

15

Kafli 35

35: Viðurlög, fyrirmæli og ákvörðunarorð

BROT SAMSKIPA GEGN BANNI VIÐ ÓLÖGMÆTU SAMRÁÐI





35. VIDURLÖG, FYRIRMÆLI OG ÁKVÖRÐUNARORÐ	3173
35.1. Ein efnahagsleg eining.....	3173
35.1.1. Umfjöllun undir rekstri málsins.....	3173
35.1.2. Lagasjónarmið	3175
35.1.3. Niðurstaða.....	3177
35.2. Sekt vegna brota á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins.....	3180
35.2.1. Umfjöllun undir rekstri málsins.....	3180
35.2.2. Almennt um 37. gr. samkeppnislaga.....	3184
35.2.3. Sektarhámark	3186
35.2.4. Eðli brota Samskipa.....	3187
35.2.5. Umfang brota og önnur atriði við mat á alvarleika brota Samskipa	3191
35.2.5.1. Þýðing vöruflutninga fyrir íslenskt samfélag	3191
35.2.5.2. Þýðing samkeppni í sjó- og landflutningum	3193
35.2.5.3. Geta Samskipa til þess að raska samkeppni og valda tjóni	3193
35.2.5.4. Brot Samskipa áttu sér stað á tímum mikilla efnahagsörðugleika	3196
35.2.5.5. Huglæg afstaða og aðkoma æðstu stjórnenda	3198
35.2.5.6. Möguleg áhrif	3199
35.2.6. Tímalengd brota	3202
35.2.7. Ítrekun.....	3203
35.2.8. Varnaðaráhrif.....	3203
35.2.9. Möguleg atriði sem horfa til mildunar viðurlaga	3205
35.2.10. Leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA	3206
35.2.10.1. Grunnfjárhæðin	3207
35.2.10.2. Brotagjald í samráðsmálum	3210
35.2.10.3. Þyngingarástæður og málsbætur.....	3210
35.2.10.4. Sértek hækkun sektar í varnaðarskygni og lögakveðið hámark	3211
35.2.10.5. Samantekt	3211
35.2.11. Niðurstaða um sektarfjárhæð vegna ólögmeats samráðs.....	3212
35.3. Sekt vegna brota gegn 19. gr. samkeppnislaga.....	3212
35.4. Aðgerðir til að tryggja samkeppni.....	3214
35.4.1. Umfjöllun undir rekstri málsins.....	3214
35.4.2. Niðurstaða.....	3216
35.5. ÁKVÖRÐUNARORÐ	3219



35. VIÐURLÖG, FYRIRMÆLI OG ÁKVÖRÐUNARORÐ

16537. Í þessum kafla er fjallað um viðurlög við brotum Samskipa, sbr. 37. gr. samkeppnislaga. Í því sambandi er gerð grein fyrir þeim sjónarmiðum sem líta ber til við ákvörðun viðurlaga vegna brota Samskipa á 10. og 19. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Einnig verður tekin afstaða til þess hvort þörf sé á því að beita heimildum 16. gr. samkeppnislaga gagnvart Samskipum.

35.1. Ein efnahagsleg eining

16538. Ákvæði 37. gr. samkeppnislaga heimilar að stjórnvaldssekt sé lögð á brotleg fyrirtæki.

16539. Fram á árið 2007 var Samskip hf. móðurfélag Samskipasamstæðunnar. Eftir það varð félag skráð í Hollandi, Samskip Holding B.V., móðurfélag samstæðunnar. Urðu Samskip hf. þá dótturfélag Samskipa Holding. Upplýst var undir rekstri málsins að Samskip hf. væri 99% í eigu Samskipa Holding. Samkvæmt ársreikningi Samskipa Holding fyrir árið 2022 er Samskip hf. nú 100% í eigu Samskipa Holding.

16540. Jónar Transport hf. hafa verið 100% í eigu Samskipa hf.

16541. Í máli þessu þarf að taka afstöðu til þess hvort Samskip hf., móðurfélagið Samskip Holding B.V. og tengd félög séu ein efnahagsleg eining og þannig eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga.

35.1.1. Umfjöllun undir rekstri málsins

16542. Í þágu rannsóknar málsins óskaði Samkeppniseftirlitið eftir því að fá afhent tiltekin gögn og upplýsingar frá Samskipum. Voru þessar beiðnir settar fram með vísan til 19. gr. samkeppnislaga.

16543. Í bréfi Samskipa hf., dags. 10. apríl 2015, voru veittar upplýsingar vegna beiðni Samkeppniseftirlitsins. Í bréfinu er fjallað um flutningsmiðlun og lýst tengslum Samskipa og Jóna: „Samkvæmt þessu eru öll fyrirtæki tengd millilandaflutningum á frakt í samkeppni í flutningsmiðlun með einum eða öðrum hætti. Samskip er þó ekki keppinautur Jóna Transport, enda teljast fyrirtækin ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnisréttar.“ Til viðbótar er tekið fram í bréfinu að Jónar starfi ekki með sjálfstæðum hætti á markaðnum heldur hafi eingöngu „milligöngu um sjóflutninga með móðurfélögum sínum og starf[i] í raun sem söludeild móðurfélagsins.“

16544. Með bréfi til Samskipa hf., dags. 30. september 2016, óskaði Samkeppniseftirlitið m.a. eftir fundargerðum Samskipa Holding og ársreikningum samstæðunnar. Af þessu tilefni kváðu Samskip hf. það ekki vera á forræði sínu að afla gagna frá móðurfélaginu Samskipum Holding. Kváðust Samskip hf. eingöngu geta veitt upplýsingar úr eigin rekstri og dótturfélaga sinna. Félagið hefði ekki aðgang að rekstri móðurfélagsins þar sem félagið hefði ekki boðvald yfir móðurfélaginu og væri ekki í neinni stöðu til að beina fyrirmælum til þess.⁶⁸⁷⁷

16545. Samskipum hf. og Samskipum Holding var í kjölfarið gerð grein fyrir reglum samkeppnisréttarins um eina efnahagslega einingu og boðið að setja fram sjónarmið varðandi það hvort félögin tilheyrðu sömu efnahagslegu einingu.⁶⁸⁷⁸ Í því sambandi var sérstaklega óskað eftir upplýsingum um löggerninga og önnur atriði sem kynnu að veita Samskipum hf. rekstrarlegt eða viðskiptalegt sjálfstæði gagnvart móðurfélaginu.

16546. Í svarbréfi Samskipa hf., dags. 2. nóvember 2016, kom fram að félagið væri í 99,9% eigu Samskipa Holding. Kváðu Samskip hf. félaginu ekki kunnugt um neina samninga eða aðrar kringumstæður sem takmörkuðu réttindi hluthafa, umfram það sem kynni að leiða af hlutafélagalögum. Í máli Samskipa

⁶⁸⁷⁷ Bréf Samskipa hf. til Samkeppniseftirlitsins, dags. 25.10.2016, sbr. einnig bréf frá 01.11.2016.

⁶⁸⁷⁸ Bréf Samkeppniseftirlitsins til Samskipa hf., dags. 28.10.2016 og bréf Samkeppniseftirlitsins til Samskipa Holding BV, dags. 06.12.2016.



hf. hefur því verið mótmælt að á þeim grunni sé unnt að krefjast þess að dótturfélagið knýi fram tiltekna efndir hjá móðurfélaginu.⁶⁸⁷⁹

16547. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 6. desember 2016, var Samskipum Holding gerð grein fyrir því að skýrar vísbendingar væru fyrir hendi um að Samskip hf. og Samskip Holding mynduðu eina efnahagslega einingu og væru því í raun eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnisréttarins. Félaginu var gefinn kostur á að tjá sig um framangreint og jafnframt var kallað eftir gögnum.
16548. Í svarbréfi frá hollenskum lögmanni Samskipa Holding, dags. 23. desember 2016, kom fram að félagið myndi ekki viðurkenna lögsögu Samkeppniseftirlitsins í Hollandi. Félagið teldi sér þ.a.l. ekki skylt að verða við upplýsingabeiðni eftirlitsins. Á hinn bóginn vildi félagið sýna samvinnu með íslenskum samkeppnisyfirvöldum en það ætti þó eingöngu við upplýsingabeiðni sem væri viðeigandi og sanngjörn. Undirliggjandi upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins væri óþarflega víðtæk í umfangi og ekki í samræmi við hollensk lög. Bauð Samskip Holding Samkeppniseftirlitinu að ræða og útskýra frekar lagalegan grundvöll fyrir upplýsingabeiðninni.
16549. Með bréfi til Samskipa hf., dags. 2. febrúar 2017, tilkynnti Samkeppniseftirlitið að lagt væri til grundvallar að dótturfélagið Samskip og móðurfélagið Samskip Holding mynduðu eina efnahagslega einingu. Því væru skilyrði til að beita úrræðum IX. kafla samkeppnislaga gagnvart Samskipum vegna synjunar Samskipa Holding að afhenda þau gögn og upplýsingar sem tilgreind voru í fyrrgreindu bréfi Samkeppniseftirlitsins til Samskip Holding, dags. 6. desember 2016.⁶⁸⁸⁰ Veittur var frestur til 16. febrúar 2017 til að bregðast við bréfi Samkeppniseftirlitsins. Afrit þessa bréfs var sent til Samskipa Holding og lögmanns félagsins í Hollandi. Samkeppniseftirlitinu barst bréf frá Samskip Holding, dags. 10. febrúar 2017, þar sem staðfest var að félagið myndi afhenda þau gögn og upplýsingar sem óskað hafði verið eftir, með þeim fyrirvara að félaginu bæri þó ekki lagaskylda til þess.
16550. Í þessu sambandi skal tekið fram að Samkeppniseftirlitið sendi Jónum og Samskipum bréf, dags. 10. október 2018, þar sem kemur fram að Jónar séu „*dótturfélag Samskipa hf. en það síðarnefnda er dótturfélag Samskipa Holding BV. Mynda þessi félög eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttarins.*“ Í bréfinu kemur jafnframt fram að bæði Samskip og Jónar hafi upplýst Samkeppniseftirlitið um að Jónar störfuðu „*í raun sem söludeild móðurfélagsins*“. Er einnig vísað til þess að fram hafi komið hjá bæði Jónum og Samskipum að Jónar sé keppinautur bæði Eimskips og TVG.⁶⁸⁸¹
16551. Við framangreinda málsmeðferð settu hvorki Samskip Holding né Samskip hf. fram sjónarmið gegn því að félögin tilheyri einni og sömu efnahagslegu einingunni í skilningi samkeppnisréttar.
16552. Í mgr. 4740-4742 í AII gerði Samkeppniseftirlitið Samskipum hf. og Samskipum Holding grein fyrir eftirfarandi: „*Samkeppniseftirlitið telur að a.m.k. Samskip Holding BV, Samskip hf., Landflutningar ehf., Jónar Transport hf. séu eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga, sbr. kafli x. Er það nefnt Samskip í þessu máli.*

Samskip Holding er móðurfyrirtæki m.a. Samskipa hf. og fyrirtækin eru sem fyrr segir eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga, sbr. m.a. mgr. 195 – 199 í AI. Undir slíkum kringumstæðum er heimilt að leggja sekt á móðurfélag vegna brota sem framin voru af dótturfélögum, sbr. dóm Hæstiréttur í máli nr. 112/2014 og dóm Landsréttar í máli nr. 490/2018.

Komi til álagningu sekta í þessu máli kemur til álita að leggja sekt á Samskip Holding og við mat á hæfilegri sekt verði horft til heildarveltu allra þeirra lögpersóna sem mynda fyrirtækið Samskip í skilningi samkeppnislaga. Jafnframt getur komið til álita að leggja sekt á Samskip hf. og við mat á

⁶⁸⁷⁹ Bréf Samskipa hf. til Samkeppniseftirlitsins, dags. 15.02.2017.

⁶⁸⁸⁰ Bréf frá Samkeppniseftirlitinu til Samskipa, dags. 2.02.2017.

⁶⁸⁸¹ Sjá svarbréf Samskipa til Samkeppniseftirlitsins, dags. 10. apríl 2015 (mál nr. 1309012), bls. 9-10, sbr. einnig bls. 2-4 í bréfi Jóna Transport til Samkeppniseftirlitsins, dags. 19. febrúar 2009 (mál nr. 805007) ásamt bréfi Samskipa til Samkeppniseftirlitsins, dags. 24. nóvember 2017, bls. 8 (fyrir árin 2007-2013).



hæfilegri sekt verði horft til heildarveltu allra þeirra lögpersóna sem mynda fyrirtækið Samskip í skilningi samkeppnislaga."

16553. Var Samskipum hf. og Samskipum Holding boðið að tjá sig um framangreint. Í athugasemdum Samskipa við AI komu fram sjónarmið þess efnis að Jónar hafi verið sjálfstæðir á markaði og ekki sætt boðvaldi frá móðurfélaginu, sbr. mgr. 135 í athugasemdum við AI og mgr. 92 og áfram í athugasemdum við AII. Í bréfi Samskipa hf. frá 31. ágúst 2020 var áréttað að félagið hefði ekki boðvald gagnvart móðurfélagi sínu Samskip Holding. Einnig var bent á þetta:

„Andmælaskjöl Samkeppniseftirlitsins gefa til kynna að rannsókn stofnunarinnar beinist eingöngu að Samskipum hf. og dótturfélögum þess en ekki Samskipum Holding BV. Samkvæmt 1. mgr. 3. gr. samkeppnislaga taka lögin til samninga, skilmála og athafna sem hafa eða ætlað er að hafa áhrif hér á landi. Hefur Samkeppniseftirlitið með engu móti rökstutt hvernig áhrif hinnar ætluðu ólögmætu háttsemi hér á landi tengist starfsemi Samskipa Holding BV í Evrópu.

Loks hafna Samskip því alfarið að Samkeppniseftirlitinu sé „unnt að beita ákvæðum samkeppnislaga gagnvart hinni efnahagslegu einingu í heild sinni þrátt fyrir að móðurfélagið hafi heimilisfesti erlendis“. Styðst sú víðtæka túlkun á heimildum stofnunarinnar hvorki við ákvæði samkeppnislaga né réttarframkvæmd.

Rétt er að halda því til haga að óháð framangreindu hafa Samskip Holding BV sýnt fullan samstarfsvilja við meðferð málsins og veitt stofnuninni upplýsingar að eigin frumkvæði umfram lagaskyldu."

16554. Í bréfum Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. mars 2023, var athygli Samskipa hf. og Samskipa Holding á ný vakin á framangreindri umfjöllun í mgr. 4740-4742 í AII. Samskip hf. og Samskip Holding kusu að tjá sig ekki um þetta.

35.1.2. Lagasjónarmið

16555. Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að fyrirtækið Samskip hafi með samráði við Eimskip brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins og að ákvæði 37. gr. samkeppnislaga heimili að lögð sé stjórnvaldssekt á brotleg fyrirtæki.

16556. Ákvæði 10. og 37. gr. samkeppnislaga sækja fyrirmynd sína til EES/ESB-samkeppnisréttar og kemur fram í lögskýringargögnum að hafa megi hliðsjón af þeim rétti við túlkun ákvæðanna. Af þessum ákvæðum leiðir að unnt er að leggja stjórnvaldssekt á „fyrirtæki“ vegna þátttöku í ólögmætu samráði. Hugtakið fyrirtæki í samkeppnisrétti sætir sjálfstæðri skýringu og tekur til hvers konar aðila eða einingar sem stundar atvinnustarfsemi, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Hugtakið er þannig af efnahagslegum toga og er það ekki skilyrði að fyrirtæki sé lögpersóna. Sökum hins efnahagslega eðlis hugtaksins er undir vissum kringumstæðum unnt að líta á tvær eða fleiri lögpersónur sem eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga.⁶⁸⁸² Vísast um þessi atriði m.a. til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* og dóms Hæstaréttar frá 27. nóvember 2014 í máli nr. 112/2014, *Samkeppniseftirlitið gegn Langasjó o.fl.*

16557. Ef eitt félag hefur virk áhrif (e. *decisive influence*) yfir öðru nýtur síðarnefnda félagið ekki efnahagslegs sjálfstæðis á markaði. Þegar svo ber undir mynda félögin saman eina efnahagslega einingu og eru þannig eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnisréttarins, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 9/2008, *Hörður Einarsson gegn Samkeppniseftirlitinu*. Af þessu leiðir að ef dótturfélag lýtur virkum áhrifum móðurfélags eru félögin eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnisréttarins og heimilt er að leggja stjórnvaldssekt á móðurfélagið vegna brota

⁶⁸⁸² Er þessu meðal annars lýst svo að tvær eða fleiri lögpersónur myndi „eina efnahagslega einingu“ og séu þar með eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnisréttarins, sbr. frumvarp sem varð að lögum nr. 107/2000 sem breyttu eldri samkeppnislögum.



sem framin voru af eða í nafni dótturfélagsins, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2009, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.⁶⁸⁸³

16558. Dómstóll ESB hefur slegið því föstu í réttarframkvæmd sinni (e. *settled case law*) að ef dótturfélag er alfarið (eða nær alfarið) í eigu móðurfélagsins séu löglíkur fyrir því að móðurfélag hafi virk áhrif gagnvart dótturfélagi og félögin myndi þannig eina efnahagslega einingu. Kjósi framkvæmdastjórn ESB að leggja í stjórnslumáli sekt á móðurfélagið þurfi hún aðeins að sanna þetta eignarhald til þess að virkja löglíkurnar. Ekki þurfi því að sanna að móðurfélagið hafi beitt áhrifum sínum gagnvart dótturfélaginu. Byggi þessar löglíkur á því mati að móðurfélag ráði nær undantekningalaust yfir dótturfélagi sem er í 100% eigu þess. Móðurfélagið geti hins vegar hnekktt löglíkunum en sönnunarbyrðin um það hvíli alfarið á því. Til þess að sú sönnun takist verði móðurfélagið að leggja fram gögn sem sýni að dótturfélagið hafi í raun notið fulls sjálfstæðis á markaði. Verða þau gögn að varða efnahagsleg, skipulagsleg eða lagaleg tengsl milli viðkomandi félaga sem sýni sjálfstæði dótturfélagsins. Leggi móðurfélag fram slík gögn og setji fram rök þar að lútandi verði framkvæmdastjórnin að taka afstöðu til þeirra með rökstuddum hætti.⁶⁸⁸⁴
16559. Dómstóll ESB hefur ítrekað hafnað því að framangreind regla brjóti gegn grundvallarréttindum. Í því sambandi hefur dómstóllinn tekur fram að reglan um þessar löglíkur þjóni markmiði samkeppnisreglna en sú staðreynd að unnt sé að hnekkja þeim tryggi að reglan sé í samræmi við grundvallarréttindi og hafi Mannréttindadómstóll Evrópu talið löglíkur af þessum toga heimilar. Til viðbótar þessu byggi reglan á þeirri staðreynd að nánast í öllum tilvikum fari móðurfélag með full yfirráð í dótturfélögum sem eru alfarið í eigu þess og ef um undantekningu sé að ræða hljóti móðurfélagið að búa yfir gögnum sem sýni fram á slíkt. Þá myndi umrædd regla ekki hafa neina þýðingu ef móðurfélagið gæti hnekktt löglíkunum með mótmælum eða staðhæfingum einum. Ljóst væri að sönnunarbyrðin væri erfið fyrir móðurfélagið en þar sem hún þjónaði lögmætu markmiði færi hún ekki gegn grundvallarréttindum. Einnig skipti máli að móðurfélag ætti rétt á að tjá sig áður en ákvörðun um álagningu sektar væri tekin.⁶⁸⁸⁵
16560. Unnt er að leggja sekt á móðurfélag vegna brota dótturfélags þótt móðurfélaginu hafi ekki verið kunnugt um þau eða brotin hafi átt sér stað á markaði sem móðurfélagið starfar ekki.⁶⁸⁸⁶ Einnig hafa dómstólar ESB talið heimilt að leggja sekt á móðurfélag þó móðurfélag gegni aðeins hlutverki eignarhaldsfélags eða hafi ekki með höndum eiginlegan rekstur og afli takmarkaðra tekna.⁶⁸⁸⁷
16561. Dómstólar ESB hafa fallist á að framkvæmdastjórn ESB hafi val um hvort hún leggi sekt á móðurfélag eða/og dótturfélag vegna brota dótturfélagsins á samkeppnisreglum.⁶⁸⁸⁸ Það sé háð mati framkvæmdastjórnarinnar í hverju máli fyrir sig hvort sekt er lögð á móður- eða/og dótturfélag innan sömu efnahagslegu einingar.⁶⁸⁸⁹ Það er aftur á móti stefna framkvæmdastjórnar ESB að leggja sektir

⁶⁸⁸³ Sjá einnig mgr. 58 í dómi dómstóls ESB frá 10.09.2009 í máli nr. C-97/08, *Akzo Nobel gegn framkvæmdastjórninni* og mgr. 46 í dómi sama dómstóls frá 8. maí 2013 í máli nr. C-508/11, *ENI gegn framkvæmdastjórninni*.

⁶⁸⁸⁴ Vísast um þessi atriði til dóma dómstóls ESB í máli nr. C-97/08 (mgr. 59-63), máli nr. C-521/09, *Elf Aguitane gegn framkvæmdastjórninni* (mgr. 153), máli nr. C-508/11 (mgr. 47 og 67) og máli nr. C-440/11 (mgr. 40-41 og 60).

⁶⁸⁸⁵ Vísast um framangreind atriði til framangreinds dóms dómstóls ESB í máli nr. C-521/09 (mgr. 59-62) og til dóms sama dómstóls frá 18. júlí 2013 í máli nr. C-501/11, *Schindler Holding gegn framkvæmdastjórninni* (mgr. 102-111). Einnig vísast hér dóms yfirdeildar (Grand Chamber) dómstóls ESB frá 26. nóvember 2013 í máli nr. C-40/12, *Gascogne Sack gegn framkvæmdastjórninni* (mgr. 30).

⁶⁸⁸⁶ Sjá dóm dómstóls ESB frá 25. janúar 2021 í máli nr. C-595/18, *The Goldman Sachs Group gegn framkvæmdastjórninni* og dóm dómstólsins frá 26. september 2013 í máli nr. C-179/12, *Dow Chemical Company gegn framkvæmdastjórninni*.

⁶⁸⁸⁷ Í dómi undirréttar ESB frá 8. október 2008 í máli nr. T-69/04, *Schunk gegn framkvæmdastjórninni*, var ekki fallist á það sjónarmið móðurfélags að óheimilt hafi verið að beina sektarákvörðun að því vegna brota dótturfélags þar sem það væri eingöngu eignarhaldsfélag og hefði ekki með höndum starfsemi á markaði (mgr. 70 (dómnum ekki áfrýjað)). Í dómi dómstóls ESB í máli nr. C-97/08 lá fyrir að móðurfélagið (Akzo Nobel), sem sektað var vegna brota dótturfélags, gegndi aðeins hlutverki eignarhaldsfélags (mgr. 11 í áliti aðallögsögumansins í málinu). Í dómi dómstóls ESB í máli nr. C-440/11 voru atvik þau að móðurfélag hafði enga starfsemi með höndum og naut engra tekna. Eini tilgangur þess var halda utan um eignarhald tiltekinna fjölskyldu á félögum í rekstri. Dómstóllinn féllst hins vegar ekki á að sökum þessa hafi framkvæmdastjórninni verið óheimilt að beina sektarákvörðun að móðurfélaginu (mgr. 6-8 og 40-43).

⁶⁸⁸⁸ Sjá t.d. mgr. 39 í dómi dómstóls ESB í máli nr. C-440/11, *framkvæmdastjórnin gegn Stichting Administratiekantoor Portielje og Gosselin Group*.

⁶⁸⁸⁹ Sjá mgr. 48-49 í dómi dómstóls ESB frá 18. júlí 2013 í máli nr. C-499/11, *Dow Chemical Company gegn framkvæmdastjórninni*.



á móðurfélag í þeim tilgangi að efla varnaðaráhrif.⁶⁸⁹⁰ Eftir sem áður er heimilt að beina sektarákvörðun jafnframt að dótturfélaginu til að tryggja að sektin fáiast greidd (e. *joint and several liability*). Leiðir þetta af því að móður- og dótturfélög eru eitt og sama brotlega fyrirtækið.⁶⁸⁹¹

16562. Eins og áður segir hefur í réttarframkvæmd hér á landi verið lögð til grundvallar sama túlkun á hugtakinu fyrirtæki og gert er í EES/ESB-samkeppnisrétti. Í dómi Hæstaréttar frá 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019, *Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið gegn Byko*, er þetta staðfest:

„Hugtakið fyrirtæki í samkeppnisrétti sætir sjálfstæðri skýringu og vísar til efnahagslegrar einingar fremur en lögformlegrar, sbr. dóm Hæstaréttar 27. nóvember 2014 í máli nr. 112/2014. Um efnahagslega einingu er að ræða í tilviki móðurfélags og dótturfélags þegar hið síðarnefnda hefur ekki raunverulegt frelsi til að ákveða aðgerðir sínar á markaði. Hefur samkeppnisyfirvöldum í slíkum tilvikum verið játuð heimild til að leggja sekt á móðurfélagið fyrir brot dótturfélagsins á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins með þeim rökum að eðlilegt sé að sá, sem á endanum hefur arð af starfsemi hins brotlega fyrirtækis, hlíti viðurlögum vegna brotsins. Fyrir liggur að gagnáfrýjandinn Byko ehf. var á öllu rannsóknartímabili málsins alfarið í eigu gagnáfrýjandans Norvik hf. Samkvæmt dómaframkvæmd eru löglíkur fyrir því að félög séu, þegar þannig háttar til, ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnislaga og teljist eitt og sama fyrirtækið í skilningi 37. gr. þeirra. Þeim löglíkum hafa gagnáfrýjendur ekki hnekk í máli þessu. Samkvæmt því var aðaláfrýjandanum Samkeppniseftirlitinu heimilt að beita gagnáfrýjandann Norvik hf. viðurlögum, að öðrum skilyrðum uppfylltum.“

35.1.3. Niðurstaða

16563. Í málinu liggur fyrir að fram á haustið 2007 var Samskip hf. móðurfélag Samskipasamstæðunnar. Eftir það varð Samskip hf. dótturfélag Samskipa Holding. Undir rekstri málsins var upplýst að Samskip hf. væri 99% í eigu Samskipa Holding. Samkvæmt ársreikningi Samskipa Holding fyrir árið 2022 er Samskip hf. nú 100% í eigu Samskipa Holding.
16564. Samkvæmt sama ársreikningi eru m.a. Jónar Transport hf., Samskip Innanlands hf. og P/F Samskip (Samskip í Færeyjum) í 100% eigu Samskipa hf. og þar með óbeint í 100% eigu Samskipa Holding.
16565. Sem fyrr segir var Samskipum hf. og Samskipum Holding gerð grein fyrir reglum samkeppnisréttarins um eina efnahagslega einingu og boðið að setja fram sjónarmið varðandi það hvort félögin tilheyrðu sömu efnahagslegu einingu og væru þar með eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnisréttar. Í því sambandi var sérstaklega óskað eftir upplýsingum um löggerninga og önnur atriði sem kynnu að veita Samskipum hf. rekstrarlegt eða viðskiptalegt sjálfstæði gagnvart móðurfélaginu.
16566. Hvorugt félaganna hafa við meðferð málsins sett fram sjónarmið gegn því að þau tilheyri einni og sömu efnahagslegu einingunni í skilningi samkeppnisréttar. Samskip hf. kváðu félaginu ekki kunnugt um neina samninga eða aðrar kringumstæður sem takmörkuðu réttindi hluthafa, umfram það sem kynni að leiða af hlutafélagalögum. Þannig komu ekki fram nein gögn sem sýna að Samskip hf. hafi

⁶⁸⁹⁰ Sjá Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, þriðja útgáfa 2014, bls. 1253: „It is the Commission's prerogative to decide upon the entities to which it addresses its decisions. To ensure the maximum deterrent value of any fines, the Commission will normally extend – if the circumstances of the case allow it – responsibility for the infringement to the highest level in a corporate group, by addressing the decision to the parent company within the group. This sends a general (implicit) message both to the individual undertaking (as specific deterrence), and to the business community at large (as general deterrence), that eliminating cartel behavior is a matter for the undertaking as a whole and that it must be addressed at the highest level.“

⁶⁸⁹¹ Sjá mgr. 275 í dómi undirréttar ESB frá 12.12.2008 í máli nr. T-677/14: „Indeed, it must be borne in mind that joint and several liability for payment of a fine is merely the manifestation of an ipso jure legal effect of the concept of an 'undertaking', the designation of the entity which may be penalised by the Commission on account of an infringement of EU competition rules (judgments of 10 April 2014, *Commission and Others v Siemens Österreich and Others*, C-231/11 P to C-233/11 P, EU:C:2014:256, paragraph 57, and of 10 April 2014, *Areva and Others v Commission*, C-247/11 P and C-253/11 P, EU:C:2014:257, paragraphs 122 to 124). Companies may therefore be held jointly and severally liable for the payment of a fine in so far as they may be held personally responsible for participation in the infringement committed by the single undertaking which they constitute (judgment of 10 April 2014, *Commission and Others v Siemens Österreich and Others*, C-231/11 P to C-233/11 P, EU:C:2014:256, paragraph 49).“



þrátt fyrir 100% eignarhald Samskipa Holding í raun notið fulls sjálfstæðis á markaði. Voru engin gögn lögð fram sem varða efnahagsleg, skipulagsleg eða lagaleg tengsl milli viðkomandi félaga og sanna sjálfstæði dótturfélagsins.

16567. Í ljósi framangreinds er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Samskip hf. og Samskip Holding myndi eina efnahagslega einingu og séu því eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga.
16568. Auk eignarhaldsins sýna gögn málsins rík stjórnunartengsl á milli Samskipa Holding og Samskipa hf.⁶⁸⁹² Formaður stjórnar Samskipa hf. á rannsóknartímabilinu var (S)stjform-S. Hann sat á sama tíma í stjórn Samskipa Holding og var náninn samstarfsmaður (S)aðaleig-stjform-SH. (S)stjornarm-fjarmstj sat einnig í stjórn Samskipa hf. og var á sama tíma fjármálastjóri Samskipa Holding. (S)aðaleig-stjform-SH var aðaleigandi Samskipasamstæðunnar og var formaður stjórnar Samskipa Holding á rannsóknartímabilinu. Hann sat í stjórn Samskipa hf. á árinu 2008 og fram til 29. apríl 2010. Eftir að (S)aðaleig-stjform-SH hætti í stjórn Samskipa hf. sat (S)forstj í stjórn félagsins í nokkra mánuði en (S)stjornarm-S og SH tók við af honum í ágúst 2010. Sat (S)stjornarm-S og SH einnig á sama tíma í stjórn Samskipa Holding.
16569. Fundargerðir stjórnar Samskipa Holding og önnur gögn málsins sýna að stjórnin fylgdist vel með rekstri Samskipa hf. og sat (S)forstj jafnan fundi stjórnar Samskipa Holding. Þá skipta vitaskuld máli fyrirmæli (S)aðaleig-stjform-SH um að verja og efla stöðu Samskipa hf. sem „cash cow“ fyrir Samskip Holding, aðkoma (S)aðaleig-stjform-SH og (S)stjform-S að undirbúningi fyrir aukið samráð við Eimskip á fyrri hluta ársins 2008, fundir (S)aðaleig-stjform-SH með Eimskipi og umfjöllun á stjórnarfundum Samskipa Holding um verkþætti „Nýtt upphaf“ verkefnisins. Var þannig innan Samskipa Holding fjallað um athafnir og aðgerðir sem höfðu eða ætlað var að hafa áhrif á Íslandi.
16570. Eftir að AI var birt Samskipum hafði (S)stjform-S samband við Samkeppniseftirlitið til að kanna möguleika á því að ljúka málinu með sátt. Var (S)stjform-S þá formaður stjórnar Samskipa Holding og kom fram gagnvart Samkeppniseftirlitinu sem slíkur, sbr. bréf hans, dags. 16. júlí 2018. Í sáttarviðræðunum sumarið 2021 var (S)stjform-S í fyrirsvari fyrir Samskip Holding, Samskip hf., Jóna og tengd félög gagnvart Samkeppniseftirlitinu, sbr. m.a. þá yfirlýsingu sem (S)stjform-S og Samkeppniseftirlitið undirrituðu 6. júlí 2021. Einnig kom fjármálastjóri Samskipa Holding, (S)stjornarm-fjarmstj, að sáttaviðræðum við Samkeppniseftirlitið sumarið 2021.
16571. Sem fyrr segir eru Jónar 100% í eigu Samskipa hf. Í bréfi Samskipa hf., dags. 10. apríl 2015, var því lýst yfir að félagið og Jónar væru „ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnisréttar.“ Var þetta áréttað í bréfinu og tekið fram að Jónar starfi ekki með sjálfstæðum hætti á markaðnum heldur „í raun sem söludeild móðurfélagsins.“ Þrátt fyrir þetta er staðhæft í mgr. 135 í athugasemdum Samskipa við AI að „Jónar [séu] sjálfstæðir á markaði og sæt[i] ekki boðvaldi frá Samskipum, heldur tak[i] sjálfstæðar viðskiptalegar ákvarðanir.“ Í mgr. 92 og áfram í athugasemdum við AII er hinu sama haldið fram til stuðnings því að verulegir flutningar Eimskips fyrir Jóna á m.a. árinu 2011 hafi ekki falið í sér ólöglegt samráð. Vísa Samskip til þess að (S)forstö-innfl1 hafi verið óánægður með þessa flutninga og viljað að Jónar beindu þeim til móðurfélagsins, Samskipa hf. Jónar hafi sýnt sjálfstæði sitt með því að verða ekki við þessu, sbr. mgr. 101 í athugasemdum Samskipa við AII.
16572. Samskip útskýra ekki þetta misræmi í annars vegar svörum við beiðni um upplýsingar samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga og hins vegar í athugasemdum við AI og AII. Fullyrðingar í athugasemdum við andmælaskjal hafa hins vegar ekki sömu þýðingu og þegar fyrirtæki veitir upplýsingar samkvæmt lagaskyldu 19. gr. samkeppnislaga. Í seinna tilvikinu er skylt að segja satt og rétt frá en sama skylda gildir ekki þegar fyrirtæki hafa uppi varnir sínar. Samskip hafa þar að auki ekki lagt fram nein gögn sem sýna að þrátt fyrir 100% eignarhlut Samskipa hf. hafi Jónar notið sjálfstæðis gagnvart móðurfélaginu. Fjöldmörg samtímagögn málsins sýna að Jónar starfaði í reynd sem söludeild innan

⁶⁸⁹² Bréf Samskipa hf. til Samkeppniseftirlitsins, dags. 02.11.2016, sbr. fylgiskjal 1 (Hluthafaskrá Samskipa) og fylgiskjal 2 (Stjórnarsetu í Samskip hf. frá 2008-2016), sbr. einnig bréf Samskipa Holding BV til Samkeppniseftirlitsins, dags. 10.03.2017, sbr. fylgiskjal 1.



Samskipa og laut boðvaldi þess. Er það því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Jónar, Samskip hf. og Samskip Holding séu eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga. Sem fyrr segir er það fyrirtæki í þessu máli nefnt Samskip nema annað sé tekið fram.

16573. Þegar allt framangreint er virt er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að heimilt sé að leggja sekt á félagið Samskip Holding vegna þeirra brota sem framin voru af fyrirtækinu Samskipum. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að sú ráðstöfun sé best til þess fallin að stuðla að nægjanlegum varnaðaráhrifum.
16574. Sem áður segir er Samskip Holding skráð í Hollandi. Samskip hafna því „*alfarið að Samkeppniseftirlitinu sé „unnt að beita ákvæðum samkeppnislaga gagnvart hinni efnahagslegu einingu í heild sinni þrátt fyrir að móðurfélagið hafi heimilisfesti erlendis“.* Styðst sú víðtæka túlkun á heimildum stofnunarinnar hvorki við ákvæði samkeppnislaga né réttarframkvæmd.“
16575. Af þessu tilefni skal í fyrsta lagi bent á að samkvæmt 1. mgr. 3. gr. samkeppnislaga taka lögin til samninga, skilmála og athafna sem hafa eða er ætlað að hafa áhrif hér á landi. Ákvæði þetta, sem var að finna í eldri samkeppnislögum, var tekið óbreytt upp í núgildandi lög. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 8/1993 var ákvæðið skýrt svo:

„Lögin ná til samninga, skilmála og athafna sem hafa eða ætlað er að hafa áhrif hér á landi. Samkeppnislögin gilda því á Íslandi og er þá stuðst við kenningu um áhrifasvæði eins og samkeppnislög annarra þjóða byggja á, t.d. eins og í ríkjum Evrópubandalagsins og Bandaríkjunum.

Samkvæmt kenningunni um áhrifasvæði er talið nauðsynlegt að samkeppnisyfirvöld geti beitt sér gegn ráðstöfunum sem hafa áhrif á íslenskum markaði þótt sá sem beiti þeim sé erlent fyrirtæki. Íslenskum lögum sé því hægt að beita innan lands og utan þótt svo íslenskri refsilöggjöf verði einungis við komið hér á landi. Með aukinni fjárfestingu og starfsemi útlendinga hér á landi er þýðingarmikið að hægt sé að hafa áhrif á eða banna skilmála eða athafnir erlendra aðila sem hafa áhrif á Íslandi. Í þessum tilvikum næst ekki til erlendra samningsaðila af íslenskum yfirvöldum en hægt er að ná til umboðsmanna og fulltrúa þeirra á Íslandi varðandi hlutdeild þeirra í ákvörðunum og ábyrgð hér á landi. Þá er hugsanlegt að sakfella viðkomandi útlending vegna þátttöku í broti og framkvæma upptöku eigna hans á Íslandi þótt aðför í heimalandi verði að fara samkvæmt alþjóðlegum reglum varðandi fullnustu dóma og stjórnsluákvæða.“

16576. Samkvæmt þessu er almennt unnt að beita samkeppnislögum gagnvart erlendum fyrirtækjum sem grípa til aðgerða sem hafa eða ætlað er að hafa áhrif hér á landi. Unnt er m.a. framfylgja sektarákvörðun gagnvart viðkomandi fyrirtæki ef það hefur „fulltrúa“ eða aðra starfsemi hér á landi. Fellur dótturfélag hér auðsýnilega undir.
16577. Í öðru lagi skal bent á að ef félög mynda eina efnahagslega einingu og a.m.k. eitt þeirra hefur heimilisfesti hér á landi er unnt að beita ákvæðum samkeppnislaga gagnvart hinni efnahagslegu einingu í heild sinni þrátt fyrir að móðurfélagið hafi heimilisfesti erlendis.⁶⁸⁹³

⁶⁸⁹³ Sjá t.d. framlag framkvæmdastjórnar ESB í skýrslu OECD, Roundtable on Cartel Jurisdiction issues including the Effects Doctrine (DAF/COMP/WP3/WD(2008)93: „5. Application of EU competition rules to a restriction of competition by a foreign undertaking is justified when a sufficient connection between the activity concerned and the EU territory (or part of the EU territory) affected is established. In application of the EU competition law there are three ways to establish such a connection, each of which is alone a sufficient ground to establish jurisdiction:

6. Firstly, the single economic entity doctrine, by which a parent company and its subsidiaries are considered to be sole undertaking for the purposes of the application of the competition rules. Community competition law recognises that different companies belonging to the same group form an economic entity and therefore an undertaking within the meaning of EU antitrust rules (Articles 81 and 82 of the EC Treaty) if the companies concerned do not determine independently their own conduct on the market. This means that the presence and activities of a subsidiary in the EU brings the entire group to which it belongs under EU jurisdiction as a single undertaking.“ Að mati Samkeppniseftirlitsins eiga þessi sjónarmið við, að breyttu breytanda, þegar samkeppnislögum er beitt gagnvart félögum sem starfa erlendis enda ákvæðin sem við eiga efnislega samhljóða í íslenskum og EES/ESB-samkeppnisrétti.



16578. Í þriðja lagi skal bent á að þegar mismunandi lögpersónur mynda eina efnahagslega einingu er það sú eining í heild sinni sem ber ábyrgð á broti á samkeppnisreglum. Ávallt verður hins vegar að beina sektarákvörðun að tiltekinni lögpersónu.⁶⁸⁹⁴
16579. Í fjórða lagi geta allar lögpersónur sem mynda viðkomandi efnahagslegu einingu borið óskipta ábyrgð á viðkomandi broti.⁶⁸⁹⁵ Með þessu er unnt að stuðla frekar að því að sekt fái greidd og varnaðaráhrif þannig aukin.⁶⁸⁹⁶
16580. Af öllu framangreindu leiðir að Samkeppniseftirlitið getur, m.a. til að auka varnaðaráhrif, beint sektarákvörðun að móðurfélagi sem hefur heimilisfesti erlendis vegna brota dótturfélags sem hefur heimilisfesti á Íslandi. Ef þörf er á því að tryggja að sú sekt fái greidd er heimilt að láta dótturfélagið á Íslandi bera óskipta ábyrgð með móðurfélaginu á sektargreiðslunni. Leiðir þetta af eðli hugtaksins fyrirtæki í íslenskum og EES/ESB-samkeppnisrétti.⁶⁸⁹⁷
16581. Í ljósi sjónarmiða Samskipa er það mat Samkeppniseftirlitsins að hætta sé á að Samskip Holding neiti að greiða stjórnvaldssekt vegna brota á samkeppnislögum hér á landi sem eru framin af fyrirtæki sem Samskip Holding eru hluti af. Til að stuðla að skilvirkri réttarframkvæmd og tryggja varnaðaráhrif mun Samkeppniseftirlitið því mæla fyrir um að Samskip hf. beri óskipta ábyrgð með Samskipum Holding á stjórnvaldssekt samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga.

35.2. Sekt vegna brota á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins

35.2.1. Umfjöllun undir rekstri málsins

16582. Í mgr. 4727 – 4732 í AII var fjallað um mögulega stjórnvaldssekt vegna brota Samskipa og Eimskips á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Þar kom eftirfarandi fram: „Samkvæmt 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 leggur Samkeppniseftirlitið sektir á fyrirtæki sem brjóta gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Við ákvörðun sekta ber að hafa hliðsjón af

⁶⁸⁹⁴ Sjá mgr. 48-50 í dómi dómstóls ESB frá 27.04.2017 í máli nr. C-516/15, *Akzo Nobel gegn framkvæmdastjórninni*, EU:C:2017:314: „48. The Court has also stated that, in the same context, the term ‘undertaking’ must be understood as designating an economic unit even if in law that economic unit consists of several persons, natural or legal (judgment of 20 January 2011, *General Química and Others v Commission*, C-90/09 P, EU:C:2011:21, paragraph 35).

49. When such an economic entity infringes the competition rules, it is for that entity, according to the principle of personal responsibility, to answer for that infringement (judgment of 29 March 2011, *ArcelorMittal Luxembourg v Commission and Commission v ArcelorMittal Luxembourg and Others*, C-201/09 P and C-216/09 P, EU:C:2011:190, paragraph 95).

50. In the second place, the infringement of EU competition law must be imputed unequivocally to a legal person on whom fines may be imposed and to whom the statement of objections must be addressed (see, to that effect, judgment of 10 September 2009, *Akzo Nobel and Others v Commission*, C-97/08 P, EU:C:2009:536, paragraph 57).“

⁶⁸⁹⁵ Sjá mgr. 49 í dómi dómstóls ESB frá 10.04.2014 í máli C-231/11, *Siemens AG Österreich o.fl. gegn framkvæmdastjórninni*, EU:C:2014:256: „The General Court was therefore correct to state, at paragraph 150 of the judgment under appeal, that, according to case-law, where several persons may be held personally responsible for participation in an infringement committed by one and the same undertaking for the purposes of competition law, they must be regarded as jointly and severally liable for that infringement.“

⁶⁸⁹⁶ Sjá mgr. 50 í dómi dómstóls ESB í máli C-231/11, „[...] the objective of joint and several liability resides in the fact that it constitutes an additional legal device available to the Commission to strengthen the effectiveness of the action taken by it for the recovery of fines imposed for infringement of the competition rules, since that mechanism reduces for the Commission, as creditor of the debt represented by such fines, the risk of insolvency, which is part of the objective of deterrence pursued generally by competition law, as the General Court essentially observed, correctly, at paragraph 151 of the judgment under appeal (see also, by analogy, Case C-78/10 *Berel and Others v Commission* [2011] ECR I-717, paragraph 48).“

⁶⁸⁹⁷ Sjá t.d. mgr. 274 í dómi undirréttar ESB frá 12.12.2018 í máli nr. T-677/14, *Biogaran gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2018:910: „Indeed, it must be borne in mind that joint and several liability for payment of a fine is merely the manifestation of an ipso jure legal effect of the concept of an ‘undertaking’, the designation of the entity which may be penalised by the Commission on account of an infringement of EU competition rules (judgments of 10 April 2014, *Commission and Others v Siemens Österreich and Others*, C-231/11 P to C-233/11 P, EU:C:2014:256, paragraph 57, and of 10 April 2014, *Areva and Others v Commission*, C-247/11 P and C-253/11 P, EU:C:2014:257, paragraphs 122 to 124). Companies may therefore be held jointly and severally liable for the payment of a fine in so far as they may be held personally responsible for participation in the infringement committed by the single undertaking which they constitute (judgment of 10 April 2014, *Commission and Others v Siemens Österreich and Others*, C-231/11 P to C-233/11 P, EU:C:2014:256, paragraph 49).“



umfangi og eðli brota, hvað brot hafa staðið lengi og hvort um ítrekuð brot er að ræða. Einnig er heimilt að hafa hliðsjón af öðrum málefnalegum sjónarmiðum.

Ætlað samráð Eimskips og Samskipa var fyrir hendi á árunum 2008 - 2013. Í skilningi samkeppnislaga hefur brot fyrirtækjanna því staðið lengi, sbr. til hliðsjónar dóma Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu, og frá 28. apríl 2016 í máli nr. 419/2015, Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Horfir þetta til þyngingar viðurlaga. Til viðbótar tók hluti brota fyrirtækjanna til lengri tíma og horfir það einnig til þyngingar.

Eimskip og Samskip höfðu saman mjög sterka stöðu í þeirri flutningastarfsemi sem málið tekur til. Jafnframt er um að ræða markaði sem eru þjóðhagslega mjög mikilvægir og ætluð brot áttu sér stað á tímabili þegar efnahagsörðugleikar voru miklir hér á landi. Gerir þetta ætluð brot alvarlegri en ella. Þá voru ætluð brot mjög umfangsmikil, skipulögð og að þeim komu helst stjórnendur fyrirtækjanna. Þá var ætluðum brotum hrint í framkvæmd. Er það einnig frummat Samkeppniseftirlitsins að brot þessi hafi verið framin af ásetningi.

Eins og leiðir af orðalagi 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga er tilgangur ákvæðisins sá að varnaðaráhrif sekta stuðli að framkvæmd samkeppnislaga og þar með að aukinni samkeppni, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011, Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Meginreglan er sú að leggja skal á sekt vegna brota á ákvæðum samkeppnislaga, sbr. dóm Hæstaréttar frá 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011, Samkeppniseftirlitið gegn Icelandair ehf. Skuldbindingar EES-samningsins krefjast þess að sektir vegna brota á 53. gr. samningsins tryggi bæði almenn og sértæk varnaðaráhrif, sbr. mgr. 32 og áfram í skriflegum athugasemdum ESA, dags. 19. september 2018, í máli Landsréttar nr. 490/2018.

Til að tryggja fullnægjandi varnaðaráhrif verður m.a. að horfa til heildarveltu þeirrar efnahagslegu einingar sem kom að brotinu.⁶⁸⁹⁸

Á grundvelli gagna sem liggja fyrir í þessu máli er það frummat Samkeppniseftirlitsins að Eimskip og Samskip hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins með þeim aðgerðum sem lýst er í AI og þessu andmælaskjali. Er það frummat Samkeppniseftirlitsins að meint brot Eimskips og Samskipa séu mjög alvarleg og kemur til álita í málinu að leggja á verulega íþyngjandi viðurlög skv. 37. gr. samkeppnislaga, nema andmæli fyrirtækjanna leiði til annars."

16583. Var Samskipum hf. og Samskipum Holding gefið tækifæri til þess að tjá sig um framangreint og setja fram sjónarmið fyrirtækisins um mögulegar stjórnvaldssektir. Kusu félögin að gera það ekki.
16584. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. mars 2023, var athygli Samskipa hf. og Samskipa Holding aftur vakin á því að til álita kæmi í málinu að leggja verulega íþyngjandi viðurlög á fyrirtækið samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga vegna brota á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Kusu félögin heldur ekki að tjá sig af þessu tilefni.
16585. Í málinu liggur fyrir að Samskip hafa nýtt sér andmælarétt sinn varðandi efnispátt málsins og sett fram ítarleg sjónarmið til stuðnings því að fyrirtækið hafi ekki brotið af sér. Samskip nýttu sér hins vegar ekki möguleikann á því að benda Samkeppniseftirlitinu á atriði sem að mati fyrirtækisins gætu m.a. leitt til lægri sektar en ella að því gefnu að frummat eftirlitsins um alvarleg ætluð brot tæki ekki breytingum.
16586. Samskipum var aftur á móti ekki skylt að setja fram sjónarmið um mögulega sekt enda er það „á ábyrgð málsaðila að taka afstöðu til þess hvort og þá hvernig hann nýtir sér andmælarétt sinn“, sbr. dóm Hæstaréttar frá 4. febrúar 2016 í máli nr. 272/2015, Skeljungur hf. gegn Samkeppniseftirlitinu.

⁶⁸⁹⁸ „Sjá hér t.d. mgr. 47 og áfram í dómi yfirdeildar dómstóls ESB frá 26.11.2013 í máli nr. C-58/12, Group Gascogne gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2013:770.“



16587. Sem fyrr segir nýttu Samskip sér ekki tækifæri til þess að tjá sig um umfjöllun í AII og bréfinu, dags. 14. mars 2023, um mögulega sekt. (S)stjform-S sendi aftur á móti tölvupóst til Samkeppniseftirlitsins 8. júlí 2023. Þar sagði að meðfylgjandi væri bréf þar sem „fram koma upplýsingar um rekstur Samskipa árin 2021 til 2023. Þessar upplýsingar eru trúnaðarmál en okkur þykir rétt að þeir starfsmenn og stjórnendur sem vinna að málum Samskipa innan SE hafi aðgang að þeim.“ Bréfið er dagsett 7. júlí 2023 og í því segir:

[



]⁶⁸⁹⁹

16588. Samkeppniseftirlitið svaraði tölvupósti og bréfi Samskipa 10. júlí 2023. Í tölvupósti eftirlitsins til **(S)stjform-S** og lögmanns Samskipa sagði: „Eins og þér er kunnugt hefur Samkeppniseftirlitið til rannsóknar ætluð brot Samskipa á 10. gr. og 53. gr. EES-samningsins. Í andmælaskjali II voru Samskip Holding og Samskip hf. upplýst um að komi til sekta vegna þessara ætluðu brota kynni sektarákvörðun að vera beint að Samskipum Holding og eftir atvikum einnig að Samskipum hf. Sama kom m.a. fram í sáttaviðræðunum sumarið 2021, sbr. einnig bréf Samkeppniseftirlitsins til Samskipa og Samskipa Holding dags. [1]4. mars 2023. Hið formlega hámark mögulegra sekta í málinu er því 10% af heildarveltu Samskipa Holding á árinu 2022 ef komist er, á þessu ári, að niðurstöðu um ætluð brot sem til rannsóknar eru. Hafa Samskip sent eftirlitinu áritaða ársreikninga Samskipa Holding og Samskipa hf. fyrir árið 2022. Ef til kemur mun Samkeppniseftirlitið við ákvörðun sekta byggja mat sitt á þessum opinberum gögnum.“ Síðan segir í svari eftirlitsins:

[

⁶⁸⁹⁹ Fellt út vegna trúnaðar.



]6900

16589. Svar barst frá (S)stjform-S þann 11. júlí 2023 og þar kom eftirfarandi fram: [

]6901

16590. Samkeppniseftirlitið svaraði tölvupósti (S)stjform-S frá 11. júlí 2023 daginn eftir. Í svarinu sagði: [

]6902

16591. Sökum framangreinds hafa sjónarmið Samskipa í bréfinu, dags. 7. júlí 2023, ekki áhrif á beitingu 37. gr. samkeppnislaga í máli þessu.

35.2.2. Almennt um 37. gr. samkeppnislaga

16592. Samkvæmt a. og j. lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga leggur Samkeppniseftirlitið sektir á fyrirtæki sem brjóta gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins.

16593. Eins og leiðir af orðalagi 1. mgr. 37. gr. laganna er tilgangur ákvæðisins sá að varnaðaráhrif sekta stuðli að framkvæmd samkeppnislaga og þar með að aukinni samkeppni, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011, *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Meginreglan er sú að leggja skal á sekt vegna brota á ákvæðum samkeppnislaga, sbr. dóm Hæstaréttar frá 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011, *Samkeppniseftirlitið gegn Icelandair ehf.* Ákvæði 37. gr. samkeppnislaga felur aftur á móti ekki í sér skyldu til álagningar sekta við öllum brotum. Mjög ríkar ástæður þarf til að réttlæta það að sektum sé ekki beitt vegna brota á samkeppnislögum, sbr.

⁶⁹⁰⁰ Felld út vegna trúnaðar.

⁶⁹⁰¹ Felld út vegna trúnaðar.

⁶⁹⁰² Felld út vegna trúnaðar.



úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2008, *Sundagarðar ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

16594. Eins og lögskýringargögn og 37. gr. samkeppnislaga bera með sér er rétt að túlka ákvæðið til samræmis við EES/ESB-samkeppnisrétt, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, sem fjallað var um í dómi Hæstaréttar frá 28. apríl 2016 í máli nr. 419/2015.⁶⁹⁰³
16595. Við ákvörðun um fjárhæð sekta er skylt að hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota, hvað brot hafa staðið lengi og hvort um ítrekað brot er að ræða, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.
16596. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006, *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, segir að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta. Er í raun heimilt að horfa til hvers konar málefnaþinga sjónarmiða. Hefur áfrýjunarnefndin talið að það megi einnig líta t.d. til stærðar fyrirtækja sem teljast brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda, hagnaðarsjónarmiða, hvort brot hafi verið framkvæmt, hvort um sé að ræða mikilvæga markaði, almennrar hegðunar fyrirtækis á markaði, og samvinnu þess við rannsókn máls, sbr. einnig t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* og nr. 1/2012, *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hafa dómstólar staðfest þessa túlkun áfrýjunarnefndar, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í dómi Hæstaréttar frá 4. mars 2021 í máli nr. 26/2020, *Mjólkursamsalan ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, er vísað til þeirra atriða sem samkvæmt 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga ber að horfa til við ákvörðun sekta og síðan segir:

„Ýmsir aðrir þættir geta þó haft áhrif við ákvörðun sektarfjárhæðar, þar á meðal að álögð sekt sé til þess fallin að skapa varnaðaráhrif meðal annars með tilliti til fjárhagslegs styrkleika aðila.“

16597. Í dómaframkvæmd í EES/ESB-samkeppnisrétti kemur fram að við ákvörðun á sekt verði, auk tímalengdar brots, ávallt að leggja mat á alvarleika brots og þar með eðli og umfang þess. Við mat á þessu verði að horfa til ýmissa atriða en eðli þeirra atriða og þýðing sé mismunandi eftir tegund viðkomandi brots og þeirra aðstæðna sem uppi eru í viðkomandi máli.⁶⁹⁰⁴ Í dómaframkvæmd hefur ekki verið sett fram bindandi og tæmandi talning á þeim atriðum sem unnt er að horfa til við mat á alvarleika brota á samkeppnisreglum.⁶⁹⁰⁵ Hefur verið talið heimilt að horfa til m.a. eftirfarandi atriða:

- Eðli brotsins.⁶⁹⁰⁶

⁶⁹⁰³ Í athugasemdum við 2. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 52/2007 er fjallað um tillögur að breytingum á 37. gr. samkeppnislaga: „Í ákvæðinu er mælt fyrir um skyldu Samkeppniseftirlitsins til að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja, við nánar tiltekna aðstæður. Byggist tillagan eins og núgildandi ákvæði á fyrirmyndum úr EES/EB-samkeppnisrétti.“ Í athugasemdum við stjórnvaldssektarákvæðið í frumvarpi sem varð að eldri samkeppnislögum nr. 8/1993 segir: „Hér er um nýmæli að ræða í íslenskri löggjöf, ákvæðið er sniðið eftir þeirri löggjöf sem væntanlega mun gilda innan EES og gildir nú í ríkjum EB.“ Um sektarákvæði eldri samkeppnislaga segir í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 19. janúar 2015: „Verða fyrrgreind ummæli í athugasemdum frumvarpsins ekki skilin á aðra leið en að sektarreglum laga nr. 8/1993 hafi verið ætlað að leiða til þess að ákvörðun sekta af hálfu íslenskra samkeppnisfyrivalda fylgdi í grundvallaratriðum sambærilegum sjónarmiðum og giltu um Eftirlitsstofnun EFTA samkvæmt þessu ákvæði.“ Dómur héraðsdóms var staðfestur með vísan til forsendna með dómi Hæstaréttar 4. febrúar 2016 í máli nr. 272/2015, *Skeljungur hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

⁶⁹⁰⁴ Sjá t.d. mgr. 42 í dómi dómstóls ESB frá 27.01.2017 í máli nr. C-618/13, *Zucchetti Rubinetteria* gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2017:48: „[...] in order to determine the gravity of an infringement, regard must be had to a large number of factors, the nature and importance of which vary according to the type of infringement in question and the particular circumstances of the case.“

⁶⁹⁰⁵ Sjá mgr. 198 í dómi dómstóls ESB frá 26.09.2018 í máli nr. C-99/17, *Infineon Technologies* gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2018:773.

⁶⁹⁰⁶ Fræðimenn hafa dregið þá ályktun af dómaframkvæmd dómstóla ESB að þetta sé mikilvægasti þátturinn við mat á alvarleika brots. Sjá Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Union*, sjötta útgáfa 2021, bls. 1151: „The case law of the European Courts shows that the main factor for assessing the gravity of an infringement is the nature of the infringement [...]“.



- Stærð og velta viðkomandi fyrirtækis. Heildarvelta er talin veita vísbendingu um stærð og fjárhagslegan styrk fyrirtækisins og velta í sölu á þeirri þjónustu/vörum sem brotið tók beint eða óbeint til er talin gefa til kynna umfang brots og þann samkeppnislega skaða sem leiddi af því.⁶⁹⁰⁷
- Samanlögð hlutdeild fyrirtækja á þeim markaði eða mörkuðum sem brotið tók til. Í tilteknu samráðsmáli þótti t.d. hafa verulega þýðingu að viðkomandi fyrirtæki voru samanlagt með 60 - 70% hlutdeild á þeim mörkuðum sem brotin tóku til.⁶⁹⁰⁸
- Stærð og mikilvægi þess markaðar sem brotið tók til og aðstæður á honum þegar brotið átti sér stað.⁶⁹⁰⁹
- Hlutverk viðkomandi fyrirtækis við að hefja brotið.⁶⁹¹⁰
- Hvort brotinu var hrint í framkvæmd og hvort það hafði raunveruleg áhrif á markaði.⁶⁹¹¹

35.2.3. Sektorhámark

16598. Í 37. gr. samkeppnislaga kemur fram að sektir geti numið allt að 10% af heildarveltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Sama hámark gildir í EES/ESB-rétti.

16599. Í réttarframkvæmd hefur þýðing hámarksins verið skýrð nánar. Til dæmis hafa þátttakendur í ólögmetu samráði og önnur brotleg fyrirtæki haldið því fram að aðeins eigi að leggja sekt sem nemi allt að 10% af heildarveltu þegar um er að ræða mjög alvarleg brot. Dómstólar ESB hafa hins vegar bent á að þetta feli í sér misskilning á eðli þessa sektarhámarks í samkeppnisrétti. Þetta var t.d. orðað svo í dómi undirréttar ESB frá 12. desember 2012:

„161. With regard to the applicant's argument that the fine imposed on it was very close to the maximum ceiling of 10% of worldwide turnover (see paragraphs 152 and 153 above), it must be observed that the applicant misconstrues the nature of that ceiling. The sum corresponding to 10% of the worldwide turnover of a participant in an infringement of the competition rules is not, contrary to what the applicant seems to believe, a maximum fine, to be imposed only in respect of the most serious infringements. As is apparent from the case-law, it is, instead, a capping ceiling, the only possible consequence of which is that the amount of the fine calculated on the basis of the criteria of gravity and duration of the infringement will be reduced to the maximum permitted level. Its application implies that the undertaking concerned will not pay the fine which in principle would be

⁶⁹⁰⁷ Sjá mgr. 329-330 í dómi EFTA-dómstólsins frá 05.05.2022 í máli nr. E-12/20, *Telenor gegn Eftirlitsstofnun EFTA: „329. The Court observes that, according to the fining guidelines, ESA is to take the value of the undertaking's sales of goods or services to which the infringement directly or indirectly relates in the relevant geographic market into account in determining the basic amount of the fine. The fining guidelines use the combination of the values of sales to which the infringement relates and the duration of the infringement in order to provide an appropriate proxy to reflect the economic importance of the infringement. The value of sales thus constitutes an objective criterion giving a proper measure of the harm which the infringement does to normal competition (compare the judgments in Team Relocations and Others v Commission, cited above, paragraphs 74 and 75, and Deutsche Telekom v Commission, T-827/14, EU:T:2018:930, paragraphs 532 to 534 and case law cited).*

^{330.} *It is established case law that an undertaking's overall turnover may be taken into account. The overall turnover constitutes an indication, albeit an approximate and imperfect one, of the undertaking's size and its economic power. ESA may also take into account the proportion of that turnover accounted for by the services in respect of which the infringement was committed, which thus gives an indication of the scale of the infringement (compare the judgment in KME Germany and Others v Commission, C-272/09 P, EU:C:2011:810, paragraphs 50 to 52).*“

⁶⁹⁰⁸ Sjá mgr. 159 í dómi undirréttar ESB frá 27.09.2006 í máli nr. T-43/02, *Jungbunzlauer gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2006:270. Dónum var ekki áfrýjað.

⁶⁹⁰⁹ Sjá mgr. 57 í dómi dómstóls ESB frá 08.12.2011 í máli nr. C-386/10, *Chalkor gegn framkvæmdastjórninni*, EU:C:2011:815. Sjá einnig mgr. 331 í dómi undirréttar ESB frá 28.06.2016 í máli nr. T-216/13, *Telefónica gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2016:369.

⁶⁹¹⁰ Sjá mgr. 93 í dómi dómstóls ESB frá 26.01.2017 í máli nr. C-619/13, *Mamoli Robinetteria gegn framkvæmdastjórninni*, EU:C:2017:50.

⁶⁹¹¹ Sjá mgr. 69-70 í dómi undirréttar ESB frá 14.05.2014 í máli nr. T-406/09, *Donau Chemie gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T.2014:254.



payable if it were assessed on the basis of those criteria (Dansk Rørindustri and Others v Commission, cited in paragraph 47 above, paragraph 283)."

16600. Er því síðan lýst í mgr. 162 og áfram í dómnum að samkeppnisyfirvöld geti réttilega komist að þeirri niðurstöðu að brot verðskuldi mun hærrí sekt en 10% af heildarveltu hins brotlega fyrirtækis. Sökum hins formlega hámarks verði aftur á móti ávallt að lækka þá sekt niður í 10% af heildarveltu.⁶⁹¹²
16601. Tilgangur þessa formlega sektarhámarks er að tryggja að ekki séu lagðar á sektir sem fyrirtæki geta ekki greitt. Er þá lagt til grundvallar í löggjöfnni að fyrirtæki geti að jafnaði greitt sekt sem nemur 10% af heildarveltu og hið formlega hámark tryggi með almennum hætti að sektir á fyrirtæki séu ekki úr hófi fram.⁶⁹¹³ Á hinn bóginn er heimilt að lækka sekt eða fella hana niður ef fyrirtæki getur með óyggjandi hætti sýnt fram á getuleysi til þess að greiða tiltekna sekt og að sektin myndi með óafturkræfum hætti leiða til þess að það hætti starfsemi. Í því sambandi yrði viðkomandi fyrirtæki að sanna að endanlegir eigendur þess séu ófærir um að koma því til aðstoðar og að eignir þess yrðu verðlausar við það að nýir eigendur tækju við rekstri.⁶⁹¹⁴
16602. Formlegt hámark á sekt í þessu máli er 10% af heildarveltu Samskipa Holding á árinu 2022. Samkvæmt ársreikningi var heildarvelta Samskipa Holding á árinu 2022 um 137 ma. kr. Er fjallað nánar um fjárhagslega stöðu Samskipa Holding í köflum 35.2.5-35.2.9.
16603. Við mat á eðli og umfangi brota Samskipa er rétt að horfa fyrst til eðli háttseminnar sem slíkrar og líta síðan til mikilvægi viðkomandi markaða og annarra atriða sem þykja hafa þýðingu við mat á alvarleika brota.

35.2.4. Eðli brota Samskipa

16604. Eins og viðurkennt er í sátt Eimskips frá 16. júní 2021 og rökstutt hefur verið í ákvörðun þessari höfðu Samskip og Eimskip með sér ólögmaett samráð í sjó- og landflutningum og tengdri starfsemi.
16605. Við mat á eðli brota Samskipa ber fyrst að hafa í huga að fákeppni hefur verið ríkjandi á íslenska flutningamarkaðnum um áratugaskeið. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 13/1997 var fjallað um Norður-Ameríku samstarf Samskipa og Eimskips: „Ótvírætt er að fákeppni ríkir um vöruflutninga sjóleiðis til og frá Íslandi á þeim siglingaleiðum sem um ræðir í máli þessu“ og bent á að við þær aðstæður sé „hvers kyns samráð milli hlutaðeigandi flutningsaðila um náíð samstarf við framkvæmd mikilvægra þátta í flutningastarfseminni, eins og við á í þessu máli, mjög varasamt í ljósi þeirrar meginreglu samkeppnislaga að efla beri virka samkeppni í viðskiptum.“ Hnykk var á þessu í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 11/2003, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 9/2003. Sjóflutningamarkaðurinn varð enn samanþjappaðri og viðkvæmari í samkeppnislegu tilliti þegar helsti keppinautur Samskipa og Eimskips, Atlantsskip, hætti siglingum í apríl 2008, en bú skipafélagsins var tekið til gjaldþrotaskipta á árinu 2009.
16606. Í dómi Hæstaréttar frá 1. desember 2016 í máli nr. 360/2015 segir að mikilvægt sé að á fákeppnismarkaði sé fyrir hendi óvissa fyrirtækja „sem í hlut eiga, um hegðun keppinautanna“. Í dómi Hæstaréttar frá 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019 var þetta tekið fram: „Fákeppnismarkaðir

⁶⁹¹² Dómur undirréttar ESB frá 12.12.2012 í máli nr. T-352/09, *Novácke chemické závody gegn framkvæmdastjórninni*; EU:T:2012:673.

⁶⁹¹³ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 26.01.2017 í máli nr. C-604/13, *Aloys F. Dornbracht gegn framkvæmdastjórninni*, EU:c:2017:45: „23. [...] the Court has consistently held that the fact that, owing to the application of the limit of 10% of turnover referred to in the second subparagraph of Article 23(2) of that regulation, certain factors such as the gravity and duration of the infringement are not actually reflected in the amount of the fine imposed is merely a consequence of the application of that upper limit to the final amount [...]

24. That upper limit seeks to prevent fines being imposed which it is foreseeable that the undertakings, owing to their size, as determined, albeit approximately and imperfectly, by their total turnover, will not be able to pay [...]

25. The limit is therefore one which is uniformly applicable to all undertakings and arrived at according to the size of each of them, and seeks to ensure that the fines are not excessive or disproportionate. That upper limit thus has a distinct and autonomous objective by comparison with the criteria of gravity and duration of the infringement [...]

⁶⁹¹⁴ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 14.05.2014 í máli nr. T-30/10, *Reagens gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2014:253. Dómnum var ekki áfrýjað.



eru sérstaklega viðkvæmir fyrir hvers konar samstarfi keppinauta þar sem auðveldara er að viðhafa samráð eða samkeppnishamlandi samhæfingu við slíkar aðstæður og því enn ríkari ástæða til að standa vörð um sjálfstæða ákvarðanatöku keppinauta og þá samkeppni sem ríkt getur á markaðnum þrátt fyrir fákeppnina [...].“

16607. Ljóst er að á öllu rannsóknartímabilinu var fákeppni ríkjandi á þeim mörkuðum sem Samskip og Eimskip störfuðu á og fjallað er um í máli þessu. Um var að ræða mjög samþjappaða markaði. Í sjóflutningum er nær að lýsa markaðnum sem tvíkeppnismarkaði og er það reyndar gert í samtímagögnum málsins. Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins gerðu því strangar kröfur til Samskipa um að eiga ekki í neinu samstarfi eða samskiptum við Eimskip sem voru til þess fallin að draga úr sjálfstæðri ákvarðanatöku og þar með þeirri samkeppni sem ríkt gat á íslenska flutningamarkaðnum.
16608. Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins leggja bann við hvers konar samkeppnishamlandi samráði fyrirtækja. Brot á þessum ákvæðum eru aftur á móti mis alvarleg og lögmæti tiltekinna aðgerða getur ráðist af því hvort fákeppni ríkir á markaðnum eða ekki. Hér skiptir máli að til þess að „samningar milli fyrirtækja og samstilltar aðgerðir í skilningi 1. mgr. 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. EES-samningsins verði taldar hafa það að markmiði að raska samkeppni er nægilegt að samráðið geti mögulega raskað samkeppni. Litið er svo á að ákveðin samvinna eða samskipti milli fyrirtækja séu í eðli sínu skaðleg samkeppni“ og er þá ekki skilyrði fyrir broti að sýnt sé fram á að samráðið hafi í reynd raskað samkeppni, sbr. dóm Hæstaréttar frá 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019. Í umfjöllun dómstóls ESB um sömu reglu er m.a. bent á að vissar tegundir af samráði séu það líklegar til þess að hafa skaðleg áhrif að það sé óþarft að gera það að skilyrði fyrir broti að sýnt verði fram á áhrif á markaði af slíku samráði.⁶⁹¹⁵ Á þetta við um t.d. verðsamráð keppinauta, markaðsskiptingu og samráð um að draga úr framboði, til að mynda flutningsgetu, alveg án tillits til þess hvort fákeppni ríkir á markaði eða ekki. Á fákeppnismarkaði geta hvers kyns upplýsingaskipti keppinauta um viðskiptaleg málefni falið í sér samráð sem hefur að markmiði að raska samkeppni.⁶⁹¹⁶ Þetta mat á eðli samráðs keppinauta um mikilvæga samkeppnisþætti hefur þýðingu við ákvörðun viðurlaga.
16609. Fyrir liggur í samkeppnisrétti að samráð keppinauta um m.a. skiptingu markaða eftir viðskiptavinum eða landsvæðum, verðlagningu, takmörkun á framboði og tengda upplýsingagjöf eru í eðli sínu alvarlegustu brotin á umræddum ákvæðum. Í samkeppnislögum endurspeglast þetta í því að slíkt samráð keppinauta er í 41. gr. a laganna lýst refsivert fyrir starfsmenn og stjórnarmenn viðkomandi fyrirtækja. Lögfesting á því ákvæði var lögð til í frumvarpi sem varð að lögum nr. 52/2007. Í frumvarpinu kemur skýrt fram hið alvarlega eðli þessa samráðs keppinauta: „Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 37/2003 frá 30. október 2003 sem varðaði ólögmætt samráð fyrirtækja á grænmetis- og ávaxtamarkaði var á það bent að samráð fyrirtækja á sama sölustigi, sem ætlað er að hafa eða getur haft áhrif á verð, skiptingu markaða og gerð tilboða, sé til þess fallið að valda neytendum og atvinnulífinu tjóni. Jafnframt vísaði rétturinn til þess að tekið sé fram í athugasemdum við 10. gr. í frumvarpi til samkeppnislaga að vart sé að finna alvarlegri samkeppnistakmarkanir en þegar fyrirtæki

⁶⁹¹⁵ Sjá einnig mgr. 35-36 í dómi dómstóls ESB frá 02.04.2020 í máli nr. C-228/18, *Budapest Bank*, EU:C:2020:265: „35. Indeed, it is apparent from the Court's case-law that certain types of coordination between undertakings reveal a sufficient degree of harm to competition to be regarded as being restrictions by object, so that there is no need to examine their effects. That case-law arises from the fact that certain forms of coordination between undertakings can be regarded, by their very nature, as being harmful to the proper functioning of competition (judgments of 11 September 2014, *MasterCard and Others v Commission*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, paragraphs 184 and 185, and of 20 January 2016, *Toshiba Corporation v Commission*, C-373/14 P, EU:C:2016:26, paragraph 26).

36. Thus, it is established that certain collusive behaviour, such as that leading to horizontal price-fixing by cartels, may be considered so likely to have negative effects, in particular on the price, quantity or quality of the goods and services, that it may be considered redundant, for the purposes of applying Article 101(1) TFEU, to prove that it has actual effects on the market. Experience shows that such behaviour leads to falls in production and price increases, resulting in poor allocation of resources to the detriment, in particular, of consumers (judgments of 11 September 2014, *CB v Commission*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, paragraph 51, and of 26 November 2015, *Maxima Latvija*, C-345/14, EU:C:2015:784, paragraph 19).“

⁶⁹¹⁶ Sjá t.d. mgr. 39 í dómi dómstóls ESB frá 05.12.2013 í máli nr. C-455/11, *Solvay gegn framkvæmdastjórninni*, EU:C:2013:796.

komi sér saman um verð, álagningu eða hvaða afslætti skuli veita. Sjónarmið sem fram hafa komið erlendis á undanförunum árum styðja það eindregið að ólöglegt samráð feli í sér alvarlegt brot. Þannig hafa rannsóknir á vegum Efnahags- og framfarastofnunar Evrópu (OECD) leitt í ljós að ólöglegur ávinningur fyrirtækja af samráði eða yfirverðlagning sé að jafnaði mun hærri en almennt hefur verið talið. Af framangreindu leiðir að ólöglegt samráð keppinauta um verð og önnur viðkvæm viðskiptaleg málefni er ótvírætt til þess fallið að hafa í för með sér verulegan efnahagslegan skaða, bæði fyrir neytendur og atvinnulífið. Í ljósi þeirra miklu hagsmuna sem í húfi eru er eðlilegt að refsing sé hér eftir sem hingað til lögð við þátttöku einstaklinga í samráði af þessum toga."

16610. Dómstólar ESB hafa slegið því föstu að sökum eðlis samráðs keppinauta sem snýr m.a. að skiptingu markaða, verðlagningu og takmörkun á framboði þá verðskuldi slík brot þyngstu viðurlögin án tillits til þess hvort sýnt hafi verið fram á að samráðið hafi haft áhrif á viðkomandi markaði.⁶⁹¹⁷ Þetta samráð er lýst ólöglegt með berum orðum í a. – c. liðum í 2. mgr. 10. gr. samkeppnislaga og í samsvarandi ákvæðum í EES/ESB-samkeppnisrétti. Hefur verið vísað til þessa í dómaframkvæmd og sagt að slík brot feli í sér „augljósar“ samkeppnishömlur.⁶⁹¹⁸ Hefur t.d. verið fallist á að eðli samráðsbrota af þessum toga sé með þeim hætti að þau feli í sér „svívirðilegar“/„óskammfeilnar“ (e. *flagrant*) takmarkanir á samkeppni og því geti framkvæmdastjórnin skilgreint þau sem mjög alvarleg án þess að sýnt sé fram á áhrif þeirra á markaði.⁶⁹¹⁹ Í mgr. 45 í skriflegum athugasemdum Eftirlitsstofnunar EFTA frá 23. október 2019, sem lagðar voru fram í máli Hæstaréttar nr. 42/2019, segir:

„Ólöglegt samráð samkeppnisaðila (lárétt samráð) er talið vera alvarlegasta form brota á samkeppnisreglum EES réttar vegna skaðlegra áhrifa þeirra á atvinnulíf og neytendur á Evrópska efnahagssvæðinu. Í dómaframkvæmd hafa slík brot verið flokkuð sem „augljós brot“. Eðli málsins samkvæmt leiða slík brot almennt til hæstu sekta sem samkeppnisyfirvöld leggja á fyrirtæki.“

16611. Brot Samskipa í þessu máli skiptast yfir tvö tímabil. Annars vegar tiltekið ólöglegt samráð við Eimskip sem stóð yfir fram til júní 2008 og hins vegar stórukið samráð við Eimskip sem hófst í júní 2008 og var ekki lokið þegar Samkeppniseftirlitið framkvæmdi húsleitir á starfsstöðvum fyrirtækjanna um miðjan september 2013.
16612. Fram til júní 2008 áttu Samskip og Eimskip í ólöglegu samráði í sjóflutningum milli Íslands og Norður-Ameríku. Einnig tók samráð fyrirtækjanna til gagnkvæmra sjóflutninga milli Íslands og

⁶⁹¹⁷ Sjá t.d. mgr. 64 í dómi undirréttar ESB frá 06.05.2009 í máli nr. T-127/04, *KME Germany o.fl. gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2009:142: „In that regard, it should be noted that the Community system of penalties for infringement of the competition rules, as established by Regulation No 17 and interpreted by the case-law, shows that, by reason of their very nature, cartels merit the severest fines. Their possible concrete impact on the market, particularly the question to what extent the restriction of competition resulted in a market price higher than would have obtained without the cartel, is not a decisive factor for determining the level of fines (see, to that effect, *Joined Cases 100/80 to 103/80 Musique diffusion française and Others v Commission* [1983] ECR 1825, paragraphs 120 and 129; *Case C-219/95 P Ferriere Nord v Commission* [1997] ECR I-4411, paragraph 33; *Case C-286/98 P Stora Kopparbergs Bergslags v Commission* [2000] ECR I-9925, paragraphs 68 to 77; *Case C-407/04 P Dalmine v Commission* [2007] ECR I-829, paragraphs 129 and 130; *Tokai Carbon*, cited in paragraph 62 above, at paragraph 225; *Opinion of Advocate General Mischo in Case C-283/98 P Mo och Domsjö v Commission* [2000] ECR I-9855, I-9858, points 95 to 101).“ Dómurinn var staðfestur með dómi dómstóls ESB frá 08.12.2011 í máli nr. C-272/09.

⁶⁹¹⁸ Sjá mgr. 173 í dómi undirréttar ESB frá 27.07.2005 í sameinuðum málum T-49/02 til T-512/02, *Brasserie Nationale o.fl. gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2005:258: „As regards the market-sharing arrangement, agreements of this type are among the examples of agreements explicitly declared to be incompatible with the common market in Article 81(1)(c) EC. They are categorised in the case-law as obvious restrictions of competition (*Joined Cases T-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94 European Night Services and Others v Commission* [1998] ECR II-3141, paragraph 136).“ Dómnum var ekki áfrýjað.

⁶⁹¹⁹ Sjá mgr. 96. í dómi undirréttar ESB frá 16.06.2011 í sameinuðum málum nr. T-204/08 og T-212/08, *Team Relocations o.fl. gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2011:288: „In the present case, in recital 542 of the Decision, the Commission set out the reasons which had led it to conclude that the infringement was very serious, namely the very nature of the obvious restrictions of competition identified. In addition, it explained, in the same recital, why it had not examined the geographical area and the impact of the infringement, referring to case-law which states that in the case of flagrant restrictions, the infringement may be classified as very serious without it being necessary for such conduct to cover a particular geographical area or have a particular impact (*Scandinavian Airlines System v Commission*, cited in paragraph 85 above, paragraphs 84 and 85, and *Joined Cases T-49/02 to T-51/02 Brasserie nationale and Others v Commission* [2005] ECR II-3033, paragraphs 178 and 179). It follows that, in the light of that case-law, the Commission gave sufficient reasons for classifying the infringement as ‘very serious’.“ Dómurinn var staðfestur með dómi dómstóls ESB frá 11.07.2013 í máli nr. C-444/11.



annarra Evrópulanda á grundvelli svonefnds „neyðarsamkomulags“ og til landflutninga á Norðurlandi. Þá var fyrir hendi ólöglegt samráð í skipaafgreiðslu á Reyðarfirði. Eimskip og Samskip ráku frystigeymslur í Hollandi og áttu í samráði á þeim markaði. Það samráð var til þess fallið að hafa skaðleg áhrif á t.d. útflytjendur á íslenskum sjávarafurðum.

16613. Á fundi æðstu stjórnenda Samskipa og Eimskips 6. júní 2008 ákváðu fyrirtækin að hefja verkefni sem nefnt var „Nýtt upphaf“ og miðaði að því að kanna ábatann af því að auka samráð fyrirtækjanna. Átti m.a. að kanna ábata af markaðsskiptingu, takmörkun á flutningsgetu og verulega aukinni samvinnu í kjarnastarfsemi fyrirtækjanna. Í skilningi samkeppnisréttar fólst í þessu verkefni m.a. ákvörðun um að hefja samráð þar sem keppinautar hafa með sér hagnýta samvinnu til að losna við þá óvissu sem felst í samkeppni. Þá var í verkefninu gert ráð fyrir verulegum upplýsingaskiptum um samkeppnislega viðkvæm málefni við könnun á ábata af því hrinda auknu samráði í framkvæmd. Er það því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að á fundi Samskipa og Eimskips 6. júní 2008 hafi fyrirtækin ákveðið að ráðast í verkefni sem hafði að markmiði að raska samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins.
16614. Gögn málsins sýna að frá fundinum 6. júní 2008 og árunum þar á eftir átti sér stað samfelld, umfangsmikið og alvarlegt ólöglegt samráð Eimskips og Samskipa. Brutu Samskip gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins með samráði við Eimskip sem miðaði að því að undirbúa og eftir atvikum framkvæma m.a. eftirfarandi aðgerðir á brotatímabilinu sem í samkeppnisrétti teljast vera í eðli sínu „*augljós brot*“:
- Samráð við Eimskip á síðari hluta ársins 2008 um breytingar á siglingakerfum og takmörkun á flutningsgetu fyrirtækjanna. Siglingakerfi og flutningsgeta eru lykilþættir í þjónustu og samkeppni skipafélaga og því afar mikilvægt að keppinautar eigi ekki í samskiptum um slíkar breytingar heldur taki sjálfstæðar ákvarðanir. Þá er í b. lið 2. mgr. 10. gr. samkeppnislaga sérstaklega lagt bann við samráði við að takmarka eða stýra m.a. framleiðslu og mörkuðum, sbr. og samsvarandi ákvæði í 53. gr. EES-samningsins. Á flutningamörkuðum brjóta fyrirtæki gegn þessu með samráði um að takmarka flutningsgetu.⁶⁹²⁰
 - Samráð við Eimskip um skiptingu á mörkuðum eftir stærri viðskiptavinum í sjó- og landflutningum. Í landflutningum var til viðbótar um að ræða skiptingu á mörkuðum á tilteknum flutningaleiðum. Með sama hætti og samráð um að takmarka flutningsgetu er markaðsskipting dæmi um „*augljóst brot*“ sem er sérstaklega lýst ólöglegt, sbr. c. lið 2. mgr. 10. gr. samkeppnislaga og samsvarandi ákvæði í 53. gr. EES-samningsins.
 - Jafnframt fór samráð Samskipa við Eimskip gegn a. lið 2. mgr. 10. gr. samkeppnislaga en þar er lagt bann við samráði sem hefur að markmiði að raska samkeppni með því að hafa áhrif á „*verð, afslætti, álagningu eða önnur viðskiptakjör með beinum eða óbeinum hætti*.“ Höfðu Samskip og Eimskip samráð um verð og afsláttarkjör í flutningaþjónustu. Jafnframt höfðu fyrirtækin samráð um miðlun á mikilvægum verð- og viðskiptaupplýsingum.
16615. Þar að auki fólst í hinu samfellda broti Samskipa eftir 6. júní 2008 ólöglegt samráð við Eimskip í kjarnastarfsemi fyrirtækjanna, þ.e. sjóflutningum, landflutningum, skipaafgreiðslu og gagnkvæmu gámasamstarfi. Var þetta einnig hluti af því samfellda samráði sem hafði að markmiði að raska samkeppni og var hluti af „*Nýtt upphaf*“ verkefninu. Þetta samráð var eftir atvikum til stuðnings öðru samráði fyrirtækjanna. Vísast um það m.a. til umfjöllunar um stuðningsaðgerðir fyrirtækjanna þegar þau takmörkuðu flutningsgetu á seinni hluta ársins 2008. Eitt og sér var þetta samráð einnig alvarlegt ekki síst sökum fákeppni á viðkomandi mörkuðum. Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála benti á í

⁶⁹²⁰ Í t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 21.02.2018 í máli nr. AT.40009 fólst mjög alvarleg brot skipafélaga m.a. í viðræðum og samræmingu á takmörkun á flutningsgetu og upplýsingaskiptum sem tengdust þessu. Sjá m.a. mgr. 34 í ákvörðuninni: „*The parties engaged in various types of contacts, during which they, to varying degrees: [...] (c) discussed and coordinated capacity reductions [...] and (d) exchanged commercially sensitive information as a means to support the conduct described in points (a), (b) and (c) above.*“ Viðkomandi skipafélög viðurkenndu þessi brot.



áður tilvitnuðum úrskurði í máli nr. 13/1997 er á fákeppnismörkuðum „hvers kyns samráð“ milli viðkomandi keppinauta um „náð samstarf við framkvæmd mikilvægra þátta í flutningastarfsemi“ mjög „varasamt í ljósi þeirrar meginreglu samkeppnislaga að efla beri virka samkeppni í viðskiptum.“

16616. Verðsamráð og markaðsskipting Samskipa og Eimskips varð umfangsminni á árinu 2013.

16617. Með vísan til framangreinds og ítarlegrar umfjöllunar um brot Samskipa í þessari ákvörðun leikur engin vafi á því að þau voru í eðli sínu alvarleg.

35.2.5. Umfang brota og önnur atriði við mat á alvarleika brota Samskipa

16618. Við mat á umfangi og alvarleika brota ber m.a. horfa til stærðar og mikilvægis þess markaðar sem brotin tóku til. Jafnframt geta aðstæður á viðkomandi markaði haft þýðingu og í því sambandi verður ekki horft framhjá þeim miklu efnahagsörðugleikum sem hófust á Íslandi á árinu 2008. Þá hefur einnig þýðingu að horfa til markaðshlutdeildar og veltu brotlegra fyrirtækja. Verður nú vikið að þessu og öðrum málefnalegum atriðum við mat á hæfilegri sekt Samskipa í þessu máli.

35.2.5.1. Þýðing vöruflutninga fyrir íslenskt samfélag

16619. Við mat á umfangi brota Samskipa og þýðingu þeirrar starfsemi þar sem brot fyrirtækisins áttu sér stað ber fyrst að horfa til landfræðilegrar legu Íslands. Af henni leiðir að afar mikilvægt er að allir fólks- og vöruflutningar til og frá landinu séu á hverjum tíma eins greiðir og hagkvæmir og unnt er.⁶⁹²¹

16620. Sökum m.a. fámennis, veðurfars og landgæða skiptir innflutningur á vörum mjög miklu máli fyrir íslenskt samfélag. Eru neytendur og fyrirtæki háð innflutningi á ýmiss konar erlendum vörum, þá bæði sem neysluvörur og innfluttir framleiðsluþættir. Matvælaframleiðsla á Íslandi er dæmi um atvinnugrein sem er mjög háð innfluttum aðföngum til grænmetisframleiðslu, búfjárræktar, fiskveiða, fiskeldis og framleiðslu á fódri, korni og olíu til mannelis.⁶⁹²² Á þetta við um innflutt aðföng eins og t.d. eldsneyti, áburð, sáðvöru og ýmis tæki. Jafnframt eru margskonar matvæli flutt inn til landsins sem eftir atvikum eru ekki framleidd eða ræktuð hér. Þá eru fjölmargar aðrar vörutegundir sem einnig eru seldar neytendum eða fyrirtækjum nær eingöngu eða að stórum hluta innfluttar, t.d. bifreiðar, vinnuvélar, varahlutir, hrávörur, byggingarefni, verkfæri, tölvubúnaður, heimilistæki og húsgögn. Mikilvægar útflutningsgreinar eins og áliðnaðurinn styðjast við innflutt aðföng til framleiðslu hér á landi, t.d. súrál, rafskaut og álflúoríð.⁶⁹²³

16621. Útflutningur á vörum hefur einnig mikla þýðingu fyrir íslenskt samfélag. Er augljóst að gæði og verðlagning á útflutningsþjónustu skiptir miklu máli fyrir samkeppnishæfni útflutningsfyrirtækja gagnvart erlendum keppinautum. Á þetta ekki síst við sjávarútveg og stóriðju.

16622. Þá er Ísland dreifbýlt land og þýðingarmikið fyrir byggðapróun og atvinnulíf að til staðar séu hagkvæmir og greiðir innanlandsflutningar á vörum.

16623. Til að varpa frekara ljósi á mikilvægi inn- og útflutnings fyrir íslenskt samfélag á brotatímabilinu má horfa til upplýsinga frá Hagstofu Íslands. Tafla 15 sýnir inn- og útflutning sem hlutfall af vergri landsframleiðslu á tímabilinu 2008-2013, þegar tekið er mið af vöruviðskiptum í utanríkisverslun.

⁶⁹²¹ Í úrskurði forseta EFTA-dómstólsins frá 30.09.2014 í máli nr. E-18/14, *Wow Air ehf. og Samkeppniseftirlitið, Isavia ohf. og Icelandair ehf.*, hafði landfræðileg lega Íslands þýðingu varðandi það að heimila flýtimeðferð máls sem varðaði samkeppni í flugi til og frá landinu: „7. [...] To guarantee fair and effective competition is one of the most important goals of the EEA Agreement. Effective competition benefits both consumers and competitors and contributes to the common good. In the case at hand, Iceland's special geographic situation must be taken into account with Keflavík essentially being the only international airport in the country.“

⁶⁹²² Framleiðslugreinar eru þó mjög misháðar innfluttum aðföngum. Sjá nánar þessa skýrslu: „Fæðuöryggi á Íslandi – Skýrsla unnin fyrir atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið“, Landbúnaðarháskóli Íslands, 2021.

⁶⁹²³ Hagfræðistofnun Háskóla Íslands. (2012). Beint og óbeint framlag áliðnaðar til landsframleiðslu. Skýrsla nr. C11:06.



Verg landsframleiðsla (VLF) er verðmæti allrar vöru og þjónustu sem er framleidd og boðin á hverju ári.

Tafla 15: Inn- og útflutningur (vöruviðskipti) sem hlutfall af vergri landsframleiðslu á tímabilinu 2008-2013. Fjárhæðir eru í milljónum króna.
Heimild: Hagstofa Íslands (2023).

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
VLF	1.589.625	1.626.391	1.680.967	1.765.009	1.845.160	1.970.146
Útflutningur (vöruviðskipti)	466.986	501.193	561.213	620.256	633.167	611.034
<i>Hlutfall af VLF</i>	29%	31%	33%	35%	34%	31%
Innflutningur (vöruviðskipti)	473.525	423.820	440.821	522.985	555.695	570.488
<i>Hlutfall af VLF</i>	30%	26%	26%	30%	30%	29%

16624. Samkvæmt upplýsingum um vöruviðskipti við útlönd, sem aðgengilegar eru á vef Hagstofu Íslands, nam virði vöruútflutnings á bilinu 29-35% af vergri landsframleiðslu á árunum 2008-2013. Á sama tíma nam virði vöruinnflutnings á bilinu 26-30%. Samanlagt nam virði utanríkisviðskipta með vörur því á bilinu 57-65% af vergri landsframleiðslu.⁶⁹²⁴ Gögn frá Hagstofunni fyrir árin 2010 – 2013 sýna einnig hvernig út- og innflutningur skiptist eftir vöruflokkum eða tegundum.⁶⁹²⁵ Eins og við er að búast eru sjávarafurðir og framleiðsla stóriðjuvera eins og álvera fyrirferðamest í útflutningi. Á þessum tíma samanstóð útflutningur frá Íslandi þannig að mestu leyti af iðnaðarvörum (51-56%) og sjávarafurðum (39-45%). Til iðnaðarvara teljast m.a. ál, álafurðir og kísiljárn. Þegar kemur að innflutningi á þessum tíma fer mest fyrir innfluttum hrá- og rekstrarvörum (28-33%), fjárfestingavörum (21-23%) og neysluvörum (13-15%). Mat- og drykkjarvörur telja samtals um 9-10% af innfluttum vörum á tímabilinu. Til neysluvara teljast varanlegar neysluvörur á borð við heimilistæki, hálfvaranlegar neysluvörur á borð við fatnað og óvaranlegar neysluvörur eins og t.d. lyf.⁶⁹²⁶

16625. Möguleg áhrif flutningskostnaðar á vísitölu neysluverð skipta hér máli. Vöruflokkar sem samanstanda nær eingöngu af innfluttum vörum hafa að jafnaði vegið rúmlega þriðjung af vísitölunni á brotatímabili þessa máls. Nánar tiltekið sýnir tafla 16 vægi þeirra flokka í vísitölu neysluverðs sem samanstanda að mestu af innfluttum vörum frá miðju ári 2008 og til loka árs 2012.⁶⁹²⁷

Tafla 16: Vægi hvers flokks til vísitölu neysluverðs frá júní 2008 til desember 2012.
Heimild: Hagstofa Íslands. *Eigin útreikningar Samkeppniseftirlitsins.*

Flokkar í vísitölu neysluverðs	Vægi í VNV(%)
Innfluttar mat- og drykkjavörur	2,7-3,7%
Áfengi og tóbak	2,6-3,9%
Ökutæki og varahlutir	3,6-8,6%
Innfluttar vörur aðrar ⁶⁹²⁸	16,2-22,6%
Samtals	30,2-34,8%

⁶⁹²⁴ Hafa ber í huga að samkvæmt þjóðhagsreikningum teljast viðskipti með vörur sem erlendir ferðamenn kaupa í ferðalögum sínum hér á landi til útflutnings. Á sama hátt teljast viðskipti með vörur sem Íslendingar kaupa á ferðalögum sínum erlendis til innflutnings. Í þjóðhagsreikningum er ekki heldur gerður greinarmunur á vörum sem eru fluttar til landsins með annars vegar flutningaskipum og hins vegar með fraktflugi.

⁶⁹²⁵ Eldri gögn voru ekki aðgengileg.

⁶⁹²⁶ Hagstofa Íslands, Vöruviðskipti - Verðmæti útflutnings og innflutnings eftir mánuðum (FOB/FOB) 2010-2020.

⁶⁹²⁷ Vísitala neysluverðs er flokkuð eftir búvörum, grænmeti, öðrum innlendum mat- og drykkjarvörum, öðrum innlendum vörum án grænmetis, innfluttum mat- og drykkjarvörum, nýjum bílum og varahlutum, eldsneyti, innfluttum vörum öðrum, áfengi og tóbaki, húsnæði, opinberri þjónustu og að lokum annarri þjónustu.

⁶⁹²⁸ Vörur sem tilheyra flokki „Innfluttar vörur aðrar“ eru í tollskrárflokkum 1-4, 41-83 og 84-99.



16626. Framangreind tafla tekur ekki til þeirra flokka sem innihalda innfluttar vörur að hluta til eða flokka þar sem innflutt aðföng eru notuð við framleiðsluna. Hækkun á innflutningskostnaði á slíkum vörum getur einnig haft áhrif á vísitölu neysluverðs og þar með verðlag í landinu.

16627. Í ljósi framangreinds verður ekki um það deilt að inn- og útflutningur á vörum var og er afar mikilvægur fyrir íslenskan almenning og atvinnulíf.

35.2.5.2. Þýðing samkeppni í sjó- og landflutningum

16628. Almennt séð geta vöruflutningar til og frá landinu farið fram með skipum og flugvélum. Á þessum flutningsmátum er hins vegar talsverður munur og löng framkvæmd í samkeppnisrétti sýnir að þeir tilheyra mismunandi mörkuðum og meginþorri vöruflutninga fer fram með skipum. Er vara að jafnaði flutt með flugi ef hún er ekki rúmfrek, þolir mun hærrí flutningsgjöld og/eða þarf að berast móttakanda á skömmum tíma, t.d. fersk matvæli.⁶⁹²⁹ Af þessu leiðir t.d. að þungar og rúmmálsfrekar vörur eins og m.a. ál, timbur, áburður og brotajárn eru aðeins fluttar með skipum. Hið sama á við um vörur þar sem flutningskostnaður er tiltölulega hátt hlutfall af kostnaðarverði vöru.

16629. Eðli máls samkvæmt eru sjóflutningar afar mikilvæg flutningaleið fyrir Ísland og varðar það jafnt hagsmuni einstaklinga sem fyrirtækja. Verulegur hluti neysluvara er fluttur til landsins með skipum og sama á við um nauðsynleg aðföng og rekstrarvörur fyrir framleiðslufyrirtæki. Með sama hætti skiptir þessi flutningsmáti mjög miklu máli fyrir framleiðslufyrirtæki, af ýmsu tagi, til þess að koma framleiðsluafurðum sínum á erlenda markaði. Þó svo að flutningar með flugi séu tiltækir þá tilheyra þeir sem fyrr segir sérstökum markaði og er meginþorri af neysluvörum, aðföngum og framleiðsluafurðum fluttur sjóleiðis til og frá landinu. Þá eru landflutningar á vörum sem fyrr segir mikilvægir fyrir hinar dreifðu byggðir landsins.

16630. Hér ber einnig að líta til þess að kostnaður vegna innflutnings með skipum hefur áhrif á samkeppnishæfni fyrirtækja hér á landi sem endurselja innfluttar vörur eða nýta erlend aðföng eða tæki í sínum rekstri. Þá hefur kostnaður vegna innflutnings bein og óbein áhrif á vöruverð í landinu og þar með á neytendur og aðra kaupendur á vörum. Beinu áhrifin felast í því að aukinn kostnaður við innflutning hefur bein áhrif á innkaupsverð innfluttra vara sem svo seytla út í verðlagið. Óbeinu áhrifin felast í því að ýmsar vörur hér á landi eru framleiddar úr innfluttum aðföngum. Hækkun á flutningskostnaði aðfanganna leiðir því til kostnaðarhækkana sem svo einnig smitast út í verðlagið. Þá hefur kostnaður við útflutning áhrif á samkeppnishæfni m.a. sjávarútvegsfyrirtækja og álvera og kostnaður við landflutninga áhrif á samkeppnishæfni t.d. framleiðslufyrirtækis á landsbyggðinni sem selur vörur sínar á höfuðborgarsvæðinu í samkeppni við fyrirtæki sem staðsett eru þar.

16631. Miklir hagsmunir voru og eru því fólgirnir í því fyrir neytendur og fyrirtæki hér á landi að sjó- og landflutningafyrirtæki raski ekki samkeppni með ólögum samráði. Hærrí flutningskostnaður og verri þjónusta sem stafað getur af ólögum samráði keppinauta í sjó- og landflutningum veldur neytendum og atvinnulífínu miklu tjóni. Getur það tjón falist í því neytendur greiði hærra verð en ella fyrir nauðsynjavörur og að kostnaður við verðtryggð lán aukist. Það tjón getur einnig falist í því að samkeppnishæfni fyrirtækja sem selja vörur á innanlandsmarkaði eða til útflutnings raskist. Dregur það úr atvinnustarfsemi og skerðir einnig líf skjör almennings.

35.2.5.3. Geta Samskipa til þess að raska samkeppni og valda tjóni

16632. Samkvæmt framansögðu hafði íslenskt samfélag og hefur enn mikla hagsmuni af því að samkeppni sé ekki raskað á þeim flutningamörkum sem Samskip starfa. Umfang brota og möguleikar samráðsfyrirtækja til þess að hamla samkeppni og skaða viðskiptavini ráðast m.a. af stöðu þeirra á viðkomandi markaði. Við mat á þætti Samskipa skiptir máli bæði markaðshlutdeild fyrirtækisins og samanlögð markaðshlutdeild þess og Eimskips. Samanlögð hlutdeild fyrirtækjanna hefur þýðingu

⁶⁹²⁹ Sjá hér t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu, og í máli nr. 1/2019, Samskip hf. gegn Samkeppniseftirlitinu.



varðandi alvarleika brots Samskipa þar sem hún veitir vísbendingu um heildaráhrif af broti sem Samskip voru virkur þátttakandi í. Eins og EFTA-dómstóllinn tók fram í dómi frá 5. maí 2022 í Telenor-málinu gefur velta í sölu á þeirri þjónustu sem brotið tók til með beinum eða óbeinum hætti til kynna umfang brots og þann samkeppnislega skaða sem leiddi af því. Viðkomandi velta Samskipa skiptir því einnig máli.

16633. Á árunum 2008 – 2013 höfðu Eimskip og Samskip samanlagt gríðarlega sterka stöðu á þeim flutningamörkuðum sem hér skipta máli.
- Í sjóflutningum til og frá Íslandi var sameiginleg hlutdeild Samskipa og Eimskips 95-100%.
 - Samskip og Eimskip voru einnig langstærstu fyrirtækin í landflutningum. Miðað við landið allt voru fyrirtækin saman með allt að 85% hlutdeild. Sú hlutdeild sem eftir stendur skiptist á milli fjölmargra smærri aðila og var enginn þeirra með meira en 5% hlutdeild.
 - Samskip og Eimskip voru samanlagt með allt að 65% hlutdeild í flutningsmiðlun. Ef lögð er til grundvallar sú skilgreining á markaði, sem Samskip telja að eigi að miða við, var samantölgð markaðshlutdeild fyrirtækjanna um 95%.
16634. Ljóst er því að á rannsóknartímabilinu voru Eimskip og Samskip lang umsvifamestu fyrirtækin á sviði vöruflutninga, bæði til og frá landinu sem og flutninga innanlands. Sama á við um flutningsmiðlun. Á öllum þessum sviðum báru skipafélögin ægishjálms yfir aðra keppinauta. Voru aðrir keppinautar ekki aðeins með litla markaðshlutdeild heldur bjuggu þeir ekki yfir sömu breidd í flutningaframboði sem tengist Íslandi eins og Eimskip og Samskip. Sem dæmi má nefna BWS og Thorship sem sinntu áætluðum flutningum á sjó til og frá Íslandi en starfræktu ekki landflutninga eða flutningsmiðlun. Þá sinnti Vörumiðlun, stærsti keppinautur Samskipa og Eimskips á landflutningamarkaði, ekki sjóflutningum eða flutningsmiðlun. Veitir þetta vísbendingar um að staða Eimskips og Samskipa hafi heilt yfir jafnvel verið sterkari en markaðshlutdeild á einstaka mörkuðum segir til um.
16635. Samanlagðar tekjur Samskipa og Eimskips af umræddri flutningaþjónustu námu um 40-48 milljörðum kr. á ári á árunum 2008 – 2013. Á þessum tíma námu tekjur fyrirtækjanna tveggja af flutningastarfsemi árlega því um 2,4 - 2,6% af vergri landsframleiðslu. Er þetta til vitnis um mikið vægi Samskipa og Eimskips í efnahagslífi landsins á megin brotatímabili þessa máls.
16636. Að mati Samkeppniseftirlitsins veitir þetta órækar vísbendingar um að brot Samskipa og Eimskips voru umfangsmikil og áttu sér stað á mikilvægum mörkuðum sem voru þar með alvarleg, sbr. einnig viðurkenningu Eimskips í sáttinni frá júní 2021.
16637. Ef vikið er að stöðu Samskipa er ljóst að fyrirtækið hefur um langt skeið verið meðal stærstu fyrirtækja á Íslandi.⁶⁹³⁰ Að því er snertir stöðu Samskipa á flutningamarkaði á brotatímabilinu er gagnlegt að horfa til þess hvernig fyrirtækið lýsti sjálfu sér gagnvart viðskiptavinum og almenningsi.
16638. Í desember 2008 kom m.a. fram á heimasíðu Samskipa að fyrirtækið væri orðið „*eitt stærsta gámaflutningafyrirtæki Evrópu*“. Nánar tiltekið var á heimasíðu Samskipa að finna þessa lýsingu: „*Samskip eru alþjóðlegt félag sem býður flutninga og tengda þjónustu á sjó, landi og í lofti. Frá stofnun félagsins árið 1990 hefur starfsemin vaxið jafnt og þétt, bæði með kaupum á öðrum félögum og vegna innri vaxtar. Samskip eru orðin eitt stærsta gámaflutningafyrirtæki Evrópu og býður félagið upp á heildarþjónustu á Íslandi og í Færeyjum, fjölpátta flutningsþjónustu um alla Evrópu og frysti- og framhaldsflutninga um allan heim. Félagið starfrækir skrifstofur í yfir 20 löndum í þremur heimsálfum og eru starfsmenn um 1.400 talsins.*“ Kom einnig fram í þessari lýsingu að Samskip bjóði upp á sjóflutninga milli Íslands, Færeyja, Bretlands, meginlands Evrópu og Skandinavíu. Á Íslandi hafi fyrirtækið byggt upp „*einstakt landflutningakerfi*“ og með kaupum á erlendum flutningafyrirtækjum sé fjölpátta flutningsnet Samskipa orðið það stærsta sinnar tegundar í Evrópu.

⁶⁹³⁰ Sem dæmi má nefna að samkvæmt úttekt Frjálsrar verslunar voru Samskip 11. stærsta fyrirtækið á Íslandi árið 2009 og Eimskip 14. stærsta. Á árinu 2010 voru Samskip áfram 11. stærsta en Eimskip 16. stærsta.



Þá hafi Samskip „fest sig „verulega í sessi“ á frystiflutningamarkaðinum. Félagið býður heildarþjónustu á þessu sviði, þ.e. sjóflutninga, flugflutninga, landflutninga, lestun og losun og geymslu afurða í frystivörumiðstöðvum sem og skjalagerð. Til að geta veitt viðskiptavinum sem besta þjónustu starfrækja Samskip skrifstofur á stærstu markaðssvæðunum fyrir sjávarafurðir, kjötafurðir, grænmeti og ávexti, bæði á meginlandi Evrópu, í Bretlandi, Skandinavíu, Asíu og Norður- og Suður-Ameríku.“⁶⁹³¹

16639. Samhengisins vegna má nefna að Samskip telja að þessi sterka staða fyrirtækisins hafi ekki breyst. Þannig segir á heimasíðu Samskipa á árinu 2023 að fyrirtækið hafi frá stofnun þess á Íslandi árið 1991 stækkað hratt og sé „eitt af stærri flutningafyrirtækjum í Evrópu“.⁶⁹³²
16640. Markaðshlutdeild Samskipa á árunum 2008 - 2013 er lýst með nákvæmum hætti í viðauka I og vísast til þess. Eins og þar kemur fram var hlutdeild Samskipa í sjóflutningum til og frá Íslandi á bilinu 30-40%, í landflutningum á bilinu 30-40% og í flutningsmiðlun á bilinu 25-40% en 30-40% miðað við þá skilgreiningu sem Samskip leggja til grundvallar.
16641. Sem áður segir er lagt til grundvallar í samkeppnisrétti að velta í sölu á þeirri þjónustu sem brotið tók beint eða óbeint til gefi til kynna umfang brots og þann samkeppnislega skaða sem leiddi af því. Tafla 17 sýnir þessa veltu Samskipa:

Tafla 17: Velta Samskipa í sölu á þeirri þjónustu sem brotin tóku til, í milljónum kr.
Heimild: Afhentar upplýsingar Samskipa.

Samskip	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Sjóflutningar með for- og áframflutn.	11.645	11.373	12.274	12.092	13.089	13.021
Landflutningar	1.899	1.977	2.063	2.133	2.261	2.263
Flutningsmiðlun	2.776	2.737	2.886	2.965	3.196	2.826
Samtals tekjur	16.321	16.086	17.223	17.190	18.546	18.110

16642. Hér má líta til þess að á verðlagi mars 2023 var samanlögð velta Samskipa af umræddri starfsemi á árunum 2008-2013 um 164 ma.kr., eða að meðaltali um 27 ma. kr. á ársgrundvelli.
16643. Samskip er alþjóðlegt fyrirtæki og var almennt séð í sama stærðarflokki og Eimskip.⁶⁹³³ Þótt Eimskip hafi á rannsóknartímabilinu verið með hærri markaðshlutdeild voru Samskip eftir sem áður öflugt fyrirtæki með sterka stöðu á íslenska flutningamarkaðnum. Þá sýnir velta Samskipa í brotastarfseminni að þátttaka þess í hinu ólögmeða samráði var mikil að umfangi og til þess fallinn að valda verulegum samkeppnislegum skaða. Þetta ásamt eðli brots Samskipa sýnir ótvírætt að brot fyrirtækisins var alvarlegt.

⁶⁹³¹ Vefsíða Samskipa. Aðgengilegt á slóð:

https://web.archive.org/web/20081225000642/http://www.samskip.is/samskip/um_samskip/

⁶⁹³² Á heimasíðunni kemur einnig fram að Samskip séu með „668 milljónir evra í veltu á ári og starfsstöðvar í 24 löndum í Evrópu, Norður- og Suður-Ameríku, Asíu og Ástralíu. Starfsmenn eru um 1.500 talsins um allan heim. Höfuðstöðvar Samskipa eru í Hollandi og frá stofnun þess á Íslandi árið 1991 hefur það stækkað hratt, bæði vegna innri vaxtar og kaupna á öðrum félögum. Meginstarfsemi félagsins byggir á gámaflutningum í Evrópu, flutningum á Norður-Atlantshafi, hitastýrðum flutningum um allan heim ásamt flutningsmiðlun og stórflutningum í Evrópu.“ Sjá <https://www.samskip.is/um-samskip/>.

⁶⁹³³ Hér má hafa í huga hvað kom fram í fjölmiðlum um stöðu Samskipa árið eftir rannsóknartímabili þessa máls lauk, þ.e. árið 2014. Voru Samskip sögð vera orðin stærri en Eimskip þegar horft væri til heildartekna. Kom þetta fram í frétt sem birtist í Viðskiptablaðinu 27. nóvember 2015: „Eimskip og Samskip veltu samtals 160 milljörðum í fyrra. Um þriðjungur af samanlagðri veltu félaganna varð til á Íslandi. Samskip eru stærri en Eimskip þegar litið er til heildartekna á síðasta ári. Samskip Holding B.V., sem skráð er í Hollandi, höfðu um 90 milljarða króna í tekjur en Eimskip hafði um 70 milljarða í tekjur. Hins vegar hefur Eimskip stærri markaðshlutdeild hér á landi. Tekjur Eimskips af innlendum rekstri voru um 33 milljarðar, en tekjur Samskipa um 19 milljarðar.“ (<https://vb.is/frettir/70-prosent-umsvifa-i-utlondum/>).



35.2.5.4. Brot Samskipa áttu sér stað á tímum mikilla efnahagsörðugleika

16644. Aukið ólögmætt samráð Eimskips og Samskipa hófst eftir fund fyrirtækjanna 6. júní 2008 en um haustið það ár skall á mikil fjármálakreppa. Hafði hún í för með sér keðjuverkandi atburðarrás sem leiddi til þess að stjórn allra stærstu fjármálafyrirtækja landsins var tekin yfir af Fjármálaeftirlitinu. Í kjölfarið börðust heimili og fyrirtæki við afleiðingar gengisfalls íslensku krónunnar, verðbólgu og hruns fjármálafyrirtækjanna. Stjórnvöld tókust á við vanda ríkissjóðs í samvinnu við Alþjóðagjaldeyrissjóðinn auk þess sem endurskipulagning bankakerfisins reyndist flókið og tímafrekt verkefni.⁶⁹³⁴ Þá rýrnaði fasteignaverð og atvinnuleysi rúmlega tvöfaldaðist.⁶⁹³⁵ Aukin verðbólga rýrði ráðstöfunartekjur hratt, ásamt því að höfuðstóll verðtryggðra og gengistryggðra lána hækkaði umtalsvert.

16645. Í kjölfar efnahagshrunsins setti Samkeppniseftirlitið það í forgang að taka til athugunar þýðingu samkeppni og beitingu samkeppnislaga í efnahagskreppum. Horfði eftirlitið m.a. til rannsókna og ályktana sem fræðimenn höfðu dregið af viðbrögðum við kreppunni miklu í Bandaríkjunum sem hófst árið 1929 og efnahagskreppunni sem hófst í Finnlandi á árinu 1990. Athugunin staðfesti mikilvægi samkeppni fyrir endurreisn efnahagslífsins og lauk henni 27. nóvember 2008 með því að Samkeppniseftirlitið birti skýrslu nr. 2/2008, *Öflug uppbygging*. Í upphafi skýrslunnar segir: „*Ekki þarf að fara um það mörgum orðum að bankahrunið hefur leitt til mjög alvarlegs efnahagsástands hér á landi. Mörg fyrirtæki eiga í erfiðleikum, atvinnuleysi eykst og heimili glíma við miklar skuldir og skertar tekjur. Verðbólga og vandkvæði í milliríkjavíðskiptum auka á vandann. Hætta er á því að á mikilvægum mörkuðum fækki fyrirtækjum vegna rekstrarörðugleika. Samkeppnishömlur og fákeppni geta farið vaxandi.*

Þetta ástand gerir það að verkum að brýn nauðsyn er að hefja öfluga uppbyggingu í íslensku atvinnulífi. Í því sambandi skiptir miklu að viðhalda og eftir atvikum að efla samkeppni. Samkeppni er ekki takmark í sjálfu sér heldur er hún tæki til þess að efla velferð almennings. Ástæða þessa er sú að virk samkeppni milli fyrirtækja laðar fram jákvæða hluti í atvinnulífinu. Hún leiðir til lægra verðs og til aukinna umsvifa í atvinnurekstri. Samkeppni skapar þannig atvinnu, stuðlar að efnahagslegum framförum og hvetur fyrirtæki til að gera betur gagnvart viðskiptavinum sínum. Af þessu leiðir einnig að skortur á samkeppni og samkeppnishömlur fyrirtækja valda almenningi og atvinnulífinu umtalsverðu tjóni, e.a. með hærra vöruverði, lakari þjónustu og minna aðhaldi í rekstri viðkomandi fyrirtækja. Til að vinna gegn skaðlegum afleiðingum skorts á samkeppni og til að stuðla að jákvæðum áhrifum hennar setja ríki sér samkeppnislög.

Samkeppni hefur ekki aðeins jákvæð áhrif á efnahagslífið þegar góðæri ríkir. Þvert á móti er sérstaklega brýnt í efnahagsþrengingum að viðhalda eins og unnt er virkri samkeppni. Eins og nánar verður rökstutt í kafla II. má draga saman reynslu annarra ríkja af efnahagskreppum með þessum hætti:

- *Aðgerðir sem takmarka samkeppni framlengja efnahagsörðugleika og vinna gegn bata.*
- *Aðgerðir til þess að viðhalda eða efla samkeppni stuðla að hraðari endurreisn atvinnulífsins.“*

16646. Í skýrslunni er bent á að í ljósi efnahagsástandsins sé mikilvægt að ráðast í átak til þess að viðhalda eða efla samkeppni hér á landi. Til að leggja áherslu á mikilvægi samkeppni er í skýrslunni einnig gerð grein fyrir skaðlegum áhrifum af m.a. samráði keppinauta:

„Á sama hátt og ljóst er að samkeppni í viðskiptum hefur jákvæð áhrif liggur fyrir að samkeppnishömlur geta valdið almenningi og atvinnulífinu miklum skaða. [...] Samkeppnishömlur

⁶⁹³⁴ Samkeppniseftirlitið. Rit. nr. 2/2011, Samkeppnin eftir hrun.

⁶⁹³⁵ Gögn frá Hagstofu Íslands. Aðgengilegt á slóð:

hagstofa.is/pxis/pxweb/is/Samfelag/Samfelag_vinumarkadur_vinumarkadsrannsokn__1_manadartolur/VIN00001.px/chart/chartViewLine/. Sjá einnig frétt HMS frá 15. ágúst 2023, „*Vísitala íbúðaverðs á höfuðborgarsvæðinu í febrúar 2023*“. Aðgengilegt á slóð: <https://hms.is/frettir/visitala-ibudaverds-a-hofudborgarsvaedinu-i-juli-2023>.



sem keppinautar geta gripið til með samráði sín á milli eru sérstaklega til þess fallnar að valda almenningi og viðskiptalífínu miklu tjóni. Stofnanir og fræðimenn eru sammála um að samráð keppinauta um t.d. verð eða það að halda nýjum aðila frá markaðnum sé mjög skaðlegt og geti skapað viðkomandi fyrirtækjum mikinn ávinning. Til skamms tíma var talið varfærið að líta svo á að ávinningur af verðsamráði væri að meðaltali 10% af söluverði en tjón samfélagsins af samráðinu gæti numið 20% af umfangi þeirra viðskipta sem samráðið tæki til. Nýlegar rannsóknir gefa hins vegar til kynna að þetta feli í sér vanmat á tjóni neytenda og viðskiptalífsins af samráði. Í skýrslu OECD frá 2005 er t.d. sagt að rannsóknir gefi til kynna að ólöglegt samráð geti leitt til allt að 60-70% hærra verðs en ella. Rök standa til þess að tjón af völdum samráðs geti verið enn meira á Íslandi en í stærri ríkjum. Í matsgerð hagfræðinganna Guðrún Johnsen og Gylfa Zoëga, sem lögð hefur verið fram í máli olúfélaganna gegn Samkeppniseftirlitinu, kemur fram að erlendar rannsóknir um skaðsemi samráðs hafi þýðingu hér á landi. Síðan segir:

„Við þetta má bæta að Ísland er fámennt land og þjóðfélagið einkennist af nálægð og persónulegum kunningsskap. Við slíkar aðstæður aukast líkur á að stjórnendum fyrirtækja takist að stilla saman strengi, bæði er varðar þegjandi samkomulag og samráð. Af þessum sökum má draga þá ályktun að samráð sem stofnað er til hér á landi verði árangursríkara en samráð í stærri samfélögum.“

Telja þessir hagfræðingar að ávinningur olúfélaganna af samráði þeirra hafi verið um nítján milljarðar kr. en tjón almennings og atvinnulífsins af samráðinu hafi verið meira en nemur þessum ávinningi olúfélaganna. Sýnir þetta að hagsmunirnir af því að fyrirtæki keppi sín á milli geta verið miklir.“

16647. Í skýrslunni eru settar fram fjölmargar tillögur til að verja og efla samkeppni og beindust þær bæði að fyrirtækjum og opinberum aðilum. Voru m.a. settar fram tillögur til að efla samkeppni í sjó- og landflutningum. Í frétt Samkeppniseftirlitsins frá 27. nóvember 2008 sagði að skýrslan yrði send fjölmörgum aðilum til umsagnar og vonast væri eftir því að m.a. fyrirtæki myndu gefa álit sitt á þessum tillögum og setja fram nýjar upplýsingar og hugmyndir um þá markaði sem þau störfuðu á. Jafnframt kom fram að fyrirtæki gætu „að eigin frumkvæði þegar í stað gripið til jákvæðra aðgerða sem efla atvinnulífið.“⁶⁹³⁶
16648. Samkeppniseftirlitið sendi 28. nóvember 2008 tölvupóst til fjölmargra fyrirsvarsmanna fyrirtækja, þ.m.t. til forstjóra Samskipa. Í tölvupóstinum var athygli Samskipa og annarra viðtakenda vakin á þessari skýrslu og leiðbeint hvar unnt væri að nálgast hana á heimasíðu eftirlitsins. Var óskað eftir sjónarmiðum um tillögur skýrslunnar og því beint til Samskipa og annarra viðtakenda að huga að því að grípa að eigin frumkvæði til aðgerða sem gætu styrkt samkeppni og þar með eftl íslenskt atvinnulíf.
16649. Engin svör bárust frá Samskipum. Samtímagögn málsins sýna að á þessum tíma stóð samráðið við Eimskip yfir að fullum þunga. Varð engin breyting á því þótt athygli fyrirtækisins væri sérstaklega vakin á því hversu skaðlegt ólöglegt samráð gæti verið í hinu erfiða efnahagsástandi sem þá var fyrir hendi og var viðvarandi þar til efnahagsbati hófst nokkrum árum síðar.
16650. Þegar fjármálakreppan skall á veiktist gengi íslensku krónunnar sem hafði m.a. þau áhrif innflutningsverð jókst og verðbólga hækkaði. Laun fylgdu ekki hækkandi verðlagi og kaupmáttur almennings dróst saman. Þá var stærstur hluti heimila landsins með verðtryggð húsnæðislán. Möguleg áhrif samráðsins áttu sér því stað á mjög viðkvæmum tíma fyrir íslenskt efnahagslíf.
16651. Í kjölfar kreppunnar hvarf erlend fjárfesting og voru gjaldeyrishöft sett á. Útflutningur fékk því enn meira vægi fyrir þjóðarbúið. Traust á íslenskum efnahag var takmarkað og hrein erlend skuldastaða nam um 237% af vergri landsframleiðslu.⁶⁹³⁷ Allur gjaldeyris sem kom inn í íslenskt efnahagskerfi

⁶⁹³⁶ „Öflug uppbygging vegna efnahagsörðugleika“, 27.11.2008. Samkeppniseftirlitið. Aðgengilegt á slóð: <https://www.samkeppni.is/utgafa/frettir/nr/250>.

⁶⁹³⁷ <https://www.sedlabanki.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=7092>.

var því mjög verðmætur, en hann þurfti að nota til að greiða erlendar skuldir og kaupa nauðsynleg aðföng erlendis frá. Vægi útflutnings af vergrí landsframleiðslu á samráðstímabilinu var að jafnaði um 44% og fór vaxandi milli ára.⁶⁹³⁸

16652. Með gengisfalli íslensku krónunnar styrktist samkeppnisstaða íslenskra útflytjenda, að minnsta kosti tímabundið. Samráð Samskipa og Eimskips var til þess fallið að minnka þetta forskot sem útflutningsgreinar nutu þar sem kostnaður við að koma vörum á erlenda markaði varð hærri en ella. Hér má t.d. hafa í huga að í skjóli samráðs við Eimskip náðu Samskip 24. nóvember 2008 annars vegar að skerða útflutningsþjónustu gagnvart Alcoa á Reyðarfirði og hins vegar að hækka verð á flutningi áls Alcoa til markaða í Evrópu um 131%. Þrátt fyrir loforð um að endurskoða þessa miklu hækkun tókst Samskipum sökum samráðsins að viðhalda henni allt þar til Alcoa bauð út flutninga og erlendir keppinautur Samskipa og Eimskips hreppti viðskiptin. Annað dæmi er þegar forstjóri Samskipa á árinu 2009 bauð yfirmanni frystigeymslna fyrirtækisins í Hollandi sérstaka aðstoð við að hækka verð gagnvart íslenskum viðskiptavinum sem voru ekki síst útflytjendur á sjávarafurðum.
16653. Í ljósi framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að hið slæma efnahagsástand hafi verið til þess fallið að gera brot Samskipa enn skaðlegri en ella og er þetta til stuðnings að brotin hafi verið alvarleg.

35.2.5.5. Huglæg afstaða og aðkoma æðstu stjórnenda

16654. Brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins á sér stað óháð því hvort um er að kenna gáleysi eða ásetningi hins brotlega fyrirtækis. Saknæmisstigið ræður því ekki úrslitum.⁶⁹³⁹
16655. Í samkeppnisrétti er talið að brot sé framið af ásetningi eða gáleysi þegar viðkomandi fyrirtæki gat ekki dulist hið samkeppnishamlandi eðli aðgerða sinna. Ekki er skilyrði að viðkomandi fyrirtæki hafi verið það ljóst að aðgerðir þess fælu í sér brot á samkeppnisreglum.⁶⁹⁴⁰ Skýr ásetningur getur falið í sér rök fyrir hækkun sekta en ekki er sjálfgefið að brot framin af gáleysi leiði til lægri sekta en ella.⁶⁹⁴¹ Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á að huglæg afstaða þeirra sem hlut eiga að broti geti skipt máli við mat á fjárhæð sekta, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008.
16656. Stjórnendum fyrirtækja ber að þekkja ákvæði laga sem leggja bann við skaðlegum aðgerðum fyrirtækjanna sem þeir stýra. Getur aðkoma helstu stjórnenda viðkomandi fyrirtækis að ólögumætu samráði leitt til hærri viðurlaga en ella.⁶⁹⁴²
16657. Í 10. gr. samkeppnislaga er lagt skýrt bann við þeirri háttsemi sem Samskip viðhöfðu í þessu máli. Hefur lengi legið fyrir hér á landi að t.d. verðsamráð og markaðsskipting keppinauta feli í sér alvarleg brot á samkeppnisreglum. Kom þetta meðal annars fram í tíð eldri samkeppnislaga, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 37/2003. Í því máli tók rétturinn fram að það geti ekki leitt til „lækkunar sekta að viðhorf, sem samkeppnislög byggja á, séu ný af nálinni [...]“. Í þessu sambandi er jafnframt rétt að benda á ákvörðun samkeppnisráðs nr. 26/1997 þar sem fjallað er um samstarf Samskipa og Eimskips í sjóflutningum milli Íslands og Norður-Ameríku. Í ákvörðuninni segir um Eimskip og

⁶⁹³⁸ Gögn frá Hagstofu Íslands. Aðgengilegt á slóð:

https://px.hagstofa.is/pxis/pxweb/is/Efnahagur/Efnahagur__thjodhagsreikningar__landsframl__1__landsframleidsla/THJ01103.px/table/tableViewLayout1/?rxid=91631acb-3e49-4810-8894-0992a3918f70.

⁶⁹³⁹ Sjá t.d mgr. 271 í dómi EFTA-dómstólsins frá 18.04.2012 í máli nr. E-15/10, *Posten Norge AS gegn Eftirlitsstofnun EFTA*: „With regard to Norway Post’s second claim, that it was not and could not have been aware of the alleged anti-competitive effects of its conduct, the Court recalls that, pursuant to Article 23(2)(a) of Chapter II of Protocol 4 SCA, infringements of Articles 53 and 54 EEA may be committed both intentionally and negligently.“

⁶⁹⁴⁰ Sjá t.d mgr. 313 í dómi EFTA-dómstólsins frá 05.05.2022 í máli nr. E-12/20, *Telenor gegn Eftirlitsstofnun EFTA*: „The Court notes that an infringement of Article 54 EEA is intentional or negligent within the meaning of Article 23(2)(a) of Chapter II of Protocol 4 SCA where the undertaking concerned could not be unaware of the anti-competitive nature of its conduct, regardless of whether it was aware that it was infringing the EEA competition rules.[...]“

⁶⁹⁴¹ Sjá t.d. mgr. 55-57 í dómi dómstóls ESB frá 25.03.1996 í máli nr. C-137/95, *SPO gegn framkvæmdastjórninni*, EU:C:1996:130.

⁶⁹⁴² Sjá hér t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli 35.691 sem staðfest var með dómi undirréttar ESB frá 20.03.2002, *ABB Asea Brown Boveri gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2002:77. Í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar sagði: „The proven involvement in the cartel of the most senior level of management underlines the need to set the fine at a level which ensures it has sufficient deterrent effect.“



Samskip og samstarf þeirra á milli: „Allt samstarf milli keppinauta skapar hættu á að viðkomandi fyrirtæki fari að taka tillit til hvors annars og þar með dragi úr virkri samkeppni á viðkomandi markaði.“, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í sama máli (mál nr. 13/1997). Í úrskurðinum er bent á hættuna sem getur fylgt því þegar flutningsaðilar hafa með sér náð samstarf: „Við þær aðstæður er hvers kyns samráð milli hlutaðeigandi flutningsaðila um náð samstarf við framkvæmd mikilvægra þátta í flutningastarfseminni, eins og við á í þessu máli, mjög varasamt í ljósi þeirrar meginreglu samkeppnislaga að efla beri virka samkeppni í viðskiptum.“ Hnykkt var á þessu í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 11/2003 þar sem einnig var fjallað um samstarf fyrirtækjanna, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 9/2003.

16658. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2004 vegna ólögmeðs samráðs olíufélaganna er með ítarlegum hætti gerð grein fyrir því hvað felist í banni samkeppnisréttarins við samráði keppinauta, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004. Í þessu sambandi má jafnframt nefna ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008 frá 10. janúar 2008 vegna ólögmeðs samráðs keppinauta á greiðslukortamarkaðnum. Þá ber að minnast tölvupóstisins sem Samkeppniseftirlitið sendi m.a. forstjóra Samskipa 28. nóvember 2008 í tilefni af skýrslu eftirlitsins nr. 2/2008, *Öflug uppbygging*. Í þeirri skýrslu er gerð grein fyrir skaðsemi samráðs keppinauta og biðlað til fyrirtækja eins og Samskipa að leita leiða til að efla samkeppni og hraða þar með efnahagslegum bata hér á landi.
16659. Með hliðsjón af framansögðu leikur enginn vafi á því að Samskipum mátti vera það ljóst að þau samskipti sem fyrirtækið viðhafði við Eimskip og það samstarf sem átti sér stað á grundvelli þeirra voru til þess fallin að raska samkeppni og fólu í sér skýrt brot gegn banni 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Þegar gögn málsins eru virt telur Samkeppniseftirlitið að brot Samskipa hafi verið framið af ásetningi og horfir það til þyngingar viðurlaga.
16660. Þá komu æðstu stjórnendur Samskipa að samráðinu við Eimskip. Vísast hér til ítarlegrar umfjöllunar í ákvörðun þessari um fyrirmæli (S)aðaleig-stjform-SH í mars 2008 um að verja og efla stöðu Samskipa hf. sem „Cash Cow“ fyrir Samskip Holding og undirbúning (S)aðaleig-stjform-SH og (S)forstj á fyrri hluta ársins 2008 að auknu samráði við Eimskip, sbr. t.d. skýrslunnar um mögulegt samstarf við Eimskip sem (S)aðaleig-stjform-SH lét félag sitt Eglu vinna. Þá höfðu Samskip frumkvæði að því að fundir (S)aðaleig-stjform-SH og (S)forstj með Eimskip 6. júní og 25. júlí 2008 voru haldnir. Þá ber að horfa til fjölmargra samskipta framkvæmdastjóra og forstöðumanna hjá Samskipum við Eimskip síðari hluta ársins 2008 og út rannsóknartímabilið. Vísast hér ekki síst til samskipta (S)frkvstj-millilandasv, (S)frkvstj-innanl, (S)frkvstj-Jóna, (S)forstö-innfl1 og (S)forstö-útfl við Eimskip við framkvæmd á hinu ólögmeða „Nýtt upphaf“ verkefni. Einnig vísast til aðgerða þessara stjórnenda sem miðuðu að því að viðhalda hinu samfellda samráði, t.d. með því að koma í veg fyrir að undirmenn myndu bjóða viðskiptavinum „grænlenk verð“ og setja þannig markaðsskiptinguna í uppnám. Horfir þetta til þyngingar viðurlaga.

35.2.5.6. Möguleg áhrif

16661. Samkvæmt orðalagi sínu gera ákvæði 37. gr. samkeppnislaga ekki þá kröfu að sektir séu ákvarðaðar með hliðsjón af áhrifum viðkomandi ráðstöfunar, sbr. einnig umfjöllun um eðli samráðsbrotta hér að framan. Samkvæmt því er heimilt og eðlilegt í því skyni að skapa varnaðaráhrif að leggja stjórnvaldssekt á fyrirtæki vegna brots á bannreglum samkeppnislaga þótt ekki sé sýnt fram á samkeppnislegan skaða, t.d. að verð hafi hækkað eða keppinautur hafi hrökklast af markaði, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007, *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í samræmi við þetta er í EES/ESB-samkeppnisrétti ekki talið nauðsynlegt að meta hvort brot hafi skilað viðkomandi fyrirtæki hagnaði eða öðrum ávinningi. Leiðir skortur á ávinningi ekki til mildunar viðurlaga og eftir sem áður talið rétt að leggja á sekt til að tryggja varnaðaráhrif.⁶⁹⁴³

⁶⁹⁴³ Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB frá 26.10.2017 í máli nr. T-704/14, *Marine Harvest gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2017:753: „473. It should, moreover, be pointed out that it is apparent from the case-law that, even in the context of an infringement of Article 101 TFEU, the fact that an undertaking did not benefit from an infringement cannot preclude



16662. Sé aftur á móti sýnt fram á „að ólögmæt aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft áhrif til hækkunar sekta“ eins og segir í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008. Þýðing þessa getur verið tvíþætt:

- Það getur falið í sér rök fyrir hækkun sektar hafi brot verið framkvæmt. Dæmi um þetta er ólögmætur samningur markaðsráðandi fyrirtækis sem kemst til framkvæmda, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2002, *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Annað dæmi er samráð sem er hrint í framkvæmd, sbr. dóm Hæstaréttar frá 27. nóvember 2014 í máli nr. 112/2014, *Samkeppniseftirlitið gegn Langasjó o.fl.*
- Það getur síðan falið í sér frekari rök fyrir hækkun sektar hafi framkvæmd haft bein áhrif á markaðnum, t.d. bein áhrif á verð eða keppinaut.⁶⁹⁴⁴

16663. Varðandi síðarnefnda atriðið þá sýnir dómaframkvæmd að í þeim tilvikum þar sem broti hefur verið hrint í framkvæmd þá getur sú staðreynd leitt til þeirrar niðurstöðu að talið verði að brotið hafi haft bein áhrif á markaðnum. Bein áhrif leiða þó ekki í öllum tilvikum af framkvæmd á broti.⁶⁹⁴⁵ Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 er fjallað um ólögmætt samráð keppinauta sem höfðu nálægt 100% markaðshlutdeild á þeim mörkuðum sem samráðið tók til. Áfrýjunarnefndin dró eftirfarandi ályktun af framkvæmd á þessu samráði:

„[...] sú staðreynd að olíufélögin höfðu með sér umfangsmikið ólögmætt samráð gefur ein og sér vísbendingu um að ávinningur hafi orðið vegna samráðsins. Fyrirnefnd 52. gr. samkeppnislaga gerir og beinlínis ráð fyrir því að slíkur ávinningur geti orðið m.a. af ólögmættu samráði. Þar fyrir utan virðast olíufélögin sjálf hafa litið svo á að samráðið hafi skilað þeim ávinningi í ýmsum þeim tilvikum sem reifuhð hafa verið í III. hluta úrskurðar þessa.“

16664. Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 19. janúar 2015, *Skeljungur hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, var ekki fallist á kröfu um ógildingu á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli 3/2004. Í dómnum segir:

„Eins og fram hefur komið var markmið samráðs olíufélaganna að auka eða koma í veg fyrir lækkun á framlegð af sölu þeirra á eldsneyti og auka þar með eða viðhalda ávinningi félaganna. Miðað við gögn sem rakin eru í ákvörðun samkeppnisráðs um samskipti starfsmanna félaganna á samráðstímanum má gera ráð fyrir að þetta hafi tekist í meginatriðum. Almennt verður að ætla að fyrirtæki leggi ekki stund á jafn umfangsmikið samráð í svo langan tíma og raun ber vitni nema að hafa af því ávinning.“

16665. Í umfjöllun um skaða af samráðinu benti dómurinn m.a. á þetta: „Að virtu eðli þeirrar starfsemi sem hér var um að ræða, og margþættum áhrifum hennar á viðskipti og atvinnulíf, telur dómurinn einnig að stefnanda og samstarfsaðilum hans hafi hlotið að vera ljóst að um væri að ræða verulega skaðlega háttsemi fyrir samfélagið allt. Þessu til stuðnings má vísa til áður tilvitnaðrar yfirmatsgerðar. Þá telur

the imposition of a fine since otherwise it would cease to have a deterrent effect (see judgment of 8 July 2008, BPB v Commission, T-53/03, EU:T:2008:254, paragraph 441 and the case-law cited). The Commission is not required, in fixing the amount of fines, to take into consideration any lack of benefit from the infringement (see judgment of 29 November 2005, SNCZ v Commission, T-52/02, EU:T:2005:429, paragraph 90 and the case-law cited). The Commission is not obliged to establish in every case, for the purpose of determining the amount of the fine, the financial advantage linked to the infringement found to have been committed. The absence of such an advantage cannot be regarded as an attenuating circumstance (see judgment of 8 July 2008, BPB v Commission, T-53/03, EU:T:2008:254, paragraph 442 and the case-law cited). 474. Likewise, the Commission is not required to take into account, in fixing the amount of a fine, any lack of profit [...].“ Dómur undirréttarins var staðfestur með dómi dómstóls ESB frá 04.03.2020 í máli nr. C-10/18, EU:C:2020:149.

⁶⁹⁴⁴ Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2001 er gerður greinarmunur á því hvort tiltekið samráð hafi komist til framkvæmda annars vegar og hvort það hafi haft bein áhrif á verð (verðáhrif) hins vegar. Sjá hér einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. AT.37027, *Zinc Phosphate*: „... the actual impact of a complex of agreements in the market depends on, first whether these arrangements were implemented and, secondly, whether the implementation of these arrangements produced an effect in the market“, sbr. og dóm dómstóls ESB í málinu, nr. C-76/06, EU:C:2007:326.

⁶⁹⁴⁵ Sjá mgr. 69-70 í dómi undirréttar ESB frá 14.05.2014 í máli nr. T-406/09, *Donau Chemie gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2014:254. Dómnum var ekki áfrýjað.



dómurinn rétt að líta til þess við ákvörðun sektar að brot olíufélaganna stóð yfir í mörg ár og laut að umfangsmiklum viðskiptum þeirra hér á landi með mikilvæga nauðsynjavöru. Auk þess ber að taka tillit til þess að samráðið var þaulskipulagt og æðstu stjórnendur félaganna tóku þátt í því gegn betri vitund." Dómur héraðsdóms var staðfestur með vísan til forsendna með dómi Hæstaréttar frá 4. febrúar 2016 í máli nr. 272/2015.

16666. Við mat á mögulegum áhrifum af broti Samskipa liggur fyrir að fram til júní 2008 var tiltekið samráð Samskipa og Eimskips í sjóflutningum, landflutningum og skipaafgreiðslu í framkvæmd, sbr. m.a. umfjöllun hér á eftir um tímalengd brota Samskipa. Þá ákváðu fyrirtækin ekki aðeins á fundinum 6. júní 2008 að hefja „Nýtt upphaf“ verkefnið, heldur var því í kjölfarið hrint í framkvæmd. Fjölmörg samskipti áttu sér stað og aukið samráð fyrirtækjanna skoðað eða hrint í framkvæmd. Þannig höfðu fyrirtækin samráð í tengslum við ákvarðanir um breytingar á siglingakerfum og takmörkun á flutningsgetu sinni. Jafnframt gripu fyrirtækin til stuðningsaðgerða til að tryggja framgang samráðsins. Var samráðið einnig framkvæmt m.a. með því að auka samstarf í sjóflutningum til og frá Íslandi og landflutningum. Jafnframt hafði samráðið í för með sér aukið gámasamstarf. Markaðsskipting var framkvæmd með því að Samskip og Eimskips forðuðust að keppa um mikilvæga viðskiptavinum og sköpuðu þannig kjöraðstæður til þess að halda uppi eða hækka verð. Tóku aðgerðir fyrirtækjanna í heild sinni til langs tímabils.
16667. Ólögmatu samráði Samskipa og Eimskips var þannig varðandi mikilvæg atriði hrint í framkvæmd. Þegar þetta er virt með hliðsjón af sameiginlegri yfirburðarstöðu fyrirtækjanna á viðkomandi mörkuðum var samráðið óhjákvæmilega til þess fallið að raska samkeppni með alvarlegum hætti. Horfir þetta til þyngingar viðurlaga Samskipa.
16668. Sem fyrir segir er við ákvörðun sektar fyrir brot gegn bannreglum samkeppnislaga ekki skylt að horfa til þess hvort brot hafi haft bein áhrif og t.d. skilað viðkomandi fyrirtæki hagnaði eða öðrum ávinningi. Ekki er því ástæða til að leggja á það mat hver voru bein áhrif af samráði Samskipa og Eimskips.
16669. Til hliðsjónar má taka fram að samkvæmt mgr. 31 í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB frá 2006 um útreikning sekta sem lagðar eru á vegna brota á samkeppnisreglum getur framkvæmdastjórnin hækkað sekt í því skyni að hún verði hærri en sem nemur hagnaði sem rekja má til brotsins, eftir því sem unnt er að áætla þá fjárhæð.⁶⁹⁴⁶ Samskonar ákvæði var í eldri sektarleiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar frá 1998. Framkvæmdastjórnin hefur aftur á móti ekki beitt þessum heimildum, hvorki samkvæmt hinum eldri né yngri leiðbeiningunum.⁶⁹⁴⁷ Samkvæmt 52. gr. eldri samkeppnislaga nr. 8/1993 var heimilt að leggja á hærri sekt en 40 milljónir kr. ef „sannanlegur ábat“ nam „hærri fjárhæð en 40 milljónum króna“ og sektarhámarkið var þá 10% af veltu. Með lögum nr. 107/2000 var þessi skylda samkeppnisyfirvalda til að sanna ábata fyrirtækis af samráði felld niður og var þetta liður í frekari aðlögun íslensks samkeppnisréttar að EES/ESB-samkeppnisrétti.
16670. Hvað varðar bein áhrif má engu að síður ætla að fyrirtækið hafi ekki lagt stund á jafn umfangsmikið samráð yfir svo langt tímabil sem raun ber vitni nema hafa af því ávinning. Í athugasemdum sínum við AI og AII settu Samskip m.a. fram eftirfarandi sjónarmið:
- Fyrirtækið mótmælir því að „meint samráð“ hafi leitt af sér miklar og óeðlilegar verðhækkningar á sjó- og landflutningaþjónustu. Sjóflutningsgjöld „allra viðskiptavina Samskipa“ hafi í evrum talið lækkað samfellt allt rannsóknartímabilið, bæði í inn- og útflutningi. Þá hafi verðbreytingar Samskipa á gjaldskrá í landflutningum og þjónustugjöldum í inn- og útflutningi á rannsóknartímabilinu ekki náð að fylgja verðlagsþróun hér á landi.
 - Fyrirtækið mótmælir því að ummæli (S)forstj um að afkoma Samskipa á Íslandi hafi verið talin „afbúrða góð“ í miðri efnahagskreppu hér á landi skýrist af samráði við Eimskip og

⁶⁹⁴⁶ „Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003“, 2006/C 210/02.

⁶⁹⁴⁷ Sjá bls. 503 í EU Antitrust Procedure, ritstýrt af Ekaterina Rousseva, 2020. Samkeppniseftirlitinu er ekki kunnugt um beitingu þessarar heimildar í leiðbeiningunum frá árinu 2006 eftir árið 2020.



verðhækkunum. Ástæða bættrar afkomu hafi verið hagræðingaraðgerðir sem gripið hafi verið til á árunum 2008-2009 og betri leigukjör á skipum. Mikil ánægjan í samtímagögnum yfir afkomunni stafaði af því „*hversu vel tókst til við að bjarga félaginu út úr afar erfiðum aðstæðum.*“

16671. Þess ber að geta að hin tilvitnuðu sjónarmið voru ekki sett fram til stuðnings því að samráð Samskipa og Eimskip hafi ekki haft nein áhrif á verð viðskiptavina og afkomu Samskipa og að sekt Samskipa ætti því að vera lægri en ella. Þess í stað voru sjónarmiðin sett fram sem hluti af rökstuðningi Samskipa fyrir því að ekkert ólöglegt samráð við Eimskip hafi átt sér stað.

16672. Óháð því hvort framangreindar staðhæfingar Samskipa um verðþróun og afkomu séu réttar eða ekki geta þær samkvæmt framansögðu ekki haft áhrif við ákvörðun um sekt fyrirtækisins enda tekur málið til samráðs sem hafði að markmiði að raska samkeppni í skilningi samkeppnisréttarins. Samhengisins vegna er þó rétt að áréttta að staðhæfingar Samskipa eru ekki réttar. Vísast hér til kafla 33 þar sem m.a. þetta er rökstutt:

- Samskip og Eimskip hækkuðu ítrekað verð á þjónustu til viðskiptavina sinna á árunum 2008-2013, til að mynda með því að hækka gjaldskrár og þjónustugjöld, taka upp ný gjöld eða lækka eða fella niður afslætti. Verðhækkanirnar tóku til flutningsgjalda hvort sem þau voru í erlendri mynt eða íslenskri krónu.
- Þvert á staðhæfingar Samskipa voru uppsafnaðar hækkanir fyrirtækisins á gjaldskrárám í landflutningum og þjónustugjöldum í inn- og útflutningi umfram hækkanir á vísitölu neysliverðs á megin brotatímabilinu. Hækkaði vísitala neysliverðs um rúm 36% frá júní 2008 til desember 2013 á sama tíma og hækkun á gjaldskrá fyrir landflutninga nam um 45%. Þá hækkaði gjaldskrá fyrir þjónustugjöld vegna innflutnings á sama tímabili um 62-71% og vegna útflutnings um 41-81%.
- Samskip hækkuðu gjaldaliði í gjaldskrá fyrir sjófrakt (sem var í evrum) umfram hækkun samræmdrar vísitölu neysliverðs á evrusvæðinu á samráðstímabilinu. Samræmda vísitalan hækkaði um rúm 8,5% á sama tíma og gjaldaliðir úr gjaldskrá fyrir sjófrakt hækkuðu á bilinu 31-41% í evrum. Gögn málsins sýna sömuleiðis að einingaverð í sjóflutningi lækkaði ekki samfelld allt samráðstímabilið eins og Samskip halda fram.
- Ekkert í sjónarmiðum Samskipa leyfir þá ályktun að Samkeppniseftirlitið hafi misskilið eða dregið rangar ályktanir af samtímagögnum sem sýna mikla ánægju stjórnenda með afkomu Samskipa á Íslandi eftir að „*Nýtt upphaf*“ verkefnið hófst í júní 2008. Af samtímagögnum má þvert á móti álykta að eftir það tímamark hafi því markmiði (S)aðaleig-stjform-SH verið náð að vernda og styrkja hlutverk Samskipa hf. sem „*cash cow*“ fyrir Samskip Holding.

35.2.6. Tímalengd brota

16673. Samkvæmt 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga skal við ákvörðun á fjárhæð sekta hafa hliðsjón af því hvað brot hafa staðið lengi.

16674. Samskip hófu aukið samráð við Eimskip eftir fund fyrirtækjanna 6. júní 2008 og var því samfellda samráði ekki lokið þegar húsleitir fóru fram í september 2013. Er það megin brotatímabil þessa máls. Þann 6. júní 2008 voru m.a. yfirstandandi eftirfarandi brot Samskipa og urðu þau hluti af hinu aukna samráði:

- Samráð við Eimskip í sjóflutningum milli Íslands og annarra Evrópulanda. Var það á grundvelli svonefnds „*neyðarsamkomulags*“ sem Samskip og Eimskip undirrituðu 30. nóvember 2001.
- Samráð við Eimskip í sjóflutningum milli Íslands og Norður-Ameríku. Hófst það brot Samskipa 1. september 2004 þegar undanþága frá banni 10. gr. samkeppnislaga féll úr gildi, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 11/2003.



- Samráð við Eimskip sem tók til landflutninga á Norðurlandi. Hófst það a.m.k. ekki seinna en í ársbyrjun 2005.
- Samráð við Eimskip um skipaafgreiðslu á Reyðarfirði frá a.m.k. nóvember 2007.

16675. Með vísan til framangreinds er ljóst að í skilningi samkeppnislaga stóðu brot Samskipa lengi, sbr. til hliðsjónar dóma Hæstaréttar frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, og 28. apríl 2016 í máli nr. 419/2015, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

16676. Horfir þessi langi brotatími til þyngingar viðurlaga.

16677. Við mat á fjárhæð sektar Samskipa er aftur á móti höfð hliðsjón af því að það dró úr umfangi samráðsins eftir því sem leið á brotatímabilið.

35.2.7. Ítrekun

16678. Samkvæmt 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga skal við ákvörðun á fjárhæð sektar hafa hliðsjón af því hvort um ítrekað brot er að ræða. Ítrekun leiðir að öllu jöfnu til þyngingar viðurlaga. Sú staðreynd að fyrirtæki fremur aftur sambærileg brot sýnir að sekt sem lögð var á í eldra máli hafði ekki áhrif til varnaðar frekari brotum þess, sbr. dóma Hæstaréttar frá 2. október 2008 í máli nr. 550/2007, *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, og 28. apríl 2016 í máli nr. 419/2015, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Um ítrekunaráhrif getur verið að ræða þrátt fyrir að ekki hafi verið lögð á sekt í hinu eldra máli.⁶⁹⁴⁸

16679. Sú staðreynd að fyrirtæki hafi ekki brotið af sér áður leiðir í samkeppnisrétti ekki til lægri viðurlaga en ella, ekki síst þegar um skýr brot er að ræða.⁶⁹⁴⁹

16680. Samskip hafa ekki áður gerst sek um brot á samkeppnislögum. Kemur því ekki til þyngingar viðurlaga sökum ítrekunar.

35.2.8. Varnaðaráhrif

16681. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013 var áréttað það sjónarmið að „*stjórnvaldssektum samkvæmt samkeppnislögum [er] m.a. ætlað að hafa varnaðaráhrif og er fjárhæð sekta mikilvæg í því sambandi.*“ Varðandi það hvort Samkeppniseftirlitinu sé heimilt að horfa til heildarveltu viðkomandi samstæðu við mat á hæfilegum sektum benti áfrýjunarnefnd á þetta: „*Var þá horft til þess að eigi stjórnvaldssektir samkvæmt samkeppnislögum að hafa tilætluð áhrif verði að taka mið af styrkleika hins brotlega fyrirtækis, en þar komi styrkleiki þeirrar samstæðu sem það tilheyrir meðal annars til skoðunar. Með vísan til úrskurða áfrýjunarnefndarinnar í málum nr. 4/2006 og 2/2010 og með hliðsjón af dómi Hæstaréttar 2. október 2008 í máli nr. 550/2007 er á það fallist með Samkeppniseftirlitinu að hér sé um málefnalegt viðurlagasjónarmið að ræða.*“ Með dómi Hæstaréttar frá 28. apríl 2016 í máli nr. 419/2015 var Samkeppniseftirlitið sýknað af kröfu Valitor hf. um að úrskurðurinn yrði felldur úr gildi.

16682. Í dómi Hæstaréttar frá 4. mars 2021 í máli nr. 26/2020, *Mjólkursamsalan ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, segir að við ákvörðun sekta samkvæmt 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga sé heimilt m.a. að líta til hvort „*álögð sekt sé til þess fallin að skapa varnaðaráhrif meðal annars með*

⁶⁹⁴⁸ Sjá t.d. mgr. 41 í dómi dómstóls ESB frá 08.02.2007 í máli nr. C-3/06, *Group Danone gegn framkvæmdastjórninni*: „... the Court of First Instance correctly noted, at paragraph 363 of the judgment under appeal, that the concept of repeated infringement does not necessarily imply that a fine has been imposed in the past, but merely that a finding of infringement of Community competition law has been made in the past.”

⁶⁹⁴⁹ Sjá mgr. 369 í dómi undirréttar ESB frá 10.03.1992 í máli nr. T-11/89, *Shell gegn framkvæmdastjórninni*: „The Court holds that the fact that the Commission has in the past already found an undertaking guilty of infringing the competition rules and penalized it for that infringement may be treated as an aggravating factor as against that undertaking but that the absence of any previous infringement is a normal circumstance which the Commission does not have to take into account as a mitigating factor, especially since the present case involves a particularly clear infringement of Article 85(1) of the EEC Treaty.” Sjá einnig mgr. 339-341 í dómi undirréttar ESB frá 16.09.2013, *CEPSA gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2013:438, staðfestur með dómi dómstóls ESB í máli nr. C-608/13, EU:C:2016:414.



tilliti til fjárhagslegs styrkleika aðila." Í dómi Hæstaréttar frá 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019, *Byko ehf. og Norvik hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, var fallist á að beina mætti sektarákvörðun að Norvik hf. vegna brota sem framin voru í nafni dótturfélagsins Byko ehf. Var þá horft til heildarveltu og eigin fjár Norvikur hf. og fjárhagslegur styrkur þess félags talinn vera töluverður.

16683. Í mgr. 36-39 í skriflegum athugasemdum ESA frá 19. september 2018, sem lagðar voru fram í máli Landsréttar nr. 490/2018, er bent á að bæði dómstóll ESB og EFTA-dómstóllinn hafi lagt áherslu á varnaðaráhrif sekta í dómum sínum. Hafi dómstóll ESB ítrekað komist að þeirri niðurstöðu að réttlæt看legt sé að taka tillit til „stærðar og alþjóðlegra eigna fyrirtækis. Þar er vísað til þeirra áhrifa sem leitast er við að hafa á viðkomandi fyrirtæki til að tryggja að sektin hafi nægjanleg varnaðaráhrif. Viðurlög megi ekki vera óveruleg, sérstaklega þegar litið er til fjárhagslegrar getu fyrirtækis.“ Þá bendir ESA á að markmið sekta sé að koma í veg fyrir ólöglegt athæfi og endurtekin brot. Til þess að tryggja almenn varnaðaráhrif sé nauðsynlegt að álögð sekt letji fyrirtæki „af áþekkri stærð“ frá því að taka þátt í svipuðum brotum á samkeppnisreglum. ESA fjallaði einnig um þessi atriði í mgr. 38-41 í skriflegum athugasemdum frá 23. október 2019, sem lagðar voru fram í máli Hæstaréttar nr. 42/2019. Kemur þar jafnframt fram að í samræmi við dómaframkvæmd sé í sektarleiðbeiningum ESA miðað við að taka verði „sérstakt tillit til mikilvægi þess að gæta að því að viðurlögin hafi nægjanleg varnaðaráhrif og að hækka sekt þeirra fyrirtækja sem hafa sérstaklega háa veltu umfram sölu á þeim vörum sem brotið nær til.“

16684. Til þess að tryggja varnaðaráhrif hefur því þannig verið slegið föstu í dómaframkvæmd að heimilt sé við ákvörðun sektar að horfa til heildarveltu viðkomandi fyrirtækis. Sú heildarvelta veitir vísbendingu um stærð og fjárhagslegan styrk viðkomandi fyrirtækis.⁶⁹⁵⁰ Eru og bein tengsl milli annars vegar heildarveltu eða heildarstærðar viðkomandi fyrirtækis og hins vegar nauðsyn þess að tryggja fullnægjandi varnaðaráhrif.⁶⁹⁵¹ Að því er snertir varnaðaráhrif er í dómi yfirdeildar dómstóls ESB frá 26. nóvember 2013 í máli nr. C-58/12, *Group Gascogne gegn framkvæmdastjórninni*, lögð áhersla á mikilvægi þess að horfa til heildarveltu þeirra félaga sem mynda eina efnahagslega einingu og eru þar með eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnisréttarins:

„50. The taking into consideration of the size and global resources of the undertaking in question is justified by the impact sought on the undertaking concerned, in order to ensure that the fine has sufficient deterrent effect, as the sanction must not be negligible in the light, particularly, of its financial capacity (*Lafarge v Commission*, paragraph 104).

51. In those circumstances, when assessing the financial resources of an undertaking to which a breach of the EU competition law rules is attributed, the taking into account of the turnover of all the companies in respect of which the undertaking concerned has the opportunity to exercise a decisive influence is justified.

52. In particular, when the undertaking to which the infringement is attributed heads a group which constitutes an economic unit, the turnover of the group as a whole must be taken into account when calculating the upper limit of the amount of the fine referred to in Article 23(2) of Regulation No 1/2003.

53. That turnover is the best indicator of the ability of the undertaking concerned to mobilise the funds needed to pay the fine.“

⁶⁹⁵⁰ Sjá mgr. 330 í dómi EFTA-dómstólsins frá 05.05.2022 í máli nr. E-12/2022, *Telenor gegn Eftirlitssöfnun EFTA*: „It is established case law that an undertaking's overall turnover may be taken into account. The overall turnover constitutes an indication, albeit an approximate and imperfect one, of the undertaking's size and its economic power.“

⁶⁹⁵¹ Sjá hér t.d. dóm dómstóls ESB frá 26.09.2013 í máli nr. C-679/11, *Alliance One International gegn framkvæmdastjórninni*, EU:C:2013:606: „73. [...] The link between, on the one hand, the size and overall resources of undertakings and, on the other, the need to ensure that the fine has a deterrent effect cannot be disputed [...]



16685. Eins og rökstutt hefur verið eru Samskip Holding og Samskip hf. ein efnahagsleg eining og þannig eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga. Verður því að horfa til þessa fyrirtækis í heild sinni til að tryggja fullnægjandi varnaðaráhrif.
16686. Á heimasíðu Samskipa hér á landi er fyrirtækinu lýst sem einu „af stærri flutningafyrirtækjum í Evrópu“ og tekið fram að það hafi starfsstöðvar í 24 löndum í Evrópu, Norður- og Suður-Ameríku, Asíu og Ástralíu. Starfsmenn séu um 1.500 talsins um allan heim. Höfuðstöðvar Samskipa „eru í Hollandi og frá stofnun þess á Íslandi árið 1991 hefur það stækkað hratt, bæði vegna innri vaxtar og kaupa á öðrum félögum. Meginstarfsemi félagsins byggir á gámaflutningum í Evrópu, flutningum á Norður-Atlantshafi, hitastýrðum flutningum um allan heim ásamt flutningsmiðlun og stórflutningum í Evrópu.“⁶⁹⁵²
16687. Samkvæmt ársreikningi var heildarvelta Samskipa Holding á árinu 2022 um 137 ma. kr. Eigið fé Samskipa Holding í árslok 2022 var um 14,3 ma. kr. Til samanburðar var á sama ári heildarvelta dótturfélagsins Samskipa hf. um 32 ma. kr. og eigið fé um 9 ma. kr.
16688. Ljóst er samkvæmt framansögðu að Samskipasamstæðan er í skilningi samkeppnislaga fjárhagslega öflugt alþjóðlegt fyrirtæki. Verður að hafa það í huga við ákvörðun sekta á hendur Samskip Holding til að tryggja nægjanleg varnaðaráhrif. Eins og fyrr greinir er hið formlega sektarhámark í máli þessu 10% af heildarveltu Samskipa Holding á árinu 2022, eða um 13,7 ma. kr.

35.2.9. Möguleg atriði sem horfa til mildunar viðurlaga

16689. Í mgr. 4732 AII gerði Samkeppniseftirlitið Samskipum hf. og Samskip Holding grein fyrir því að í málinu kæmi til álita „að leggja á verulega íþyngjandi viðurlög skv. 37. gr. samkeppnislaga, nema andmæli fyrirtækjanna leiði til annars.“ Fyrirtækin kusu að tjá sig ekki um möguleg viðurlög og bentu þar að leiðandi ekki á nein atriði sem að mati þeirra ættu að leiða til þess að möguleg sekt yrði lægri en ella.
16690. Fjallað var um tölvupósta **(S)stjform-S** 8. júlí og 11. júlí 2023 hér að framan. Í svörum Samkeppniseftirlitsins 10. og 12. júlí 2023 voru settar fram leiðbeiningar [
16691. ⁶⁹⁵³

⁶⁹⁵² <https://www.samskip.is/um-samskip/>. Síða heimsótt í júní 2023.

⁶⁹⁵³ [...]

16692.]⁶⁹⁵⁴

16693. Ljóst er að málsmeðferð í þessu máli hefur tekið langan tíma. Eins og ítarlega er rökstutt í kafla 24.2 áttu sér þó ekki stað neinar óréttlætanagerar tafir hjá Samkeppniseftirlitinu. Þegar af þeirri ástæðu getur langur málsmeðferðartími ekki leitt til lægri sekta en ella, sbr. m.a. dóm EFTA dómstólsins frá 5. maí 2022 í máli nr. E-12/20, *Telenor gegn Eftirlitsstofnun EFTA*.⁶⁹⁵⁵

16694. Sem áður segir hefur Samkeppniseftirlitið hliðsjón af því að það dró úr umfangi samráðsins eftir því sem leið á brotatímabilið.

16695. Að mati Samkeppniseftirlitsins getur það ekki horft til mildunar að samráð Samskipa við Eimskip átti sér m.a. stað þegar efnahagskreppa ríkti hér á landi.⁶⁹⁵⁶ Ljóst er t.d. að ef keppinautar bregðast við samdrætti í eftirspurn með því að hafa samráð um að draga úr framboði sínu er eftir sem áður um að ræða markmiðsbrot í skilningi samkeppnisréttar.⁶⁹⁵⁷ Þegar alvarlegir efnahagsörðugleikar eru til staðar er sérstaklega mikilvægt að keppinautar hafi ekki með sér samráð þar sem aðgerðir „sem takmarka samkeppni framlengja efnahagsörðugleika og vinna gegn bata“, sbr. framangreind skýrsla Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008, *Öflug uppbygging*.

35.2.10. Leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA

16696. Í máli þessu er 53. gr. EES-samningsins beitt í samræmi við VII. kafla samkeppnislaga, sbr. m.a. 1. mgr. 26. gr. laganna. Þar sem brot Samskipa voru til þess fallin að hafa áhrif á viðskipti milli aðildarríkja EES-samningsins er komist að þeirri niðurstöðu að Samskip hafi, auk brota á 10. gr. samkeppnislaga, einnig brotið gegn 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

⁶⁹⁵⁴ Felld út vegna trúnaðar.

⁶⁹⁵⁵ Í þessu máli hófst rannsókn ESA á misnotkun Telenor á markaðsráðandi stöðu á árinu 2012. Á árinu 2020 tók ESA ákvörðun og lagði sekt á Telenor vegna brota á 54. gr. EES-samningsins. Eins og fram kemur í mgr. 354 og áfram í dómnum krafðist Telenor að sekt yrði lækkuð vegna þess að málsmeðferðin hefði tekið of langan tíma. Dómstóllinn féllst ekki á þetta. Í fréttatilkynningu hans var sú niðurstaða reifuð svo: „Að því er varðaði lengd málsmeðferðarinnar, taldi EFTA-dómstóllinn að ekki hefði verið óhæfilegur dráttur eða nokkurt aðgerðarleysi í tengslum við málsmeðferðina hjá ESA. Þó svo að ítarleg rannsókn ESA hefði óhjákvæmilega leitt til þess að málsmeðferðin varð lengri, taldi EFTA-dómstóllinn að tímalengdin væri eðlileg í ljósi umfangs og flækjustígs málsins og til að tryggja andmælarétt Telenor.“ Fréttatilkynning 01/2022.

⁶⁹⁵⁶ Í dómi undirréttar ESB frá 16.09.2013 í máli nr. T-412/2010, *Roca gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2013, hélt fyrirtæki því fram að framkvæmdastjórnin hefði við álagningu sektar vegna þátttöku í ólögumætu samráði ranglega ekki tekið tillit til mikilla efnahagsörðugleika (e. *economic crisis*). Undirrétturinn féllst ekki þetta og benti á að ólögumætt samráð kæmi oft til vegna erfiðleika á markaði. Væri framkvæmdastjórninni því ekki skylt að horfa til slíkra erfiðleika, sbr. mgr. 163 í dómnum.

⁶⁹⁵⁷ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 20.11.2008 í máli nr. C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643. Sjá einnig framlag framkvæmdastjórnar ESB í skýrslu OECD frá október 2011, *Crisis Cartels (DAF/COMP/GF(2011)11)*, bls. 120: „An agreement to reduce overcapacity amounts in principle to a restriction of competition by object under Article 101(1) TFEU.“



16697. Við ákvörðun sekta vegna brota Samskipa á 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins leggur Samkeppniseftirlitið á sekt í samræmi við 37. gr. samkeppnislaga. Sem fyrr segir leggur Samkeppniseftirlitið við beitingu þess ákvæðis til grundvallar leiðbeiningar sem fram hafa komið í úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála og dómum íslenskra dómstóla. Í samræmi við lögskýringagögn og innlenda dómaframkvæmd hefur Samkeppniseftirlitið einnig við beitingu 37. gr. samkeppnislaga hliðsjón af réttarframkvæmd í EES/ESB-samkeppnisrétti. Aftur á móti mælir EES-löggjöf ekki fyrir um samræmda álagningu á sektum vegna brota á samkeppnisreglum EES-samningsins.

16698. Eftirlitsstofnum EFTA (ESA) hefur fjallað um þetta í skriflegum athugasemdum fyrir íslenskum dómstólum. Í athugasemdum ESA frá 19. september 2018, sem lagðar voru fram í landsréttarmálinu nr. 490/2018, sagði:

„33. Í EES-löggjöf er álagning sekta samkeppnisyfirvalda í EES-ríkjum ekki samræmd. Leiðbeiningar ESA um útreikning sekta sem lagðar eru á samkvæmt a-lið 2. mgr. 23. gr. í II. kafla bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól („Leiðbeiningar ESA“) eru heldur ekki bindandi fyrir samkeppnisyfirvöld EFTA-ríkjanna. Hins vegar lýsa leiðbeiningar ESA hvernig ESA og framkvæmdastjórnin fullnusta samkeppnisreglum EES-samningsins á skilvirkan hátt með því að leggja sektarfjárhæð á fyrirtæki í samræmi við þau brot sem þau hafa verið fundin sek um á samkeppnisreglum EES-réttar.

33. Leiðbeiningar ESA geta því gagnast samkeppnisyfirvöldum og dómstólum EFTA-ríkjanna þegar meta á fjárhæð sekta sem lagðar eru á fyrirtæki fyrir brot á ákvæðum 53. gr. EES-samningsins.

34. Almennt verða EES-ríki að sjá til þess að viðurlög vegna brota á EES-rétti séu skilvirk, í réttu hlutfalli við brot og að þau hafi varnaðaráhrif. Skilvirkni viðurlaga sem samkeppnisyfirvöld innan EES-svæðisins beita er forsenda þess að framkvæmd ákvæða 53. gr. EES-samningsins sé samræmd.“

16699. ESA fjallaði einnig um þessi atriði í mgr. 36-37 í skriflegum athugasemdum frá 23. október 2019, sem lagðar voru fram í máli Hæstaréttar nr. 42/2019.

16700. Í ljósi framangreinds er í þessari ákvörðun sett fram mat á því hver væri reiknuð svonefnd grunnfjárhæð sektar á grundvelli leiðbeininga ESA.⁶⁹⁵⁸ Er þetta gert til hliðsjónar, sbr. nánar hér á eftir.

35.2.10.1. Grunnfjárhæðin

16701. Eins og lýst verður er grunnfjárhæð ákveðið hlutfall af söluverðmæti þeirrar þjónustu sem brotið tengist og er sú fjárhæð margfölduð með þeim árafjölda sem brotið stóð yfir. Rökin sem liggja til grundvallar þessari aðferðafræði koma m.a. fram í 6. mgr. leiðbeininganna:

„6. Litið er svo á að samanlögð áhrif söluverðmætisins, sem brotið varðar, og þess hversu lengið brotið hefur viðgengist séu heppilegt staðgöngugildi við mat á efnahagslegri þýðingu brotsins og hlutfallslegri aðild hvers fyrirtækis að brotinu. Með því að taka mið af þessum þáttum fæst góð vísbending um stærðargráðu sektar en ekki má líta á þá sem grundvöll að sjálfvirkri talnareikningsaðferð.“

16702. Í mgr. 12 og áfram í leiðbeiningunum er því nánar lýst hvernig grunnsektir eru reiknaðar út:

„12. Grunnfjárhæðin verður reiknuð með tilvísun til söluverðmætis og samkvæmt eftirfarandi aðferð.

A. ÚTREIKNINGUR SÖLUVERÐMÆTIS

⁶⁹⁵⁸ Aðgengilegar hér: <https://www.efta.int/sites/default/files/documents/eea-supplements/icelandic/2006-is/su-nr-63-is-21-12-2006.pdf>.



13. Þegar Eftirlitsstofnun EFTA ákvarðar grunnfjárhæð sektarinnar verður tekið mið af söluverðmæti vöru eða þjónustu sem brotið tengist beint eða óbeint og fyrirtækið hefur selt á viðkomandi landsvæði á Evrópska efnahagssvæðinu. Að jafnaði verður tekið mið af sölu fyrirtækisins síðasta heila reikningsár sem það átti aðild að brotinu (nefnist hér „söluverðmæti“).

16703. Mgr. 13 í leiðbeiningum ESA er efnislega samhljóða mgr. 13 í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB frá 2006. Í dómi dómstóls ESB frá 9. júlí 2015 í máli nr. C-231/14, *InnoLux gegn framkvæmdastjórninni*, var mgr. 13 í leiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar skýrð svo:

„49. Point 13 of the 2006 Guidelines states, „[i]n determining the basic amount of the fine to be imposed, the Commission will take the value of the undertaking’s sales of goods or services to which the infringement directly or indirectly ... relates in the relevant geographic area within the EEA“. Those Guidelines state, at point 6, that „[t]he combination of the value of sales to which the infringement relates and of the duration of the infringement is regarded as providing an appropriate proxy to reflect the economic importance of the infringement as well as the relative weight of each undertaking in the infringement“.

50. Point 13 of the Guidelines on the method of setting fines therefore pursues the objective of adopting, as the starting point for the setting of the fine imposed on an undertaking, an amount which reflects the economic significance of the infringement and the relative size of the undertaking’s contribution to it (judgments in *Team Relocations and Others v Commission*, C-444/11 P, EU:C:2013:464, paragraph 76; *Guardian Industries and Guardian Europe v Commission*, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, paragraph 57; and *LG Display and LG Display Taiwan v Commission*, C-227/14 P, EU:C:2015:258, paragraph 53).

51. Consequently, the concept of the value of sales referred to in point 13 of those Guidelines encompasses the sales made on the market concerned by the infringement in the EEA, and it is not necessary to determine whether those sales were genuinely affected by that infringement, since the proportion of the overall turnover deriving from the sale of goods in respect of which the infringement was committed is best able to reflect the economic importance of that infringement (see, to that effect, judgments in *Team Relocations and Others v Commission*, C-444/11 P, EU:C:2013:464, paragraphs 75 to 78; *Guardian Industries and Guardian Europe v Commission*, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, paragraphs 57 to 59; *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, paragraphs 148 and 149; and *LG Display and LG Display Taiwan v Commission*, C-227/14 P, EU:C:2015:258, paragraphs 53 to 58 and 64).“

16704. Samkvæmt þessu tekur söluverðmæti til veltu á þeim mörkuðum sem brotið tók til og þarf ekki að sýna fram á að brotið hafi raunverulega haft áhrif á viðkomandi veltu.⁶⁹⁵⁹

16705. Samkvæmt 17. mgr. leiðbeininganna skal söluverðmætið miðast við veltu án virðisaukaskatts eða annarra skatta sem tengjast sölunni beint. Síðar segir:

„19. Grunnfjárhæð sektarinnar miðast við hlutfall af söluverðmæti, sem fer eftir því hversu alvarlegt brotið er, margfaldað með fjölda ára sem brotið hefur viðgengist.“

⁶⁹⁵⁹ Í þessu sambandi hefur dómstóll ESB sagt að önnur túlkun færi gegn tilgangi mgr. 13 í leiðbeiningunum og myndi verðlauna þau fyrirtæki sem best tekst að leynd brotum sínum. Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 23.04.2015 í máli nr. C-277/14, *LG Display gegn framkvæmdastjórninni*, EU:C:2015:258: „[...] while the concept of the value of sales referred to in point 13 of those guidelines admittedly cannot extend to encompassing sales made by the undertaking in question which do not fall within the scope of the alleged cartel, it would, however, be contrary to the goal pursued by that provision if that concept were to be understood as applying only to turnover achieved by the sales in respect of which it is established that they were actually affected by that cartel [...]

54. Such a limitation would, in addition, have the effect of artificially minimising the economic significance of the infringement committed by a particular undertaking, since the mere fact that a limited amount of direct evidence of sales actually affected by the cartel had been found would lead to the imposition of a fine which bore no actual relation to the scope of application of the cartel in question. Such a reward for secrecy would also adversely affect the objective of effective investigation and sanctioning of infringements of Article 101 TFEU and, therefore, cannot be permitted [...]



16706. Í mgr. 329 í dómi EFTA dómstólsins frá 5. maí 2022 í máli nr. E-12/20, *Telenor gegn Eftirlitsstofnun EFTA*, var talið að þessi aðferðafræði ESA væri málefnaleg og fæli í sér hlutlægan og réttmætan mælikvarða á því tjóni sem viðkomandi brot veldur eðlilegri samkeppni.⁶⁹⁶⁰
16707. Í mgr. 20 og áfram í leiðbeiningunum er fjallað um mat á alvarleika brots og hvaða hlutfall af söluverðmæti skuli miða við í hverju máli fyrir sig:
- „20. Mat á því hversu alvarlegt brotið er fer fram í hverju einstöku tilviki fyrir allar tegundir brota, að teknu tilliti til allra aðstæðna sem skipta máli.*
- 21. Fylgt er þeirri almennu reglu að leggja allt að 30 % af söluverðmæti til grundvallar útreikningi.*
- 22. Til þess að geta ákveðið í hverju tilviki hvort það hlutfall af söluverðmæti, sem lagt er til grundvallar, skuli vera neðarlega eða ofarlega á þessu bili mun Eftirlitsstofnun EFTA hafa hliðsjón af ýmsum þáttum, meðal annars eðli brotsins, samanlagðri markaðshlutdeild allra hluta hlutaðeigandi fyrirtækja, landsvæðinu sem brotið nær til og hvort brotið hefur komist í framkvæmd.*
- 23. Láréttir samningar um verðsamráð, markaðsskiptingu og takmörkun framleiðslu, sem fara venjulega leynt, eru í eðli sínu einhverjar skaðlegustu samkeppnishömlur sem um getur. Það er stefnuatriði að ákvarða fyrirtækjum þungar sektir vegna slíkra brota. Þess vegna verður hlutfall af söluverðmæti, sem sektarákvörðun vegna slíkra brota er miðuð við, að jafnaði fremur ofarlega á áðurnefndu bili.*
- 24. Til þess að taka að fullu til greina hversu lengi hvert fyrirtæki hefur átt aðild að brotinu verður fjárhæðin, sem ákvörðuð er á grundvelli söluverðmætis (sjá 20.–23. mgr. hér á undan), margfölduð með fjölda ára sem fyrirtækið hefur átt aðild að brotinu. Styttri tímabil en sex mánuðir verða talin sem hálf ár; tímabil, sem eru lengri en sex mánuðir en styttri en eitt ár, verða talin sem heilt ár.“*
16708. Samkvæmt leiðbeiningunum er samráð keppinauta um verð, takmörkun á framleiðslu og markaðsskiptingu því þess eðlis að almennt ber að leggja á þung viðurlög. Varðandi slík brot miðar framkvæmdastjórnin að jafnaði við fjárhæð sem er á bilinu 15% til 25% af söluverðmætinu.⁶⁹⁶¹
16709. Í ljósi eðli og umfangs brota Samskipa er ljóst að aldrei yrði miðað við lægra hlutfall en 15% af söluverðmæti og mæla sterk rök með því að hlutfallið ætti að vera mun hærra, sbr. umfjöllun í þessum kafla um m.a. alvarleika brota fyrirtækisins. Aftur á móti er óþarfi að slá því föstu og verður grunnsektin því reiknuð miðað við annars vegar 15% og hins vegar 25% af söluverðmæti.
16710. Söluverðmætið eru tekjur Samskipa af landflutningum á Íslandi og sjóflutningum til og frá landinu á árinu 2012, þ.m.t. for og áframflutningar.⁶⁹⁶² Sem fyrr segir miðast grunnfjárhæð sektarinnar miðast við viðkomandi hlutfall af söluverðmæti margfaldað með fjölda ára sem brotið hefur viðgengist.
16711. Hvað varðar tímalengdina er í þessari greiningu miðað við 4,5 ár (júní 2008 og út árið 2012). Eins og að framan greinir náðu brotin bæði fyrir og eftir þetta tímabil og því er hér um að ræða forsendu sem er til ívilunar fyrir Samskip.

⁶⁹⁶⁰ „329. The Court observes that, according to the fining guidelines, ESA is to take the value of the undertaking's sales of goods or services to which the infringement directly or indirectly relates in the relevant geographic market into account in determining the basic amount of the fine. The fining guidelines use the combination of the values of sales to which the infringement relates and the duration of the infringement in order to provide an appropriate proxy to reflect the economic importance of the infringement. The value of sales thus constitutes an objective criterion giving a proper measure of the harm which the infringement does to normal competition (compare the judgments in *Team Relocations and Others v Commission*, cited above, paragraphs 74 and 75, and *Deutsche Telekom v Commission*, T-827/14, EU:T:2018:930, paragraphs 532 to 534 and case law cited).“

⁶⁹⁶¹ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Union*, sjötta útgáfa 2021, bls. 1152.

⁶⁹⁶² Það athugast að velta vegna flutningsmiðlunar er hér ekki meðtalin en samráðið tók einnig hennar. Eins og greinir í ákvörðuninni náðu brotin einnig til flutningsmiðlunar og því er hér um að ræða forsendu sem er til ívilunar fyrir Samskip. Væri velta vegna flutningsmiðlunar meðtalin hækkaði grunnfjárhæðin um 21%.



16712. Ef miðað er við 15% hlutfall af söluverðmæti og verðlag ársins 2012 yrði reiknuð grunnfjárhæð sektar Samskipa samkvæmt leiðbeiningum ESA 10,4 ma. kr.⁶⁹⁶³

16713. Ef miðað er við 25% hlutfall af söluverðmæti og verðlag ársins 2012 yrði reiknuð grunnfjárhæð sektar Samskipa samkvæmt leiðbeiningum ESA 17,3 ma. kr.⁶⁹⁶⁴

35.2.10.2. Brotagjald í samráðsmálum

16714. Þegar um er að ræða alvarlegt samráð keppinauta er til viðbótar lagt á svonefnt brotagjald (e. *entry fee*). Kemur þetta fram í mgr. 25 leiðbeininganna:

„Auk þessa, og óháð því hversu lengi fyrirtækið hefur átt aðild að brotinu, mun Eftirlitsstofnun EFTA hækka grunnfjárhæðina sem nemur 15% til 25% af söluverðmætinu, eins og það er skilgreint í undirkafla A hér á undan, til þess að letja fyrirtæki frá því að stofna yfirleitt til láréttra samninga um verðsamráð, markaðsskiptingu og takmörkun framleiðslu. Eftirlitsstofnunin kann einnig að beita slíkri hækkun í tengslum við önnur brot. Í þeim tilgangi að ákveða hvaða hlutfall af söluverðmæti skuli lagt til grundvallar í hverju tilviki mun eftirlitsstofnunin hafa hliðsjón af ýmsum þáttum, einkum þeim sem um getur í 22. mgr.“

16715. Samskip áttu í alvarlegu samráði við Eimskip sem fól m.a. í sér markaðsskiptingu, takmörkun á framleiðslu (flutningsgetu) og verðsamráð. Enginn vafi leikur á því að brotagjald yrði lagt á Samskip samkvæmt leiðbeiningum ESA. Í ljósi eðlis og umfangs brots Samskipa mæla sterk rök mæla með því að hlutfallið ætti að vera mun hærra en 15%. Óþarfi er hins vegar slá því föstu og mun Samkeppniseftirlitið reikna brotagjaldið annars vegar miðað við 15% af söluverðmæti og hins vegar 25%.

16716. Ef miðað er við 15% hlutfall af söluverðmæti og verðlag ársins 2012 yrði reiknað brotgjald Samskipa samkvæmt leiðbeiningum ESA 2,3 m.a. kr.⁶⁹⁶⁵ Þetta brotagjald myndi leggjast við framangreinda grunnfjárhæð sektar.

16717. Ef miðað er við 25% hlutfall af söluverðmæti og verðlag ársins 2012 yrði reiknað brotagjald Samskipa samkvæmt leiðbeiningum ESA 3,8 m.a. kr.⁶⁹⁶⁶ Þetta brotagjald myndi leggjast við framangreinda grunnfjárhæð sektar.

35.2.10.3. Þyngingarástæður og málsbætur

16718. Samkvæmt 27. mgr. í leiðbeiningunum getur ESA með hliðsjón af aðstæðum hækkað eða lækkað grunnfjárhæðina. Er það gert á grundvelli heildarmats þar sem teknar eru til greina allar aðstæður sem skipta máli.

16719. Í mgr. 28 eru í dæmaskyni taldar upp þyngingarástæður sem geta leitt til hækkunar grunnfjárhæðar. Það á t.d. við ef fyrirtæki hindrar rannsókn málsins eða var „*leiðandi í brotinu eða átti frumkvæði að því*“.

16720. Í mgr. 29 eru í dæmaskyni taldar upp málsbætur sem geta leitt til lækkunar grunnfjárhæðar. Dæmi um þetta er ef fyrirtæki „*leggur fram sannanir fyrir því að brotið hafi stafað af gáleysi*“ eða leggur fram sannanir fyrir því að „*þátttaka þess í brotinu sé lítil að umfangi og sýnir þannig fram á að á þeim*

⁶⁹⁶³ Sé tekið tillit til almennrar verðlagspróunar og fjárhæðin staðvirt m.v. vísitölu neysliverðs í ágúst 2023 væri reiknuð grunnfjárhæð 15,6 ma. kr.

⁶⁹⁶⁴ Sé tekið tillit til almennrar verðlagspróunar og fjárhæðin staðvirt m.v. vísitölu neysliverðs í ágúst 2023 væri reiknuð grunnfjárhæð 26 ma. kr.

⁶⁹⁶⁵ Sé tekið tillit til almennrar verðlagspróunar og fjárhæðin staðvirt m.v. vísitölu neysliverðs í ágúst 2023 væri brotagjaldið 3,5 m.a. kr.

⁶⁹⁶⁶ Sé tekið tillit til almennrar verðlagspróunar og fjárhæðin staðvirt m.v. vísitölu neysliverðs í ágúst 2023 væri brotagjaldið 5,7 m.a. kr.



tíma, sem það átti aðild að samningnum sem felur í sér brot, hafi það komist hjá því að framfylgja honum með því að stunda samkeppnisstarfsemi á markaðnum."

16721. Sem fyrr segir nýttu Samskip sér ekki tækifæri til þess að tjá sig um umfjöllun í AII og bréfinu frá 14. mars 2023 um mögulega sekt og hafa ekki lagt fram sannanir um atriði sem geta falið í sér málsbætur. Óþarfi er í þessari umfjöllun um leiðbeiningar ESA að taka afstöðu til mögulegra þyngingarástæðna vegna brota Samskipa.

35.2.10.4. Sértæk hækkun sektar í varnaðarskyni og lögákveðið hámark

16722. Í mgr. 30 – 31 í leiðbeiningunum segir að ESA muni sérstaklega hafa í huga þá „*nauðsyn að tryggja nægjanleg varnaðaráhrif sekta.*“ Í því skyni kunni ESA að „*hækka sekt sem lögð er á fyrirtæki sem hafa sérstaklega mikla veltu umfram sölu á vörunni eða þjónustunni sem brotið varðar.*“ ESA muni einnig hafa hliðsjón af því „*hvort nauðsynlegt sé að hækka sektina til þess að hún verði hærri en sem nemur óréttmætum hagnaði sem rekja má til brotsins, eftir því sem unnt er að áætla þá fjárhæð.*“ Óþarfi er í þessari umfjöllun um leiðbeiningar ESA að taka afstöðu til mögulegrar sértækrar hækkunar vegna brota Samskipa.

16723. Sekt sem ESA leggur á vegna brota á samkeppnisreglum má ekki vera hærri en sem nemur 10% af heildarveltu viðkomandi fyrirtækis á síðasta rekstrarári áður en ákvörðun er tekin.

16724. Fjallað var þýðingu þessa hámarks í kafla 35.2.3 hér að framan. Hér er eingöngu um formlegt hámark að ræða og hefur dómstóll ESB staðfest að samkeppnisyfirvöld geti réttléga komist að þeirri niðurstöðu að brot verðskuldi mun hærri sekt en 10% af heildarveltu hins brotlega fyrirtækis. Sökum hins formlega hámarks verði aftur á móti ávallt að lækka þá sekt niður í 10% af heildarveltu. Hnykk er á þessu í mgr. 32 og 33 í leiðbeiningum ESA.

16725. Með hliðsjón af leiðbeiningunum getur ESA því komist að þeirri niðurstöðu að tiltekið brot leiði til umtalsvert hærri sektar en nemur 10% af heildarveltu viðkomandi fyrirtækis. Þegar svo háttar væri lokaskrefið við álagningu sektar samkvæmt leiðbeiningunum að lækka þá fjárhæð í 10% af heildarveltu hins brotlega fyrirtækis.

35.2.10.5. Samantekt

16726. Samkvæmt framansögðu myndi við ákvörðun sektar Samskipa samanlögð grunnfjárhæð og brotagjald nema samtals 12,7 ma. kr. ef miðað er við 15% hlutfall af söluverðmæti og verðlag ársins 2012. Ef miðað er við 25% hlutfall á verðlagi ársins 2012 yrði sú fjárhæð samtals 21,1 ma. kr.

16727. Sem fyrr segir hafa Samskip ekki sýnt fram á neinar málsbætur og í þessari umfjöllun er óþarfi að taka afstöðu til þess hvort háttsemi og fjárhagslegur styrkur Samskipa kalli á hækkun á grunnfjárhæð.

16728. Ef ESA miðaði við 25% hlutfallið yrði lokaskrefið í sektarákvörðun stofnunarinnar að lækka sekt í 10% af heildarveltu Samskipa, þ.e. í 13,7 ma. kr.

16729. Samkeppniseftirlitið hefur ekki sett reglur með heimild í samkeppnislögum þar sem framangreind aðferðafræði ESA er tekin upp með beinum hætti í íslenskan rétt. Komi til þess mun það að líkindum almennt leiða til hærri sekta en áður.⁶⁹⁶⁷

⁶⁹⁶⁷ Í lok október 2022 greindi Samkeppniseftirlitið frá því að það hefði „*til skoðunar að setja reglur um ákvörðun stjórnvaldssekta í samkeppnismálum. Myndu þær byggja á og endurspeglar leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA (bls. 44) og leiðbeiningar Evrópusambandsins og hafa hliðsjón af reglum nágrannalanda, s.s. reglum norska samkeppniseftirlitsins.*“ Var óskað eftir sjónarmiðum um m.a. þessi áform. Aðgengilegt á slóð: <https://www.samkeppni.is/utgafa/frettir/varnadarahrif-sekta-i-samkeppnismalum-oskad-efrir-sjonarmidum>.



16730. Samkeppniseftirlitið mun í þessu máli ekki beita þessari aðferðafræði ESA gagnvart Samskipum. Aftur á móti sýnir framangreind umfjöllun að brot Samskipa er þess eðlis að yrði reglum ESA beitt myndi það leiða til sektar gagnvart Samskipum sem yrði jafn há eða rétt lægri fjárhæð og hið formlega sektarhámark samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga.

35.2.11. Niðurstaða um sektarfjárhæð vegna ólögmeðs samráðs

16731. Í köflum 35.2 – 35.9 hér að framan eru reifuð þau sjónarmið sem byggt hefur verið á í samkeppnisrétti og réttarframkvæmd hér á landi við ákvörðun sekta vegna brota á bannreglum samkeppnislaga og EES-samningsins. Hefur þannig verið lagt mat á eðli brota Samskipa og horft til umfangs þeirra og annarra atriða við mat á alvarleika þeirra. Þýðing sjó- og landflutninga fyrir íslenskt samfélag, sameiginleg yfirburðastaða Samskipa og Eimskips á viðkomandi mörkuðum og geta Samskipa til að raska samkeppni skipta máli í því samhengi. Jafnframt er horft til þess að brot Samskipa áttu sér stað á tímum mikilla efnahagsörðugleika hér á landi og voru til þess fallin að gera stöðu viðskiptavina og almennings erfðari en ella.

16732. Einnig hefur þýðingu að brot Samskipa voru framin af ásetningi og æðstu stjórnendur komu að samráðinu við Eimskip. Ber í þessu sambandi m.a. að hafa í huga undirbúning aðaleiganda Samskipa að auknu samráði við Eimskip á fyrri hluta ársins 2008. Þá var hinu aukna samráði hrint í framkvæmd og stóð það óslitið yfir í langan tíma en megin brotatímabilið er frá miðju árinu 2008 og var ekki lokið þegar húsleitir fóru fram í september 2013. Þá er litið til þess að álagðar sektir verða að hafa fullnægjandi varnaðaráhrif en í því sambandi er meðal annars litið til þess að heildarvelta Samskipa Holding var um 137 ma. kr. á árinu 2022. Einnig er horft til þess að Samskip hafa ekki fært fullnægjandi rök fyrir neinum málsbótum eða aðstæðum sem réttlæta mildun viðurlaga.

16733. Þegar heildarmat er lagt á framangreind atriði er ljóst að brot Samskipa voru alvarleg og kalla á háa stjórnvaldssekt.

16734. ESA hefur ítrekað bent á það fyrir íslenskum dómstólum að leiðbeiningar stofnunarinnar um álagningu sekta geti „*gagnast samkeppnisyfirvöldum og dómstólum EFTA-ríkjanna þegar meta á fjárhæð sekta sem lagðar eru á fyrirtæki fyrir brot á ákvæðum 53. gr. EES-samningsins.*“ Í ljósi þessa tók Samkeppniseftirlitið það til skoðunar í kafla 35.2.10 hverjar sektir í málinu kynnu að vera ef leiðbeiningum ESA hefði verið beitt. Samkvæmt framangreindu mati myndi það leiða til sektar gagnvart Samskipum sem yrði jafn há eða rétt lægri fjárhæð en hið formlega sektarhámark samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga.

16735. Samkeppniseftirlitið hefur ekki sett reglur með heimild í samkeppnislögum þar sem framangreind aðferðafræði ESA er tekin upp með beinum hætti í íslenskan rétt. Í ljósi þess og með hliðsjón af fyrri réttarframkvæmd hér á landi mun Samkeppniseftirlitið sem fyrr segir ekki beita þessari aðferðafræði ESA gagnvart Samskipum í þessu máli. Er umfjöllun um leiðbeiningar ESA því sett fram til hliðsjónar.

16736. Með vísan til alls framangreinds er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að hæfileg sekt vegna brota fyrirtækisins Samskipa á 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins sé fjórir milljarðar króna, sbr. 37. gr. samkeppnislaga.

16737. Sektarákvörðun þessari er beint að Samskipum Holding BV og Samskipum hf. Er það gert til að stuðla að skilvirkri réttarframkvæmd og tryggja varnaðaráhrif.

35.3. Sekt vegna brota gegn 19. gr. samkeppnislaga

16738. Í mgr. 4733-4735 í AII segir meðal annars svo: „*Í kafla XIV hér að framan er því frummati Samkeppniseftirlitsins lýst að Eimskip og Samskip hafi gerst sek um ranga, villandi og ófullnægjandi upplýsingagjöf og gagnaafhendingu og brotið þar með gegn 19. gr. samkeppnislaga. Um er að ræða alvarleg brot sem voru til þess fallin að tefja meðferð málsins.*“



Fyrir liggur í samkeppnisrétti að slík háttsemi getur horft til þyngri viðurlaga þegar sekt er lögð á vegna brots á viðkomandi bannreglu. Einnig er unnt vegna slíkrar háttsemi að leggja á sérstaka sekt vegna brots á reglum um upplýsingagjöf. Hins vegar er eðlilega óheimilt að leggja tvöföld viðurlög vegna sömu háttsemi.⁶⁹⁶⁸ Í stað stjórnisýsluviðurlaga getur komið til álita að kæra slík brot til lögreglu.

Að framkomnum sjónarmiðum fyrirtækjanna verður tekin afstaða til ætlaðra brota og eftir atvikum hvort ætluð brot varði við i-lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga eða refsíákvæði 1. másl. 1. mgr. 41. gr. b. laganna, sbr. 3. mgr. ákvæðisins og 42. gr. laganna. Komi til þess að Samkeppniseftirlitið hyggist leggja á Eimskip og Samskip sektir skv. i. lið 1. mgr. 37. samkeppnislaga mun vera um að ræða verulega íþyngjandi viðurlög skv. 37. gr. laganna vegna þessara ætluðu alvarlegu brota gegn 19. gr. laganna."

16739. Samskip hf. og Samskip Holding kusu að tjá sig ekki um mögulega sekt vegna brota gegn 19. gr. samkeppnislaga.
16740. Í 2. gr. sáttar Eimskips viðurkennir fyrirtækið „að hafa brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með því að hafa ekki veitt nauðsynlegar eða réttar upplýsingar eða afhent gögn í þágu rannsóknar Samkeppniseftirlitsins.“ Tók sektin sem Eimskip féllst á að greiða einnig til brota gegn 19. gr. samkeppnislaga.
16741. Samkvæmt i. lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga leggur Samkeppniseftirlitið sektir á fyrirtæki sem brjóta gegn skyldu til að veita upplýsingar og afhenda gögn samkvæmt 19. gr. laganna. Vísast til umfjöllunar hér að framan um túlkun á 37. gr. samkeppnislaga.
16742. Skilvirk framkvæmd á samkeppnislögum byggist ekki síst á því að fyrirtæki sem sæta rannsókn fari að fyrirmælum um veitingu upplýsinga og afhendingu gagna sem Samkeppniseftirlitið setur fram með heimild í 19. gr. samkeppnislaga. Mikilvægi þessa var áréttað með lögum nr. 52/2007 sem breyttu samkeppnislögum. Með þeim lögum var það m.a. gert refsivert ef fyrirtæki eða einstaklingar afhenda ekki gögn eða veita rangar, villandi eða ófullnægjandi upplýsingar þegar Samkeppniseftirlitið kallar eftir gögnum eða upplýsingum á grundvelli 19. gr. laganna. Í samræmi við þetta kemur fram í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 4/2011, *Seðlabanki Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*, að samkeppnisyfirvöld hafi „ríka hagsmuni af því að geta aflað upplýsinga um einstök mál, hegðun einstakra fyrirtækja á markaði sem og almenna stöðu og þróun markaða. Þessar upplýsingar eru nauðsynlegar til að þau geti sinnt skyldum til eftirlits og ákvarðana. Í samræmi við þetta er Samkeppniseftirlitinu fengnar víðtækar heimildir að lögum til að afla upplýsinga frá hverjum þeim sem hefur yfir þeim að ráða, m.a. með húsleit og haldlagningu gagna.“ Ljóst er af dómi Hæstaréttar frá 4. mars 2021 í máli nr. 26/2020, *Mjólkursamsalan ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, að brot á 19. gr. samkeppnislaga sem felast í því að leynd fyrir samkeppniseftirlitinu gögnum sem hafi grundvallarþýðingu fyrir rannsókn máls eru alvarleg og varða viðurlögum.
16743. Í kafla 23 er komist að þeirri niðurstöðu að við rannsókn málsins hafi Samskip brotið gegn skyldu til að veita upplýsingar og afhenda gögn samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga. Fólust brot Samskipa í rangri, villandi og ófullnægjandi upplýsingagjöf um samskipti og samstarf við Eimskip við munnlega upplýsingagjöf starfsmanna fyrirtækisins 10. og 17. september 2013, í tengslum við húsleitir Samkeppniseftirlitsins hjá fyrirtækinu. Einnig fólust brot Samskipa í rangri, villandi og ófullnægjandi upplýsingagjöf Samskipa í svörum við upplýsingabeiðni sem upphaflega var beint að fyrirtækinu með bréfi dags. 29. janúar 2015 og með því að afhenda ekki umbeðin gögn sem Samskip bjó yfir og höfðu þýðingu fyrir rannsókn málsins.
16744. Brot Samskipa gegn upplýsingaskyldu samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga eru umfangsmikil og alvarleg. Héldu Samskip þýðingarmiklum upplýsingum og gögnum frá rannsókninni, einkum um þau samskipti og samstarf við Eimskip sem staðið hafði samfelld frá árinu 2008 og tók rannsakendur

⁶⁹⁶⁸ „Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB frá 24. mars 2011 í máli nr. T-384/06, *IBP gegn framkvæmdastjórninni*, mgr. 108-111.“



vegna þess langan tíma að fá rétta mynd á málið. Með þessu leitaðist Samskip við að leyna samráði þess við Eimskip. Unnu brot Samskipa mjög gegn skilvirkri rannsókn málsins. Þá er til þess að líta að á engum tímapunkti kom Samskip af sjálfsdáðum og leiðrétti upplýsingagjöf fyrirtækisins.

16745. Með vísan til þessa og fjárhagsstyrks Samskipa er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að hæfileg sekt vegna brota fyrirtækisins Samskipa gegn 19. gr. samkeppnislaga sé tvö hundruð milljónir kr.
16746. Sektarákvörðun þessari er beint að Samskipum Holding BV og Samskipum hf. Er það gert til að stuðla að skilvirkri réttarframkvæmd og tryggja varnaðaráhrif.
16747. Eins og fram kemur í kafla 23 er það fullnægjandi í máli þessu að bregðast við þessum brotum Samskipa með álagningu stjórnvaldssektar.

35.4. Aðgerðir til að tryggja samkeppni

35.4.1. Umfjöllun undir rekstri málsins

16748. Í mgr. 4744-4749 í AII var vísað til heimildar Samkeppniseftirlitsins samkvæmt 16. gr. samkeppnislaga og sagt að í málinu „*komi til álita að beina fyrirmælum til bæði Eimskips og Samskipa til að tryggja samkeppni. Geta komið til álita fyrirmæli um að hvers konar meintri ólögumætri háttsemi sé hætt og að til frambúðar sé komið í veg fyrir að samkeppnishamlandi samstarf og samskipti eigi sér stað milli þessara fyrirtækja. Geta slík fyrirmæli falið í sér skilyrði sem ætlað er að stuðla að fullu sjálfstæði þessara fyrirtækja til frambúðar í verðlagningu og í öðrum mikilvægum samkeppnisþáttum.*“
16749. Einnig kom fram að í því skyni að leggja mat á þetta væri nauðsynlegt að afla upplýsinga frá Samskipum og Eimskip um stöðuna á markaðnum. Var með vísan til 19. gr. samkeppnislaga þeim fyrirmælum beint til Samskipa að tilgreina það samstarf sem fyrirtækið „*á við önnur flutningafyrirtæki eða flutningsmiðlanir á Íslandi í dag. Er hér m.a. átt við öll fyrirtæki sem koma að innflutningi eða útflutningi frá Íslandi. Sé það samstarf á grundvelli skriflegra samninga skal afrit þeirra fylgja með en ella skal inntaki samstarfsins lýst.*“ Sömu fyrirmælum var beint til Eimskips.
16750. Með þessari umfjöllun í AII var Samskipum veitt tækifæri á að tjá sig um m.a. þörf á skilyrðum eða fyrirmælum til að bregðast við ætluðum brotum og um hugsanlegt efni þeirra. Þrátt fyrir að Samskipum hafi þannig verið gerð grein fyrir því að til álita kæmi að beita heimild 16. gr. samkeppnislaga og beina fyrirmælum eða skilyrðum til Eimskips og Samskipa til að bregðast við hinum ætluðu brotum nýttu Samskip ekki tækifærið til að tjá sig um möguleg fyrirmæli eða skilyrði. Engin sjónarmið bárust því frá fyrirtækinu um að ekki væri þörf á fyrirmælum eða skilyrðum eða að tiltekin útfærsla á þeim myndi hafa skaðleg áhrif í för með sér fyrir samkeppni ef svo færi að ekki yrði talið um brot að ræða.
16751. Samskip fóru hins vegar að fyrirmælum samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga og veittu upplýsingar um samstarf sem enn var fyrir hendi. Hið sama gerðu Eimskip.
16752. Samskip og Eimskip afhentu þannig í febrúar árið 2020 upplýsingar og gögn sem gáfu til kynna að enn væri til staðar samstarf milli fyrirtækjanna, beint eða óbeint, sem mögulega gæti farið gegn 10. gr. samkeppnislaga.
16753. Í fyrsta lagi má ráða af umræddum afhentum gögnum og upplýsingum Eimskips og Samskipa að enn væri til staðar tiltekið samstarf á landflutningamarkaði. Þannig áttu fyrirtækin enn í samstarfi í flutningum milli Egilsstaða og Seyðisfjarðar og Austfjarða og Reykjavíkur, auk samstarfs í afgreiðsluþjónustu á Þórshöfn og Djúpavogi.⁶⁹⁶⁹ Jafnframt eigi Samskip og Eimskip bæði enn í samstarfi við sjö fyrirtæki sem flytja fyrir bæði fyrirtækin á fjölmörgum leiðum um land allt, m.a. á

⁶⁹⁶⁹ Bréf Eimskips til Samkeppniseftirlitsins, dags. 03.02.2020. Afhent gagn frá Samskipum. Afhent 07.02.2020. „*Samstarfsaðilar_2020.02.06.xlsx*“.



milli Snæfellsness, Borgarness, Akraness, Reykjaness og Reykjavíkur.⁶⁹⁷⁰ Samkvæmt afhentum gögnum frá Eimskipi og Samskipum er fyrirkomulag samstarfsins með þeim hætti að Samskip og Eimskip sjá um verðlagningu á flutningum hjá samstarfsfyrirtækjunum, en í samstarfi við viðkomandi flutningsaðila. Þegar um er að ræða stærri samninga við viðskiptavinum er sagt að þá ákveði samstarfsaðilarnir alfarið það verð sem þeir vilja bjóða á sinni flutningsleið. Sala og markaðssetning flutninganna virðist vera í höndum Samskipa og Eimskips.⁶⁹⁷¹

16754. Í öðru lagi kemur fram í umræddum gögnum að ekki sé lengur til staðar samstarf milli Eimskips og Samskipa vegna sjóflutninga milli Íslands og Norður Ameríku eða milli Íslands og Evrópu. Samkvæmt afhentum upplýsingum fyrirtækjanna væri aftur á móti enn þá til staðar samstarf í sjóflutningum milli Eimskips og Jóna. Samkvæmt afhentum veltutölum Eimskips var það samstarf nokkuð að umfangi miðað við viðskipti Eimskips við aðra flutningsaðila í sjóflutningum. Afhent gögn fyrirtækjanna gáfu sömuleiðis til kynna samstarf á milli Samskipa/Jóna og TVG Zimsen, flutningsmiðlunar og dótturfélags Eimskips, um sjóflutninga til og frá Íslandi.
16755. Í þriðja lagi sýndu afhent gögn Eimskips að fyrirtækið ætti enn þá í samstarfi við Samskip vegna hafnarþjónustu í Reyðarfirði. Þrátt fyrir upplýsingaskyldu samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga veittu Samskip engar upplýsingar um þetta samstarf við Eimskip, sbr. bréf og gagnaafhendingu Samskipa 7. febrúar 2020.
16756. Eimskip sneri sér til Samkeppniseftirlitsins og óskaði eftir viðræðum um hvort unnt væri að ljúka rannsókn á ætluðum brotum fyrirtækisins með sátt. Samkeppniseftirlitið féllst á þetta og þann 9. júní 2021 undirrituðu Eimskip og eftirlitið yfirlýsingu um upphaf sáttaviðræðna, sbr. kafla 2.18. Þann 16. júní 2021 skrifuðu Eimskip og Samkeppniseftirlitið undir sátt. Auk þess að viðurkenna ólögmeæt samráð við Samskip féllst Eimskip á að grípa til aðgerða til að vinna gegn frekari brotum og efla samkeppni. Kemur þetta fram í 3. gr. sáttarinnar og hljóðar hún svo:

„Í því skyni að koma í veg fyrir frekari brot á samkeppnislögum og EES-samningnum og stuðla að aukinni samkeppni skuldbindur Eimskip sig til þess að grípa til eftirfarandi aðgerða:

Eimskip skal yfirfara alla gildandi samninga við önnur fyrirtæki í flutningaþjónustu í því skyni að tryggja að þeir séu í samræmi við samkeppnislög.

Sé til staðar viðskiptalegt samstarf við Samskip skuldbindur Eimskip sig til þess að hætta því. Í þessu felst einnig að Eimskip skuldbindur sig til þess að eiga ekki í samstarfi við önnur fyrirtæki í hvers konar flutningaþjónustu ef Samskip eiga einnig í samstarfi við viðkomandi fyrirtæki. Þetta gildir ekki ef Eimskip getur sýnt Samkeppniseftirlitinu fram á að eðli viðkomandi samstarfs sé með þeim hætti að ekki sé hætta á röskun á samkeppni milli Eimskips og Samskipa.

Eimskip skal tryggja að allir stjórnarmenn, stjórnendur og aðrir starfsmenn séu ávallt upplýstir um þær kröfur sem samkeppnisreglur gera til starfsemi fyrirtækisins. Til að stuðla að þessu skal eftirfarandi m.a. tryggt:

- 3.1 *Að ávallt sé til staðar vönduð samkeppnisréttaráætlun sem hefur verið kynnt með markvissum hætti fyrir stjórnarmönnum, stjórnendum og öðrum starfsmönnum. Í þessu felst m.a. að hlutaðeigandi sé gerð grein fyrir því að brot á samkeppnisréttaráætlun verði ekki liðin af Eimskip og hugsanleg viðurlög kynnt.*
- 3.2 *Að fyrir hendi séu verkferlar sem tryggi stöðuga framkvæmd og eftirfylgni samkeppnisréttaráætlunar.*

⁶⁹⁷⁰ Upplýsingar af heimasíðu Samskipa, www.samskip.is, og heimasíðu Eimskips, www.eimskip.is.

⁶⁹⁷¹ Þjónustusamningur á milli Samskipa og Ragnars og Ásgeirs ehf. og Samskipa og Vörumiðlunar ehf. Afhent 7. febrúar 2020. Afhent gögn frá Eimskip. Þjónustusamningur á milli Eimskips og Vörumiðlunar ehf. frá 5.10.2006. Afhent skjal frá Eimskip þann 31.05.2010. Sjá einnig afhent skjal frá Eimskip. Þjónustusamningur milli Eimskips og Ragnars og Ásgeirs ehf. frá 01.01.2014. Afhent þann 23.03.2015.



3.3 *Að skipulögð fræðsla fari fram reglulega hjá Eimskip fyrir stjórnendur og helstu starfsmenn. Skal þess sérstaklega gætt að stjórnendum og helstu starfsmönnum sé gerð grein fyrir ríkum kröfum um samkeppnislegt sjálfstæði fyrirtækja sem starfa á fákeppnismörkuðum og ströngu banni við hvers konar samskiptum við stjórnarmenn, stjórnendur eða aðra starfsmenn keppinauta eða mögulega keppinauta sem eru til þess fallin að raska samkeppni."*

16757. Í kjölfar sáttar Eimskips beindu Samskip kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála þar sem fyrirtækið krafðist þess að 3. málsgrein 3. greinar sáttarinnar við Eimskip yrði felld úr gildi. Töldu Samskip meðal annars að Samkeppniseftirlitið hefði brotið gegn meginreglum stjórnisýslulaga um andmælarétt, meðalhóf og jafnræði með fyrrgreindum fyrirmælum sáttarinnar. Í kæru sinni til áfrýjunarnefndarinnar kváðu Samskip fyrirmælin fela í sér ólögmetta takmörkun á samnings- og atvinnufrelsi fyrirtækisins sem styrkti markaðsráðandi stöðu Eimskips en veikti stöðu Samskipa. Fyrir áfrýjunarnefndinni krafðist Samkeppniseftirlitið þess að kæru Samskipa yrði vísað frá. Jafnframt rökstuddi eftirlitið að umrædd skuldbinding Eimskips væri bæði lögmæt og nauðsynleg í ljósi þeirra alvarlegu brota gegn samkeppnislögum sem Eimskip hefði viðurkennt.
16758. Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála 2. desember 2021 var kæru Samskipa vísað frá nefndinni. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar kemur fram að „*sá sem gerir sátt í máli [hafi] forræðið á því að undirgangast skilyrði og stjórnvaldssekt til að koma í veg fyrir frekari brot og efla samkeppni og þá með hans eigin hagsmuni að leiðarljósi. Eðli málsins samkvæmt hefur slík sátt alla jafnan í för með sér takmörkun á samstarfi þeirra aðila sem sætt hafa rannsókn í máli vegna ólögmeats samráðs.*“ Taldi áfrýjunarnefndin að Samskip hefðu ekki átt rétt á því að koma að gerð sáttarinnar við Eimskip og gætu því ekki borið umrætt ákvæði sáttarinnar undir áfrýjunarnefndina. Í þessu sambandi var tekið fram að þætti Samskipa væri enn ólokið. Taldi áfrýjunarnefnd því óhjákvæmilegt að vísa kæru Samskipa frá nefndinni.
16759. Samskip höfðuðu í kjölfarið mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur þar sem fyrirtækið krafðist þess að úrskurður áfrýjunarnefndar um frávisun yrði felldur úr gildi. Með dómi héraðsdóms 18. nóvember 2022 var úrskurður áfrýjunarnefndar felldur úr gildi með vísan til þess að Samskip ættu lögvarða hagsmuni af því að fá efnisúrlausn áfrýjunarnefndar í málinu.
16760. Að fengnu áfrýjunarleyfi Landsréttar áfrýjaði Samkeppniseftirlitið dómi Héraðsdóms Reykjavíkur til réttarins.

35.4.2. Niðurstaða

16761. Samkvæmt 1. mgr. 16. gr. samkeppislaga getur Samkeppniseftirlitið gripið til aðgerða gegn samningum, skilmálum og hvers konar athöfnum sem brjóta m.a. í bága við bannákvæði laganna. Í 2. mgr. segir:
- „Aðgerðir Samkeppniseftirlitsins geta falið í sér hverjar þær ráðstafanir sem nauðsynlegar eru til að efla samkeppni, stöðva brot eða bregðast við athöfnum opinberra aðila sem kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Samkeppniseftirlitið getur beitt nauðsynlegum úrræðum bæði til breytingar á atferli og skipulagi vegna þeirra atriða sem tilgreind eru í 1. mgr. í réttu hlutfalli við það brot sem framið hefur verið eða þær aðstæður eða háttsemi sem um ræðir. Þó er einungis heimilt að beita úrræðum til breytingar á skipulagi ef sýnt þykir að ekki sé fyrir hendi árangursríkt úrræði til breytingar á atferli eða þar sem jafnárangursríkt úrræði til breytingar á atferli væri meira íþyngjandi fyrir hlutaðeigandi aðila en úrræði til breytingar á skipulagi.“*
16762. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á að Samkeppniseftirlitinu séu í 16. gr. samkeppislaga veittar víðtækar heimildir til að bregðast við broti á bannreglum en ávallt verði að gæta að því að einstakar ákvarðanir byggja á málefnalegum sjónarmiðum og gangi ekki lengra en þörf er á, sbr. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 13/2011, *Langisjór ehf., Síld og fiskur ehf., og Matflugl ehf. gegn*



Samkeppniseftirlitinu. Aftur á móti verður samkvæmt ákvæðinu að tryggja að aðgerðir séu „árangursríkar“ og dugi þar með til að vinna gegn viðkomandi samkeppnishömlum.⁶⁹⁷²

16763. Í athugasemdum við frumvarp sem varð að nágildandi samkeppnislögum segir að sem dæmi um aðgerðir sem lagt er til að Samkeppniseftirlitið geti beitt til skipulagsbreytinga megi nefna kröfu um að fyrirtæki sé skipt upp í tvö eða fleiri fyrirtæki. Eins felst í heimild til að krefjast skipulagsbreytinga að Samkeppniseftirlitið geti krafist þess að fyrirtæki skilji ákveðna starfsemi frá annarri starfsemi og komi henni fyrir í sérstöku fyrirtæki. Samkvæmt frumvarpinu geta aðgerðir sem Samkeppniseftirlitið getur beitt samkvæmt 16. gr. tekið til atferlisbreytinga og m.a. falið í sér að kveðið sé á um bann við ákveðnum samningum eða samningsskilyrðum, fyrirmæli um að samningum skuli slitið eða samningsskilyrðum breytt. Þá getur Samkeppniseftirlitið heimilað samninga með ákveðnum skilyrðum og ákvarðað um verð eða viðskiptakjör fyrirtækja og fyrirtækjahópa.
16764. Í aðgerðum gegn brotum á bannreglum samkeppnislaga geta m.a. falist fyrirmæli sem miða að því að koma í veg fyrir að sömu eða samskonar brot verði framin á ný.⁶⁹⁷³ Einnig er heimilt að beita fyrirmælum til að vinna gegn þeim samkeppnishömlum sem leiddu af brotinu og skapa skilyrði til að efla samkeppni.⁶⁹⁷⁴
16765. Í því skyni að vinna gegn brotum og efla samkeppni telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að samskonar fyrirmæli gildi gagnvart Samskipum og gilda gagnvart Eimskip skv. 3. gr. sáttarinnar.
16766. Í þeim fyrirmælum felast eðlilegar og nauðsynlegar skuldbindingar gagnvart fyrirtæki sem starfar á viðkvæmum fákeppnismörkuðum og hefur átt í alvarlegu og langvarandi ólögmetu samstarfi og samskiptum við sinn helsta keppinaut. Þá hefur þýðingu að beint eða óbeint samstarf Samskipa og Eimskips kann að einhverju leyti enn að vera fyrir hendi og af því geta leitt reglubundin samskipti milli fyrirtækjanna sem enn eru langöflugustu fyrirtækin í vöruflutningum og tengdri þjónustu hér á landi. Er því málefnalegt og nauðsynlegt að tryggja að Samskip og Eimskip eigi í sem minnstri samvinnu og samskiptum á viðkomandi flutningamörkuðum. Því er rétt að sömu fyrirmæli gildi gagnvart Samskipum og gilda gagnvart Eimskip og þessar aðgerðir styðji þannig hvor við aðra. Að öðrum kosti er hætta á að aðgerðir, sem snúa að því að samkeppni sé tryggð í skilningi samkeppnislaga, séu ekki árangursríkar.
16767. Til að koma í veg fyrir frekari brot og stuðla að aukinni samkeppni er þannig mikilvægt að mæla fyrir um að Samskip hætti öllu viðskiptalegu samstarfi við Eimskip. Í þessu felst t.d. að Samskipum er skylt yfirfara alla gildandi samninga við önnur fyrirtæki í því skyni að tryggja að þeir séu í samræmi við samkeppnislög og að draga sig úr samvinnu við Eimskip í landflutningum ef hún er enn fyrir hendi. Þetta þýðir einnig að Samskip getur t.a.m ekki á ný hafið umfangsmikið gámasamstarf við sinn helsta keppinaut. Þá er einnig mikilvægt að Samskip hætti eða taki ekki upp samstarfi við flutningafyrirtæki ef það fyrirtæki er einnig í samstarfi við Eimskip. Kemur það t.d. í veg fyrir að landflutningafyrirtæki sem er í samstarfi við Eimskip og Samskip geti skipt viðskiptum „bróðurlega“ á milli Eimskips og Samskipa, sbr. kafla 8.16.11. Jafnframt er unnið gegn takmörkun á verðsamkeppni og að hagsmunaárekstrar og upplýsingaskipti sem átt geta sér stað í svona viðkvæmu þríhliða samstarfi raski samkeppni að öðru leyti. Stuðlar þetta að sjálfstæði keppinauta og æskilegri óvissu þeirra á milli á mörkuðum þar sem líklegt er að fákeppni ríki.
16768. Með þessum skuldbindingum er komið í veg fyrir samvinnu Samskipa og Eimskips sem getur sem slík haft í för með sér afar skaðleg áhrif á afar mikilvægum mörkuðum. Jafnframt stuðlar þessi skuldbinding sem fyrr segir að sjálfstæði þessara keppinauta þar sem komið er í veg fyrir samvinnu sem reynslan sýnir að kallar á reglubundin samskipti þeirra. Er málefnalegt að brugðist sé við langvarandi alvarlegu samráði og miklum samskiptum keppinauta á fákeppnismarkaði með

⁶⁹⁷² Sjá hér einnig mgr. 46 í dómi dómstóls ESB í sameinuðum málum nr. 6-7/73, *ICI og Commercial Solvents*, [1974] ECR 223.

⁶⁹⁷³ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 28.04.2010 í sameinuðum málum nr. T-456-457/05, *Gütermann og Zwicky gegn framkvæmdastjórninni*, mgr. 66.

⁶⁹⁷⁴ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-62/86, *Akzo gegn framkvæmdastjórninni*, [1991] I-3359, mgr. 155 og 157.



fyrirmælum sem ætlað er að halda öllum samskiptum í lágmarki og auka þar með líkur á að viðkomandi fyrirtæki starfi sjálfstætt og keppi sín á milli til hagsbóta fyrir viðskiptavini og almenning.

16769. Til að styðja við þetta er nauðsynlegt að tryggja að innan Samskipa að ávallt sé til staðar vönduð samkeppnisréttaráætlun og fræðsla þar sem þess er sérstaklega gætt að stjórnendum og helstu starfsmönnum sé gerð grein fyrir ríkum kröfum um samkeppnislegt sjálfstæði fyrirtækja sem starfa á fákeppnismörkuðum og ströngu banni við hvers konar samskiptum við stjórnarmenn, stjórnendur eða aðra starfsmenn keppinauta eða mögulega keppinauta sem eru til þess fallin að raska samkeppni.
16770. Fyrirmælin gagnvart Samskipum fela hins vegar ekki í sér fortakslaust bann við samstarfi Samskipa við önnur flutningafyrirtæki. Fyrirmælin fela í sér að Samskip geta ávallt sett fram sjónarmið sem það telur sýna að tiltekið samstarf sé þess eðlis að ekki sé hætt á því að það raski samkeppni við Eimskip. Hafa Samskip því tækifæri til þess að rökstyðja að þrátt fyrir almennt bann við samvinnu við Eimskip sé tiltekið samstarf við þriðja aðila skaðlaust og tiltekið samstarf við Eimskip nauðsynlegt.⁶⁹⁷⁵ Ef Samskipum tekst ekki sú sönnun gagnvart Samkeppniseftirlitinu felst í fyrirmælunum að fyrirtækið annaðhvort hættir viðkomandi samstarfi eða hefur það ekki. Þá geta Samskip borið niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins undir áfrýjunarnefnd samkeppnismála.
16771. Eðli málsins samkvæmt breyta fyrirmæli af þessum toga engu um skyldur sem hvíla á markaðsráðandi fyrirtækjum skv. 11. gr. samkeppnislaga. Ef Samskip teldust markaðsráðandi á tilteknum flutningamarkaði og neitun á viðskiptum við keppinaut fæli í sér brot ganga skyldur skv. 11. gr. samkeppnislaga framar fyrirmælunum skv. þessari ákvörðun. Hið sama gildir vitaskuld um skuldbindingarnar í sáttinni við Eimskip.

⁶⁹⁷⁵ Í framangreindu felst t.d. að Samskip geta rökstutt að venjulegir viðskiptasamningar við alþjóðleg skipafyrirtæki eða flutningsmiðlanir um sjóflutninga geti ekki raskað samkeppni þótt Eimskip kunni jafnframt að gera samninga við viðkomandi aðila án vitneskju Samskipa.



35.5. ÁKVÖRÐUNARORÐ

1.

Eins og rökstutt er í ákvörðun þessari teljast Samskip Holding BV, Samskip hf. og Jónar Transport hf. vera ein efnahagsleg eining og því eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga nr. 44/2005. Er fyrirtækið nefnt „Samskip“ í ákvörðun þessari. Til fyrirtækisins í þessum skilningi heyra einnig dótturfélög fyrrgreindra félaga sem eru alfarið, beint eða óbeint, í eigu þeirra.

2.

Samskip Holding BV og Samskip hf. greiði óskipt stjórnvaldssekt að fjárhæð fjórir milljarðar kr. (4.000.000.000 kr.) vegna brota fyrirtækisins Samskipa gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, sbr. 37. gr. laganna.

3.

Samskip Holding BV og Samskip hf. greiði óskipt stjórnvaldssekt að fjárhæð tvö hundruð milljónir kr. (200.000.000 kr.) vegna brota fyrirtækisins Samskipa gegn 19. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, sbr. 37. gr. laganna.

4.

Sektir samkvæmt 2. og 3. tl. ákvörðunarorða þessara skulu greiddar í ríkissjóð. Séu sektirnar ekki greiddar innan mánaðar frá ákvörðun þessari skal greiða dráttarvexti af fjárhæð þeirra, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.

5.

Með heimild í 16. gr. samkeppnislaga beinir Samkeppniseftirlitið eftirfarandi fyrirmælum til Samskipa:

5.1

Samskip skulu yfirfara alla gildandi samninga við önnur fyrirtæki í flutningaþjónustu í því skyni að tryggja að þeir séu í samræmi við samkeppnislög.

5.2

Sé til staðar viðskiptalegt samstarf við Eimskipafélag Íslands hf., Eimskip Ísland ehf., TVG Zimsen ehf. eða tengd félög (hér eftir í einu lagi nefnd Eimskip) skulu Samskip hætta því. Í þessu felst einnig að Samskip skulu ekki eiga í samstarfi við önnur fyrirtæki í hvers konar flutningaþjónustu ef Eimskip eiga einnig í samstarfi við viðkomandi fyrirtæki. Þetta gildir ekki ef Samskip geta sýnt Samkeppniseftirlitinu fram á að viðkomandi samstarf sé þess eðlis að ekki sé hætta á röskun á samkeppni milli Eimskips og Samskipa.

5.3

Samskip skulu tryggja að allir stjórnarmenn, stjórnendur og aðrir starfsmenn séu ávallt upplýstir um þær kröfur sem samkeppnisreglur gera til starfsemi fyrirtækisins. Til að stuðla að þessu skal eftirfarandi m.a. tryggt:



- 5.3.1 Að ávallt sé til staðar vönduð samkeppnisréttaráætlun sem hefur verið kynnt með markvissum hætti fyrir stjórnarmönnum, stjórnendum og öðrum starfsmönnum. Í þessu felst m.a. að hlutaðeigandi sé gerð grein fyrir því að brot á samkeppnisréttaráætlun verði ekki liðin af Samskipum og hugsanleg viðurlög kynnt.**
- 5.3.2 Að fyrir hendi séu verkferlar sem tryggja stöðuga framkvæmd og eftirfylgni samkeppnisréttaráætlunar.**
- 5.3.3 Að skipulögð fræðsla fyrir stjórnendur og helstu starfsmenn fari reglulega fram hjá Samskipum. Skal þess sérstaklega gætt að stjórnendum og helstu starfsmönnum sé gerð grein fyrir ríkum kröfum samkeppnislaga um samkeppnislegt sjálfstæði fyrirtækja sem starfa á fákeppnismörkuðum og ströngu banni laganna við hvers konar samskiptum við stjórnarmenn, stjórnendur eða aðra starfsmenn keppinauta eða mögulega keppinauta sem eru til þess fallin að raska samkeppni.**

6.

Fyrirmælin í 5. tl. taka eingöngu til þeirra félaga, sem mynda fyrirtækið Samskip samkvæmt framansögðu og annast hvers kyns flutningaþjónustu á Íslandi og milli Íslands og annarra landa, þ.m.t. Samskip hf., Samskip Innanlands ehf. og Jónar Transport hf. Fyrirmælin í tl. 5.3 taka aftur á móti einnig til stjórnarmanna og starfsmanna Samskipa Holding BV.

7.

Brot gegn fyrirmælum þessum varða viðurlögum skv. IX. kafla samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson

