markaði enda má ætla að samkeppni veikist þá að sama skapi. Þó ber að hafa í huga að styrkur samkeppnisaðila skiptir máli þegar mörk leyfilegra aðgerða hins markaðsráðandi fyrirtækis eru metin. Ástæðan er sú að meira þarf að öllum jafnaði til að koma til þess að ryðja honum af markaðinum eða veikja hann verulega. Að því er úrlausn þessa máls

varðar ber hér sérstaklega að nefna það markmið laganna að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og það að auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum.

3 Skilgreiningar

Almennt verður hér talið að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða þegar fyrirtæki í slíkri stöðu beiti aðferðum á tilteknum markaði sem ekki er unnt að samrýma eðlilegri samkeppni og sem hindra hana eða vöxt hennar. Sömu hugsun má orða með þeim hætti að markaðsráðandi fyrirtæki megi ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja stöðu þeirra á þeim samkeppnismarkaði sem fyrir er. Álitamálunum um hvort tiltekin aðgerð sé óeðlileg eða ekki ber einkum að svara með hliðsjón af þeim skyldum sem markaðsráðandi fyrirtæki hafa á markaðinum. Af þessu leiðir að aðrar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis á tilteknum markaði, sem ekki fara í bága við fyrrgreind markmið samkeppnislaga, eru lögmæt. Því getur markaðsráðandi fyrirtæki mætt samkeppni annarra samkeppnisaðila á skilgreindum markaði svo lengi sem ekki er farið yfir fyrrgreind mörk.

Líta ber til þess að markaðsráðandi fyrirtæki væri unnt á grundvelli styrks síns að grípa til verðlækkana eða annarra aðgerða sem miða að því að koma keppinautum út af markaðinum eða hindra að nýr keppinautur geti haslað sér völl á honum. Slíkar aðgerðir geta verið margvíslegar en almennt má segja að megingiltgangur þeirra sé að draga úr mætti þess keppinautar sem þeim er beint gegn þannig að stuðlað sé að því að hann neyðist til þess að hverfa af markaðinum er tímar líða. Þá geta samkeppnishamlandi aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis leitt til þess að nýr aðili skirrist við að hefja samkeppni á markaðinum þar sem sú samkeppni yrði of kostnaðarsöm og reksturinn því óarðbær. Frá sjónarhóli hins markaðsráðandi fyrirtækis geta slíkar aðgerðir verið rökréttar þar sem fyrirtækið getur búist við því að geta hækkað verð aftur eftir að hafa eytt eða raskað samkeppni á viðkomandi markaði. Byggt er á þeirri forsendu í samkeppnisrétti að ólögmætt sé að markaðsráðandi fyrirtæki bjóði í skjóli efnahagslegs styrkleika fram vöru eða þjónustu á óhæfilega lágu verði eða grípi til annarra sértækra aðgerða sem raska eðlilegri samkeppni. Litið er til þess að þótt neytendur njóti þess til skamms tíma að fá vöru eða þjónustu á lágu verði í kjölfar slíkra aðgerða er talið að sú röskun á samkeppni sem óeðlileg verðlækkun

af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis valdi leiði, þegar til lengri tíma er litið, til herra verðs til neytenda, minni gæða og til þess að valkostum neytenda fækki.

Svonefnd undirverðlagning af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis er dæmi um aðgerð sem getur falið í sér misnotkun markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í máli 4/2007, Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu.

4 Niðurstaða

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að sértækar aðgerðir viðkomandi markaðsráðandi fyrirtækis geti falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu samkvæmt þeim meginsjónarmiðum sem hér hefur verið rætt um óháð því hvort boð þau sem í gangi eru varðandi vöru eða þjónustu sé undir tilteknum kostnaðarviðmiðunum, sbr. t.d. úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í málum 17-18/2003, Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði og 3/2006, Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Þetta getur t.d. átt við ef gerð er, með skipulagsbundnum hætti, atлага að samkeppnisfyrirtæki á markaðnum eða viðskiptamönnum þess. Umfang aðgerðanna, ástæður þeirra og styrkleiki viðkomandi samkeppnisaðila skiptir máli, en ef aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis, metnar í heild, eru til þess fallnar að knésetja viðkomandi samkeppnisaðila eða veikja stöðu hans verulega er komið út fyrir mörk leyfilegra samkeppnisaðgerða að mati áfrýjunarnefndarinnar. Telur áfrýjunarnefndin að ekki sé unnt að skýra 11. gr. samkeppnislaga með öðrum hætti ef tekið er jafnframt mið af 1. gr. laganna.

Því má ætla að aðgerðir af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sem hafi fyrrgreind megineinkenni brjóti í bága við 11., sbr. 1. gr. samkeppnislaga, nema unnt sé að sýna fram á sérstakar ástæður sem réttlæti hana í undantekningartilvikum.

Áður hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á mörkuðum fyrir farmflutninga með reglubundnum áætlunarsiglingum milli Íslands og hafna í Evrópu annars vegar og Norður-Ameríku hins vegar á því tímabili sem mál þetta tekur til, þ.e. áranna 1999-2002. Markaðshlutdeild Samskipa og styrkleiki þess félags að öðru leyti er þó umtalsverður þó að það breyti ekki þeirri meginályktun að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu umrætt sinn í skilningi 11. gr. samkeppnislaga. Höfuðkeppinauturinn, Samskip hf., hafði

verulegan hluta markaðarins í sínum höndum, svo ekki var það vegna ójafnræði milli félaganna að samkeppni þeirra í milli hafi ekki mátt virka þrátt fyrir einhverjar aðgerðir áfrýjanda. Í þessu sambandi skal og tekið fram að hlutverk samkeppnisyfirvalda er ekki að stjórna samkeppni heldur aðeins að taka á þeim brotum sem fara umfram leyfileg mörk hennar.

II Hinar sértæku aðgerðir

1 Inngangur

Í kafla IV 2 í hinni kærðu ákvörðun er gerð grein fyrir svonefndri markaðsatlögu áfrýjanda og aðdraganda hennar. Um þessi atriði verður að verulegu leyti að vísa til hinnar kærðu ákvörðunar. Þess má þó geta hér að innan Eimskips voru starfandi framkvæmdastjórar yfir nokkrum ólíkum sviðum/deildum. Þau voru m.a. sölu- og markaðssvið. Í bréfi framkvæmdastjóra þess sviðs til ýmissa forstöðumanna félagsins frá 8. október 2001 segir m.a. :

„Við höfum lagt þá áherslu í haust að leggja áherslu á okkar kúnna og hækkanir sem við erum að sækja, frekar en samkeppni um nýja kúnna. Nú er ljóst að Samskip ætlar e-ð að biðja með að fylgja í kjölfar okkar, og notfæra sér stöðuna til að ná í viðbótarflutning. Höfum við misst talsverðan flutning upp á síðkastið á verðum.

Við höldum okkur áfram við markaða stefnu. Þó getum við ekki horft aðgerðarlaus á flutning fara frá okkur, allra síst þegar einnig er um almennan samdrátt að ræða.

Við þurfum að búa til lista 10 fyrirtækja sem nú eru hjá Samskipum af stærðinni ca ISK 10–50M, sem við heimsækjum til að bjóða flutninga. Ég vil biðja ykkur að koma með tillögur að nokkrum fyrirtækjum sem við getum heimsótt og gert ráð fyrir raunhæfum árangri, annað hvort með verulegum flutningum nú eða á næstunni, eða til að lækka verð Samskipa. Geta verið ný fyrirtæki eða aukinn hlutur núverandi fyrirtækja. Verðum að búa þennan lista til strax og síðan ákveða vinnuframgang.“

Samkeppniseftirlitið telur að þessi tölvupóstur svo og önnur gögn sem rakin eru sýni vel þá atburðarrás sem átti sér stað á þessum tíma og bakgrunn svonefndrar markaðsatlögu sem framkvæmd var á árinu 2002. Þessar aðgerðir gegn Samskipum á árinu 2001 hafi verið vegna tregðu þess félags að fylgja verðhækkunum Eimskips. Þær hafi haft þann tilgang að ná viðskiptavinum frá Samskipum en slík háttsemi hafi orðið leiðarstefið í markaðsaðgerðum Eimskips árið 2002.

2 Aðdragandi markaðsatlögu

Í hinni kærðu ákvörðun er því haldið fram að um áramótin 2001/2002 hafi Eimskip gripið aftur til aðgerða í því skyni að ná fram verðhækkun á flutningaþjónustu fyrirtækisins. Gögnin sýni að Samskip hafi nýtt sér aftur óánægju viðskiptavina Eimskips með verðhækkanirnar og boðið þeim betri kjör með þeim afleiðingum að Eimskip missti viðskiptavinum yfir til Samskipa. Gögnin sýni að í kjölfar þessa hafi Eimskip gripið til umfangsmikilla aðgerða sem miðuðu að því að ná sem mestu af viðskiptum Samskipa til Eimskips. Einnig hafi aðgerðunum ætlað að hindra innkomu Atlantsskipa inn á markað fyrir farmflutninga til Evrópu sem þá voru að hefjast. Hafi verið ákveðið að „máttur“ Eimskips yrði nýttur í þessu skyni til þess að tryggja „forystu“ og „sterka stöðu“ félagsins á markaðnum. Markmiðið með þessum aðgerðum hafi verið að auðvelda Eimskipi að taka „...eðlilegt gjald fyrir framúrskarandi þjónustu“.

Þessu til staðfestingar hefur Samkeppniseftirlitið m.a. vísað í tölvupóst sem framkvæmdastjóri sölu- og markaðssviðs ritaði til ýmissa stjórnenda félagsins þann 23. mars 2002. Þar kemur m.a. fram:

„Frá áramótum höfum við unnið að þeim markmiðum að ná inn hækkunum á samningum, ekki síst gegnum hliðarþjónustu, grettistak, akstur etc. Sú stefna hefur að hluta gengið ágætlega eftir, og höfum við náð inn breytingum og umbótum á mörgum samningum. Sérstaklega hefur verið unnið markvisst að breytingu á uppbyggingu samninga t.d. varðandi akstur í innflutningi auk strandferðaálagsins. Þessi stefna var tekin í ljósi erfiðrar afkomu og nauðsyn hækkandi tekna auk hagræðingar.

Nú er ljóst að okkar helsti samkeppnisaðili hefur ákveðið að nýta sér okkar aðgerðir til að stinga sér inn í flutninga Eimskips af auknum krafti. Þeir hafa að auki örugglega áhyggjur af að Atlantsskip herji ekki síður á þeirra kúnna en okkar í upphafi, með gamla Jónamenn innanborðs. Þeir vilja því tryggja sér aukið magn til að auka nýtingu og búa sér til “buffer” þegar Atlantsskip fer að herja á markaðinn. Þennan buffer vilja þeir búa sér til á okkar kostnað.

Þetta þýðir annað af tvennu: Að við missum flutninga eða bregðumst við. Við ætlum að bregðast við. Við viljum halda þeim hlut á markaðnum sem við höfum haft síðustu árin eða auka. Við þurfum því nú að fara markvisst í valda viðskiptavinum okkar samkeppnisaðila og bjóða kjör sem duga til að ná viðskiptunum ef þau eru á annað borð föl. Getum nú horft á meðalstóra og stærri pakka með þetta í huga. Reynslan sýnir okkur að svona mál hreyfast ekki nema við göngum aggressíft til leiks. Í einhverjum tilvikum munum við þurfa að taka meiri áhættu en við höfum áður gert gagnvart öðrum viðskiptavinum okkar, og hugsanlega lagfæra aðra samninga okkar viðskiptamanna í leiðinni. Verum klók og markviss. Við þurfum einnig að meta núverandi viðmiðunarverð og lágmarksgjöld m.t.t. endurskoðunar.

Gagnvart endurnýjun samninga við núverandi viðskiptavinum þarf að meta í hverju tilviki fyrir sig hvernig best er að nálgast nýja samninga. Auðvitað reynum við áfram að ná umbótum þar sem við teljum það hægt, en jafnframt er ljóst að ef okkar samkeppnisaðilar búa til slag um okkar kúnna ætlum við ekki að missa viðskiptin. Við höldum áfram að breyta uppbyggingu samninganna hvort um núverandi eða nýja viðskiptavinum er að ræða.

Mikilvægt er að við fylgjumst sameiginlega með framvindunni á næstu dögum og vikum, og fáum allar samkeppnisupplýsingar upp á borð strax, svo og upplýsingar um árangur. Fer eftir þróun mála og framvindu hvenær við getum endurskoðað okkar stefnu. Samhliða þessu þurfum við að hagræða, einfalda okkar starfsemi og gera markvissari.“

Samkeppniseftirlitið telur að áfram hafi verið fjallað um þessar aðgerðir innan Eimskips í mars 2002 og þann 27. mars 2002 hafi framkvæmdastjóri utanlandssviðs sent tölvupóst til nokkurra starfsmanna Eimskips, m.a. framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs, sem ber heitið „Samkeppni á Íslandsmarkaði“. Þar segir:

„Nú gengur mikið á. Samkeppni við Atlantsskip er að byrja, en samkeppnin við Samskip er mjög mikil þessa dagana. Því verður ekki annað við gert, en fara í árás, og koma fleiri gámum um borð í okkar skip.

Samskip hafa verið að kroppa af okkur undanfarið.

Vil biðja ykkur að fara yfir eftirfarandi.:

Lista upp stærstu FOB kúnna Samskipa á ykkar svæði

Lista upp stærstu CIF kúnna Samskipa á ykkar svæði

Lista upp stærstu flug kúnna á ykkar svæði (ef þekktir)

Lista upp sóknarfæri í sölu/markaðsmálum

Nú veltur á því að allt skipulagið hangi saman og vinni saman í þessari vinnu.

Bið ykkur að gefa þessu forgang.“

Samkeppniseftirlitið rekur hér einnig í framhaldinu aðra tölvupósta og samskipti milli ýmissa stjórnenda áfrýjanda sem það telur sýna enn frekar, virt með öðrum gögnum málsins, atburðarrás sem hafi falið það í sér að Eimskip hafi skipulagt og ákveðið aðgerðaráætlun sem hafi miðað að því að ná mikilvægum viðskiptavinum frá Samskipum í því skyni að veikja eða hrekja það fyrirtæki út af markaðnum.

3 Stefnunótun markaðsatlögu

Þá telur Samkeppniseftirlitið að í minnisblaði framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs Eimskips til forstjóra og annarra framkvæmdastjóra fyrirtækisins sem er frá 1. apríl 2002 sem ber yfirskriftina „*Samkeppnisstefna Eimskips*“ taki af allan vafa um að til aðgerðanna var gripið af yfirlögðu ráði í því skyni að hrekja Samskip út af markaðnum og torvelða innkomu Atlantsskipa á markaðinn fyrir Evrópusiglingar. Hér þykir rétt að birta efni minnisblaðsins sem er svohljóðandi:

„Samkeppnisstefna Eimskips

Bakgrunnur

Samkeppni á heimamarkaði Eimskips í hefðbundinni flutningaþjónustu hefur verið hörð undanfarin ár. Samskip hefur verið megin samkeppnisaðili Eimskips í Íslandstengdum viðskiptum. Návígi þessara fyrirtækja hefur gert að verkum að gengið hefur verið hart fram í einstökum viðskiptum. Hjá Eimskip hefur áhersla verið lögð á að halda markaðshlutdeild félagsins, sem skv. hefðbundnum skilgreiningum um sjóflutninga hefur verið kringum 2/3 af sjóflutningamarkaði.

Baráttan um Grundartanga þegar Eimskips (svo) náði flutningum Norðuráls herti enn á samkeppninni á Íslandi. Um haustið 2000 svaraði Samskip með því að taka flutninga Baugs á flutningsgjöldum sem voru ekki fjarri því að vera helmingur af bestu verðum fram að því á markaðnum. Samkeppnin hélst síðan áfram hörð allt fram á mitt ár 2001, án þess að hlutur skipafélaganna á markaðnum breyttist verulega.

Um haustið 2001 var ákveðið hjá Eimskip að vera leiðandi í hækkun flutningsgjalda á markaðnum. Láta á það reyna. Ljóst af afkomu félagsins að auka þurfti tekjur af þjónustunni. Í ágúst 2001 var farið mjög ákveðið í að hækka bæði flutningsgjöld og gjöld fyrir hliðarþjónustu, gegnum gjaldskrár og samninga. Samskip virtist ætla að fylgja fordæminu í fyrstu, en ljóst varð fljótt að þeir fóru að nýta sér uppnám

viðskiptavina Eimskips og stinga sér í viðbótarflutninga. Nokkur viðskipti fóru frá Eimskip á þessu hausti.

Eftir áramótin 2001/2002 var aftur reynt af hálfu Eimskips að leiða nauðsynlegar verðhækkningar á markaðnum. Viðbrögð Samskipa voru aftur á þá lund að notfæra sér lagið til að auka sína markaðshlutdeild og ná nýjum viðskiptum frá Eimskip.

Samkeppnin hefur verið sérstaklega hörð á innflutningshliðinni, og flutningsgjöld þar gefið verulega eftir. Markaðshlutdeild Eimskip (svo) í innflutningi styrktist heldur á árinu 2001 í heild, en gaf eftir á síðustu mánuðum ársins. Gera má ráð fyrir að sú þróun hafi haldið áfram í upphafi árs 2002, í takt við ofangreindar aðgerðir Samskipa. Samskip hefur boðið mjög lág verð á markaðnum, og ekki gert mikinn greinarmun á stærri og minni viðskiptavinum. Auk þess að ná viðbótarviðskiptum hafa þeir lækkað flutningsgjöld annarra viðskiptavina hjá Eimskip með undirboðum sem orðið hefur að svara. Baugsverðin og önnur mjög lág verð á markaðnum hjá Samskip eru nú farin að soga flutning inn til þessara aðila m.a. frá hefðbundnum heildsölum, og út úr kerfum Eimskips.

Auk annars eru tvær skýringar nærtækar á viðhorfum Samskipa nú. Þeir sigla nú í fyrsta skipti um nokkurt skeið með ófullnýtt kerfi og vilja fylla skipin. Þeir horfa einnig til innkomu Atlantsskipa á Evrópu nú í apríl, og vilja verja sig strax fyrir væntanlegum flutningsmissi. Gera má ráð fyrir að þeir finni sem stendur meira fyrir Atlantsskipum á markaðnum en Eimskip þar sem aðal sölumenn Atlantsskipa eru fyrrum starfsmenn Jóna/Samskipa.

Samskip er nú einnig í þeirri stöðu að vinna með Atlantsskipum í Ameríkuflutningum. Það samstarf hefur gengið illa og hefur Samskip óskað eftir samstarfi við Eimskip um þá flutninga. Ef Eimskip og Samskip hefja á ný samstarf á þeirri leið mun það styrkja almenna stöðu Samskipa á markaðnum.

Margoft hefur verið rætt innan Eimskips hversu langt eigi að ganga í samkeppninni við Samskip. Samskip hefur til skamms tíma verið tiltölulega veikburða keppinautur fjárhagslega, og því hugsanlegt af hálfu Eimskips að láta sverfa til stáls af fullum þunga. Það hefur þó ekki verið gert. Á sama tíma hefur Samskip gengið langt í að bjóða Eimskip byrginn (svo) á markaðnum, og oftast sloppið fyrir horn. Með vel yfir 60% markaðshlutdeild hefur Eimskip yfirleitt verið í vörn, og Samskip tekist með nokkuð óprúttum aðgerðum að halda Eimskip á hælunum. Eimskip hefur minna tíðkað slík vinnubrögð. Flutningsgjöld á markaði hafa verið á stöðugri niðurleið sérstaklega í innflutningi og afkoman sífellt veikari. Þessi staða hefur því ekki verið áhugaverð fyrir Eimskip.

Eimskip hefur á síðustu árum litið á sig sem markaðsdrifið fyrirtæki sem byggir á að veita viðskiptavinum verðmæta þjónustu. Enn sem komið er hefur fyrirtækinu þó ekki tekist að greina sig svo frá Samskipum á íslenska markaðnum að flutningsgjöld skipti minna máli en þjónustan. Eimskip er því enn tiltölulega berskjaldað fyrir þeirri verðsamkeppni sem nú stendur yfir af hálfu Samskipa sem aldrei fyrr. Eina þjónustan þar sem Samskip hefur þurft að gefa verulega eftir gagnvart Eimskip á síðustu misserum eru Ameríkuflutningar, og hefur sú þjónusta skilað Eimskip talsverðum Samskipsflutningum síðustu misseri.

Full nýting í siglingakerfum Eimskips á að gefa félaginu kostnaðarforskot í heildar flutningaþjónustu gagnvart Samskipum. Eimskip á því öllu jöfnu að standa vel að vígi kostnaðarlega gagnvart Samskipum, þó svo staðan sé líklega önnur þessa dagana. Jafnframt má fullyrða að hinn litli íslenski flutningamarkaður hefur ekki efni á mörgum valkostum í framleiðslukerfum þar sem óhagkvæmni vex með hverjum nýjum möguleika.

Fullljóst er að framundan er áframhaldandi hörð samkeppni á íslenska markaðnum, og mun innkoma Atlantsskipa á Evrópu enn frekar herða þá baráttu. Þeir hafa lýst yfir að ætla sér 5% markaðshlutdeild. Frá hverjum taka þeir þetta magn? Samskip hefur tekið þá stefnu að “birgja sig upp“ á kostnað Eimskips. Af hálfu Atlantsskipa verður um

hreina verðsamkeppni að ræða. Því má segja að Eimskip standi frammi fyrir tveimur keppinautum á markaðnum sem báðir leggja fyrst og fremst áherslu á verðin, og verður Samskip áfram megin samkeppnisaðilinn. Eimskip þarf að ákveða hvernig á væntanlegri samkeppni verður tekið, hvort fyrirtækið vill halda sinni stöðu á markaðnum, eða styrkja eða hugsanlega sætta sig við 5–10% minni markaðshlutdeild og þá á hvaða forsendum. Hver 5% á sjóflutningsmarkaði samsvara hátt í einum milljarði í heildartekjum.

Samkeppnisstefna Eimskips næstu mánuði

Vandséð er í núverandi stöðu hvernig Eimskip getur komist hjá verðsamkeppni. Þau verð sem samkeppnisaðilar fyrirtækisins bjóða munu smita út á markaðinn og skapa þrýsting á verð Eimskips hvort sem er. Ef Eimskip lætur á reyna að halda að sér höndum er langlíklegast að félagið missi talsverða flutninga en þurfi eftir sem áður að lækka verð til að friða núverandi viðskiptavinum og koma í veg fyrir að flutningar skolist undan viðskiptavinum félagsins vegna lægri verða samkeppnisaðila þeirra. Dæmið um Baug sýnir vel hvernig það gerist. Ef samkeppnisaðilar verða þess áskynja að Eimskip heldur sér til hlés eða heldur í hærri verð ganga þeir enn frekar á lagið og styrkja sína stöðu. Það sýnir reynslan.

Ef Eimskip ætlar að taka slaginn er næsta spurning á hvaða nótum. Í vörn eða sókn? Eins og fyrr er getið hefur félagið yfirleitt verið að verja sitt. Máttur Eimskips hefur sjaldan verið nýttur í öflugri sókn. Nú má telja að tími sé til þess kominn. Gera má ráð fyrir hörðum slag næstu mánuði og munu einhverjir verða sárir. Eimskip getur í stöðunni unnið sóknarbaráttu en ekki varnarbaráttu.

Markmiðið með þessari stefnu verði að tryggja Eimskip áframhaldandi forystu og sterka stöðu á íslenska sjóflutningsmarkaðnum.

Aðgerðir hjá Eimskip strax

Eimskip getur ekki gengið út frá að ná verulegum árangri í sóknaraðgerðum á markaðnum nema fleira en hagstæð verð komi til hjá fyrirtækinu. Vinna þarf hluti áfram hratt og skilvirkt og viðskiptavinir þurfa að finna fyrir þeirri snerpu og þeim sveigjanleika sem þeir hafa kallað eftir. Eyða óþarfa skrifræði og viðmóti þess gagnvart viðskiptavinum. Ef samkeppnisaðilarnir eru sneggri og vinna hraðar en Eimskip mun dæmið ekki ganga upp. Eftirfarandi eru nokkrir þættir sem að mínu mati verða að koma til hjá Eimskip ef sóknarleiðin verður fyrir valinu.

Einöldun og skilvirkni verði aðalatriði.

Einfalda þarf verulega gjaldskrár í fyrirtækinu. Þar með talið sjóflutningsgjaldskrár, þjónustugjaldskrár, lágmarksgjöld, LCL gjaldskrár.

Setja meginreglur í tilboðs- og samningagerð, en draga úr kröfum um greiningu einstakra viðskipta og framlegðarútreikninga.

Einfalda og gera raunhæfari viðmiðunargjaldskrár sölufólks.

Leyfa verðlagningu í tilboðum og samningum “sem til þarf” – en fylgjast náið með framvindu.

Setja samkeppnina í forgang hjá öllu markaðs- og sölufólki í fyrirtækinu.

Virkja erlendu starfsemina með öflugri hætti og gefa meira svigrúm á markaðnum. Forstöðumenn erlendis og þeirra fólk fari á fullt á öllum vígstöðvum með markvissari samræmingu og beittara umboði.

Taka meiri áhættu í tilboðum á markaðnum – lægri verð til nýrra viðskiptamanna geta skapað misræmi gagnvart núverandi viðskiptamönnum (hugsanlega lækka samninga núverandi viðskiptamanna samhliða).

Liðka fyrir eða gefa eftir í kröfum gegn því að loka samningum. T.d. er varðar grettistakið, geymslu/gámaleigu, söfnun í útflutningsgáma af strönd, greiðslukjör, eftirágreidda afslætti... Hér er ekki verið að hvetja til “lausungar”, en að treysta upplýstu sölu- og þjónustufólki til að taka ákvarðanir þegar sérstaklega þarf á að halda til að klára hluti. Áfram þarf að vinna almennt með sama hætti og áður.

Ná takti í “frontum” Eimskips á markaðnum. Sérstaklega er varðar flugfrakt sem skiptir orðið verulegu máli eins og dæmin sanna.

Setja Samskip “á hælana” með því að herja á þeirra viðskiptamenn úr mörgum áttum.

Fara í stóra “pakka” Samskipa sem við höfum ekki hreyft mikið við til þessa. [Handskrifað er á minnisblaðið, Samherji, SÍF, Baugur, Kaupás og Ingvar Helgason.]

“Valda” stærstu viðskiptavini Eimskip með öllum ráðum.

Breyta nálgun við afgreiðslu tjónamála innan Eimskips. Tjónadeild styðji framlínufólk við afgreiðslu erfiðra tjónamála og sýni liðlegheit í samskiptum við viðskiptavini. Ekki er hér um að ræða að fara á svig við flutningsskilmála heldur að vinna mál áfram af lípurð og skilvirkni.

Horfa framhjá úthlutun tekna og gjalda (millifærslna) á einstök svið og deildir innan fyrirtækisins og dótturfélög við skynsamlega ákvarðanatöku – og láta alls ekki tefja ákvarðanir.

Búa til viðbótarhagkvæmni í starfsemi alls staðar þar sem mögulegt er – þó ekki á kostnað viðskipta. Einföldun verði þar leiðarljósið – breyta, fara nýjar leiðir. Eimskip verður að breytast eins og aðrir.

Upplýsa alla viðkomandi starfsmenn um mikilvægi þessarar baráttu, svo skilningur á stöðu og aðgerðum og þátttaka nái þvert í gegnum fyrirtækið.

Hér er lögð áhersla á að allt fyrirtækið þurfi að vera með á nótunum og taka þátt til að árangur náist. Þegar Eimskip missir t.d. ISK 100M viðskipta kippa fáir sér upp við það í fyrirtækinu nema þeir sem næst viðskiptunum standa. Í raun ætti að hrikta alls staðar. Þræðirnir úr starfseminni til þeirra sem eru fyrirtækinu lifibrauðið eru oft æði langir. Hið sama á við á hinn veginn þegar ný viðskipti nást, þá ættu allir að geta klappað sér á öxl.

Að mínu mati krefst öflug sókn á markaðnum nú samhliða ákvarðana um ofangreinda þætti.

Aðgerðir til lengri tíma

Ef gengið er út frá að Eimskip haldi framtíðarsýn sinni óbreyttri þarf samtímis átökum næstu mánuða (svo) að ná áframhaldandi tókum á félaginu sem markaðsdrifnu fyrirtæki. Mikilvægt er því að missa ekki dampinn í þeim lykilverkefnum sem leggja grundvöll að verðmætri flutningaþjónustu Eimskips sem aftur gerir félaginu kleift að taka eðlilegt gjald fyrir framúrskarandi þjónustu.“

Þessu minnisblaði var dreift til forstjóra og framkvæmdastjóra fyrirtækisins.

4 Framkvæmdastjórnarfundur

Í framhaldi af framangreindu minnisblaði, framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs áfrýjanda, var fjallað um samkeppnismál og nýja samkeppnisstefnu á fundi framkvæmdastjórnar Eimskips. Fundargerð frá 12. framkvæmdastjórafundum sem haldinn var þriðjudaginn 2. apríl kl. 9:30 – 12:00 lýsir því sem þar fór fram. Þar segir í 4.tl.:

„Farið yfir samkeppnismál og nýja samkeppnisstefnu. GUT lýsti þeim áherslum sem hann vildi núna leggja upp með í samkeppninni. Fundarmenn almennt sammála þessari stefnu og áherslum

sem byggir á því að gefa ekkert eftir og ná að halda okkar markaðshlutdeild og jafnvel auka hana nokkuð. Búast má þó við því að verð gefi nokkuð eftir að sama skapi.“

Á þessum fundi voru einnig ýmsir aðrir starfsmenn áfrýjanda.

Síðar sama dag og þessi fundur framkvæmdastjórnar var haldinn sendi framkvæmdastjóri sölu- og markaðssviðs Eimskips tölvupóst þann 2. apríl 2002 til forstöðumanna þeirra sölusviða sem undir hann heyrðu en einnig fengu ýmsir aðrir póstin sendan. Í tölvupóstinum greindi framkvæmdastjórinn frá niðurstöðum fundar framkvæmdastjórnarinnar. Í tölvupóstinum segir:

„Samkeppnismálin voru rædd í dag í framkvæmdastjórahópnum. Mat manna á stöðunni er vel í takt við okkar umræðu að undanfögnu, og höldum við ákveðið okkar striki. Til að bæta í lista-safnið vil ég nú biðja ykkur eins og við ræddum fyrir páska að lista upp í ykkar segmentum alla viðskiptavinum Samskipa sem þið getið komist á snodir um og eru miðlungsstórir og stærri (allt umfram ca ISK 10M klárlega á listanum). Þetta er nú þegar til að mestu. Jafnframt að lista þá upp í áætlaðri stærðarröð og meta gróflega umfang flutnings í ISK M heild. Ekki undanskilja neina kúnna hversu fjarlægir sem þeir kunna að virðast nú.“

Með þessu ætlum við að búa til mynd af 50-100 stærstu kúnum Samskipa og meta eftir hverju er að slægjast og hvar. Ákveðum síðan hvernig við ráðumst á þennan hóp. Finnum út hver þekkir hvern og bestu leið til að nálgast hvern viðskiptavin.“

Ég vil biðja ykkur að senda mér fyrir lok dags á morgun miðvikudag fyrstu drög ykkar hvers um sig. Ekki velta vöngum yfir ef e-ð er á gráu svæði milli segmenta – betra að tvítelja en sleppa.“

5 Viðbrögð forstöðumanna sölu- og markaðssviðs

Ljóst er af því sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun að ýmis viðbrögð urðu hjá forstöðumönnum sölu- og markaðssviðs Eimskips. Heldur Samkeppniseftirlitið því fram að

forstöðumenn á sölu- og markaðssviði hafi átt að skrá niður alla viðskiptavinum Samskipa og síðan átti að ákveða hvernig ætti að snúa sér til þeirra með það að markmiði að viðhalda eða efla markaðshlutdeild Eimskips. Þessar upplýsingar hafi síðan verið notaðar til atlögu gegn Samskipum. Því hafi ekki verið um að ræða eðlilega upplýsingaöflun eða samkeppnisgreiningu heldur lið í undirbúningi ólögmetra sértækra aðgerða Eimskips.

Ljóst er að forstöðumaður viðskiptaþjónustu Eimskips brást við umræddum tölvupósti, dags. 2. apríl 2002, frá framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs, með því að láta taka saman lista undir heitinu „Samkeppni 2002“ yfir stærri viðskiptavinum Samskipa og voru þeir flokkaðir eftir þeim atvinnugreinum sem þeir tilheyrðu. Með tölvupósti forstöðumanns viðskiptaþjónustunnar frá 3. apríl 2002 til framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs Eimskips hafði listinn verið uppfærður nokkuð og búið að bæta áætluðum tekjum hjá hverjum viðskiptamanni við hann.

Samkeppniseftirlitið telur af þessu ljóst að Eimskip hafi talið að andvirði þeirra viðskipta Samskipa við fyrirtæki á sviði viðskiptaþjónustu sem Eimskip ætlaði sér að ná væri um einn milljarður króna.

Enn fremur telur Samkeppniseftirlitið ljóst að viðskiptaþjónustan hafi þegar hafist handa við framkvæmd á þessum aðgerðum gegn Samskipum og að þessar aðgerðir hafi átt að fara leynt. Þetta megi ráða af fundargerð viðskiptaþjónustu frá 8. apríl 2002. Þar sé eftirfarandi m.a. bókað undir liðnum „öflun og miðlun samkeppnisupplýsinga“:

„Farið var yfir stöðu mála. Átakslistinn er kominn í gagnid og eru söluráðgjafar minntir á að fara með þær upplýsingar sem algert trúnaðarmál. ...

Heyrst hefur úti á markaðnum að Samskip er farið að kvarta yfir söluráðgjöfum Eimskips “Eimskip er út um allt á markaðnum með fíranlega (svo) lág verð.”

Í hinni kærðu ákvörðun er það einnig rakið að sambærilegir listar hafi verið gerðir í bíla- og tækjaþjónustu Eimskips yfir viðskiptavinum Samskipa og í sjávarútvegsþjónustunni og tiltekið

verðmæti þeirra samninga sem listarnir fjölluðu um auk þess sem þar er getið um aðrar aðgerðir gegn keppinautum Eimskips.

6 Samkeppni – markaðsatlaga Trúnaðarmál

Með tölvupósti framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs, dags. 7. apríl 2002, voru framangreindir fyrirtækjalistar sendir til yfirstjórnar Eimskips. Pósturinn bar yfirskriftina „*Samkeppni – markaðsatlaga Trúnaðarmál*“ en þar sagði:

„Meðfylgjandi eru listar yfir mikilvægari (svo) viðskiptavina Samskipa, flokkaðir í COM, VAP og FIS segment, og gróft mat á flutningsverðmæti –hefðbundnu tengt sjófragt- stórs hóps þeirra viðskiptavina (þess verðmætis sem ekki er hjá Eimskip í dag). Ekki tæmandi listar en fara nærri um mikilvægari viðskiptavini. Samsvara nálægt ISK 2 milljörðum í COM og VAP, og ríflega milljarði í FIS. Enn þarf að verðmeta talsverðan hóp og bæta við listana.

Áætlað er að fara markvisst í svo til allan þennan hóp. Mikilvægt er að við nýtum allar þeir (svo) resúrsur sem við höfum hér innandyra, þ.m.t. forstjóra og framkvæmdastjóra, til að komast að þessum hópi og ná mestum árangri. Hlutir gerast hraðar þegar maður þekkir mann.

Ég vil í þessari viku setja af stað atlögu á markaðnum með öllum þeim aðilum hjá Eimskip sem að markaðnum koma heima og erlendis, og erum við raunar þegar farin af stað að einhverju marki. Leggja nýjar línur í samkeppnisstefnu. Markmiðið er að ná nýjum viðskiptum sem nema um 5% markaðshlutdeild (samtals ca ISK 800 M í sjófrakt), og að halda styrkri markaðsstöðu Eimskips. Þetta verkefni vinnst á vikum og mánuðum, en mikilvægt er að fara mjög kröftuglega af stað og setja samkeppnisaðilana á hælana. Samhliða almennri atlögu þarf að vinna stragetískt að nánara samstarfi við aðila eins og Samherja.

Ræðum á framkv.stjórafundi þri. “

Í fundargerð 13. fundar framkvæmdastjórnar sem haldinn var þriðjudaginn 9. apríl klukkan 10:00 – 12:30 segir í 5. tl.:

„Farið var yfir samkeppnismál og nýja samkeppnisstefnu. Gut ítrekaði skoðun sína varðandi áframhaldandi vinnu sem í raun er farin af stað með að ná til sín fleiri viðskiptum og fara í sóknina og fundarmenn ítrekuðu fyrri skoðun sína á því að fara þá leið.“

Samkeppniseftirlitið lítur svo á að framangreindur tölvupóstur framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs Eimskips til forstjóra og annarra framkvæmdastjóra ásamt fundargerðinni sýni að aðgerðir Eimskips hafi átt að fela í sér tilraun til að taka af Samskipum viðskiptavini sem samanlagt gáfu a.m.k. um 3 milljarða króna í tekjur á ári. Þó markmiðið hafi verið sagt vera að ná 800 milljónum króna viðskiptum frá Samskipum sé ljóst að áætlanir gengu út á „*að fara markvisst í svo til allan þennan hóp.*“ Að mati Samkeppniseftirlitsins styður framangreint enn frekar að það hafi verið ásetningur Eimskips að reyna að koma Samskipum út af markaðnum.

7 Árangur markaðsatlögunnar

Í kafla 2.2.4.1-2.2.4.3 í IV í hinni kærðu ákvörðun er lýst árangri Eimskips af hinum umdeildu aðgerðum. Í kafla 2.2.4.4 í IV er síðan lýst samantekt framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs Eimskips á þessum árangri. Fram kemur m.a. að í minnisblaði hans 6. maí 2002 til forstjóra Eimskips og annarra framkvæmdastjóra félagsins hafi verið taldir upp annars vegar þeir samningar sem hefðu verið gerðir við „*viðskiptavini í markaðsatlögu Eimskips vorið 2002*“ og hins vegar fyrirtæki sem verið „*er að vinna í og teljum líkur á árangri*“.

Í minnisblaðinu hafi verið talin upp fyrirtæki sem búið var að gera samninga við á þessum tíma og hafi samtals verið áætlað að tekjur vegna þeirra viðskiptavina næmu 185–210 milljónum króna.

Fyrirtæki sem verið væri að vinna í og líkur væru á að kæmu í viðskipti voru einnig talin upp í minnisblaðinu og voru þau samtals áætluð nema 410 milljónum króna.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst að umræddar aðgerðir hafi skilað Eimskip í byrjun maí 2002 rúmlega 20 nýjum fyrirtækjum í viðskipti. Áætlað hafi verið að tekjur af þeim viðskiptum næmu u.þ.b. 200 milljónum króna. Þá sé ljóst að Eimskip taldi miklar líkur á að ná viðskiptum við 13 fyrirtæki til viðbótar sem gæfu tekjur upp á um 410 milljónir króna.

Í hinni kærðu ákvörðun eru talin upp 33 fyrirtæki. Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi hafi boðið eða gert samninga við viðskiptamenn Samskipa á óeðlilegum kjörum og því verið liður í og framhald af ólögumetri markaðsatlögu áfrýjandi samkvæmt framansögðu. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur skoðað hvern samning fyrir sig. Tilboð áfrýjanda eru studd ýmsum gögnum sem tengdust markaðsatlögunni, m.a. minnisblaði framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs Eimskips til forstjóra og framkvæmdastjóra félagsins frá 6. maí 2002 en þar voru taldir annars vegar upp þeir samningar sem hefðu verið gerðir við „viðskiptavini í markaðsatlögu Eimskips vorið 2002“ og hins vegar fyrirtæki sem verið „er að vinna í og teljum líkur á árangri“. Tölvupóstur frá 3. apríl 2002 frá forstöðumanni bíla- og tækjapjónustu Eimskips til framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs Eimskips skiptir hér einnig máli en hann var hluti af markaðsatlögunni. Í honum var m.a. sagt að meðfylgjandi væri listi frá bíla- og tækjapjónustunni yfir viðskiptavini Samskipa en sá listi snertir einmitt þau fyrirtæki sem hér um ræðir. Fleiri tölvupóstar koma þó við sögu en verða ekki nefndir hér sérstaklega heldur vísað um það til hinnar kærðu ákvörðunar.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að það verð sem boðið var hafi í öllum tilvikum verið verulega lægra en það verð sem áður gildi hjá Samskipum. Fyrrgreint minnisblað framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs Eimskips frá 1. apríl 2002 og þau gögn sem rakin eru í hinni kærðu ákvörðun og stafa frá Samskipum styrkja þessa niðurstöðu. Tilboð til Stálskipa hf. var einnig hluti af markaðsatlögunni og fól í sér afslátt af sjóflutningsgjaldi með tilteknum hætti. Niðurstaðan varð síðan sú að umræddir viðskiptamenn Samskipa ýmist gengu til samninga við áfrýjanda á þessum grundvelli eða Samskip (eða dótturfyrirtæki þess) neyddust til að lækka gildandi verð til að halda samningunum eins og nánar er rakið í hinni kærðu ákvörðun.

Um meinta þvingun áfrýjanda til að fá Sandblástur og málmhúðun ehf. til samninga er það að segja að áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur þær ekki tengjast með óyggjandi hætti þeirri markaðsatlögu sem að framan hefur verið rakin. Ber því að líta á umræddan samning sem sértílvik sem hér kemur ekki frekar við sögu m.a. vegna þess að önnur atvik að hinni meintu þvingun þykja ekki nægilega skýr. Um útboð Ríkiskaupa vegna flutninga á ræsarörum er í raun svipað að segja. Fyrir liggur að umrætt útboð Ríkiskaupa fór fram í apríl 2002. Útboðið tók til flutninga á ræsarörum til landsins og átti að afhenda rörin í Reykjavík, á Austfjörðum, Norðurlandi og Vestfjörðum. Ekki verður með óyggjandi hætti fullyrt að tilboð áfrýjanda í þessa flutninga hafi verið hluti af markaðsatlögunni og verður þá heldur ekki séð hvort tilboð þetta hafi beinst sérstaklega að Samskipum.

8 Niðurstöður

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur í huga að markaðsráðandi fyrirtækjum er að ákveðnu marki heimilt að verja viðskiptahagsmuni sína þegar á þá er ráðist. Þannig er hafið yfir vafa að markaðsráðandi fyrirtæki getur brugðist við þegar keppinautur snýr sér til viðskiptavina þess og býður þeim hagstætt verð eða önnur kjör. Áfrýjunarnefndin telur þó ljóst að slíkar varnaraðgerðir séu háðar tilteknum takmörkunum og hafa megineinkenni þeirra verið rakin í lið 4, í I, í fjórða hluta.

Ýmsar athugasemdir hafa komið fram af hálfu áfrýjanda um túlkun þeirra gagna sem varða aðdraganda markaðsatlögunnar á árinu 2002, árangur hennar og niðurstöðu og hefur verið að því vikið í fyrsta hluta úrskurðar þessa. Meðal annars er nefnt að ýmsar af umræddum aðgerðum séu gerðar af öllum markaðsdrifnum fyrirtækjum og séu í raun aðeins hluti af markaðsgreiningu áfrýjanda. Aðgerðirnar hafi verið til þess fallnar að vernda eðlilega viðskiptahagsmuni þar sem Samskipum hafi tekist að ná mörgum viðskiptavinum af áfrýjanda. Hafi aðeins átt að ná inn nýjum viðskiptavinum en ekki útrýma samkeppni. Jafnframt er bent á að ýmis orð starfsmanna áfrýjanda séu oftúlkuð í þeim tölvupóstum og öðrum gögnum sem reifuð séu í hinni kærðu ákvörðun.

Áfrýjunarnefndin telur sannað, einkum með fyrrgreindum tölvupósti framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs Eimskips frá 7. apríl 2002 og öðrum þeim tölvupóstum sem fyrr hafa verið raktir, að með fyrrgreindum aðgerðum hafi átt að ná nýjum viðskiptum sem næmu um 5% af markaðshlutdeild eða um 800 milljónir króna í sjófrakt. Aðgerðunum var fyrst og fremst beint að helsta samkeppnisaðilanum, Samskip hf. Aðgerðir þessar voru bæði sértækar og umfangsmiklar. Þannig sýna gögn máls þessa að ákveðinn aðdragandi var að markaðsatlögunni þar sem m.a. gerðir voru listar yfir helstu viðskiptavinum Samskips. Síðan var markaðsatlagan undirbúin og ákveðin af helstu stjórnendum áfrýjanda. Þá var og árangur markaðsatlögunnar metinn og loks hafa þeir samningar og tilboð um samninga komið fram sem telja verður afrakstur markaðsatlögunnar.

Jafnframt er ljóst af fyrrgreindu minnisblaði framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs Eimskips frá 1. apríl 2002 að taka átti meiri áhættu í tilboðum á markaðnum einkum með lægri verðum til nýrra viðskiptavina sem þó hugsanlega gætu skapað misræmi gagnvart núverandi viðskiptamönnum sem þá yrði að lækka samhliða. Þá er og alveg ljóst að þeir samningar sem hér koma við sögu eru felldir að þörfum viðkomandi viðskiptamanns sem aftur leiddi til þess að viðskiptakerfi áfrýjanda er fjarri því að vera gagnsætt. Við þetta bætist svo að fram kemur í ýmsum fundargerðum og tölvupóstum að fara átti með umræddar markaðsaðgerðir sem trúnaðarmál.

Við mat á lögmæti umræddra aðgerða Eimskips beri fyrst og fremst að hafa hliðsjón af þeirri ríku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum að grípa ekki til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum. Á slíka skyldu reynir þegar markaðsráðandi fyrirtæki undirbýr og framkvæmir með leynilegum hætti umfangsmikla og kerfisbundna atlögu að helsta keppinaut sínum þar sem verð hans eru undirboðin í þeim mæli sem hér átti sér stað. Telur áfrýjunarnefndin óhjákvæmilegt að líta á aðgerðirnar sem ólögmæta þar sem þær beindust fyrst og fremst að helsta samkeppnisaðilanum á markaðinum, Samskipum hf., auk þess sem umfang hennar var til þess fallið að veikja hann verulega og varanlega.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að umræddar aðgerðir áfrýjanda beri að meta í heild sinni en ekki einstök atvik sem tengjast henni. Þær voru ekki í samræmi við þá sérstöku skyldu, sem

felst í að raska ekki samkeppni, sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum að mati áfrýjunarnefndarinnar. Þær teljast því ólögmetar og andstæðar ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga.

III Einkakaupasamningar og afslættir

1 Almenn atriði

Þegar fyrirtæki er í markaðsráðandi stöðu er almennt óheimilt að semja svo um að samningsaðili þess (kaupandi) megi aðeins snúa sér til þess um kaup á þjónustu eða vörum eða stærsta hluta hennar, sem hann þarfnast. Ástæða þess að slík ákvæði um einkakaup eru talin ólögmet er fyrst og fremst sú að þau eru til þess fallin að útiloka eða takmarka verulega samkeppni frá minni eða nýjum keppinautum um viðkomandi viðskipti. Slíkt getur haft skaðleg áhrif á þá takmörkuðu samkeppni sem getur ríkt á slíkum mörkuðum. Í þessu sambandi skiptir venjulega ekki öllu máli hvort slíkur samningur sé gerður að beiðni kaupanda eða fyrir tilstilli hins markaðsráðandi fyrirtækis vegna þess að þeir eru í báðum tilvikum til þess fallnir að útiloka keppinauta markaðsráðandi fyrirtækis á markaði þar sem samkeppni er takmörkuð fyrir, sjá úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006, Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu.

Gildistími einkakaupasamnings sem markaðsráðandi fyrirtæki stendur að getur skipt máli enda er augljóst að því lengri sem gildistíminn er því líklegri er hann til að hafa samkeppnishömlur í för með sér, sbr. framangreindur úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006. Áfrýjunarnefndin telur að lögmæti einkakaupsamnings markaðsráðandi fyrirtækis sé ekki háð því að samningurinn gildi að lágmarki til ákveðins tíma. Þaðan af síður ræður úrslitum hvort viðskiptavinur geti auðveldlega sagt upp samningnum. Við mat á skaðsemi slíkra samninga markaðsráðandi fyrirtækja beri að líta á aðstæður á markaðnum. Í því sambandi má fallast á röksemdir Samkeppniseftirlitsins fyrir því að horfa megi til svokallaðrar bundinnar markaðshlutdeildar hins ráðandi fyrirtækis en þar er átt við þann hluta markaðshlutdeildar viðkomandi fyrirtækis sem er til kominn vegna sölu þess samkvæmt samningum sem fela í sér

einkakaup. Öll framangreind atriði koma hins vegar til skoðunar þegar metnar eru þær afleiðingar og skaðsemi sem leiddu af samkeppnishömlunum.

Einkakaupasamningur markaðsráðandi fyrirtækis telst misnotkun á markaðsráðandi stöðu án tillits til þess hvort skyldan um einkakaup sé tengd tilteknum afslætti eða ekki. Ef hins vegar einnig er að finna í samningum ákvæði um tiltekna tegund afslátta getur það styrkt útilokunaráhrif viðkomandi gernings, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006, Dagur Group gegn Samkeppniseftirlitinu. Jafnframt er fallist á það með Samkeppniseftirlitinu að markaðsráðandi fyrirtæki geti brotið 11. gr. samkeppnislaga með því einu að veita afslátt sem er til þess fallinn að raska samkeppni. Eiga þá við þau rök sem fyrr er getið varðandi ólögmæti einkakaupasamninga. Þetta á þó ekki við um almennt afsláttarfyrirkomulag sem byggist á hlutlægum og sanngjörnum forsendum. Áfrýjunarnefndin fellst enn fremur á að svipuð sjónarmið um að hlutlægar og sanngjarnar forsendur kunni að eiga við um einkakaupasamninga þó að í minna mæli sé heldur en þegar um er að ræða afslætti.

Hér skal einnig rifjað upp að hafi misnotkun verið beitt af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis er sú staðreynd ein og sér nægjanleg til þess að hegðunin teljist ólögmæt. Það er því ekki skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkunin hafi haft tiltekin áhrif, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007, Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Þá hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála kveðið á um að einkakaupasamningur markaðsráðandi fyrirtækis sé ólögmætur jafnvel þótt hann hafi ekki komist til framkvæmda, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006, Dagur Group gegn Samkeppniseftirlitinu. Ef fyrir liggur í máli að einkakaupasamningur hafi í raun raskað samkeppni hefur það áhrif við mat á alvarleika brots hins markaðsráðandi fyrirtækis.

Mat á því hvort viðkomandi gerningur teljist einkakaupasamningur í þessum skilningi ræðst fyrst og fremst af efni þeirra samninga sem til skoðunar eru. Vera kann að orð viðkomandi samnings séu tiltölulega skýr um þetta en það ræður þó ekki úrslitum. Áfrýjunarnefndin telur að túlka verði hvern samning fyrir sig með hliðsjón af orðum hans, í því samhengi sem hann stendur, og síðast en ekki síst hvernig aðilar hafi túlkað efni hans í raun og þá einkum hið markaðsráðandi fyrirtæki sem hefur undirtökin á markaðinum.

Áfrýjandi heldur því fram að mat á lögmæti einkakaupasamninga markaðsráðandi fyrirtækis sé þrjúþætt. Fyrst þurfi að sannreyna hvort viðkomandi samningur sé einkakaupasamningur. Síðan þurfi að kanna hvort hann hafi teljandi útilokunaráhrif í för með sér á viðkomandi markaði. Ef samningurinn hafi slík útilokunaráhrif þurfi síðan að meta hvort hann réttlætist af hlutlægum ástæðum. Áfrýjunarnefndin fellst á þessi sjónarmið með hliðsjón af þeim almennu rökum sem að framan er getið. Í næstu köflum verður því kannað að hvaða marki þessi sjónarmið kunni að eiga við í einstökum tilvikum.

2 Gögn sem hafa þýðingu við mat á samningum áfrýjanda

1

Svo sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun var við húsleit á skrifstofum Eimskips lagt hald á fjölda flutningasamninga sem fyrirtækið hafði gert við viðskiptamenn sína. Auk þeirra hafi félagið látið í té ýmsa samninga sem Samkeppniseftirlitið óskaði eftir. Margir samninganna áttu það sammerkt að bera yfirskriftina „*Heildarsamningar um flutningaþjónustu*“. Staðlað orðalag þeirra hafi yfirleitt verið á þann veg að „*Eimskip taki að sér að veita viðskiptavinum heildarflutningaþjónustu eins og nánar [sé] tilgreint í samningi þessum*“. Gildistími samninganna hafi verið ýmist eitt, tvö eða þrjú ár.

Í flestum þessum samningum komi enn fremur fram að mati Samkeppniseftirlitsins „að samningurinn taki til allra flutninga viðskiptavinar og annarrar flutningatengdrar þjónustu“. Eimskip hafi lýst því yfir að þessi ákvæði hafi verið bindandi fyrir viðskiptavinum félagsins. Telur Samkeppniseftirlitið að samkvæmt orðanna hljóðan hafi áfrýjandi með þessum ákvæðum skuldbundið viðsemjendur til að kaupa umrædda þjónustu aðeins af Eimskipi. Af þessu leiði að þeir viðskiptavinir Eimskips sem gerðu slíka samninga hafi gengist undir þá skyldu að kaupa ekki flutningaþjónustu af öðrum aðilum. Í ljósi þessa fólu samningarnir í sér einkakaup í skilningi samkeppnislaga. Enn fremur telur Samkeppniseftirlitið að önnur gögn málsins styðji sömu niðurstöðu.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur rétt að rekja þessi gögn hér að nokkru leyti þar eð þau teljast hafa þýðingu við sönnun þess hvort um einkakaupasamninga hafi verið að ræða, sbr. IV í öðrum hluta úrskurðar þessa. Einungis meginatriðin verða rakin en að öðru leyti er vísað til hinnar kærðu ákvörðunar.

Fyrst má nefna tölvupóst framkvæmdastjóra þróunarsviðs Eimskips til framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs fyrirtækisins frá 14. mars 2001 um þegar fyrirtækið Marel beindi hluta af flutningum sínum til Atlantsskipa. Í tölvupóstinum sagði m.a.:

„Það er búið að tala um þetta við Hörð Arnarson forstjóra Marel og honum gerð grein fyrir því að þeir eru með heildarsamning við okkur um alla flutninga. Það er því ekki hægt að “halda framhjá“ okkur í þessu og ef senda þarf með öðrum (t.d. af því að vel stendur á skipi) þá skal bóka það í gegnum okkur. Við erum eins og verktaki sem sjáum um þessi mál.“

Fyrir liggur að á þessum tíma sem tölvupósturinn var sendur var í gildi heildarsamningur á milli Eimskips og Marels þar sem fram kom að samningurinn næði til „allra“ flutninga Marels og annarrar flutningatengdrar þjónustu.

Í annan stað má nefna tölvupóst milli tiltekinna starfsmanna áfrýjanda, dags. 22. október 2001. Fyrir liggur í málinu að í gildi var samningur á milli Ölgerðarinnar Egils Skallagrímssonar ehf. og Eimskips á þeim tíma sem þessi tölvupóstsamskipti áttu sér stað og að sá samningur var „heildarsamningur um flutningaþjónustu“. Fram kom í samningnum að hann næði til „allra flutninga viðskiptavinar og annarrar flutningatengdrar þjónustu. Í tölvupóstinum sagði m.a.:

„Heyrði því fleygt að Ölgerðin og A. Karlsson væru farin að flytja eitthvað með Samskip. Hafði þið grun um að þetta sé rétt og hvernig bregðumst við við því?“

Þessu var svarað með öðrum tölvupósti þar sem m.a. kom fram að Ölgerðin hafi farið „yfir með snakk frá RTM og safu frá AAR til að skoða þjónustu Samskipa...“. Þá segir að A. Karlsson hafi

að hluta verið með flutninga hjá Samskipum. Svo sagði að „*annað er mér ekki kunnugt um hjá þessum aðilum í “framhjáhaldi”*“.

Í þriðja lagi má nefna tölvupóst starfsmanns Eimskips til starfsmanns á sölu- og markaðssviði, dags. 4. apríl 2002, en þar kom fram að fyrirtækið HB væri með heildarsamning við Eimskip. Í póstinum sagði:

„ÞDP Akranesi tjáði mér að Samskip væri bæði að taka gáma og lausavöru fyrir HB Þetta hafi verið svona lengi Eru þeir ekki með heildarsamning við okkur“.

Tölvupóstinum svaraði starfsmaður sölu- og markaðssviðs með eftirfarandi skeyti sama dag:

„Takk Helgi allar svona uppl. vel þegar! við skoðum þetta vel. Kv. MAT“

Í fjórða lagi verður tölvupóstur, dags. 14. febrúar 2001, milli starfsmanna áfrýjanda, nefndur til sögunnar þar sem fjallað var um heildarsamning Eimskips við Veiðarfærasöluna Dímon og hugsanlega eftirgjöf á skuldum fyrirtækisins við Eimskip. Í póstinum sagði m.a.:

„Núgildandi heildarsamningur felur í sér yfirlýsingu Dimon um að flytja aðeins með EIMSKIP og gildir sú yfirlýsing eins og samningurinn til 01.12.2001. Eftir það er samningurinn ótímabundinn en verður þá uppsegjanlegur með 3gja (svo) mánaða fyrirvara.

...

Gegn því að Veiðarfærasala Dímons haldi núgildandi “Heildarsamning um flutningaþjónustu” við Hf. Eimskipafélag Íslands, dags. 01.11.2000 (?) a.m.k. til 31.12.2003, þar með talin ákvæði 1. gr. um magn flutninga og að eingöngu verði flutt með Eimskipafélaginu, fellir Eimskipafélagið niður ofangreinda skuld í þremur áföngum þannig:

kr. [...] ¹⁰ 31.12.2001

kr. [...] ¹¹ 31.12.2002

kr. [...] ¹² 31.12.2003

Ofangreind skuld telst því að fullu niður fallin 31.12.2003, að ofangreindum skilyrðum uppfylltum. Verði ofangreindum Heildarsamningi um flutningaþjónustu hins vegar sagt upp fyrir 31.12.2003, verða þáverandi eftirstöðvar skuldarinnar innheimtar með vöxtum sem reiknast frá uppsögn.

Ég held því að einfaldast sé að gera breytingu á þessu ákvæði samningsins, þe. lengja gildistíma til 01.12.2003 gegn því að EIMSKIP felli niður nefnda skuld.“

Fyrir liggur að á þeim tíma sem framangreindur tölvupóstur var sendur var í gildi samningur á milli Eimskips og Veiðarfærasölnunnar Dímon. Samningurinn bar yfirskriftina „HEILDARSAMNINGUR UM FLUTNINGAÞJÓNUSTU“ og kom fram í honum að hann næði til „allra“ flutninga Veiðarfærasölnunnar Dímons og annarrar flutningatengdrar þjónustu.

Þess er síðan að geta að í mars 2001 var gerður nýr samningur við Dímon eins og nánar greinir í hinni kærðu ákvörðun. Um var að ræða heildarsamning og fram kom í honum að hann tæki til allra flutninga Dímons. Í 11. tl. samningsins var áréttað að í heildarsamningnum fælist að eingöngu yrði flutt með Eimskipi.

Í fimmta lagi er litið til tölvupósts framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs frá 4. september 2001 til nokkra starfsmanna áfrýjanda, m.a. forstöðumanns viðskiptaþjónustu. Tölvupósturinn varðaði samskipti við fyrirtækið Nathan & Olsen ehf. sem hafði verið í viðskiptum við Eimskip. Í tölvupóstinum sagði m.a. þetta:

„N&O eru með samning við okkur út júní á næsta ári. Þeir skilja því að ef þeir fara með flutning til Atlantsskipa eru þeir að brjóta samning. Samt tala þeir um að vilja

¹⁰ Trúnaðarmál

¹¹ Trúnaðarmál

¹² Trúnaðarmál

reyna flutninga og þjónustustig Atlantsskipa ef Eimskip kemur ekki til móts við þá í þessu!?”

Á þessum tíma var í gildi heildarsamningur milli Eimskips og Nathan & Olsen ehf. þar sem fram kom að samningurinn tæki til allra flutninga félagsins, sbr. umfjöllun hér á eftir.

Í sjötta lagi er um að ræða samningagerð Eimskips við Húsasmiðjuna á árinu 2001. Þann 27. apríl 2001 sendi Eimskip Húsasmiðjunni tilboð um flutningaþjónustu. Form tilboðsins var þannig að Húsasmiðjunni voru send drög að samningi sem bar yfirskriftina „heildarsamningur um flutningaþjónustu“. Í drögunum var jafnframt tekið fram að samningurinn næði til „allra flutninga viðskiptavinar og annarrar flutningatengdrar þjónustu“. Í bréfi sem fylgdi tilboðinu voru samningsdrögin skýrð svo:

„Forsenda tilboðs um ofangreinda 2 samninga, er sú að Húsasmiðjan beini öllum sínum flutningaviðskiptum, á þessum leiðum, til Eimskips.“

Í kjölfar þessa tilboðs áttu sér stað viðræður milli Eimskips og Húsasmiðjunnar. Í tölvupósti forstöðumanns á sölu- og markaðssviði, dags. 16. maí 2001, til m.a. framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs Eimskips sem bar yfirskriftina „Húsasmiðjan“ var fjallað um þessar samningaviðræður við Húsasmiðjuna. Í póstinum kom fram að Húsasmiðjan hefði ekki viljað „neina ALHELGUN“ eins og það var orðað. Jafnframt er í handskrifuðu minnisblaði vegna fundar með Húsasmiðjunni, dags. 15. maí 2001, ritað „÷ALHELGUN“. Niðurstaðan varð síðan sú að samningur sem undirritaður var 27. ágúst 2001 var ekki kallaður heildarsamningur og þar voru engin ákvæði um að þjónustan næði til allra flutninga viðskiptavinar.

3 Afslættir

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur með líkum hætti og Samkeppniseftirlitið að afsláttarfyrirkomulag sem byggist á kostnaðarlegum og hlutlægum forsendum sem grundvallast á lægri kostnaði sé að öllu jöfnu ekki talin hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Samkeppnislög banni markaðsráðandi fyrirtækjum ekki að veita magnafslátt ef slíkur afsláttur endurspeglar t.d.

sannanlegt kostnaðarlegt hagræði af auknum viðskiptum. Í þessu sambandi teljist það lögmætir afslættir sem veittir eru í tengslum við einstök viðskipti og vegna þess hagræðis sem leiðir af þeim tilteknu viðskiptum. Áfrýjunarnefndin telur enn fremur að afslættir markaðsráðandi fyrirtækja sem tengdir séu einkakaupum eða ætlað sé að tryggja tryggð viðskiptavina geti falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Samkeppniseftirlitið hefur jafnframt gert grein fyrir helstu tegundum þeirra afslátta sem komu við sögu. Þar er einkum um að ræða afslætti frá gildandi gjaldskrá og endurgreiddar upphæðir af tilteknum heildarviðskiptum. Afslættir með þessum hætti voru oft tengdir eða skilyrtir við tiltekið flutningsmagn og tíma og í heild má segja að afsláttarkjör þessi hafi verið ógagnsæ og forsendur þeirra því óljósar. Áfrýjunarnefndin getur því fallist á röksemdir í hinni kærðu ákvörðun fyrir því að afslættirnir hafi farið út fyrir leyfileg mörk með þeim hætti sem nánar verður rakið síðar.

Í máli þessu fara svonefndir einkakaupasamningar og afslættir í tengslum við þá saman í meginatriðum. Um að ræða uppsafnaðan eftirágreiddan afslátt sem virðist fyrst og fremst hafa það hlutverk að auka tryggð viðskiptamanna við félagið og að styðja við ákvæðin sem síðar verður fjallað um sem einkakaup. Afslættirnir ráðast ekki af almennum hlutlægum forendum að mati áfrýjunarnefndarinnar. Áfrýjunarnefndin telur því ólögmæti afsláttarkjaranna felast fyrst og fremst í þessu og verður því ekki fjallað um þau nema í samhengi við einkakaupasamninga.

4 Einstakir samningar

i Inngangur

Í kafla 3.2.3. í hinni kærðu ákvörðun er nánar gerð grein fyrir þeim samningum sem hér koma við sögu. Áfrýjunarnefndin telur rétt að flokka þessa samning í tvo flokka, þ.e. þá sem líta má á sem samkynja að mestu varðandi lagasjónarmið og þá sem ekki er þannig farið um. Verður fyrst fjallað um fyrri flokkinn og reifun á tveimur samningum látin duga til skýringar.

Í umfjöllun um eftirfarandi samninga verða magn- og prósentutölur ekki tilgreindar þó að svo sé gert í framlögðum gögnum.

ii Samkynja samningar

1

- a. Flutningasamningur Eimskips við Nathan & Olsen og tengd fyrirtæki sem eru Ekran ehf. og Hagver ehf. er dags. 9. september 2002. Í honum var gert ráð fyrir að innflutningsmagn á ári yrði u.þ.b. [] tonn frá Evrópu og [] tonn frá Bandaríkjunum. Í samningnum kom fram að Eimskip tæki að sér að veita fyrirtækjunum heildarflutningaþjónustu og var tekið fram að hann næði „*til allra flutninga viðskiptavinar og annarrar flutningatengdrar þjónustu.*“ Um gildistíma sagði að samningurinn tæki gildi þremur virkum dögum eftir undirskrift og gildi til 31. Desember 2003. Að loknum samningstíma framlengdist samningurinn sjálfkrafa ótímabundið nema annar hvor aðili segði samningnum upp með þriggja mánaða uppsagnarfresti.

Í samningnum var sérstakt ákvæði um eftirágreiddan magntengdan afslátt, sbr. 7. tl. samningsins. Færi innflutningsmagnið frá Evrópu upp fyrir [] tonn á ári væri veittur []% afsláttur af sjóflutningsjöldum. Við útreikning væri miðað við tímabilið 1. september 2002 til 1. september 2003 og að afslátturinn yrði greiddur út 1. október 2003. Að auki væri veittur eftir á greiddur afsláttur að upphæð [] kr. á ári. Afslátturinn yrði fyrst reiknaður fyrir tímabilið 1. september 2002 til 1. september 2003 og yrði hann greiddur út 1. október 2003.

Þess er hér að geta að Eimskip gerði samning við Nathan & Olsen, Ekruna ehf. og Hagver ehf., dags. 4. júlí 2000. Í þeim samningi var gert ráð fyrir að innflutningsmagn á ári frá Evrópu yrði það sama og í samningnum frá 2002 en frá Bandaríkjunum var gert ráð fyrir að innflutningsmagn yrði [] tonn. Í samningnum kom fram að Eimskip tæki að sér að veita fyrirtækjunum heildarflutningaþjónustu og var tekið fram að hann næði „*til allra flutninga viðskiptavinar og annarrar flutningatengdrar þjónustu.*“ Um gildistíma sagði að samningurinn tæki gildi þremur virkum dögum eftir undirskrift og gildi til 30.

Júní 2002. Að loknum samningstíma framlengdist samningurinn sjálfkrafa ótímabundið nema annar hvor aðili segði samningnum upp með þriggja mánaða uppsagnarfresti. Þá liggur fyrir undirritaður viðauki við flutningasamning Eimskips um flutningaþjónustu við Nathan & Olsen, Hagver ehf. Ekruna ehf. og Heildverslun Ásgeirs Sigurðssonar ehf., dags 24. Október 2001. Þar voru ákvæði um eftirágreiddan afslátt varðandi sjóflutningsgjöld frá Evrópu en þar sagði að viðbætur við núverandi ákvæði væru að viðskiptamaður fengi []% í eftirágreiddan afslátt af FOB sjóflutningsgjöldum frá viðkomuhöfnum Eimskips í Evrópu.

b. Í maí 2001 gerði Eimskip flutningasamninga við Banana ehf. Fram kemur í þeim samningi að um hafi verið að ræða heildarsamning um flutningaþjónustu og var tekið fram að hann tæki til „*allra flutninga viðskiptavinar og annarrar flutningatengdrar þjónustu.*“ Fram kemur að gildistími samningsins hafi verið frá 4. apríl 2001 til 31. maí 2003. Að loknum gildistíma skyldi samningurinn framlengjast sjálfkrafa ótímabundið nema annar hvor samningsaðila segði honum upp með þriggja mánaða uppsagnarfresti. Í samningnum sagði að gert væri ráð fyrir að innflutt magn yrði u.þ.b. [.] tonn á ári. Í 9. tl. samningsins, sem bar yfirskriftina „*Eftirágreiddur afsláttur*“ kom fram að „*[v]iðskiptavinur fær [.]% eftirágreiddan afslátt af FOB sjóflutningsgjöldum og uppskipun allra sendinga frá Evrópu og Ameríku. Afsláttinn skal gera upp tvisvar á ári, í janúar og júlí.*“ Gögn málsins sýna að svipaðir samningar, með eftir á greiddum afsláttum hafi verið greiddir til Sölufélags garðyrkjumanna og Græns markaðs, sem bæði eru fyrirtæki tengd Bönunum.

Af upplýsingum sem fram koma í tölvupóstum milli starfsmanna Eimskips er ljóst að í júlí árið 2001 hafi verið gerðir upp eftir á greiddir afslættir við umrædd fyrirtæki sem námu samtals tæplega 11 milljónum króna. Í tölvupósti milli starfsmanna 11. júlí 2001 kemur eftirfarandi fram:

„Ég er búin að útbúa KRT nóturnar á Banana, SFG og Grænan Markað

Bananar KRT nóta nr. 42246 upphæð []-

Sölufélagið KRT nóta nr. 42245 upphæð []-

Grænn Markaður KRT nóta nr. 42247 uppæð []

Nóturnar eru merktar ETE til uppáskriftar.

Ég sendi Regínu línu um að senda þér þær strax. “

Með tölvupósti starfsmanns Eimskips 13. júlí 2001, sem bar yfirskriftina „*Samningar sem brjóta í bága við samkeppnisreglur í USA*“ fylgdi innanfélagspóstur þar sem fjallað var um eftirágreiddan afslátt vegna flutninga fyrir SFG og tengd félög frá Ameríku. Tölvupóstur þessi var stílaður á framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs áfrýjanda og þar segir svo:

„Trúnaðarmál

Nýlega voru gerðir samningar við Banana, Sölufélag garðyrkjumanna og Grænan markað sem kveða á um []% eftirágreiddan afslátt af FOB sjóflutningsgjöldum og uppskipun allra sendinga frá Evrópu og Ameríku. Auk þessa fá félögin 20 x 40´ RF á ársgrundvelli með []% afslætti af nettó sjóflutningsgjaldi. Samningarnir gilda frá 04.04.2001 og gilda til 31.05.2003.

Samkvæmt vinnureglum Eimskips við tilboðs og samningagerð sem gefnar voru út 3. júní 1999 er sölumönnum óheimilt að veita eftirágreidda afslætti af flutningsgjöldum til og frá Bandaríkjunum og skulu flutningsgjöld vera að fullu í samræmi við gjaldskrá og samninga sem skráðir eru hjá Federal Maritime Commission (FMC).

Í “The Shipping Act of 1984” kemur fram að flutningsaðilar skulu hafa á skrá hjá FMC alla flutningsgjalddataxta og sérsamninga við einstaka viðskiptavini sem þeir annast flutninga fyrir. Flutningsaðilum er óheimilt að veita afslætti, beint eða óbeint frá þessum flutningsgjaldatöxtum eða sérsamningum og eru lagðar á flutningsaðila háar sektir ef þessu er ekki fylgt.

- *Hver eru viðbrögð sölu- og markaðssviðs þegar ekki er farið eftir skráðum vinnureglum?*

• *Hvað gerir sölu- og markaðssvið til að koma í veg fyrir að samið sé um eftirágreiddan afslátt vegna flutnings til Ameríku?*

Hér legg ég aðaláherslu á að samningar þessir eru brot á samkeppnisreglum í Bandaríkjunum, en vil um leið benda á aðra þætti þessara samninga sem vert er að taka til skoðunar:

Greiðsluskilmálar Banana, Sölufélags garðyrkjumanna og Græns markaðar eru [].

Eftirágreiddur afsláttur til þessara félaga hefur undanfarið verið greiddur út með ávísunum (færast ekki á móti skuld félaganna eins og hjá öðrum viðskiptavinum) og fyrr en afslættir vegna annarra fyrirtækja eru reiknaðir.

Auk þessa fá félögin 20 x 40´RF á ársgrundvelli með []% afslætti af nettó sjóflutningsgjaldi. Ekki er kveðið á um í samningum hvaða 20 gámar þetta eigi að vera (Eru þetta líka Ameríkugámar?). Samningsákvæði eins og þetta verður ekki hægt að meðhöndla í breyttu samningskerfi, þar sem reikna á eftirágreiddan afslátt með sjálfvirkum hætti.“

Tölvupóstur þessi, sem er merktur sem trúnaðarmál, gefur til kynna að starfsmönnum Eimskips var kunnugt um að umrædd afsláttarkjör færu gegn bandarískum samkeppnisreglum. Þeim mátti því jafnframt vera ljóst að þetta gæti farið í bága við íslensk samkeppnislög.

2

Samkeppniseftirlitið hefur ekki talið sig geta fallist á þær skýringar Eimskips sem fram hafa komið í málinu og raktar eru í fyrsta hluta úrskurðar þessa. Framangreindir samningar hafi verið heildarsamningar. Fram kom í þeim að þeir tækju til allra flutninga umræddra fyrirtækja. Samkeppniseftirlitið taldi því ótvírætt að með samningunum hafi fyrirtækin gengist undir þá skyldu að kaupa ekki flutningaþjónustu af keppinautum Eimskips. Samningarnir hafi falið í sér

einkakaup í skilningi samkeppnislaga. Langur gildistími samningsins er til þess fallinn að raska samkeppni enn frekar.

Samkeppniseftirlitið taldi einnig að eftir á greiddur afsláttur í samningnum hafi verið til þess fallinn að raska samkeppni og að ekki væri unnt að fallast á að samningarnir hafi ekki verið magnskilyrtir. Þeir hafi fyrir það fyrsta tekið til allra flutninga viðkomandi aðila. Skýrt hafi komið fram af hálfu Eimskips að verð og viðskiptakjör í samningum félagsins væru ákvörðuð í tengslum við áætlað flutningamagn viðkomandi viðskiptavinar. Því hafi orðið að ætla að viðskiptavinum hafi verið gert að uppfylla það magntakmark sem samningarnir kveða á um til að njóta umsaminna kjara. Hafa beri almennt í huga að Eimskip hefur gert við það athugasemdir ef viðskiptavinir hafa ekki staðið við einkakaupasamninga félagsins.

Varðandi afslættina hafi Eimskip ekki sýnt fram á með nákvæmum hætti hið kostnaðarlega hagræði sem réttlætir þennan afslátt. Ekki sé hægt að fallast á að þeir afslættir sem í málinu greini séu dæmi um eðlilega afslætti. Þessir afslættir hafi verið greiddir eftir á tvisvar sinnum á ári. Fáist ekki séð að afslættirnir hafi byggst á kostnaðarlegu hagræði. Þá telur Samkeppniseftirlitið að með því að greiða afsláttinn eftir á af öllum uppsöfnuðum viðskiptum á hálfis árs tímabili hafi hann verið til þess að fallinn að stuðla að því að viðskiptavinurinn myndi ekki snúa sér til keppinauta Eimskips.

3

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála getur fallist á þessar röksemdir í aðalatriðum. Hér skipta þrjú atriði höfuðmáli, þ.e. orðalag umræddra samninga, tölvupóstur framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs áfrýjanda frá 4. september 2001 til nokkurra starfsmanna áfrýjanda þar sem fram kemur sú skoðun hans að Nathan & Olsen skildu að þeir væru að brjóta samning ef þeir færu með flutning til Atlantsskipa (tölvupóstur þessi er rakinn í lið 2, III, í fjórða hluta) og loks önnur þau dæmi sem rakin hafa verið í lið 2, III, í fjórða hluta.

Af þessu verður dregin sú ályktun, að mati áfrýjunarnefndarinnar, að þessi samningar hafi falið í sér bindandi ákvæði um einkakaup í skilningi samkeppnisréttar sem voru ólögæt eins og hér stóð á. Áfrýjunarnefndin telur því með hliðsjón af framangreindu óhætt að leggja til grundvallar

að sambærileg ákvæði í þeim samningum sem verða raktir feli í sér sambærilegar skuldbindingar. Fyrirgreindir afslættir innsigliðu síðan þessar skuldbindingar enn frekar.

Áfrýjunarnefndin getur með hliðsjón af fyrirgreindu fallist á röksemdir samkeppniseftirlitsins fyrir því að eftirtaldir samningar feli í sér ákvæði af þessu tagi:

- Búr ehf. Samningur dags. 21.8.2002
- Byko ehf. Samningur dags. 14.2.2001
- Daníel Ólafsson ehf. (Danól) og Lind ehf. Samningur dags. 5.9.2000 með gildistöku frá 1.1.2001
- Dynjandi ehf. Samningur dags. 29.1.2002
- Fiskiðjan Skagfirðingur ehf. Samningur dags. 1.8.2000. Þó verður hér haft í huga að samningurinn frá 1. ágúst 2000 var löglegur til 6.12.2000. Síðari samningar höfðu sömu ákvæði.
- Gólf, loft og veggir ehf. (GLV). Samningur dags. 9.2. 2001
- Heildverslun Ásgeirs Sigurðssonar ehf. Samningur dags. 26.4.2002
- ING ehf. Samningur dags. 16.4.2002
- Íslensk-Ameríska og tengd fyrirtæki. Samningur dags. 21.9.2002
- Íslenska umboðssalan hf. Samningur dags. 21.10.2001
- Karl K. Karlsson hf. Samningur dags. 30.10.2001
- Kísiliðjan hf. og World Mineral Ísland ehf. Samningur dags. 11.3.2002
- Mata ehf. Samningur dags. 19.9.2001
- Pfaff-borgarljós ehf. Samningur dags. 3.5.2002
- P. Samúelsson ehf. Samningur dags. 27.3.2001
- Salka sjávarafurðir ehf. Samningur dags. 10.5.2002
- Veiðarfærasalan Dímon ehf. Samningur dags. 2.3.2001
- Vífilfell ehf. Samningur dags. 21.7.2000. Þó er haft í huga að samningurinn frá 21. júlí 2000 var löglegur til 6. desember 2000.
- Ölgerðin Egill Skallagrímsson ehf. Samningur dags.30.1.2002.

iii Aðrir samningar sem eingöngu fólu í sér einkakaup

Í kafla 3.2.3.31 í hinni kærðu ákvörðun er gerð grein fyrir niðurstöðum um aðra samninga sem taldir eru upp í töflu 10. Helstu atriðin eru þau að samningar þessir báru yfirskriftina „*Heildarsamningur um flutningaþjónustu*“ og í þeim kom fram að þeir næðu til „*allra flutninga viðskiptavinar og annarrar flutningatengdrar þjónustu*“. Einnig má hér vísa í tölvupósta Eimskips og þau almennu atriði sem getið er í lið 2, III, í fjórða hluta. Með hliðsjón af þessum atriðum verður talið að samningar þessir, að samningnum við Hampiðjuna undanskildum, sbr. síðar, hafi af mati áfrýjanda falið í sér bindandi ákvæði um einkakaup í skilningi samkeppnisréttar sem voru ólögmet eins og hér stóð á. Því var um að ræða ólögmet einkakaup í skilningi samkeppnisréttarins.

Sumir þessara samninga voru þó gerðir fyrir 6. desember 2000 og voru því löglegir þegar þeir voru gerðir. Óljóst er um framkvæmdina eftir þetta. Þykir því ekki rétt að meta eftirgreinda samninga ólögmeta: samning við Fisco ehf., dags. 15.3.2000, Globus hf., dags. 27.11.2000, Harald Böðvarsson hf., dags. 18.4.2000, Heklu hf. dags. 17.4.2000, Íslenskan harðvið, dags. 1.12. 1999, Ræsi hf., dags. 10.4.2000, Sandblástur og málmhúðun hf., Ferró Zink hf. og Damstahl hf., dags. 5.4.2000 og Sól-Víking ehf., dags. 2.10.2000.

iv Sérstæðir samningar

Samningur við Kassagerðina

Eimskip gerði flutningasamning dags. 9. febrúar 2002, við Kassagerðina sem bar yfirskriftina „*heildarsamningur um flutningaþjónustu*“. Í samningnum var gert ráð fyrir að innflutningsmagn á ári yrði [] tonn og útflutningsmagn [] tonn. Í samningnum kom fram að Eimskip tæki að sér að veita Kassagerðinni heildarflutningaþjónustu og var tekið fram að hann næði „*til flutninga viðskiptavinar og annarrar flutningatengdrar þjónustu*.“ Fram kom í samningnum að hann tæki gildi þremur virkum dögum eftir undirskrift og gildi þar til gengið yrði frá öðrum samningi sem tæki við af honum eða að annar hvor aðili segði samningnum upp með þriggja mánaða uppsagnarfresti. Í 7. tölulið samningsins þar sem fjallað var um greiðsluskilmála sagði að

viðskiptavinur fengi []% eftirágreiðdan afslátt af FOB sjóflutningsgjöldum allra sendinga frá Evrópu. Afsláttinn skyldi gera upp tvisvar á ári, í janúar og í júlí.

Af orðalagi samnings þessa verður ekki séð með öruggum hætti hvort hann fól í sér einkakaupasamning og önnur gögn máls þessa veita heldur ekki nægjanlega vísbendingu í því efni. Eins og atvikum er hér háttað verður því ekki fullyrt að um ólögsmætan einkakaupasamning hafi verið að ræða.

Samningur við Íslensku umboðssöluna hf.

Eimskip gerði flutningasamning við Íslensku umboðssöluna, dags. 21. nóvember 2001. Um var að ræða samning sem ber yfirskriftina „heildarsamningur um flutningaþjónustu“ og tók hann til útflutnings á frystum sjávarafurðum til Evrópu ([] tonn), frystum sjávarafurðum til Asíu ([] tonn), sjávarafurðum til Bandaríkjanna ([] tonn), saltfiski ([] tonn), ferskum fiski ([] tonn), skreið ([] tonn) og gærum og húðum ([] tonn). Samtals námu framangreindir flutningar um [] tonnum. Í samningnum kom fram að Eimskip tæki að sér að veita viðskiptavini heildarflutningaþjónustu eins og nánar væri tilgreint í samningnum. Ákvæði voru einnig um gildistíma og afslátt eins og nánar greinir í hinni kærðu ákvörðun.

Af orðalagi samnings þessa verður ekki séð með öruggum hætti hvort hann fól í sér einkakaupasamning og önnur gögn máls þessa veita heldur ekki nægjanlega vísbendingu í því efni. Eins og atvikum er hér háttað verður því ekki fullyrt að um ólögsmætan einkakaupasamning hafi verið að ræða.

Samningur við Odda hf.

Eimskip gerði flutningasamning við prentsmiðjuna Odda hf., dags. 22. mars 2002. Í samningnum var gert ráð fyrir að innflutningsmagn yrði u.þ.b. [] tonn og útflutningsmagn u.þ.b. [] tonn, hvort tveggja á ársgrundvelli. Samningurinn bar yfirskriftina „heildarsamningur um flutningaþjónustu“. Fram kom í samningnum að hann tæki gildi þremur virkum dögum eftir undirskrift og gildi til 31. desember 2004. Að loknum gildistíma framlengdist samningurinn sjálfkrafa ótímabundið nema annar hvor samningsaðila segði honum upp með þriggja mánaða

uppsagnarfresti. Í 8. tölulið samningsins þar sem fjallað var um eftir á greiddan afslátt kom fram að viðskiptavinur fengi []% eftir á greiddan afslátt af FOB sjóflutningsgjöldum vegna innflutnings frá Evrópu. Sagði að afslátturinn yrði gerður upp á þriggja mánaða fresti, í fyrsta sinn í ágúst 2002. Áfrýjandi hefur m.a. bent á að í meginmáli samningsins segi orðrétt:

„Samningurinn nær til flutninga viðskiptavinar og annarrar flutningstengdrar þjónustu“.

Af orðalagi samnings þessa verður ekki séð með öruggum hætti hvort hann fól í sér einkakaupasamning og önnur gögn máls þessa veita heldur ekki nægjanlega vísbendingu í því efni. Eins og atvikum er hér háttað verður því ekki fullyrt að um ólögmetan einkakaupasamning hafi verið að ræða.

Samningur við Hampiðjuna hf.

Eimskip gerði flutningasamning við Hampiðjuna hf. 30. október 2000. Í samningnum kom fram að Eimskip tæki að sér að veita Hampiðjunni heildarflutningaþjónustu og tekið fram að hann næði *„til allra flutninga viðskiptavinar og annarrar flutningatengdrar þjónustu.“* Fram kom í samningnum að hann tæki gildi þremur virkum dögum eftir undirskrift og gildi til 1. október 2002. Að loknum gildistíma framlengdist samningurinn sjálfkrafa ótímabundið nema annar hvor samningsaðila segði honum upp með þriggja mánaða uppsagnarfresti. Í 8. tölulið samningsins þar sem fjallað var um greiðsluskilmála sagði að Hampiðjan væri í mánaðarviðskiptum samkvæmt samkomulagi við fjárreiðudeild Eimskips. Fyrirliggjandi tölvupóstur benda til þess að afslættir hafi verið greiddir til fyrirtækisins fyrir 6. febrúar 2002.

Engu að síður hefur áfrýjunarnefndin í huga að umræddir samningar og afslættir voru löglegir fram til 6. desember 2000. Óljóst er um framkvæmdina eftir þetta tímabil. Þykir því ekki rétt að hafa þennan samning í huga þegar brot áfrýjanda eru virt og metin.

Samningur við Hita ehf. og Sindra-stál hf.

Eimskip gerði flutningasamning við Hita ehf. og Sindra-stál hf. 25. janúar 2000. Samningurinn bar yfirskriftina „*Heildarsamningur um flutningaþjónustu*“ og fram kom í honum að Eimskip tæki að sér að veita viðskiptavinum heildarflutningaþjónustu. Fyrirliggjandi tölvupóstur benda til þess að afslættir hafi verið greiddir til fyrirtækisins.

Engu að síður hefur áfrýjunarnefndin í huga að umræddir samningar og afslættir voru löglegir fram til 6. desember 2000. Óljóst er um framkvæmdina eftir þetta tímabil. Þykir því ekki rétt að hafa þennan samning í huga þegar brot áfrýjanda eru virt og metin.

Samningur við Flutningsmiðlunina Jóna hf.

Samningur við Flutningsmiðlunina Jóna hf. er frá 15. september 1999. Í samningnum kemur fram að Eimskip taki að sér að veita Flutningsmiðluninni Jónum heildarflutningaþjónustu við innflutning og sölu flutningsmiðlunarinnar til annarra aðila. Samkvæmt samningnum var gert ráð fyrir að Eimskip sjái um alla flutninga fyrir FJ og að innflutningsmagn yrði u.þ.b. [] teus á ári. Um gildistíma sagði að samningurinn gildi frá 17. september 1999 til 17. september 2001. Í 8. tölulíð samningsins var fjallað um viðskiptaafslætti sem átti að greiða með tilteknum hætti.

Þrátt fyrir fyrrgreind samningsákvæði sem nánar eru rakin í hinni kærðu ákvörðun hefur áfrýjunarnefndin í huga að umræddir samningar og afslættir voru löglegir fram til 6. desember 2000. Óljóst er um framkvæmdina eftir þetta tímabil. Þykir því ekki rétt að hafa þennan samning í huga þegar brot áfrýjanda eru virt og metin.

Samningar við Sölumiðstöð hraðfrystihúsanna hf.

Um er að ræða ýmsa samninga um flutning á úthafskarfa og frosinni loðnu og loðnuhrognum og um flutning á frystum afurðum frá Íslandi og Noregi til Spánar og Portúgals. Gerð er grein fyrir þessum samningum í hinni kærðu ákvörðun með eftirfarandi hætti:

- Flutningur á úthafskarfa

Eimskip gerði samning við SH um flutning á úthafskarfa vegna „*Úthafskarfavertíð*[arinnar] *2001*“. Um gildistímann sagði að samningurinn gildi frá 1. maí 2001 til 31. mars 2002 og framlengdist sjálfkrafa um einn mánuð í senn eftir það þar til nýr samningur hefði komist á. Hvor aðili um sig gæti þó sagt samningnum upp eftir lok samningstímans með eins mánaðar fyrirvara. Um umfang samningsins sagði: „*Eimskip mun sjá um flutning á öllum úthafskarfa sem veiddur verður á vertíðinni 2001 og fluttur verður í gámum á vegum SH fram til loka mars 2002 til Asíu og Kanada.*“ Áætlað var að útflutt magn yrði [] tonn. Um magnafslátt sagði í samningnum að Eimskip myndi veita afslátt af flutningsgjaldi þegar heildarmagn karfa í útflutningi til Asíu hefði náð u.þ.b. [] tonnum sem væri um []% af áætluðu magni. Afsláttur þessi reiknaðist USD [] pr 40 ft. RF af öllum heilgámum (15 tonn og yfir) umfram [] og greiddist eftir á, í janúar 2002.

Einnig gerði Eimskip samning við SH um flutning á úthafskarfa árið 2002. Um umfang þess samnings sagði að Eimskip myndi sjá um flutning á öllum úthafskarfa [á vegum SH] sem veiddur yrði á vertíðinni og fluttur yrði [gegnum Ísland] fram til loka mars 2003 til Asíu (FE) og Kanada (CA). Um flutningsmagn sagði að það væri áætlað [] tonn.

- Flutningur á frosinni loðnu og loðnuhrognum

Fyrir liggur undirritaður samningur Eimskips við SH, dags. 28. febrúar 2001, um flutning á loðnu og loðnuhrognum „*vegna vertíðar árið 2001*“. Í samningnum sagði að aðilar gerðu með sér samning um alla flutninga á frosinni loðnu og loðnuhrognum í gámum til Asíu og Evrópu. Ekki var kveðið á um flutningsmagn í samningnum en um gildistíma sagði að hann væri frá 1. febrúar 2001 til 31. desember 2001. Í samningnum kemur fram að „*aðrir skilmálar verði í samræmi við aðalsamning félaganna dags. 24. 12. 1998.*“

Þá gerði Eimskip samning við SH um flutning á frosinni loðnu og loðnuhrognum vegna „*vertíðar árið 2002*“. Ekki var tilgreint um magn í samningnum en fram kom að Eimskip myndi sjá um „*flutning á öllum loðnuafurðum sem veiddar verða á vertíðinni 2002 og fluttar verða út í gámum á vegum SH*“ til Asíu og Evrópu. Samningurinn var ódagsettur og raunar lagður fram

óundirritaður en um gildistíma sagði að hann gildi frá 1. febrúar 2002 til 31. desember 2002 og skyldi hann framlengjast um einn mánuð í senn þar til nýr samningur hefði komist á. Samkeppniseftirlitið telur ljóst að Eimskip hafi litið svo á að í þeim samningi hafi falist almenn skylda fyrir SH að láta Eimskip annast alla loðnuflutninga fyrir fyrirtækið og vísar þar til tölvupósts framkvæmdastjóra sölu- og markaðssviðs Eimskips til forstjóra fyrirtækisins frá 17. apríl 2002 sem fyrir liggur í málinu.

Samningur um flutning á frystum afurðum frá Íslandi og Noregi til Spánar og Portúgals

Eimskip og SH gerðu með sér samning, dags. 24. maí 2002, um flutninga á frystum afurðum frá Íslandi og Noregi til Spánar og Portúgals. Samningurinn bar yfirskriftina „*Flutningaþjónustusamningur – Frystiskip*“. Í samningnum þar sem fjallað var um forsendur og umfang hans sagði að Eimskip tæki að sér að sjá um flutning á öllum frystum fiski á brettum frá Íslandi og Noregi til Vigo á Spáni sem fluttur yrði með frystiskipum. Ákvæði voru í samningunum um áætlað heildarmagn. Um gildistíma sagði að samningurinn gildi frá 1. júní 2002 til 31. maí 2003. Framlagt samningsplagg er óundirritað.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur gögn máls þessa, þar á meðal umræddir samningar og tölvupóstar milli forstjóra og framkvæmdastjóra áfrýjanda veiti nægar vísbendingar um að Sölumiðstöðin hafi verið skuldbundin til að beina stórum hluta flutninga sinna til áfrýjanda og að tilteknum hluta hafi verið heimilt að beina til annarra aðila en áfrýjandi hafi þó ávallt haft tækifæri til að bjóða í slíka flutninga. Útilokunaráhrif samninganna hafi því verið þó nokkur. Hins vegar er hér ekki um að ræða bindandi heildarsamninga um alla flutninga á milli aðila heldur voru þeir vertíðarbundnir að hluta til og sumpart milli tiltekinna staða. Við bætist að í a.m.k. tveimur þeirra er vísað í aðalsamning félaganna, frá 20. desember 1998. Gildi hans og tengsl við umrædda samninga hafa þó ekki verið reifuð nægjanlega og veldur það óvissu um efni samninganna. Samantekið telur áfrýjunarnefndin óvarlegt að leggja til grundvallar að hér hafi verið um samninga að ræða sem fóru gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Samningur við Norðurál

Eimskip gerði flutningasamning við Norðurál, dags. 3. janúar 2000. Í samningnum sagði að Eimskip tæki að sér að veita Norðuráli flutningaþjónustu byggða á verðfyrirspurn Norðuráls, dags. 26. nóvember 1999 og tilboði Eimskips, dags. 10. desember 1999. Samningurinn var í fjórum hlutum sem skiptust þannig að fyrsti hlutinn tók til útflutnings á áli, gjalli og skautleifum og innflutnings á skautum. Annar hlutinn tók til innflutnings á flúoríði og almennum rekstrarvörum Norðuráls. Þriðji hlutinn fjallaði um innflutning aðfanga vegna stækkunar álvers á Grundartanga og fjórði hlutinn um almenna skilmála sem gilda ættu um þá flutninga sem fjallað væri um í 1.–3. hluta samningsins. Í samningnum var tiltekið flutningsmagn annars vegar fyrir stækkun og hins vegar eftir stækkun.

Um gildistíma samningsins sagði að hann gildi frá og með 1. mars 2000 til 30. apríl 2002. Þá sagði að Norðurál hefði heimild til að framlengja samninginn um eitt ár eða til og með 30. apríl 2003 sem skyldi tilkynna með þriggja mánaða fyrirvara eða eigi síðar en 31. janúar 2002. Með undirrituðum viðauka nr. 1 við flutningasamninginn, dags. 21. desember 2001, var samningurinn framlengdur til og með 30. júní 2003. Að öðru leyti má um málavexti vísa til þess sem fram kemur í kafla 3.2.3.21 í hinni kærðu ákvörðun.

Áfrýjunarnefndin lítur svo á að umræddur samningur sé sérstaks eðlis. Í honum er ekki kveðið á um að hann sé heildarsamningur heldur er rætt um samning um flutningaþjónustu. Hann er til kominn vegna verðfyrirspurnar Norðuráls frá 26. nóvember 1999 og tilboði Eimskips frá 10. desember 1999 þar sem Norðurál leitað tilboða í sjóflutning fyrirtækisins upp að ákveðnu magni. Ekki verður annað séð en að allir viðkomandi hafi átt þess kost að bjóða í flutningana á jafnréttisgrundvelli. Eins og málsatvikum er hér háttað verður ekki fullyrt að hér hafi verið um ólögmetan einkakaupasamning að ræða.

Samningar við SÍF og Saltkaup

Þann 18. nóvember 2000 gerði Eimskip flutningasamning við SÍF um flutninga á frystum og söltuðum sjávarafurðum til Norður-Ameríku. Í samningnum kom fram að Eimskip tæki að sér að

veita SÍF heildarflutningaþjónustu og að samningurinn næði „*til allra flutninga viðskiptavinar á frystum og söltuðum sjávarafurðum til norður Ameríku.*“ Samkvæmt samningnum var gert ráð fyrir tilteknu flutningamagni frysts fisks til Bandaríkjanna. Fram kom að hann tæki gildi 21. nóvember 2000 og gildi til 31. desember 2002. Að loknum gildistíma framlengdist samningurinn sjálfkrafa ótímabundið nema annar hvor samningsaðila segði honum upp með þriggja mánaða uppsagnarfresti.

Þann 22. júní 2001 undirrituðu Eimskip og SÍF flutningasamning sín á milli. Í fyrstu málsgrein samningsins segir að samningurinn náði: „*til allra flutninga SÍF á saltfiski frá Íslandi til Evrópu með kæliskipum. Árlegt heildarmagn samkvæmt samningi þessum er áætlað um [] tonn eða sem nemur um helmingi útflutnings SÍF á saltfiski frá Íslandi.*“ Um gildistímamann sagði að samningurinn tæki gildi 1. september 2001 og að honum lyki án uppsagnar 31. ágúst 2006. Einnig var undirritaður þennan dag samningur sem náði til alls útflutnings SÍF samstæðunnar á frystum afurðum til Austurlanda fjær. Um gildistímamann sagði að samningurinn tæki gildi í síðasta lagi 1. desember 2001 og var gildistíminn fimm ár.

Þann 8. maí 2002 gerði Eimskip flutningasamning við SÍF og Saltkaup. Í samningnum kom fram að Eimskip tæki að sér að veita SÍF og Saltkaupum heildarflutningaþjónustu og var tekið fram að hann tæki „*til flutninga allra vöruflokka viðskiptavinar og annarrar flutningatengdrar þjónustu.*“ Fram kom í samningnum að hann tæki gildi 10. maí 2002 og gildi til 30. nóvember 2003. Að loknum gildistíma framlengdist samningurinn sjálfkrafa ótímabundið nema annar hvor samningsaðila segði honum upp með þriggja mánaða uppsagnarfresti.

Áfrýjunarnefnd samkeppnimála telur að hér hafi verið um einkakaupasamninga að ræða og þeim hafi verið fylgt eftir a.m.k. að hluta til með eftir á greiddum afláttum með þeim hætti sem greinir í hinni kærðu ákvörðun. Útilokunaráhrif þeirra voru umtalsverð. Verður ekki fallist á röksemdir áfrýjanda fyrir því að samningarnir frá 22. júní 2001 hafi aðeins tekið til helmings allra flutninga á saltfiski SÍF í gámum frá Íslandi til Evrópu enda samrýmist sá skilningur ekki orðalagi þeirra samninga. Staðfesta má að öðru leyti þær niðurstöður og röksemdir Samkeppniseftirlitsins sem fram koma í kafla 3.2.3.27 í hinni kærðu ákvörðun. Haft er í huga að samningurinn frá 18. nóvember 2000 var löglegur fram til 6. desember 2000.

Samningar við Heklu hf.

Þann 10. maí 2001 gerði Eimskip flutningasamning við Heklu. Samningurinn var gerður í framhaldi af verðkönnun Heklu 12. febrúar 2001 og tilboði Eimskips 22. mars 2001, sem gert var í samræmi við skilmála verðkönnunarinnar. Verðkönnun þessi fór fram á vegum VSÓ ráðgjafar ehf. Samkvæmt henni leitar Hekla hf. eftir verði í flutninga á farartækjum, vélum, varahlutum, heimilistækjum, hjólbörðum og öðrum vörum sem fyrirtækið flytur inn. Fram kemur að leitað sé eftir verðum hjá Eimskip hf. og Samskip hf. og að áformað sé að semja um alla umrædda flutninga við þann aðila sem bjóði hagstæðara verð og þjónustu. Þá var gert ráð fyrir að gerður yrði verksamningur til þriggja ára á grundvelli þeirrar verðskrár sem verktaki leggi fram. Í samningnum sagði að gert væri ráð fyrir að Eimskip annaðist alla flutninga samkvæmt verksamningi, sem undirritaður yrði í kjölfar verðkönnunarinnar, þ.e. innflutning, útflutning og framhaldsflutning á vörum innanlands. Svo sagði: „*Hekla skuldbindur sig til að skipta eingöngu við Eimskip um þessa flutninga en þó eru undanþegnir flutningar á stærri aflvélum í virkjanir og þeim vörum sem Hekla stýrir ekki flutningum á*“. Enn fremur sagði að Hekla myndi eftir fremsta megni beina flutningum, sem ekki væru á fyrirtækisins hendi, til Eimskips og myndi Eimskip alltaf fá tækifæri til að bjóða í alla flutninga sem Hekla hefði milligöngu um. Um gildistíma sagði að verksamningurinn gildi í þrjú ár frá 1. júní 2001 til 31. maí 2004, með möguleika á framlengingu um eitt ár í senn. Óskaði Hekla ekki eftir framlengingu þyrfti að tilkynna um slíkt með sex mánaða fyrirvara.

Ekki er ágreiningur um að umræddur samningur fól í sér einkakaup og að binditími hans hafi verið þrjú ár. Ekki hafa komið fram nægilega sterk rök frá áfrýjanda til að réttlæta útilokunaráhrif hans. Með hliðsjón af þessu og að öðru leyti með skírskotun til þeirra raka sem fram koma í 3.2.3.10. í hinni kærðu ákvörðun má staðfesta þá niðurstöðu sem þar kemur fram.

Fimmti hluti - Sektir

1

Þann 1. júlí 2005 tóku gildi ný samkeppnislög nr. 44/2005. Í máli þessu reynir á 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 en það ákvæði var efnislega samhljóða stjórnvaldssektarákvæði 52. gr. eldri samkeppnislaga nr. 8/1993, sbr. lög nr. 107/2000. Með lögum nr. 52/2007 voru gerðar tiltekna breytingar á 37. gr. samkeppnislaga. Rétt þykir að fjalla hér um 52. gr. eldri samkeppnislaga.

Ákvæði 52. gr. þágildandi samkeppnislaga var svohljóðandi um viðurlög:

Samkeppniseftirlitið leggur stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn 53. og 54. gr. EES-samningsins eða bannákvæðum laga þessara eða ákvörðunum sem teknar hafa verið samkvæmt þeim, sbr. IV. og V. kafla laga þessara, nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Við ákvörðun sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamla og hvað þær hafa staðið lengi. Sektirnar renna til ríkissjóðs.

Sektir geta numið frá 50 þús. kr. til 40 millj. kr. eða meira, en sektin skal þó ekki vera hærri en sem nemur 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun fjárhæðar sektar getur Samkeppniseftirlitið m.a. haft hliðsjón af samstarfsvilja hins brotlega fyrirtækis.

Tilgangur ákvæðisins var að skapa varnaðaráhrif og stuðla þannig að því að ákvæðum samkeppnislaga sé fylgt. Meginreglan er að stjórnvaldssektir skuli lagðar á ef brot á bannreglum laganna hafa átt sér stað.

2

Í þessu ákvæði felst að annars vegar er unnt að leggja á sektir allt að 40 millj. króna án tillits til veltu viðkomandi aðila. Ef sekt er hins vegar hærri en 40 millj. króna gildir veltuhámarkið og má þá sekt ekki vera hærri en 10% af veltu síðasta almanaksárs áður en ákvörðun er tekin í málinu.

Við ákvörðun sekta ber að hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamla og hvað þær hafa staðið lengi. Grunnsektarfjárhæðin getur síðan tekið breytingum eftir því hvort aðrir þættir málsins skuli hafa íþyngjandi eða ívilnandi áhrif. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 er tekið fram að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta. Einnig má t.d. líta til stærðar og styrkleika fyrirtækja sem teljist brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda, hagnaðarsjónarmiða og eldri brota á samkeppnislögum. Ef sýnt er fram á að ólögmæt aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft áhrif til hækkunar sekta.

3

Í því máli sem hér um ræðir hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því annars vegar að grípa til umfangsmikilla aðgerða sem beindust sérstaklega gegn helsta keppinautum á markaðinum og hins vegar að gera einkakaupasamninga sem voru bundnir afsláttarkerfi með þeim hætti sem nánar er lýst í II og III í fjórða hluta. Í þessu fólst skaðleg samkeppnisleg háttsemi sem var til þess fallin að veikja með óeðlilegum hætti stöðu helsta keppinautar á markaðinum og veikja þannig samkeppnina á markaðinum almennt. Brutu þessar aðgerðir í bága við 11. gr. samkeppnislaga.

4

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að við sektarákvörðun í máli beri annars vegar að hafa í huga það sem fyrr segir í lið 8 í II í fjórða hluta að markaðsatlaga áfrýjanda telst ólögmæt þar sem hún beindist fyrst og fremst að helsta samkeppnisaðilanum á markaðinum auk þess sem umfang hennar var slíkt að það var til þess fallið að veikja hann verulega og varanlega. Hins vegar ber að hafa í huga fjölda og umfang þeirra samninga sem felldir hafa verið undir ólögmæta einkakaupasamninga í III í fjórða hluta úrskurðar þessa.

5

Við ákvörðun sekta er tekið tillit til þess að styrkleiki áfrýjanda er ekki eins mikill á umræddum markaði og reiknað er með í hinni kærðu ákvörðun. Þá ber annars vegar að hafa í huga að hvaða markmiði var stefnt með markaðsatlögunni og hins vegar hver hafi orðið árangur hennar. Ekki verður lagt til grundvallar að það hafi verið ásetningur fyrirsvarsmanna áfrýjanda að ryðja

samkeppnisaðilum út af markaðinum. Brot sem felst í gerð svonefndra einkakaupasamninga verður metið miðað við fjölda þeirra og umfang sem áður sagði.

6

Með hliðsjón af því sem hér hefur verið rakið og þeim rökum sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun telur áfrýjunarnefnd samkeppnismála að hér hafi verið um alvarlegt brot að ræða. Eftir öllum atvikum þykir hæfilegt að leggja krónur 230.000.000 sekt á áfrýjanda vegna brots hans gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Úrskurðarorð

Hf. Eimskipafélag Íslands (kt. 510169-1829) braut gegn 11. gr. samkeppnislaga með þeim aðgerðum sem nánar er lýst í úrskurði þessum.

Með vísan til rökstuðnings í úrskurði þessum og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Hf. Eimskipafélag Íslands (kt. 660288-1049) greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð krónur 230.000.000 (tvö hundruð og þrjátíu milljónir) vegna þessara brota. Sektin skal greiddast í ríkissjóð innan tveggja mánaða frá birtingu úrskurðar þessa.

Reykjavík 12. mars 2008

Stefán Már Stefánsson
Brynhildur Benediktsdóttir
Lárus L. Blöndal

Rétt endurrit staðfestir: