

2

Kaflar 1-4

- 1: Fyrirtækin sem sætt hafa rannsókn
- 2: Yfirlit yfir rannsókn og málsmeðferð
- 3: Markaðir málsins og staða fyrirtækja
- 4: 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins

BROT SAMSKIPA GEGN BANNI VIÐ ÓLÖGMÆTU SAMRÁÐI





1. FYRIRTÆKIN SEM SÆTT Hafa RANNSÓKN.....	4
1.1. Samskip	4
1.2. Eimskip	6
2. YFIRLIT YFIR RANNSÓKN OG MÁLSMEÐFERÐ	11
2.1. Vísbendingar um samráð Eimskips og Samskipa	11
2.2. Húsleitir og skýrslutökur í september 2013	11
2.3. Hluti eldri rannsóknar sameinaður hinni nýju rannsókn	12
2.4. Umfangsmikil rannsókn.....	12
2.5. Samskip og Eimskip töfðu rannsóknina	12
2.6. Kæra til lögreglu í mars 2014	13
2.7. Húsleitir 3. júní 2014 og samvinna við lögreglu	14
2.8. Fyrirtækin láta reyna á málsmeðferð á árunum 2013 - 2015.....	15
2.9. Gagnaöflun 2015 og 2016	16
2.9.1. Eimskip	16
2.9.2. Samskip	17
2.9.3. Aðrir aðilar	19
2.10. Viðbótarkæra til lögreglu í desember 2016	19
2.11. Gagnaöflun 2017 og 2018	20
2.11.1. Eimskip	20
2.11.2. Samskip	21
2.11.3. Hollensk samkeppnisyfirköld, Arion Banki, Alcoa o.fl.....	23
2.12. Önnur viðbótarkæra og samvinna við lögreglu	24
2.13. Andmælaskjal I frá 6. júní 2018	24
2.13.1. Viðbrögð Eimskips við AI árunum 2018 - 2019	25
2.13.2. Viðbrögð Samskipa við AI árunum 2018 - 2019	26
2.14. Dómsmál og aðrar aðgerðir Eimskips á árunum 2019 – 2020.....	28
2.14.1. Málshöfðanir á grundvelli laga um meðferð sakamála	28
2.14.2. Mál höfðað á grundvelli laga um meðferð einkamála	30
2.14.3. Kærur til áfrýjunarnefndar samkeppnismála	31
2.15. Frekari málsmeðferð á árunum 2018 - 2019	32
2.16. Andmælaskjal II frá 13. desember 2019	34
2.16.1. Viðbrögð Eimskips.....	35
2.16.1.1. Athugasemdir Eimskips við AI.....	36
2.16.1.2. Frekari frestbeiðnir Eimskips.....	36
2.16.1.3. Athugasemdir Eimskips við AII.....	37
2.16.2. Viðbrögð Samskipa	37
2.16.2.1. Athugasemdir Samskipa við AI og AII	39
2.16.2.2. Samskip taka sér frest.....	39
2.17. Frekari málsmeðferð á árunum 2020 - 2021	40



2.17.1.	Samskip og Eimskip gefið færi að tjá sig um gögn frá lögreglu	40
2.17.2.	Bréf Samskipa til stjórnar Samkeppniseftirlitsins og ráðherra samkeppnismála	41
2.18.	Eimskip gerir sátt við Samkeppniseftirlitið í júní 2021	41
2.19.	Samskip óska eftir sáttaviðræðum	43
2.20.	Kæra Samskipa til áfrýjunarnefndar samkeppnismála í júlí 2021	44
2.21.	Frekari málsmeðferð frá árinu 2022 fram að ákvörðun þessari	45
2.21.1.	Samskipum gefið frekara færi á að tjá sig um efni málsins	45
2.21.2.	Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 18. nóvember 2022	46
2.22.	Athugasemdir Samskipa við málsmeðferð	46
3.	MARKAÐIR MÁLSINS OG STAÐA FYRIRTÆKJA.....	48
3.1.	Sjóflutningar	48
3.2.	Landflutningar.....	49
3.3.	Flutningsmiðlun	50
3.4.	Umfjöllun í samtímagögnum um markaðsaðstæður	51
3.5.	Þýðing þess að fákeppni ríkti	54
3.6.	Niðurstaða	56
4.	UM BANN VIÐ SAMRÁÐI KEPPINAUTA OG SÖNNUNARREGLUR.....	58
4.1.	Mikilvægi sjálfstæðis og óvissu um fyrirætlanir keppinauta	58
4.2.	Samningar og samstilltar aðgerðir	60
4.2.1.	Um samninga.....	60
4.2.2.	EKKI hefur þýðingu hvort samráð er í formi samnings eða samstilltra aðgerða	61
4.2.3.	Um samstilltar aðgerðir	62
4.3.	Hugtakið samráð	65
4.4.	Samráð hafi að markmiði að raska samkeppni eða það leiði af því	66
4.5.	Samfellt samráð	70
4.6.	Nánar um tiltekna þætti samráðs	72
4.6.1.	Samvinna sem á sér stað til að losna við þá óvissu sem leiðir af samkeppni.....	72
4.6.2.	Verðsamráð	73
4.6.3.	Upplýsingaskipti	74
4.6.3.1.	Upplýsingaskipti eru ólöglegt ef þau draga úr æskilegri óvissu	74
4.6.3.2.	Samskipti keppinauta á fákeppnismörkuðum	78
4.6.4.	Markaðsskipting	80
4.6.5.	Takmörkun eða stýring á framboði	81
4.6.6.	Eldri mál í flutningastarfsemi.....	83
4.6.6.1.	Ákvörðun nr. 26/1997 og úrskurður í máli nr. 13/1997	83
4.6.6.2.	Ákvörðun nr. 27/2002	84
4.6.6.3.	Ákvörðun nr. 10/2003	85
4.6.6.4.	Ákvörðun nr. 11/2003 og úrskurður í máli nr. 9/2003	86
4.6.6.5.	Ákvörðun nr. 46/2009	86
4.6.6.6.	Ákvörðun nr. 13/2019 og úrskurður í máli nr. 1/2019	86
4.6.7.	Sérreglur á sviði flutninga á sjó	87



4.6.7.1.	Reglugerð nr. 4056/86 („Samsiglingarkerfi“)	87
4.6.7.2.	„Skipafélagasamtök“	88
4.7.	Um sönnun í samráðsmálum	92
4.7.1.	Almennt	92
4.7.2.	Sönnunarmat og sönnunarfærsla	95
4.7.3.	Sönnunarbyrði	95
4.7.4.	Sönnunarkröfur	97
4.7.5.	Sönnun á samstilltum aðgerðum	101
4.7.6.	Ýmis sönnunarsjónarmið	101
4.7.6.1.	Samtímagögn	101
4.7.6.2.	Samskipti keppinauta	103
4.7.6.3.	Undirbúningur samskipta	103
4.7.6.4.	Engin gögn vegna funda keppinauta	103
4.7.6.5.	Sönnun á markaðsskiptingu	104
4.7.6.6.	Óbein sönnunargögn	106
4.7.6.7.	Mögulegar aðrar skýringar á samhliða hegðun keppinauta en samráð	107
4.7.6.8.	Óformlegur tónn í samskiptum o.fl.	109
4.7.7.	Gildi viðurkenningar á þátttöku í ólögmetu samráði	110
4.8.	Deilur og „svindl“ í samráði	111



1. FYRIRTÆKIN SEM SÆTT Hafa RANNSÓKN

1. Í máli þessu er til skoðunar hvort Samskip (Samskip Holding BV, Samskip hf., Landflutningar ehf. og Jónar Transport hf.) hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 53. gr. EES-samningsins með samráði við Eimskip (Eimskipafélag Íslands hf., Eimskip Íslands ehf. og TVG Zimsen ehf.) á rannsóknartímabili málsins. Verður skipulagi þessara fyrirtækja lýst nánar hér á eftir. Einnig verður gerð grein fyrir helstu stjórnendum fyrirtækjanna sem komu að aðgerðum fyrirtækjanna sem mál þetta tekur til.
2. Almennt má segja að bæði Eimskip og Samskip séu alhliða flutningafyrirtæki og starfsemi þeirra hafi verið mjög áþekk hér á landi. Bæði fyrirtækin eru lóðrétt samþætt. Auk þess að sinna áætlunarflutningum á sjó til og frá Íslandi eiga fyrirtækin ýmis dótturfélög sem inna af hendi tengda starfsemi, s.s. for- og áframflutning bæði innanlands og erlendis. Að því er varðar flutninga innanlands búa bæði fyrirtækin yfir flutninganeti með starfrækslu vöruflutningamiðstöðva og flutningabifreiða sem ýmist eru í þeirra eigu eða reknar í samstarfi við aðra aðila. Þá reka bæði fyrirtækin alhliða flutningsmiðlanir, TVG-Zimsen (hér eftir TVG) í tilviki Eimskips og Jóna Transport (hér eftir Jónar) í eigu Samskipa. Þá er flutningatengd starfsemi skipafélaganna á erlendum vettvangi umtalsverð. Á helstu viðkomustöðum skipafélaganna erlendis eru reknar umboðsskrifstofur og vöruhús sem annast afgreiðslu og for- og áframflutning bæði á meginlandi Evrópu og í Norður-Ameríku og víðar. Eimskip og Samskip eru því nánir keppinautar á ýmsum sviðum flutninga, þ.m.t. á mörkuðum fyrir sjóflutninga, landflutninga og flutningsmiðlun.
3. Á öllu rannsóknartímabilinu voru Eimskip og Samskip samanlagt með afar sterka stöðu í m.a. land- og sjóflutningum hér á landi. Segja má að þau hafi nánast verið einráð á þessum afar mikilvægu sviðum viðskipta. Verður nánar fjallað um skilgreiningu markaða og stöðu fyrirtækja á þeim í kafla 3.

1.1. Samskip

4. Til rannsóknar er í þessu máli hvort fyrirtækið Samskip hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins með samráði við Eimskip.
5. Í málinu liggur fyrir að fram á haustið 2007 hafi Samskip hf. verið móðurfélag Samskipasamstæðunnar. Eftir það varð félag skráð í Hollandi, Samskip Holding BV, móðurfélag samstæðunnar. Urðu Samskip hf. þá dótturfélag Samskipa Holding.
6. Umrædd ákvæði samkeppnislaga og EES-samningsins leggja bann við samráði *fyrirtækja*. Hugtakið fyrirtæki í samkeppnisrétti sætir sjálfstæðri skýringu og tekur til hvers konar aðila eða einingar sem stundar atvinnustarfsemi. Hugtakið er þannig af efnahagslegum toga og ekki er skilyrði að fyrirtæki sé lögpersóna. Sökum hins efnahagslega eðlis hugtaksins er t.d. undir vissum kringumstæðum unnt að líta á tvær eða fleiri lögpersónur (t.d. móður- og dótturfélag) sem eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga. Vísast um þetta m.a. til dóms Hæstaréttar Íslands frá 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019, *Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið gegn Byko ehf. og Norvik hf.*¹
7. Samskip hf. eru alfarið í eigu Samskipa Holding BV. Hafa í málinu ekki verið lögð fram gögn sem sýna að Samskip hf. njóti sjálfstæðis frá móðurfélaginu.² Í ljósi þessa er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að umrædd félög myndi eina efnahagslega einingu og séu því eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga. Nánar er fjallað um atriði sem þessu tengjast í kafla 35.1.

¹ Sjá hér einnig t.d. mgr. 63-64 í dómi dómstóls ESB frá 25. nóvember 2020 í máli nr. C-283/18, Framkvæmdastjórnin gegn GEA Group, EU:C:2020:955.

² Engin slík gögn hafa komið fram við rannsókn Samkeppniseftirlitsins.



8. Samskip Holding og Samskip hf. og systurfélög annast margvíslega flutningastarfsemi í Evrópu og víðar. Samkvæmt upplýsingum frá Samskipum Holding er meginhluti starfsemi samstæðunnar utan Íslands. Samstæðunni hefur verið lýst svo:

„Innan Samskipa samstæðunnar eru yfir 70 félög víðsvegar um heiminn [...] en langflest eru í Hollandi á meðan það má segja að það séu 2 megin rekstrarfélög á Íslandi þ.e. Samskip hf. og Jónar Transport hf. Landflutningar eru og hafa verið innan Samskipa hf og ekki í sér félagi þó unnið hafi verið undir öðru vörumerki.

*Í dag er starfsemi Samskipa samstæðunnar skipt í 2 megin svið. Annars vegar **Samskip** og hins vegar **Samskip Logistics**. Undir Samskip fellur svokölluð Multimodal starfsemi í Hollandi og starfsemi Samskipa hf. á Íslandi. Undir Samskip Logistics fellur a) Flutningsmiðlun (forwarding), b) Rekstur frystiskipa, c) Rekstur frystigeymslna og d) Breakbulk flutningar.”³*

9. Hér á landi hafa þannig áætlunarsiglingar verið reknar í nafni Samskipa hf. Til skamms tíma voru landflutningar á Íslandi reknir í nafni dótturfélags Samskipa hf., þ.e. Landflutninga ehf. Starfsemi samstæðunnar á sviði flutningsmiðlunar hér á landi er rekin í nafni dótturfélagsins Jóna Transport (hér eftir Jónar). Samskip halda því fram að Jónar hafi verið „sjálfstæðir á markaði“ og ekki sætt „boðvaldi“ frá móðurfélaginu, sbr. mgr. 135 í athugasemdum Samskipa við AI. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta, sbr. umfjöllun í kafla 35.1.
10. Starfsemi Samskipa erlendis hefur þýðingu í þessu máli. Ljóst er að mögulegt samráð Samskipa við Eimskip sem tengist mikilvægum viðkomuhöfnum erlendis (t.d. í Rotterdam, Hamborg, Immingham og höfnum á Norðurlöndum) getur raskað samkeppni á Íslandi og valdið íslenskum inn- og útflytjendum tjóni.
11. Líkt og Eimskip höfðu Samskip með höndum umtalsverða starfsemi í Færeyjum. Heyrði sú starfsemi undir Samskip hf. Eins og Eimskip stunduðu Samskip einnig frystigeymslustarfsemi m.a. í Hollandi. Var sú starfsemi rekin fram á árið 2009 í nafni Kloosterboer (síðar Frigocare). Verður nánari grein gerð fyrir Kloosterboer hér á eftir og samráði þess félags við dótturfélag Eimskips, Daalimpex.
12. Samskip átti eignarhluti í fyrirtækjunum Silver Sea og Silver Green. Þessi fyrirtæki önnuðust m.a. flutninga á frystum sjávarafurðum frá Íslandi og koma við sögu í þessu máli, sbr. kafla 20.
13. Áréttá skal að í ákvörðun þessari vísa „Samskip“ til þeirra lögaðila þar sem umrædd flutningastarfsemi er rekin og mynda eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga. Jónar eru þannig hluti af Samskipum en til frekari glöggvunar verður eftir atvikum vísað sérstaklega til Jóna.
14. Aðgerðir Samskipa í þessu máli voru skipulagðar og þeim stýrt af æðstu stjórnendum fyrirtækisins á rannsóknartímabilinu. Um var að ræða forstjóra fyrirtækisins og stjórnarformann, auk helstu framkvæmdastjóra og annarra yfirmanna fyrirtækisins.
15. Til einföldunar verður hér vísað til þessara stjórnenda með skammstöfunum. Til glöggvunar verða skammstafanir vegna Samskipa rauðlitaðar í meginmáli þessarar ákvörðunar.
16. Hjá Samskipum koma m.a. eftirfarandi stjórnendur við sögu á rannsóknartímabilinu:

³ Bréf Samskipa Holding til Samkeppniseftirlitsins, dags. 02.11.2016. Á heimasíðu Samskipa segir þetta um fyrirtækið: „Félagið er eitt af stærri flutningafyrirtækjum í Evrópu með um 668 milljónir evra í veltu á ári og starfsstöðvar í 26 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 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.“ Aðgengilegt á slóð: www.samskip.is/um-samskip.



- Aðaleigandi, stjórnarformaður Samskipa Holding BV og stjórnarmaður Samskipa hf.⁴ ([...], hér eftir (S)aðaleig-stjform-SH)
- Forstjóri ([...], hér eftir (S)forstj)⁵
- Stjórnarmaður Samskip hf.⁶ ([...] hér eftir (S)stjórnarm-fjármstj)
- Stjórnarformaður Samskipa hf. ([...] hér eftir (S)stjorfm-S)
- Framkvæmdastjóri millilandasviðs ([...] hér eftir (S)frkvstj-millilandasv)⁷
- Forstöðumaður innflutningsdeildar ([...] hér eftir (S)forstö-innfl1)
- Framkvæmdastjóri innanlandssviðs ([...] hér eftir (S)frkvstj-innanl)
- Forstöðumaður útflutningsdeildar ([...] hér eftir (S)forstö-útl)
- Forstöðumaður flutningsstjórnunardeildar ([...] hér eftir (S)forstö-flutnstj)⁸
- Forstöðumaður landflutninga ([...] hér eftir (S)forstö-landfl)
- Framkvæmdastjóri Jóna ([...] hér eftir (S)frkvstj-Jóna)
- Framkvæmdastjóri Samskipa í Skandinavíu ([...] hér eftir (S)frkvstj-Skand)
- Framkvæmdastjóri Samskip Multimodal Container Logistics (MCL) ([...] hér eftir (S)frkvstj-MCL)
- Framkvæmdastjóri Samskip Reefer Logistics ([...] hér eftir (S)forstj-frystig)

17. Aðrir stjórnendur og starfsmenn Samskipa sem koma fyrir í ákvörðun þessari verða einnig auðkenndir með rauðlituðum skammstöfumum.

1.2. Eimskip

18. Þann 16. júní 2021 skrifuðu Eimskip og Samkeppniseftirlitið undir sátt. Viðurkenndi Eimskip að hafa brotið með alvarlegum hætti gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins með samráði við Samskip. Er sáttinni lýst nánar í kafla 2.18.

19. Með gerð sáttarinnar lauk þessu máli gagnvart Eimskip. Mat á ætluðum brotum Samskipa byggir hins vegar á athugun á samskiptum þess fyrirtækis við Eimskip. Er því nauðsynlegt að lýsa skipulagi Eimskips á rannsóknartímabilinu.

20. Ýmsar breytingar hafa verið gerðar á skipulagi Eimskips og þeim lögaðilum sem komið hafa að rekstri fyrirtækisins. Um skipulag Eimskips og breytingar fram á árið 2007 var fjallað í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 70/2007, *Misnotkun Hf. Eimskipafélags Íslands á markaðsráðandi stöðu sinni*, og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Þetta eldra mál tók til brota í sjóflutningastarfsemi HF. Eimskipafélag Íslands á árunum 2001 – 2002. Síðan áttu sér stað eftirfarandi breytingar:

- Hf. Eimskipafélag Íslands stofnaði einkahlutafélagið Eimskip ehf. sem tók við flutningastarfsemi móðurfélags síns í ársbyrjun 2003.

⁴ [...] sat einnig í stjórn Samskipa hf. til 29.04.2010.

⁵ [...] sat tímabundið í stjórn Samskipa hf., þ.e. 29.04.2010-09.08.2010.

⁶ Einnig fjármálastjóri Samskipssamstæðunnar í Hollandi. Var með vinnuáðstöðu hjá Samskip á Íslandi, sbr. upplýsingar frá Samskipum í afhentu yfirliti „Stjórnarseta í Samskip hf. 2008-2016“, afhent með bréfi Samskipa dags. 02.11.2016.

⁷ lét af störfum í september árið 2011. Ráðinn forstjóri Samskipa hf. í júlí árið 2014.

⁸ lét af störfum í lok október 2008.



- Í mars 2004 var ákveðið að breyta heiti beggja félaganna. Var heiti móðurfélagsins (Hf. Eimskipafélags Íslands) breytt í Burðarás hf. og heiti dótturfélagsins (Eimskip ehf.) breytt í Eimskipafélag Íslands ehf.
 - Í júní 2005 urðu eigendaskipti að Eimskipafélagi Íslands ehf. þegar Burðarás seldi Avion Group hf. allt hlutfé sitt í félaginu.
 - Í kjölfarið var Burðarási á árinu 2005 skipt upp og félagið sameinað annars vegar Landsbanka Íslands og hins vegar Straumi fjárfestingarbanka sem tóku við eignum og skuldum Burðaráss hf.
 - Í nóvember 2006 var heiti Avion Group síðan breytt í Hf. Eimskipafélag Íslands og í febrúar 2007 var það félag sameinað dótturfélagi sínu, Eimskipafélagi Íslands ehf. Bar hið sameinaða félag heiti móðurfélagsins, þ.e. Hf. Eimskipafélag Íslands.
21. Samkeppniseftirlitið komst að þeirri niðurstöðu að Hf. Eimskipafélag Íslands hið yngra hefði tekið við ábyrgð á brotum Hf. Eimskipafélags Íslands hinu eldra og var ákvörðun nr. 70/2007 því beint að því félagi. Var m.a. horft til þess að Hf. Eimskipafélag Íslands hið yngra ræki sömu sjóflutningastarfsemi og rekin hefði verið í nafni Hf. Eimskipafélags Íslands hins eldra.⁹ Var þessi niðurstaða staðfest af áfrýjunarnefnd samkeppnismáli í máli nr. 3/2008. Áfrýjunarnefndin benti meðal annars á þetta: „Breyting á lagalegu formi og nafni fyrirtækis ein sér felur ekki í sér brottfall ábyrgðar þegar báðir aðilarnir eru í efnahagslegum skilningi einn og hinn sami.“¹⁰ Fyrirtækið skaut þessum úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála ekki til dómstóla.
22. Samkvæmt framangreindu annaðist félagið Hf. Eimskipafélag Íslands viðkomandi flutningastarfsemi frá árinu 2007 og fram á árið 2009.
23. Frekari breytingar áttu sér stað á árinu 2009. Þær komu til umfjöllunar í samrunaákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 29/2009, *Kaup Landsbanka Íslands hf. og Yucaipa American Alliance fjárfestingasjóðanna á hlut í L1003 ehf.* Samrunaaðilar greindu frá því að þann 1. júlí 2009 hefði Héraðsdómur Reykjavíkur veitt Hf. Eimskipafélagi Íslands heimild til að leita nauðasamninga. Í frumvarpi til nauðasamninga var kveðið á um að Hf. Eimskipafélagi Íslands seldi allan rekstur og dótturfélög til hins nýja félags, L1003 ehf. Nefndu samrunaaðilar L1003 „Nýja Eimskip“. Var sagt að markmiðið með samrunanum væri meðal annars að tryggja að sú mikilvæga flutningastarfsemi „sem nú er í höndum Eimskips en verður síðar í höndum Nýja Eimskips stöðvist ekki.“
24. Í september 2009 tók L1003 yfir umrædda flutningastarfsemi. Á sama tíma var nafni Hf. Eimskipafélags Íslands breytt í A1988 hf. og nafni L1003 breytt í Eimskipafélag Íslands hf.
25. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 29/2009 var vísað til framangreindrar sölu Hf. Eimskipafélags Íslands á allri flutningastarfsemi til L1003 og komist að þessari niðurstöðu:

⁹ Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var meðal annars bent á eftirfarandi: „Að lokum er rétt að taka fram að í tengslum við kaup og sölu á félögum kunna aðilar að gera með sér samkomulag um hver skuli standa skil á greiðslu sekta vegna hugsanlegra brota á samkeppnisreglum. Er ótvírætt að slíkir einkaréttarlegir gemingar binda ekki hendur samkeppnisyfirlvalda.“ Þessu til stuðnings var vísað meðal annars til ákvörðunar framkvæmdastjórnar EB frá 18. júlí 2001 í *Graphite Electrodes*-málinu [2002] O.J. L100/1. Einnig var vísað til Kerse & Khan, EC Antitrust Procedure, 5. útg. 2005, bls. 366: „It is also notable that a clause in an agreement whereby the subsidiary’s graphite electrode business was sold to a third party with liability for antitrust fines remaining with the subsidiary was ineffectual against the Community law concept of an undertaking.“

¹⁰ Beitti áfrýjunarnefnd meðal annars þeirri reglu sem kemur fram dómi dómstóls ESB 28.03.1984 í sameinuðum málum nr. 29-30/83, *Compagnie Royal Asturienne des Mines (Cram) & Rhein zinc gegn framkvæmdastjórninni*, EU:C:1984:130. Nýlegt dæmi um beitingu þessarar reglu má finna í dómi dómstóls ESB frá 24. september 2020 í máli nr. C-601/18, *Prysmian gegn framkvæmdastjórninni*, EU:C:2020:751: „86. However, it also follows from the Court’s case-law that, when an entity that has committed an infringement of EU competition law is subject to a legal or organisational change, this change does not necessarily create a new entity free of liability for the unlawful conduct attributable to its predecessor in law provided that, at the least, from an economic point of view, the two entities are identical. If undertakings could escape penalties by simply changing their identity through restructurings, sales or other legal or organisational changes, the objective of suppressing conduct that infringes EU competition law and preventing its reoccurrence by means of deterrent penalties would be jeopardised [...]“



„L1003 mun því í framtíðinni sinna þeirri kjarnastarfsemi sem Eimskip hefur til þessa sinnt, þ.e. flutningastarfsemi. Ljóst er því að „Nýja Eimskip“ og Eimskip eru sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga.“

26. Samkvæmt þessu færðist öll flutningastarfsemi „gamla Eimskips“ (A1988) til „nýja Eimskips“ í september 2009 en sömu lykilstjórnendur stýrðu félaginu áfram. Í samrunatilkynningu þáverandi eiganda fyrirtækisins var eðlilega enginn greinarmunur gerður á hinu eldra og yngra félagi í efnahags- eða samkeppnislegu tilliti. Hið yngra félag hélt einfaldlega áfram, undir stjórn sama forstjóra, að starfrækja sömu flutningastarfsemi undir sama vörumerki og hið eldra félag hafði gert.
27. Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga, Eimskip, hafi rekið þá flutningastarfsemi sem mál þetta tekur til á öllu rannsóknartímabili þess, sbr. einnig ákvörðun eftirlitsins nr. 29/2009.
28. Samkvæmt framansögðu hefur Eimskipafélag Íslands hf. og ýmis dótturfélög þess rekið þá flutningastarfsemi sem mál þetta tekur til frá september 2009. Þau dótturfélög sem hér skipta máli eru alfarið í eigu móðurfélagsins. Hafa í málinu ekki verið lögð fram gögn sem sýna að þau njóti sjálfstæðis frá móðurfélaginu. Í ljósi þess og að þau eru 100% í eigu móðurfélagsins er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að umrædd félög myndi eina efnahagslega einingu og séu því eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga.
29. Dótturfélögin eru fjölmörg. Dótturfélagið Eimskip Ísland ehf. annast sjóflutninga og landflutninga hér á landi og tengda starfsemi og TVG-Zimesen (TVG) annast flutningsmiðlun.
30. Ýmis dótturfélög (og dótturfélög þeirra) hafa verið starfandi erlendis, t.d. þessi:
- „Eimskip USA, Inc. (100%)
 - Fyrirtækið ber ábyrgð á umboðsskrifstofu Eimskip og annast rekstur vöruheimslna í Bandaríkjunum og Kanada. Önnur þjónusta er einkum flutningur og dreifing ásamt annarri tengdri starfsemi
 - Eimskip UK Ltd. (100%).
 - Fyrirtækið ber ábyrgð á umboðsskrifstofu Eimskip og annast rekstur vöruheimslna í Bretlandi. Önnur þjónusta er einkum flutningur og dreifing ásamt annarri tengdri starfsemi.
 - Eimskip Holding B.V. (100%).
 - Fyrirtækið er eignarhaldsfélag fyrir mörg af félögum innan Eimskipssamstæðunnar. Helstur dótturfélög fyrirtækisins eru:
 - Eimskip Denmark A/S
 - Fyrirtækið ber ábyrgð á umboðsskrifstofu Eimskips og FaroeShips í Danmörku ásamt annarri þjónustu, s.s. vöruheimslnu og almenna flutningaþjónustu.
 - Eimskip Logistics AB
 - Fyrirtækið ber ábyrgð á umboðsskrifstofu Eimskips og FaroeShips í Svíþjóð ásamt annarri þjónustu, s.s. vöruheimslnu og almenna flutningaþjónustu.
 - Eimskip Nederland BV
 - Fyrirtækið ber ábyrgð á umboðsskrifstofu Eimskips og FaroeShips í Hollandi ásamt annarri þjónustu, s.s. vöruheimslnu og almenna flutningaþjónustu.



- *Eimskip Norway AS*
 - *Fyrirtækið rekur sérhæfðan frysti skipaflota sem annast flutninga á kældum og frosnum vörum. Þá annast fyrirtækið rekstur vörugeymslna ásamt almennri flutningaþjónustu.*
- *P/F Skipafélagið Føroyar (100%)*
 - *Fyrirtækið er alhliða flutningsfyrirtæki á færeyskum markaði í tengslum við inn- og útflutning. Helstu dótturfélög:*
 - *Faroe Ship. Sérhæfir sig í flutningaþjónustu í Færeyjum.*¹¹

31. Framangreind starfsemi Eimskips erlendis hefur þýðingu í þessu máli. Sem fyrr segir er ljóst er að mögulegt samráð Samskipa við Eimskip í tengslum við mikilvægar viðkomuhafnir erlendis (t.d. í Rotterdam, Hamborg, Immingham og í höfnum á Norðurlöndum) getur raskað samkeppni á Íslandi og valdið íslenskum inn- og útflytjendum tjóni.
32. Hér skiptir einnig máli að á hluta rannsóknartímabilsins átti Eimskip hollenska fyrirtækið Daalimpex. Það fyrirtæki rak frystigeymslur og tengist brotum þessa máls. Hið sama gildir um finnska skipafélagið Containerships sem var í meirihlutaeigu Eimskips. Verður þessum fyrirtækjum lýst nánar hér á eftir.
33. Áréttu skal að í ákvörðun þessari vísar „Eimskip“ til allra þeirra lögaðila þar sem umrædd flutningastarfsemi er rekin og mynda eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga. TVG er þannig hluti af Eimskip en til frekari glöggvunar verður eftir atvikum vísað sérstaklega til TVG.
34. Til einföldunar verður hér vísað til stjórnenda Eimskips með skammstöfunum. Til glöggvunar verða skammstafanir vegna Eimskips blálitáðar í meginmáli þessarar ákvörðunar.
35. Hjá Eimskip koma m.a. eftirfarandi stjórnendur við sögu á rannsóknartímabilinu:
- Forstjóri ([...] hér eftir [\(E\)forstj](#))
 - Stjórnarformaður ([...] hér eftir [\(E\)stjform](#))¹²
 - Framkvæmdastjóri Eimskip Íslands ([...] hér eftir [\(E\)frkvstj-EimÍsl](#))¹³
 - Framkvæmdastjóri alþjóðasviðs ([...] hér eftir [\(E\)frkvstj-alþjsv](#))¹⁴
 - Framkvæmdastjóri sölu- og þjónustudeild ([...] hér eftir [\(E\)frkvstj-sala/þj](#))¹⁵
 - Framkvæmdastjóri innanlandssviðs ([...] hér eftir [\(E\)frkvstj-innanl](#))
 - Framkvæmdastjóri flutningakerfa/rekstrarsviðs ([...] hér eftir [\(E\)frkvstj-flutnkerf](#))
 - Forstöðumaður skiparekstrardeildar ([...] hér eftir [\(E\)frkvstj-skiparekst](#))
 - Forstöðumaður útflutningsdeildar¹⁶ ([...] hér eftir [\(E\)forstö-útfl](#))

¹¹ Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 29/2015 var fjallað um samruna Eimskipafélags Íslands hf. og Sæferða hf. Í samrunaskrá, sem Eimskip sendi Samkeppniseftirlitinu í umræddu máli, kom fram þessi lýsing á skipulagi fyrirtækisins.

¹² Stjórnarformaður á árunum 2008 og 2009.

¹³ [...] bar einnig í samtímagögnum titilinn forstjóri Eimskips á Íslandi. lét af störfum á árinu 2009.

¹⁴ [...] gat einnig borið titilinn forstjóri Eimskips í Evrópu.

¹⁵ Starfaði hjá Eimskip til 2004. Byrjaði aftur hjá Eimskip árið 2009.

¹⁶ 01.09.2011 varð [...] forstöðumaður söludeild áætlunarflutninga hjá Eimskip.



- Forstöðumaður innflutningsdeildar¹⁷ ([...] hér eftir [\(E\)forstö-innfl](#))
- Forstöðumaður landflutninga ([...] hér eftir [\(E\)forstö-landfl1](#))
- Deildarstjóri útflutnings¹⁸ ([... hér eftir [\(E\)deildstj-útf1](#))
- Forstöðumaður flutningastýringar ([...] hér eftir [\(E\)forstö-flutnstý](#))
- Framkvæmdastjóri dótturfélagsins Containerships¹⁹ ([...] hér eftir [\(E\)frkvstj-Contain](#))
- Framkvæmdastjóri Eimskips í Hollandi [...] hér eftir [\(E\)frkvstj-Holland](#))

36. Aðrir stjórnendur og starfsmenn Eimskips sem koma fyrir í ákvörðun þessari verða einnig auðkenndir með blálituðum skammstöfunum.

¹⁷ 01.09.2011 varð [...] forstöðumaður flutningsmiðlunar hjá Eimskip.

¹⁸ [...] varð forstöðumaður flutningsmiðlunar tímabundið en síðan 01.02.2010 forstöðumaður alþjóðasviðs Eimskips.

¹⁹ Containerships er finnskt skipafélag sem hefur einkum starfsemi í Eystrasaltinu, Grikklandi, Tyrklandi og mið austurlöndum. Í september 2006 keypti Eimskip 65% hlut í félaginu. Í maí 2009 keyptu finnskir eigendur félagsins það til baka af Eimskip.



2. YFIRLIT YFIR RANNSÓKN OG MÁLSMEÐFERÐ

37. Í þessum kafla er gefið samandregið yfirlit yfir rannsókn og málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Nákvæma yfirferð, í tímaröð, yfir málsmeðferð í þessu máli er hins vegar að finna í viðauka II.

2.1. Vísbendingar um samráð Eimskips og Samskipa

38. Með lögum nr. 14/2011 voru gerðar breytingar á samkeppnislögum. Var þá lögfest heimild Samkeppniseftirlitsins til þess að grípa til aðgerða gegn aðstæðum eða háttsemi sem kemur í veg fyrir, takmarkar, eða hefur skaðleg áhrif á samkeppni almenningi til tjóns, án þess að aðstæðurnar eða háttsemin brjóti í bága við bannákvæði laganna. Sækir þessi heimild fyrirmynd sína m.a. til bresks samkeppnisréttar og gefur hún tækifæri til að taka heila markaði til athugunar með það að markmiði að bæta virkni þeirra til hagsbóta fyrir almenning og atvinnulífið. Slíkar rannsóknir eru nefndar „markaðsrannsóknir“. Markmið slíkra rannsókna er ekki að staðreyna hvort brot hafi verið framin heldur meta hvort unnt sé að bæta samkeppni til frambúðar með fyrirmælum eða tilmælum til viðkomandi stjórnvalda og fyrirtækja.²⁰

39. Haustið 2012 hóf Samkeppniseftirlitið forgreiningu á því hvaða markað væri rétt að taka til sérstakrar markaðsrannsóknar á grundvelli hinnar nýju heimildar í c. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga. Bæði eldsneytismarkaðurinn og markaðurinn fyrir farmflutninga með reglubundnum áætlunarsiglingum milli Íslands og annarra landa, komu til álita í því sambandi.²¹

40. Við þessa forgreiningu átti Samkeppniseftirlitið marga fundi með bæði viðskiptavinum og keppinautum Eimskips og Samskipa. Á þeim fundum komu fram ríkar vísbendingar um að Eimskip og Samskip hefðu með ólögmætu samráði brotið gegn samkeppnislögum, sbr. inngangskafla hér að framan.

41. Eftir upplýsingagjöf frá viðmælendum Samkeppniseftirlitsins lék grunur á að hið ólögmæta samráð fælist ekki síst í skiptingu markaða eftir viðskiptavinum eða landsvæðum. Var það talin rík vísbending að bæði fyrirtækjum sem tengjast flutningastarfsemi og viðskiptavinum flutningafyrirtækja bæri saman um hið ólögmæta samráð. Skipti hér máli að öflugir viðskiptavinir fyrirtækjanna höfðu lýst atvikum sem studdu mat annarra viðmælenda Samkeppniseftirlitsins. Taldi eftirlitið fram komnar áreiðanlegar vísbendingar og gefa ríka ástæðu til að ætla að samkeppnislög hefðu verið brotin með alvarlegum hætti. Sökum þessa var ljóst að markaðsrannsókn skv. c. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga var ekki réttur farvegur til að rannsaka hugsanleg brot.

42. Ákvað Samkeppniseftirlitið því að hefja hefðbundna rannsókn á því hvort Eimskip og Samskip hefðu brotið gegn bannreglum samkeppnislaga.

2.2. Húsleitir og skýrslutökur í september 2013

43. Með kröfum, dags. 9. september 2013, sem voru lagðar fram í Héraðsdómi Reykjavíkur óskaði Samkeppniseftirlitið eftir heimild til húsleitar á starfsstöðvum Samskipa og Eimskips.²² Með kröfunum fylgdi skjal þar sem gerð var grein fyrir því með hvaða viðskiptavinum og keppinautum Eimskips og Samskipa Samkeppniseftirlitið hefði átt fundi, auk tímasetninga þeirra funda og reifunar á því hvað kom fram á þeim.

44. Upplýsingar sem viðskiptavinir og keppinautar Eimskips og Samskipa veittu Samkeppniseftirlitinu um háttsemi fyrirtækjanna voru veittar því í trúnaði. Í ljósi ríkra rannsóknarhagsmuna og viðskiptahagsmuna framangreindra viðskiptavina og keppinauta óskaði Samkeppniseftirlitið eftir því

²⁰ Þetta er útskýrt nánar á heimasíðu Samkeppniseftirlitsins: samkeppni.is/malefni/markadsrannsoknir/.

²¹ Hóf Samkeppniseftirlitið markaðsrannsókn á eldsneytismarkaðnum í júní 2013.

²² Krafa Samkeppniseftirlitsins til Héraðsdóms Reykjavíkur vegna Eimskips, dags. 9.09.2013. Krafa Samkeppniseftirlitsins til Héraðsdóms Reykjavíkur vegna Samskipa, dags. 9. september 2013. Fskj. kröfu vegna úrskurða nr. 337/2013 og 338/2013.



við héraðsdóm að farið yrði með efni fylgiskjalsins sem trúnaðarmál. Í kröfunum sjálfum var þess vegna aðeins með almennum hætti gerð grein fyrir meginvísbindingum um ætluð brot.

45. Með tveimur úrskurðum, sem voru kveðnir upp 9. september 2013, heimilaði Héraðsdómur Reykjavíkur Samkeppniseftirlitinu að gera húsleitir hjá fyrirtækjunum og voru þær framkvæmdar daginn eftir þar sem m.a. var lagt hald á gögn og rafræn gögn afrituð.²³
46. Við upphaf húsleita á starfsstöðvum Samskipa og Eimskips 10. september 2013 afhenti Samkeppniseftirlitið fyrirtækjunum bréf þar sem sakarefni málsins var kynnt fyrir þeim. Sama dag og húsleitir fóru fram veittu fimm stjórnendur hjá Eimskip og fjórir hjá Samskipum Samkeppniseftirlitinu munnlegar upplýsingar fyrir hönd fyrirtækjanna, sbr. 1. mgr. 19. gr. samkeppnislaga. Tveir stjórnendur til viðbótar veittu munnlegar upplýsingar fyrir hönd fyrirtækjanna 17. september 2013, en þeir höfðu verið erlendis þegar húsleit fór fram. Lögmenn fyrirtækjanna voru viðstaddir upplýsingagjöf stjórnendanna.

2.3. Hluti eldri rannsóknar sameinaður hinni nýju rannsókn

47. Á árinu 2010 hófst rannsókn Samkeppniseftirlitsins á fyrirtækjum sem starfa á landflutningamarkaði. Tók sú rannsókn til þess hvort 10. gr. samkeppnislaga hafi verið brotin í samstarfi annars vegar Eimskips við smærri flutningafyrirtæki innan landflutninganets fyrirtækisins og hins vegar í samstarfi Samskipa við smærri fyrirtæki innan landflutninganets fyrirtækisins. Einnig tók rannsóknin til þess hvort Eimskip og Samskip hefðu brotið 10. gr. laganna með samstarfi sín á milli á landflutningamarkaði. Þessari rannsókn var ekki lokið er hin umfangsmikla rannsókn á starfsemi Eimskips og Samskipa á m.a. sjóflutningamarkaði hófst á árinu 2013.
48. Í áður nefndum bréfum frá 10. september 2013 tilkynnti Samkeppniseftirlitið Eimskip og Samskipum að framangreindar vísbindingar frá viðskiptavinum og keppinautum (sem urðu tilefni húsleitar) settu rannsóknina á landflutningamarkaði í „nýtt og umfangsmeira ljós“ og hefði Samkeppniseftirlitið ákveðið að sameina hina eldri rannsókn á ætluðu samráði Eimskips og Samskipa á landflutningamarkaði við hina umfangsmeiri rannsókn sem þá var að hefjast. Á grundvelli forgangsröðunar var hins vegar ákveðið að fella niður þann þátt rannsóknarinnar frá 2010 sem varðaði aðgerðir smærri landflutningafyrirtækja.

2.4. Umfangsmikil rannsókn

49. Rannsóknin sem hófst í september 2013 hefur náð yfir háttsemi Eimskips og Samskipa á yfir sex ára tímabili, þ.e. frá árinu 2008 til og með árinu 2013, og varðar brot í kjarnastarfsemi fyrirtækjanna, þ.e. sjóflutningum, landflutningum, flutningsmiðlun og tengdri starfsemi.²⁴
50. Rannsókn á brotum Eimskips og Samskipa hefur verið mjög umfangsmikil. Hún tekur til öflugra alþjóðlegra fyrirtækja, varðar mikilvæga markaði og nær yfir langt tímabil. Gagnamagnið í málinu er án fordæma hjá Samkeppniseftirlitinu. Afrituð og afhent gögn eru samtals um 4 TB (terabyte) eða tugmilljónir skjala og tölvupósta.
51. Er hér um að ræða umfangsmestu rannsókn samkeppnisyfirvalda sem framkvæmd hefur verið hér á landi.

2.5. Samskip og Eimskip töfðu rannsóknina

52. Til þess að rækja hlutverk sitt að lögum er Samkeppniseftirlitinu nauðsynlegt að geta aflað upplýsinga og gagna frá fyrirtækjum á markaði, opinberum aðilum og öðrum mögulegum haghöfum. Er afar

²³ Úrskurðir Héraðsdóms Reykjavíkur í málum nr. R-337/2013 vegna Eimskips, kveðnum upp 9.09.2013. Úrskurðir Héraðsdóms Reykjavíkur í málum nr. R-338/2013 vegna Samskipa, kveðnum upp 9.09.2013.

²⁴ Tiltækin atvik sem áttu sér stað fyrir árið 2008 eru einnig til skoðunar.



mikilvægt að samkeppnisyrfirvöld hafi greiðan aðgang að hvers kyns upplýsingum svo þau geti lagt rétt mat á aðstæður og háttsemi fyrirtækja á markaði.

53. Eftirlit með því að fyrirtæki fari að ákvæðum samkeppnislaga er þess vegna komið undir því að samkeppnisyrfirvöld geti aflað upplýsinga um aðstæður og hegðun fyrirtækja á markaði.²⁵ Af þessum sökum er í 19. gr. laganna mælt fyrir um heimild Samkeppniseftirlitsins til að krefja fyrirtæki um allar þær upplýsingar sem nauðsynlegar þykja við athugun einstakra mála. Í ákvæðinu er tekið fram að upplýsinga sé unnt að krefjast munnlega eða skriflega. Þá er í 2. mgr. 19. gr. kveðið á um að Samkeppniseftirlitið geti með sömu skilyrðum og í 1. mgr. krafist þess að fá gögn afhent til athugunar. Þá skal afhenda Samkeppniseftirlitinu upplýsingar og gögn innan hæfilegs frests sem eftirlitið setur, sbr. 1. og 2. mgr. 19. gr. samkeppnislaga.
54. Ákvæði samkeppnislaga leggja ríkar skyldur á alla þá sem afhenda Samkeppniseftirlitinu gögn eða veita eftirlitinu upplýsingar, sbr. 19. gr., i. lið 1. mgr. 37. gr. og 41. gr. b laganna. Óheimilt er t.d. að falska gögn eða veita rangar, villandi eða ófullnægjandi upplýsingar, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 4. mars 2021 í máli nr. 26/2020, *Mjólkursamsalan ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu*.
55. Eins og nánar verður gerð grein fyrir fór upplýsingagjöf og gagnaafhending Samskipa og Eimskips gegn skyldum fyrirtækjanna til að veita upplýsingar og afhenda gögn skv. 19. gr. samkeppnislaga.
56. Við upphaf rannsóknar Samkeppniseftirlitsins í september 2013 var aflað munnlegra upplýsinga frá fyrirtækjunum á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga, nánar tiltekið hjá fimm stjórnendum Samskipa og sex stjórnendum Eimskips. Í þeirri upplýsingagjöf veittu fyrirtækin rangar upplýsingar um þýðingarmikil atriði málsins og upplýstu ekki um, eða héldu frá, upplýsingum um samskipti við stjórnendur keppinautarins. Við þessa upplýsingagjöf fyrirtækjanna var upplýsingum um samskipti þeirra haldið leyndum eða gert minni úr samskiptunum. Strax við upphaf rannsóknarinnar var því þýðingarmiklum og nauðsynlegum upplýsingum haldið frá eftirlitinu.
57. Brot fyrirtækjanna gegn 19. gr. samkeppnislaga héldu áfram eftir því sem rannsókninni vatt fram. Veittu Samskip og Eimskip þannig ítrekað rangar, villandi og ófullnægjandi upplýsingar vegna upplýsingabeidna Samkeppniseftirlitsins við rannsókn málsins. Voru ýmist ekki veittar upplýsingar um þýðingarmikil atvik sem áttu sér stað á rannsóknartímabilinu, veittar rangar eða villandi upplýsingar eða gögn um atvik málsins. Þurfti Samkeppniseftirlitið að þessum sökum að ítreka upplýsingabeidnir sínar og minna á þá skyldu sem hvílir á fyrirtækjum samkvæmt 19. gr. laganna.
58. Eins og lýst verður nánar í kafla 2.18 undirrituðu Samkeppniseftirlitið og Eimskip sátt 16. júní 2021. Í henni viðurkennir Eimskip alvarleg og langvarandi brot á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Til viðbótar 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.“
59. Í kafla 23 er rökstutt að Samskip hafi brotið gegn skyldu til að veita upplýsingar og afhenda gögn skv. 19. gr. samkeppnislaga.
60. Með framangreindum aðgerðum eða aðgerðaleyzi Samskipa og Eimskips töfðu og torvelduðu fyrirtækin rannsókn Samkeppniseftirlitsins. Þessi brot fyrirtækjanna gegn 19. gr. samkeppnislaga unnu mjög gegn skilvirkri rannsókn málsins.
- 2.6. Kæra til lögreglu í mars 2014**
61. Með lögum nr. 52/2007 var Samkeppniseftirlitinu fengið sérstakt hlutverk hvað varðar rannsóknir á refsiverðum brotum á samkeppnislögum. Auk reksturs stjórnsýslumála gagnvart fyrirtækjum hefur

²⁵ Sjá í þessu sambandi úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2011.



Samkeppniseftirlitið þannig lögmælt verkefni innan refsivörslukerfisins. Í þessu felst að samráðsbrot einstaklinga sæta aðeins rannsókn lögreglu að undangenginni kæru Samkeppniseftirlitsins.

62. Ólögmætt samráð getur varðað fyrirtæki stjórnsluviðurlögum og starfsmenn þeirra refsingu. Þegar Samkeppniseftirlitið hefur rannsókn á ætluðum brotum fyrirtækja á 10. gr. samkeppnislaga er í raun innifalið í slíkri rannsókn mat á því hvort málið sé þess eðlis að það kalli á kæru til lögreglu vegna aðkomu starfsmanna að ætluðu broti. Er slík athugun Samkeppniseftirlitsins á þætti einstaklinga upphafspáttur í mögulegri rannsókn sakamáls.
63. Frumskoðun hluta afritaðra gagna Eimskips og Samskipa renndi stoðum undir fyrri vísbindingar um alvarleg brot gegn samkeppnislögum á mikilvægum mörkuðum. Í ljósi framangreinds átti Samkeppniseftirlitið fund með embætti sérstaks saksóknara þann 15. janúar 2014. Var embættið upplýst um grun um alvarleg brot sem kallað gætu á kæru á þætti einstaklinga í hinu ætlaða samráði.
64. Samkeppniseftirlitið taldi óhjákvæmilegt að beina kæru til embættis sérstaks saksóknara (nú embætti héraðssaksóknara (hér eftir „lögregla“)), sbr. 42. gr. samkeppnislaga. Var það gert með bréfi dags. 21. mars 2014. Voru kærðir tilteknir einstaklingar sem gegnt hafa störfum fyrir Eimskip og Samskip. Meðfylgjandi kæru voru fylgigögn skv. 4. mgr. 42. gr. laganna.
65. Frá þeim tíma sem kærinni var beint til lögreglu hafa því verið til meðferðar tvö mál sem varða brot á samkeppnislögum á flutningamarkaði. Annars vegar rannsókn Samkeppniseftirlitsins á því hvort viðkomandi fyrirtæki hafi brotið samkeppnislög og hins vegar rannsókn lögreglu á ætluðum brotum starfsmanna þeirra. Á grundvelli 5. og 6. mgr. 42. gr. samkeppnislaga hefur frá upphafi verið samvinna milli stjórnvaldanna við rannsókn málanna.

2.7. Húsleitir 3. júní 2014 og samvinna við lögreglu

66. Á grundvelli úrskurða Héraðsdóms Reykjavíkur frá 3. júní 2014 voru aftur framkvæmdar húsleitir hjá Eimskip og Samskipum.²⁶ Til efni þess var að við rannsókn á þeim gögnum sem haldlögð voru í fyrri húsleit Samkeppniseftirlitsins kom í ljós að tiltekin afrit af tölvutækum gögnum vantaði að hluta eða að öllu leyti frá tilteknum starfsmönnum eða eftir atvikum fyrrverandi starfsmönnum fyrirtækjanna tveggja. Umræddir starfsmenn voru m.a. helstu stjórnendur fyrirtækjanna. Þá hafði við framgang rannsóknarinnar komið í ljós að nauðsynlegt væri að afla frekari gagna þar sem talið var að þau gætu haft sönnunargildi í málinu.
67. Við upphaf seinni húsleitarinnar 3. júní 2014 afhenti Samkeppniseftirlitið Eimskip og Samskipum bréf þar sem tilkynnt var um fyrrgreinda kæru vegna ætlaðra refsiverðra brota tiltekinna einstaklinga. Á hinn bóginn fengu fyrirtækin ekki afhent afrit kærunnar.
68. Framangreind húsleit var á forræði Samkeppniseftirlitsins og gerð í samráði og með þátttöku lögreglu, bæði varðandi undirbúning og framkvæmd aðgerðarinnar á vettvangi.
69. Í kjölfar kæru töldu Samkeppniseftirlitið og lögregla nauðsynlegt að framkvæma áframhaldandi athugun á afrituðum og haldlögðum gögnum frá Eimskip og Samskipum.
70. Vegna umfangs undirliggjandi rannsóknar og til að tryggja skilvirkni var talið nauðsynlegt að Samkeppniseftirlitið og lögregla hefðu samvinnu og samstarf um framkvæmd á athugun gagnanna. Í samstarfi við lögreglu framkvæmdu rannsakendur Samkeppniseftirlitsins ítarlega athugun á rafrænum gögnum. Á árunum 2016 og 2018 beindi Samkeppniseftirlitið viðbótarkærum til lögreglu, sbr. nánar hér á eftir.

²⁶ Krafa Samkeppniseftirlitsins til Héraðsdóms Reykjavíkur vegna Eimskips, dags. 03.06.2014. Krafa Samkeppniseftirlitsins til Héraðsdóms Reykjavíkur vegna Samskipa, dags. 03.06.2014.



2.8. Fyrirtækin láta reyna á málsmeðferð á árunum 2013 - 2015

71. Bæði Eimskip og Samskip hafa látið reyna á ýmis atriði sem varða málsmeðferð og rannsókn Samkeppniseftirlitsins, m.a. fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Hefur því m.a. verið haldið fram að Samkeppniseftirlitið hafi með ólögætum hætti haldið upplýsingum frá fyrirtækjunum og gefið ófullnægjandi upplýsingar um sakarefnið.
72. Sem fyrr segir leiddu upplýsingar frá viðskiptavinum og keppinautum Eimskips og Samskipa til þess að rannsókn þessa máls hófst. Veittu þessir heimildarmenn Samkeppniseftirlitinu upplýsingar í trúnaði. Þá átti Samkeppniseftirlitið í samskiptum við lögreglu og miðlað til hennar gögnum. Eimskip og Samskip létu reyna á rétt sinn til aðgangs að gögnum sem tengdust framangreindu. Í þessum málum reyndi því á reglur samkeppnisréttarins um vernd heimildarmanna og uppljóstrara. Jafnframt vógust á upplýsingaréttur aðila stjórnáslumáls á grundvelli stjórnáslulaga annars vegar og rannsóknarhagsmunir í sakamáli, sbr. 1. mgr. 42. gr. a samkeppnislaga, hins vegar. Reyndi þar í fyrsta sinn á tiltekna mikilvæga þætti við beitingu þessara reglna. Fjallað var um þetta í eftirfarandi úrlausnum:
- Ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins frá 13. september 2013. Beiðnum Eimskips og Samskipa um aðgang að húsleitarkröfu og fylgiskjali var synjað. Þessu til stuðnings var vísað til rannsóknarhagsmuna og að í gögnunum væri að finna trúnaðarupplýsingar (upplýsingar um þá sem upplýstu Samkeppniseftirlitið um ætluð brot Eimskips og Samskipa). Var tekið fram að gögnin yrðu afhent (að undanskildum trúnaðargögnum) þegar rannsóknarhagsmunir leyfðu. Bæði fyrirtækin skutu málinu til áfrýjunarnefndar.
 - Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 23. desember 2013 í máli nr. 7/2013, *Eimskip gegn Samkeppniseftirlitinu*. Með úrskurðinum var felld úr gildi höfnun Samkeppniseftirlitsins á að afhenda kröfu um húsleit og fylgiskjal og lagt fyrir eftirlitið að taka á ný afstöðu til kröfu Eimskips um aðgang að þessum gögnum.
 - Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 29. janúar 2014 í máli nr. 8/2013, *Samskip gegn Samkeppniseftirlitinu*. Sama niðurstaða og í máli nr. 7/2013.
 - Úrskurður Héraðsdóms Reykjavíkur frá 16. júlí 2014 í máli nr. R-190/2014, *Samskip gegn Samkeppniseftirlitinu*. Með úrskurðinum var vísað frá dómi kröfu Samskipa um að tiltekin rannsóknaraðgerð Samkeppniseftirlitsins yrði úrskurðuð ólögæt. Þá var hafnað kröfu Samskipa um að Samkeppniseftirlitinu yrði gert að eyða afritum tiltekinna rafrænna gagna sem aflað var með húsleit.
 - Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 3. júní 2014. Niðurstaða eftirlitsins vegna kröfu Eimskips og Samskipa um að fá í hendur upphaflega húsleitarkerfi og fylgiskjal. Var gerð grein fyrir því að Samkeppniseftirlitið hafi tekið afstöðu til viðkomandi gagna í samræmi við leiðbeiningar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í úrskurðum í málum nr. 7/2013 og 8/2013. Fylgdu með umbeðin gögn að hluta. Var rökstutt hvers vegna Samkeppniseftirlitið teldi að Eimskip og Samskip ættu ekki rétt á því að fá í hendur allar umbeðnar upplýsingar.
 - Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 25. september 2014 í máli nr. 2/2014, *Eimskip gegn Samkeppniseftirlitinu*. Með vísan til sjónarmiða um mikilvægi þess að virða nafnleynd heimildarmanna um ætluð brot var að hluta til staðfest ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 3. júní 2014 um að takmarka aðgang Eimskips að tilteknum upplýsingum en mælt fyrir um aðgang að upplýsingum sem ekki voru taldar raska nafnleynd eða rannsóknarhagsmunum.
 - Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 28. október 2014. Synjaði Samkeppniseftirlitið beiðni Eimskips um aðgang að gögnum í tengslum við kæru eftirlitsins til lögreglu vegna ætlaðra refsiverðra brota tiltekinna starfsmanna Eimskips. Var þetta gert með vísan til 2. mgr. 42. gr. a samkeppnislaga.



- Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 23. desember 2014 í máli nr. 6/2014, *Eimskip gegn Samkeppniseftirlitinu*. Áfrýjunarnefnd taldi að höfnun á aðgengi að gögnum, sem fólst í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 28. október 2014, gæti ekki eingöngu byggst á 2. mgr. 42. gr. a samkeppnislaga og lagði fyrir Samkeppniseftirlitið að taka á ný afstöðu til kröfu Eimskips.
- Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 30. mars 2015. Í henni var fallist á beiðni Eimskips að hluta, um aðgang að gögnum í tengslum við kæru eftirlitsins til lögreglu vegna ætlaðra brota tiltekinna starfsmanna áfrýjenda. Var aðgangur að upplýsingum í kæru og fylgiskjölum takmarkaður með vísan til 1. mgr. 42. gr. a. samkeppnislaga, sbr. 17. gr. stjórnslulaga. Samskonar ákvörðun var tekin 1. apríl 2015 varðandi kröfu Samskipa um aðgang að gögnum.
- Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 17. júlí 2015 í máli nr. 3/2015, *Eimskip gegn Samkeppniseftirlitinu*. Með úrskurðinum var staðfest ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 30. mars 2015.
- Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 17. júlí 2015 í máli nr. 4/2015, *Samskip gegn Samkeppniseftirlitinu*. Með úrskurðinum var staðfest ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 1. apríl 2015.
- Niðurstaða umboðsmanns Alþingis frá 13. október 2015. Eimskip hafði beint kvörtun til umboðsmanns vegna ákveðinna atriða í málsmeðferð og rannsókn Samkeppniseftirlitsins. Í kvörtuninni hélt Eimskip því fram:
 - Að fyrirtækið hefði engar eða takmarkaðar upplýsingar fengið um ætluð brot.
 - Að takmörkun á upplýsingarétti fyrirtækisins hefði svipt það andmælarétti.
 - Að málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins væri í ósamræmi við mannréttindi fyrirtækisins.
 - Að framangreindir úrskurðir áfrýjunarnefndar samkeppnismála staðfestu að málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins hefði verið „afar óvönduð“.
 - Að málshraðareglan hefði verið brotin.

Að fenginni umsögn Samkeppniseftirlitsins um kvörtunina taldi umboðsmaður Alþingis ekki tilefni til þess að hafast frekar að í málinu.

2.9. Gagnaöflun 2015 og 2016

2.9.1. Eimskip

73. Með bréfi, dags. 23. janúar 2015, sendi Samkeppniseftirlitið upplýsingabeiðni til Eimskips. Í beiðninni var óskað eftir margvíslegum upplýsingum og gögnum,²⁷ þ.m.t. um samskipti stjórnenda Eimskips við Samskip, um verðbreytingar og viðskipti við mikilvæga viðskiptavini. Var fyrirtækinu veittur frestur til 23. mars 2015.
74. Eimskip svaraði 3. febrúar 2015. Kom fram í bréfinu að Eimskip myndi ekki verða við umræddri upplýsingabeiðni fyrr en Samkeppniseftirlitið yrði við „skýrum fyrirmælum“ áfrýjunarnefndar samkeppnismála um að afhenda Eimskip gögn sem send höfðu verið lögreglu. Vísaði Eimskip þessu til stuðnings til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2014.
75. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 19. febrúar 2015 var ítrekuð upplýsingaskylda Eimskips skv. 19. gr. samkeppnislaga og boðað að viðurlögum kynni að verða beitt yrði fyrirtækið ekki við henni. Einnig

²⁷ Upplýsingar og gögn nefnd í einu lagi hér á eftir „upplýsingar“ nema annað sé tekið fram.



var Eimskip bent á að í úrskurði í máli nr. 6/2014 hefði áfrýjunarnefnd ekki lagt fyrir Samkeppniseftirlitið að afhenda gögn heldur „taka á ný afstöðu“ til beiðni fyrirtækisins.

76. Með bréfi Eimskips, dags. 23. mars 2015, afhenti fyrirtækið hluta þeirra upplýsinga sem Samkeppniseftirlitið hafði óskað eftir í janúar 2015. Þetta gerði Eimskip án þess að hafa farið fram á viðbótarfrest til að þess að verða við skyldu sinni til að veita upplýsingar. Vantaði ekki síst upplýsingar um samskipti Eimskips við keppinauta sem Samkeppniseftirlitið hafði óskað eftir. Til skýringar á þessu benti Eimskip m.a. á að það væri ekki hlutverk fyrirtækisins að framkvæma rannsókn málsins og að fyrirtækið gæti ekki krafið starfsmenn sína um upplýsingar um öll samskipti þeirra við keppinauta.
77. Samkeppniseftirlitið sendi bréf til Eimskips, dags. 22. október 2015, þar sem tilkynnt var það mat eftirlitsins að það liti svo á að Eimskip hefði ekki sinnt upplýsingaskyldu sinni skv. 19. gr. samkeppnislaga. Til viðbótar var óskað eftir tilteknum upplýsingum og frestur gefinn til 30. október 2015.
78. Eimskip svaraði 23. október 2015 og kvaðst ætla að uppfylla lagaskyldu sína samkvæmt 19. gr. laganna. Fór fyrirtækið fram á frest til 20. nóvember 2015 og var hann veittur.
79. Svarbréf Eimskips barst Samkeppniseftirlitinu þann 20. nóvember 2015. Í bréfinu var tilkynnt að félagið hygðist ráðast í tiltekna vinnu við að svara að fullu upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins. Fælist hún í því að fela utanaðkomandi aðila að leita í tölvutækum gögnum Eimskips að upplýsingum sem vörðuðu samskipti við Samskip. Óskaði Eimskip eftir fresti til 19. febrúar 2016 og var hann veittur.
80. Bárust upplýsingar frá Eimskip þann 19. febrúar 2016. Var þar afhentur afrakstur af umræddri leit sem hefði verið framkvæmd í tölvugögnum. Þrátt fyrir beiðni Samkeppniseftirlitsins um annað var um að ræða heildarsafn gagna, afhent án skýringa og óflokkað. Þá sagði að Eimskip sæi sér ekki fært að „yfirheyra“ starfsmenn, sem á sama tíma kynnu að vera til rannsóknar hjá lögreglu. Eimskip kvað útilokað að geta veitt upplýsingar um viðskiptasögu mikilvægra viðskiptavina með þeim hætti sem Samkeppniseftirlitið óskaði eftir.
81. Þann 30. september 2016 sendi Samkeppniseftirlitið beiðni til Eimskips þar sem óskað var eftir frekari upplýsingum. Var m.a. óskað eftir tilteknum fundargerðum og beðið um skýringar á misræmi í upplýsingagjöf fyrirtækisins. Var frestur til veittur til 31. október 2016. Með bréfi, dags. 7. október 2016, óskaði Eimskip eftir því að sá frestur yrði framlengdur til 15. desember 2016. Samkeppniseftirlitið óskaði eftir frekari rökstuðningi fyrir beiðni um aukinn frest og í kjölfarið var veittur viðbótarfrestur til 30. nóvember 2016 þar sem Eimskip skuldbatt sig til að afhenda mikinn hluta upplýsinganna þann 31. október 2016. Til viðbótar óskaði Samkeppniseftirlitið þann 3. nóvember 2016 eftir frekari upplýsingum. Eimskip veitti síðan tilteknar upplýsingar 1. og 8. desember 2016.

2.9.2. Samskip

82. Með bréfi, dags. 29. janúar 2015, sendi Samkeppniseftirlitið upplýsingabeiðni til Samskipa. Líkt og í beiðninni til Eimskips var óskað eftir margvíslegum upplýsingum, þ.m.t. um samskipti stjórnenda Samskipa við Eimskip, um verðbreytingar og viðskipti við mikilvæga viðskiptavini. Var veittur frestur til þess til loka mars 2015.
83. Þann 9. mars 2015 sendu Samskip bréf þar sem gerðar voru athugasemdir við framangreinda upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins og lýst erfiðleikum við að svara henni. Upplýsingabeiðnin væri of almenn, of víðtæk, of tímafrekt að sinna henni og beiðnin væri ekki í samræmi við 19. gr. samkeppnislaga. Væri Samskipum ekki skylt að „ráðast í rannsóknir“ til þess verða við beiðni Samkeppniseftirlitsins.



84. Samkeppniseftirlitið svaraði framangreindu bréfi Samskipa þann 23. mars 2015. Í því var útskýrt hvað fælist í upplýsingaskyldu skv. 19. gr. samkeppnislaga og tekið fram það væri hvorki óeðlilegt né óhóflega íþyngjandi að gerð væri sú krafa að stjórnendur Samskipa byggju yfir vitneskju um hvort þeir hafi átt í samskiptum við Eimskip eða byggju yfir upplýsingum sem vörðuðu samskipti Samskipa við Eimskip. Upplýsingaskylda Samskipa var því áréttuð. Hins vegar var fallist á tiltekna takmörkun á beiðni um upplýsingar, m.a. hvað varðar fjölda þeirra viðskiptavina sem veita átti upplýsingar um.
85. Gögn og upplýsingar bárust síðan frá Samskipum þann 10. apríl 2015. Voru þar ekki veittar allar upplýsingar sem Samkeppniseftirlitið hafði óskað eftir. Veitti Samskip m.a. ekki allar þær upplýsingar sem farið hafði verið fram á og vörðuðu samskipti við Eimskip. Sagði fyrirtækið að ekki hefði verið haldið skipulaga utan um samskipti stjórnenda Samskipa og það sé ekki á forræði fyrirtækisins að afla þeirra gagna. Beiðni Samkeppniseftirlitsins væri ekki í samræmi við meðalhóf.
86. Þar sem gagnaafhending Samskipa var ekki í samræmi við þær kröfur sem settar höfðu verið fram í upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins áréttuð eftirlitið þann 25. nóvember 2015 skyldu Samskipa til að veita upplýsingar samkvæmt beiðninni frá 29. janúar 2015. Var Samskipum tilkynnt að eftirlitið liti svo á að félagið hefði ekki sinnt upplýsingaskyldu sinni skv. 19. gr. samkeppnislaga.
87. Samskip svöruðu Samkeppniseftirlitinu 30. nóvember 2015 og óskuðu ítrekað eftir viðbótarfresti til að afhenda frekari gögn og/eða útskýringar á því af hverju ekki væri unnt að afhenda tiltekin gögn. Samkeppniseftirlitið féllst á að veita viðbótarfrest til 15. janúar 2016.
88. Frekari upplýsingar og gögn bárust frá Samskipum 14. janúar 2016. Í svörum Samskipa kom á ný fram að það hefði verið erfiðleikum bundið að safna saman þeim gögnum sem Samkeppniseftirlitið hefði óskað eftir, sér í lagi varðandi samskipti við keppinauta og um viðskiptasögu stærstu viðskiptavinanna. Hins vegar voru veittar upplýsingar um viss samskipti stjórnenda Eimskips og Samskipa.
89. Þann 4. október 2016 sendi Samkeppniseftirlitið upplýsingabeiðni til Samskipa þar sem óskað var eftir frekari upplýsingum. Var m.a. óskað eftir upplýsingum sem vörðuðu móðurfélagið Samskip Holding BV. Var frestur til að svara beiðninni veittur til 31. október 2016.
90. Með bréfi, dags. 25. október 2016, óskuðu Samskip eftir viðbótarfresti til 11. nóvember sama ár til að verða við upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins. Einnig var tekið fram að Samskip hefðu hvorki aðgang að upplýsingum úr rekstri móðurfélagsins né væri félagið í stöðu til að beina fyrirmælum til móðurfélagsins um upplýsingagjöf til Samkeppniseftirlitsins.
91. Þann 28. október 2016 sendi Samkeppniseftirlitið bréf til Samskipa vegna synjunar um afhendingu á gögnum sem vörðuðu Samskip Holding. Var farið fram á að afhentar yrðu tilteknar upplýsingar um samstæðuna sem Samskip tilheyri. Í bréfinu var gerð grein fyrir reglum samkeppnisréttarins um fyrirtæki og eina efnahagslega einingu og þýðingu þess þegar móður- og dótturfélag myndi slíka einingu og teljast þar með eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga.
92. Með bréfi frá Samskipum, dags. 1. nóvember 2016, var tilkynnt að Samskip hefðu komið upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins á framfæri við Samskip Holding en væri ekki í stöðu til að beina neinum fyrirmælum til móðurfélagsins eða erlendra systurfélaga. Samskip gætu ekki veitt upplýsingar um stjórn, stjórnarsetu og stjórnarfundir móðurfélagsins og uppbyggingu og skipulag samstæðunnar. Með bréfinu fylgdu einnig tilteknar upplýsingar vegna upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins 28. október 2016. Einnig bárust upplýsingar frá Samskipum 2. nóvember 2016. Jafnframt kváðust Samskip ekki geta veitt vissar upplýsingar sem vörðuðu forstjóra fyrirtækisins.
93. Með tölvupósti, dags. 2. nóvember 2016, afhentu Samskip Holding, að eigin frumkvæði, Samkeppniseftirlitinu upplýsingar um samstæðuna. Um var að ræða yfirlit yfir rekstur



samstæðunnar. Þá var óskað eftir viðbótarfresti til að verða við upplýsingabeidni Samkeppniseftirlitsins.

94. Með tölvupósti frá Samskipum, dags. 11. nóvember 2016, óskaði félagið eftir viðbótarfresti til 16. nóvember til að veita upplýsingar samkvæmt beiðni Samkeppniseftirlitsins frá 4. október 2016. Samkeppniseftirlitið féllst á að veita þann frest. Samskip óskuðu síðan ítrekað eftir auknum fresti og var lokafrestur veittur til 22. nóvember 2016. Afhentu Samskip upplýsingar þann dag.
95. Þann 6. desember 2016 sendi Samkeppniseftirlitið bréf til Samskipa Holding þar sem tilkynnt var að skýrar vísbendingar væru fyrir hendi um að Samskip hf. og Samskip Holding myndu 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 ásamt því að óskað var eftir tilteknum upplýsingum og gögnum. Veittur var frestur til að verða við beiðni Samkeppniseftirlitsins til 18. janúar 2017.
96. Þann 23. desember 2016 barst Samkeppniseftirlitinu bréf frá hollenskum lögmanni sem kvaðst vera í fyrirsvari fyrir Samskip Holding. Kom fram það mat að Samkeppniseftirlitið hefði ekki lögsögu í Hollandi þar sem Samskip Holding hefðu aðsetur og félaginu væri því ekki skylt að svara upplýsingabeidni eftirlitsins. Óskað var eftir því að Samkeppniseftirlitið rökstyddi á hvaða lagagrunni beiðni byggji og Samskip Holding myndu í framhaldi aðstoða Samkeppniseftirlitið að því gefnu að upplýsingabeidnin væri sanngjörn og gætt yrði meðalhófs.

2.9.3. Aðrir aðilar

97. Með bréfi, dags. 25. nóvember 2016, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Samtökum verslunar og þjónustu í þágu rannsóknar málsins. Nánar tiltekið var óskað eftir upplýsingum um þátttöku Eimskips og Samskipa í nefndum á vegum samtakanna, fundargerðum og öðrum gögnum. Frestur til að svara var veittur til 16. desember 2016. Óskað var eftir auknum fresti og bárust svör Samtaka verslunar og þjónustu þann 21. desember 2016.
98. Með bréfi, dags. 1. desember 2016, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir því við Faxaflóahafnir að veittar yrðu tilteknar upplýsingar í ljósi þess að við rannsókn málsins höfðu komið í ljós samskipti sem átt hefðu sér stað á vettvangi Faxaflóahafna sem kynnu að tengjast hinum ætluðu brotum Eimskips og Samskipa. Svarbréf Faxaflóahafna barst Samkeppniseftirlitinu 29. desember 2016.

2.10. Viðbótarkæra til lögreglu í desember 2016

99. Þann 19. desember 2016 sendi Samkeppniseftirlitið viðbótarkæru til lögreglu. Var í henni vísað til kærunnar frá 21. mars 2014. Síðan segir: *„Mál þetta hefur verið í samfelldri rannsókn Samkeppniseftirlitsins og er mjög umfangsmikið hvað umfang, rannsóknartímabil og gagnamagn áhrærir. Rannsókn málsins hefur leitt í ljós að ætluð brot séu víðtækari og alvarlegri en talið var í fyrstu. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að fleiri einstaklingar en þeir, sem kærðir voru þann 21. mars 2014, hafi haft aðkomu að þeim hluta málsins sem varðar refsíábyrgð einstaklinga. Í ljósi þessa og með vísan til 42. gr. samkeppnislaga kærir Samkeppniseftirlitið til viðbótar eftirtalda einstaklinga fyrir ætluð brot gegn 41. gr. a. samkeppnislaga, sbr. 10. gr. laganna:“*
100. Voru síðan talin upp nöfn fimm einstaklinga. Einnig kom fram, með vísan til 42. gr. samkeppnislaga, að viðbótarkærurni fylgdi *„viðauki með yfirliti yfir þau gögn sem grunur um brot er studdur við og hafa bæst við fyrirliggjandi fylgiskjöl fyrrnefndrar kæru frá 21. mars 2014. Í viðaukanum er einnig gerð grein fyrir rannsókn málsins og mati Samkeppniseftirlitsins á eðli ætlaðra brota o.fl. Vísast hér til þeirrar umfjöllunar. Afrit af gögnunum sem fjallað er um í viðaukanum er einnig sent embætti héraðssaksóknara.“* Umræddur viðauki var samtals 219 blaðsíður og fylgigögnin með honum 6.135 blaðsíður.



2.11. Gagnaöflun 2017 og 2018

2.11.1. Eimskip

101. Við yfirferð Samkeppniseftirlitsins á gögnum sem Eimskip afhenti Samkeppniseftirlitinu í nóvember og desember 2016 kom í ljós að upplýsingagjöf Eimskips væri að hluta til ófullnægjandi. Þá hafnaði Eimskip því að afhenda tiltekin gögn. Af þeim sökum sendi Samkeppniseftirlitið bréf til Eimskips, dags. 8. mars 2017, þar sem farið var yfir það í hverju upplýsingagjöf félagsins væri ábótavant. Farið var fram á það að Eimskip greindi Samkeppniseftirlitinu frá því fyrir 21. mars 2017 hvort félagið hygðist veita fullnægjandi upplýsingar.
102. Eimskip staðfesti með bréfi, dags. 17. mars 2017, að fyrirtækið myndi bregðast við athugasemdum Samkeppniseftirlitsins. Óskaði Eimskip tvívegis eftir fresti til að koma viðbrögðum fyrirtækisins á framfæri og þann 8. maí 2017 bárust frekari upplýsingar og gögn ásamt nánari útskýringum á áður afhentum gögnum frá Eimskip.
103. Með bréfi, dags. 13. september 2017, tilkynnti Samkeppniseftirlitið Eimskip að þörf væri á nánari útskýringum frá fyrirtækinu á áður innsendum gögnum ásamt frekari sundurliðun afhentra tölulegra upplýsinga. Jafnframt var óskað eftir því að Eimskip bætti úr afhendingu á gögnum sem varða samskipti við Samskip. Vísað var til þess að Samskip hefðu upplýst að fyrrverandi forstjóri Samskipa hefði greint frá fundi með Eimskips á vormánuðum 2008 vegna mögulegra viðskipta félaganna sem tengdust ótilgreindum eignum. Einnig hefðu Samskip greint frá fundi sem forstöðumaður landflutninga hefði átt með Eimskip í árslok 2008 eða ársbyrjun 2009 vegna flutningasamstarfs á Austurlandi. Með vísan til þess óskaði Samkeppniseftirlitið sérstaklega eftir því að Eimskip myndi tjá sig um þessar upplýsingar. Þá óskaði Samkeppniseftirlitið jafnframt eftir viðbótarupplýsingum um m.a. skipakerfi félagsins, siglingaáætlanir og gagnkvæm viðskipti Eimskips og Samskipa.
104. Frestur var á endanum veittur til 13. október 2017 og þann dag bárust upplýsingar frá Eimskip. Því var haldið fram að Eimskip hefði þegar uppfyllt upplýsingaskyldu varðandi samskipti félagsins við Samskip. Þrátt fyrir þetta voru í bréfi þessu, í fyrsta sinn, veittar upplýsingar um fundi með Samskipum á árinu 2008. Var þetta gert eftir að Samkeppniseftirlitinu höfðu borið upplýsingar Samskipa um tilgreind samskipti stjórnenda þessara keppinauta undir Eimskip. Lýsti Eimskip fundi fyrrverandi forstjóra félagsins og formanns stjórnar þess með aðaleiganda Samskipa og fyrrverandi forstjóra í júní 2008. Eimskip kvaðst ekki geta staðfest að umræddur fundur vegna landflutninga hefði verið haldinn en starfsmenn fyrirtækisins reki minni til samskipta við Samskip vegna ágreinings um „fjárhæð reikninga“ vegna landflutninga á Austurlandi.
105. Þann 26. október 2017 sendi Samkeppniseftirlitið bréf til Eimskips þar sem vísað var til afhentra upplýsinga um flutningsmagn fyrirtækisins. Við rannsókn á afhentum gögnum kom í ljós að upplýsingum bar ekki saman og var því nauðsynlegt að óska eftir útskýringum og viðeigandi leiðréttingum. Samkeppniseftirlitið áréttaði að misræmi sem þetta væri til þess fallið að tefja rannsókn eftirlitsins og skoraði á Eimskip að vanda upplýsingagjöf og gagnaafhendingu.
106. Með bréfi, dags. 2. nóvember 2017, lagði Eimskip fram skýringar á því misræmi og annmörkum sem fundist höfðu í afhentum gögnum félagsins. Í bréfinu óskaði Eimskip eftir því að Samkeppniseftirlitið myndi leiðbeina félaginu um hvaða leið væri rétt að fara við afhendingu gagnanna. Þær leiðbeiningar voru veittar daginn eftir og tekið fram að Eimskip hefði sýnt af sér hirðuleysi við þessa upplýsingagjöf og lagt fyrir fyrirtækið að bæta úr þessum annmörkum.
107. Eimskip afhenti þann 8. nóvember 2017 skýringar á vinnslu og framsetningu áður afhentra gagna sem að mati félagsins skýrði að langstærstum hluta það misræmi sem Samkeppniseftirlitið hafði bent á. Þá voru gögn endurunnin og afhent að nýju. Loks var í bréfi Eimskips óskað eftir fundi með Samkeppniseftirlitinu til að útskýra frekar bæði vinnslu og framsetningu gagnanna. Sá fundur var haldinn í húsakynnum Samkeppniseftirlitsins þann 16. nóvember 2017. Þar var ákveðið að Eimskip



skyldi senda Samkeppniseftirlitinu leiðrétt gögn í samræmi við það sem rætt hafði verið á fundinum ásamt því að yfirfara önnur gögn.

108. Með tölvupósti þann 24. nóvember 2017 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir þeim gögnum sem Eimskip hafði skuldbundið sig til að afhenda eftir framangreindan fund. Þau gögn bárust 30. nóvember 2017.
109. Með bréfi til Eimskips, dags. 15. desember 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið á ný eftir upplýsingum og útskýringum á tilgreindum áður innsendum gögnum. Þá var einnig ítrekuð upplýsingaskylda um önnur tiltekin atriði, þ. á m. um skipakerfi fyrirtækisins, gagnkvæm viðskipti Eimskips og Samskipa og ráðningarsamninga forstjóra Eimskips. Þá var á ný óskað eftir afhendingu á fundargerðum en fyrri afhending á þeim var að mati Samkeppniseftirlitsins ekki ásættanleg og til þess fallin að tefja rannsókn málsins. Þá var óskað eftir skýringum á afhentum tölum vegna landflutninga. Frestur til að afhenda umbeðin gögn var veittur til 10. janúar 2018.
110. Þann 10. janúar 2018 barst svarbréf frá Eimskip. Í bréfinu voru leiðréttar villur sem fundist höfðu í áður afhentum gögnum um skipakerfi og siglingaáætlanir. Hluti þeirra upplýsinga sem óskað hafði verið eftir vegna Samskipa var veittur en sagt að annað hefði ekki fundist. Eimskip hafnaði því að afhenda ráðningarsamning við forstjóra félagsins með vísan til þess að hann geymdi viðkvæmar persónuupplýsingar og einnig vegna þess að Samkeppniseftirlitið hefði ekki rökstutt hvernig umrætt gagn ætti að gagnast við rannsókn málsins. Tilteknar fundargerðir Eimskips voru sagðar glataðar en mistök hefðu leitt til þess að farist hefði fyrir að afhenda fundargerðir tiltekinna yfirmanna fyrir árin 2009-2012 og voru þær því afhentar. Einnig voru í bréfinu veittar frekari skýringar á áður afhentum gögnum vegna m.a. landflutningamarkaðar og flutninga á tómmum gámum.
111. Þann 12. mars 2018 sendi Samkeppniseftirlitið tölvupóst til Eimskips þar sem ítrekuð var krafa Samkeppniseftirlitsins um afrit af þeim samningum Eimskips við mikilvægan viðskiptavin, sem hefðu verið í gildi á árunum 2006-2009. Svör bárust þann 14. mars 2018.

2.11.2. Samskip

112. Sem fyrr segir barst Samkeppniseftirlitinu þann 23. desember 2016 bréf frá hollenskri lögfræðistofu sem kvaðst vera í fyrirsvari fyrir Samskip Holding. Var því haldið fram að Samkeppniseftirlitið hefði ekki lögsögu í Hollandi og Samskipum Holding væri því ekki skylt að svara upplýsingabeiðni eftirlitsins. Óskað var eftir því að Samkeppniseftirlitið rökstyddi á hvaða lagagrunni beiðni eftirlitsins byggði og Samskip Holding myndu í framhaldi þess aðstoða Samkeppniseftirlitið að því gefnu að upplýsingabeiðnin væri sanngjörn og gætt yrði meðalhófs. Í lok janúar 2017 óskuðu Samskip Holding eftir viðræðum við Samkeppniseftirlitið.
113. Með bréfi til Samskipa, dags. 2. febrúar 2017, tilkynnti Samkeppniseftirlitið að það legði til grundvallar í málinu að dótturfélagið Samskip og móðurfélagið Samskip Holding mynduðu eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnislaga og því væru skilyrði til að beita viðurlögum gagnvart Samskipum vegna synjunar Samskipa Holding um að afhenda þau gögn og upplýsingar sem tilgreindar hefðu verið í bréfi Samkeppniseftirlitsins til Samskip Holding frá 6. desember 2016.
114. Samkeppniseftirlitinu barst bréf frá Samskipum Holding, dags. 10. febrúar 2017, þar sem staðfest var að félagið myndi afhenda þau gögn og upplýsingar sem óskað hefði verið eftir, með þeim fyrirvara að félaginu bæri þó ekki lagaskylda til þess. Óskað var eftir viðbótarfresti til 10. mars 2017.
115. Þann 15. febrúar 2017 barst Samkeppniseftirlitinu bréf frá Samskipum. Í bréfinu var fyrirætlunum Samkeppniseftirlitsins um álagningu dagsekta mótmælt og andmælum við sjónarmið eftirlitsins komið á framfæri.
116. Með tölvupósti Samkeppniseftirlitsins til Samskipa Holding, dags. 16. febrúar 2017, var óskað eftir staðfestingu á því að félagið hefði í hyggju að veita umbeðnar upplýsingar og gögn. Að þeirri



staðfestingu fenginni myndi Samkeppniseftirlitið veita frest til 10. mars 2017. Staðfesting barst með tölvupósti þann 17. febrúar 2017 og var aukinn frestur veittur.

117. Með bréfi frá Samskipum Holding, dags. 10. mars 2017, voru afhent gögn og upplýsingar sem Samkeppniseftirlitið hafði óskað eftir, þ. á m. fundargerðir af stjórnarfundum félagsins, upplýsingar um stjórnarsetu, listi yfir hluthafa, ársreikningar, upplýsingar um siglingakerfi félagsins o.fl.
118. Þann 18. október 2017 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir útskýringum Samskipa á gögnum fyrirtækið hafði sent eftirlitinu. Jafnframt var óskað eftir því að Samskip bættu úr afhendingu á gögnum sem varða samskipti við Eimskip. Sérstaklega var óskað eftir nánari upplýsingar um fundi með stjórnendum Eimskips vorið 2008. Þá óskaði Samkeppniseftirlitið jafnframt eftir viðbótarupplýsingum um m.a. skipakerfi félagsins, siglingaáætlanir og gagnkvæm viðskipti Eimskips og Samskipa. Veittur var frestur til 10. nóvember 2017.
119. Með tölvupósti, dags. 8. nóvember 2017, óskuðu Samskip eftir viðbótarfresti til 24. nóvember 2017 til að svara upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins. Óskaði Samkeppniseftirlitið eftir nánari rökstuðningi fyrir þeirri beiðni sem barst síðar sama dag. Samkeppniseftirlitið veitti umbeðinn viðbótarfrest með tölvupósti, dags. 9. nóvember 2017.
120. Þann 24. nóvember 2017 bárust upplýsingar frá Samskipum, m.a. nánari upplýsingar um tiltekin samskipti starfsmanna Samskipa við Eimskip. Samskip höfnuðu hins vegar að veita tiltekin gögn sem stöfuðu frá Samskipum Holding. Þá kváðust Samskip ekki hafa „boðvald“ yfir aðaleiganda fyrirtækisins og gætu því ekki leitað að eða afhent Samkeppniseftirlitinu möguleg gögn vegna samskipta aðaleigandans við Eimskip.
121. Þann 28. nóvember 2017 sendi Samkeppniseftirlitið bréf til Samskipa þar sem bent var á verulegt misræmi í afhentum gögnum um flutningsmagn og tekjur af þeim flutningum. Kom fram að Samkeppniseftirlitið teldi að þessi vinnubrögð væru bagaleg og til þess fallin að tefja rannsókn eftirlitsins. Var skorað á Samskip að vanda í hvívetna upplýsingagjöf og gagnaafhendingu. Óskað var eftir skýringum og Samskipum boðið að koma til fundar hjá Samkeppniseftirlitinu til að útskýra og eftir atvikum leiðrétta framkomin gögn.
122. Þann 1. desember 2017 greindu Samskip frá því að fyrirtækið hefði gert tiltekin mistök og voru leiðréttingar sendar Samkeppniseftirlitinu. Einnig var annað misræmi í upplýsingagjöf Samskipa útskýrt.
123. Þann 5. desember 2017 vakti Samkeppniseftirlitið athygli Samskipa á að við skoðun afhentra gagna frá 1. desember hefði komið í ljós að tilteknar upplýsingar vantaði eða sundurliðun ekki verið eins og óskað hefði verið eftir. Frekari gögn og skýringar bárust frá Samskipum þann 13. desember 2017.
124. Þann 18. desember 2017 var haldinn fundur með Samskipum í húsakynnum Samkeppniseftirlitsins. Á fundinum var óskað eftir upplýsingum sem Samskip skuldbundu sig til að afhenda sem fyrst. Svör við fyrirspurnum Samkeppniseftirlitsins bárust þann 19. desember sem að mati Samkeppniseftirlitsins voru ekki fullnægjandi og var óskað eftir frekari skýringum. Nánari svör bárust frá Samskipum þann 2. janúar 2018.
125. Við rannsókn málsins kom enn á ný fram ósamræmi milli afhentra tölulegra upplýsinga frá Samskipum og þann 26. apríl 2018 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir skýringum Samskipa. Eftir framlengdan frest bárust leiðréttar upplýsingar frá Samskipum þann 9. maí 2018. Í svarbréfi Samskipa eru þær skýringar gefnar að afhentar hefðu verið rangar upplýsingar vegna mismunandi skilgreininga hjá fyrirtækinu ásamt því að villur í afhentum upplýsingum ættu „alfarið“ rætur að rekja til „mannlegra mistaka við samantektina“.



2.11.3. Hollensk samkeppnisyrivöld, Arion Banki, Alcoa o.fl.

126. Á árinu 2016 lögðu hollensk samkeppnisyrivöld sektir á Eimskip, Samskip og tvö önnur fyrirtæki vegna alvarlegs ólögmeats samráðs á frystigeymslumarkaðnum í Hollandi.²⁸ Sá markaður er tengdur sjóflutningum, m.a. milli Íslands og Hollands (ekki síst útflutningi á fiski).
127. Af því tilefni sendi Samkeppniseftirlitið bréf, dags. 24. febrúar 2017, til hollenskra samkeppnisyrivalda þar sem óskað var eftir afritum af gögnum úr umræddum málum þar sem samstarf eða markaðsskipting á milli Eimskips og Samskipa kæmi fyrir eða væri rædd. Bárust svör og afrit af gögnum frá hollenskum samkeppnisyrivöldum með bréfi, dags. 3. mars 2017.
128. Við rannsókn Samkeppniseftirlitsins á gögnum málsins komu fram upplýsingar um að starfsmaður Arion banka hefði a.m.k. á árunum 2012 og 2013 átt í samskiptum við bæði stjórnendur Samskipa og Eimskips. Það vakti athygli Samkeppniseftirlitsins að í tölvupósti Arion banka til Samskipa var vísað til upplýsinga frá Eimskip um markaðsaðstæður á Íslandi og hækkanir fyrirtækisins á verðskrá. Er þar annars vegar vísað til þess að Eimskip héldi því fram að fyrirtækið gæti haldið verðskránni „*stöðugri, þeir bara hækka hana og menn kyngja því*“. Þá segir að Eimskip lýsti markaðnum á Íslandi sem „*voða kósý*“ og að ólíklegt væri að erlend skipafélag kæmu inn á íslenskan markað.
129. Af þessu tilefni óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum og gögnum frá Arion banka um samskipti við stjórnendur Eimskips og Samskipa. Bárust upplýsingar frá Arion banka m.a. í september og október 2017.
130. Þann 12. október 2017 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Alcoa Fjarðaáli sf. sem sneru að viðskiptum félagsins við Eimskip og Samskip. Óskað var eftir fyrrgreindum upplýsingum í kjölfar fundar við Alcoa Fjarðaál í húsakynnum Samkeppniseftirlitsins þann 21. september 2017. Eftir að Alcoa hafði verið veittur viðbótarfrestur bárust upplýsingar frá fyrirtækinu í byrjun nóvember 2017.
131. Þann 17. október 2017 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir tilteknum upplýsingum og gögnum frá Sýslumanninum á höfuðborgarsvæðinu. Svör bárust þann 23. október 2017.
132. Þann 26. október 2017 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum og gögnum frá aðilum á sjóflutningamarkaði, þ.e. Smyril Line Cargo/Smyril Line Ísland ehf., Thor shipping ehf., Nesskipum ehf. og Blue Water shipping ehf. í því skyni að leggja mat á markaðshlutdeild Eimskips og Samskipa á umræddum markaði. Gögn frá þessum fyrirtækjum bárust í nóvember 2017.
133. Í nóvember 2017 sendi Samkeppniseftirlitið upplýsingabeiðni til 75 fyrirtækja sem starfandi voru á landflutningamarkaði. Veittur var frestur til að afhenda Samkeppniseftirlitinu umræddar upplýsingar til 4. desember 2017. Upplýsingar frá aðilum á landflutningamarkaði bárust Samkeppniseftirlitinu hins vegar á tímabilinu frá nóvember 2017 fram í maí 2018.
134. Þann 8. desember 2017 bárust Samkeppniseftirlitinu gögn sem eftirlitið hafði óskað eftir frá Seyðisfjarðarhöfn og vörðuðu vöruflutninga með Norrænu.
135. Með bréfi til embættis héraðssaksóknara, dags. 19. desember 2017, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir afhendingu á tilgreindum gögnum með vísan til 6. mgr. 42. gr. samkeppnislaga, sbr. 3. mgr. 19. gr. laganna. Þann 4. janúar 2018 bárust Samkeppniseftirlitinu umrædd gögn frá embætti héraðssaksóknara.
136. Í mars og apríl 2018 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Ríkisskattstjóra um tekjur nokkurra fyrirtækja á landflutningamarkaði. Bárust þær upplýsingar í apríl 2018.

²⁸ Sjá t.d. fréttatilkynningu hollenska samkeppniseftirlitsins; „*ACM imposed fines of EUR 12.5 million on cold-storage firms*“, 23.03.2016. ACM. Aðgengilegt á slóð: acm.nl/en/publications/publication/15609/ACM-imposed-fines-of-EUR-125-million-on-cold-storage-firms.



2.12. Önnur viðbótarkæra og samvinna við lögreglu

137. Frá því að kæru var beint til lögreglu í mars 2014 hefur verið samvinna milli lögreglu og Samkeppniseftirlitsins vegna rannsóknar á umræddum brotum á samkeppnislögum. Hefur Samkeppniseftirlitið í samstarfi við lögreglu framkvæmt athugun á rafrænum gögnum málsins.
138. Sem fyrr sagði sendi Samkeppniseftirlitið þann 19. desember 2016 viðbótarkæru til lögreglu ásamt viðamiklum gögnum (samtals tæplega 6.400 bls.).
139. Frekari gagnaafhending átti sér stað til lögreglu í mars og maí 2018. Þannig sendi Samkeppniseftirlitið rannsóknargögn til lögreglu 15. mars 2018 (549 bls.) og þann 8. maí 2018 (213 bls.).
140. Í maí 2018 tók Samkeppniseftirlitið þátt í skýrslutöku lögreglu yfir sakborningum og vitnum í refsimálinu, sbr. 5. mgr. 42. gr. samkeppnislaga. Veitti eftirlitið einnig aðstoð við undirbúning þessara rannsóknaraðgerða lögreglu.
141. Önnur viðbótarkæra var send til lögreglu 17. maí 2018. Þar var kærður einn einstaklingur.

2.13. Andmælaskjal I frá 6. júní 2018

142. Þann 6. júní 2018 sendi Samkeppniseftirlitið andmælaskjal til Eimskips og Samskipa, sbr. 17. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Það andmælaskjal verður hér á eftir nefnt „AI“. Var fyrirtækjunum veittur frestur til 7. september 2018 til að koma á framfæri athugasemdum við AI. Með AI fylgdi listi yfir gögn málsins. AI var 890 bls. að lengd og gögnin sem lágu skjalinu til grundvallar voru yfir 10.000 bls.
143. Í AI var lýst frummati Samkeppniseftirlitsins á þeim atvikum málsins þar sem rannsóknin var lengst komin og var Eimskip og Samskipum gefið færi á að tjá sig um það frummat sem fram kom í skjalinu. Kom m.a. fram það frummat að Eimskip og Samskip hefðu í júní 2008 hafið afar umfangsmikið ólöglegt samráð og var gerð ítarleg grein fyrir atvikum á árinu 2008. Til viðbótar var lýst tilteknum atvikum á árunum 2009-2013 sem að frummati Samkeppniseftirlitsins sýndu að hið umfangsmikla samráð var við lýði á þessum árum.
144. Í AI voru Eimskip og Samskip einnig upplýst um að til stæði að rita annað andmælaskjal. Var þetta útskýrt með eftirfarandi hætti í mgr. 7 – 9 í AI:

„Eins og andmælaskjal þetta ber með sér er fyrirhugað að gefa aðilum máls færi á að koma í tveimur áföngum á framfæri athugasemdum og andmælum við rannsóknina og frummat Samkeppniseftirlitsins. Er í þessu sambandi m.a. horft til þess að hvoru tveggja Eimskip og Samskip hafa við málsmeðferðina óskað eftir nánari upplýsingum við rannsóknina, en þetta verklag styður við upplýsinga- og andmælarétt þeirra fyrirtækja sem til rannsóknar eru. Í umfangsmiklum samráðsmálum er bæði heimilt og gagnlegt að gefa út fleiri en eitt andmælaskjal, sbr. það mál sem lauk með dómum Hæstaréttar Íslands frá 4. febrúar 2016 í m.a. máli nr. 277/2015, Ólíuverslun Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu.

Í þessu andmælaskjali (andmælaskjal I) er lýst frummati Samkeppniseftirlitsins á þeim atvikum málsins þar sem rannsóknin er lengst komin. Er þetta m.a. framangreind atvik á árinu 2008 og atvik á tímabilinu 2009 til og með 2013 sem að frummati Samkeppniseftirlitsins styðja m.a. við það að umrædd markaðsskipting hafi verið fyrir hendi. Jafnframt er í andmælaskjalinu lýst umgjörð rannsóknarinnar og málsmeðferð hingað til.

Telur Samkeppniseftirlitið því rétt að veita Eimskip og Samskipum færi á því að koma að skriflegum athugasemdum vegna þessara atvika. Að mati eftirlitsins er unnt að fjalla á þessu stigi sjálfstætt um þessi atvik málsins. Miðað við umfang og eðli málsins telur Samkeppniseftirlitið að þetta verklag horfi til einföldunar og stuðli að skjótari málsmeðferð, sbr. 9. og 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Er



Þetta andmælaskjal (andmælaskjal I) því sent félögum og gefst þeim hér með færi á að tjáð sig um það og eftir atvikum koma að frekari gögnum."

145. Var og áréttað að Eimskip og Samskipum yrði sent annað andmælaskjal (hér eftir nefnt „AII“) þar sem aðallega yrði fjallað nánar um atvik á árunum 2009 – 2013. Var fyrirtækjunum einnig greint frá eftirfarandi: „*Að fengnu andmælaskjali II munu Eimskip og Samskip verða aftur gefinn kostur á að tjáð sig um það og málið í heild sinni og, eftir atvikum, komið að frekari sjónarmiðum vegna efnisatriða andmælaskjals I*“, sbr. mgr. 12 í AI.
146. Samkvæmt framansögðu var það von Samkeppniseftirlitsins að birting á AI myndi hraða meðferð málsins þar sem sjónarmið Eimskips og Samskipa um mikilvæga þætti málsins myndu berast fyrr en ella. Andmælaréttur fyrirtækjanna yrði að fullu tryggður þar sem þau gætu komið að viðbótarsjónarmiðum við AI eftir að hafa fengið AII í hendur. Hvorugt fyrirtækið kaus hins vegar að nýta sér það tækifæri að koma sem fyrst að sjónarmiðum og skýringum við AI.
147. Eftir birtingu á AI og gagnalista óskuðu Eimskip og Samskip eftir aðgangi að gögnum. Samkeppniseftirlitið átti í kjölfarið í samskiptum við fyrirtækin og upplýsti um framgang og skipulag vinnu við samantekt og afhendingu gagna til þeirra. Voru gögnin afhent fyrirtækjunum í þrennu lagi; 19. júlí, 4. og 20. september 2018. Gagnrýndu fyrirtækin þann tíma sem tók að afhenda gögnin. Samkeppniseftirlitið svaraði þeirri gagnrýni og gerði m.a. grein fyrir umfangi verksins. Í ljósi þessa var frestur fyrirtækjanna til að tjá sig um AI framlengdur, sbr. nánar hér á eftir.
148. Þrátt fyrir að Samkeppniseftirlitið hefði, í því skyni að hraða meðferð málsins, kallað ítrekað eftir sjónarmiðum fyrirtækjanna við AI á árinu 2018, bárust þau sjónarmið ekki fyrr en síðari hluta árs 2020. Tafði þetta meðferð málsins. Verður þessu lýst nánar hér á eftir.

2.13.1. Viðbrögð Eimskips við AI árunum 2018 - 2019

149. Hlutabréf Eimskips eru skráð í Kauphöll Íslands. Þann 6. júní 2018 tilkynnti Eimskip fjárfestum að fyrirtækið myndi tjá sig um AI og greindi frá því að fyrirtækið hefði frest til 7. september 2018 til að koma á framfæri athugasemdum.
150. Með tölvupósti 29. júní 2018 óskaði Eimskip eftir fundi með Samkeppniseftirlitinu til þess m.a. að ræða frest til þess að svara AI. Einnig vildi Eimskip ræða ákveðið „*uppnám*“ á markaði vegna afstöðu eftirlitsins til samráðs Eimskips og Samskipa sem kæmi fram í AI.
151. Fundur var haldinn 11. júlí 2018. Á fundinum upplýsti Eimskip að fyrirtækið hygðist tjá sig um AI og lagði jafnframt fram beiðni um viðbótarfrest til að koma með athugasemdir við AI þar sem veittur frestur væri of skammur að mati Eimskips.
152. Eimskip var á fundinum greint frá því að Samkeppniseftirlitið myndi endurmeta veittan frest þegar það hefði lokið við afhendingu gagna til málsaðila. Einnig var Eimskip greint frá því að ef fyrirtækið teldi að tiltekin umfjöllun í AI hefði óheppileg áhrif á starfsemi þess gæti það flýtt fyrir niðurstöðu með því að skila hið fyrsta andmælum við þá umfjöllun. Eimskip nýtti sér hins vegar ekki þetta boð Samkeppniseftirlitsins. Á fundinum var einnig vakin athygli Eimskips á ákvæðum reglna Samkeppniseftirlitsins nr. 890/2005.
153. Þann 6. september 2018 greindi Eimskip frá því að umfangsmikil vinna stæði yfir hjá fyrirtækinu við gerð athugasemda við AI og óskaði eftir því að Samkeppniseftirlitið myndi staðfesta að viðbótarfrestur yrði gefin. Það gerði eftirlitið og veitti Eimskip viðbótarfrest til 3. desember 2018 til koma að sjónarmiðum við AI.
154. Með bréfi, dags. 23. nóvember 2018, áréttaði Eimskip að „*umfangsmikil vinna*“ stæði yfir hjá félaginu við að undirbúa athugasemdir við AI. Jafnframt voru sett fram sjónarmið til stuðnings því að framlengja ætti frest fyrirtækisins til að tjá sig um AI til 20. apríl 2019. Samkeppniseftirlitinu þótti ástæða til að kalla eftir frekari skýringum á þessari beiðni Eimskips um aukinn frest.



155. Svar Eimskips barst 29. nóvember 2018. Þar kom m.a. fram að málið væri gríðarlega umfangsmikið og hjá Eimskip væri unnið að því að setja fram svör við AI. Var sú vinna sögð „fjarri því“ að vera á undirbúningsstigi en umfang hennar einfaldlega fordæmalaust. Til stuðnings því að veita aukinn frest benti Eimskip einnig á að fyrirtækið hefði ekki fengið öll gögn fyrr en í september 2018 og að Samkeppniseftirlitið ynni að ritun á AII. Sökum þessa ætti því ekki að koma að sök þó Eimskip yrði veittur aukinn frestur til að tjá sig um AI.
156. Samkeppniseftirlitið svaraði Eimskip 3. desember 2018. Með vísan til umfangs máls og sjónarmiða Eimskips, einkum að Eimskip hygðist tjá sig um AI og stuðla með þeim hætti að því að rannsókn málsins yrði hraðari en ella, féllst Samkeppniseftirlitið á að veita viðbótarfrest til þess að koma að athugasemdum við AI. Var fresturinn framlengdur til 29. mars 2019. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins var og þeim tilmælum beint til Eimskips „að hraða ritun athugasemdanna eftir föngum og hugleiða hvort unnt sé að koma sjónarmiðum um einstök efni til Samkeppniseftirlitsins vel fyrir framangreint tímamark.“ Eimskip varð ekki við þessum tilmælum.
157. Þann 5. mars 2019 tilkynnti Eimskip um breytta afstöðu. Kvaðst fyrirtækið hafa fallið frá því að tjá sig sérstaklega um AI. Gerði Eimskip athugasemd við það verklag að Samkeppniseftirlitið birti fleiri en eitt andmælaskjal í málinu. Ekki fengist séð að það horfði til bóta fyrir rannsókn málsins að skipta málinu upp á þennan hátt. Var bent á að fyrirséð væri að AI og AII myndu taka til sama tímabils, þ.e. árana 2009 – 2013. Þetta verklag gerði Eimskip erfitt fyrir að tjá sig um málið og efaðist Eimskip um að það væri samþýðanlegt stjórnarsýslulögum, Mannréttindasáttmála Evrópu og reglum Samkeppniseftirlitsins um málsmeðferð. Í bréfinu óskaði Eimskip eftir því að AII yrði sent fyrirtækinu sem fyrst og Eimskip gert „kleift að kynna sér efni þess áður en athugasemdum“ vegna AI yrði skilað. Þá var tekið fram að vinna við athugasemdir við AI „gangi vel“ og að það væri skýr vilji Eimskips að málið yrði leitt til lykta eins fljótt og kostur væri.
158. Með svarbréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. mars 2019 var rökstutt að bæði væri heimilt og málefnalegt að birta fleiri en eitt andmælaskjal. Fjallað var einnig um breytta afstöðu Eimskips til framlagningar sjónarmiða um AI. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins var bent á að Eimskip hefði áður lýst því ítrekað yfir að fyrirtækið myndi tjá sig um AI og fyrirtækið í því sambandi óskað eftir auknum svarfrestum. Segir síðan í bréfi Samkeppniseftirlitsins eftirfarandi:
- „Hvergi kom fram það sjónarmið hjá Eimskip að sú staðreynd að andmælaskjal I væri ekki tæmandi gerði fyrirtækinu erfitt um vik að tjá sig. Ekki kom heldur fram það mat að verklag Samkeppniseftirlitsins að þessu leyti kynni að vera ólöglegt. Varð Samkeppniseftirlitið við ítrekuðum beiðnum Eimskips um viðbótarfrest því það taldi mikilvægt og málinu til framdráttar að fá í hendur sjónarmið fyrirtækisins um efni andmælaskjals I. Aðstaðan í málinu að þessu leyti hefur ekki breyst frá því að Eimskip lýsti því yfir að fyrirtækið ætlaði að tjá sig um andmælaskjal I. Kemur hin breytta afstaða Eimskips því á óvart.“*
159. Tók Samkeppniseftirlitið og fram að Eimskip væri ekki skylt að tjá sig um AI en það væri bæði unnt og æskilegt að fyrirtækið setti sem fyrst fram sjónarmið við það.
160. Í bréfi frá 29. mars 2019 sagði Eimskip að það væri rangt að fyrirtækið hefði fallið frá því að tjá sig um AI. Sagði jafnframt að beiðnir Eimskip um viðbótarfresti hefðu ávallt byggt á þeirri forsendu að AII lægi þá fyrir innan þess frests.
161. Þrátt fyrir að Samkeppniseftirlitið hefði, í því skyni að hraða meðferð málsins, kallað eftir sjónarmiðum Eimskips við AI komu þau ekki fram á árinu 2019. Sjónarmið Eimskips við AI voru send Samkeppniseftirlitinu í mars 2020. Tafði þetta meðferð málsins.

2.13.2. Viðbrögð Samskipa við AI árunum 2018 - 2019

162. Sem fyrr segir var AI birt Samskipum 6. júní 2018 og frestur var veittur til 7. september 2018 til að koma á framfæri athugasemdum við það.



163. Samskip óskuðu í kjölfarið eftir fundi með Samkeppniseftirlitinu og var hann haldinn þann 20. júní 2018. Á fundinum greindu Samskip frá því að fyrirtækið hefði kynnt sér vel efni AI og sagt að í ákveðnum tilvikum hefði Samskipum orðið á og framferði fyrirtækisins ekki verið í samræmi við samkeppnislög. Hins vegar væru Samskip ekki sammála heildarályktun Samkeppniseftirlitsins um viðtækt ólögmeitt samráð milli Eimskips og Samskipa. Samskip upplýstu á fundinum að rannsókn á ætluðum brotum gæti haft neikvæð áhrif á rekstur fyrirtækisins og tilgangurinn með fundinum hefði verið sá að kanna möguleika á því að ljúka málinu með sátt og flýta þar með fyrir meðferð málsins.
164. Á fundinum veitti Samkeppniseftirlitið upplýsingar um hvernig unnt væri að flýta meðferð málsins. Þar var athygli vakin á tveimur úrræðum samkeppnislaga og skilyrðum þeirra:
- Sátt skv. 1. mgr. 17. gr. f. samkeppnislaga. Í alvarlegum samráðsmálum yrði í sátt a.m.k. að felast viðurkenning á brotunum og stjórnvaldssekt. Ekki væru forsendur til að gera sátt í slíkum málum nema Samkeppniseftirlitið og viðkomandi fyrirtæki hefðu í aðalatriðum svipaða sýn á umfangi brota.
 - Mögulegri lækkun á sekt á grundvelli samstarfs sem byggði á reglum Samkeppniseftirlitsins nr. 890/2005, sbr. og 3. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.
165. Var Samskipum einnig bent á að það gæti flýtt meðferð málsins ef fyrirtækið myndi hið allra fyrsta senda Samkeppniseftirlitinu gögn eða sjónarmið vegna AI sem að mati þess væru til þess fallin að hafa áhrif á mat eftirlitsins á mikilvægum þáttum málsins.
166. Þann 16. júlí 2018 sendu Samskip bréf til Samkeppniseftirlitsins. Þar segir að stjórn Samskipa hafi „kynnt sér vel“ efni AI og „hafni alfarið þeim ásökunum sem fram koma í andmælaskjali um viðtækt skipulagt samráð á árunum 2008-2013.“ Samskip væru hins vegar „reiðubúið til viðræðna og sáttu“ um atriði sem betur hefðu mátt fara í viðskiptum við Eimskip og „samskiptum sem þeim fylgdu.“ Í bréfinu segir að allar líkur væru á því að rannsókn málsins myndi hafa neikvæð áhrif á rekstur Samskipa. Jafnframt var gerð athugasemd við að birt yrðu tvö andmælaskjöl í málinu og erfitt, eða ógerlegt væri að setja fram athugasemdir við andmælaskjal áður en rannsókn málsins væri lokið af hálfu Samkeppniseftirlitsins.
167. Samkeppniseftirlitið sendi þann 4. september 2018 bréf til Samskipa. Í því var fjallað um fundinn 20. júní 2018 og bréf Samskipa frá 16. júlí 2018. Sagði í bréfi eftirlitsins að í ljósi athugasemda og mats Samskipa á umfjöllun í AI teldi Samkeppniseftirlitið ekki, að svo stöddu, að forsendur hafi verið til þess að hefja sáttarviðræður. Hins vegar komi slíkt ekki í veg fyrir að málsmeðferð skv. reglum nr. 890/2005 myndi hefjast ef Samskip óskuðu eftir því. Einnig var Samskipum aftur leiðbeint um að það gæti flýtt meðferð málsins ef fyrirtækið myndi hið allra fyrsta senda Samkeppniseftirlitinu gögn eða sjónarmið sem að mati þess væru til þess fallin að hafa áhrif á mat eftirlitsins á mikilvægum þáttum málsins.
168. Jafnframt var rökstutt í bréfi Samkeppniseftirlitsins að það væri bæði heimilt og málefnalegt að birta tvö andmælaskjöl í málinu. Það væri einnig ívilnandi fyrir aðila málsins þar sem það gefi þeim færi á að tjá sig fyrir en ella um þá þætti málsins sem lengst væru komnir í rannsókn. Tók Samkeppniseftirlitið fram í bréfinu að það fengi „ekki séð hvers vegna Samskip telur sér ekki fært að tjá sig um efni fyrri andmælaskjalsins áður en fyrirtækið fær það seinna í hendur. Eins og greint er frá í umræddu andmælaskjali mun Samskip fá við útgáfu seinna andmælaskjalsins tækifæri til að tjá sig um málið í heild sinni.“
169. Í svarbréfi Samskipa frá 6. september 2018 kom fram að í AI væru tiltekin viðskipti Eimskips og Samskipa talin ólögmeitt og Samskip hefðu á fundinum 20. júní 2018 viljað kanna hvort grundvöllur væri „til viðræðna við Samkeppniseftirlitið um þessa snertifleti félaganna“. Í þessu hefði ekki falist viðurkenning á brotum eða á lögskýringum Samkeppniseftirlitsins. Ályktanir eftirlitsins um viðtækt samráð við Eimskip fengju ekki staðist.



170. Þann 20. september 2018 sendi Samkeppniseftirlitið bréf til Samskipa. Í bréfinu var m.a. greint frá því að Eimskip hefði óskað eftir auknum fresti til að koma að sjónarmiðum við AI. Síðan sagði í bréfinu: „Þrátt fyrir áðurnefnda afstöðu Samskipa, um að nýta ekki andmælarétt þess, telur Samkeppniseftirlitið rétt að upplýsa að frestur málsaðila til að leggja fram sjónarmið um andmælaskjalið hefur verið framlengdur til 3. desember næstkomandi.“ Þessar upplýsingar um aukinn frest leiddu hins vegar ekki til þess að sjónarmið bærust frá Samskipum um AI.
171. Athugasemdir Samskipa við AI bárust á endanum rúmum tveimur árum eftir birtingu þess, eða þann 12. júní 2020, sbr. nánar hér á eftir. Tafði þetta meðferð málsins.

2.14. Dómsmál og aðrar aðgerðir Eimskips á árunum 2019 – 2020

172. Eins og rakið var hér að framan veitti Samkeppniseftirlitið Eimskip í desember 2018 viðbótarfrest til 29. mars 2019 til að koma að sjónarmiðum við AI. Þann 5. mars 2019 tilkynnti Eimskip um breytta afstöðu vegna AI. Fyrirtækið myndi ekki tjá sig um AI fyrr en það hefði fengið AII í hendur.
173. Samkeppniseftirlitið fékk því ekki í hendur sjónarmið Eimskips vegna AI á árinu 2019. Í júní og nóvember 2019 ákvað Eimskip hins vegar að höfða dómsmál gegn Samkeppniseftirlitinu sem miðuðu að því að stöðva rannsókn þess á samráðinu við Samskip.

2.14.1. Málshöfðanir á grundvelli laga um meðferð sakamála

174. Þann 19. maí 2019 greindu fjölmiðlar frá tilkynningu Eimskips. Í henni kom þetta fram: „Eimskipafélagi Íslands hf. barst eftir lokun markaða á föstudag bréf frá lögmanni (E)forstj, fyrrverandi forstjóra félagsins. Tílefni bréfsins er krafa (E)forstj um að rannsókn lögreglunnar á kæru Samkeppniseftirlitsins frá árinu 2014 verði hætt. Samkeppniseftirlitið hefur haft málefni Eimskips samfellt til rannsókna síðan 2010 eða í rúmlega níu ár.

Krafa (E)forstj verður lögð fyrir Héraðsdóm Reykjavíkur á morgun, að því er kemur fram í tilkynningu frá Eimskipafélagi Íslands.

Aðalkröfu sína reisir (E)forstj á því að rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi ekki hafist með lögsmætum hætti. Rannsókn héraðssaksóknara sé afleiðing af rannsókn Samkeppniseftirlitsins sem sé slíkur ágalli að hún sé ólögsmæt og að hana beri að fella niður.

(E)forstj byggir kröfu sína einnig á því að rannsóknin hafi ekki farið fram á lögsmætan hátt og að í henni felist brot á stjórnarskrárvörðum mannréttindum. Hún byggir á gögnum sem fengin hafi verið með hótunum um beitingu viðurlaga eftir að hann var kærður. Svo virðist sem héraðssaksóknari hafi rannsakað atriði sem (E)forstj hafi ekki verið kærður fyrir. Þá hafi rannsóknin staðið yfir í mjög langan tíma.

Einnig er bent á það í kröfu (E)forstj að rannsóknin á hendur honum sé ólögsmæt, m.a. af þeim ástæðum að Samkeppniseftirlitið hafi leynt héraðsdóm upplýsingum við beiðni um húsleitarúrskurð hjá Eimskip, að lagaheimildir hafi ekki verið uppfylltar til húsleita, að lagaheimild hafi ekki staðið til þess að rannsaka hin haldlögðu gögn og að rannsókn málsins á hendur honum hafi í reynd verið í höndum starfsmanna Samkeppniseftirlitsins en ekki héraðssaksóknara, eins og lög áskilja.

Allt þetta eigi að leiða til þess að fella beri rannsóknina niður.

Um er að ræða kröfu (E)forstj en að því er segir í tilkynningunni mun Eimskip fylgjast grannt með framgangi málsins og meta næstu skref af hálfu félagsins í ljósi þess að margt sem fram kemur í kröfu (E)forstj gæti einnig átt við um félagið sjálft og málið á hendur því.“

175. Daginn eftir, 20. maí 2019, sendi Eimskip bréf til Samkeppniseftirlitsins. Í því var óskað eftir upplýsingum um málsnúmer í skjalaskrá eftirlitsins. Atvikum sem tengjast þessu er lýst hér á eftir. Samhengisins vegna er rétt að nefna að þetta bréf tengdist sjónarmiðum sem Eimskip hélt síðan



fram fyrir dómstólum, þ.e. að Samkeppniseftirlitið hefði fellt niður rannsókn á samráði Eimskips og Samskipa í júní 2015 og síðan með ólögumætum hætti haldið henni áfram.

176. Þann 12. júní 2019 sendi lögregla Samkeppniseftirlitinu bréf vegna framangreindar kröfu (E)forstj til Héraðsdóms Reykjavíkur um að úrskurðað yrði, á grundvelli 2. mgr. 102. gr. laga um meðferð sakamála, að rannsókn lögreglu á grundvelli kæru Samkeppniseftirlitsins væri ólögumæt og að henni skyldi hætt. Í ljósi þess að umrædd krafa væri að verulegu leyti byggð á ætluðum göllum á málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins óskaði lögregla eftir sjónarmiðum eftirlitsins um kröfurnar.
177. Þann 26. júní 2019 sendi Samkeppniseftirlitið umbeðna umsögn til lögreglu. Umsögnin var ítarleg (62 bls., auk fylgiskjala) og í henni eru rakin sjónarmið eftirlitsins um þá þætti kröfu (E)forstj sem tóku til meintra galla á rannsókn eftirlitsins, og meintra ólögumættra athafna eða rannsóknaraðgerða Samkeppniseftirlitsins við rannsókn á ætluðum brotum Eimskips og Samskipa. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins var að gagnrýni (E)forstj ætti ekki við rök að styðjast. Lagði lögregla umsögnina fram í málinu fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur.
178. Þann 30. júní 2019 sendi Eimskip frá sér eftirfarandi tilkynningu: „*Stjórn Eimskips ákvað í dag að leggja fram kröfu skv. 102. gr. laga um meðferð sakamála, þess efnis að rannsókn Samkeppniseftirlitsins á félaginu og samstæðufélögum þess, sem staðið hefur yfir í tæp tíu ár, verði hætt. Krafan verður lögð fram í fyrramálið hjá Héraðsdómi Reykjavíkur.*

Kröfur sínar reisir Eimskip meðal annars á því að rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi formlega verið felld niður í júní 2015. Þá byggji rannsóknin á ólögumætri haldlagningu gagna og að brotið hafi verið gegn hlutlægnisskyldu Samkeppniseftirlitsins og réttindum Eimskips við rannsóknina. Auk þess hafi Samkeppniseftirlitið í raun sinnt lögreglurannsókn sem því er óheimilt að gera samkvæmt lögum. Vegna athafna sinna verði starfsmenn Samkeppniseftirlitsins að teljast vanhæfir í skilningi stjórnsýslulaga.

Kröfurnar byggjast ennfremur á því að rannsókn Samkeppniseftirlitsins beinist að röngum lögaðilum vegna verulegs hluta þess tímabils sem til rannsóknar er. Þá hafi framkvæmd rannsóknarinnar verið með þeim hætti að stór hluti þeirra meintu brota sem til rannsóknar eru teljist fyrnd.

Þessir ágallar á rannsókninni séu með þeim hætti að rannsókn Samkeppniseftirlitsins sé ólögumæt og því beri að fella hana niður.

Eimskip hefur samhliða skrifað bréf til stjórnar Samkeppniseftirlitsins þar sem vakin er athygli á þeim starfsháttum Samkeppniseftirlitsins sem kröfur Eimskips byggja á.“

179. Birti Eimskip einnig kröfuna (40 bls.) sem boðað var að yrði lögð fyrir Héraðsdóm Reykjavíkur.
180. Þann 14. ágúst 2019 lagði Samkeppniseftirlitið fram í Héraðsdómi Reykjavíkur greinargerð vegna áðurnefndrar kröfu Eimskips samkvæmt lögum um meðferð sakamála. Í greinargerð Samkeppniseftirlitsins var þess aðallega krafist að kröfum Eimskips yrði vísað frá héraðsdómi en til vara að þeim yrði hafnað.
181. Þann 12. september 2019 fór fram í Héraðsdómi Reykjavíkur munnlegur málflutningur vegna kröfu Samkeppniseftirlitsins um að kröfu Eimskips yrði vísað frá dómi.
182. Með úrskurði Héraðsdóm Reykjavíkur 10. október 2019 var vísað frá dómi kröfu Eimskips um að rannsókn eftirlitsins á ætluðu samráði fyrirtækisins við Samskip yrði lýst ólögumæt og henni hætt. Hins vegar var hafnað þeirri kröfu eftirlitsins um að kröfu Eimskips um að aflétt yrði haldi á gögnum yrði vísað frá dómi.
183. Þann 11. október 2019 kærði Eimskip til Landsréttar framangreindan úrskurð Héraðsdóms Reykjavíkur um frávísun á kröfu Eimskips.



184. Með úrskurði Landsréttar 24. október 2019 var úrskurður héraðsdóms um frávísun staðfestur. Í honum kemur fram að Eimskip geti ekki „borið lögmati rannsóknar Samkeppniseftirlitsins í heild sinni undir dóm á grundvelli 2. mgr. 102. gr. laga nr. 88/2008, enda er að ræða rannsókn stjórnslumáls en ekki sakamáls í skilningi laganna.“
185. Í byrjun nóvember 2019 ákvað Eimskip að höfða einkamál gegn Samkeppniseftirlitinu, sbr. nánar hér á eftir.
186. Með úrskurði 18. desember 2019 hafnaði Héraðsdómur Reykjavíkur þeirri kröfu Eimskips að Samkeppniseftirlitið yrði gert að eyða eða skila gögnum sem aflað var í húsleit hjá fyrirtækinu. Í úrskurðinum var m.a. fjallað um þá staðhæfingu Eimskips að Samkeppniseftirlitið hefði fellt málið niður á árinu 2015: „Sóknaraðilar halda því fram að umrædd rannsókn varnaraðila hafi formlega verið lokað með tilkynningu til þeirra þar sem vísað var í tiltekið málsnúmer. Varnaraðili hefur útskýrt um hvað rannsókn stjórnvaldsins snúist og hefur gert ítarlega grein fyrir efnisatriðum hennar í andmælaskjali og jafnframt boðað annað ítarlegt andmælaskjal varðandi rannsókn sína. Þó að varnaraðili hafi samkvæmt tilkynningu til sóknaraðila lokað tilteknu málsnúmeri er ljóst að efnislegri rannsókn á umræddu máli hefur ekki verið lokið heldur virðist henni enn haldið áfram og hún vera mjög umfangsmikil.“ Ekki var heldur fallist á það með Eimskip að starfsmaður Samkeppniseftirlitsins (og verktaki á vegum þess) hefði gert sig vanhæfa með því að taka þátt í rannsóknaraðgerðum lögreglu.
187. Eimskip skaut úrskurðinum til Landsréttar. Með úrskurði 30. janúar 2020 staðfesti Landsréttur úrskurð héraðsdóms. Í úrskurðinum var ekki fallist á sjónarmið Eimskips um að rannsókn Samkeppniseftirlitsins hefði verið ólögmat. Hið sama gilti um sjónarmið Eimskips um vanhæfi vegna þátttöku í aðgerðum lögreglu. Einnig var vísað til þess að gögn málsins sýndu að rannsókn Samkeppniseftirlitsins á samráði Eimskips og Samskipa væri mjög umfangsmikil og að það drægi að lokum hennar. Það væri því eðlilegt að Samkeppniseftirlitið hefði gögn Eimskips áfram undir höndum. Þá var tekið fram að Eimskip gæti látið síðar reyna á rannsókn Samkeppniseftirlitsins.
188. Hvorki Héraðsdómur Reykjavíkur né Landsréttur féllust á þær kröfur sem (E)forstj setti fram gagnvart lögreglu í málinu sem hann höfðaði um miðjan maí 2019.

2.14.2. Mál höfðað á grundvelli laga um meðferð einkamála

189. Þann 4. nóvember 2019 sendi Eimskip frá sér eftirfarandi tilkynningu: „Stjórn Eimskips ákvað í dag að höfða almennt einkamál gegn Samkeppniseftirlitinu þar sem þess verður krafist að rannsókn stofnunarinnar, sem staðið hefur yfir í um tíu ár, verði dæmd ólögmat og henni hætt. Eimskip hefur áður lagt fram kröfu af sama meði á grunni ákvæða laga um meðferð sakamála, en dómstólar féllust ekki á að unnt væri að reka málið gegn Samkeppniseftirlitinu á þeim lagagrundvelli. Þar sem dómstólar tóku hins vegar ekki efnislega afstöðu til þeirra röksemda félagsins sem málsóknin var reist á, var tekin ákvörðun um að höfða almennt einkamál til að fá úr þeim skorið. Um röksemdir fyrir kröfunni vísast til fréttatilkynningar félagsins frá 30. júní sl.“
190. Stefna Eimskips var birt Samkeppniseftirlitinu 19. nóvember 2019. Til stuðnings kröfu sinni um að Samkeppniseftirlitinu yrði gert að hætta rannsókn sinni byggði Eimskip á sömu sjónarmiðum og fyrirtækið hafði gert í málinu sem það höfðaði á grundvelli laga um meðferð sakamála. Byggði Eimskip m.a. á því að rannsókn málsins hafi tekið óeðlilega langan tíma, að Samkeppniseftirlitið hafi blekkst dómstóla, að haldlagning gagna í húsleitunum hafi verið ólögmat og að starfsmenn eftirlitsins væru vanhæfir þar sem þeir hefðu tekið þátt í rannsókn lögreglu á þætti stjórnenda Eimskips í hinu ætlaða samráði. Þá hefði eftirlitið fellt niður rannsókn á hinum ætluðu brotum en síðan haldið henni áfram.
191. Samkeppniseftirlitið lagði fram greinargerð í málinu í lok janúar 2020 þar sem rökstutt var að þessi málsókn Eimskips væri tilhæfulaus. Krafðist eftirlitið þess aðallega að kröfum Eimskips yrði vísað frá dómi en til vara sýknu.



192. Þann 29. apríl 2020 stóð til að flytja málið vegna kröfu Samkeppniseftirlitsins um að málinu yrði vísað frá héraðsdómi. Áður en til þess kom tilkynnti Eimskip að fyrirtækið hefði fallið frá málinu. Daginn eftir kvað Héraðsdómur Reykjavíkur upp úrskurð og felldi málið niður að kröfu Eimskips. Í úrskurðinum var einnig mælt fyrir um það að Eimskip greiddi Samkeppniseftirlitinu málskostnað.

2.14.3. Kærur til áfrýjunarnefndar samkeppnismála

193. Sem fyrr sagði féllust dómstólar ekki á það með Eimskip að Samkeppniseftirlitið hefði fellt niður rannsókn á ætluðu samráði Eimskips og Samskipa í júní 2015 og síðan með ólögsmætum hætti haldið henni áfram. Hér verður m.a. lýst málsmeðferð fyrir samkeppnisyfirvöldum á árinu 2019 sem tengist þessu.
194. Eins og áður sagði sendi Eimskip þann 20. maí 2019 bréf til Samkeppniseftirlitsins þar sem rakið var að tvö málsnúmer í skjalakerfi eftirlitsins kæmu fram í afhentum gögnum með AI, þ.e. annars vegar nr. 1306004 og hins vegar nr. 1309012. Vegna þessa var óskað eftir aðgangi að „öllum stöðubreytingum máls númer 1306004 í OneSystem skjalaumsýslukerfi Samkeppniseftirlitsins, þ.m.t. dagsetningu á stofnun málsins og allar stöður til og með dagsins í dag.“
195. Með bréfi frá 12. júní 2019 veitti Samkeppniseftirlitið Eimskip upplýsingar vegna máls merkt í skjalakerfi eftirlitsins 1306004. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins kemur m.a. fram eftirfarandi: „Eins og umfjöllun yðar í fyrrgreindu bréfi ber skýrlega með sér tengjast bæði umrædd mál, merkt í skjalavistunarkerfinu númer 1306004 og 1309012, áður nefndri rannsókn Samkeppniseftirlitsins á ætluðum brotum umbjóðenda yðar og Samskipa gegn samkeppnislögum. Mál merkt númer 1306004 var stofnað í skjalavistunarkerfinu vegna undirbúnings og framkvæmdar húsleitar og haldlagningu/afritun gagna á starfsstöðvum Eimskips og Samskipa sem fór fram þann 10. september 2013. Mál þetta, númer 1306004, var nánar tiltekið stofnað í skjalavistunarkerfinu þann 5. júní 2013. Málinu í skjalavistunarkerfinu var lokað þann 23. júní 2015 en það er tengt í skjalavistunarkerfinu við mál nr. 1309012 („Tengd mál“). Líkt og umbjóðendum yðar er kunnugt um er rannsóknin á ætluðum brotum umbjóðenda yðar ennþá yfirstandandi hjá eftirlitinu.“
196. Eimskip sendi Samkeppniseftirlitinu bréf þann 20. júní 2019 þar sem því var haldið fram að svar eftirlitsins frá 12. júní 2009 hefði ekki tekið til „allra stöðubreytinga“ málsins í skjalavistunarkerfi þess. Segir síðan í bréfi Eimskips eftirfarandi: „Þá benda umbjóðendur okkar á það mat þeirra að örðugt sé að koma þeim staðhæfingum sem fram koma í bréfi Samkeppniseftirlitsins saman við staðreyndir málsins. Þannig benda öll gögn og samskipti í málinu til þess að mál nr. 1309012 hafi verið stofnað um rannsókn Samkeppniseftirlitsins á refsímáli á hendur tilteknum starfsmönnum umbjóðenda okkar, en mál nr. 1306004 um stjórnsmálmálið á hendur [Eimskip].“ Af þessum sökum gerði Eimskip þá kröfu að áður afhentar upplýsingar eftirlitsins yrðu staðfestar með gögnum úr skjalaumsýslukerfi Samkeppniseftirlitsins. Þá var auk þess í bréfi Eimskips gerð krafa um afhendingu sömu upplýsinga um öll mál sem hafi verið skráð á Eimskip frá september 2009.
197. Þann 10. júlí 2019 krafðist Eimskip frekari upplýsinga frá Samkeppniseftirlitinu. Í bréfi Eimskips var nánar tiltekið óskað afhendingu annars vegar upplýsinga sem tengjast vinnu verktaka [...] við rannsókn á samráði Eimskips og Samskipa hins vegar afhendingu vinnugagna sem varða samstarf Samkeppniseftirlitsins og lögreglu.
198. Samkeppniseftirlitið óskaði eftir sjónarmiðum lögreglu vegna kröfu Eimskips um afhendingu framangreindra vinnugagna. Sjónarmiðin bárust 13. ágúst 2019. Þar kom fram að lögregla legðist gegn því að fallist yrði á kröfu Eimskips.
199. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til Eimskips, dags. 19. ágúst 2019, var synjað fyrrnefndri kröfu Eimskips um aðgang að upplýsingum um allar stöðubreytingar í rafrænu skjalavistunarkerfi Samkeppniseftirlitsins.



200. Þann 30. ágúst 2019 kærði Eimskip fyrrnefnda synjun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála (mál áfrýjunarnefndar nr. 2/2019). Samkeppniseftirlitið sendi áfrýjunarnefnd samkeppnismála sjónarmið í málinu þann 12. september og 30. september 2019.
201. Þann 30. september 2019 synjaði Samkeppniseftirlitið kröfu Eimskips frá 10. júlí 2019 um aðgang að upplýsingum tengdum [ráðgjafi Samkeppniseftirlitsins]annars vegar og vinnu- og samskiptagögnum Samkeppniseftirlitsins og lögreglu hins vegar.
202. Eimskip kærði þá synjun einnig til áfrýjunarnefndar samkeppnismála þann 11. október 2019 (mál áfrýjunarnefndar nr. 3/2019). Samkeppniseftirlitið sendi áfrýjunarnefnd samkeppnismála sjónarmið í málinu þann 24. október og 13. nóvember 2019.
203. Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2019 var kveðinn upp 18. desember 2019. Komst áfrýjunarnefnd að þeirri niðurstöðu að upplýsingar um stöðubreytingar í skjalavistunarkerfi Samkeppniseftirlitsins teljist ekki til gagna málsins í skilningi 15. gr. stjórnsýslulaga. Um sé að ræða upplýsingar sem lúti alfarið að innri starfsemi eftirlitsins. Var því kröfu Eimskips um aðgang að umræddum upplýsingum hafnað.
204. Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2019 var kveðin upp í apríl 2020, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir.

2.15. Frekari málsmeðferð á árunum 2018 - 2019

205. Þann 27. ágúst 2018 sendi Samkeppniseftirlitið upplýsingabeiðni til Faxaflóahafna. Var óskað eftir ýmsum gögnum og upplýsingum, m.a. um einstök atriði úr fundargerðum stjórnar Faxaflóahafna. Umbeðin gögn bárust Samkeppniseftirlitinu í lok september 2018.
206. Jónar (Samskip) sendu Samkeppniseftirlitinu þann 17. september 2018 erindi þar sem óskað var eftir rannsókn á ætluðu broti Eimskips á 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Var kvartað yfir því að Eimskip vildu ekki lengur annast flutninga fyrir Jóna. Ástæða þessa væri að settar hefðu verið vinnureglur hjá Eimskip um að fyrirtækið „*veiti hvorki Samskipum né dótturfélögum, þ.á.m. Jónum Transport, þjónustu. Eftir því sem næst verður komið er gripið til þessara aðgerða vegna ályktana sem fram eru settar í andmælskjali sem Samkeppniseftirlitið birti Eimskipi og Samskipum í júní sl.*“.
207. Þann 10. október 2018 sendi Samkeppniseftirlitið Jónum svarbréf þar sem fyrirtækinu var tjáð að kvörtun þess frá 17. september 2018 hafi ekki uppfyllt þær kröfur sem gerðar væru til erinda skv. reglum nr. 880/2005. Þegar af þeirri ástæðu var það ekki tekið til frekari meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu. Hins vegar voru upplýsingar í erindi Jóna sem gáfu tilefni til að kanna hvort upplýsingagjöf Samskipa/Jóna til eftirlitsins hefði verið fullnægjandi. Í bréfi Jóna hefðu verið settar fram staðhæfingar um samstarf fyrirtækisins og Eimskips sem gáfu tilefni til að ætla að upplýsingar sem Samskip/Jónar hefðu áður veitt við rannsókn málsins, hefðu verið ófullnægjandi.
208. Í ljósi framangreinds sendi Samkeppniseftirlitið Samskipum bréf, dags. 10. október 2018, þar sem upplýsingaskylda félagsins var ítrekuð. Var í bréfinu fjallað um að upplýsingar í kvörtun Jóna, um samstarf við Eimskip, væru í ósamræmi við upplýsingagjöf Samskipa þann 17. september 2013 og 10. apríl 2015. Var frestur til að koma að skýringum og veita frekari upplýsingar veittur fyrst til 26. október 2018 og síðan til 20. nóvember sama ár.
209. Þann 11. október 2018 barst Samkeppniseftirlitinu erindi frá Samskipum. Í því var óskað eftir aðgangi að öllum gögnum sem tengdust beiðnum Samskipa og Eimskips, um undanþágu frá banni 10. gr. samkeppnislaga (frá árinu 2004 til dagsetningu bréfsins). Þann 3. desember 2018 sendi Samkeppniseftirlitið umbeðin gögn til Samskipa.
210. Með bréfi, dags. 20. nóvember 2018, bárust gögn og skýringar frá Samskipum í tengslum við upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins frá 10. október 2018. Fram kemur sá fyrirvari í bréfi



Samskipa að fyrirtækið haldi „*ekki utan um einstaka gögn með skipulegum hætti*“ og að leit vegna upplýsingabeidninnar hafi farið fram „*handvirkt og samkvæmt bestu getu og vitneskju starfsmanna*“ Samskipa.

211. Eins og áður sagði sendi Samkeppniseftirlitið bréf til Eimskips þann 12. mars 2019. Fólust í bréfinu viðbrögð við tilkynningu Eimskips þann 5. mars 2019 þar sem fram kom breytt afstaða til framlagningar á athugasemdum vegna AI.
212. Samkeppniseftirlitið sendi Eimskip annað bréf 12. mars 2019. Í því var ítrekuð ósk um afhendingu á tilteknum gögnum frá Eimskip. Í bréfinu voru tilgreind tiltekin fyrirtæki sem veitt hafa útflytjendum á sjávarafurðum og stóriðjum hér á landi þjónustu. Var og greint frá því frummati Samkeppniseftirlitsins að gögn málsins sýndu að Eimskip og Samskip litu á þessi fyrirtæki sem keppinauta. Jafnframt gæfu gögnin til kynna að á sama eða svipuðum tíma hefðu bæði Eimskip og Samskip átt í samskiptum og samstarfi við a.m.k hluta þessara fyrirtækja. Ríftað var upp að í bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 23. janúar 2015 hefði verið óskað eftir afriti af gögnum sem tengdust annars vegar hverskonar samstarfi og hins vegar tillögum eða hugmyndum að samstarfi við önnur fyrirtæki sem annist hvers konar sjóflutninga, landflutninga, flutningsmiðlun og vöruhúsaþjónustu. Aðeins eitt gagn hefði borist frá Eimskip vegna þessarar beiðni. Var í bréfinu frá 12. mars 2019 óskað á ný eftir upplýsingum um atriði sem tilgreind voru í upplýsingabeidni Samkeppniseftirlitsins frá janúar 2015. Til þess að stuðla að því að viðkomandi upplýsingar bærust Samkeppniseftirlitinu voru tilgreind sextán fyrirtæki sem Eimskip kynni að hafa átt í samstarfi við.
213. Svarbréf Eimskips barst þann 5. apríl 2019. Í svari Eimskips er því haldið fram að fyrri svör fyrirtækisins við beiðni Samkeppniseftirlitsins frá 23. janúar 2015 hefðu verið fullnægjandi. Hafnaði Eimskip því afhendingu á umbeðnum gögnum og kvaðst ekki geta „*svarað á annan veg en þann að vísa til fyrri svara sinna. Önnur viðbrögð [Eimskips] gætu verið túlkuð sem einhvers konar viðurkenning á því að þeirra fyrri svarbréf hafi verið ófullnægjandi.*“ Sagði Eimskip að eftirlitið gæti beint nýrri upplýsingabeidni til fyrirtækisins.
214. Eimskip afhentu engar frekari skýringar eða gögn í tengslum við upplýsingabeidni Samkeppniseftirlitsins frá 12. mars 2019.
215. Með bréfi, dags. 13. mars 2019, taldi Samkeppniseftirlitið einnig nauðsynlegt að ítreka ósk um afhendingu á tilteknum gögnum frá Samskipum. Líkt og í fyrrgreindu bréfi til Eimskips, var frummat Samkeppniseftirlitsins á tilteknum gögnum málsins birt í bréfinu, í þeim tilgangi að auka líkur á að fullnægjandi upplýsingar bærust í þetta sinn.
216. Svarbréf Samskipa barst þann 8. apríl 2019. Er þar m.a. vísað til fyrri gagnaafhendingar til Samkeppniseftirlitsins og sjónarmiða um að Samskip hefðu hvorki búnað né mannafla til þess að verða við upplýsingabeidni Samkeppniseftirlitsins með fullnægjandi hætti. Áréttuðu Samskip að fyrirtækið gæti „*ekki með nokkru móti ábyrgst að þau gögn eða upplýsingar sem afhentar verða sé tæmandi um það efni sem fyrirspurn stofnunarinnar lýtur að. Hvergi er haldið utan um gögn eða samskipti af þessum toga með skipulegum hætti og leit að þeim mun ávallt verða handahófskennd.*“ Með svarbréfi Samskipa voru afhent takmörkuð gögn og skýringar er lúta að þeim fyrirtækjum sem talin voru upp í upplýsingabeidni Samkeppniseftirlitsins.
217. Þann 23. maí 2019 óskuðu Samskip eftir „*afriti af öllum erindum, þ.e. kvörtunum og ábendingum og bréfaskiptum þeim tengdum, sem fyrirtækið hefur sent Samkeppniseftirlitinu frá lokum brotatímabils Eimskips í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008 (2002), til dagsins í dag.*“ Þann 14. júní 2019 sendi Samkeppniseftirlitið tölvubréf til Samskipa vegna þessa. Var upplýst að vegna anna hefði ekki verið unnt að svara erindinu og var óskað eftir því að fyrirtækið myndi afmarka nánar beiðni sína. Frekari samskipti vegna þessa áttu sér stað í júlí 2019.
218. Samkeppniseftirlitið sendi þann 22. nóvember 2019 bréf til Eimskips. Var bréfið svar við tveimur bréfum Eimskips frá 16. september 2019.



219. Í fyrra bréfi Eimskips frá 16. september 2019 var vísað til þess að við málflutning í máli því sem Eimskip ræki fyrir héraðsdómi á grundvelli 2. mgr. 102. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála hefði lögmaður Samkeppniseftirlitsins tekið fram að rannsókn á ætluðu samráði fyrirtækja á landflutningamarkaði hefði verið felld niður gagnvart hluta þeirra fyrirtækja sem hefðu verið til rannsóknar og var óskað upplýsinga um það til hvers lögmaðurinn hefði vísað. Í svári eftirlitsins var rifjað upp að það hefði þegar verið búið að kynna það fyrir Eimskip að í yfirstandandi rannsókn á samráði Eimskips og Samskipa væri ekki til rannsóknar hvort 10. gr. laganna hefði verið brotin í samstarfi Eimskips við fyrirtæki innan landflutninganets þess. Segir einnig í bréfi eftirlitsins að það verði að ætla að lögmaðurinn hefði vísað til þess sem komið hefði fram í greinargerð Samkeppniseftirlitsins til héraðsdóms um að eftirlitið hefði á grundvelli heimildar sinnar til að forgangsraða verkefnum ákveðið að fella niður rannsókn gagnvart smærri aðilum á landflutningamarkaði.
220. Í síðara bréfi Eimskips frá 16. september 2019 var þess krafist að Samkeppniseftirlitið afhenti fyrirtækinu allar álitsgerðir, minnisblöð, rannsóknir og annað því tengt sem eftirlitinu kynni að hafa verið afhent af þriðja aðila við rannsókn á ætluðum brotum Eimskips á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Var Eimskip upplýst um það í bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 22. nóvember 2019, að slík gögn væru ekki til staðar.

2.16. Andmælaskjal II frá 13. desember 2019

221. Þann 13. desember 2019 sendi Samkeppniseftirlitið seinna andmælaskjalið í málinu, AII, til Eimskips og Samskipa. Var fyrirtækjunum veittur frestur til 1. apríl 2020 til að koma á framfæri athugasemdum við AII. Með þessu andmælaskjali fylgdi listi yfir gögn málsins. AII var 1.168 bls. að lengd og gögnin sem lágu skjalinu til grundvallar voru yfir 17.000 bls.
222. Í mgr. 11 – 13 í AII var þetta yfirlit birt: *„Í þessu andmælaskjali vísast til umfjöllunar AI í heild sinni, þ.m.t um skilgreiningu markaða, stöðu fyrirtækja á þeim og um túlkun á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. [...]*

Í mgr. 2 – 6 og 2963 – 2999 í AI er dregið saman hvað Samkeppniseftirlitið taldi á því stigi rannsóknarinnar felast í ætluðum brotum Eimskips og Samskipa. Segir þetta í mgr. 2999 í AI:

„Með hliðsjón af því sem sem liggur fyrir í málinu, á þessu stigi rannsóknarinnar, er það frummat Samkeppniseftirlitsins að Eimskip og Samskip hafi framið mjög alvarleg brot á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Hin ætluðu brot hafi varað í langan tíma og verið framin af ásetningi. Hin ætluðu brot voru mjög umfangsmikil og til þess fallin að valda neytendum og atvinnulífinu miklu tjóni.“

Eins og umfjöllun í þessu andmælaskjali ber með sér er framangreint frummat óbreytt. Eftirfarandi umfjöllun um gögn og atvik sem m.a. áttu sér stað eftir árið 2008 og út rannsóknartímabilið eru að frummati Samkeppniseftirlitsins ótvírætt til stuðnings þeirri frumniðurstöðu sem fram kemur í AI. Er það því óbreytt frummat Samkeppniseftirlitsins að Eimskip og Samskip hafi frá júní 2008 og til með árinu 2013 haft með sér samfellt samráð sem brotið hafi gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Einnig áttu sér stað ætluð brot fyrir það tímamark, sbr. m.a. mgr. 2967 í AI.

Til viðbótar við framangreint er það frummat Samkeppniseftirlitsins að gögn sem fjallað er um í þessu andmælaskjali gefi til kynna að hin ætluðu brot séu enn alvarlegri og skipulagðari en talið var í AI, sbr. mgr. 240 hér á eftir.“

223. Í mgr. 16 sagði: *„Að frummati Samkeppniseftirlitsins hafa einnig átt sér stað alvarleg brot á 19. gr. og 2. mgr. 41. gr. b samkeppnislaga. Verður fjallað um það í XIV kafla í andmælaskjali þessu.“*
224. Eimskip og Samskip óskuðu eftir aðgangi að gögnum málsins. Voru gögnin afhent fyrirtækjunum 31. janúar 2020.



225. Líkt og þegar AI var birt búrúst athugasemdir Eimskips og Samskipa við AII ekki innan þess frests sem var upphaflega gefinn. Skal þessu lýst nánar.

2.16.1. Viðbrögð Eimskips

226. Sem fyrr sagði var AII birt Eimskip þann 13. desember 2019. Í fylgibréfi Samkeppniseftirlitsins var fjallað um frest til að koma að sjónarmiðum við bæði AI og AII. Í bréfinu kom fram að Eimskip hefði haft drjúgan tíma til þess að kynna sér efni AI og kysi Eimskip að tjá sig um efni AI skyldu athugasemdir þar að lútandi berast Samkeppniseftirlitinu eigi síðar en 1. febrúar 2020. Frestur til að koma að athugasemdum vegna AII var veittur til 1. apríl 2020.
227. Eins og rakið var hér að framan lýsti Eimskip því yfir á árinu 2018 að fyrirtækið myndi tjá sig um AI. Fyrirtækið tilkynnti hins vegar um breytta afstöðu 5. mars 2019. Fólst hin breytta afstaða Eimskips í því að fyrirtækið vildi „*kynna sér efni*“ AII áður en athugasemdir við AI yrðu sendar Samkeppniseftirlitinu.
228. Afstaða Eimskips breyttist á ný með bréfi fyrirtækisins frá 17. desember 2019. Taldi fyrirtækið ekki nægjanlegt lengur að fá í hendur AII til þess að geta skilað athugasemdum við AI heldur þyrfti fyrirtækið til viðbótar að fá öll gögn málsins í hendur. Segir að Eimskip hefði áður bent á að fyrirtækið „*geti ekki tjáð sig um þær ásakanir sem settar voru fram í fyrra andmæslaskjali fyrir en Andmæslaskjal II lægi fyrir, enda gæti það tekið til sama sakarefnis og fyrra andmæslaskjalið. Virðist enda nú komið á daginn að svo sé, a.m.k. að langstærstu leyti*“. Voru í bréfinu og gerðar athugasemdir við veitta fresti og þeir sagðir ólögmatir.
229. Í svari Samkeppniseftirlitsins, dags. 20. desember 2019, var ekki fallist á sjónarmið Eimskips og tekið fram að frestur til andmæla stæði óhaggaður að svo stöddu.
230. Eimskip brást við og sendi Samkeppniseftirlitinu bréf þann 23. desember 2019. Í því bréfi voru sett fram frekari sjónarmið vegna frests eftirlitsins til andmæla og gerðar athugasemdir við túlkun Samkeppniseftirlitsins á afstöðu Eimskips.
231. Samkeppniseftirlitið svaraði Eimskip 27. janúar 2020. Í bréfi eftirlitsins var vísað til þess að Eimskip byggði á því að AII tæki að „*langstærstu leyti*“ til sama sakarefnis og AI. Samkeppniseftirlitið gæti ekki fallist á þetta. Benti eftirlitið Eimskip á að AI og AII tækju til samfellds samráðs Eimskips og Samskipa á rannsóknartímabili málsins. Ekki væri rétt að AI og AII fjölluðu að stórum hluta um sömu atvik. Efnistökin í skjölunum væru í samræmi við það sem boðað hefði verið í mgr. 7 – 12 í AI. Eins og skjölin bæru með sér væri í AI lögð megináhersla á atvik á árinu 2008 sem að mati Samkeppniseftirlitsins sýndu að á því ári hefði komist á alvarlegt samráð milli Eimskips og Samskipa. Einnig væri fjallað um tiltekin atvik á árunum 2009 – 2013 sem sýndu framkvæmd á samráðinu. Þá væri í AI fjallað um markaði málsins og stöðu fyrirtækja á þeim. Í AII væri hins vegar lögð megináhersla á atvik á árunum 2009 – 2013 og færð frekari rök fyrir því frummati að samráðið hefði verið í framkvæmd á þeim tíma. Einnig væri í AII fjallað um atvik sem gæfu til kynna að samráðið hefði verið enn umfangsmeira en áður hefði verið talið, sbr. t.d. umfjöllun um gámasamráð. Þá væri í AII fjallað um brot á 19. gr. samkeppnislaga, auk fleiri atriða sem ekki væri að finna í AI.
232. Kemur og fram í bréfinu að Samkeppniseftirlitið væri því ennþá eindregið þeirrar skoðunar að Eimskip hefði verið og væri enn fært um að tjá sig um AI áður en fyrirtækið tjáði sig um AII. Einnig var tekið fram að teldi „*Eimskip sig t.d. búa yfir gögnum eða sjónarmiðum sem að mati félagsins setji atvik á árinu 2008 í nýtt ljós er skorað á fyrirtækið að setja þau sem fyrst fram til þess að stuðla að hraðari málsmeðferð en ella*.“
233. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins var að veita Eimskip viðbótarfrest til 15. mars 2020 til að koma að sjónarmiðum við AI (kafla I-X). Frestur til að koma að sjónarmiðum við AII (og hluta AI) var framlengdur til 15. maí 2020.



234. Eimskip setti fram athugasemdir við bréf Samkeppniseftirlitsins frá 27. janúar 2020. Var það gert í bréfi fyrirtækisins frá 11. febrúar 2020. Mótmælti fyrirtækið því að hafa ítrekað breytt um afstöðu vegna framlagningar athugasemda við AI. Kvaðst Eimskip, í samræmi við skýra afstöðu „frá öndverðu“, myndu setja fram athugasemdir við AI fyrir 15. mars 2020.

2.16.1.1. Athugasemdir Eimskips við AI

235. Þann 16. mars 2020 bárust athugasemdir Eimskips við AI. Voru þær 212 bls. og með fylgdu 46 fylgiskjöl.

236. Í inngangi segir að Eimskip hafni því mati Samkeppniseftirlitsins að fyrirtækið hafi gerst brotlegt við 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins með þeirri háttsemi sem lýst sé í AI.

2.16.1.2. Frekari frestbeiðnir Eimskips

237. Samhengisins vegna er rétt að rifja upp að í október 2019 kærði Eimskip til áfrýjunarnefndar samkeppnismála ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um að synja kröfu fyrirtækisins um aðgang að annars vegar gögnum sem vörðuðu [ráðgjafi Samkeppniseftirlitsins] (verktaka sem veitt hefur eftirlitinu aðstoð við rannsókn málsins) og hins vegar samskipta- og vinnugögnum Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðssaksóknara. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála kvað upp úrskurð í tilefni af kærinni (mál nr. 3/2019) 3. apríl 2020. Áfrýjunarnefnd vísaði frá tilteknum kröfum Eimskips og staðfesti höfnun Samkeppniseftirlitsins varðandi viss gögn. Varðandi gögnin sem þá stóðu eftir var málinu vísað til nýrrar meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu þar sem nefndin taldi höfnun Samkeppniseftirlitsins ekki hafa byggt á réttum lagagrundvelli.

238. Þann 8. apríl 2020 sendi Eimskip bréf til Samkeppniseftirlitsins. Í því bréfi óskaði fyrirtækið annars vegar eftir auknum fresti til þess að koma að athugasemdum við AII og hins vegar eftir aðgangi að tilteknum gögnum.

239. Óskaði Eimskip eftir gögnum um samskipti Samkeppniseftirlitsins við Faxaflóahafnir, Arion banka, Alcoa Fjarðarál auk afrits af hljóðupptöku af skýrslutökum sem teknar voru af stjórnendum fyrirtækisins í september 2013. Einnig var óskað eftir gögnum sem tengdust framangreindum úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2019.

240. Í bréfinu fór Eimskip fram á að fresturinn til að koma að athugasemdum við AII yrði framlengdur frá 15. maí til 1. september 2020. Var þessi beiðni rökstudd með vísan til aðstæðna vegna Covid-19 faraldursins. Var vísað til áhrifa faraldursins á starfsemi Eimskips og í dæmaskyni nefnt að fyrirtækið hefði breytt skipakerfi fyrirtækisins þann 31. mars 2020, þar sem dregið hefði úr umsvifum þess.

241. Samkeppniseftirlitið svaraði með bréfi frá 30. apríl 2020. Var þar brugðist við beiðni Eimskips um framangreind gögn og vísað til úrskurðar áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2019. Sagði að líkt og „fram kemur í niðurstöðum áfrýjunarnefndar þarf að fara fram mat að nýju hjá Samkeppniseftirlitinu á upplýsingarétti og eftir atvikum takmörkunum á honum samkvæmt 15. og 17. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 og ákvæði 1. mgr. 42. gr. a samkeppnislaga.“ Hvað aukin frest áhrærir var athygli Eimskips vakin á því að Samskip hefðu einnig óskað eftir viðbótarfresti vegna Covid-19. Frestur sá sem Samskip hefði óskað eftir væri hins vegar mun styttri en í tilviki Eimskips. Var Eimskip veittur viðbótarfrestur til 15. júní 2020. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins kom einnig fram að eftirlitið legði, líkt og áður, „mikla áherslu á að hraða máli þessu. Hingað til hefur meðferð málsins verið samfelld og órofin af hálfu eftirlitsins og henni verið hraðað eftir því sem kostur er, sbr. m.a. reifun á málavöxtum í AI og AII. Væntir eftirlitið þess að félagið flýti vinnu sinni svo ekki þurfi að koma til frekari tafa á málinu af þess völdum.“

242. Eimskip brást við með bréfi dags. 6. maí 2020. Kom þar fram að óumdeilt væri að fyrirtækinu hefði ekki verið veittur aðgangur að öllum gögnum málsins. Því til stuðnings var vísað til þess að Samkeppniseftirlitið væri ekki búíð að bregðast við úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2019.



Sökum þessa væri fresturinn sem Samkeppniseftirlitið hefði veitt í bréfinu 30. apríl 2020 ólögmaður og áskildi Eimskip sér allan rétt vegna þessa.

243. Sökum framangreinds sendi Samkeppniseftirlitið þann 5. júní 2020 bréf til Eimskips. Var þar rífað upp að Eimskip hefði þann 31. janúar 2020 fengið í hendur afrit af öllum gögnum sem frummat Samkeppniseftirlitsins í AII byggði á. Eimskip væri því ekkert til fyrirstöðu að skila athugasemdum við AII innan þess viðbótarfrests sem fyrirtækinu hefði verið veittur. Varðandi gögnin sem fjallað var um í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2019 var áréttað í bréfi eftirlitsins að þau gögn „*tengjast ekki því frummati sem lýst er í AII. Annars vegar er um að ræða gögn tengd störfum [ráðgjafi Samkeppniseftirlitsins] að rannsókn málsins og hins vegar gögn um samskipti Samkeppniseftirlitsins og lögreglu á grundvelli 42. gr. samkeppnislaga.*“ Kom síðan fram að í samræmi við úrskurð í máli nr. 3/2019 hefði Samkeppniseftirlitið tekið fyrir að nýju beiðni Eimskips um aðgang að þessum gögnum. Sá frestur sem tilkynnt var um í bréfi Samkeppniseftirlitsins 30. apríl 2020 ætti þess vegna ekki við um rétt Eimskips til að tjá sig um umrædd gögn kæmi til þess að fyrirtækinu yrði veittur aðgangur að þeim. Kæmi til þess yrði Eimskip veittur hæfilegur frestur til að tjá sig um þau.

2.16.1.3. Athugasemdir Eimskips við AII

244. Þann 15. júní 2020 bárust athugasemdir Eimskips við AII. Voru þær 200 bls. og með fylgdu 21 fylgiskjöl.
245. Í inngangi segir að Eimskip hafni því mati Samkeppniseftirlitsins að fyrirtækið hefði gerst brotlegt við 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins með þeirri háttsemi sem lýst væri í AII.
246. Í bréfi Eimskips, sem einnig er dags. 15. júní 2020, var gerð athugasemd við að Samkeppniseftirlitið hefði ekki veitt fyrirtækinu aðgang að gögnunum sem vörðuðu [ráðgjafi Samkeppniseftirlitsins] og samskipti við lögreglu.

2.16.2. Viðbrögð Samskipa

247. Sem fyrr sagði voru Samskipum birt AII þann 13. desember 2019. Í fylgibréfi Samkeppniseftirlitsins var fjallað um frest til að koma að athugasemdum við bæði AI og AII.
248. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins kom fram að Samskip hefðu „*haft verulegan tíma til þess að kynna sér efni AI. Kjósi Samskip að tjá sig um efni AI skulu athugasemdir þar að lútandi berast Samkeppniseftirlitinu eigi síðar en 1. febrúar 2020.*“ Frestur til að koma athugasemdum við AII var veittur til 1. apríl 2020.
249. Samskip sendu þann 15. janúar 2020 bréf til Samkeppniseftirlitsins. Í því var málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins tengd afhendingu gagna vegna AI gagnrýnd. Einnig kemur fram að Samskip hefðu á árinu 2018 gert Samkeppniseftirlitinu grein fyrir því að fyrirtækinu hefði verið ófært að fjalla sjálfstætt um atvik sem lýst hefði verið í AI. Í bréfinu kemur fram að Samskip hygðust ekki tjá sig sérstaklega um AI. Af bréfinu má ráða að afstaða Samskipa byggði á eftirfarandi:
- AII taki til sama tímabils og AI og fjalli að stórum hluta um sömu „*atburði og viðskipti*“ og AI.
 - Í AII vísi Samkeppniseftirlitið „*endurtekið milli skjalanna tveggja um fjölmörg atvik sem reifuð eru í báðum hlutum andmælskjalsins, oft með ólíkum hætti þó og í mismunandi samhengi.*“
 - Samskip hafi ekki enn fengið í hendur gögn vegna AII.
250. Fóru Samskip fram á það að fá a.m.k. sex mánaða frest til að koma að sjónarmiðum og skyldi sá frestur byrja að líða þegar gögn vegna AII hefðu verið afhent.
251. Samkeppniseftirlitið svaraði Samskipum þann 27. janúar 2020. Í bréfi eftirlitsins var fjallað um gagnrýni Samskipa og þetta tekið fram: „*Í ljósi framangreinds er ekki unnt að fallast á það með*



Samskipum að fyrirtækinu hafi ekki verið fært að setja fram sjónarmið við AI. Samkeppniseftirlitið telur þvert á móti blasa við að Samskipum hafi verið í lófa lagið að setja fram á árinu 2018 sjónarmið um mikilvæga efnisþætti í AI og flýta þannig fyrir meðferð málsins. Eftirlitinu er hins vegar ekki ljóst af hverju Samskip kusu að gera það ekki. [...]

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að AI og AII fjalli að stórum hluta um sömu atvik. Efnistökin í skjölunum eru í samræmi við það sem boðað var í mgr. 7 – 12 í AI. Eins og skjölin bera með sér er í AI lögð megináhersla á atvik á árinu 2008 sem að frummati Samkeppniseftirlitsins sýna að á því ári hafi komist á alvarlegt samráð milli Eimskips og Samskipa. Einnig er fjallað um tiltekin atvik á árunum 2009 -2013 sem sýna framkvæmd á hinu ætlaða samráði. Þá er í AI fjallað um markaði málsins og stöðu fyrirtækja á þeim. Í AII er hins vegar lögð megináhersla á atvik á árunum 2009 – 2013 og færð frekari rök fyrir því frummati að ætlað samráð hafi verið í framkvæmd á þeim tíma. Einnig er í AII fjallað um atvik sem gefa til kynna að ætlað samráð hafi verið enn umfangsmeira en áður var talið, sbr. t.d. umfjöllun um ætlað gámasamráð. Þá er í AII fjallað um ætluð brot á 19. gr. samkeppnislaga, auk fleiri atriða sem ekki er að finna í AI. Til þess að forðast endurtekningar og til þess að stuðla að gleggri umfjöllun er í AII vísað með skýrum hætti til tiltekkinnar umfjöllunar í AI. Ekki fæst séð að það verklag sé gagnrýnisvert eða geri Samskipum erfiðara en ella að tjá sig.

Samkeppniseftirlitið er því enn eindregið þeirrar skoðunar að Samskip hafi verið og séu enn fær um að tjá sig um AI áður en fyrirtækið tjáir sig um AII. Telji Samskip sig t.d. búa yfir gögnum eða sjónarmiðum sem að mati félagsins setji atvik á árinu 2008 í nýtt ljós er skorað á fyrirtækið að setja þau sem fyrst fram til þess að stuðla að hraðari málsmeðferð en ella."

252. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um beiðni Samskipa vegna aukins frests var þessi: „Í ljósi alls framangreinds er frestur Samskipa til þess að koma að sjónarmiðum við AI framlengdur til 15. mars nk. Tekur þessi frestur til umfjöllunar í köflum I – X í AI.

Ef Samskip telja enn nauðsynlegt að fjalla um kafla XI – XIII í AI (atvik á árunum 2009 - 2013) í tengslum við umfjöllun um atvik sem lýst er í AII er veittur sami frestur til þess og gildir um AII (15. maí 2020). Hið sama á við um kafla XIV í AI. Eftir sem áður er skorað á Samskip að setja sem fyrst fram sjónarmið um AI til þess að stuðla að hraðari málsmeðferð en ella.

Frestur til að koma að sjónarmiðum við AII er framlengdur til 15. maí 2020."

253. Samskip sendu þann 21. febrúar 2020 bréf til Samkeppniseftirlitsins. Þar kemur fram að fyrirtækið teldi „augljóst ekki komi til álita að skila athugasemdum við andmælaskjalið í tveimur hlutum." Andmælaréttur Samskipa tæki til málsins í heild sinni og fyrirtækið yrði ekki knúið til að skila athugasemdum við AI fyrir 15. mars 2020 með þeim afleiðingum að Samkeppniseftirlitinu yrði ekki skylt að líta til athugasemda sem bærust eftir það tímamark. Var og í bréfinu ítrekað að Samskip myndu skila athugasemdum við AI og AII í einu lagi eigi síðar en 15. maí 2020.

254. Samskip sendu tölvubréf til Samkeppniseftirlitsins þann 23. mars 2020. Var þar vísað til aðstæðna sem uppi væru vegna Covid-19. Segir að eins og „mál standa nú er gert ráð fyrir að félögin skili athugasemdum við andmælaskjal eigi síðar en 15. maí nk. Þótt umbjóðandi minn stefni enn á að skila athugasemdum fyrir tilskilin tímamörk þá er margt sem bendir til þess að það muni reynast erfitt eða ógerlegt." Jafnframt kemur fram að ef „á reynir, þá vonast umbjóðandi minn til þess að tillit verði tekið til þessara aðstæðna og fullnægjandi svigrúm veitt til að koma á framfæri athugasemdum við andmælaskjalið. Á þessu stigi er erfitt að segja til um þróun mála næstu vikurnar en sem fyrr segir mun umbjóðandi minn leggja á það áherslu að vinna að athugasemdunum eins og aðstæður leyfa og stefna að skilum fyrir 15. maí nk. Umbjóðandi minn taldi hins vegar rétt að gera grein fyrir stöðunni á þessu stigi."

255. Vegna þessa sendi Samkeppniseftirlitið þann 6. apríl 2020 bréf til Samskipa. Í því var rifjað upp að eftirlitið hefði ítrekað skorað á Samskip að koma á framfæri sjónarmiðum fyrirtækisins um AI og ítrekað hefðu verið veittir viðbótarfrestir í því sambandi. Samskip hefðu hins vegar ekki orðið við



þessu. Lýsti Samkeppniseftirlitið yfir vonbrigðum vegna þessa viðhorfs Samskipa en ljóst væri að þetta hefði leitt til tafa á meðferð málsins. Í bréfinu var einnig bent að miklu skipti að Samskip hefðu, áður en Covid-19 kom upp, þegar haft mjög rúman tíma til að undirbúa og koma á framfæri sjónarmiðum um frumniðurstöður eftirlitsins. Einnig væri skylt að horfa til 9. gr. stjórnsýslulaga. Voru Samskip upplýst um að Samkeppniseftirlitið myndi m.a. horfa til þessara atriða kæmi til þess að Samskip óskuðu eftir viðbótarfresti.

256. Með bréfi, dags. 20. apríl 2020, óskuðu Samskip eftir viðbótarfresti til 1. júlí 2020 til að koma á framfæri athugasemdum við frumniðurstöður eftirlitsins. Í bréfinu kemur fram að vinna við athugasemdirnar sé nú langt komin en heimsfaraldur vegna Covid-19 veirunnar hefði leitt til tafa á verkinu.
257. Í svari Samkeppniseftirlitsins frá 6. maí 2020 kom þetta fram vegna beiðni Samskipa um aukin frest: *„Við mat á beiðninni telur Samkeppniseftirlitið rétt að líta til þess að umbjóðendur yðar fengu AI afhent þann 6. júní 2018 og hafa haft aðgang að þeim gögnum sem það byggir á frá 20. september sama ár. Þá fengu umbjóðendur yðar All afhent þann 13. desember 2019 og hafa haft aðgang að þeim gögnum sem það byggir á frá 31. janúar sl. Í samskiptum yðar við Samkeppniseftirlitið hefur ítrekað komið fram að þrátt fyrir þá fresti sem eftirlitið veitti umbjóðendum yðar til að skila athugasemdum við AI hyggjast umbjóðendur yðar skila athugasemdum við AI og All í einu lagi. Af því tilefni hefur Samkeppniseftirlitið áréttað þá afstöðu sína að það verklag sé til þess fallið að tefja úrlausn málsins, sbr. m.a. bréf Samkeppniseftirlitsins til yðar, dags. 27. janúar 2020 og 6. apríl sama ár.“*
258. Var síðan bent á að Samskipum hafi nú þegar verið veittir ríflegir frestir til að gera athugasemdir við AI og AII. Með vísan til sjónarmiða Samskipa um Covid-19 var hins vegar fallist á að veita viðbótarfrest til 15. júní 2020. Hann var síðan að beiðni Samskipa framlengdur til 19. júní 2020, sbr. tölvupóstur Samskipa frá 2. júní og svar Samkeppniseftirlitsins 4. júní 2020.

2.16.2.1. Athugasemdir Samskipa við AI og AII

259. Þann 12. júní 2020 bárust Samkeppniseftirlitinu athugasemdir Samskipa við AI. Voru þær samtals 477 blaðsíður að lengd en auk þess voru lögð fram átta fylgiskjöl með athugasemdunum.
260. Þann 19. júní 2020 bárust athugasemdir Samskipa við AII, alls 441 blaðsíður að lengd ásamt sjö fylgiskjöllum.
261. Kemur fram í athugasemdunum að Samskip hafni alfarið því mati Samkeppniseftirlitsins að fyrirtækið hefði gerst brotlegt við 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins með þeirri háttsemi sem lýst væri í AI og AII. Fjallað verður um sjónarmið Samskipa í umfjöllun um einstaka þætti málsins.

2.16.2.2. Samskip taka sér frest

262. Í bréfi Samskipa frá 19. júní 2020, sem fylgdi með athugasemdum við AII, tilkynnti félagið eftirfarandi: *„Í athugasemdunum er einvörðungu tekist á við efnislega umfjöllun Samkeppniseftirlitsins. Umbjóðandi minn hyggst koma á framfæri sjálfstæðum athugasemdum við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins, eftir því sem tilefni er til, og ályktunum um ætluð brot gegn 19. gr. samkeppnislaga og XV. kafla almennra hegningarlaga. Þá mun umbjóðandi minn ennfremur skila stuttri samantekt um helstu niðurstöður þeirra athugasemda sem afhentar hafa verið Samkeppniseftirlitinu.*

Umbjóðandi minn væntir þess að þessi gögn verði afhent Samkeppniseftirlitinu innan tveggja vikna.“

263. Vegna framangreinds sendi Samkeppniseftirlitið bréf til Samskipa, dags. 2. júlí 2020. Þar var rífað upp að í beiðni Samskipa frá 2. júní 2020 um aukinn frest hefði komið fram að Samkeppniseftirlitið hefði áður veitt fyrirtækinu lokafrest til 15. júní 2020, til að koma á framfæri athugasemdum, en sá viðbótarfrestur hefði verið veittur m.a. vegna Covid-19. Hefði síðan verið sagt í beiðninni að Samskip



sæju ekki fram á annað en að lokafrágangur athugasemdanna myndi dragast lítillega fram yfir umræddan viðbótarfrest. Þetta myndi þá þýða að „endanleg skil“ færu nokkra daga fram yfir tilskilin tímamörk. Í ljósi þessa hefði Samkeppniseftirlitið veitt viðbótarfrest til 19. júní 2020.

264. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 2. júlí 2020 sagði síðan að Samskip hefðu ekki óskað eftir frekari fresti. Þrátt fyrir þetta hefðu Samskip boðað í bréfinu frá 19. júní 2020 að fyrirtækið myndi leggja fram frekari athugasemdir við AII og það yrði væntanlega gert innan tveggja vikna. Var athygli Samskipa vakin á því á því að í 1. mgr. 18. gr. stjórn-sýslulaga væri kveðið á um að stjórnvaldi væri heimilt að setja málsaðila ákveðinn frest til að kynna sér gögn og tjá sig um mál, sbr. einnig 13. gr. laganna og 3. mgr. 17. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Tók Samkeppniseftirlitið fram að frestir til að setja fram athugasemdir við AI og AII væru liðnir og benti á að ef athugasemdir málsaðila bærust eftir að veittur frestur væri liðinn væri eftirlitinu ekki skylt að hafa hliðsjón af þeim við afgreiðslu málsins, sbr. 3. mgr. 13. gr. reglna nr. 880/2005.
265. Þann 31. ágúst 2020 sendu Samskip bréf til Samkeppniseftirlitsins. Samkvæmt bréfinu fylgdu því annars vegar samantekt á þeim efnislegu athugasemdum sem Samskip hefðu áður lagt fram í málinu og hins vegar athugasemdir fyrirtækisins við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins og ályktanir í AII um ætluð brot þeirra gegn 19. gr. samkeppnislaga og XV. kafla almennra hegningarlaga. Í bréfinu var tekið fram að Samskip áskildu sér rétt til þess að koma á framfæri „ítarlegri“ athugasemdum ef tilefni gæfist til þess.
266. Sökum þessa sendi Samkeppniseftirlitið þann 11. september 2020 bréf til Samskipa. Þar kom þetta fram: „Eins og lýst er í bréfi Samkeppniseftirlitsins til yðar, dags. 2. júlí 2020, fengu umbjóðendur yðar lokafrest til 19. júní sama ár til að tjá sig um tiltekna þætti í AI annars vegar og AII hins vegar. Umbjóðendur yðar höfðu þá haft AI til umfjöllunar í yfir tvö ár og AII í yfir hálf ár og frestur þeirra til að tjá sig ítrekað verið framlengdur. Athugasemdir umbjóðenda yðar bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfum yðar, dags. 12. og 19. júní 2020. Í síðara bréfinu boðuðuð þér að umbjóðendur yðar hygðust leggja fram enn frekari athugasemdir við AII, þ.e. um málsmeðferð og ályktanir Samkeppniseftirlitsins um brot gegn 19. gr. samkeppnislaga og XV. kafla almennra hegningarlaga, og tókuð fram að þeirra væri að vænta innan tveggja vikna. Engar athugasemdir bárust þó innan hins tilgreinda tíma.“ Nú hefðu Samskip hins vegar sent Samkeppniseftirlitinu athugasemdir um tíu vikum frá lokum þess frests sem fyrirtækinu hefði verið veittur.
267. Einnig sagði í bréfinu að Samkeppniseftirlitið hefði ávallt tekið beiðnir Samskipa um viðbótarfresti til tilhlýðilegrar meðferðar. Á hinn bóginn hefðu veittir frestir ekki verið virtir af fyrirtækinu. Eðli málsins samkvæmt hefði það valdið töfum á meðferð málsins. Athygli Samskipa var aftur vakin á því að ekki væri sjálfgefið að Samkeppniseftirlitið myndi horfa til athugasemda sem bærust eftir að frestur væri liðinn.

2.17. Frekari málsmeðferð á árunum 2020 - 2021

268. Í tengslum við birtingu AII óskaði Samkeppniseftirlitið eftir frekari gögnum frá Eimskip og Samskipum. Var m.a. óskað eftir upplýsingum um veltu fyrirtækjanna og um yfirstandandi samstarf þeirra.
269. Eimskip svaraði þessari beiðni um upplýsingar 3. febrúar 2020 og Samskip svöruðu 7. febrúar 2020.

2.17.1. Samskip og Eimskip gefið færi að tjá sig um gögn frá lögreglu

270. Þann 23. nóvember 2020 sendi Samkeppniseftirlitið bréf til Eimskips og Samskipa (34 bls.). Var athygli fyrirtækjanna vakin á því að eftirlitinu hefði borist endurrit af skýrslum sem teknar voru hjá lögreglu af sakborningum í sakamálinu sem er rannsakað vegna aðkomu einstaklinga að ætluðu ólögumætu samráði Eimskips og Samskipa. Var um að ræða endurrit af skýrslum sem teknar voru af m.a. fyrrverandi forstjórum fyrirtækjanna.



271. Í bréfinu er rökstutt að efni endurritanna styðji það heildarfrummat Samkeppniseftirlitsins að Eimskip og Samskip hafi gerst sek um alvarleg samráðsbrot. Voru endurritin ásamt öðrum gögnum (samtals um 1000 bls.) afhent fyrirtækjunum og þeim boðið að tjá sig um þau og efni bréfs Samkeppniseftirlitsins.
272. Sjónarmið Eimskips vegna þessa bárust með bréfi frá 14. desember 2020 (2 bls.) og sjónarmið Samskipa með bréfi frá 13. janúar 2021 (39 bls.).
273. Í bréfi Samskipa eru gerðar margvíslegar athugasemdir við efnislega umfjöllun Samkeppniseftirlitsins og málsmeðferð.
274. Í umfjöllun um efni málsins er vikið að þeim sjónarmiðum sem Samskip hafa sett fram um sönnunargögn þess. Í kafla 24 er fjallað um sjónarmið Samskipa sem tengjast málsmeðferð.

2.17.2. Bréf Samskipa til stjórnar Samkeppniseftirlitsins og ráðherra samkeppnismála

275. Þann 19. maí 2021 sendu Samskip bréf (13 bls.) til stjórnar Samkeppniseftirlitsins. Afrit af bréfinu var sent til ráðherra samkeppnismála.
276. Í bréfinu er vísað til rannsóknar Samkeppniseftirlitsins á ætluðum samráðsbrotum Samskipa og Eimskips. Er sagt að stjórninni beri að fylgjast með starfsemi Samkeppniseftirlitsins og að bera eigi meiriháttar ákvarðanir eftirlitsins undir stjórn til samþykktar eða synjunar. Með vísan til þessa og verulegra meinbuga á málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins vilji Samskip koma tilteknum athugasemdum á framfæri. Meðfylgjandi bréfinu var samantekt á athugasemdum Samskipa við AI og AII. Einnig fylgdi með framangreint bréf Samskipa frá 13. janúar 2021.
277. Í bréfinu eru gerðar fjölmargar athugasemdir við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins og umfjöllun þess um efni málsins í AI og AII. Er í aðalatriðum um að ræða sjónarmið sem Samskip hafa áður sett fram á fyrri stigum málsins.
278. Í umfjöllun um efni málsins er vikið að þeim sjónarmiðum sem Samskip hafa sett fram um sönnunargögn þess. Í kafla 24 er fjallað um sjónarmið Samskipa sem tengjast málsmeðferð.

2.18. Eimskip gerir sátt við Samkeppniseftirlitið í júní 2021

279. 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 eftirfarandi yfirlýsingu:

„Samkeppniseftirlitið hefur haft til rannsóknar ætluð brot Eimskipafélags Íslands hf. (og tengdra félaga) og Samskipa hf. (og tengdra félaga) á 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 53. gr. EES-samningsins, sbr. 2. gr. laga nr. 2/1993. Megin rannsóknartímabilið eru árin 2008 – 2013. Einnig hafa ætluð brot á 19. gr. samkeppnislaga verið til rannsóknar.

Í 17. gr. f. samkeppnislaga segir að hafi fyrirtæki gerst brotlegt við ákvæði laganna sé Samkeppniseftirlitinu heimilt að ljúka málinu með sátt. Í sátt samkvæmt samkeppnislögum getur fallist að fyrirtæki viðurkenni brot, fallist á að greiða sekt og grípi til aðgerða til að efla samkeppni.

Eimskip hefur snúið sér til Samkeppniseftirlitsins og óskað eftir formlegum viðræðum um hvort unnt sé með vísan til 17. gr. f. samkeppnislaga að ljúka rannsókn eftirlitsins á brotum fyrirtækisins með sátt.

Samkeppniseftirlitið féllst á að hefja viðræður við Eimskip um hvort forsendur séu til þess að ljúka rannsókn á brotum fyrirtækisins með sátt.



Eimskip er ljóst að í sáttarviðræðunum er leitað leiða til að bregðast með fullnægjandi hætti við þeim aðgerðum Eimskips sem lýst er í andmælaskjölum Samkeppniseftirlitsins frá 6. júní 2018 og 13. desember 2019. Náist niðurstaða í sáttaviðræðunum mun það fela í sér endanlegar lyktir gagnvart Eimskipi á þeirri rannsókn og málsmeðferð sem lýst er í andmælaskjölum Samkeppniseftirlitsins."

280. Þar sem Eimskip er skráð á Kauphöll birti fyrirtækið opinberlega þessa yfirlýsingu þann 9. júní 2021. Samkeppniseftirlitið birti einnig yfirlýsinguna á heimasíðu sinni sama dag.²⁹

281. Þann 16. júní 2021 skrifuðu Eimskip og Samkeppniseftirlitið undir sátt. Í henni kemur m.a. þetta fram:

„Eimskipafélag Íslands hf. kt. 690406-0460, Sundabakka 2, 104 Reykjavík og tengd félög (hér eftir „Eimskip“) og Samkeppniseftirlitið hafa gert með sér eftirfarandi sátt í samræmi við 17. gr. f. samkeppnislaga nr. 44/2005, með síðari breytingum, og 22. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins.

Samkeppniseftirlitið hefur haft til rannsóknar ætluð brot Eimskips og Samskipa hf., Jóna Transport hf., Samskipa Holding BV og tengdra félaga (hér eftir „Samskip“) gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins, sbr. 2. gr. laga nr. 2/1993. Rannsóknin tekur til háttsemi fyrirtækjanna á mörkuðum fyrir sjóflutninga, landflutninga, flutningsmiðlun og tengda þjónustu. Megin rannsóknartímabilið eru árin 2008 – 2013 (hér eftir „rannsóknartímabilið“). Einnig hafa ætluð brot á 19. gr. samkeppnislaga verið til rannsóknar.

Eimskip viðurkennir að hafa átt í samskiptum og samstarfi við Samskip á rannsóknartímabilinu sem hafi falið í sér alvarleg brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins, sbr. 1. gr. þessarar sáttar. Einnig viðurkennir Eimskip að hafa brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga, sbr. 2. gr. sáttarinnar. Vegna framangreinds fellst Eimskip á að greiða stjórnvaldssekt, sbr. 4. gr. sáttarinnar."

282. Í 1. gr. sáttarinnar er fjallað nánar um samráðsbrotin sem Eimskip viðurkennir: *„Eimskip viðurkennir að hafa brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins með samfelldu samráði við Samskip á rannsóknartímabilinu. Með samráði er átt við samninga eða samstilltar aðgerðir í skilningi 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins.*

Nánar tiltekið er viðurkennt að alvarleg brot Eimskips gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins á rannsóknartímabilinu hafi falist í eftirfarandi aðgerðum sem gripið var til eftir fund með Samskipum 6. júní 2008, sbr. einnig „Nýtt upphaf“ glærुकynningu Eimskips frá 9. júní 2008:

1.1 *Samráð við Samskip á síðari hluta ársins 2008 um breytingar á siglingakerfum og takmörkun á flutningsgetu í sjóflutningum til og frá Íslandi.*

1.2 *Samráð við Samskip um skiptingu á mörkuðum eftir stærri viðskiptavinum í sjó- og landflutningum. Samráð þetta var umfangsminna á lokaári rannsóknartímabilsins (á árinu 2013).*

1.3 *Samráð við Samskip um álagningu gjalda og afsláttarkjör í flutningaþjónustu og um miðlun á mikilvægum verð- og viðskiptaupplýsingum. Samráð þetta var umfangsminna á lokaári rannsóknartímabilsins (á árinu 2013).*

1.4 *Samráð við Samskip um landflutningaþjónustu á flutningaleiðum á Íslandi og skiptingu á mörkuðum á tilteknum flutningaleiðum.*

²⁹ „Yfirlýsing vegna sáttarviðræðna við Eimskip“. Samkeppniseftirlitið. Aðgengilegt á slóð: <https://www.samkeppni.is/utgafa/frettir/yfirlýsing-vegna-sattarvidraedna-vid-eimskip>.



1.5 Samráð við Samskip um sjóflutninga milli Íslands og annarra Evrópulanda, um gagnkvæma leigu eða lán á gámum og aðrar aðgerðir sem miðuðu að því að raska samkeppni í flutningsþjónustu.

1.6 Samráð við Samskip um sjóflutninga milli Íslands og Norður-Ameríku þegar ekki var í gildi undanþága frá 10. gr. samkeppnislaga.

Eimskip viðurkennir einnig að tiltekið ólöglegt samráð við Samskip hafi verið fyrir hendi áður en fundur fyrirtækjanna 6. júní 2008 átti sér stað. Það samráð var hins vegar umfangsminna en samráðið sem hófst eftir umræddan fund. Tók það m.a. til landflutninga á Norðurlandi, gagnkvæmra sjóflutninga á grundvelli svonefnds „neyðarsamkomulags“ og samráðs um sjóflutninga milli Íslands og Norður-Ameríku þegar ekki var í gildi undanþága frá 10. gr. samkeppnislaga.“

283. Í 2. gr. sáttarinnar viðurkennir Eimskip „að hafa brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með því að hafa ekki veitt nauðsynlegar eða réttar upplýsingar eða afhent gögn í þágu rannsóknar Samkeppniseftirlitsins.“

284. Einnig skuldbindur Eimskip sig að grípa til aðgerða til að vinna gegn frekari brotum og efla samkeppni. Er þeim aðgerðum lýst í 3. gr. sáttarinnar. Af þessu leiðir m.a. að Eimskip skuldbindur sig að hætta öllu viðskiptalegu samstarfi við Samskip. Með þessu er komið í veg fyrir samvinnu þessara öflugra keppnauta sem getur, sem slík, haft í för með sér afar skaðleg áhrif. Jafnframt stuðlar þessi skuldbinding að sjálfstæði þessara keppnauta þar sem komið er í veg fyrir samvinnu sem reynslan sýnir að kallar á reglubundin samskipti þeirra. Til styðja við þetta skuldbindur Eimskip sig til þess að tryggja 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 keppnauta eða mögulega keppnauta sem eru til þess fallin að raska samkeppni“, sbr. lið 3.3 í 4. mgr. 3. gr. sáttarinnar. Í 3. gr. felst ekki fortakslaust bann við samstarfi Eimskips við Samskip. Eins og leiðir af lokamálslið 3. mgr. 3. gr. getur Eimskip reynt að rökstyðja að tiltekið samstarf sé þess eðlis að ekki sé hætt á því að það raski samkeppni við Samskip. Ef Eimskip tekst ekki sú sönnun gagnvart Samkeppniseftirlitinu felst í sáttinni að fyrirtækið annaðhvort hættir viðkomandi samstarfi eða hefur það ekki.

285. Í 4. gr. sáttarinnar kemur fram að vegna framangreindra brota á samkeppnislögum og 53. gr. EES-samningsins fallist Eimskip á að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 1.500.000.000 króna. Í 5. gr. sáttarinnar er m.a. tekið fram að með „undirritun sáttar þessarar telst því máli lokið sem lýtur að þeim brotum sem tilgreind eru í 1. og 2. gr. þessarar sáttar gagnvart Eimskip.“ Bæði Eimskip og Samkeppniseftirlitið birtu opinberlega umrædda sátt.³⁰

2.19. Samskip óska eftir sáttaviðræðum

286. Þann 15. júní 2021 sendi lögmaður Samskipa tölvupóst til Samkeppniseftirlitsins. Þar kom m.a. fram: „Í tilefni af fréttum liðinnar viku um sáttaviðræður milli Samkeppniseftirlitsins og Eimskips myndi ég vilja ná fundi með þér, eða eftir atvikum öðrum fulltrúum Samkeppniseftirlitsins, til umræðu um hvort og þá á hvaða forsendum slíkar viðræður gætu átt sér stað milli Samskipa og Samkeppniseftirlitsins.“

287. Samkeppniseftirlitið féllst á beiðni um fund og fór hann fram 18. júní 2021.

288. Þann 22. júní 2021 sendi lögmaðurinn tölvupóst til Samkeppniseftirlitsins. Þar kom fram að annar eiganda Samskipa (sem einnig situr í stjórn Samskipa Holding) óskaði eftir fundi til að ræða mögulegar sáttaviðræður. Fallist var á fundarbeiðnina og fór fundurinn fram 28. júní 2021.

³⁰ „Rannsókn Samkeppniseftirlitsins á brotum Eimskips lokið með sátt“. Samkeppniseftirlitið. Aðgengilegt á slóð: <https://www.samkeppni.is/utgafa/frettir/rannsokn-samkeppniseftirlitsins-a-brotum-eimskips-lokid-med-satt>.



289. Samkeppniseftirlitið átti annan fund með fulltrúa Samskipa og lögmanni fyrirtækisins 6. júlí 2021. Á þeim fundi féllst Samkeppniseftirlitið á að hefja formlegar sáttaviðræður við Samskip. Eftirlitið og Samskip undirrituðu eftirfarandi yfirlýsingu á fundinum:

„Samkeppniseftirlitið hefur haft til rannsóknar ætluð brot Eimskipafélags Íslands hf. (og tengdra féлага) og Samskipa hf., Jóna Transport hf., Samskipa Holding BV og tengdra fyrirtækja (hér eftir „Samskip“) gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 53. gr. EES-samningsins, sbr. 2. gr. laga nr. 2/1993. Megin rannsóknartímabilið eru árin 2008 – 2013. Einnig hafa ætluð brot á 19. gr. samkeppnislaga verið til rannsóknar.

Í 17. gr. f. samkeppnislaga segir að hafi fyrirtæki gerst brotlegt við ákvæði laganna sé Samkeppniseftirlitinu heimilt að ljúka málinu með sátt. Í sátt samkvæmt samkeppnislögum getur falist að fyrirtæki viðurkenni brot, fallist á að greiða sekt og grípi til aðgerða til að efla samkeppni.

Rannsókn Samkeppniseftirlitsins á brotum Eimskips lauk með gerð sáttar sem fyrirtækið undirritaði þann 16. júní 2021.

Samskip hafa snúið sér til Samkeppniseftirlitsins og óskað eftir formlegum viðræðum um hvort unnt sé með vísan til 17. gr. f. samkeppnislaga að ljúka rannsókn eftirlitsins á ætluðum brotum fyrirtækisins með sátt.

Samkeppniseftirlitið fellst á að hefja viðræður við Samskip um hvort forsendur séu til þess að ljúka rannsókn á brotum fyrirtækisins með sátt.

Samskipum er ljóst að í sáttarviðræðunum er leitað leiða til að bregðast með fullnægjandi hætti við þeim aðgerðum Samskipa sem lýst er í andmæslaskjölum Samkeppniseftirlitsins frá 6. júní 2018 og 13. desember 2019. Náist niðurstaða í sáttaviðræðunum mun það fela í sér endanlegar lyktir gagnvart Samskipum á þeirri rannsókn og málsmeðferð sem lýst er í andmæslaskjölum Samkeppniseftirlitsins.“

290. Eftir undirritun yfirlýsingarinnar hófust sáttaviðræður á fundinum 6. júlí 2021. Frekari sáttaviðræður áttu sér stað á fundum 8. og 13. júlí 2021. Annar sáttafundur var haldinn 20. júlí 2021. Auk framangreinds fulltrúa Samskipa og lögmanns fyrirtækisins sat þann fund fjármálastjóri Samskipa Holding.

291. Viðræður áttu sér aftur stað 26. júlí 2021. Kom þá í ljós að ólíklegt væri að þær myndu skila niðurstöðu sem að mati Samkeppniseftirlitsins fæli í sér fullnægjandi lyktir málsins. Sendi Samkeppniseftirlitið bréf til Samskipa vegna þessa, dags. 28. júlí 2021. Þar var vísað til framangreindra samskipta og þetta tekið fram:

„Í viðræðum þann 26. júlí sl. kom í ljós að ólíklegt væri að þær myndu skila niðurstöðu sem Samskip sættu sig við og Samkeppniseftirlitið teldi fullnægjandi. Var sá skilningur staðfestur með tölvupósti lögmanns Samskipa til Samkeppniseftirlitsins, dags. sama dag.

Í ljósi þessa er lokið hinum formlegu sáttaviðræðum. Rannsókn Samkeppniseftirlitsins á ætluðum brotum Samskipa er áframhaldið í hefðbundinni stjórnsýslumeðferð.“

2.20. Kæra Samskipa til áfrýjunarnefndar samkeppnismála í júlí 2021

292. Þann 13. júlí 2021 beindu Samskip kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála (mál nr. 1/2021). Krafðist Samskip þess að 3. mgr. 3. gr. sáttar Eimskips við Samkeppniseftirlitið yrði felld úr gildi.

293. Samkeppniseftirlitið skilaði greinargerð til áfrýjunarnefndar samkeppnismála 29. júlí 2021 ásamt fylgiskjölum. Krafðist eftirlitið aðallega frávísunar á kæru Samskipa en til fara að kröfum fyrirtækisins yrði hafnað.



294. Þann 3. ágúst 2021 gaf áfrýjunarnefnd samkeppnismála Eimskip kost á að koma á framfæri athugasemdum og sjónarmiðum ef tilefni væri til vegna málsins.
295. Eimskip lagði fram umsögn um málið þann 11. ágúst 2021. Að mati Eimskips taldi fyrirtækið rétt að fallast á kröfur Samkeppniseftirlitsins í málinu.
296. Samskip setti fram athugasemdir um greinargerð Samkeppniseftirlitsins 13. ágúst 2021.
297. Þann 25. ágúst 2021 sendi Samkeppniseftirlitið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sjónarmið eftirlitsins vegna áðurnefndra athugasemda Samskipa frá 13. ágúst sama ár.
298. Þann 3. desember 2021 úrskurðaði áfrýjunarnefnd samkeppnismála í umræddu máli. Þar var kæru Samskipa vísað frá þar sem áfrýjunarnefndin taldi að Samskip hefðu ekki kærúaðild. Samskip hefðu þannig ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins fyrir áfrýjunarnefnd, hvorki varðandi ákvæði 3. mgr. 3. gr. sáttarinnar né sáttina í heild. Grundvallaðist niðurstaðan m.a. á því að rannsókn gagnvart Samskipum væri enn ólokið.

2.21. Frekari málsmeðferð frá árinu 2022 fram að ákvörðun þessari

2.21.1. Samskipum gefið frekara færi á að tjá sig um efni málsins

299. Þann 4. maí 2022 sendi Samkeppniseftirlitið Samskipum bréf (20 bls.) með vísan til athugasemda fyrirtækisins við AI og AII og viðbótarsjónarmiða sem bárust eftirlitinu með bréfum, dags. 31. ágúst 2020 og 13. janúar 2021. Í bréfinu Samkeppniseftirlitsins kom fram að áframhaldandi rannsókn málsins, sem hefði m.a. farið fram með hliðsjón af framangreindum athugasemdum og viðbótarsjónarmiðum Samskipa, hefði kallað á frekari skoðun þeirra gagna sem afhent hefðu verið eða aflað við rannsókn málsins.
300. Var Samskipum með bréfinu veittur aðgangur að viðbótargögnum sem Samkeppniseftirlitið taldi upplýsa nánar um atvik eða styðja frummat eftirlitsins um aðallega ætlað ólögmeitt samféllt samráð Samskipa og Eimskips frá miðju ári 2008 og út rannsóknartímabil málsins.
301. Sjónarmið Samskipa (42 bls.) við bréfinu bárust þann 13. júní 2022. Í bréfinu er því haldið fram að umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um viðkomandi gögn sé ófullnægjandi og Samskipum þ.a.l. gert nær ómögulegt að koma á framfæri andmælum. Síðan setja Samskip fram ítarlegar athugasemdir við umfjöllun í bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 4. maí 2022 og mótmæla því að viðkomandi gögn styðji niðurstöðu um ólögmeitt samráð fyrirtækisins við Eimskip.
302. Samskip fjalla einnig um sátt Samkeppniseftirlitsins við Eimskip. Kemur fram í bréfinu að sáttin breyti engu um afstöðu Samskipa til málsins. Byggja Samskip á því að Eimskip hafi „*keypt sig*“ frá málinu. Um hafi verið að ræða „*taktíska*“ rekstralega ákvörðun sem hafi verið til hagsbóta fyrir Eimskip, m.a. með því að „*varpa rangri sök*“ á Samskip. Með þessu hafi Eimskip veikt helsta keppinaut sinn og stuðlað að enn auknum yfirburðum fyrirtækisins á flutningamörkuðum.
303. Þann 18. júlí 2022 sendi Samkeppniseftirlitið Samskipum bréf (14 bls.) vegna rannsóknar málsins. Í bréfinu er vísað til staðhæfinga í bréfi Samskipa frá 13. júní 2022 um að fyrirtækið hafi ekki getað nýtt sér andmælarétt sinn. Er í bréfinu rökstutt að í málinu hafi andmælaréttur Samskipa verið virtur til hins ýtrasta. Sökum sjónarmiða í umræddu bréfi Samskipa hafi Samkeppniseftirlitið hins vegar ákveðið, umfram skyldu, að fjalla nánar um tiltekin atvik og gögn sem lýst hafi verið í bréfi eftirlitsins frá 4. maí 2022. Auk þessa voru fimm ný gögn kynnt fyrir Samskipum. Var Samskipum gefið færi að tjá sig um þetta.
304. Sjónarmið Samskipa (15 bls.) bárust þann 31. ágúst 2022. Byggja Samskip á því að málsmeðferð og rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi verið ófullnægjandi. Er í því sambandi vísað m.a. til andmælaréttar fyrirtækisins og rannsóknar- og hlutlægnisskyldu eftirlitsins. Einnig setja Samskip fram ítarlegar athugasemdir við umfjöllun Samkeppniseftirlitsins í bréfinu frá 18. júlí 2022 og



mótmælir fyrirtækið því að viðkomandi gögn styðji niðurstöðu um ólöglegt samráð þess við Eimskip.

305. Þann 14. mars 2023 sendi Samkeppniseftirlitið Samskipum bréf (8 bls.) vegna rannsóknar málsins. Var Samskipum með bréfinu veittur aðgangur að tilteknum gögnum og gefið færi á tjá sig um þau og um efni bréfs Samkeppniseftirlitsins. Samkvæmt gagnalista í bréfinu var um að ræða 27 viðbótargögn.
306. Sjónarmið Samskipa (13 bls.) bárust þann 24. mars 2023. Í bréfinu er því haldið fram að umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um viðkomandi gögn sé ófullnægjandi og Samskipum þ.a.l. gert nær ómögulegt að koma á framfæri andmælum. Síðan setja Samskip fram ítarlegar athugasemdir við umfjöllun Samkeppniseftirlitsins í bréfinu frá 14. mars 2023.
307. Í umfjöllun um efni málsins er vikið að þeim sjónarmiðum sem Samskip hafa sett fram um sönnunargögn þess.

2.21.2. Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 18. nóvember 2022

308. Sem áður sagði beindu Samskip þann 13. júlí 2021 kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Krafðist Samskip þess að 3. mgr. 3. gr. sáttar Eimskips við Samkeppniseftirlitið yrði felld úr gildi. Þann 3. desember 2021 úrskurðaði áfrýjunarnefnd í máli nr. 1/2021. Var kæru Samskipa vísað frá þar sem áfrýjunarnefndin taldi að Samskip hefðu ekki kærúaðild. Samskip hefðu þannig ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins fyrir áfrýjunarnefnd, hvorki varðandi ákvæði 3. mgr. 3. gr. sáttarinnar né sáttina í heild.
309. Samskip höfðuðu í kjölfarið mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur þar sem fyrirtækið krafðist þess að úrskurður áfrýjunarnefndar yrði felldur úr gildi. Með dómi 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.
310. Að fengnu áfrýjunarleyfi Landsréttar áfrýjaði Samkeppniseftirlitið dómi Héraðsdóms Reykjavíkur til réttarins. Bíður málið nú málf lutnings.

2.22. Athugasemdir Samskipa við málsmeðferð

311. Við meðferð þessa máls hafa Samskip sett fram sjónarmið og athugasemdir við ýmsa þætti í rannsókn málsins.
312. Hér ber fyrst að líta til þess að Samskip hafa gert athugasemd við að birt hafi verið tvö andmælaskjöl í málinu.
313. Í mgr. 1708 í athugasemdum Samskipa við AI er staðhæft að meðferð málsins hafi ekki verið í samræmi við kröfur 9. gr. stjórnslulaga um málshraða. Í þessu samhengi er staðhæft að kærur fyrirtækisins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, umboðsmanns Alþingis og dómstóla réttlæti hafi ekki tafið meðferð málsins. Í umsögn Samskipa frá 31. ágúst 2020 eru einnig gerðar athugasemdir við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins og rannsókn þess sögð ólöglegt.
314. Í bréfum Samskipa frá 13. janúar 2021, 19. maí 2021, 13. júní 2022 og 31. ágúst 2022 eru einnig gerðar ýmsar athugasemdir við málsmeðferð og rannsókn Samkeppniseftirlitsins. Staðhæft er að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn hlutlægnisskyldu, rannsóknarreglunni og ekki virt andmælarétt Samskipa. Í bréfunum er mótmælt umfjöllun eftirlitsins um skýrslur sem lögregla tók af sakborningum í sakamálinu sem er rannsakað vegna aðkomu einstaklinga að ætluðu ólöglegu samráði Eimskips og Samskipa. Til viðbótar eru gerðar athugasemdir við sátt Eimskips og Samkeppniseftirlitsins.



315. Þá var málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins gagnrýnd í þeim dómsmálum sem Eimskip höfðaði gegn Samkeppniseftirlitinu, sbr. umfjöllun hér að framan. Voru þessi dómsmál höfðuð annars vegar á grundvelli laga um meðferð sakamála og hins vegar laga um meðferð einkamála. Í málunum gerði Eimskip kröfu um að rannsókn Samkeppniseftirlitsins yrði úrskurðuð eða dæmd ólögmet og að henni skyldi hætt. Kröfuna byggði Eimskip m.a. á því að málsmeðferð og rannsókn Samkeppniseftirlitsins hefði verið alvarlega ábótavant. Hélt Eimskip m.a. þessu fram:
- Að rannsókn málsins hefði dregist úr hömlu;
 - Að málið hefði verið fellt niður af Samkeppniseftirlitinu og áframhaldandi rannsókn málsins bryti gegn banni við endurtekinni málsmeðferð;
 - Að tiltekinn starfsmaður Samkeppniseftirlitsins sem annaðist rannsóknina hefði, auk forstjóra Samkeppniseftirlitsins, verið vanhæfur;
 - Að rannsókn Samkeppniseftirlitsins byggði á ólögmetum húsleitum, haldlagningu gagna og eftirfarandi rannsókn þeirra;
 - Að rannsókn Samkeppniseftirlitsins hefði brotið með svo alvarlegum hætti gegn grundvallarréttindum Eimskips að rannsóknina bæri að stöðva;
 - Að ætluð brot Eimskips sem rannsóknin beindist að væru fyrnd;
 - Að rannsókninni hefði verið beint að röngum aðila.
316. Í október 2019 tóku dómstólar afstöðu til málsins sem Eimskip báru undir dómstóla á grundvelli 102. gr. laga um meðferð sakamála. Með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur 10. október 2019 var fallist á kröfu Samkeppniseftirlitsins um að vísa kröfu Eimskips frá héraðsdómi. Með úrskurði Landsréttar 24. október 2019 var úrskurður héraðsdóms staðfestur. Í úrskurði Landsréttar segir að Eimskip eigi „*þess kost að láta síðar reyna á lögmæti rannsóknarinnar með öðrum hætti*“. Í kjölfarið setti Eimskip fram samskonar kröfu í einkamáli á hendur Samkeppniseftirlitinu, sbr. einkamál sem fyrirtækið höfðaði 19. nóvember 2019. Eimskip féll síðan frá því máli, sbr. úrskurð Héraðsdóms Reykjavíkur 30. apríl 2020. Í júní 2021 gerði Eimskip síðan sátt við Samkeppniseftirlitið um lyktir málsins og féll þar með frá fyrri athugasemdum um efnislega niðurstöðu málsins, sem og meðferð þess.
317. Eins og nánar verður gerð grein fyrir getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á framangreind sjónarmið Samskipa um málsmeðferð og rannsókn eftirlitsins. Telur Samkeppniseftirlitið að málsmeðferð og rannsókn þess hafi verið vönduð og í samræmi við kröfur laga. Þá getur eftirlitið ekki fallist á gagnrýni Samskipa á sáttina við Eimskip. Er nánar fjallað um þetta í kafla 24.



3. MARKAÐIR MÁLSINS OG STAÐA FYRIRTÆKJA

319. Samkeppniseftirlitið telur að markaðir þessa máls séu í aðalatriðum eftirfarandi:

- Áætlunarflutningar á sjó milli Íslands og Evrópu annars vegar og Íslands og Norður-Ameríku hins vegar.³¹
- Landflutningar á Íslandi.
- Flutningsmiðlun á Íslandi.

320. Í viðauka I er fjallað með ítarlegum hætti um skilgreiningu markaða og stöðu Eimskips og Samskipa á þeim mörkuðum. Einnig er þar m.a. gerð grein fyrir sjónarmiðum Samskipa að þessu leyti og lagt mat á þau. Í þessum kafla eru niðurstöður Samkeppniseftirlitsins dregnar saman, ásamt því að tiltekin samtímagögn um samkeppnisaðstæður eru reifuð.

321. Verður nú í aðalatriðum lýst stöðunni á þessum mörkuðum á rannsóknartímabilinu.

3.1. Sjóflutningar

322. Eimskip og Samskip hafa samanlagt lengi verið í yfirburðarstöðu í sjóflutningum til og frá Íslandi. Í „Skýrslu samkeppnisráðs um stjórnunar- og eignatengsl í íslensku atvinnulífi“ frá desember 1994 var hlutur Eimskips í sjóflutningum, skipt eftir veltu, árið 1993 talinn vera 65%, en hlutur Samskipa talinn vera 26%. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 13/1997, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn samkeppnisráði*, sagði:

„Ótvírætt er að fákeppni ríkir um vöruflutninga sjóleiðis til og frá Íslandi á þeim siglingaleiðum sem um ræðir í máli þessu [...]“.

323. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*, var komist að þeirri niðurstöðu að Eimskip væri í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir áætlunarflutninga á sjó til og frá landinu. Markaðshlutdeild Eimskips miðað við flutt magn var á rannsóknartímabili þess máls (árin 1999-2002) að jafnaði 75-80%, Samskipa 20-30% og Atlantsskipa 0-5%.

324. Á meginrannsóknartímabili þessa máls (árin 2008-2013) voru helstu keppinautar í áætlunarsiglingum til og frá Íslandi þessir:

- Eimskip sem bauð upp á flutninga með eigin skipum bæði til og frá Evrópu og til og frá Norður-Ameríku.
- Samskip sem buðu upp flutninga með eigin skipum til og frá Evrópu. Samskip buðu einnig upp á flutninga til og frá Norður-Ameríku. Var það gert með tvenns konar hætti. Annars vegar í samstarfi við Eimskip sem fólst í því að Samskip keyptu rými í skipi Eimskips sem sigldi milli Íslands og Norður-Ameríku. Hins vegar fluttu Samskip vörur til og frá Norður-Ameríku með viðkomu á meginlandi Evrópu (svonefndir „Trans Atlantic“ (TA) flutningar). Þ.e. með eigin skipum milli Íslands og Evrópu og með öðrum flutningsaðilum en Eimskip milli Evrópu og Norður-Ameríku.
- Atlantsskip sem bauð upp á flutninga með eigin skipum til og frá Evrópu. Um mitt ár 2008 hætti Atlantsskip rekstri eigin skipa og samdi um flutninga við Eimskip. Á árinu 2009 hætti Atlantsskip starfsemi.

³¹ Hér falla einnig undir þengdir þjónustubættir, sem eru órjúfanlegir þættir slíkrar flutningaþjónustu, s.s. vöruafgreiðsla ásamt útskipun og uppskipun.



- Í júlí 2008 tók gildi samningur Alcan í Straumsvík við norska skipafélagið Wilson um flutninga á áli til Rotterdam en Eimskip hafði annast þá flutninga áður. Íslenskt fyrirtæki, Thorship, bauð upp á almenna flutninga í skipum Wilson sem sigldu milli Straumsvíkur og Rotterdam.
- Blue Water Shipping (BWS) er danskt flutningafyrirtæki sem bauð upp á vöruflutninga til og frá Íslandi og til og frá Færeyjum. Í því skyni leigði það pláss í ferjunni Norrænu af Smyril Line. Var sú flutningastarfsemi rekin af félaginu Smyril Blue Water (SBW) sem var alfarið í eigu Blue Water Shipping. Er í þessu máli vísað til BWS og SBW í einu lagi sem BWS.

325. Markaðshlutdeild í sjóflutningum var í aðalatriðum eftirfarandi á rannsóknartímabili þessa máls:

- Sem fyrr sagði voru það aðeins Eimskip og Samskip sem buðu upp flutninga til og frá Norður-Ameríku á m.a. árunum 2008-2013. Í þessum flutningum voru því fyrirtækin samanlagt með 100% markaðshlutdeild. Á það bæði við um inn- og útflutning.
- Í sjóflutningum til og frá Evrópu var hlutdeild Samskipa og Eimskips þessi á árunum 2008 – 2013:
 - Í innflutningi til Íslands frá Evrópu var markaðshlutdeild Eimskips miðað við tekjur 60-65% og hlutdeild Samskipa var 35-40%.
 - Í útflutningi frá Íslandi til Evrópu var markaðshlutdeild Eimskips miðað við tekjur 55-65% og hlutdeild Samskipa 35-45%.
 - Sameiginleg hlutdeild Eimskips og Samskipa í þessum flutningum var því yfir 95%.
- Markaðshlutdeild Atlantsskipa í sjóflutningum til og frá Evrópu var um 5-7% á árinu 2008. Sem fyrr sagði hætti fyrirtækið rekstri á árinu 2009.
- Hlutdeild Thorship í flutningum milli Íslands og Evrópu var innan við 5%.
- Hlutdeild BWS í flutningum milli Íslands og Evrópu var innan við 5%.

326. Þessi markaðshlutdeild Eimskips og Samskipa í flutningum til og frá Íslandi jafnast nánast við það að um tvíkeppni hafi verið að ræða á árunum 2008 til 2013.

327. Í skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008, *Öflug uppbygging – Opnun markaða og efling atvinnustarfsemi*, var fjallað um aðgangshindranir að mörkuðum fyrir sjóflutninga til og frá landinu.³² Að mati Samkeppniseftirlitsins voru hendi miklar aðgangshindranir að viðkomandi mörkuðum á rannsóknartímabili þessa máls. Eins og fram kemur í kafla 3.4 hér á eftir kemur hið sama fram í samtímagögnum málsins.³³

3.2. Landflutningar

328. Í landflutningum hér á landi eru Eimskip og Samskip helstu keppinautarnir. Fyrirtækin sinna, hvort um sig, alhliða vöruflutningum með eigin flutningabílum á mikilvægum áætlunarleiðum hér á landi, s.s. á milli Reykjavíkur og Akureyrar (o.fl. áfangastaða á Norðurlandi), Reykjavíkur og Austurlands/Austfjarða og Reykjavíkur og norðanverðra Vestfjarða. Þá reka fyrirtækin stórar vöruafgreiðslur í Reykjavík og einnig víða á landsbyggðinni.

329. Eimskip og Samskip reka, hvort um sig, víðtæk flutninganet á sviði vöruflutningaaksturs sem tekur til alls landsins. Flutninganet Eimskips er undir merkjum „*Flytjanda*“ og net Samskipa var undir

³² Skýrslan var gefin út 27. nóvember 2008 og uppfærð 25. júní 2009.

³³ Til hliðsjónar má líta til þess á árunum 2014 – 2017 var markaðshlutdeild Eimskips (miðað við tekjur) í flutningum milli Íslands og Evrópu á bilinu 55–65% og Samskipa 30-40%, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 13/2019 og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2019, *Samskip hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Áframhaldandi há samarlögð markaðshlutdeild Eimskips og Samskipa eftir rannsóknartímabilið er til stuðnings því að miklar aðgangshindranir séu að viðkomandi markaði málsins á rannsóknartímabili þessa máls.



merkjum „Landflutninga“. Einnig hafa Eimskip og Samskip gert samninga við minni fyrirtæki um landflutninga á tilteknum áætlunarleiðum.

330. Á flestum áætlunarleiðum starfa sömu samstarfsfyrirtækin fyrir bæði Eimskip og Samskip. Þau flytja þá vörur samkvæmt áætlun á milli þess byggðarlags/svæðis þar sem þau eru staðsett og vöruafgreiðslna Eimskips og Samskipa í Reykjavík. Sinna þau einnig vöruafgreiðslu fyrir fyrirtækin á sínu heimasvæði.
331. Það eru ekki aðeins Eimskip og Samskip, auk samstarfsfyrirtækja þeirra fyrirtækja, sem sinna reglubundnum áætlunarflutningum á Íslandi. Bæði Eimskip og Samskip byggja á því að Íslandspóstur sé keppinautur þeirra í landflutningum. Að mati Samkeppniseftirlitsins standa rök til þess að líta til tekna Íslandspósts á rannsóknartímabilinu vegna sendinga sem eru þyngri en 20 kg.³⁴
332. Ef horft er til markaðshlutdeildar Eimskips og Samskipa í landflutningum á landinu öllu á árunum 2008 – 2013 var hlutdeild Eimskips 40-45% og Samskipa 30-40%.³⁵ Sú hlutdeild sem eftir stendur skipist á milli fjölmargra smærra aðila og var engin þeirra með meira en 5% markaðshlutdeild.
333. Í viðauka I er gerð grein fyrir markaðshlutdeild landflutningafyrirtækja á 18 flutningaleiðum. Að mati Samkeppniseftirlitsins endurspeglar staðan á þeim flutningsleiðum vel fyrirkomulagið á markaðnum út frá m.a. skipulagi flutninganeta Eimskips og Samskipa og samstarfsaðila þeirra.
334. Niðurstaðan er að samanlagt höfðu Eimskip og Samskip mikla yfirburði í landflutningum á rannsóknartímabilinu.³⁶

3.3. Flutningsmiðlun

335. Dótturfélög Eimskips (TVG) og Samskipa (Jónar) veita flutningsmiðlunarþjónustu hér á landi.
336. Samskip byggja á því að það enginn „sérstakur flutningsmiðlunarmarkaður sé til staðar á Íslandi, einkum vegna smæðar hagkerfisins. Til að mynda sé sjóflutningsmiðlun hluti af markaði fyrir sjóflutninga. Þannig keppi farmflytjendur sjálfir við flutningsmiðlanir um frakt. Alger staðganga sé á milli þess hvort sjóflutningar séu keyptir beint af farmflytjendum, í gegnum dótturfélög þeirra eða aðra aðila. Samkvæmt þessu eru öll fyrirtæki tengd millilandaflutningum á frakt í samkeppni í flutningsmiðlun með einum eða öðrum hætti.“ Segja Samskip að keppinautar Jóna séu m.a. Eimskip og TVG.³⁷
337. Eimskip byggðu á því að keppinautar TVG séu m.a. Samskip og Jónar.³⁸ Líkt og Samskip heldur Eimskip því fram að „hæpið sé að fullyrða að til staðar sé sérstakur flutningsmiðlunarmarkaður hér á landi. Eins og áður segir sinna íslensk flutningafyrirtæki, þ.m.t. Eimskip, sjálf flutningsmiðlun, ýmist beint eða í gegnum dótturfélög sín.“ Þá sé „alger staðganga á milli þess að hvort flutningar eru keyptir beint af farmflytjendum, gegnum dótturfélög þeirra eða aðra aðila. Nærtækara sé að líta á flutningsmiðlun sem hluta af íslenskum flutningsmarkaði.“³⁹

³⁴ Ástæða þessa er sú að sendingar allt að 20 kg féllu undir alþjónustu samkvæmt eldri lögum um pósthjónustu sem í gildi voru á rannsóknartímabili þessa máls.

³⁵ Eru hér talðar með tekjur samstarfsfyrirtækja Eimskips og Samskipa vegna flutninga fyrir fyrirtækin í flutningsneti þeirra, sbr. nánari umfjöllun í viðauka I.

³⁶ Til hliðsjónar má líta til þess að Eimskip og Samskip hafa haldið sterkri stöðu í landflutningum eftir rannsóknartímabil þessa máls. Fjallað var um markað fyrir landflutninga í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2018, *Samruni Vörumiðlunar ehf. og Fitja-Vörumiðlunar*. Þar segir: „Í máli þessu hafa samrunaaðilar vísað til þess að staða Eimskips og Samskipa sé sterk í landflutningum á landsvísi og ekki geti verið um það að ræða að markaðsráðandi staða verði til með samruna Vörumiðlunar og Fitja eða að hún styrkist. Í samrunaskrá kemur fram það mat að Vörumiðlun sé þriðja stærsta fyrirtæki landsins í vöruflutningum. Stærstu félögin á sviði vöruflutninga hérlendis séu Eimskip (undir merkjum Flytjanda) og Samskip en þessi fyrirtæki reki viðtæk flutninganet á sviði vöruflutningaaksturs sem taki til alls landsins. [...] Samkeppniseftirlitið getur því fallist á það með samrunaaðilum að staða Eimskips og Samskipa í landflutningum sé sterk.“

³⁷ Bréf frá Samskipum til Samkeppniseftirlitsins, dags. 10.04.2015.

³⁸ Sjá bréf Eimskips til Samkeppniseftirlitsins, dags. 13.10.2017. Sjá einnig mgr. 72-73 í athugasemdum Eimskips við AI.

³⁹ Mgr. 70 í athugasemdum Eimskips við AI.



338. Önnur fyrirtæki sem Eimskip og Samskip segja að hafi keppt við Jóna og TVG eru t.d. Thorship, Ictransport, DB Schenker á Íslandi, DHL og TNT/Íslandspóstur.
339. Samkeppniseftirlitið telur að Eimskip og Samskip starfi á innlendum markaði fyrir flutningsmiðlun. Markaðshlutdeild fyrirtækjanna á þeim markaði var samanlagt um 50-60% á árunum 2008 - 2013.
340. Eins og áður sagði telja Eimskip og Samskip að skilgreina eigi þennan markað með víðari hætti. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það en yfirburðir Eimskips og Samskipa voru enn meiri í því tilviki. Markaðshlutdeild Eimskips væri þá á milli 45-55% á árunum 2008 - 2013 og hlutdeild Samskipa væri 30-40%.

3.4. Umfjöllun í samtímagögnum um markaðsaðstæður

341. Líkt og sjá má af framangreindri umfjöllun var staða Eimskips og Samskipa afar sterk á íslenskum flutningamörkuðum. Samtímagögn staðfesta þetta sömuleiðis. Þar má sjá að Eimskip og Samskip höfðu samanlagt mikla yfirburðarstöðu á flutningamörkuðum hér á landi. Er í þessum gögnum beinlínis vísað til þess að tvíkeppni eða fákeppni hafi ríkt á viðkomandi mörkuðum.
342. Sem fyrr segir hætti Atlantsskip siglingum um mitt ár 2008 og samdi við Eimskip um flutninga. Í tengslum við þetta var unnið minnisblað hjá Eimskip í apríl 2008. Í því kemur fram að þetta muni þýða að „samkeppnisumhverfið í gámaflutningum mun róast [...]”. Hins vegar muni Atlantsskip fara að bjóða upp á flutningsmiðlun og við það verði sú starfsemi „harðari”.⁴⁰ Eins og áður kom fram hættu Atlantsskip hins vegar allri starfsemi árið 2009.
343. Í framangreindum samningi Eimskips við Atlantsskip fólst þannig að það fækkaði um einn keppinaut á sjóflutningsmarkaðnum hér á landi og skapaði það frekari skilyrði til þess að ólögmaett samráð Eimskips og Samskipa gæti náð árangri og staðið yfir í talsverðan tíma. Þessu ástandi á markaðnum var lýst í glærुकynningu sem tekin var saman fyrir framkvæmdastjórnarfund innan Eimskips í október 2008. Um „market dynamics” segir í kynningunni:
- „Atlantsskip no longer operating own vessels
 - *Eimskips vs. Samskip duopoly in the liner market*”.⁴¹
344. Í málinu er að finna skýrslu fyrir stjórn og nýjan forstjóra Eimskips sem PriceWaterhouse í London (PWC) hafði unnið.⁴² Lánardrottinn Eimskips, ABN AMRO bankinn, bað PWC um að gera úttekt á Eimskips samstæðunni og var mjög ítarlegri skýrslu skilað í maí 2008. Skýrslan er nánar tiltekið dagsett 23. maí 2008 og hún ber það með sér að PWC skoðaði m.a. markaðsaðstæður hér á landi og ræddi við viðskiptavinum Samskipa og Eimskips. Voru drög að skýrslunni borin undir stjórnendur Eimskips.⁴³ Í skýrslunni er bent m.a. á þetta:
- „Eimskip is clear market leader in shipping and amongst the leading players in warehousing and trucking.
- *Eimskip is the market leader in shipping, obtaining a market share of more than 50% in both, import and export. Major competitor is Samskip which commands of 30-40%. Atlantsskip is a small, apparently loss making player that may be outsourcing its shipping operation to Eimskip.*

⁴⁰ Afritað tölvuskjal frá Eimskip. [...] Doc. ID. 0.7.33.168890.

⁴¹ Afritaður tölvupóstur frá Eimskip. [...] Doc. ID. 0.7.328.24747.

⁴² Afritaður tölvupóstur frá Eimskip. [...] Doc. ID. 0.7.33.240179. Skýrslan var fyrst send [...] Doc. ID. 0.7.33.238149. Sagt að um sé að ræða „final draft of our report.”

⁴³ Í inngangskafli hennar segir: „We have shown a draft of this report to the Group CEO and the Business Unit CEOs. In relation to the accuracy of this report, they have confirmed that, to the best of their knowledge and belief, the Report does not contain any material error of fact, there has been no material omission and it fairly sets out the recent results, state of affairs and prospects of the Group.”



- *In domestic trucking, Eimskip has a share of 40% which is equal to Samskip.*
- *Eimskip holds 8% share in warehousing. Its major competitors are equally sized.*
- *There appears to be some price pressure in the market given close competition from Samskip.*⁴⁴

*Today the Icelandic transportation market is dominated by two players, EI [Eimskip] and Samskip [...].*⁴⁵

345. Samkvæmt þessu mati PWC í London voru Eimskip og Samskip með samanlagt um 80-90% markaðshlutdeild eða meira í sjóflutningum og samanlagt um 80% í landflutningum. Kemur því ekki á óvart að PWC hafi talið þessi fyrirtæki gnæfa eða ráða yfir (e. „dominate“) íslenska flutningamarkaðnum. Eins og áður sagði var rætt um tvíkeppni (e. „duopoly“) í glærukynningu hjá Eimskip í október 2008.
346. Samkvæmt skýrslu PWC stóð Eimskip frammi fyrir nokkru samkeppnislegu aðhaldi í verði frá Samskipum vorið 2008. Eins og nánar verður gerð grein fyrir hófu Samskip og Eimskips aftur á móti umfangsmikið ólögmeitt samráð nokkrum vikum síðar. Það samkeppnislega aðhald sem vísað er til í skýrslu PWC hvarf því eða minnkaði verulega á rannsóknartímabilinu.
347. Samtímagögn frá árinu 2009 og út rannsóknartímabilið sýna að Eimskip og Samskip töldu sig vera í sterkri stöðu í bæði sjó- og landflutningum. Nefna má dæmi:
- Í skjali Samskipa frá mars 2009 sem bar heitið „Markaðsskipting“ voru settar fram upplýsingar um hvernig markaðurinn í inn- og útflutningi skiptist á milli Eimskips og Samskipa. Kom þar fram að hlutdeild Samskipa í útflutningi væri 51% og hlutdeild Eimskips 49% og hlutdeild Samskipa í innflutningi 30% en hlutdeild Eimskips 70%.⁴⁶ Að sama skapi kom fram í skjöllum Samskipa frá 1. apríl 2009 að samanlögð markaðshlutdeild Eimskips og Samskipa í inn- og útflutningi væri 100%.⁴⁷
 - Í innanhúsgögnum Eimskips kemur fram að fyrirtækið hafi metið markaðshlutdeild sína í landflutningum vera á bilinu 40-45% á árunum 2009-2012.⁴⁸
 - Í glærukynningu sem forstjóri Samskipa lagði fyrir stjórnarfund Samskipa hf. í febrúar 2010 var gerð grein fyrir keppinautum í sjóflutningum og landflutningum og markaðshlutdeild lýst:
 - Í glærunum kom fram að samanlögð markaðshlutdeild Eimskips og Samskipa í sjóflutningum til og frá Íslandi þar sem flutningar fyrir stóriðju voru meðtaldir væri 81% í innflutningi og 83% í útflutningi. Að undanskildum flutningum fyrir stóriðju var samanlögð markaðshlutdeild félaganna 93% í innflutningi og 98% í útflutningi.
 - Í kynningunni var samanlögð markaðshlutdeild Samskipa og Eimskips í landflutningum metin vera milli 75-97% eftir einstaka landshlutum og samanlögð markaðshlutdeild fyrirtækjanna á landinu öllu 75%.⁴⁹
 - Í markaðsskýrslu Samskipa frá september 2010 taldi fyrirtækið að það væri með 60% markaðshlutdeild í fiskflutningum innanlands en Eimskip 40%. Á árinu 2011 áætluðu Samskip að félagið væri með u.þ.b. 50% markaðshlutdeild í fiskdreifingu gegn u.þ.b. 50% hlutdeild Eimskips.⁵⁰

⁴⁴ Bls. 55 í skýrslunni.

⁴⁵ Bls. 78 í skýrslunni.

⁴⁶ Afritað tölvuskjal frá Samskipum. [...] Doc. ID. 0.7.33.31335.

⁴⁷ Afrituð tölvuskjöl frá Samskipum. [...] Doc. ID. 0.7.33.586446.

⁴⁸ Afrituð tölvuskjöl frá Eimskip. [...] Doc ID: 0.7.33.429841 og [...] Doc. ID: 0.7.33.34932.

⁴⁹ Afritað tölvuskjal frá Samskipum. [...] Doc. ID. 0.7.33.710469.

⁵⁰ Afritað tölvuskjal frá Samskipum. [...] Doc. ID. 0.7.33.8801.



- Í skjali Samskipa frá janúar 2011 kom fram að markaðshlutdeild Samskipa í innflutningi í fimm stórum vöruflokkum hefði verið á bilinu 23,10% til 33,30% á árinu 2010. Gert var ráð fyrir sömu markaðshlutdeild árið 2011.⁵¹ Þá kom fram í tölvupósti forstjóra Samskipa frá nóvember 2011 að Samskip væru með um 40% hlutdeild í útflutningi á fiski frá Íslandi.⁵²
- Í skjali Eimskips frá maí 2012 kom fram að gert væri ráð fyrir að markaðshlutdeild Eimskips í sjóflutningum yrði sú sama á árinu 2012 og árið 2011 eða um 60%.⁵³
- Í skjali Samskipa frá september 2012 kemur fram að samanlögð markaðshlutdeild fyrirtækjanna á landflutningamarkaði hafi verið 75%, þar af 37% hjá Eimskip og 38% hjá Samskipum.⁵⁴

348. Gögn sem varða samskipti Arion banka við bæði Eimskip og Samskip í tengslum við fyrirhugaða skráningu Eimskips á markað í október 2012 eru lýsandi fyrir stöðuna á markaðnum á þeim tíma.⁵⁵ Í tölvupósti Arion banka til Samskipa, dags. 19. október 2012, er að finna eftirfarandi umfjöllun sem byggist meðal annars á samskiptum bankans við forstjóra Eimskips:

„Eimskip heldur því fram að þeir geti haldið verðskránni stöðugri, þeir bara hækka hana og menn kyngja því.“

„Samkeppni erlendis frá, er ólíklegt að erlend skipafélög komi inn á íslenska markaðinn? Eimskip lýsir markaðnum hérna heima sem voða kósy.“

349. Var þetta undirbúningur bankans að fundi með Samskipum þar sem bankinn vildi bera undir Samskip lýsingar Eimskips á markaðnum.

350. Nokkrum dögum eftir fundinn með Samskipum eða þann 24. október 2012 birti greiningardeild Arion banka skýrsluna „Eimskipafélag Íslands hf. Ráðgjöf vegna hlutafjárútboðs.“⁵⁶ Í umfjöllun um stöðuna á Íslandi segir í skýrslunni:

„Staðan á Íslandi

Segja má að Eimskip og Samskip skipti gámaflutningsmarkaðinum á Íslandi á milli sín og okkur sýnist hlutdeild Eimskips vera um 60%-70%. Samkvæmt úrskurði Samkeppnisstofnunar frá árinu 2007 er Eimskip í markaðsráðandi stöðu. Það setur félaginu nokkuð stólinn fyrir dyrnar og takmarkar hegðun þess á íslenskum markaði, svo sem í samkeppni um viðskiptavinum og í raun takmarkar vaxtarmöguleika hér á landi. Það er hins ekki heiglum hent að hefja starfsemi fyrir annað skipafélag á Íslandi á sömu nótum og Eimskip og Samskip. Til þess þarf mikla fjárfestingu í innviðum sem við stórefumst um að vekji áhuga erlendra skipafélaga. Þá eru skip félaganna í stærðarflokki sem hentar íslenskum viðkomustöðum en jafnvel þó flutningsmagn væri nægt væri aðeins á færi smárra gámaskipa að leggjast að bryggjum landsins. Við teljum markaðinn hér á landi of lítinn til þess að vekja áhuga stærri skipafélaga sem stunda gámaflutninga.“

351. Þann 22. október 2012 birti Eimskip skráningarlýsingu vegna hlutafjárútboðsins (e. prospectus).⁵⁷ Þar er eftirfarandi haft eftir stjórnendum Eimskips:

„According to the Company’s management there are fewer companies operating in the Company’s main market, the North-Atlantic, than in other markets which in turn leads to less competition and

⁵¹ Afritað tölvuskjal frá Samskipum. [...] Doc. ID. 0.7.33.826695.

⁵² Afritaður tölvupóstur frá Samskipum. [...] Doc. ID. 0.7.33.938109.

⁵³ Afritaður tölvupóstur frá Eimskip. [...] Doc. ID. 0.7.33.346045.

⁵⁴ Afritað tölvuskjal frá Samskipum. [...] Doc. ID. 0.7.33.91119.

⁵⁵ Sjá kafla 14.40.3.

⁵⁶ Gagn afhent af Arion banka. Afhent 12.09.2017. Skýrsla greiningardeildar Arion banka „Eimskipafélag Íslands hf. Ráðgjöf vegna hlutafjárútboðs“, dags. 24.10.2012.

⁵⁷ „Prospectus October 2012“. Eimskip, dags. 22.10.2012. Aðgengilegt á slóð:

<https://www.globenewswire.com/en/news-release/2012/10/22/498783/0/en/Prospectus-Announcement-of-Prospectus-dated-22-October-2012.html>.



more stable volume. Thus, the Company is operating on a niche market that can lead to a more stable source of operation and mitigates to some extent the risk related to the industry."⁵⁸

352. Jafnframt segir í kafla 10.6. í lýsingunni: „*The North-Atlantic market includes islands and remote areas, which creates a niche market position for Eimskip since the Company's vessels are specially built to serve this market with regards to size, cranes, side doors loaders, reefer plugs, low draft and good maneuvering capabilities to enter narrow ports.*”

353. Í fundargerð stjórnar Samskipa Holding vegna fundar sem haldinn var í Lausanne í Sviss þann 31. janúar og 1. febrúar 2013 kemur eftirfarandi fram um mat Samskipa á stöðunni á sjóflutningsmarkaði:

„The Icelandic market is in many ways different from other markets due to its small size and location. Threat of a new competition is possible but limited and has not been long lasting, latest example is Atlantsskip which became bankrupt couple of years ago. Today we have Thorship but for now at least with limited presence but that can of course change in the near future. Due to location of Iceland threat of substitute service is not likely. Bargaining power of both customers and suppliers in Iceland is limited again due to size of the Icelandic market and oligopoly market situation of both Samskip and Eimskip. Finally due to market situation between Samskip and Eimskip the intensity of the competition is less likely to go totally out of control for the long term, short term this is regularly happening but in the long term less likely also having recent listing of Eimskip in the Icelandic Stock Exchange in mind. That does not change the fact that the competition between Samskip and Eimskip has been and still is extremely hard and intense and is even expected to become harder now with planned third vessel introduced by Samskip to Iceland.”⁵⁹

354. Framangreind gögn frá 2012 og 2013 lýsa afar takmörkuðu samkeppnislegu aðhaldi milli Samskips og Eimskipa andstætt til dæmis þeirri mynd sem er sem áður segir dregin upp í skýrslu PWC vorið 2008, þ.e. áður en fyrirtækin hófu hið umfangsmikla ólögmeta samráð.

355. Hvað sem því líður staðfesta þessar lýsingar í samtímagögnum málsins að samanlagt voru Eimskip og Samskip í afar sterkri stöðu á markaði fyrir sjóflutninga til og frá Íslandi og markaði fyrir landflutninga. Getur enginn vafi leikið á því að fákeppni ríkti á þessum mörkuðum á rannsóknartímabili málsins.

356. Framangreint er staðfest í athugasemdum Eimskips og Samskipa. Í athugasemdum Samskipa er ítrekað byggt á því að fákeppni hafi ríkt á flutningamarkaði hérlendis á rannsóknartímabilinu.⁶⁰ Í mgr. 1392 í athugasemdum Samskipa við AI segir t.a.m. að flutningamarkaðurinn hafi verið „*í reynd tvíkeppnismarkaður*” á umræddu tímabili, sbr. einnig mgr. 1388 í athugasemdum Samskipa við AI („*tvíkeppni*”). Í athugasemdum Eimskips er að sama skapi vísað til fákeppnisaðstæðna á flutningamarkaðnum.⁶¹

3.5. Þýðing þess að fákeppni ríkti

357. Í kafla 4 hér á eftir verður fjallað um bann 10. gr. samkeppnislaga við samráði fyrirtækja. Eins og lýst verður nánar er þessu ákvæði laganna ætlað að tryggja að keppinautar hegði sér að öllu leyti sjálfstætt á markaði á þeim sviðum sem mestu máli skipta fyrir samkeppnina. Kjarninn í samkeppni er að fyrirtæki taki sjálfstæðar ákvarðanir um markaðshegðun sína og keppi þannig sín á milli. Mikilvægi sjálfstæðis keppinauta og æskilegrar óvissu á markaði er enn meira þar sem fákeppni ríkir.

⁵⁸ „*Prospectus October 2012*”, bls. 8.

⁵⁹ Afhent fundargerð frá Samskip Holding. Afhent þann 10.03.2017. „*Minutes Samskip Holding Board Meeting 31 January & 1 February 2013*”.

⁶⁰ Sjá t.d. mgr. 15 – 18 og 186 – 194 í athugasemdum Samskipa við AI, mgr. 77 í athugasemdum Samskipa við AII og mgr. 19 – 30 í athugasemdum Samskipa frá 31. ágúst 2020.

⁶¹ Sjá t.d. mgr. 79 – 84 og 108 -111 í athugasemdum Eimskips við AI.



Í þessu samhengi má líta fyrst til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2008, *Orkuveita Reykjavíkur og Hafnarfjarðarbær gegn Samkeppniseftirlitinu*, en þar segir:

„Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að bæði Orkuveita Reykjavíkur og Hitaveita Suðurnesja hf. selji raforku í mjög miklum mæli til heimila og smærri fyrirtækja. Stærstur hluti samkeppnisrekstrar Orkuveitu Reykjavíkur og Hitaveitu Suðurnesja hf. fari fram á markaðnum fyrir smásölu á raforku til almennings og smærri fyrirtækja. Á þeim markaði eigi Orkuveita Reykjavíkur og Hitaveita Suðurnesja hf. þó nokkra keppinauta og sé Orkusalan þeirra stærst. Fram kemur einnig að sameiginleg hlutdeild Orkuveitu Reykjavíkur og Hitaveitu Suðurnesja hf. sé í kringum 60% á hinum skilgreinda markaði.

Áfrýjunarnefndin telur með þeim rökum sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun að hér sé um að ræða samþjappaðan fákeppnismarkað sem sé viðkvæmur fyrir áhrifum.“

358. Enn meiri samþjöppun ríkti á t.d. markaðnum fyrir áætlunarflutninga á sjó heldur en á markaðnum fyrir smásölu á raforku og var fyrrnefndi markaðurinn því mjög „viðkvæmur fyrir áhrifum“ í skilningi áfrýjunarnefndar samkeppnismála.⁶² Hið sama má segja um markaðinn fyrir landflutninga. Fyrir liggur að auðveldara er að stunda ólöglegt samráð á fákeppnismörkuðum en á mörkuðum þar sem starfa margir keppinautar.⁶³ Það á enn frekar við ef um tvíkeppni er að ræða.
359. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 1. desember 2016 í máli nr. 360/2015 er því lýst að Byko og Húsasmiðjan hafi samanlagt verið með u.þ.b. 90% hlutdeild á viðkomandi markaði og hafi fyrirtækin tvö því verið „nær einráð“ á honum. Í dómnum er einnig fjallað um mikilvægi þess að ekki sé dregið úr óvissu milli keppinauta þar sem hún sé „ein af meginforsendum þess að óheft verðsamkeppni geti átt sér stað. Þetta á ekki síst við á fákeppnismarkaði þar sem gagnkvæm skipti á upplýsingum um verð geta auðveldað ráðandi fyrirtækjum að halda uppi vöruverði og auka þar með framlegð sína á kostnað viðskiptavinanna.“ Vísast hér einnig til dóms Hæstaréttar frá 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019, *Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið gegn Byko ehf. og Norvik hf. og gagnsök.*
360. Hefur og lengi legið fyrir í samkeppnisrétti að öll samskipti og samvinna keppinauta á fákeppnismarkaði séu mjög varasöm. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 13/1997, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn samkeppnisráði*, var staðfest að tiltekin samvinna Eimskips og Samskipa hefði farið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Í úrskurðinum sagði m.a. þetta:
- „Ótvírætt er að fákeppni ríkir um vöruflutninga sjóleiðis til og frá Íslandi á þeim siglingaleiðum sem um ræðir í máli þessu og að áfrýjandi hafi yfirburðastöðu á því sviði. Við þær aðstæður er 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.“*
361. Af þessu leiðir að krafa samkeppnislaga um sjálfstæði keppinauta og bann við hvers konar samskiptum milli þeirra, sem hafa að markmiði að raska samkeppni eða eru til þess fallin, er sérstaklega rík á mörkuðum þar sem fákeppni ríkir.
362. Með sama hætti og í umræddum málum fyrir Hæstarétti Íslands voru Eimskip og Samskip nær einráð í áætlunarflutningum á sjó til og frá Íslandi og á markaðnum ríkti því fákeppni, sbr. umfjöllun hér að

⁶² Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 24/2013 segir: „Ljóst er að félögin sem standa að Olíudreifingu og Skeljungur hafa algjöra yfirburðastöðu almennt á olíumarkaði á Íslandi. Á fákeppnismarkaði eins og olíumarkaðurinn er getur nánast hvers konar viðskiptalegt samstarf keppinauta verið til þess fallið að raska samkeppni.“ Sjá einnig t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-141/94, ECLI:EU:T:1999:48, Thyssen Stahl AG gegn framkvæmdastjórninni: „As regards the structure of the market, the Court finds that, in 1989, 10 of the undertakings engaged in the Poutrelles Committee monitoring accounted for two-thirds of apparent consumption. Given such an oligopolistic market structure, which can reduce competition ipso facto, it is all the more necessary to protect the decision-making independence of undertakings as well as residual competition.“ Sjá einnig t.d. Ross, Principles of Antitrust Law, 1. útgáfa, bls. 189: „[T]he exchange of almost any information can significantly facilitate price agreements in an oligopolistic industry prone to collusion.“

⁶³ Sjá t.d. Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, þriðja útgáfa 2014, bls. 1054: „Collusion is made easier in oligopolistic markets.“



framan. Yfirburðir Eimskips og Samskipa í landflutningum voru einnig ótvíræðir og samtals voru fyrirtækin með kringum 75-80% hlutdeild á landsvísu á rannsóknartímabilinu.

363. Sem fyrr segir kemur þessi staða á markaðnum fram í samtímagögnum. Hjá Eimskip var rætt um tvíkeppni á markaðnum, hjá Samskipum var rætt um fákeppni og takmarkaða samkeppni og í skýrslu PWC kemur fram að Samskip og Eimskip gnæfi yfir markaðinn. Miklar aðgangshindranir voru að markaðnum á rannsóknartímabilinu sem endurspeglast m.a. í því að enginn nýr keppinautur kom inn á markaðinn sem ógnaði stöðu Eimskips og Samskipa. Er lýsandi að þessu leyti að í stjórnarfundargerð Samskipa Holding frá byrjun árs 2013 er vísað til Atlantsskipa sem nýjasta tilviksins þar sem innkoma nýs keppinautar misheppnaðist. Sem fyrr segir hætti Atlantsskip rekstri eigin skipa um mitt ár 2008 og varð gjaldþrota árið eftir. Það kemur þess vegna ekki á óvart að Eimskipt hafi lýst heildarmarkaðnum fyrir áætlunarsiglingar til og frá Íslandi sem mjög „kósý“. Umfjöllun í skráningarlýsingu Eimskips, greiningu Arion banka og stjórnarfundargerð Samskipa Holding er í samræmi við þetta.
364. Að mati Samkeppniseftirlitsins voru því landflutningamarkaður og markaður fyrir áætlunarflutninga á sjó til og frá Íslandi afar viðkvæmir í samkeppnislegu tilliti á rannsóknartímabilinu. Eimskip og Samskip voru nær einráð og fákeppni ríkti. Þessar aðstæður gerðu afar ríkar kröfur um sjálfstæði Eimskips og Samskipa og að sama skapi voru nánast hvers kyns samskipti milli fyrirtækjanna til þess fallin að draga úr óvissu og takmarka þar með samkeppni.

3.6. Niðurstaða

365. Þegar framangreint er virt er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Eimskip og Samskip hafi haft mikla yfirburði á mikilvægum íslenskum flutningamörkuðum. Á þetta við um sjóflutninga til og frá landinu og landflutninga. Staða Eimskips og Samskipa var ekki jafn sterk í flutningsmiðlun en sem fyrr segir var samanlögð hlutdeild fyrirtækjanna á því sviði um 50-60% á árunum 2008 - 2013. Hins vegar ber að horfa til þess að Eimskip og Samskip voru samþætt á öllum þessum sviðum vöruflutninga og samanlagt í einkar öflugri stöðu gagnvart viðskiptavinum og smærri keppinautum.
366. Að öllu framangreindu leiðir að á rannsóknartímabili þessa máls gerðu ákvæði 10. gr. samkeppnislaga ríkar kröfur um samkeppnislegt sjálfstæði Eimskips og Samskipa og lögðu bann við hvers konar samskiptum milli þeirra, sem höfðu að markmiði að raska samkeppni eða voru til þess fallin.
367. Eimskip og Samskip hafa verið meðal stærstu fyrirtækja á Íslandi.⁶⁴ Einnig er ljóst að Eimskip og Samskip stunda mjög umfangsmikil viðskipti á þjóðhagslega mikilvægum mörkuðum. Vöruflutningum til og frá Íslandi er að langmestu leyti sinnt af flutningaskipum og vægi skipafélaganna tveggja á rannsóknartímabilinu var og er reyndar ennþá mjög mikið, sérstaklega í almennum áætlunarsiglingum þar sem Sundahöfn er megin gáttin til og frá landinu. Ísland er eyja og vöruflutningum því eðli máls samkvæmt t.a.m. ekki sinnt til og frá landinu með flutningalestum eða flutningabílum eins og t.d. víða annars staðar í Evrópu. Þá eru vöruflutningar með flugi takmarkaðir, bæði vegna lítils framboðs auk þess sem þeir eru hlutfallslega dýrir og verða aðeins hagkvæmir við ákveðnar aðstæður. Sama á við um flutninga innanlands þar sem Eimskip og Samskip hafa með sínum samstarfsaðilum mikla yfirburði og búa í raun yfir einu skipulögðu alhliða flutningakerfunum sem eiga upphaf sitt og enda í höfuðstöðvum vöruafgreiðslna hvors fyrirtækis í Sundahöfn eða í nágrenni við höfnina.
368. Í viðauka I er gerð grein fyrir tekjum Eimskips og Samskipa af þeirri flutningastarfsemi sem mál þetta tekur til. Sýnir sú umfjöllun að samanlagðar tekjur fyrirtækjanna af þeirri starfsemi, þ.e. sjóflutningum, landflutningum og flutningsmiðlun námu um 40-48 milljörðum kr. á ári. Þess má geta til samanburðar að tekjurnar námu um 2,5-2,6% af vergri landsframleiðslu (VLF).

⁶⁴ 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.



369. Voru því brýnir almannahagsmunir fólgnir í því að Eimskip og Samskip virtu bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins á rannsóknartímabili þessa máls.



4. UM BANN VIÐ SAMRÁÐI KEPPINAUTA OG SÖNNUNARREGLUR

370. Áður en vikið er að atvikum málsins er rétt að fjalla um bann samkeppnisréttarins við samráði keppinauta og sönnun í samráðsmálum.

371. Í 10. gr. samkeppnislaga er m.a. lagt bann við tiltekinni samvinnu og samskiptum keppinauta. Samkvæmt 1. mgr. 21. gr. samkeppnislaga skal Samkeppniseftirlitið beita m.a. 53. gr. EES-samningsins eftir því sem kveðið er á um í lögum. Nánar er mælt fyrir um þetta í 1. mgr. 26. gr. laganna en þar segir:

„Ef Samkeppniseftirlitið, áfrýjunarnefnd samkeppnismála eða dómstólar beita ákvæðum laga þessara vegna samninga fyrirtækja, ákvarðana samtaka fyrirtækja eða samstilltra aðgerða í skilningi 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, sem gætu haft áhrif á viðskipti milli aðila að EES-samningnum, skulu þau einnig beita 53. gr. EES-samningsins að því er varðar slíka samninga, ákvarðanir eða samstilltar aðgerðir.“

372. Sú háttsemi sem mál þetta tekur til getur haft áhrif á viðskipti milli aðila EES-samningsins og fellur því undir gildissvið hans, sbr. umfjöllun í kafla 22. Skylda 21. og 26. gr. samkeppnislaga er því virk í málinu.

373. Í 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins er m.a. lagt bann við samráði keppinauta. Efnisákvæði 53. gr. EES-samningsins eru að því leyti fyllilega sambærileg efnisákvæðum 10. gr. samkeppnislaga enda sækja hin síðarnefndu fyrirmynd sína til EES/ESB-samkeppnisréttar. Er framkvæmd í EES/ESB-samkeppnisrétti því leiðbeinandi við túlkun 10. gr. samkeppnislaga.⁶⁵ Ákvæði 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið og 6. gr. EES-samningsins hafa hér einnig þýðingu, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019, *Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið gegn Byko ehf. og Norvik hf. og gagnsök.*

4.1. Mikilvægi sjálfstæðis og óvissu um fyrirætlanir keppinauta

374. Í 10. gr. samkeppnislaga segir m.a. að allir samningar og samstilltar aðgerðir á milli fyrirtækja sem hafi það að markmiði eða af þeim leiði að samkeppni sé raskað séu bannaðar. Hið sama felst í 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

375. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 30. október 2003 í máli nr. 37/2003, *Sölufélag garðyrkjumanna o.fl. gegn samkeppnisráði*, segir:

„1. gr. samkeppnislaga segir að lögin hafi að markmiði að efla virka samkeppni í viðskiptum og þar með vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins. Er á því byggt að hagsmunum neytenda sé best borgið ef virk samkeppni nær að ríkja á markaði. Í lögunum er samkeppnisfyrirvöldum falið að vinna gegn því að virkri samkeppni sé raskað. Ákvæði 10. gr. laganna leggur bann við hvers konar samvinnu milli fyrirtækja á sama sölustigi, sem ætlað er að hafa áhrif á eða getur haft áhrif á verð, skiptingu markaða og gerð tilboða. Samráð fyrirtækja um þau atriði, sem um er fjallað í ákvæðinu, er til þess fallið að valda neytendum og atvinnulífínu tjóni, enda tekið fram í athugasemdum við 10. gr. í frumvarpi til samkeppnislaga að „vart er að finna alvarlegri samkeppnistakmarkanir en þegar fyrirtæki koma sér saman um verð, álagningu eða hvaða afslætti skuli veita.“

376. Ákvæði 10. gr. laganna eru þannig ein þau þýðingarmestu í samkeppnislögum, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004, *Ker hf. o.fl. gegn samkeppnisráði*. Ákvæðinu er ætlað að tryggja að keppinautar hegði sér að öllu leyti sjálfstætt á markaði á þeim sviðum sem mestu

⁶⁵ Ákvæðið er samhljóða 10. gr. eldri samkeppnislaga en það ákvæði var lögfest með lögum nr. 107/2000. Í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að þeim lögum segir: „Fyrirmynd ákvæðisins er sótt til 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins og er framkvæmd Eftirlitsstofnunar EFTA og EFTA-dómstólsins, auk dómstóla EB og framkvæmdastjórnar ESB, leiðbeinandi við túlkun ákvæðisins eftir því sem við á um markaðsaðstæður hér á landi.“



máli skipta fyrir samkeppnina. Kjarninn í samkeppni er að fyrirtæki taki sjálfstæðar ákvarðanir um markaðshæðun sína og keppi þannig sín á milli. Þetta stuðlar m.a. að lægra verði til neytenda, auknum gæðum og framförum almennt. Ávinningi samkeppninnar er hins vegar stefnt í hættu ef fyrirtæki hafa samskipti eða samvinnu sín á milli um framangreind atriði.

377. Þessi krafa um sjálfstæði keppinauta er lykilatriði við skýringu á banninu við samráði, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019.⁶⁶ Í fyrrgreindum úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 sagði um þetta:

„Í samkeppnisrétti er það meginatriði að eðlileg samkeppni gerir ráð fyrir sjálfstæðum fyrirtækjum sem taka sjálfstæðar ákvarðanir þegar þau ákveða viðskiptastefnu sína. Sá grundvöllur raskast þegar fyrirtæki hafa einhvers konar samráð sín á milli í því skyni að hafa áhrif á samkeppni. Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga er reist á þessari forsendu. Ákvæðið sætir tiltekinni túlkun sem er í samræmi við markmið samkeppnislaga.“⁶⁷

378. Kröfunni um sjálfstæði fyrirtækja hefur verið slegið fastri af dómstóli ESB.⁶⁸ Í leiðbeinandi reglum Eftirlitsstofnunar EFTA, sem birtar voru í desember 2013, er þessari kröfu um sjálfstæði keppinauta lýst sem „grunnhugmyndinni að baki samkeppnisreglna EES-samningsins [...]“.⁶⁹ Í þessu samhengi hefur verið bent á að sú áhætta sem leiðir af óvissu (e. *risks of uncertainty*) sé afar mikilvæg fyrir samkeppni. Sjálfstæði keppinauta og þessi æskilega óvissa fyrirtækja um m.a. fyrirætlanir keppinauta séu grunnstoðir fyrir virkri samkeppni.⁷⁰ Banni samkeppnisréttarins við samskiptum og samvinnu keppinauta er ætlað að verja þessar grunnstoðir.⁷¹

379. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 1. desember 2016 í máli nr. 360/2015 kemur fram að óvissa fyrirtæka um hegðun keppinauta sé „ein af meginforsendum þess að óheft verðsamkeppni geti átt sér stað. Þetta á ekki síst við á fákeppnismarkaði þar sem gagnkvæm skipti á upplýsingum um verð geta auðveldað ráðandi fyrirtækjum að halda uppi vöruverði og auka þar með framlegð sína á kostnað viðskiptavinanna.“ Vísast hér einnig til dóms Hæstaréttar Íslands frá 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019.

⁶⁶ Sjá einnig mgr. 113, 114 og 202 í dómi dómstóls ESB frá 12.01.2023 í máli nr. C-88/19, HSBC Holdings gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2023:11 og mgr. 315 í dómi undirréttar ESB frá 02.02.2022 í máli nr. T-799/17, Scania AB o.fl. gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2022:48. Sjá jafnframt Bellamy & Child, European Union Law of Competition, sjöunda útgáfa 2013, bls. 135: „It is inherent in the concept of undistorted competition that each economic operator must determine independently the policy which it intends to adopt on the internal market“. Í áttundu útgáfu (2018) þessa sama fræðiritis er á bls. 121 bent á að dómstóll ESB hafi ítrekað tekið fram að horfa verði til kröfunnar um sjálfstæði keppinauta þegar bannið við samkeppnishamlandi samráði er túlkað.

⁶⁷ Sjá hér einnig Stefán Már Stefánsson, *Samkeppnisreglur*, 1993, bls. 41-42: „Meginatriðið við skýringu samkeppnisreglnanna er það að eðlileg samkeppni gerir ráð fyrir sjálfstæðum fyrirtækjum sem taka sjálfstæðar ákvarðanir þegar þau ákveða samkeppnisstefnu sína. Þau bera því sjálf áhættu af þeirri stefnu sem þau taka. Þessar forsendur raskast hins vegar ef fyrirtæki hafa einhvers konar samráð sín á milli í því skyni að hafa áhrif á samkeppnina.“

⁶⁸ Sjá t.d. mgr. 78 í dómi dómstóls ESB frá 30.01.2020 í máli nr. C-307/18, Generics (UK), EU:C:2020:52: „In accordance with settled case-law, each economic operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the internal market (judgment of 19 March 2015, Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission, C-286/13 P, EU:C:2015:184, paragraph 119).“

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

⁷⁰ Sjá t.d. Bellamy & Child, European Union Law of Competition, áttunda útgáfa 2018, bls. 154-155: „The case law under Article 101(1) is based on the premise that each undertaking must determine independently the policy which it intends to adopt on the internal market and the conditions which it intends offer to its customers. The decision-making independence of competing undertakings and the risks of uncertainty are regarded as two „attributes of competition in its ideal form.“

⁷¹ Í álit Kokott aðallögsögumans við dómstóls ESB frá 19.02.2009 er meginreglan um sjálfstæði keppinauta og bann við samskiptum þeirra orðuð svo: „Regard must be had to the fact that independence of economic participants constitutes one of the basic requirements for competition to function. Accordingly, the provisions of the Treaty relating to competition are based on the concept that each economic operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the common market. That requirement of independence precludes any direct or indirect contact between economic operators by which an undertaking influences the conduct on the market of its competitors or discloses to them its decisions or deliberations concerning its own conduct on the market, if as a result conditions of competition may apply which do not correspond to the normal conditions of the market in question.“, sbr. mgr. 52 í álit í máli nr. C-8/08, EU:C:2009:110, T-Mobile Netherlands.



380. Við mat á atvikum í máli þessu verður því að hafa í huga grundvallarreglur samkeppnisréttarins um sjálfstæði keppnauta og æskilega óvissu.
381. Í athugasemdum sínum benda Samskip á mikilvægi þess að fyrirtæki geti tekið mið af háttsemi keppnauta við töku eigin viðskiptaákvæðana. Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga banni fyrirtækjum ekki að fylgjast grannt með hegðun keppnauta sinna. Túlkun Samkeppniseftirlitsins á 10. gr. samkeppnislaga fari langt út fyrir heimil mörk, sbr. mgr. 168 – 170 í athugasemdum Samskipa við AI.
382. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á gagnrýni Samskipa á lagatúlkun eftirlitsins að þessu leyti. Er fjallað um þessi sjónarmið fyrirtækisins í kafla 24.

4.2. Samningar og samstilltar aðgerðir

383. Í því skyni að stuðla að framangreindu sjálfstæði og æskilegri óvissu er í 1. mgr. 10. gr. samkeppnislaga lagt bann við hvers konar samstarfi og samskiptum milli fyrirtækja sem eru til þess fallin að raska samkeppni. Í ákvæðinu segir:

„Allir samningar og samþykktir milli fyrirtækja, hvort heldur þær eru bindandi eða leiðbeinandi, og samstilltar aðgerðir sem hafa að markmiði eða af þeim leiðir að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað eru bannaðar.“

4.2.1. Um samninga

384. Samningur í skilningi 10. gr. samkeppnislaga getur verið í hvaða formi sem er og verður að skýra hugtakið rúmt, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 37/2003.⁷² Samningur skv. 10. gr. getur þannig verið óundirritaður eða undirritaður, munnlegur eða skriflegur og þarf ekki að vera bindandi, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands frá 27. nóvember 2014 í máli nr. 112/2014, *Samkeppniseftirlitið gegn Langasjó o.fl.*⁷³
385. Um samning í skilningi 10. gr. samkeppnislaga er að ræða ef fyrirtæki hafa á einhvern hátt lýst yfir sameiginlegum vilja sínum til að hegða sér á markaði með tilteknum hætti.⁷⁴ Samningur er t.d. fyrir hendi þegar aðilar hans fylgja sameiginlegri áætlun, sem takmarkar eða er líkleg til að takmarka sjálfstæða hegðun þeirra á markaðnum með því að stuðla að sameiginlegum aðgerðum eða athafnaleysi.⁷⁵ Gildir þetta þó viðkomandi fyrirtæki hafi ekki enn náð saman um útfærslu á viðkomandi samkeppnishömlum.⁷⁶ Slík áætlun þarf því ekki að vera heildstæð, tæmandi eða lýsa í smáatriðum þeim aðgerðum sem fyrirtæki ætla að grípa til.⁷⁷ Hugtakið samningur í skilningi 10. gr. getur þannig tekið til ófullkomins eða lauslegs sameiginlegs skilnings aðila (e. *inchoate*

⁷² Sjá einnig: *Samkeppnisreglur* eftir Stefán Má Stefánsson bls. 38.

⁷³ Sjá *Samkeppnisreglur*, bls. 38, og *Evrópusambandið og Evrópska Efnahagssvæðið* bls. 677-678, báðar eftir Stefán Má Stefánsson. Sjá einnig t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-277/87, *Sandoz gegn framkvæmdastjórninni*, EU:C:1989:363.

⁷⁴ Í mgr. 21 í dómi dómstóls ESB frá 14.01.2021 í máli nr. C-450/19, *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, EU:C:2021:10 var þetta orðað svo: „According to settled case-law of the Court, in order for there to be an ‘agreement’ within the meaning of Article 101(1) TFEU undertakings should have expressed their joint intention to conduct themselves on the market in a specific way. (see, to that effect, judgments of 15 July 1970, *ACF Chemiefarma v Commission*, 41/69, EU:C:1970:71, paragraph 112, and of 29 October 1980, *van Landewyck and Others v Commission*, 209/78 to 215/78 and 218/78, not published, EU:C:1980:248, paragraph 86).“

⁷⁵ Sjá t.d. mgr. 40 í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 21.02.2018 í máli nr. AT.39920 – *Braking Systems*: „An agreement under Article 101 of the Treaty and Article 53 of the EEA Agreement may be said to exist when the parties adhere to a common plan which limits or is likely to limit their individual commercial conduct by determining the lines of their mutual action or abstention from action in the market.“

⁷⁶ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 16.09.2013 í máli nr. T-380/10, *Wabco Europe gegn framkvæmdastjórninni*: „An agreement within the meaning of Article 101(1) TFEU can be regarded as having been concluded where there is a concurrence of wills on the very principle of a restriction of competition, even if the specific features of the restriction envisaged are still under negotiation [...]“ (mgr. 36).

⁷⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 16.06.2011 í máli nr. T-240/07, *Heineken gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2011:284. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 28.01.2009 í máli nr. COMP/39.406-Marine Hoses.



understandings) og skilyrtra og afmarkaðra samninga sem í samningaferli leiða til endanlegs samnings.⁷⁸

386. Engu breytir um ólögsmæti samnings þótt honum hafi ekki verið hrint í framkvæmd.⁷⁹ Engu breytir heldur hvort viðkomandi fyrirtæki hafi talið sig bundin (að lögum eða siðferðislega) af því sem ákvæðið var.⁸⁰
387. Sem fyrr segir þarf samningur í skilningi samkeppnisréttar ekki að vera skriflegur. Tilvist samnings getur birst í hegðun viðkomandi fyrirtækja, t.d. með reglulegum samskiptum um samkeppnismálefni.⁸¹ Getur samningur falist í röð af aðgerðum eða tiltekinni framkvæmd.⁸²

4.2.2. Ekki hefur þýðingu hvort samráð er í formi samnings eða samstilltra aðgerða

388. Ef tiltekin samskipti keppinauta fela ekki í sér samning í skilningi samkeppnisréttarins geta þau talist vera samstilltar aðgerðir þeirra. Í raun hefur ekki þýðingu að lögum að greina á milli hvort samkeppnishamlandi samráð sé í formi samnings eða samstilltra aðgerða.⁸³ Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 er bent á að samkvæmt „*lögskýringum í samkeppnisrétti skiptir ekki máli í hvaða formi samningar, samþykktir eða samstilltar aðgerðir eru og hugtökin eru þar að auki skýrð rúmt í hefðbundnum samkeppnisrétti.*“ Í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 107/2000⁸⁴ segir að í „*reynd er ekki nauðsynlegt að skilgreina nákvæmlega samningshugtakið í þessu ákvæði þar sem hugtakið samstilltar aðgerðir sem einnig er notað í ákvæðinu er víðtækt og tæki í flestum tilvikum til þess samstarfs sem vafi léki á að félli undir samningshugtakið.*“
389. Hið sama var lagt til grundvallar í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 29. maí 2006 í máli nr. E-6187/2005, *Sjóvá-Almennar tryggingar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu*, þar sem úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2005 var staðfestur.⁸⁵ Í dóminum segir: „*Í samkeppnisrétti er ekki talið nauðsynlegt að flokka brot með þeim hætti að skilgreint sé nákvæmlega hvort tiltekin samskipti teljist samningur, samþykktir eða samstilltar aðgerðir.*“⁸⁶

⁷⁸ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 01.10.2008 í máli nr. COMP/39.181- Candle Waxes.

⁷⁹ Sjá t.d. dóm undirrétta ESB í máli nr. T-555/08, *Eni* gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2014:1080, mgr. 132-133.

⁸⁰ Sjá mgr. 192 í dómi undirrétta ESB 12.07.2018 í máli nr. T-475/14, *Prismian SPa* gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2018:448: „[...] the question whether the undertakings in question considered themselves bound — in law, in fact or morally — to adopt the agreed conduct is irrelevant (judgments of 14 May 1998, *Mayr-Melnhof v Commission*, T-347/94, EU:T:1998:101, paragraph 65, and of 8 July 2008, *Lafarge v Commission*, T-54/03, not published, EU:T:2008:255, paragraph 219 and the case-law cited).“

⁸¹ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 07.01.2004 í sameinuðum málum nr. m.a. C-205/00, *Aalborg Portland* gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2002:333.

⁸² Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 8.07.2009 í máli nr. C-49/92P, framkvæmdastjórnin gegn *Anic*, EU:C:1999:356. Sjá einnig álit Bobek aðallögsögumans við dómstól ESB frá 05.09.2019 í máli nr. C-228/18, *Budapest Bank*, EU:C:2019:678, mgr. 83 – 90.

⁸³ Sjá t.d. mgr. 53 í dómi dómstóls ESB frá 5.12.2011 í máli nr. C-455/11, *Solvay* gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2013:796. Sjá einnig dóm dómstóls ESB í máli nr. C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343.

⁸⁴ Lög þessi breyttu 10. gr. eldri samkeppnislaga. Orðalag 10. gr. eldri samkeppnislaga, eins og því var breytt með lögum nr. 107/2000, er samhljóða orðlagi núgildandi 10. gr. samkeppnislaga.

⁸⁵ Dómnum var ekki skotið til Hæstarétta.

⁸⁶ Sjá einnig t.d. *Ariel Ezrachi*, EU Competition Law, sjötta útgáfa 2019 bls. 74: „*The concept of „concerted practice“ subjects to the competition rules forms of communication between undertakings which do not amount to an agreement. The Commission is not required to distinguish between concerted practice and agreement and may rely on „joint classification“ to catch any form of communication between undertakings, the result of which is the restriction of competition.*“ Þetta hefur lengi legið fyrir. Hér má t.d. benda á að í dómi dómstóls ESB frá 8. júlí 1999 í máli nr. C-49/92, framkvæmdastjórnin gegn *Anic Partecipazioni*, EU:C:1999:356, reyndi á það sjónarmið fyrirtækis að skylt væri að skilgreina hvort samráð hefði annað hvort falist í sér samning eða samstilltar aðgerðir. Dómstóllinn féllst ekki á þetta: „108. The list in Article 85(1) of the Treaty is intended to apply to all collusion between undertakings, whatever the form it takes. There is continuity between the cases listed. The only essential thing is the distinction between independent conduct, which is allowed, and collusion, which is not, regardless of any distinction between types of collusion. *Anic's* argument would break down the unity and generality of the prohibited phenomenon and would remove from the ambit of the prohibition, without any reason, certain types of collusion which are no less dangerous than others. [...]“



4.2.3. Um samstilltar aðgerðir

390. Tilgangur þess að banna samstilltar aðgerðir fyrirtækja í 10. gr. samkeppnislaga er að banna samráð milli fyrirtækja, sem ekki hefur náð því stigi að teljast samningur í skilningi 10. gr., en felur í sér að fyrirtækin vitandi vits hafa með sér samvinnu í stað þess að taka þá áhættu sem felst í því að keppa með sjálfstæðum hætti á markaði.⁸⁷
391. Í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 107/2000 segir að skýra beri hugtakið samstilltar aðgerðir rúmt og í samræmi við evrópskan samkeppnisrétt á þann hátt að hugtakið taki til „*sérhverra beinna eða óbeinna samskipta milli fyrirtækja*“ um málefni sem falla undir 10. gr. samkeppnislaga. Banni 10. gr. samkeppnislaga er því ætlað að taka til hvers konar samráðs keppnauta um þau viðskiptamálefni sem bannið tekur til.⁸⁸ Banninu er með öðrum orðum ætlað að ná til allra beinna og óbeinna samskipta keppnauta sem geta raskað samkeppni milli þeirra.⁸⁹ Með slíkum beinum eða óbeinum samskiptum geta keppnautar samræmt markaðshæðun sína og þannig komið á ólögmetu ástandi á markaði, t.d. með skiptingu markaðar eða takmörkun framboðs.
392. Við mat á því hvaða háttsemi telst til samstilltra aðgerða hefur dómstóll ESB slegið eftirfarandi föstu:
- Að líta verði til þess grundvallaratriðis að í samkeppni í skilningi samkeppnisréttarins felist að hvert fyrirtæki fyrir sig verði að ákveða sjálfstætt hvernig það ætli að hegða sér á markaði.⁹⁰
 - Að krafa um sjálfstæði banni ekki að fyrirtæki grípi til aðgerða vegna hegðunar eða hugsanlegrar hegðunar keppnauta á markaðnum. Hún leggi hins vegar strangt bann (e. *strictly preclude*) við hvers konar samskiptum milli keppnauta sem hafi það markmið eða af þeim leiði að reynt sé að hafa áhrif á hegðun núverandi eða væntanlegs keppnautar á markaðnum eða honum greint frá aðgerðum sem viðkomandi fyrirtæki ætli að grípa til eða hugleiði að grípa til á markaðnum.⁹¹

⁸⁷ Sjá t.d. mgr. 22 í dómi dómstóls ESB frá 14.01.2021 í máli nr. C-450/19, Kilpailu- ja kuluttajavirasto, EU:C:2021:10: „*The concept of a concerted practice within the meaning of Article 101(1) TFEU refers to a form of coordination between undertakings which, without being taken to the stage where an agreement properly so called has been concluded, knowingly substitutes for the risks of competition practical cooperation between them (judgment of 26 January 2017, Duravit and Others v Commission, C-609/13 P, EU:C:2017:46, paragraph 70 and the case-law cited).*”

⁸⁸ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 18.06.2013 í máli nr. T-404/08, Fluorsid & Minmet gegn framkvæmdastjórninni: „*The concepts of agreement and concerted practice within the meaning of Article 81(1) EC are intended to catch forms of collusion having the same nature and are only distinguishable from each other by their intensity and the forms in which they manifest themselves (Case C-49/92 P Commission v Anic Partecipazioni [1999] ECR I-4125, paragraphs 131 and 132, and Case T-9/99 HFB and Others v Commission [2002] ECR II-1487, paragraph 190).*” (mgr. 75).

⁸⁹ Sjá dóm dómstóls ESB frá 11.09.2014 í máli nr. C-383/12, MasterCard gegn framkvæmdastjórninni: „*Without prejudice to the right of economic operators to adapt themselves intelligently, but independently, to the existing or anticipated conduct of their competitors ... Article 81 EC catches all forms of cooperation and of collusion between undertakings, including by means of a collective structure or a common body, such as an association, which are calculated to produce the results which that provision aims to suppress [...]*” (mgr. 62).

⁹⁰ Sjá t.d. mgr. 173 í dómi dómstóls ESB í sameinuðum málum nr. m.a. 40/73, Coöperative Suiker Unie gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:1975:174: „*The criteria of coordination and cooperation laid down by the Case-law of the Court, which in no way require the working out of an actual plan, must be understood in the light of the concept inherent in the provisions of the Treaty relating to competition that each economic operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the common market including the choice of the persons and undertakings to which he makes offers or sells.*” Sjá einnig mgr 32 í dómi dómstóls ESB frá 4.06.2009 í máli nr. C-8/08, T-Mobile, EU:C:2009:343: „*[...] the criteria of coordination and cooperation necessary for determining the existence of a concerted practice are to be understood in the light of the notion inherent in the Treaty provisions on competition, according to which each economic operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the common market [...]*”. Sjá einnig mgr. 119 í dómi dómstóls ESB frá 19.03.2015 í máli nr. C-286/13, Dole gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2015:184 og mgr. 39 í dómi undirréttar ESB frá 11.07.2019 í máli nr. T-530/15, Huhtamäki Oyj gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2019:498.

⁹¹ Sjá t.d. mgr. 174 í dómi dómstóls ESB í sameinuðum málum nr. m.a. 40/73, Coöperative Suiker Unie gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:1975:174: „*Although it is correct to say that this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market.*” Sjá einnig t.d. mgr. 33 í dómi dómstóls ESB frá 4.06.2009 í máli nr. C-8/08, T-Mobile, EU:C:2009:343, mgr. 120 í dómi dómstóls ESB frá 19.03.2015 í máli nr. C-286/13, Dole gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2015:184 og mgr. 40 í dómi undirréttar ESB frá 11.07.2019 í máli nr. T-530/15, Huhtamäki Oyj gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2019:498.

- Að hugtakið samstilltar aðgerðir feli í sér, auk samskipta milli fyrirtækja, hegðun á markaðnum í tengslum við þau samskipti og orsakasamband þar á milli. Hins vegar séu löglíkur fyrir því að fyrirtæki sem starfi á markaði og taki þátt í samstilltum aðgerðum (t.d. með viðræðum um verð eða önnur viðskiptamálefni) hafi hliðsjón af þeim upplýsingum sem komi fram í slíkum viðræðum þegar þau taki ákvarðanir um eigin aðgerðir á markaðnum, nema að viðkomandi fyrirtæki geti sannað annað. Um brot sé að ræða þótt ekki liggi fyrir að viðræðurnar hafi í raun raskað samkeppni.⁹² Framangreint eigi enn frekar við þegar fyrirtæki hafi haft með sér samstilltar aðgerðir yfir langt tímabil.⁹³ Sönnunarkröfur séu strangar. Viðkomandi fyrirtæki verði að sanna að það séu engin tengsl milli samskipta við keppinauta og ákvarðana þess um hegðun á markaði. Gögn um t.d. mikla samkeppni á viðkomandi markaði hafi ekki þótt duga til að sýna fram á að samskipti keppinauta hafi ekki dregið úr óvissu á honum.⁹⁴
- Ekki er hins vegar skilyrði að lögum að samskipti milli fyrirtækja hafi verið yfirgripsmikil í tíma eða að umfangi. Í *T-Mobile* málinu höfðu upplýsingaskipti átt sér stað milli keppinauta á einum fundi. Fyrir dómstóli ESB hélt viðkomandi fyrirtæki því fram að framangreindar löglíkur gætu ekki átt við þar sem aðeins hefði verið um einn fund að ræða.⁹⁵ Dómstóllinn féllst ekki á þetta. Þessar löglíkur eru því einnig fyrir hendi þótt keppinautar hafi aðeins átt í viðræðum á einum fundi.⁹⁶ Sem fyrr segir er ekki skilyrði að sýnt sé fram á að þessi hegðun á markaði hafi í raun haft skaðleg áhrif á samkeppni.⁹⁷

393. Í dómafráttæmd hér á landi hefur m.a. verið bent á eftirfarandi:

⁹² Sjá t.d. mgr. 126 -127 í dómi dómstóls ESB frá 19.03.2015 í máli nr. C-286/13, *Dole* gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2015:184: „[...] it should be pointed out that the concept of a concerted practice, as it derives from the actual terms of Article 81(1) EC, implies, in addition to the participating undertakings concerting with each other, subsequent conduct on the market and a relationship of cause and effect between the two (judgment in *T-Mobile Netherlands and Others*, C-8/08, EU:C:2009:343, paragraph 51 and the case-law cited).”

*In that regard, the Court has held that, subject to proof to the contrary, which the economic operators concerned must adduce, it must be presumed that the undertakings taking part in the concerted action and remaining active on the market take account of the information exchanged with their competitors in determining their conduct on that market. In particular, the Court has concluded that such a concerted practice is caught by Article 81(1) EC, even in the absence of anticompetitive effects on the market (judgment in *T-Mobile Netherlands and Others*, C-8/08, EU:C:2009:343, paragraph 51 and the case-law cited).”*

⁹³ Sjá dóm dómstóls ESB frá 8.07.1999 í máli nr. C-49/92, framkvæmdastjórnin gegn *Anic*, EU:C:1999:356. Í dómnum segir þetta: „For one thing, subject to proof to the contrary, which it is for the economic operators concerned to adduce, there must be a presumption that the undertakings participating in concerting arrangements and remaining active on the market take account of the information exchanged with their competitors when determining their conduct on that market, particularly when they concert together on a regular basis over a long period, as was the case here [...]” (mgr. 121).

⁹⁴ Sjá dóm dómstóls ESB frá 05.12.2013 í máli nr. C-455/11, *Solvay* gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2013:796, mgr.43:44: „In order to rebut that presumption, it is for the undertaking concerned to prove that the concerted action did not have any influence whatsoever on its own conduct on the market (see Case C-199/92 *P Hüls v Commission* [1999] ECR I-4287, paragraph 167). The proof to the contrary must therefore be such as to rule out any link between the concerted action and the determination, by that undertaking, of its conduct on the market.”

In that regard, it must be stated that probative data illustrating the competitive nature of the market and, in particular, the decrease of prices during the period concerned cannot suffice, of itself, to rebut that presumption. That data does not of itself make it possible to prove that that undertaking did not take account of the information exchanged with its competitors in determining its conduct on the market. It follows that that data does not of itself preclude the presumption that the concerted action enabled that undertaking to eliminate uncertainties regarding its conduct on the market, so that normal competition might as a result have been prevented, restricted or distorted.”

⁹⁵ Dómur dómstóls ESB frá 04.06.2009 í máli nr. C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, mgr. 55.

⁹⁶ Sjá mgr. 62: „[...] in so far as the undertaking participating in the concerted action remains active on the market in question, there is a presumption of a causal connection between the concerted practice and the conduct of the undertaking on that market, even if the concerted action is the result of a meeting held by the participating undertakings on a single occasion.”

⁹⁷ Sjá dóm dómstóls ESB frá 08.07.1999 í máli nr. C-49/92, framkvæmdastjórnin gegn *Anic*, EU:C:1999:356: „[...] although the very concept of a concerted practice presupposes conduct by the participating undertakings on the market, it does not necessarily mean that that conduct should produce the specific effect of restricting, preventing or distorting competition.” (mgr. 124). Í álitu Kokott aðallögsgöggumans við dómstóls ESB frá 19.02.2009 í máli nr. C-8/08, EU:C:2009:110, er þetta orðað svo: „The concept of a concerted practice for the purposes of Article 81(1) EC implies, first, concertation between the undertakings concerned, second, conduct on the market following such concertation and, third, a relationship of cause and effect between concertation and market conduct, without any requirement, however, that this market conduct as such should result in a specific restriction on competition.” (mgr. 74).



- Í framangreindum dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 29. maí 2006 í máli nr. E-6187/2005, Sjóvá-Almennar tryggingar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu, segir: „Í samstilltum aðgerðum felst að fyrirtæki hafi vísitandi með sér einhvers konar samkeppnishamlandi samvinnu, án þess að hún byggist á samningi. Þannig getur verið um samstilltar aðgerðir að ræða þegar um einhvers konar samskipti milli keppnauta er að ræða, t.d. á fundi, í viðræðum eða með upplýsingaskiptum. Það er grundvallaratriði í samkeppni í skilningi samkeppnisréttarins að hvert fyrirtæki fyrir sig verði að ákveða sjálfstætt hvernig það ætlar að hegða sér á markaði.“
- Í tilvitnuðum dómi Hæstaréttar Íslands frá 1. desember 2016 í máli nr. 360/2015 var áréttað að skýra beri „hugtakið samstilltar aðgerðir rúmt á þann hátt að það [taki] til sérhverra beinna eða óbeinna samskipta fyrirtækja sem [hafi] þann tilgang að hafa áhrif á samkeppni eða [hafi] slík áhrif í reynd. Í þessu [geti] meðal annars falist að fyrirtæki [skiptist] á upplýsingum um verð og af því [leiði] samræmd markaðshegðun.“ Bent var á hið sama í dómi Hæstaréttar frá 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019.

394. Af framangreindu leiðir að um samstilltar aðgerðir geti verið að ræða þótt keppnautar hafi ekki fallist á eða hegðað sér samkvæmt fyrirfram gerðri áætlun eða sýnt sé fram á sameiginlegan vilja viðkomandi keppnauta.⁹⁸
395. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019 er bent á að það sé ekki „skilyrði brots að gagnkvæm upplýsingaskipti eigi sér stað heldur nægir að einn keppnautur greini öðrum frá áformum sínum eða athöfnum á markaðnum að beiðni hins síðarnefnda eða að minnsta kosti sá veiti upplýsingunum viðtöku, sbr. til hliðsjónar dóm undirréttar Evrópu dómstólsins 8. júlí 2008 í máli nr. T-53/03, BPB gegn framkvæmdastjórninni.“ Í framangreindum leiðbeinandi reglum ESA frá árinu 2013 segir um þetta að ólögmaetar samstilltar aðgerðir geti falist í því að „eitt fyrirtæki kemur upplýsingum um viðskiptaáform sín á framfæri við einn eða fleiri keppnauta, og þeir taka við þeim.“ Sé þannig ekki skilyrði fyrir broti þó viðtakandi upplýsinganna sýni engin viðbrögð. Er um brot að ræða nema viðtakandinn „bregðist við með ótvíræðri yfirlýsingu“ um að hann vilji ekki fá í hendur slíkar upplýsingar, sbr. mgr. 62 í reglunum.
396. Samkvæmt framansögðu er um samstilltar aðgerðir í skilningi 10. gr. samkeppnislaga að ræða ef fyrirtæki á fundi, í símtali, í bréfi, í tölvupósti eða með öðrum hætti eiga viðræður eða skiptast á eða taka við hvers konar upplýsingum um atriði sem hafa þýðingu fyrir samkeppni þeirra á milli.
397. Því hefur verið slegið föstu í samkeppnisrétti að það feli í sér ólögmaeta samstillta aðgerð ef fyrirtæki veitir keppnauti sínum upplýsingar til undirbúnings samkeppnishamlandi samstarfi þeirra. Brotið er ekki háð því að samstarfið hafi komist til framkvæmda.⁹⁹
398. Fyrirtæki brýtur þannig gegn 10. gr. samkeppnislaga ef það tekur á móti upplýsingum um atriði sem falla undir ákvæðið ef upplýsingarnar eru veittar t.d. á fundi eða í símtali og fyrirtækið lætur ekki uppi nein mótmæli þegar því er látin umrædd vitneskja í té. Í framangreindum dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 29. maí 2006 er þetta orðað svo: „þegar aðili tekur þátt í fundi, eða öðrum samskiptum, þar sem viðræður eða upplýsingaskipti eiga sér stað, sem þýðingu hafa við

⁹⁸ Sjá t.d. mgr. 300 í dómi undirréttar ESB frá 14.03.2013 í máli nr. T-587/08, Fresh Del Monte gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2013:129: „Having regard to those definitions, the intervener's complaint that the contested decision does not mention a meeting of minds between it and Dole or the existence of a common course of conduct is irrelevant, since the conduct in question falls within the specific legal classification of a concerted practice and not of an anti-competitive agreement.“ Sjá hér einnig dóm dómstóls ESB í málinu (dómur frá 24.06.2015 í máli nr. C-293/13, EU:C:2015:416). Sjá jafnframt Jones & Sufrin, EU Competition Law, fimmta útgáfa 2014, bls. 165. Í umfjöllun um túlkun dómstóla ESB á hugtakinu samstilltar aðgerðir segir: „[...] the concept does not require an actual plan or a „meeting of minds“ [...]“.

⁹⁹ Sjá hér mgr. 178 í dómi undirréttar ESB frá 08.07.2008 í máli nr. T-53/03, BPB gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2008:254: „[...] it must be recalled that the disclosure of information to one's competitors in preparation for a cartel suffices to prove the existence of a concerted practice within the meaning of Article 81 EC (see, to that effect, Case T-148/89 Tréfilunion v Commission [1995] ECR II-1063, paragraph 82).“ Sjá hér einnig mgr. 89 í dómi sama dómstóls frá 16.06.2011 í máli nr. T-186/06, Solvay gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2011:276 og mgr. 194 í dómi frá 12.07.2018 í máli nr. T-475/14, Prysmian SpA gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2018:448.



verðákvörðun, telst hann hafa brotið samkeppnisreglur, nema hann geti sýnt fram á að hann hafi látið uppi mótmæli eða sett fram fyrirvara þegar honum var látin vitneskjan í té."

399. Þegar gögn málsins sýna að fyrirtæki hafi tekið þátt í samskiptum af þessum toga þá er það viðkomandi fyrirtækis að sanna að það hafi sett fram fullnægjandi mótmæli gagnvart keppinautum sínum. Annars telst fyrirtækið hafa tekið þátt í ólögætu samráði.¹⁰⁰ Í mgr. 81-85 í dómi dómstóls ESB frá 7. janúar 2004 í sameinuðum málum nr. m.a. C-204/00, *Aalborg Portland o.fl. gegn framkvæmdastjórninni*, eru dregin fram meginþingarmíð sem gilda um mat á samskiptum keppinauta af framangreindum toga. Draga má saman þá umfjöllun með eftirfarandi hætti:

- Það er samkeppnisyfirvalda að sanna að fyrirtæki hafi átt í samskiptum við keppinauta um t.d. verð. Slík sönnun er fullnægjandi til að sýna fram á þátttöku í ólögætu samráði.¹⁰¹
- Ef sönnun um slík samskipti liggur fyrir hvílir á viðkomandi fyrirtæki að sanna að það hafi þrátt fyrir þau ekki ætlað sér að raska samkeppni. Það verður fyrirtækið að gera með því að sanna að það hafi gert keppinautum sínum grein fyrir þessu.¹⁰²
- Rökin fyrir þessari reglu eru að hafi fyrirtækið tekið þátt í samskiptum af þessum toga án þess að mótmæla með opinberum hætti (e. „publicly distancing“) gefur það keppinautum til kynna að það sé sammála því sem fram fór.¹⁰³
- Ef fyrirtæki mótmælir ekki slíkum samskiptum, eða vekur ekki athygli yfirvalda á þeim, þá er það í raun að hvetja til þeirra og vinnur það gegn því að samráð sé upprætt. Án mótmæla er þannig um að ræða þögla þátttöku í brotinu.¹⁰⁴
- Þrátt fyrir að fyrirtæki fari ekki eftir því sem fram hafi komið í samskiptum við keppinauta breytir það engu um brot þess ef það setti ekki fram mótmæli í samskiptunum.¹⁰⁵

400. Í mgr. 182 – 185 í athugasemdum Samskipa við AI er fjallað m.a. um atriði sem tengjast túlkun á samstilltum aðgerðum í samkeppnisrétti. Ekkert sem þar kemur fram getur að mati Samkeppniseftirlitsins haggð framangreindri lýsingu á gildandi rétti, sbr. nánari umfjöllun í kafla 24.8.

4.3. Hugtakið samráð

401. Sem fyrr segir er í samkeppnisrétti ekki nauðsynlegt að flokka brot með þeim hætti að skilgreina nákvæmlega hvort tiltekin samskipti teljist annað hvort vera samningur eða samstilltar aðgerðir. Hugtökin samningur og samstilltar aðgerðir eru túlkuð rúmt auk þess sem þau geta skarast. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 er þannig bent á að samkvæmt lögskýringum í samkeppnisrétti „skiptir ekki máli í hvaða formi samningar, samþykktir eða samstilltar aðgerðir eru og hugtökin eru þar að auki skýrð rúmt í hefðbundnum samkeppnisrétti.“

¹⁰⁰ Þetta hefur ítrekað komið fram í dómum dómstóls ESB, sbr. t.d. mgr. 73 í dómi dómstólsins frá 06.12.2012 í máli nr. C-441/11, *framkvæmdastjórnin gegn Verhuizingen Coppens*, EU:C:2012:778.

¹⁰¹ EU:C:2004:6, mgr. 81: „According to settled case-law, it is sufficient for the Commission to show that the undertaking concerned participated in meetings at which anti-competitive agreements were concluded, without manifestly opposing them, to prove to the requisite standard that the undertaking participated in the cartel.“

¹⁰² Mgr. 81: „Where participation in such meetings has been established, it is for that undertaking to put forward evidence to establish that its participation in those meetings was without any anti-competitive intention by demonstrating that it had indicated to its competitors that it was participating in those meetings in a spirit that was different from theirs [...]“

¹⁰³ Mgr. 82: „The reason underlying that principle of law is that, having participated in the meeting without publicly distancing itself from what was discussed, the undertaking has given the other participants to believe that it subscribed to what was decided there and would comply with it.“

¹⁰⁴ Mgr. 84: „[...] a party which tacitly approves of an unlawful initiative, without publicly distancing itself from its content or reporting it to the administrative authorities, effectively encourages the continuation of the infringement and compromises its discovery. That complicity constitutes a passive mode of participation in the infringement [...]“

¹⁰⁵ Mgr. 85: „Nor is the fact that an undertaking does not act on the outcome of a meeting having an anti-competitive purpose such as to relieve it of responsibility for the fact of its participation in a cartel, unless it has publicly distanced itself from what was agreed in the meeting.“



402. Hugtakið samráð er samheiti yfir öll þau samskipti fyrirtækja sem falla undir 10. gr. samkeppnislaga, sbr. 4. mgr. 41. gr. a laganna.
403. Hugtakið samráð tekur þannig til allra birtingarmynda á ólögmætum samskiptum milli keppinauta sem falla undir 10. gr. samkeppnislaga. Tekur hugtakið þannig jafnt til þess þegar keppinautar beinlínis gera með sér skriflegan samning um að hækka verð og til þess þegar fyrirtæki veitir keppinauti sínum viðskiptalegar upplýsingar sem hann tekur við og mótmælir ekki.

4.4. Samráð hafi að markmiði að raska samkeppni eða það leiði af því

404. Í 1. mgr. 10. gr. samkeppnislaga er lagt bann við öllu samráði sem hefur að „markmiði“ (e. „object“) eða „af því leiðir“ (e. „effect“) að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað. Hið sama á við um 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Gilda mismunandi sönnunarreglur eftir því hvort samráð hefur að „markmiði“ að raska samkeppni eða „af því leiðir“ slík röskun.¹⁰⁶
405. Í dómi Hæstaréttar frá 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019 var þetta tekið fram:
- „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. Við þær aðstæður er ekki þörf á að sýna fram á að samningarnir eða aðgerðirnar hafi haft áhrif á verðlagningu til neytenda, enda er ákvæðinu ekki einungis ætlað að vernda einstaka keppinauta eða neytendur heldur jafnframt uppbyggingu markaðarins og undirstöður samkeppninnar, sbr. til hliðsjónar dóm Evrópudómstólsins 4. júní 2009 í máli C-8/08, T-Mobile Netherlands.“*
406. Þegar samráð hefur þannig það „að markmiði“ að raska samkeppni telst 10. gr. samkeppnislaga brotin við það eitt að tiltekin háttsemi á sér stað. Þarf þá ekki að taka til athugunar áhrif samráðsins á samkeppni, þ.e. hvort það hafi raskað samkeppni.¹⁰⁷ Þannig þarf ekki að sýna fram á að samráðið hafi „raunveruleg eða hugsanleg“ samkeppnishamlandi áhrif.¹⁰⁸ Byggir þetta á því mati að ákveðin samvinna eða samskipti milli fyrirtækja séu í eðli sínu það skaðleg að ekki sé þörf á að taka það til athugunar í hverju máli fyrir sig hvort þau hafi raskað eða verið líkleg til þess að raska samkeppni, sbr. framangreindan dóm Hæstaréttar og mgr. 48 í dómi EFTA-dómstólsins frá 22. desember 2016 í máli nr. E-3/16, *Ski Taxi gegn Noregi*.¹⁰⁹ Hefur verið bent á að hér liggja til grundvallar áþekk sjónarmið og gilda um hættubrot í refsirétti.¹¹⁰

¹⁰⁶ Sjá mgr. 63 í dómi dómstóls ESB frá 30.01.2020 í máli nr. C-307/18, Generics (UK), EU:C:2020:52.

¹⁰⁷ Sjá mgr. 64 í dómi dómstóls ESB frá 30.01.2020 í máli nr. C-307/18, Generics (UK), EU:C:2020:52. Sjá einnig t.d. dóm dómstóls ESB frá 13.10.2011 í máli nr. C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, EU:C:2011:649: „Where the anticompetitive object of the agreement is established it is not necessary to examine its effects on competition [...]“ (mgr. 34). Undirréttur ESB hefur orðað þetta svo: „According to consistent case-law ... there is no need to take account of the concrete effects of an agreement when it has as its object the prevention, restriction or distortion of competition [...] There is therefore no need to examine the arguments of the parties concerning the concrete effects of the measure in question.“ Dómur undirréttar ESB frá 21.10.2003 í máli nr. T-368/00, EU:T:2003:275, General Motors og Opel gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 104.

¹⁰⁸ Sjá til hliðsjónar til dæmis leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins (2007/EES/42/01), mgr. 11 og dóm dómstóls ESB í máli nr. C-7/95, EU:C:1998:256, John Deere gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 77.

¹⁰⁹ Sjá hér mgr. 35 í dómi dómstóls ESB frá 02.04.2020 í máli nr. C-228/18, Budapest Bank o.fl., EU:C:2020:265. Sjá einnig t.d. dóm dómstóls ESB frá 20. nóvember 2008 í máli nr. C-209/07, EU:C:2008:643, Competition Authority gegn Beef Industry Development Society: „The distinction between ‘infringements by object’ and ‘infringements by effect’ arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition.“ (mgr. 17).

¹¹⁰ Sjá álit Kokott aðallögsögumans við dómstóls ESB frá 09.02.2009 í máli nr. C-8/08, EU:C:2009:110, T-Mobile: „[...] the prohibition on ‘infringements of competition by object’ resulting from Article 81(1) EC is comparable to the risk offences (Gefährdungsdelikte) known in criminal law: in most legal systems, a person who drives a vehicle when significantly under the influence of alcohol or drugs is liable to a criminal or administrative penalty, wholly irrespective of whether, in fact, he endangered another road user or was even responsible for an accident. In the same vein, undertakings infringe European competition law and may be subject to a fine if they engage in concerted practices with an anti-competitive object; whether in an individual case, in fact, particular market participants or the general public



407. Þegar háttsemi er í eðli sínu skaðleg dugar eftirfarandi til að sýna fram á markmiðsbrot:
- „Concerning such practices, all that is required is the demonstration that they can in fact be classified as 'restrictions by object', though mere unsubstantiated allegations are not however sufficient.”¹¹¹*
408. Hugtakið markmið í 10. gr. samkeppnislaga vísar ekki til huglægrar afstöðu þeirra sem standa að tilteknu samráði. Samráð getur þannig haft að markmiði að raska samkeppni þótt viðkomandi fyrirtæki hafi ekki haft ásetning um að eyða eða raska samkeppni.¹¹² Markmið samráðs í skilningi samkeppnisréttarins er þess í stað fundið m.a. með því að leggja hlutlægt mat á efni og eðli viðkomandi ráðstafana, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2009, *Bændasamtök Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Tilgangur tiltekinnna samskipta keppinauta getur og haft þýðingu við mat á því hvort þau hafi að markmiði að raska samkeppni í skilningi samkeppnisréttarins, sbr. tilvitnaðan dóm Hæstaréttar Íslands 1. desember 2016 í máli nr. 360/2015.¹¹³ Sama kemur fram í framangreindum dómi EFTA-dómstólsins í máli *Ski Taxi*. Þar segir að tilgangurinn með samskiptum keppinauta hafi þýðingu við mat á því hvort háttsemi hafi það að markmiði að raska samkeppni. Samkvæmt því hafi háttsemi sem miði að því (e. „*aims*“) að raska samkeppni það að markmiði að raska samkeppni (46. mgr.). Við mat á því beri meðal annars að horfa til tilgangsins („*objectives*“, 56. mgr.) með háttseminni.
409. Við mat á því hvort samráð hafi það að markmiði að raska samkeppni skiptir mestu hvort það beri sjálft með sér að valda slíkri röskun á samkeppni (e. „*reveals in itself a sufficient degree of harm to competition*“) að ekki sé þörf á að rannsaka raunveruleg áhrif þess.¹¹⁴ Í þessu sambandi vísast m.a. til dóms Hæstaréttar Danmerkur 27. nóvember 2019 í máli nr. 191/2018.¹¹⁵
410. Við mat á því hvort samráð beri það sjálft með sér að valda slíkri röskun á samkeppni að það teljist hafa það að markmiði verður sem fyrr segir að horfa til þess í hverju það felist, hver sé tilgangurinn með því og því lagalega og efnahagslega umhverfi þar sem samráðið eigi sér stað. Einkenni viðkomandi vöru eða þjónustu og markaðar getur og haft þýðingu.¹¹⁶ Í þessu sambandi verður að

suffer harm is irrelevant.“ (mgr. 47). Sjá einnig mgr. 50 í dómi dómstóls ESB frá 11.09.2014 í máli nr. C-67/13, CB gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2014:2204.

¹¹¹ Mgr. 65 í dómi dómstóls ESB frá 30.01.2020 í máli nr. C-307/18, Generics (UK), EU:C:2020:52.

¹¹² Sjá mgr. 21 í dómi dómstóls ESB frá 20.11.2008 í máli nr. C-209/07, Competition Authority gegn Beef Industry Development Society, EU:C:2008:643. Sjá einnig álit Bobek aðallögsögumanns við dómstól ESB frá 5.09.2019 í máli nr. C-228/18, Budapest Bank, EU:C:2019:678, mgr. 35.

¹¹³ Sjá einnig t.d. mgr. 100-101 í álitu Kokott aðallögsögumanns við dómstól ESB frá 22.01.2020 í máli nr. C-307/18, Generics (UK), EU:C:2020:28.

¹¹⁴ Sjá hér mgr. 106 í dómi dómstóls ESB frá 12.01.2023 í máli nr. C-88/19, HSBC Holdings gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2023:11 og mgr. 37 í dómi dómstóls ESB frá 02.04.2020 í máli nr. C-228/18, Budapest Bank o.fl., EU:C:2020:265. Sjá einnig mgr. 34 í dómi dómstóls ESB frá 26.09.2018 í máli nr. C-98/17, Koninklijke Philips gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2018:774: „[...] according to the case-law of the Court, the essential legal criterion for ascertaining whether an agreement or a concerted practice involves a restriction of competition 'by object', for the purposes of Article 101(1) TFEU, is the finding that such an agreement or practice reveals in itself a sufficient degree of harm to competition for it to be considered that it is not appropriate to assess its effects (see, to that effect, judgment of 27 April 2017, *FSL and Others v Commission*, C-469/15 P, EU:C:2017:308, paragraph 104 and the case-law cited).“

¹¹⁵ Dómur Hæstaréttar Danmerkur 27.11.2019 (mál nr. 191/2018). Í því var ágreiningur um túlkun á reglunni að „*hafa að markmiði*“ að raska samkeppni í dönskum og ESB-samkeppnisrétti. Sjó- og verslunardómstóllinn felldi úr gildi úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem hafði staðfest niðurstöðu danska samkeppniseftirlitsins um að tiltekið samráð hefði það að markmiði að raska samkeppni. Hæstiréttur sneri þeim dómi við og tók m.a. eftirfarandi fram: „*Højesteret finder – ligesom Konkurrenceankenævnet – at der for at anse et forhold for i sig selv at have konkurrencebegrænsning til formål skal være fornøden sikkerhed for, at tiltaget efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger.*“

¹¹⁶ Sjá mgr. 35 í dómi dómstóls ESB frá 26.09.2018 í máli nr. C-98/17, Koninklijke Philips gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2018:774: „*In order to determine whether a type of coordination between undertakings reveals a sufficient degree of harm to competition that it may be considered a restriction of competition 'by object', regard must be had, inter alia, to its content, its objectives and the economic and legal context of which it forms a part. When determining that context, it is also necessary to take into consideration the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question (see, to that effect, judgments of 5 December 2013, *Solvay Solexis v Commission*, C-449/11 P, not published, EU:C:2013:802, paragraph 36; of 19 March 2015, *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, paragraph 117 and the case-law cited; and of 27 April 2017, *FSL and Others v Commission*, C-469/15 P, EU:C:2017:308, paragraph 105 and the case-law cited).*“



taka til skoðunar hvort háttsemi sem alla jafna beri með sér að raska samkeppni geri það ekki sökum sérstakra aðstæðna í viðkomandi máli.¹¹⁷

411. Eins og fram kom í dómi Hæstaréttar í máli nr. 42/2019 er nægilegt að samráð geti „*mögulega raskað samkeppni*“ til þess að það teljist hafa það að markmiði að raska samkeppni. Í réttarframkvæmd í ESB-/EES-rétti er einnig talið fullnægjandi að samráðið geti mögulega (e. „*capable*“) raskað samkeppni. Þannig getur mat á þeim samkeppnishömlum sem leiða raunverulega af slíku samráði aðeins haft áhrif á viðurlög.¹¹⁸
412. Í mgr. 89 í dómi EFTA-dómstólsins í *Ski Taxi* kemur fram að þó ásetningur sé ekki skilyrði fyrir því að samráð teljist hafa það að markmiði að raska samkeppni sé eftir sem áður heimilt að horfa til huglægrar afstöðu.¹¹⁹ Liggi t.d. fyrir vilji til að raska samkeppni geti það leitt til eða verið til stuðnings því að samráð teljist hafa það að markmiði að raska samkeppni í framangreindum skilningi.¹²⁰
413. Í mgr. 90 í sama dómi EFTA-dómstólsins er bent á að m.a. eftirfarandi samráð teljist hafa það að markmiði að raska samkeppni:
- Samráð keppinauta um verðlagningu.
 - Samráð um skiptingu markaða.
 - Samráð um að draga úr framboði.
 - Samráð um skipti á upplýsingum um verð.
414. Í mgr. 25 í dómi dómstóls ESB frá 14. janúar 2021 er bent á að því hafi verið slegið föstu í dómaframkvæmd að bæði verðsamráð og samráð um að skipta með sér viðskiptavinum séu meðal þeirra alvarlegu tegunda af samráði sem hafi að markmiði að raska samkeppni.¹²¹ Í mgr. 114 í dómi dómstóls ESB frá 25. mars 2021 kemur fram að þegar keppinautar hafa viljandi með sér samvinnu í

¹¹⁷ Sjá hér t.d. mgr. 41 og áfram í álit Bobek aðallögsögumanns frá 05.09.2019 í máli nr. C-228/18, Budapest Bank o.fl., EU:C:2019:678. Þar segir að matið á því að „*hafa að markmiði*“ geti farið fram í tveimur skrefum. Fyrst sé horft til þess hvort tiltekið samráðið sé þess eðlis að það sé augljóslega almennt til þess fallið að raska samkeppni, t.d. með hliðsjón af tilgangi þess. Í öðru lagi hvort fyrir hendi séu einhver sérstök lagaleg eða efnahagsleg atriði sem leiði til þess að í viðkomandi máli sé ekki ljóst að umrætt samráð sé til þess fallið að raska samkeppni. Ef svo er þarf að rannsaka hvort af samráðinu „*leiðir*“ að samkeppni sé raskað. Annars ekki. Skýrir Bobek þetta m.a. með eftirfarandi hætti: „*Simplified to a metaphorical extreme, if it looks like a fish and it smells like a fish, one can assume that it is fish. Unless, at the first sight, there is something rather odd about this particular fish, such as that it has no fins, it floats in the air, or it smells like a lily, no detailed dissection of that fish is necessary in order to qualify it as such. If, however, there is something out of the ordinary about the fish in question, it may still be classified as a fish, but only after a detailed examination of the creature in question.*“

¹¹⁸ Sjá dóm dómstóls ESB frá 04.06.2009 í máli nr. C-8/08, EU:C:2009:343, T-Mobile: „*With regard to the assessment as to whether a concerted practice, such as that at issue in the main proceedings, pursues an anti-competitive object, it should be noted, first, as pointed out by the Advocate General at point 46 of her Opinion, that in order for a concerted practice to be regarded as having an anti-competitive object, it is sufficient that it has the potential to have a negative impact on competition. In other words, the concerted practice must simply be capable in an individual case, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the common market. Whether and to what extent, in fact, such anti-competitive effects result can only be of relevance for determining the amount of any fine and assessing any claim for damages.*“ (mgr. 31). Sjá einnig dóm dómstóls ESB frá 14.03.2013 í máli nr. C-32/11, EU:C:2013:160, Allianz Hungária (mgr. 36-38), dóm hans frá 19.03.2015 í máli nr. C-286/13, EU:C:2015:184, Dole Food Company gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 117 og dóm frá 26.09.2018 í máli nr. C-99/17, EU:C:2018:773, Infineon Technologies gegn framkvæmdastjórninni mgr. 157 og áfram. Sjá einnig mgr. 41 í dómi undirréttar ESB frá 11.07.2019 í máli nr. T-530/15, Huhtamäki Oyj gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2019:498.

¹¹⁹ Sjá hér einnig mgr. 53 í dómi dómstóls ESB frá 2.04.2020 í máli nr. C-228/18, Budapest Bank o.fl., EU:C:2020:265.

¹²⁰ Sjá dóm dómstóls ESB frá 11.09.2014 í máli nr. C-67/13, EU:C:2014:2204, Groupement des cartes bancaires gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 54 og dóm dómstólsins frá 04.06.2009 í máli nr. C-8/08, EU:C:2009:343, T-Mobile, mgr. 27. Sjá einnig álit Trstenjak aðallögsögumanns við dómstól ESB frá 04.09.2008 í máli nr. C-209/07, EU:C:2008:467, Competition Authority gegn Beef Industry Development Society, mgr. 46.

¹²¹ Dómur í máli nr. C-450/19, Kilpailu- ja kuluttajavirasto, EU:C:2021:10: „*25. Furthermore, according to settled case-law, agreements to share customers, like agreements on prices, clearly form part of the category of the most serious restrictions of competition (see, to that effect, judgment of 16 July 2015, ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, paragraph 32 and the case-law cited).*“



stað þess að taka þá áhættu sem felst í því að keppa með sjálfstæðum hætti sé án efa um að ræða samráð sem hafi það að markmiði að raska samkeppni.¹²²

415. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að a.m.k. það samráð milli keppinauta, sem lýst er refsivert í 41. gr. a samkeppnislaga, telst hafa að markmiði að raska samkeppni skv. 10. gr. laganna. Vísast um þetta til bls. 52-55 í ákvörðun eftirlitsins nr. 11/2015, sbr. og dóm Hæstaréttar Íslands frá 1. desember 2016 í máli nr. 360/2015. Um er að ræða eftirfarandi samráð fyrirtækja sem starfa á sama sölustigi:
- Samráð um verð, afslætti, álagningu eða önnur viðskiptakjör.
 - Samráð um takmörkun eða stýringu á framboði, framleiðslu, mörkuðum eða sölu.
 - Samráð um skiptingu á birgðalindum eða mörkuðum, t.d. eftir svæðum eða viðskiptavinum.
 - Samráð um gerð tilboða.
 - Samráð um að eiga ekki viðskipti við tiltekin fyrirtæki eða neytendur.
 - Upplýsingagjöf um framangreind atriði.
 - Samráð milli fyrirtækja sem hefur það að markmiði að fyrirtæki hefji ekki samkeppni í atvinnustarfsemi.
416. Í dómaframkvæmd kemur fram að í samkeppnisrétti sæti markmiðsbrot þröngri lögskýringu.¹²³ Hins vegar er samráð sem hefur að markmiði að raska samkeppni ekki tæmandi talið í 1. mgr. 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.¹²⁴ Ekki er skilyrði að tiltekin tegund af háttsemi hafi í eldra máli verið talin hafa haft að markmiði að raska samkeppni.¹²⁵ Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins er þannig ætlað að banna allt samráð sem hefur það að markmiði að raska samkeppni.
417. Ef samráðið hefur ekki slíkt markmið verður að leggja mat á hvort það leiði af því að samkeppni sé takmörkuð, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 9/2008, *Hörður Einarsson gegn Samkeppniseftirlitinu*. Þarf þá að rannsaka hvort t.d. samningur „hafi samkeppnishamlandi áhrif. Líta verður bæði til raunverulegra og hugsanlegra áhrifa. Með öðrum orðum verður að vera líklegt að samningurinn hafi samkeppnishamlandi áhrif.“¹²⁶ Í slíkum tilvikum eru þá metin líkleg áhrif þess á samkeppni ef viðkomandi samráð hefði ekki verið fyrir hendi. Ekki þarf hins vegar að sanna raunveruleg skaðleg áhrif.¹²⁷

¹²² Dómur í máli nr. C-591/16, Lundbeck gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2021:243. „114. [...] agreements whereby competitors deliberately substitute practical cooperation between them for the risks of competition can clearly be characterised as ‘restrictions by object’ (see, to that effect, judgment of 30 January 2020, Generics (UK) and Others, C-307/18, EU:C:2020:52, paragraphs 83 and 87).“

¹²³ Sjá t.d. mgr. 115-116 í álit Rantos aðallögsögumans við dómstól ESB frá 02.03.2023 í máli nr. C-331/21, EU:C:2023:153.

¹²⁴ Sjá hér mgr. 54 í dómi dómstóls ESB frá 02.04.2020 í máli nr. C-228/18, Budapest Bank o.fl., EU:C:2020:265. Sjá einnig mgr. 150 í álit Saugsmandsgaard ØE, aðallögsögumans við dómstól ESB, frá 21.09.2017 í máli nr. C-179/16, EU:C:2017:714, Hoffman-La Roche og Novartis gegn Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: „Although the concept of restriction by object must be interpreted narrowly, it is not limited to the forms of collusion expressly listed in Article 101(1) TFEU. The atypical or novel form of a particular instance of collusion does not prevent the Court from concluding, after an individual, detailed examination, that that collusion, in itself, reveals a sufficient degree of harm to competition.“ Sjá jafnframt mgr. 76 og áfram í dómi dómstóls ESB í málinu, EU:C:2018:25, frá 23.01.2018.

¹²⁵ Sjá mgr. 130 í dómi dómstóls ESB frá 25.03.2021 í máli nr. C-591/16, Lundbeck gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2021:243: „As the General Court rightly pointed out in paragraphs 438 and 774 of the judgment under appeal, it is in no way necessary that the same type of agreement has already been censured by the Commission in order for such agreements to be considered to be restrictive of competition by object [...]“.

¹²⁶ Sjá leiðbeiningu Eftirlitsstofnunar EFTA um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins (2007/EES/42/01), mgr. 11.

¹²⁷ Sjá dóm dómstóls ESB frá 30.01.2020 í máli nr. C-307/18, Generics (UK), EU:C:2020:52, mgr. 117: „In accordance with settled case-law, the restrictive effects on competition may be both real and potential, but they must, in any event, be sufficiently appreciable [...]“. Sjá einnig dóm dómstóls ESB frá 11.09.2014 í máli nr. C-382/12, EU:C:2014:2201, MasterCard gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 161 og áfram.



418. Í athugasemdum við AI leggja Samskip áherslu á stranga túlkun á markmiðsbrotum í samkeppnisrétti. Vísað er í því sambandi til þess að dómstóll ESB hafi í dómi í máli nr. C-67/13 talið að undirrétturinn hefði ranglega komist að þeirri niðurstöðu að ekki bæri að túlka með ströngum hætti samninga sem hefðu það að markmiði að raska samkeppni. Samskip virðast einnig byggja á því að EFTA-dómstóllinn geri enn strangari kröfur að þessu leyti en dómstóll ESB. Telja Samskip að Samkeppniseftirlitið beiti rangri aðferðafræði við mat á því hvort um markmiðsbrot sé að ræða. Kemur þetta fram í mgr. 174 og áfram í athugasemdum við AI.
419. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessi sjónarmið Samskipa. Er nánar fjallað um þetta í kafla 24.10.

4.5. Samfelt samráð

420. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2004 (*Ólögsmætt samráð Kers hf. (áður Olíufélagið hf.), Olíuverzlunar Íslands hf., Skeljungu hf. og Bensínorkunnar ehf.*) var gerð grein fyrir því að í EES/ESB-samkeppnisrétti hefði lengi verið þekkt að líta bæri á samráð sömu keppnauta sem varað hefði ákvæðinn tíma og stefndi að sama markmiði sem eitt áframhaldandi brot sem allir þátttakendur bæru ábyrgð á. Einnig var rífað upp að í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 13/2001 hefði verið litið á samráð grænmetisdreifingarfyrirtækja á tímabilinu 1995 – 1999 sem heildarsamkomulag sem hefði haft það að markmiði að eyða samkeppni og hækka verð á grænmeti og ávöxtum. Í dómi Hæstaréttar í málinu var sagt að um samfellda brotastarfsemi hefði verið að ræða. Í ákvörðuninni var dómaframkvæmd dómstóla ESB reifuð og bent síðan á þetta:

„Að mati samkeppnisráðs leiðir af framangreindu máli og öðrum fordæmum að í samkeppnisrétti er ekki nauðsynlegt að flokka brot með þeim hætti að skilgreint sé nákvæmlega hvort tiltekin hegðun teljist annaðhvort vera samningur eða samstillt aðgerð. Þetta á sérstaklega við í flóknum brotum sem átt hafa sér stað yfir langt tímabil. Með hugtakinu flóknum (e. complex) brotum er í þessu samhengi átt við margþætt samstarf keppnauta þar sem ýmsum aðgerðum er beitt til að ná fram sameiginlegu markmiði. Hugtökin samningur og samstilltar aðgerðir eru teygjanleg og geta skarast. Þegar um er að ræða áframhaldandi sameiginlegar aðgerðir fyrirtækja sem hafa sama meginmarkmið er þannig talið örökrétt að skipta slíkum aðgerðum upp í einstök afmörkuð brot. Bent hefur og verið á að í flóknum samráðsbrotum sem varða mörg fyrirtæki sem um árábil hafa reynt að takmarka samkeppni sín á milli þá sé ekki þörf á að afmarka brot með þessum hætti þar sem bæði samningar og samstilltar aðgerðir fela í sér brot á samkeppnisreglum.“

421. Áframhaldandi samráð af þessum toga er í samkeppnisrétti ýmist nefnt samheitunum samfelt samráð/brotastarfsemi eða heildarsamkomulag/heildarbrot (e. single permanent collusion/single, overall agreement/single continuous infringement). Hér á landi hefur hugtakið samfelt samráð verið notað, sbr. m.a. dóm Hæstaréttar í máli nr. 42/2019.
422. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004, þar sem fjallað var um ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2004 vegna samráðs olíufélaganna, var því lýst hvað fælist í „samfelldu samráði á samkeppnismarkaði.“. Þar sagði m.a.: „Það hefur þýðingu í máli þessu að ákvarða hvort líta megi á sumar aðgerðir áfrýjenda eða allar sem samfellda brotastarfsemi. Upphafstími fyrir fyrningu brota samkvæmt samkeppnislögum getur m.a. oltið á þessu eins og síðar verður vikið að. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þeirrar skoðunar að þegar ólögsmætt samráð milli keppnauta um tengdar aðgerðir standa yfir í langan tíma og hafa það að markmiði að raska samkeppni á tilteknum markaði sé unnt að ræða um samfellda brotastarfsemi eða samfelt samráð. Þegar svo er ber ekki að líta til hvers brots fyrir sig eins og um ótengd brot væri að ræða heldur verður talið að brotastarfsemi ljúki ekki fyrr en síðasta broti lýkur. Hegðunarform fyrirtækjanna innan samstarfsins skiptir ekki öllu máli ef á annað borð er unnt að líta svo á að um brot á 10. gr. samkeppnislaga hafi verið að ræða. Í heildina tekið má því segja að starfi fyrirtæki reglubundið saman á ákvæðnu tímabili til að ná fram sameiginlegu markmiði um að raska samkeppni andstætt ákvæðnum 10. gr. samkeppnislaga megi líta svo á að um samfelt samráð þeirra allra hafi verið að ræða. Bann



samkeppnislaga við samráði fyrirtækja taka samkvæmt framansögðu til allra fyrirtækja sem starfa reglubundið saman með endurteknum og skipulögðum aðgerðum í sama efnahagslega umhverfi. Veigamikil vísbending um að svo sé felst í því að fyrirtækin fylgist hvert með öðru og geri athugasemdir ef brugðið er út af. Ekki er hér skilyrði að þau taki öll þátt í hverju broti fyrir sig."

423. Skilyrði fyrir því að um samfellt samráð sé að ræða er að fyrir liggja það sem nefnt er „heildaráætlun“ (e. „overall plan“) sem feli í sér sameiginlegt markmið samráðsfyrirtækjanna, að þau vísitandi taki þátt í að framkvæma áætlunina og samráðsfyrirtækin hafi vitað eða mátt vita um aðgerðir annarra þátttakenda í samráðinu.¹²⁸ Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2004 er bent á að þegar samráðsbrot nái yfir langt tímabil þá nái hugtakið samningur í samkeppnisrétti „ekki aðeins yfir „heildaráætlunina“ eða það sem ákveðið hefur verið heldur einnig til framkvæmdar í tengslum við samráðið“. Í ákvörðuninni segir meðal annars svo: „Eins og áður sagði taldi dómstóll EB í Anic málinu að hugtakið samningur geti ekki aðeins falist í einni tiltekinni aðgerð heldur geti það einnig tekið til samfelldrar raðar af aðgerðum. Samkvæmt þessu má líta á samráð tiltekinna keppinauta sem eitt áframhaldandi brot á því tímabili sem það stóð yfir. Um slíkt samfellt samráð er að ræða þegar viðkomandi fyrirtæki starfa saman á ákveðnu tímabili til að ná fram sameiginlegu markmiði um að takmarka eða raska samkeppni. Sú staðreynd að fyrirtæki eiga í reglubundnum samskiptum um t.d. verð gefur til kynna að um samfellt samráð sé að ræða. Aðgerðirnar sem felast í samstarfinu geta annað hvort falist í samningum eða samstilltum aðgerðum. Það samstarf sem felst í þessu broti getur breyst frá einum tíma til annars, t.d. til að aðlagast ytri breytingum. Engu breytir þótt unnt sé að líta á einhvern þátt þessa samstarfs sem sjálfstætt brot á 10. gr. samkeppnislaga."
424. Áfrýjunarnefndin staðfesti þá niðurstöðu samkeppnisráðs að um hefði verið að ræða samfellt samráð olíufélaganna. Það hafði áhrif á mat nefndarinnar á atvikum málsins: „Samráðið hefur staðið yfir í mörg ár og sameiginlegt markmið þeirra hefur verið að raska kerfisbundið samkeppni með ýmsum samráðsaðgerðum sem voru einkum í því fólgin að eyða samkeppni og hækka vöruverð. Ekki verður talið skipta máli undir hvaða lið ákvæðisins einstök samráðstilvik verða felld og hvert þeirra um sig verður ekki skoðað sem einangrað fyrirbæri heldur hluti af heild."
425. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2015, Brot Byko ehf. á 10. gr. samkeppnislaga, segir að ýmis atriði „geta gefið vísbendingar um samfellt samráð en eftirfarandi þykir gefa umtalsverða vísbendingu um samfellt samráð:
- Markmið viðkomandi aðgerða er hið sama eða áþekkt.
 - Samráðið tekur til sömu vöru eða vöruflokka.
 - Sömu fyrirtækin taka þátt í samráðinu.
 - Sams konar aðgerðir eru notaðar til að framkvæma samráðið.
 - Sömu starfsmenn viðkomandi fyrirtækja koma að samráðinu.
 - Samráðið tekur til sama landsvæðis".¹²⁹

¹²⁸ Sjá einnig t.d. dóm undirréttar ESB frá 16.06.2011 í máli nr. m.a. T-204/08, Team Relocations gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2011:286. Í mgr 33: „In Case C-49/92 P Commission v Anic Partecipazioni [1999] ECR I-4125, paragraph 82, the Court of Justice stated that it would be artificial to split up continuous conduct, characterised by a single purpose, by treating it as consisting of several separate infringements, when what was involved was a single infringement which progressively manifested itself in both agreements and concerted practices.“ Í mgr. 37 segir: „[...] it is apparent from that case-law that three conditions must be met in order to establish participation in a single and continuous infringement, namely the existence of an overall plan pursuing a common objective, the intentional contribution of the undertaking to that plan, and its awareness (proved or presumed) of the offending conduct of the other participants.“ Staðfestur með dómi dómstóls ESB 11.07.2013 í máli nr. C-444/11, EU:C:2013:464.

¹²⁹ Sjá t.d. mgr. 241 í dómi undirréttar ESB frá 3.03.2011 í máli nr. T-110/07, Siemens gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2001:68: „In that regard, a number of criteria have been identified in the case-law as relevant for assessing the single nature of the infringement, namely the fact that the objectives of the practices at issue were identical or different (Case T-21/99 Dansk Røhrindustri v Commission [2002] ECR II-1681, paragraph 67; see, also, to that effect, Case C-

426. Ekki er hins vegar skilyrði fyrir því að um samfellt samráð sé að ræða að brotið taki til sama landsvæðis eða sömu tegunda af vörum eða þjónustu. Um samfellt samráð getur þannig verið að ræða þótt það eigi sér stað á ólíkum mörkuðum.¹³⁰ Fyrirtæki þarf heldur ekki að vera starfandi á þeim markaði sem samráðið átti sér stað til þess að teljast hafa tekið þátt í samfelldu samráði.¹³¹

4.6. Nánar um tiltekna þætti samráðs

427. Sem fyrr segir fela m.a. markaðsskipting, samráð um verð og framboð og viss upplýsingaskipti milli keppinauta í sér samkeppnishömlur sem hafa að markmiði að raska samkeppni í skilningi samkeppnisréttarins. Verður nú nánar fjallað um hvað felst í þessu. Þá veitir framkvæmd í samkeppnisrétti hér á landi leiðbeiningu um samvinnu flutningafyrirtækja sem felur í sér ólögmaett samráð.

428. Hér á landi eru og hafa verið í gildi sérstakar EES-reglur um samstarf skipafélaga. Veita þær leiðbeiningu um hvenær samvinna og samskipti skipafélaga fela í sér samráðsbrot. Verður þeim einnig lýst.

4.6.1. Samvinna sem á sér stað til að losna við þá óvissu sem leiðir af samkeppni

429. Sjálfstæði fyrirtækja og æskileg óvissa þeirra um m.a. fyrirætlanir keppinauta eru grunnstoðir fyrir samkeppni. Banni samkeppnisréttarins við samskiptum og samvinnu keppinauta er ætlað að verja þessar grunnstoðir, sbr. umfjöllun hér að framan.

430. Sökum framangreinds getur samráð, þar sem keppinautar hafa með sér hagnýta samvinnu til að losna við þá óvissu sem felst í samkeppni, falið í sér markmiðsbrot. Var þetta orðað svo í dómi dómstóls ESB frá 30. janúar 2020:

„Further, the Court has also held that agreements whereby competitors deliberately substitute practical cooperation between them for the risks of competition can be characterised as ‘restrictions by object’ (see, to that effect, judgment of 20 November 2008, Beef Industry Development Society and Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, paragraph 34).”¹³²

431. Hnykkt var á þessari reglu í dómi dómstóls ESB frá 25. mars 2021 og tekið fram að slík samvinna keppinauta feli án efa eða skýrlega í sér (e. „clearly”) samráð sem hafi það að markmiði að raska samkeppni.¹³³

113/04 P Technische Unie v Commission [2006] ECR I-8831, paragraphs 170 and 171, and Jungbunzlauer v Commission, paragraph 184 above, paragraph 312), the identical nature of the relevant goods or services (see, to that effect, judgment of 15 June 2005 in Joined Cases T-71/03, T-74/03, T-87/03 and T-91/03 Tokai Carbon and Others v Commission, not published in the ECR, paragraph 118, 119 and 124, and Jungbunzlauer v Commission, paragraph 184 above, paragraph 312), the fact that the undertakings which took part were identical (Jungbunzlauer v Commission, paragraph 184 above, paragraph 312), and the identical nature of the means of implementing the cartel (Dansk Røhrindustri v Commission, paragraph 68). The fact that the physical persons involved on behalf of the undertakings are identical and that the geographical scope of the practices at issue is identical are other relevant criteria.”

¹³⁰ Sjá t.d. mgr. 67 í dómi dómstóls ESB frá 26.01.2017 í máli nr. C-626/13, Villeroy & Boch gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2017:54: „[...] as regards the appellant’s argument that the conditions for the recognition of a single infringement were not met in the present case since the Commission did not define the relevant market, it must be noted, as the General Court correctly stated in paragraph 54 of the judgment under appeal and as the appellant accepts, that the fact that the infringement extended over distinct product and geographic markets does not in any event preclude the finding of a single infringement. Thus, this argument is in any event ineffective.”

¹³¹ Sjá mgr. 46 og áfram í dómi undirréttar ESB frá 8.09.2010 í máli nr. T-29/05, Deltafina gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2010:355. Sjá einnig mgr. 128 í dómi undirréttarins frá 27.02.2014 í máli nr. T91/11, Innolux gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2014:92, staðfestur með dómi dómstóls ESB 9.07.2015 í máli nr. C-231/14, EU:C:2015:451.

¹³² Mgr. 83 í dómi dómstóls ESB frá 30.01.2020 í máli nr. C-307/18, Generics (UK), EU:C:2020:52. Í tilvísaðri mgr. í dómi dómstóls ESB í máli nr. C-209/07 er vísað meginreglunnar um sjálfstæði keppinauta: „That type of arrangement conflicts patently with the concept inherent in the EC Treaty provisions relating to competition, according to which each economic operator must determine independently the policy which it intends to adopt on the common market. Article 81(1) EC is intended to prohibit any form of coordination which deliberately substitutes practical cooperation between undertakings for the risks of competition.”

¹³³ Dómur í máli nr. C-591/16, Lundbeck gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2021:243. „114. [...] agreements whereby competitors deliberately substitute practical cooperation between them for the risks of competition can clearly be



432. Mikilvægi sjálfstæðis keppinauta og æskilegrar óvissu á markaði er enn meira þar sem fákeppni ríkir, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 42/2019. Hagnýt samvinna keppinauta á fákeppnismarkaði er því enn varhugaverðari en ella í samkeppnislegu tilliti.

4.6.2. Verðsamráð

433. Í 2. mgr. 10. gr. samkeppnislaga segir að bann ákvæðisins taki til samráðs sem áhrif hefur á verð, afslætti, álagningu eða önnur viðskiptakjör með „*beinum eða óbeinum hætti*." Í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 107/2000 segir um þetta:

„Svipuð ákvæði er að finna í gildandi lögum en ljóst er að vart er að finna alvarlegri samkeppnistakmarkanir en þegar fyrirtæki koma sér saman um aðgerðir sem hafa áhrif á verð, afslætti, álagningu eða önnur viðskiptakjör. Slíkt samstarf, sem fjallað er um í þessum staflíð, getur komið í veg fyrir verðsamkeppni eða takmarkað hana verulega. Getur verið um að ræða t.d. samstarf um verð, afslætti eða álagningu milli tveggja eða fleiri framleiðenda, milli framleiðanda og dreifingaraðila eða á milli dreifingaraðila og smásala, t.d. um verð í endursölu. Þessi staflíður tekur m.a. einnig til samstarfs fyrirtækja innan sömu starfsstéttar um gjaldskrár, eftir atvikum innan vébanda samtaka fyrirtækja, sbr. 12. gr. gildandi laga. Undir hugtakið önnur viðskiptakjör geta m.a. fallið ýmis samkeppnishamlandi skilyrði, t.d. fyrir ábyrgð, afslætti eða skilyrði varðandi greiðslukjör.“

434. Hæstiréttur hefur staðfest að „*sameiginleg áform*“ keppinauta um „*aðgerðir til að halda uppi vöruverði fari í bága við 10. gr. samkeppnislaga*“, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 30. október 2003 í máli nr. 37/2003.
435. Undir 10. gr. samkeppnislaga falla aðgerðir sem felast í því að keppinautar hafa samráð um endanlegt verð á vöru eða þjónustu, t.d. ef þeir ná saman um hækkun á verði.
436. Við túlkun 10. gr. samkeppnislaga ber hins vegar að hafa í huga að keppinautar geta dregið úr verðsamkeppni sér til hagsbóta með margvíslegum hætti. Dómstólar ESB hafa t.d. staðfest þá niðurstöðu framkvæmdastjórnar ESB að regluleg samskipti keppinauta hafi skapað gagnkvæma vissu um verðáform þeirra („*create a climate of mutual certainty as to their future pricing policies*“) og óþarfi hafi því verið fyrir keppinautana að sammælast um einstakar verðbreytingar.¹³⁴ Vísast um þetta einnig til dóms Hæstaréttar Íslands frá 1. desember 2016 í máli nr. 360/2015, *Ákærvaldið gegn X o.fl.*
437. Einnig geta fyrirtæki til að mynda minnkað verðsamkeppni með því að samræma aðferðir við að halda kostnaðarbókhald, með því að auglýsa ekki verð eða greina hver öðrum frá verði á vörum sem þeir selja. Þá ber að hafa í huga að unnt er að líta á markaðsskiptingu eða samráð um takmörkun á framboði sem verðsamráð þar sem slíkar aðgerðir draga úr verðsamkeppni. Er ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga ætlað að taka til hvers konar samráðs milli keppinauta sem getur eða er til þess fallið að draga úr verðsamkeppni.¹³⁵ Er þannig ljóst að bann 10. gr. samkeppnislaga tekur bæði til þess þegar keppinautar beinlínis ná t.d. samkomulagi um að viðhalda eða hækka verð og þegar þeir grípa til annarra ráðstafana sem raskað geta samkeppni, t.d. með því skiptast á upplýsingum um verð og tengd atriði. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 er þannig bent á

characterised as 'restrictions by object' (see, to that effect, judgment of 30 January 2020, *Generics (UK) and Others*, C-307/18, EU:C:2020:52, paragraphs 83 and 87)."

¹³⁴ Sjá mgr. 72 í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. m.a. IV/33.708. Staðfest með dómi undirréttar ESB 12.07.2001 í máli nr. m.a. T-202/98, *Tate & Lyle* gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2001:185. Dómur undirréttarins staðfestur með dómi dómstóls ESB 29.04.2004 í máli nr. C-359/01, EU:C:2004:255.

¹³⁵ Sjá Whish & Bailey, *Competition Law*, níunda útgáfa 2018, bls. 531: „*It is also important to appreciate that prices can be fixed in numerous different ways, and that a fully effective competition law must be able to comprehend not only the most blatant forms of the practice but also a whole range of more subtle collusive behaviour whose object is to limit price competition. For example, where firms agree to restrict credit to customers, to abstain from offering discounts and rebates, to refrain from advertising prices, to notify one another of the prices they charge to customers or intend to recommend their distributors to charge, or to adopt identical cost accounting methods, the object or effect of the agreement may be to diminish or totally prevent price competition.*“



að það geti farið gegn 10. gr. samkeppnislaga ef fyrirtæki skiptast „reglulega á upplýsingum sem hafa þýðingu fyrir verðákvörðun [...]”.

4.6.3. Upplýsingaskipti

438. Sem fyrr segir tekur bann 10. gr. samkeppnislaga til þess þegar keppinautar grípa til ráðstafana sem raskað geta verðsamkeppni, t.d. með því að skiptast á upplýsingum um verð og tengd atriði. Samskipti keppinauta geta einnig verð ólöglegt þótt þau taki til annarra atriða en verðs.

439. Ólöglegt samráð getur bæði falist í einhliða upplýsingaskiptum (fyrirtæki greinir frá upplýsingum og keppinautur meðtekur þær) og tvíhliða upplýsingaskiptum (keppinautarnir beinlínis skiptast á upplýsingum). Einnig má skipta upplýsingaskiptum keppinauta í eftirfarandi tvo flokka:

- Upplýsingaskipti sem eru hluti af víðtækara ólöglegu samráði keppinauta sem hefur ekki síst að markmiði að hækka eða halda uppi verði (e. cartel).¹³⁶ Í slíkum tilvikum er upplýsingagjöf oft ætlað að styðja við samráðið og tryggja að samráðsfyrirtæki starfi í samræmi við það sem ákveðið var, t.d. að viðkomandi fyrirtæki skiptist á upplýsingum um verð til viðskiptavina til að ganga úr skugga um að allir séu að framfylgja ráðagerð um verðhækkun.¹³⁷ Í slíkum tilvikum eru upplýsingaskiptin metin sem hluti af samráðinu í heild sinni.¹³⁸ Upplýsingagjöfin, sem slík, getur einnig verið tæki til þess að ná fram verðhækkunum eða að öðru leyti beinn hluti af samráðinu (þ.e. ekki aðeins ólöglegt stuðningsaðgerð).¹³⁹
 - Í þessu samhengi ber og að minnast að það felur í ólöglegu samstillta aðgerð ef fyrirtæki veitir keppinauti sínum upplýsingar til undirbúnings samkeppnishamlandi samstarfi þeirra. Brotið er ekki háð því að samstarfið hafi komist til framkvæmda.
- Upplýsingagjöf sem sjálfstætt brot. Í þessum tilvikum er það upplýsingagjöfin sem slík sem hefur það að markmiði eða er til þess fallin að raska samkeppni. Verður nú vikið nánar að þessu.

4.6.3.1. Upplýsingaskipti eru ólöglegt ef þau draga úr æskilegri óvissu

440. Hér ber að áréttta að sjálfstæði fyrirtækja og æskileg óvissa þeirra um m.a. fyrirætlanir keppinauta eru grunnstoðir fyrir samkeppni. Banni samkeppnisréttarins við samskiptum og samvinnu keppinauta er ætlað að verja þessar grunnstoðir.¹⁴⁰ Af þessu leiðir að öll samskipti milli keppinauta sem taka til

¹³⁶ Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 13/2001 var „cartel” þýtt sem einokunarhringur og hann tæki til háttsemi sem „hefði það að markmiði að eyða samkeppni og hækka verð á vörum”. Hugtakið „cartel” hefur verið skilgreint svo: „In its simplest form, a cartel is an agreement between competitors aimed at raising the price of a product or service to a level higher than the one that would have prevailed under normal competitive conditions. Cartels may take form of formal agreements between their members to adopt a given (anti-competitive conduct) conduct in the market but may also consist of looser forms of coordination of each party’s commercial behaviour.” Verðhækkun í þessari skilgreiningu er samheiti fyrir samkeppnishamlandi áhrif samráðsins. Sjá Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, þriðja útgáfa 2014, bls. 1024-1025.

¹³⁷ Oft nefnt „facilitating practice/device”.

¹³⁸ Sjá t.d. 59. mgr. leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB frá 2011 um samvinnu milli keppinauta (Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, O.J. 14/01/2011): „[...] communication of information among competitors may constitute an agreement, a concerted practice, or a decision by an association of undertakings with the object of fixing, in particular, prices or quantities. Those types of information exchanges will normally be considered and fined as cartels. Information exchange may also facilitate the implementation of a cartel by enabling companies to monitor whether the participants comply with the agreed terms. Those types of exchanges of information will be assessed as part of the cartel.”

¹³⁹ Sjá Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, þriðja útgáfa 2014, bls. 1045.

¹⁴⁰ Í dómi sínum frá 21.01.2016 árétttaði dómstóll ESB þetta grundvallatriði: „As a preliminary point, it is necessary to recall the Court’s case-law that each economic operator must determine independently the policy which it intends to adopt on the common market. Such a requirement of autonomy thus strictly precludes any direct or indirect contact between economic operators of such a kind as either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to reveal to such a competitor the conduct which an operator has decided to follow itself or contemplates adopting on the market, where the object or effect of those contacts is to give rise to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market in question [...]”. Mgr. 27 í dómi nr. C-74/14, Eturas, EU:C:2016:42.



atriða sem tengjast samkeppni milli þeirra eru afar varhugaverð í lagalegu tilliti.¹⁴¹ Eru þau sérstaklega varhugaverð ef viðkomandi fyrirtæki starfa á fákeppnismarkaði, sbr. nánar hér á eftir.

441. Við mat á því hvenær upplýsingaskipti milli keppnauta fela í sér ólögmett samráð hafa dómstólar ESB ítrekað vísað til framangreindrar kröfu samkeppnisréttarins um sjálfstæði keppnauta og tekið fram að horfa verði til þess hvort upplýsingaskipti dragi úr eða eyði æskilegri óvissu á markaðnum þannig að samkeppni sé raskað.¹⁴² Hefur OECD bent á að EES/ESB-samkeppnisréttur geri hér strangar kröfur. Þannig sé krafist algers sjálfstæðis (e. *total independence*) þegar fyrirtæki taka mikilvægar ákvarðanir. Sökum þessa séu hvers konar samskipti eða tengsl (e. *any interaction*), sem líkleg eru til að draga úr sjálfstæði, talin ólögmet.¹⁴³
442. Í dómi undirréttar ESB frá 11. júlí 2019 í máli nr. T-530/15, *Huhtamäki Oyj gegn framkvæmdastjórninni*, var dómaframkvæmdin að þessu leyti dregin saman.¹⁴⁴ Reifa má þá umfjöllun með þessum hætti:
- Við mat á því hvort upplýsingaskipti milli keppnauta feli í sér ólögmetar samstilltar aðgerðir verður ávallt að líta til grundvallarreglu samkeppnisréttarins um sjálfstæði keppnauta.¹⁴⁵
 - Grundvallarreglan um sjálfstæði keppnauta bannar ekki fyrirtækjum að bregðast við aðgerðum eða mögulegum aðgerðum keppnauta sinna. Hún felur hins vegar í sér strangt bann við tilteknum samskiptum keppnauta. Þannig mega þeir hvorki eiga í beinum eða óbeinum samskiptum sem geta haft áhrif á hegðun á markaði né greina keppnautum sínum frá ákvörðunum sínum eða áformum svo sem ef markmið slíkra samskipta er að skapa samkeppnisskilyrði sem eru ekki í samræmi við hið venjulega ástand markaðarins.¹⁴⁶
 - Upplýsingaskipti keppnauta sem geta dregið úr óvissu um tímasetningu, umfang og einstaka þætti í fyrirhuguðum aðgerðum þeirra á markaði verða talin hafa það að markmiði að raska samkeppni.¹⁴⁷

¹⁴¹ Sjá einnig Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, sjöunda útgáfa 2012, bls. 104, þar sem dregin er sú ályktun af dómaframkvæmd dómstóla ESB að hvers konar samskipti milli keppnauta um viðskiptaleg atriði séu afar áhættusöm: „*The cumulative effect of these judgements is clearly beneficial to the Commission in its anti-cartel policy, since the EU Courts seem to have deliberately refrained from construing the expressions „agreement“ and „concerted practices“ in a legalistic or formalistic manner: what emerges, essentially, is that any contact between competitors that touches upon business behaviour such as pricing, markets, customers and volume of output is risky in the extreme.*”

¹⁴² Sjá hér mgr. 115 í dómi dómstóls ESB frá 12.01.2023 í máli nr. C-88/19, *HSBC Holdings* gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2023:11 og dóm dómstólsins frá 04.06.2009 í máli nr. C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, mgr. 32-35. Í 35. mgr. segir: „*It follows that the exchange of information between competitors is liable to be incompatible with the competition rules if it reduces or removes the degree of uncertainty as to the operation of the market in question, with the result that competition between undertakings is restricted ...*” Sjá einnig t.d. dóm undirréttar ESB frá 14.03.2013 í máli nr. T-587/08, *Fresh Del Monte* gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2013:129 (mgr. 301-303), sbr. og dóm dómstóls ESB í málinu, dómur 24.06.2015 í málum nr. C-293/13 og C-294/13, EU:C:2015:416.

¹⁴³ OECD, *Unilateral disclosure of information with Anticompetitive Effects*, (2012), bls 38-39.

¹⁴⁴ EU:T:2019:498.

¹⁴⁵ Mgr. 39: „*In so far as concerns, in particular, the exchange of information between competitors, it should be recalled that the criteria of coordination and cooperation necessary for determining the existence of a concerted practice are to be understood in the light of the notion inherent in the Treaty provisions on competition, according to which each economic operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the internal market (see judgment of 19 March 2015, Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission, C-286/13 P, EU:C:2015:184, paragraph 119 and the case-law cited).*”

¹⁴⁶ Mgr. 40: „*While it is correct to say that this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing or anticipated conduct of their competitors, it does, nonetheless, strictly preclude any direct or indirect contact between such operators by which an undertaking may influence the conduct on the market of its actual or potential competitors or disclose to them its decisions or intentions concerning its own conduct on the market where the object or effect of such contact is to create conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market in question, regard being had to the nature of the products or services offered, the size and number of the undertakings involved and the volume of that market (see judgment of 19 March 2015, Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission, C-286/13 P, EU:C:2015:184, paragraph 120 and the case-law cited).*”

¹⁴⁷ Mgr. 41: „*In particular, an exchange of information which is capable of removing uncertainty between participants as regards the timing, extent and details of the modifications to be adopted by the undertakings concerned in their conduct on the market must be regarded as pursuing an anticompetitive object (see judgment of 19 March 2015, Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission, C-286/13 P, EU:C:2015:184, paragraph 122 and the case-law cited).*”



- Skipti á viðkvæmum viðskiptalegum upplýsingum hafa skaðleg áhrif á samkeppni ef þau hafa áhrif á sjálfstæði viðkomandi keppinauta. Þegar slík skipti á upplýsingum geta (e. „capable“) komið í veg fyrir, takmarkað eða raskað samkeppni þarf ekki að sanna að þau hafi haft skaðleg áhrif á samkeppni.¹⁴⁸
- Löglíkur eru fyrir því að viðkomandi fyrirtæki hafi horft til upplýsinga frá keppinauti sínum ef það tók í kjölfarið ákvarðanir um aðgerðir á markaði. Sönnunarbyrðin um annað hvíllir á viðkomandi fyrirtækjum.¹⁴⁹

443. Upplýsingaskipti eru þannig talin hafa að markmiði að raska samkeppni í skilningi samkeppnisréttarins ef það leiðir af eðli þeirra að þau geti raskað samkeppni.¹⁵⁰ Hér skiptir efni upplýsinganna máli, tilgangurinn með upplýsingaskiptunum og hið efnahags- og lagalega umhverfi þar sem þau fara fram. Eðli viðkomandi vöru og markaðar getur og skipt máli. Einnig má horfa til ásetnings, liggi hann fyrir. Aðalatriðið er að fyrir liggi að upplýsingaskiptin geti (e. „capable“) raskað samkeppni í viðkomandi máli.¹⁵¹ Það sé með öðrum orðum möguleiki (e. „potential“) á slíkri röskun, sbr. og dóm Hæstaréttar í máli nr. 42/2019. Ef slíkur möguleiki er fyrir hendi þarf ekki að leggja mat á hvort slík röskun hafi átt sér stað í raun. Ef upplýsingar um samkeppnishamlandi áhrif liggja fyrir getur það hins vegar haft áhrif á viðurlög.¹⁵²
444. Upplýsingaskipti keppinauta sem geta dregið úr óvissu um tímasetningu, umfang og einstaka þætti í fyrirhugðum aðgerðum þeirra á markaði verða talin hafa það að markmiði að raska samkeppni
445. Hvort tveggja ESA og framkvæmdastjórn ESB hafa bent á að við mat á lögmæti upplýsingaskipta milli keppinauta beri að líta til þess hvort þau taki til mikilvægra viðskiptaupplýsinga (e. „strategic

¹⁴⁸ Mgr. 42: „The General Court has already held that the provision of sensitive business information, such as an exchange of future price increases, had — where that information was given to one or more competitors — an anticompetitive effect inasmuch as the independence of the undertakings concerned in their conduct on the market was modified as a result. Where such practices occur, the Commission is not obliged to prove their anticompetitive effects on the relevant market if they are capable in an individual case, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market (see judgment of 16 September 2013, *Wabco Europe and Others v Commission*, T-380/10, EU:T:2013:449, paragraph 78 and the case-law cited).“

¹⁴⁹ Mgr. 43: „The Court of Justice has held that, subject to proof to the contrary, which the economic operators concerned must adduce, it must be presumed that the undertakings taking part in the concerted action and remaining active on the market took account of the information exchanged with their competitors in determining their conduct on that market. In particular, the Court of Justice has concluded that such a concerted practice was caught by Article 101(1) TFEU, even in the absence of anticompetitive effects on the market (see judgment of 19 March 2015, *Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission*, C-286/13 P, EU:C:2015:184, paragraph 127 and the case-law cited).“

¹⁵⁰ Sjá einnig mgr. 72 í leiðbeiningum ESA frá 2013 um samvinnu milli keppinauta (Leiðbeinandi reglur um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum (2013/EES/69/01).

¹⁵¹ Sjá um þessi atriði álit Kokott aðallögsögumanns við dómstól ESB frá 11.12.2014 í máli nr. C-286/13 *Dole Food Company v Commission*, EU:C:2014:2437, mgr. 108-109: „The question whether, by its very nature, such an exchange of information reveals a sufficient degree of harm to competition that it may be considered a restriction of competition by object within the meaning of Article 81(1) EC must be assessed having regard to the subject-matter of the information exchanged, the objectives of the exchange and the economic and legal context in which that exchange takes place. When determining that context, it is also necessary to take into consideration the nature of the goods or services affected, as well as the real conditions of the functioning and structure of the market or markets in question. The parties' intentions may likewise be taken into account, even though they are not a factor which must necessarily be considered.

If, on the basis of the criteria set out above, it appears that an exchange of information between competitors can be regarded, by its very nature, as being harmful to the proper functioning of normal competition, that is to say, in other words, that the exchange of information reveals in itself a sufficient degree of harm to competition, the actual effects of the exchange of information on competition need not be considered or taken into account. The only requirement in those circumstances is that the exchange of information is capable in an individual case of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the common market.“ Sjá einnig mgr. 72-74 í leiðbeiningum Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) frá 2013 um samvinnu milli keppinauta.

¹⁵² Orðað svo í dómi dómstóls ESB frá 4.06.2009 í máli nr. C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343: „With regard to the assessment as to whether a concerted practice, such as that at issue in the main proceedings, pursues an anti-competitive object, it should be noted, first, as pointed out by the Advocate General at point 46 of her Opinion, that in order for a concerted practice to be regarded as having an anti-competitive object, it is sufficient that it has the potential to have a negative impact on competition. In other words, the concerted practice must simply be capable in an individual case, having regard to the specific legal and economic context, of resulting in the prevention, restriction or distortion of competition within the common market. Whether and to what extent, in fact, such anti-competitive effects result can only be of relevance for determining the amount of any fine and assessing any claim for damages.“ (mgr. 31). Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 14. 03.2013 í máli nr. T-587/08, *Fresh Del Monte v Commission*, EU:T:2013:129, mgr. 306.

data/information").¹⁵³ Upplýsingar um t.d. verðáform, gildandi verð, veltu, framleiðslukostnað, afkastagetu, fjárfestingar og markaðsáætlanir eru t.d. taldar mikilvægar upplýsingar í þessum skilningi.¹⁵⁴ Engu breytir þó fyrirtæki hafi ekki veitt keppinauti sínum réttar upplýsingar um atriði af þessum toga.¹⁵⁵

446. Í mgr. 116 í dómi dómstóls ESB 12. janúar 2023 í máli n. C-883/19, *HSBC Holdings gegn framkvæmdastjórninni*, var hnykkt á því að upplýsingaskipti sem geta dregið úr óvissu milli viðkomandi fyrirtækja um tímasetningu, umfang og einstaka þætti í fyrirhuguðum breytingum á aðgerðum þeirra á markaði hafi það að markmiði að raska samkeppni.
447. Þrátt fyrir að upplýsingarnar séu ekki mikilvægar í framangreindum skilningi getur verið um brot að ræða ef þær gefa viðkomandi keppinautum færi á að skilja viðkomandi markað betur en ella,¹⁵⁶ enda er með því unnið gegn æskilegri óvissu á markaðnum.
448. Upplýsingaskipti geta verið ólögð þótt þau taki aðeins til upplýsinga um verðlagningu í fortíðinni sem eru öllum aðgengilegar. Á það ekki síst við þegar slík upplýsingagjöf styður við annað samkeppnishamlandi samstarf.¹⁵⁷ Getur þannig verið um ólögðt samráð að ræða þó samskipti keppinauta taki til opinberra upplýsinga. Fjallað var um, þetta í dómi undirréttar ESB 16. júní 2015 í máli nr. T-655/11, *FSL Holdings o.fl. gegn framkvæmdastjórninni*.¹⁵⁸ Dómstóllinn féllst m.a. ekki á það sjónarmið að upplýsingaskipti viðkomandi keppinauta hefði verið lögð þar sem verð á viðkomandi vöru var opinbert.¹⁵⁹ Einnig benti dómstóllinn m.a. á að reglubundin upplýsingaskipti keppinauta geti skapað tilbúið gagnsæi (e. *artificial transparency*) og engu breyti um ólögð þótt viðskiptavinir hafi verið búnir að fá upplýsingar um viðkomandi verð í hendur áður en upplýsingaskiptin áttu sér stað.¹⁶⁰

¹⁵³ Sjá m.a. mgr. 58 og 61-62 í leiðbeiningum Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) frá 2013 um samvinnu milli keppinauta (Leiðbeinandi reglur um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum (2013/EES/69/01).

¹⁵⁴ Sjá t.d. mgr. 86 í leiðbeiningum ESA: „Ef keppinautar skiptast á upplýsingum um viðskiptaáform sín, þ.e. skiptast á gögnum sem draga úr óvissu um viðskiptaáform fyrirtækja á markaðnum, verður slíkt fremur talið falla undir 53. gr. en þegar skipt er á upplýsingum af öðru tagi. Ef upplýsingaskipti taka til viðskiptaáforma geta þau haft samkeppnishamlandi afleiðingar með því að draga úr svigrúmi fyrirtækjanna til að taka sjálfstæðar ákvarðanir og búa þeim þannig minni hvata til að keppa sín í milli. Upplýsingar um viðskiptaáform geta varðað verðlagningu (til dæmis gildandi verð, niðursett verð, hækkningar, lækkningar eða afsláttarkjör), viðskiptamannaskrár, framleiðslukostnað, framleiðslutölur, veltu, sölutölur, afkastagetu, vöruvöndun, markaðsáætlanir, áhættuliði, fjárfestingar, tækniaðferðir svo og rannsókn- og þróunarstarf og afrakstur þess. Mikilvægustu viðskiptaupplýsingarnar eru yfirleitt þær sem varða verð og framleiðslutölur, en því næst koma upplýsingar um kostnaðarliði og eftirspurn. Ef samkeppni er með fyrirtækjum á sviði rannsókna og þróunarstarfs er þó hugsanlegt að mikilvægustu viðskiptaupplýsingarnar með tilliti til samkeppni séu þær sem lúta að tækniaðferðum. Hversu gagnlegar upplýsingarnar eru með tilliti til viðskiptaáforma ræðst einnig af því í hversu ríku mæli er um heildartölur að ræða og hversu gamlar upplýsingarnar eru, svo og af markaðssamhenginu og því hversu tíð upplýsingaskiptin eru.“

¹⁵⁵ Sjá t.d. mgr. 91 í dómi undirréttar ESB frá 15.12.2016, Koninklijke Philips gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2016:738. Staðfestur með dómi dómstóls ESB frá 26.09.2018 í máli nr. C-98/17, EU:C:2018:774.

¹⁵⁶ Sjá t.d. mgr. 73 í dómi undirréttar ESB frá 15.12.2016, Koninklijke Philips gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2016:738. Staðfestur með dómi dómstóls ESB frá 26.09.2018 í máli nr. C-98/17, EU:C:2018:774.

¹⁵⁷ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 7.01.2004 í sameinuðum málum nr. m.a. C-204/00, Aalborg Portland gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2004:6: „As the Court of First Instance stated at paragraphs 1510, 1511 and 1634 of the judgment under appeal, even though the information thus exchanged was in the public domain or related to historical and purely statistical prices, its exchange infringes Article 85(1) of the Treaty where it underpins another anti-competitive arrangement. That interpretation is based on the consideration that the circulation of price information limited to the members of an anti-competitive cartel has the effect of increasing transparency on a market where competition is already much reduced and of facilitating control of compliance with the cartel by its members.“ (mgr. 281)

¹⁵⁸ EU:T:2015:383. Staðfestur með dómi dómstóls ESB 27.04.2017 í máli nr. C-469/15, EU:C:2017:308.

¹⁵⁹ Mgr. 319-320: „In any event, even if the parties also exchanged information that could have been obtained from other sources, it must be noted that, as the Commission points out (recital 155 of the contested decision), contacts between competitors do not become legitimate because banana prices were widely known in the business.

The exchange of information between competitors does not become legitimate because that information or certain parts of it is publicly known, since each economic operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the internal market. Although this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors, it does, however, strictly preclude any direct or indirect contact between such operators the object or effect of which is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market [...].“

¹⁶⁰ Mgr. 322-323: „Furthermore, it must be noted that the regular sharing of information relating to prices may have the effect of artificially increasing transparency on a market where competition is already reduced [...].“

4.6.3.2. Samskipti keppinauta á fákeppnismörkuðum

449. Ljóst er að upplýsingaskipti keppinauta geta verið ólögmæt þótt ekki ríki fákeppni á viðkomandi markaði.¹⁶¹ Markaðsgerðin getur hins vegar skipt talsverðu máli því almennt má segja að mesta hættan á röskun á samkeppni sé á mörkuðum þar sem fákeppni ríki. Hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála bent á að slíkir markaðir séu viðkvæmir í samkeppnislegu tilliti og að á þeim sé talsverð hættan á samræmdum aðgerðum keppinauta, sbr. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 7/2008 *Orkuveita Reykjavíkur og Hafnarfjarðarbær gegn Samkeppniseftirlitinu*.¹⁶² Í riti Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2011 *Samkeppni á bankamarkaði* segir um þetta: „Á fákeppnismörkuðum er samkeppnislegt sjálfstæði keppinauta sérstaklega mikilvægt. Hvers konar samvinna milli keppinauta getur aukið skaðlega fákeppni og valdið viðskiptavinum tjóni.”
450. Dómstólar ESB hafa einnig bent á mikilvægi þess að keppinautar á fákeppnismörkuðum séu sjálfstæðir. Í *Thyssen Stahl*-málinu var fjallað um upplýsingaskipti milli keppinauta. Vísað var til þess að viðkomandi tíu samráðsfyrirtæki hefðu samanlagt verið með um 66% markaðshlutdeild. Þar sem slík fákeppni á viðkomandi markaði gæti, ein og sér, raskað samkeppni væri enn mikilvægara en ella að vernda sjálfstæði keppinauta og þá samkeppni sem gæti ríkt þrátt fyrir fákeppnina (e. „*residual competition*”).¹⁶³
451. Í *T-Mobile*-málinu fyrir dómstóli ESB var til skoðunar hvort upplýsingaskipti milli hollenskra farsímafyrirtækja fælu í sér samráð sem hefði haft það að markmiði að raska samkeppni. Þessi upplýsingaskipti höfðu átt sér stað á einum fundi og fólu í sér umræðu um mögulega breytingu á þóknun sem greidd var þeim sem seldu fyrirframgreidd símakort.¹⁶⁴ Í álitinu sínu í málinu taldi Kokott aðallögsögumaður að um brot gæti verið að ræða sem hefði að markmiði að raska samkeppni. Benti hún í því sambandi á að krafa um sjálfstæði keppinauta sé sérstaklega rík á fákeppnismarkaði, eins og markaðnum fyrir farsímaþjónustu í Hollandi, þar sem aðeins fimm fyrirtæki ættu sitt eigið farsímakerfi og eitt þessara fyrirtækja hefði yfir 40% markaðshlutdeild.¹⁶⁵ Tekið var undir þetta í

Likewise, the applicants' claim that the price information was known by customers before it was transmitted to the competitors and, therefore, could be collected on the market must be rejected. That fact, if proved, does not mean that, at the time that the price lists were sent to the competitors, those prices already constituted objective market data that were readily accessible. The fact that those price lists were sent directly allowed the competitors to become aware of that information more simply, rapidly and directly than they would via the market. Further, that prior notification allowed them to create a climate of mutual certainty as to their future pricing policies (see, to that effect, judgment of 8 July 2008 in Case T-54/03 Lafarge v Commission, not published in the ECR, paragraph 463)."

¹⁶¹ Dómur dómstóls ESB frá 2. október 2003 í máli nr. C-194/99, *Thyssen Stahl v Commission*, EU:C:2003:527, mgr. 86: „*Contrary to what the appellant claims, an information exchange system may constitute a breach of competition rules even where the relevant market is not a highly concentrated oligopolistic market.*”

¹⁶² OECD hefur bent á að miklu skipti hvort mikil samþjöppun sé á viðkomandi markaði. Upplýsingaskipti milli keppinauta á fákeppnismörkuðum séu mjög viðkvæm í samkeppnislegu tilliti þar sem mun auðveldara sé að stunda samráð eða samkeppnishamlandi samhæfingu á slíkum mörkuðum. Sjá Richard Whish, *Competition Law*, sjötta útgáfa 2009, bls. 555: „[...] *the concentration of the market will be taken into account: some agreements may be found not to be anti-competitive where the market is reasonably competitive, but to be problematic where it is oligopolistic.*”

¹⁶³ Dómur undirréttar ESB í máli nr. T-141/94 *Thyssen Stahl gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:1999:48, mgr. 400: „*As regards the structure of the market, the Court finds that, in 1989, 10 of the undertakings engaged in the Poutrelles Committee monitoring accounted for two-thirds of apparent consumption. Given such an oligopolistic market structure, which can reduce competition ipso facto, it is all the more necessary to protect the decision-making independence of undertakings as well as residual competition.*” Staðfestur með dómi dómstóls ESB frá 2.10.2003 í máli nr. C-194/99, EU:C:2003:527. Sjá einnig t.d. Ross, *Principles of Antitrust Law*, bls. 189: „*the exchange of almost any information can significantly facilitate price agreements in an oligopolistic industry prone to collusion.*”

¹⁶⁴ Sjá álit Kokott aðallögsögumanns hjá dómstóli ESB frá 19. febrúar 2009 í máli nr. C-8/08, mgr. 15.

¹⁶⁵ Sjá mgr. 52-53 í álitinu: „*Regard must be had to the fact that independence of economic participants constitutes one of the basic requirements for competition to function. Accordingly, the provisions of the Treaty relating to competition are based on the concept that each economic operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the common market. That requirement of independence precludes any direct or indirect contact between economic operators by which an undertaking influences the conduct on the market of its competitors or discloses to them its decisions or deliberations concerning its own conduct on the market, if as a result conditions of competition may apply which do not correspond to the normal conditions of the market in question.*”

That applies a fortiori when the exchange of information concerns a highly concentrated oligopolistic market. Precisely that structure appeared to characterise the Netherlands market for mobile telecommunication services in 2001: as is evident from the reference for a preliminary ruling, at that time only five undertakings in that country had their own mobile telephone networks, with one of them, KPN, even attaining a market share in excess of 40% whilst development of further independent networks was precluded in the absence of available licences. [...]” (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins.)



dómi dómstóls ESB og benti dómstóllinn m.a. á að hollenski farsímamarkaðurinn væri samanþjappaður fákeppnismarkaður.

452. Einnig var fjallað um þetta í dómi dómstólsins frá 5. desember 2013 í máli nr. C-455/11, *Solvay gegn framkvæmdastjórninni*.¹⁶⁶ Framkvæmdastjórn ESB komst að þeirri niðurstöðu að níu framleiðendur á tilteknum efnavörum hefðu haft með sér ólöglegt samráð. Samanlagt voru þessi fyrirtæki með um 90% markaðshlutdeild í sölu á þessum vörum á EES-svæðinu. Fyrir dómstóli ESB hélt viðkomandi fyrirtæki því fram að viðræður þess við keppinauta hefðu ekki getað falið í sér samráð sem hefði það að markmiði að raska samkeppni. Taldi fyrirtækið að upplýsingarnar hefðu ekki getað dregið úr óvissu á markaðnum og að á honum hefði ríkt mikil samkeppni. Dómstóll ESB féllst ekki á þetta og benti m.a. á að viðkomandi fyrirtæki störfuðu á mjög samanþjöppuðum fákeppnismarkaði og að á slíkum markaði væru upplýsingaskipti keppinauta um viðskiptaleg málefni (e. „*commercial information*“), ein og sér, til þess fallin að hafa áhrif á samkeppni.¹⁶⁷ Næst tók dómstóllinn þetta fram:

„40. In those circumstances, the exchange of commercial information between competitors in preparation for an anti-competitive agreement suffices to prove the existence of a concerted practice within the meaning of Article 81(1) EC. In that regard, it is not necessary to show that those competitors formally undertook to adopt a particular course of conduct or that the competitors colluded over their future conduct on the market.“

453. Er þetta til frekari vitnis um að það feli í sér ólöglegu samstillta aðgerð ef fyrirtæki veitir keppinauti sínum upplýsingar til undirbúnings samkeppnishamlandi samstarfi þeirra og að brotið er ekki háð því að samstarfið hafi komist til framkvæmda, sbr. einnig kafla 4.2.3. Á samanþjöppuðum fákeppnismarkaði er það ekki skilyrði að upplýsingaskiptin hafi tekið til fyrirhugaðra aðgerða viðkomandi keppinauta. Þarf heldur ekki að sýna fram á að keppinautarnir hafi formlega skuldbundið sig til að taka upp ákveðna hegðun eða að þeir hafi haft samráð um framtíðarhegðun sína á markaði.
454. Í álitu Kokott aðallögsögumanns við dómstól ESB frá desember 2014 í *Dole* málinu var bent á að upplýsingaskipti gætu verið ólögleg þótt viðkomandi markaður væri ekki fákeppnismarkaður. Hins vegar væri það sérstaklega augljóst að upplýsingaskipti milli keppinauta á fákeppnismarkaði hefðu það að markmiði að raska samkeppni.¹⁶⁸
455. Einnig var fjallað um áhrif fákeppni í dómi dómstóls ESB 28. september 2018 í máli nr. C-99/17, *Infineon Technologies gegn framkvæmdastjórninni*.¹⁶⁹ Í málinu hafði framkvæmdastjórnin tekið til skoðunar hvort upplýsingaskipti tveggja keppinauta hefðu haft það að markmiði að raska samkeppni. Upplýsingaskiptin höfðu meðal annars tekið til gildandi verðs og framleiðslugetu og áforma þar að lútandi. Dómstóll ESB staðfesti þá niðurstöðu undirréttar að samráðið hafi haft það að markmiði að raska samkeppni. Taldi dómstóllinn að undirrétturinn hefði réttilega horft til þess meðal annars að keppinautarnir störfuðu á samþjöppuðum fákeppnismarkaði og upplýsingaskiptin hefðu því getað haft áhrif á markaðshlegðun þeirra.¹⁷⁰
456. Dómstóll ESB hefur þannig ítrekað komist að þeirri niðurstöðu að samskipti keppinauta á fákeppnismörkuðum séu afar viðkvæm í samkeppnislegu tilliti.

¹⁶⁶ EU:C:2013:796.

¹⁶⁷ Mgr. 39: „*In the case of a highly concentrated oligopolistic market, such as the market in question in the present case, the exchange of commercial information between competitors is such as to enable operators to know the market positions and strategies of their competitors and thus to impair appreciably the competition which exists between economic operators (see T-Mobile Netherlands and Others, paragraph 34 and the case-law cited).*“

¹⁶⁸ Sjá mgr. 128 í álitu frá 11. desember 2014: „*The underlying basis for Dole’s line of argument may be the view that an exchange of information between competitors can have an anti-competitive object only on a highly concentrated oligopolistic market. That view would, however, be wrong. It is true that the finding of an anti-competitive object on such a market is particularly obvious.*“

¹⁶⁹ EU:C:2018:773.

¹⁷⁰ Sjá mgr. 157 og áfram í dómnum.



457. Í samræmi við framgreint kemur fram í dómi Hæstaréttar Íslands frá 1. desember 2016 í máli nr. 360/2015 að mikilvægt sé á fákeppnismarkaði að fyrir hendi sé óvissa fyrirtæka „sem í hlut eiga, um hegðun keppinautanna“. Í því máli var um að ræða samráð fyrirtækja sem samanlagt voru með yfirburðastöðu á viðkomandi markaði. Í dómi Hæstaréttar frá 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019 var þetta tekið fram: „Fákeppnismarkaðir 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 [...]“

458. Hefur og lengi legið fyrir í samkeppnisrétti að öll samskipti og samvinna keppinauta á fákeppnismarkaði séu mjög varasöm. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 13/1997, Hf. Eimskipafélag Íslands gegn samkeppnisráði, var staðfest að tiltekin samvinna Eimskips og Samskipa hefði farið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Í úrskurðinum sagði m.a. þetta:

„Ótvírætt er að fákeppni ríkir um vöruflutninga sjóleiðis til og frá Íslandi á þeim siglingaleiðum sem um ræðir í máli þessu og að áfrýjandi hafi yfirburðastöðu á því sviði. 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.“

4.6.4. Markaðsskipting

459. Í 10. gr. eldri samkeppnislaga, nr. 8/1993, var lagt bann við samráði um „skiptingu markaða eftir svæðum, viðskiptavinum eða eftir sölu og magni.“ Var þetta nýmæli í íslenskum rétti. Í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 8/1993 sagði um þetta:

„Þessi staflíður felur hins vegar í sér nýmæli. Samkvæmt gildandi lögum getur verðlagsráð að vísu bannað samninga um markaðsskiptingu teljist þeir skaðlegir en hér er lagt til að hvers konar samningar um markaðsskiptingu séu með öllu ólöglegir. Það þýðir að ekki þarf að athuga í hverju tilviki samkeppnislega skaðsemi þeirra. Ástæða bannsins er einfaldlega sú að skipting markaða eftir landsvæðum, viðskiptavinum eða eftir sölu og magni er talin bjóða heim óeðlilegum verðhækkunum og óeðlilega háu verðstigi sem aftur á móti hefur í för með sér óhagkvæma nýtingu á framleiðsluþáttum þjóðfélagsins.“

460. Í 10. gr. núgildandi samkeppnislaga er einnig lagt bann við markaðsskiptingu, sbr. c. lið 2. mgr. Í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 107/2000¹⁷¹ er þetta skýrt svo:

„Undir c-lið ákvæðisins heyra m.a. samningar milli fyrirtækja á sama sölustigi um skiptingu markaða eftir svæðum, eftir viðskiptavinum eða eftir sölu og magni. Einnig falla hér undir lóðréttir samningar um markaðsskiptingu, t.d. á milli framleiðenda og dreifingaraðila, um landfræðilega afmörkuð sölusvæði, skiptingu eftir viðskiptavinum o.s.frv.“

461. Samkvæmt þessu fer það gegn 10. gr. samkeppnislaga ef keppinautar skipta með sér markaðnum eftir t.d. landsvæðum eða viðskiptavinum, sbr. einnig c. liður 2. mgr. 41. gr. a laganna. Fyrir liggur að markaðsskipting er oft til stuðnings öðru samráði eins og verðsamráði og takmörkun á framboði. Einnig getur hún verið meginþátturinn í að halda uppi verði, sérstaklega á mörkuðum þar sem erfitt er að ná saman um eða hafa stjórn á verði.¹⁷²

462. Skipting markaða eftir viðskiptavinum getur m.a. falist í því að fyrirtæki keppi ekki um „hefðbundna“ eða mikilvæga viðskiptavinum hvers annars. Með því móti á þátttakandi í samráði t.d. auðveldara með að hækka verð gagnvart eigin viðskiptavinum þar sem hann þarf, vegna samráðsins, ekki að óttast að verðhækkun hans leiði til þess að hann missi viðkomandi viðskiptavinum úr viðskiptum

¹⁷¹ Bann þágildandi samkeppnislaga við samráði var hert með lögum nr. 107/2000. Ákvæði núgildandi 10. gr. samkeppnislaga er samhljóða ákvæði 10. gr. eldri laga eins og það var eftir gildistöku laga nr. 107/2000.

¹⁷² Sjá um þetta t.d. Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, þriðja útgáfa 2014, bls. 1038.



sökum þess að keppinautur bjóði betur. Ef viðskiptavinur býður út sín kaup á tiltekinni vöru eða þjónustu er algengt að samráðsfyrirtæki tryggja að boð þeirra í viðskiptin leiði ekki til þess að viðskiptavinur sjái sér hag í því að færa umrædd viðskipti frá einu samráðsfyrirtæki til annars. Með þeim hætti sé markaðsskiptingu viðhaldið.¹⁷³

463. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 var staðfest sú niðurstaða samkeppnisráðs að fyrir hendi hefði verið „*sameiginlegur skilningur olíufélaganna um að félögin myndu ekki keppa um fasta/samningsbundna viðskiptavini hvers annars.*” Taldi áfrýjunarnefnd að um hefði verið að ræða samráð um „*skiptingu markaðarins sem að því laut að keppa ekki um samningsbundna viðskiptavini.*” Einnig tók nefndin fram að „*engu breyti um ólögætti þessa*” þótt olíufélögin hefðu ekki alltaf virt þessa markaðsskiptingu en fyrir lægi að hún hefði verið „*virt öðru hvoru*”.
464. Í umræddum úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála er því lýst að ólögætt markaðsskipting felist í því þegar keppinautar skipta með sér mörkuðum í tilteknum rekstri eftir landsvæðum. Í flutningastarfsemi getur slík landfræðileg markaðsskipting falist í því að flutningafyrirtæki skipti með sér einstökum flutningaleiðum.¹⁷⁴
465. Í gildi er reglugerð framkvæmdastjórnar ESB nr. 906/2009 þar sem tiltekinni samvinnu áætlunarskipafélaga er veitt undanþága frá banni EES/ESB-samkeppnisréttar við tilteknu samráði keppinauta. Samkvæmt henni felst í því alvarlegt samráð („*hardcore restriction*”) ef skipafélög skipta með sér mörkuðum eða viðskiptavinum. Undanþága reglugerðarinnar tekur ekki til slíks samráðs, sbr. nánar hér á eftir.

4.6.5. Takmörkun eða stýring á framboði

466. Í b. lið 2. mgr. 10. gr. samkeppnislaga er lagt bann við samráði fyrirtækja sem lýtur að takmörkun eða stýringu á framleiðslu, mörkuðum, tækniþróun eða fjárfestingu. Í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 107/2000 er þetta skýrt svo:

„Samkvæmt b-lið er samstarf sem takmarkar eða stýrir framleiðslu, mörkuðum, tækniþróun eða fjárfestingu bannað. Liðurinn getur m.a. tekið til samstarfs sem felur í sér takmörkun á framboði vöru eða þjónustu í því skyni að halda uppi verði. Samantekin ráð fyrirtækja um að útiloka tiltekinn aðila frá markaði mundu einnig vera bönnuð samkvæmt þessum staflíð, auk þess sem samkeppnishamlandi ákvæði samninga er tengjast samruna gætu fallið hér undir ef gengið er lengra en eðlilegt þykir. Ekki hafa þó allir samkeppnishamlandi samningar sem falla undir b-lið ákvæðisins eingöngu neikvæð áhrif. Til dæmis má nefna samninga um sérhæfingu, rannsóknir og þróun og samninga um samkeppnishömlur sem réttthafi og nytjaleyfishafi hafa gert sín á milli um rétt til að nota skráð einkaleyfi eða mynstur á sviði iðnaðar o.fl. Slíkum samningum er unnt að veita undanþágu frá banni ákvæðisins á grundvelli undanþáguákvæðis 16. gr., ýmist í formi einstakrar undanþágu eða svokallaðrar hópundanþágu.”

467. Samkvæmt þessu fer það gegn 10. gr. samkeppnislaga ef keppinautar hafa samráð um takmörkun eða stýringu á framboði, framleiðslu, mörkuðum eða sölu, sbr. einnig b. lið 2. mgr. 41. gr. a samkeppnislaga.
468. Getur slíkt ólögætt samráð t.d. falist í því að viðkomandi keppinautar ákveði að draga úr framboði á sölu tiltekinnar vöru, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004. Hið sama á við ef keppinautar koma sér saman um að takmarka framleiðslu á tiltekinni vöru, t.d. með því að taka upp „*kvótakerfi*” þar sem framleiðslumagn er takmarkað í því skyni að halda uppi verði. Vísast

¹⁷³ Sjá um þessi atriði Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, áttunda útgáfa 2018, bls. 375 og 383-384 og Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, þriðja útgáfa 2014, bls. 1040 – 1041.

¹⁷⁴ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 18.07.2005 í máli nr. T-241/01, SAS gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2005:296 og dóm hans frá 08.10.1996 í sameinuðum málum nr. m.a. T-24/93, Compagnie Maritime Belge gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:1996:139.



um þetta til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2001, *Ágæti hf. o.fl. gegn samkeppnisráði*.

469. Í málinu sem endaði með dómi Hæstaréttar 30. október 2003 (mál nr. 37/2003) var komist að þeirri niðurstöðu að Sölufélag garðyrkjumanna (SFG) og Ágæti hefðu brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem höfðu þann tilgang að draga úr framboði á tilteknum vörum í því skyni að hækka verð eða vinna gegn lækkun á verði. Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur, sem Hæstiréttur staðfesti að þessu leyti, sagði um þetta:

„Ljóst er, að ráðagerðir voru um það milli SFG, Ágætis og fleiri aðila að stofna félag, sem annast ætti m.a. útflutning á kartöflum og grænmeti. Fundargerðir sýna, að tilgangur þessara aðgerða var sýnilega sá, að hluta til, að koma umframframleiðslu úr landi í því skyni að styrkja verðstöðugleika á innanlandsmarkaði. Aftur á móti verður ekki ráðið af gögnum málsins, að umrædd félag hafi staðið saman að útflutningi á framleiðsluvörum félagsmanna sinna.

Líta ber svo á, að sameiginleg áform um aðgerðir til að halda uppi vöruverði fari í bága við 10. gr. samkeppnislaga. Viðræður milli umræddra félaga og áform þeirra um félagsstofnum í því skyni að hefja útflutning verður því að telja að feli í sér brot í skilningi samkeppnislaga.“

470. Samkvæmt fyrrnefndri reglugerð framkvæmdastjórnar ESB nr. 906/2009 felst í því alvarlegt samráð („hardcore restriction“) ef skipafélög hafa með sér samráð um „að takmarka flutningsgetu.“ Tiltekin aðlögun á flutningsgetu fellur hins vegar undir undanþáguna ef viðkomandi skipafélög hafa samanlagt minna en 30% markaðshlutdeild, sbr. nánar hér á eftir. Öll takmörkun, stýring eða aðlögun skipafélaga, sem samanlagt hafa meira en 30% markaðshlutdeild á flutningaframboði eða flutningsgetu, getur því farið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins.
471. Í dómi dómstóls ESB frá nóvember 2008 í máli *Beef Industry Development Society* var fjallað um samráð nautakjötsframleiðenda á Írlandi um að draga verulega úr framleiðslu.¹⁷⁵ Framleiðendurnir byggðu á því að samráðið gæti ekki haft það að markmiði að raska samkeppni þar sem það hafi verið nauðsynlegt til þess að stemma stigu við mikilli offramleiðslu og stuðla að arðbærum rekstri í írskum nautakjötsiðnaði.¹⁷⁶ Dómstóll ESB féllst ekki á þetta og benti m.a. á að samráðið kæmi í veg fyrir það að framleiðendur myndu grípa til aukinnar samkeppni og hagræðingar í því skyni að stuðla að arðbærum rekstri.¹⁷⁷
472. Í þessu sambandi má og taka fram að lengi hefur verið þekkt í samkeppnisrétti að fyrirtæki geta ekki vísað til ástands á markaði til stuðnings því að samráð, sem jafnan telst hafa að markmiði að raska samkeppni, hafi í raun verið lögmætt.¹⁷⁸ Ber og að hafa í huga að þekkt er í samkeppnisrétti að

¹⁷⁵ Dómur dómstóls ESB frá 20.11.2008 í máli nr. C-209/07, *Beef Industry Development Society*, EU:C:2008:643.

¹⁷⁶ Í málinu var þannig til skoðunar hvort samráð um að draga úr framboði í framleiðslu á nautkjöti á Írlandi hefði haft að markmiði að raska samkeppni. Fyrir lá í málinu að veruleg umframleiðslugeta var fyrir hendi á þessum markaði (allt að 32% þegar mest var). Írsk stjórnvöld og kjötframleiðendur komust að þeirri sameiginlegu niðurstöðu að þörf væri á að grípa til aðgerða til að draga úr framboði til að tryggja eðlileg rekstrarskilyrði til frambúðar. Í kjölfarið stofnuðu kjötframleiðendur félag (BIDS) og á vettvangi þess gerðu þeir með sér samkomulag („BIDS arrangement“) um að draga um fjórðung úr heildarframboði á markaðnum. BIDS byggði á því að samráð þetta gæti ekki haft að markmiði að raska samkeppni. Tilgangur þess væri að skapa heilbrigð rekstrarskilyrði og auka þar með samkeppni neytendum til góðs. Bentu framleiðendurnir m.a. á þetta, sbr. mgr. 19 í dómnum: „[...] BIDS submits that those arrangements do not come within the category of infringements by object, but should, on the contrary, be analysed in the light of their actual effects on the market. It argues that the BIDS arrangements, first, are not anti-competitive in purpose and, second, do not entail injurious consequences for consumers or, more generally, for competition. It states that the purpose of those arrangements is not adversely to affect competition or the welfare of consumers, but to rationalise the beef industry in order to make it more competitive by reducing, but not eliminating, production overcapacity.“

¹⁷⁷ Í mgr. 35 sagði dómstóll ESB þetta um samráðið að takmarka framboð („BIDS arrangement“): „In the context of competition, the undertakings which signed the BIDS arrangements would have, without such arrangements, no means of improving their profitability other than by intensifying their commercial rivalry or resorting to concentrations. With the BIDS arrangements it would be possible for them to avoid such a process [...]“.

¹⁷⁸ Reyndi t.d. á þetta í dómi dómstóls ESB frá 15.07.1970 í máli nr. 41/69, *ACF Chemiefarma* gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:1970:71. Fyrirtæki hélt því fram að markaðsskipting tiltekinna framleiðenda hefði ekki verið ólögmæt. Ástæða þessa væri sú að afar mikill skortur hefði verið á mikilvægu hráefni og þar með hefði markaðsskiptingin ekki haft nein áhrif á samkeppni (mgr. 125). Dómstóll ESB féllst ekki á þetta og benti m.a. á eftirfarandi:

stofnað sé til ólögmæts samráðs sem viðbrögð við breytingum á markaði, t.d. vegna samdráttar í eftirspurn eða skyndilegrar hækkunar á tilteknum kostnaði.¹⁷⁹

473. Áföll eða miklir erfiðleikar á markaði leyfa hins vegar ekki sjálfkrafa samráð keppinauta sem ella væri bannað.¹⁸⁰ Ljóst er að ef keppinautar bregðast við samdrætti í eftirspurn með því að hafa samráð um að draga úr framboði sínu er um að ræða markmiðsbrot í skilningi samkeppnisréttarins.¹⁸¹ Frá sjónarhóli almannahagsmuna er samráð keppinauta jafnan óæskileg leið til þess að leysa vanda af þessum toga. Undir venjulegum kringumstæðum á samdráttur í eftirspurn að leiða til lækkandi verðs sem kallar á viðbrögð keppinauta. Samkeppni og sjálfstæðar ákvarðanir keppinauta eru jafnan mun æskilegri aðferð til að takast á við slíkan vanda heldur en samráð.¹⁸²

4.6.6. Eldri mál í flutningastarfsemi

4.6.6.1. Ákvörðun nr. 26/1997 og úrskurður í máli nr. 13/1997

474. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 26/1997 var fjallað um samstarf Eimskips og Samskipa í sjóflutningum milli Íslands og Norður-Ameríku. Samkeppnisráð féllst ekki á það sjónarmið Eimskips og Samskipa að samstarfið gæti ekki farið gegn þágildandi banni 10. gr. samkeppnislaga við ólögmætu samráði keppinauta. Sagði m.a. þetta í ákvörðun ráðsins:

„Eimskip og Samskip eru keppinautar sem starfa á sama sölustigi. Í samkomulaginu felst að Samskip hætta beinum áætlunarsiglingum til Norður-Ameríku og flytja þess í stað fastákveðið hlutfall flutninga sinna með keppinauti sínum. Í þessu felst óhjákvæmilega að félögin hafa sammælt um að hætta að keppa á umræddri siglingaleið í einum af meginþáttunum sem flutningastarfsemi þeirra samanstendur af, þ.e. í siglingum og rekstri skipa. Öll samvinna af þessum toga er til þess fallin að draga úr samkeppni milli keppinauta, sérstaklega í tilviki sem þessu þar sem fákeppni ríkir á markaðnum. 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.“

475. Samkeppnisráð benti einnig á að Eimskip hefði annast um 70% og Samskip um 30% af umræddum flutningum áður en flutningssamkomulagið var gert. Í flutningssamkomulaginu fælist samkomulag um að Eimskip flytti með skipum sínum 80% af 30% hlut Samskipa en Samskipum væri frjálst að flytja 20% af sínum hluta með hverjum sem væri. Að mati samkeppnisráðs hefðu þessir aðilar þannig

¹⁷⁹ „128. The sharing out of domestic markets has as its object the restriction of competition and trade within the Common Market.

¹²⁹ The fact that, if there were a threatened shortage of raw materials, such an agreement might in practice have had less influence on competition and on international trade than in a normal period in no way alters the fact that the parties did not terminate their activities.“

¹⁷⁹ Sjá Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, þriðja útgáfa 2014, bls. 1055-1056. Í dómi undirréttar ESB frá 16.09.2013 í máli nr. T-412/10, Roca gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2013:444, hélt fyrirtæki því fram að framkvæmdastjórnin hefði við álagningu sektar vegna þátttöku í ólögmætu samráði ranglega ekki tekið tillit til mikilla efnahagsörðugleika (e. economic crisis). Undirrétturinn féllst ekki þetta og benti á að ólögmætt samráð kæmi oft til vegna erfiðleika á markaði. Væri framkvæmdastjórninni því ekki skylt að horfa til slíkra erfiðleika, sbr. mgr. 163 í dómnum.

¹⁸⁰ Slík samráð sem á sér stað sem viðbragð við áföllum er nefnt á ensku „crisis cartels“.

¹⁸¹ Sjá hér 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.“

¹⁸² Sjá framlag framkvæmdastjórnar ESB í skýrslu OECD frá október 2011, Crisis Cartels (DAF/COMP/GF(2011)11), bls. 117: „So-called „crisis cartels“ which aim to reduce industry overcapacity cannot be justified by economic downturns and recession-induced falls in demand. As noted above, a general rule in a well-functioning free market economy is that market forces alone should remove unnecessary capacity from a market. Price should influence the changing relationship between supply and demand. Indeed, when demand falls, it is expected that price should follow as well. In such circumstances, it is for each undertaking to decide for itself whether, and at which point in time, its overcapacity becomes economically unsustainable and to take the necessary steps to reduce it. Indeed, as stated by the ECJ, „the concept inherent in the Treaty provisions on competition... [is that] each trader must determine independently the policy which he intends to adopt on the common market...“. Hence, it can be expected that competition would itself correct overcapacity problems and would bring within a reasonable period of time the market back to equilibrium, without any need for coordination between the undertakings on the market.

Competition in periods of crises may force the least efficient undertakings to exit a market. This is part and parcel of the competitive process. Indeed, the General Court has accepted that „it is impossible to distinguish between normal competition and ruinous competition. Potentially, any competition is ruinous for the least efficient undertakings“.



takmarkað það flutningamagn sem samkeppni gæti ríkt um í siglingum milli Íslands og Norður-Ameríku og skipt upp markaðnum á milli farmflytjenda hlutfallslega eftir magni. Samkeppnisráð taldi því augljóst að í samkomulaginu fælist að þessu leyti skipting markaðar skv. b. lið 10. gr. samkeppnislaga. Um hafi verið að ræða samstarf sem farið hefði í eðli sínu gegn samkeppnislögum.

476. Samkeppnisráð taldi hins vegar forsendur til þess að veita samkomulaginu undanþágu frá banni 10. gr. eldri samkeppnislaga, sbr. nánari umfjöllun í kafla 5.1 hér á eftir.

477. Eimskip skaut framangreindri ákvörðun til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sbr. mál nr. 13/1997. Krafðist félagið þess að hún yrði felld úr gildi og „þar með sú ályktun ráðsins að flutningssamkomulagið frá 22. janúar 1997“ hafi farið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Benti Eimskip m.a. á þetta:

„Áfrýjandi kveður samkomulagið ekki fjalla um skiptingu á viðkomandi markaði eftir magni, heldur flytji Samskip tiltekið hlutfall af gámum sem félagið þarf að flytja beint á milli Ameríku og Íslands með áfrýjanda.“

Bent er á að eftir sem áður komi Samskip fram sem flytjandi vörunnar gagnvart neytandanum. Samningurinn feli ekki í sér að Samskip feli áfrýjanda 80% af markaðshlutdeild sinni, heldur að félagið muni ekki sjálft reka skip á umræddri siglingaleið, en haldi áfram að selja sjóflutning til viðskiptavina á sama hátt og áður. Áfrýjandi bendir á að flutningur með skipi sé aðeins einn þáttur í flutningum. Önnur atriði ráði miklu um það hvernig þjónusta skipafélags sé verðlögð og því séu samningsaðilar í ótakmarkaðri samkeppni um flutninginn.

Áfrýjandi kveður að þrátt fyrir samninginn muni Samskip eftir sem áður hafa aðra kosti við flutning til Norður-Ameríku, s.s. flutning í gegnum hafnir í Evrópu. Áfrýjandi telur að þar sem Samskip hafi hætt rekstri skips á umræddri leið sé það skylda fyrirtækisins að taka að sér þann flutning sem Samskip óskaði eftir. Annað hefði verið misnotkun á markaðsráðandi stöðu Eimskipafélagsins.“

478. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála féllst ekki á sjónarmið Eimskips og staðfesti ákvörðun samkeppnisráðs. Í úrskurðinum sagði m.a. þetta:

„Ótvírætt er að fákeppni ríkir um vöruflutninga sjóleiðis til og frá Íslandi á þeim siglingaleiðum sem um ræðir í máli þessu og að áfrýjandi hafi yfirburðastöðu á því sviði. Við þær aðstæður er hvers kyns samráð milli hlutaðeigandi flutningaáðila 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. Taka verður undir það álit samkeppnisráðs, að umrætt samkomulag hafi í reynd í för með sér skiptingu markaðar í skilningi b-liðar 10. gr. samkeppnislaga, að því marki sem slík skipting er á valdi aðila. Brýtur því samkomulagið í bága við fyrrnefnt ákvæði laganna.“

4.6.6.2. Ákvörðun nr. 27/2002

479. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 27/2002 var fjallað um ósk Samskipa og Vöruflutninga Vesturlands í Borgarnesi (VFV) um undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga. Kom fram að bæði þessi fyrirtæki önnuðust vöruflutninga milli Reykjavíkur og Borgarness og að þau óskuðu eftir undanþágu fyrir samstarfi um sameiginlega vöruafgreiðslu fyrirtækjanna í Borgarnesi auk vörudreifingar og vörusöfnunar innanbæjar og í nágrennasveitum. Samstarfið tók hins vegar ekki til vöruflutninga milli Reykjavíkur og Borgarness.

480. Samkeppnisráð taldi þetta samstarf fara gegn 10. gr. samkeppnislaga: „Þá liggur fyrir að meta samkeppnisleg áhrif samstarfsins. Áður en til samstarfs [Samskipa] og VFV kom ráku bæði fyrirtækin hvort sína vöruafgreiðslu og önnuðust dreifingu á vörum í Borgarnesi og voru því keppinautar á því sviði. Með samstarfinu hætta fyrirtækin að keppa í þessum þætti starfsemi sinnar. Ljóst er að slíkt samkomulag milli keppinauta getur almennt séð falið í sér ólögmetar samkeppnishömlur, sbr. t.d.



úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 13/1997, Hf. Eimskipafélag Íslands gegn samkeppnisráði. Á þetta sérstaklega við á mörkuðum þar sem samkeppni er takmörkuð fyrir en eins og komið hefur fram er um að ræða samstarf tveggja keppinauta sem sameiginlega njóta markaðsyfirráða á þeim markaði sem hér hefur verið skilgreindur. Af þessu er ljóst að samstarfið mun takmarka eða stýra framleiðslu í skilningi b-liðar 2. mgr. 10. gr. samkeppnislaga."

481. Samkeppnisráð taldi hins vegar forsendur til þess að veita fyrirtækjunum undanþágu fyrir samstarfinu.

4.6.6.3. Ákvörðun nr. 10/2003

482. Eimskip og Samskip voru, ásamt tveimur öðrum skipafélögum, meðlimir í Sambandi íslenskra kaupskipaútgerða (SÍK). Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2003 var fjallað um erindi SÍK vegna útgáfu á almennum þjónustuskilmálum fyrir þjónustu sem boðin væri „í tengslum við sjóflutninga“. SÍK byggði á því að þessir skilmálar gætu ekki raskað samkeppni milli aðildarfyrirtækja. Þeim væri aðeins „ætlað að staðfesta viðskiptavenjur og skýra stöðu annars vegar þess sem býður þjónustuna og hins vegar viðskiptamanna, bæði hvað varðar réttindi og skyldur. SÍK telur að setning skilmálanna hafi aðeins jákvæð áhrif á samkeppni þar sem réttaröryggi hafi með þeim verið tryggt.“ Til vara óskaði SÍK eftir undanþágu frá banni samkeppnislaga við samráði keppinauta.

483. Í ákvörðun samkeppnisráðs sagði: „Að mati samkeppnisráðs hafa samræmdir þjónustuskilmálar það í för með sér að fjórir keppinautar á sviði sjóflutninga munu sameinast um tiltekin viðskiptakjör sem ætlað er að gilda gagnvart viðskiptavinum félaganna. Í 1. mgr. 10. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, sbr. lög nr. 107/2000, segir að allir samningar sem hafa það að markmiði eða af þeim leiðir að samkeppni sé raskað séu bannaðir. Þá segir að bannið taki m.a. til samninga, samþykktu og samstilltra aðgerða sem hafa áhrif á verð, afslætti, álagningu eða önnur viðskiptakjör með beinum eða óbeinum hætti, sbr. a-lið 2. mgr. 10. gr. samkeppnislaga. Í greinargerð með frumvarpi til samkeppnislaga segir að undir hugtakið önnur viðskiptakjör geti m.a. fallið ýmis samkeppnishamlandi skilyrði t.d. fyrir ábyrgð, afslætti eða skilyrði varðandi greiðslukjör. Í umræddum þjónustuskilmálum er m.a. fjallað um ábyrgð félags og ábyrgðartíma, upphæð bóta og undanþágur frá ábyrgð. Samkeppnisráð getur fallist á það með SÍK að með þjónustuskilmálunum sé að ákveðnu leyti verið að staðfesta ýmsar viðskiptavenjur, siðareglur og viðmiðunarreglur á þessu sviði sjóflutninga en engu að síður er með skilmálunum verið að samræma ákveðna þætti varðandi þjónustu kaupskipaútgerða sem getur haft í för með sér að samkeppni milli aðildarfélaganna takmarkast. Verður því að telja að slíkir samræmdir þjónustuskilmálar hagsmunasamtaka fyrirtækja á sama sölustigi séu til þess fallnir að takmarka samkeppni þeirra á milli.“

484. Samkeppnisráð taldi hins vegar forsendur til að veita undanþágu og tók þetta fram í ákvörðun sinni: „Skilyrði undanþágunnar eru þau að skilmálarnir muni ekki setja kaupskipaútgerðum neinar takmarkanir varðandi þá þjónustu eða verð sem boðið er. Einnig ber að árétta að þrátt fyrir þessa undanþágu er aðildarfélagum SÍK með öllu óheimilt að miðla viðskiptalegum upplýsingum sín á milli og þá er félögunum óheimilt að hafa með sér hvers konar samvinnu um verð eða aðra viðskiptaskilmála.“

485. Í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2003 koma fram þessi fyrirmæli: „Þá er aðildarfélagum Sambands íslenskra kaupskipaútgerða með öllu óheimilt að miðla viðskiptalegum upplýsingum sín á milli og einnig er félögunum óheimilt að hafa með sér hvers konar samvinnu um verð eða aðra viðskiptaskilmála.“ Þessi fyrirmæli taka til Eimskips og Samskipa og voru í gildi allt rannsóknartímabil þessa máls og giltu samhliða almennu banni 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins.¹⁸³

¹⁸³ Í fréttatilkynningu SÍK frá 10.04.2003 er fjallað um niðurstöðu samkeppnisráðs í ákvörðun nr. 10/2003. Þar segir m.a.: „Viðskiptamenn aðildarféлага SÍK, mega gera ráð fyrir að einstök aðildarfélag SÍK, sem í dag eru Eimskip ehf., Nes hf., Nesskip hf. og Samskip hf., taki skilmála þessa upp í staðlaða samninga við viðskiptavini sína.“



4.6.6.4. Ákvörðun nr. 11/2003 og úrskurður í máli nr. 9/2003

486. Á árinu 2003 var aftur fjallað um samstarf Eimskips og Samskipa í sjóflutningum milli Íslands og Norður-Ameríku. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 11/2003 var talið að flutningasamkomulag fyrirtækjanna færi gegn 10. gr. samkeppnislaga og tekið fram að öll samvinna Eimskips og Samskipa af þessum toga væri „til þess fallin að draga úr samkeppni milli keppinauta. Allt samstarf milli keppinauta skapar hættu á að viðkomandi fyrirtæki fari að taka tillit hvort til annars og þar með dragi úr virkri samkeppni á viðkomandi markaði.“
487. Samkeppnisráð taldi hins vegar forsendur til þess að veita fyrirtækjunum undanþágu frá banni 10. gr. samkeppnislaga, sbr. nánari umfjöllun í kafla 5.8 hér á eftir.
488. Ákvörðun samkeppnisráðs var staðfest með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 9/2003, *Atlantsskip ehf. gegn samkeppnisráði*.

4.6.6.5. Ákvörðun nr. 46/2009

489. Aftur var fjallað um samstarf Eimskips og Samskipa í sjóflutningum milli Íslands og Norður-Ameríku í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 46/2009. Taldi Samkeppniseftirlitið flutningasamkomulag fyrirtækjanna fara gegn 10. gr. samkeppnislaga. Eins og í eldri málum var öll samvinna þessara keppinauta af þessum toga talin vera til þess fallin að draga úr samkeppni á viðkomandi markaði. Vísað var og til þess að Eimskip og Samskip væru saman með yfirburða markaðshlutdeild.
490. Veitt var undanþága frá banni 10. gr. samkeppnislaga. Eins og rökstutt er m.a. í kafla 10.6.2 var undanþága Samkeppniseftirlitsins veitt á grundvelli rangra og villandi upplýsinga frá Samskipum og Eimskip.

4.6.6.6. Ákvörðun nr. 13/2019 og úrskurður í máli nr. 1/2019

491. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 13/2019, *Beiðni Eimskipafélags Íslands hf. og Royal Arctic Line A/S um undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga vegna samnings um samnýtingu á plássí í áætlunarskipum*, segir:

„119. Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga gera þá kröfu að bæði keppinautar og mögulegir keppinautar starfi að öllu leyti sjálfstætt og hafi því ekki samstarf um neina þætti sem varða starfsemi þeirra á markaðnum. Tekur bann 10. gr. samkeppnislaga m.a. til samráðs sem takmarkar eða stýrir framleiðslu, mörkuðum, tækniþróun eða fjárfestingu, sbr. b-lið 2. mgr. umrædds lagaákvæðis. Allt samstarf milli keppinauta skapar og hættu á að viðkomandi fyrirtæki fari að taka tillit hvort til annars og þar með dragi úr virkri samkeppni á viðkomandi markaði. Einnig getur samstarf dregið úr samkeppnisþrýstingi á meðal keppinauta eða hugsanlegra keppinauta.

120. Fyrir liggur einnig að samstarf skipafélaga um flutninga til og frá Íslandi fer gegn 10. gr. samkeppnislaga, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 13/1997 og 9/2003.

[...]

122. Að mati Samkeppniseftirlitsins er því ljóst að það samstarf sem hér um ræðir milli RAL og Eimskips felur það í sér að tvö félög á sviði sjóflutninga sameinast um tiltekna þætti í starfsemi sinni, á ákveðinni flutningaleið. Að öllu framansögðu virtu og með hliðsjón af stöðu undanþágubeiðenda á ofangreindum markaði, einkum sterkri stöðu Eimskips sbr. umfjöllun hér að ofan, uppbyggingu markaðar, aðgangshindrana og fjölda keppinauta, er það mat Samkeppniseftirlitsins að fyrirhugað samstarf falli undir bann 10. gr. samkeppnislaga.“

492. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti umrædda ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, sbr. úrskurð í máli nr. 1/2019, *Samskip hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Kom fram í úrskurðinum að óumdeilt væri



að samningur Eimskips og RAL um m.a. samnýtingu á plássi í áætlunarskipum félaganna falli undir ákvæði 10. gr. samkeppnislaga.

4.6.7. Sérreglur á sviði flutninga á sjó

4.6.7.1. Reglugerð nr. 4056/86 („Samsiglingakerfi“)

493. Fram á árið 2006 var í gildi á EES-svæðinu reglugerð ráðsins nr. 4056/86 um beitingu samkeppnisreglna gagnvart flutningum á sjó. Með þessari reglugerð var veitt undanþága frá banni við samráði keppinauta fyrir svonefnd samsiglingakerfi (e. *liner conference*). Tók hún til skipafélaga sem stunduðu áætlunarsiglingar með vörur. Tilgangur þessarar undanþágu var að tryggja stöðugleika og áreiðanlega þjónustu í áætlunarsiglingum.

494. Hugtakið „samsiglingakerfi“ var skilgreint svo í 3. tölul. 1. gr. reglugerðarinnar:

„[...] tvær eða fleiri útgerðir sem veita vöruflutningaþjónustu milli landa á tiltekinni leið eða leiðum innan ákveðins svæðis og hafa með sér einhvers konar samning eða samkomulag sem þær starfa eftir og setja upp sams konar eða sameiginlegar gjaldskrár og umsamda skilmála sem flutningaþjónusta þeirra lýtur“.

495. Undanþágan sem um ræðir kom fram í 3. gr. reglugerðarinnar og hljóðaði svo:

„Samningar, ákvarðanir og samstilltar aðgerðir sumra eða allra aðila að einu eða fleiri samsiglingakerfum eru hér með undanþegin banninu í 1. mgr. 85. gr. sáttmálans, samanber þó skilyrðin sem sett eru í 4. gr. þessarar reglugerðar, þegar markmið þeirra er að ákveða gjaldskrár eða flutningaskilmála og, eftir atvikum, eitthvert eftirfarandi:

- a) *samræming á tímaáætlunum, brottförum og viðkomum;*
- b) *ákvörðun á tíðni ferða eða viðkoma;*
- c) *samræming eða niðurrjöfnun ferða eða viðkoma milli aðila að samsiglingakerfinu;*
- d) *stjórnun á þeirri flutningsgetu sem hver aðili býður fram;*
- e) *niðurrjöfnun vöruferna eða tekna milli aðila.“*

496. Í 4. gr. reglugerðarinnar voru sett skilyrði fyrir undanþágu og í 5. gr. var mælt fyrir um skuldbindingar sem fylgdu undanþágunni. Kom þar m.a. fram skylda til samráðs við farmflytjendur og skylda til þess að hafa gjaldskrár og skilmála viðkomandi samsiglingakerfis aðgengilegt öllum.

497. Í 2. gr. reglugerðarinnar var mælt fyrir um það að bannið við samráði tæki ekki til tiltekins samráðs sem hefði „eingöngu að markmiði og verða til þess að koma á tæknilegum umbótum eða stofna til tæknilegrar samvinnu.“

498. Þar sem 3. gr. reglugerðar nr. 4056/86 fól í sér undanþágu frá meginreglunni um bann við samkeppnishamlandi samráði keppinauta var hún túlkuð þröngt af framkvæmdastjórn og dómstólum ESB, sbr. t.d. dóm undirréttar ESB frá 28. febrúar 2002 í máli nr. T-395/94, *Atlantic Container Line o.fl. gegn framkvæmdastjórninni*.¹⁸⁴ Í þessu máli féllst dómstóllinn á það með framkvæmdastjórninni að tiltekin skipafélög mynduðu ekki samsiglingakerfi og gætu þegar af þeirri ástæðu ekki notið þeirrar

¹⁸⁴ Í mgr. 146 segir m.a.: „[...] it should be recalled that, according to settled case-law, having regard to the general principle of the prohibition of agreements restricting competition in Article 85(1) of the Treaty, provisions derogating therefrom in an exempting regulation must, by their nature, be strictly interpreted [...] This conclusion applies, a fortiori, to the provisions of Regulation No 4056/86 by virtue of its unlimited duration and the exceptional nature of the restrictions on competition authorised (horizontal agreement having as its object the fixing of prices). It follows that the block exemption provided for by Article 3 of Regulation No 4056/86 cannot be interpreted broadly and progressively so as to cover all the agreements which shipping companies deem it useful, or even necessary, to adopt in order to adapt to market conditions.“



undanþágu sem 3. gr. reglugerðarinnar mælti fyrir um. Ástæðan fyrir því að félögin töldust ekki tilheyra samsiglingakerfi í skilningi reglugerðarinnar var sú að þau buðu ekki upp á sameiginlega eða samræmda gjaldskrá fyrir flutninga sína.¹⁸⁵

499. Í dómi undirréttar ESB frá 19. mars 2003 í máli nr. T-213/00, *CMA CGM o.fl. gegn framkvæmdastjórninni*, var fjallað um verðsamráð skipafélaga sem tengdist álagningu á tilteknum gjöldum (t.d. olíugjald (BAF)). Hafði framkvæmdastjórnin komist að þeirri niðurstöðu að um brot væri að ræða. Taldi framkvæmdastjórnin að viðkomandi skipafélög mynduðu ekki samsiglingakerfi og gæti samráð um m.a. olíugjald ekki fallið undir undanþágu 3. gr. reglugerðar nr. 4056/86. Þá félli þetta samráð ekki undir heimild 2. gr. reglugerðarinnar um tæknilega samvinnu. Undirréttur ESB staðfesti þessa niðurstöðu framkvæmdastjórnarinnar.
500. Með reglugerð ráðsins nr. 1419/2006 var reglugerð nr. 4056/86 felld úr gildi.¹⁸⁶ Í aðfararorðum reglugerðar nr. 1419/2006 kemur fram að tilgangur þessa væri að efla samkeppni í áætlunarsiglingum. Bent er á að í rökunum fyrir undanþágunni í reglugerð nr. 4056/86 hafi verið „gengið út frá því að samsiglingakerfi veiti stöðugleika og tryggi útflytjendum áreiðanlega þjónustu sem ekki er unnt að ná eftir leiðum sem eru ekki eins takmarkandi.“ Rannsókn framkvæmdastjórnarinnar hafi hins vegar leitt í ljós að þessi atvinnugrein þarfnadist ekki „verndar frá samkeppni“. Var einnig bent á að þegar um væri „að ræða grófar samkeppnishömlur eins og lárétt verðsamráð, sem verður þegar gjaldskrá samsiglingakerfisins er ákveðin og sammælt er um gjöld og aukagjöld, eru neikvæðu áhrifin mjög alvarleg.“ Þá var einnig vísað til þeirrar hættu sem stafað gæti af því þegar keppinautar í áætlunarsiglingum skiptust á „viðkvæmum viðskiptaupplýsingum“.
501. Í 1. gr. reglugerðar nr. 1419/2006 segir að reglugerð „nr. 4056/86 falli úr gildi. Ákvæði 1. gr. (bog c-liður 3. mgr.), 3.–7. gr., 8. gr. (2. mgr.) og 26. gr. reglugerðar (EBE) nr. 4056/86 gilda áfram að því er varðar samsiglingakerfi, sem uppfylla kröfur reglugerðar (EBE) nr. 4056/86 hinn 18. október 2006, á aðlögunartímabili til tveggja ára frá þeim degi.“
502. Hvorki Eimskip né Samskip ráku eða voru aðilar að samsiglingakerfi í skilningi reglugerðar nr. 4056/86. Meðan sú undanþága gildi gat hún því ekki tekið til félaganna.

4.6.7.2. „Skipafélagasamtök“

503. Í gildi er reglugerð framkvæmdastjórnar ESB nr. 906/2009 „um beitingu 3. mgr. 81. gr. sáttmálans gagnvart tilteknum flokkum samninga, ákvarðana og samstilltra aðgerða milli áætlunarskipafélaga (skipafélagasamtaka).“¹⁸⁷ Með þessari reglugerð er tiltekinni samvinnu áætlunarskipafélaga veitt undanþága frá banni EES/ESB-samkeppnisréttar við samráði keppinauta, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2019, *Samskip hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.¹⁸⁸ Tekur undanþágan til svonefndra „skipafélagasamtaka“ (e. *consortia*). Er það hugtak skilgreint svo í 2. gr. reglugerðarinnar:

„[...] samningur eða margir innbyrðis tengdir samningar á milli tveggja eða fleiri flutningsaðila í skiparekstri, sem veita alþjóðlega flutningaþjónustu með áætlunarskipum, einvörðungu í vöruflutningum sem tengist einni eða fleiri atvinnugrein, sem miðar að því að koma á samstarfi um sameiginlegan rekstur í sjóflutningum og bæta þá þjónustu sem hver og einn aðili samtakanna myndi

¹⁸⁵ Í mgr. 176 og 177 segir: „It must be stated that the applicants have not disputed any of these matters of fact which are indeed evident directly from the text of the TAA itself and that, in the light of those facts, the Commission rightly considered that the TAA was not a liner conference within the meaning of Article 1(3)(b) of Regulation No 4056/86 on the ground that that agreement provided a different tariff scheme for the two categories of members, and not uniform or common freight rates applicable by all the members. [...]“

It is clear from the foregoing, first, that the block exemption provided for in Article 3 of Regulation No 4056/86 can apply only to the liner conferences referred to in Article 1(3)(b) of that regulation and, second, that the TAA cannot be regarded as a liner conference within the meaning of that regulation.“

¹⁸⁶ Tekin upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 153/2006.

¹⁸⁷ Samkvæmt reglugerð framkvæmdastjórnarinnar nr. 2020/436 gildir reglugerð nr. 906/2009 til 25.04.2024.

¹⁸⁸ Tekin upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 51/2010.



annars veita ef ekki væri um samtök að ræða og að hagræða starfsemi þeirra með ráðstöfunum á sviði tækni, reksturs og/eða viðskipta".

504. Áður en vikið er nánar að ákvæðum reglugerðar nr. 906/2009 er rétt að fjalla stuttlega um forsögu hennar.

4.6.7.2.1. Forsaga reglugerðar nr. 906/2009 um skipafélagasamtök

505. Forsaga reglugerðar nr. 906/2009 er sú að árið 1990 lagði framkvæmdastjórn ESB til við ráðið að henni yrði veitt heimild til að setja reglugerð til þess að veita hópundanþágu vegna skipafélagasamtaka.¹⁸⁹ Ástæða þessa var annars vegar sú að í skipafélagasamtökum felist ólögmaett samráð keppinauta og hins vegar að vissum skilyrðum uppfylltum geti slíkt samstarf haft jákvæð áhrif í för með sér sem vegi upp ókosti þess. Um fyrra atriðið sagði svo í skýrslu framkvæmdastjórnarinnar:

„[...] consortia agreements, restrict or eliminate competition between the parties in some or all of the following areas:

- the provision and use of capacity and transport facilities

- timings and sailings

- marketing

- inland operations

- their policies as conference members and

- price competition (which is eliminated either by conference membership, or by arrangements in the consortium agreements which are to that extent equivalent to a conference agreement, or by some combination of the two)."

506. Var það þannig mat framkvæmdastjórnarinnar að samstarf skipafélaga um m.a. sjóflutninga eða notkun á búnaði eða aðstöðu tengdum þeim flutningum raskaði samkeppni. Því væri nauðsynlegt að setja hópundanþágu til að stuðla að því að samvinna, sem þrátt fyrir framangreint væri æskileg, gæti átt sér stað.¹⁹⁰ Hins vegar yrði að tryggja að þrátt fyrir samvinnu keppinauta innan skipafélagasamtaka yrði næg samkeppni á viðkomandi sjóflutningsmarkaði því ella muni viðskiptavinir ekki njóta þess hagræðis sem leitt gæti af skipafélagasamtökum.

507. Framangreint leiddi til þess að framkvæmdastjórnin setti reglugerð nr. 870/95 þar sem veitt var hópundanþága fyrir skipafélagasamtök. Skilyrði þess að njóta undanþágunnar voru m.a. þau að viðkomandi fyrirtæki hefðu samanlagt ekki meira en 35% hlutdeild í viðkomandi flutningum.¹⁹¹ Ný reglugerð tók síðan gildi á árinu 2000, nr. 823/2000, og var hún áþekk hinni eldri.

508. Í 7. gr. reglugerðar nr. 823/2000 (og í 7. gr. reglugerðar nr. 870/95) sagði að undanþága gildi einnig um „skipafélagasamtök sem eiga markaðshlut á einhverjum markaði, sem þau starfa á, sem fer yfir þau mörk sem mælt er fyrir um í 6. gr., en fer samt sem áður ekki yfir 50% á neinum markaði, með þeim skilyrðum að framkvæmdastjórninni sé tilkynnt um þá samninga sem um ræðir [...] og að

¹⁸⁹ „Communication by the Commission. Report on the possibility of a group exemption for consortia agreements in liner shipping”, 18.06.1990. COM(90) 260 final.

¹⁹⁰ Sjá hér einnig Luis Ortiz Blanco & Ben Van Houtte, EU Regulation and Competition Law in the Transport Sector, önnur útgáfa 2017. Á bls. 292 er þessu mati framkvæmdastjórnarinnar lýst svo: „Its reasoning was that although consortia agreements restrict competition, they present a number of benefits, which tilt the balance in their favour (e.g. economics of scale leading to lower prices for consumers, rationalization and improved sailing timetable).” Sagt er einnig á sömu bls. að til grundvallar mati framkvæmdastjórnarinnar hafi legið mjög ítarleg rannsókn („massive examination of consortia arrangements”).

¹⁹¹ Á þessum tíma var einnig í gildi hópundanþága vegna samsiglingakerfa (e. *liner conference*). Ef viðkomandi fyrirtæki voru hluti af samsiglingakerfi var samanlögð hámarkshlutdeild 30% en 35% ef þau voru ekki hluti af samsiglingar.



framkvæmdastjórnin andmæli ekki slíkri undanþágu innan sex mánaða". Gátu þannig fyrirtæki, með samanlagt hærri hlutdeild en 35% en ekki yfir 50%, notið undanþágu skv. reglugerðinni ef þau annars vegar tilkynntu framkvæmdastjórninni um samvinnu sína og hins vegar að framkvæmdastjórnin gerði eftir rannsókn ekki athugasemdir við hana innan tilgreindra tímamarka. Var þannig ekki talið útilokað að kostir samstarfs skipafélaga, sem samanlagt væru með 36 – 50% markaðshlutdeild, myndu veita upp ókosti þess. Þegar um þessa hærri markaðshlutdeild væri að ræða var hins vegar ekki unnt að gefa sér slíkt fyrirfram og sökum þessa var mælt fyrir um framangreinda tilkynningu til framkvæmdastjórnarinnar.

509. Með reglugerð ráðsins nr. 1/2003 var fellt niður það fyrirkomulag að framkvæmdastjórn ESB veitti fyrirtækjum einstaklingsbundna undanþágu frá samráðsbanni 1. mgr. 101. gr. sáttmála um starfshætti Evrópusambandsins (hér eftir TFEU). Þess í stað var tekið upp svonefnt sjálfsmatskerfi þar sem fyrirtækjum er ætlað að meta annars vegar hvort samstarf þeirra fari gegn 1. mgr. 101. gr. TFEU og hins vegar (ef talið er að það fari gegn 1. mgr. 101. gr.) hvort það uppfyllir undanþáguskilyrði 3. mgr. 101. gr. TFEU. Það mat getur síðan sætt endurmati framkvæmdastjórnarinnar í mögulegu brotamáli síðar.
510. Leiddi þessi breyting til þess að fyrirkomulagið skv. 7. gr. reglugerðar nr. 823/2000 var fellt niður, sbr. reglugerð framkvæmdastjórnarinnar nr. 463/2004. Gátu þá skipafélög, sem samanlagt voru með 36 – 50% markaðshlutdeild, ekki lengur fengið fyrirfram fullvissu um að samstarf þeirra innan skipafélagasamtaka færi ekki gegn 1. mgr. 101. gr. TFEU.
511. Á rannsóknartímabili þessa máls var hins vegar ekki fyrir hendi sjálfsmatskerfi skv. samkeppnislögum. Var Samskipum og Eimskip óheimilt að hafa með sér samstarf sem féll undir 10. gr. samkeppnislaga nema að fenginni formlegri undanþágu sem Samkeppniseftirlitið veitti með heimild í 15. gr. samkeppnislaga.

4.6.7.2.2. Ákvæði reglugerðar nr. 906/2009

512. Reglugerð framkvæmdastjórnar ESB nr. 906/2009 tók við af reglugerð nr. 823/2000 og er hún í gildi hér á landi. Ber að rifja upp að samkvæmt 1. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar fela skipafélagasamtök í sér tiltekið samstarf fyrirtækja í sjóflutningum sem verður annars vegar að miða að því „að bæta þá þjónustu sem hver og einn aðili samtakanna myndi annars veita ef ekki væri um samtök að ræða“ og hins vegar að miða að hagræðingu með „ráðstöfunum á sviði tækni, reksturs og/eða viðskipta.“ Má þetta samstarf taka til þeirra atriða sem tilgreind eru í 3. gr. en ekki til þeirra atriða sem fjallað er um í 4. gr. Samkvæmt 5. gr. reglugerðarinnar tekur hópundanþágan skv. 3. gr. aðeins til skipafélagasamtaka þar sem samanlögð markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækja er undir 30%. Skal þessu lýst nánar.
513. Samkvæmt 3. gr. reglugerðarinnar tekur undanþágan frá banni við samráði keppinauta til eftirfarandi starfsemi skipafélagasamtaka:
- „1. starfsemi í tengslum við sameiginlegan rekstur flutningaþjónustu með áætlunarskipum sem felur í sér eitthvað af eftirfarandi:*
- a) samræmingu og/eða sameiginlega ákvörðun um ferðaáætlanir og viðkomuhafnir,*
 - b) skipti, sölu eða víxleigu á hólfum eða rýmum fyrir gáma um borð í skipum,*
 - c) samnýtingu skipa og/eða hafnarmannvirkja,*
 - d) rekstur einnar eða fleiri skrifstofa fyrir sameiginlegan rekstur,*
 - e) útvegum gáma, undirvagna og annars búnaðar og/eða leigu, kaupleigu eða kaupsamninga um slíkan tækjabúnað,*



2. aðlögun flutningsgetu vegna sveiflna í framboði og eftirspurn,
3. sameiginlegan rekstur eða notkun hafnarmiðstöðva og tengdrar þjónustu (t.d. uppskipunarþjónustu eða lestunar og losunarþjónustu),
4. hvers konar starfsemi aðra sem er tengd þeirri starfsemi sem um getur í 1., 2. og 3. lið og er nauðsynleg fyrir framkvæmdina, s.s.:
 - a) notkun á notkun tölvuvæddrar upplýsingamiðlunar til að skiptast á gögnum,
 - b) skyldu aðila að skipafélagasamtökum til að nota þau skip, sem skipafélagasamtökin hafa fengið til ráðstöfunar, á viðkomandi markaði eða mörkuðum og forðast að taka á leigu rými í skipum sem tilheyrja þriðju aðilum,
 - c) skyldu aðila að skipafélagasamtökunum til að úthluta ekki rými eða leigja það öðrum flutningsaðilum í skiparekstri á viðkomandi markaði eða mörkuðum nema að fengnu samþykki annarra aðila að samtökunum."

514. Tvennt leiðir hins vegar til þess að skipafélagasamtök geta ekki notið framangreindrar undanþágu. Annars vegar ef alvarlegt samráð (alvarlegar takmarkanir) felst í samstarfi þeirra, sbr. 4. gr. Hins vegar ef aðilar að skipafélagasamtökunum eru sameiginlega með verulega markaðshlutdeild, sbr. 5. gr.

515. Í 4. gr. reglugerðar nr. 906/2009 segir:

„Undanþágan, sem kveðið er á um í 3. gr., gildir ekki um skipafélagasamtök sem, beint eða óbeint, einhliða eða ásamt öðrum þáttum sem eru undir stjórn aðilanna, hafa að markmiði:

1. að hafa verðsamráð þegar vörur eru seldar til þriðju aðila,
2. að takmarka flutningsgetu eða sölu að undanskilinni aðlögun á flutningsgetu sem um getur í 2. mgr. 3. gr.,
3. skipting markaða eða viðskiptavina."

516. Í 5. gr. reglugerðarinnar segir að undanþágan í 3. gr. gildi ekki ef samanlögð markaðshlutdeild skipafélagasamtaka er 30% eða meiri. Í aðfararorðum reglugerðarinnar kemur fram að það samstarf keppinauta sem felist í skipafélagasamtökum sé aðeins jákvætt ef nægjanleg samkeppni er á þeim markaði þar sem viðkomandi skipafélög starfa. Er bent á að viðskiptavinir „geta því aðeins haft raunverulegan ávinning af skipafélagasamtökum að næg samkeppni sé í flutningum á viðkomandi mörkuðum þar sem slík samtök stunda starfsemi. Þetta skilyrði telst uppfyllt þegar markaðshlutdeild skipafélagasamtaka helst innan við tiltekin viðmiðunarmörk og má því reikna með raunverulegri eða hugsanlegri samkeppni frá flutningsaðilum sem eru ekki aðilar að þeim skipafélagasamtökum."

517. Líkt og gert var í forverum reglugerðar nr. 906/2009 telur framkvæmdastjórnin þannig að aðeins sé unnt að leggja til grundvallar að samvinna innan skipafélagasamtaka hafi í för með sér jákvæð áhrif ef fyrir hendi á viðkomandi markaði er nægjanlegt samkeppnislegt aðhald. Sökum þessa geti undanþágan samkvæmt reglugerðinni ekki gilt ef viðkomandi fyrirtæki hafa samanlagt meira en 30%¹⁹² hlutdeild.¹⁹³ Aðeins ef skipafélög hafi samanlagt minni hlutdeild en 30% sé unnt að gefa sér

¹⁹² Var þannig ákveðið í reglugerð nr. 906/2009 að hámarks sameiginleg markaðshlutdeild skyldi vera 30% en ekki 35% eins og var samkvæmt reglugerðum nr. 870/95 og nr. 823/2000.

¹⁹³ Sjá framlag framkvæmdastjórnar ESB í skýrslu OECD, Competition Issues in Liner Shipping, júní 2015, (DAF/COMP/WP2/WD(2015)1. Á bls. 6 segir um þetta: „Consortia generally lead to economies of scale and better utilisation of the space of the ships. These efficiencies are presumed to be passed on to customers in terms of better services and higher coverage of ports provided there is sufficient competitive pressure on the consortium. For that reason, under the Consortia BER (reglugerð 906/2009) the joint market share of the members of the consortium may not exceed 30% under the Consortia BER and where it does, it cannot benefit from the safe harbour of the BER."



að þau geti ekki komið í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta viðkomandi þjónustu og að sökum samkeppni, frá fyrirtækjum sem ekki taka þátt í samstarfinu, muni neytendur njóta sanngjarna hlutdeildar í þeim ávinningi sem af samstarfinu hljóttist, sbr. skilyrðin í 3. mgr. 101 gr. TFEU.¹⁹⁴

518. Ef skipafélög innan skipafélagasamtaka hafa samanlagt meira en 30% markaðshlutdeild verða þau sjálf að leggja á það mat hvort samstarf fari gegn 1. mgr. 101 og hvort samstarf þeirra geti notið undanþágu samkvæmt 3. mgr. 101. gr. TFEU. Rétt er að taka fram að sönnunarbyrðin um hvort samstarf, sem framkvæmdastjórnin telur fara gegn 1. mgr. 101. gr. TFEU, geti notið undanþágu skv. 3. mgr. 101. gr. TFEU hvílir á viðkomandi fyrirtækjum, sbr. 2. gr. reglugerðar nr. 1/2003. Sama fyrirkomulag gildir við beitingu 53. gr. EES-samningsins.
519. Á rannsóknartímabili þessa máls var ekki í gildi hér á landi sjálfsmatskerfi skv. reglugerð nr. 1/2003. Það þýddi að bann 10. gr. samkeppnislaga tók til þess samstarfs skipafélaga sem tilgreint er í 3. gr. nr. 906/2009 en fellur utan hópundanþágu hennar þegar viðkomandi fyrirtæki uppfylla ekki skilyrði 5. gr. um hámarks markaðshlutdeild. Til að slíkt samstarf bryti ekki gegn 10. gr. samkeppnislaga varð að liggja fyrir undanþága Samkeppniseftirlitsins skv. 15. gr. samkeppnislaga. Vísast um þetta til m.a. úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2019, *Samskip hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.
520. Hefur það og lengi legið fyrir að samstarf Samskipa og Eimskips í sjóflutningum fer gegn 10. gr. samkeppnislaga nema undanþága skv. 15. gr. hafi verið veitt. Ber að rifja upp að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 13/1997 var hafnað því sjónarmiði Eimskips að samkomulag fyrirtækisins við Samskip (sem fól í sér flutning á gámum Samskipa milli Íslands og Norður-Ameríku) hefði ekki falið í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga. Þessu til stuðnings vísaði áfrýjunarnefndin m.a. til fákeppni í sjóflutningum til og frá Íslandi. Hafa Samskipum og Eimskipum verið ljóst að viðskiptaleg samvinna við keppinauta í sjóflutningum til og frá Íslandi er afar áhættusöm í lagalegu tilliti ef undanþága er ekki veitt. Kemur þetta fram í samtímagögnum málsins, t.d. í skjali framkvæmdastjóra lögfræðisviðs Eimskips frá febrúar 2008¹⁹⁵ og í beiðnum fyrirtækjanna um undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga.
521. Eins og fram kom hér að framan í kafla 3.1 voru Samskip og Eimskip sameiginlega með verulega hærri markaðshlutdeild en 30%. Þegar af þeirri ástæðu gat undanþága umræddra reglugerða ekki tekið til félaganna. Þar fyrir utan er það mat Samkeppniseftirlitsins að fyrirtækin hafi viðhaft alvarlegt samráð í skilningi 4. gr. reglugerðar 906/2009. Verður þetta rökstutt nánar síðar í ákvörðun þessari.

4.7. Um sönnun í samráðsmálum

4.7.1. Almenn

522. Fjallað hefur verið um sönnun í ýmsum úrlausnum í samkeppnismálum hér á landi.¹⁹⁶ Rétt er að reifa atriði sem fram hafa komið í þeirri lagaframkvæmd. Þá ber að horfa til þess að í máli þessu er tekin afstaða til þess hvort 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins hafi verið brotin.
523. Hér á landi gilda sökum 6. gr. EES-samningsins tilteknar óskráðar meginreglur stjórnarsýsluréttar Evrópuréttarins.¹⁹⁷ Er m.a. um að ræða „undirstöðureglur um jafngilda málsmeðferð og að landsrétti

¹⁹⁴ Sjá Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, þriðja útgáfa 2014, bls. 1820.

¹⁹⁵ Sjá kafla 7.5.5.2.

¹⁹⁶ Um þetta var fjallað m.a. í ákvörðunum samkeppnisráðs nr. 13/2001, *Ólögmeitt samráð og samkeppnishömlur Sölufélags garðyrkjumanna, Ágætis og Mata á grænmetis-, kartöflu og ávaxtamarkaði* og nr. 21/2004, *Ólögmeitt samráð Kers hf. (áður Oliufélagið hf.), Oliuverzlunar Íslands hf., Skeljungu hf. og Bensínorkunnar ehf.* og í úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála í þessum málum, þ.e. mál nr. 14/2001 og 3/2004. Sjá einnig t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 36/2011, *Brot Síldar og fisks ehf. og Matfugls ehf. á 10. gr. samkeppnislaga* og nr. 11/2015, *Brot Byko ehf. á 10. gr. samkeppnislaga*, sbr. úrlausnir áfrýjunarnefndar og dómstóla í þeim málum.

¹⁹⁷ Páll Hreinsson, *Stjórnarsýsluréttur Málsmeðferð*, 2013, bls. 51.



(e. principle of equivalence) og skilvirkni (e. principle of effectiveness)" við framkvæmd á EES-rétti.¹⁹⁸ Af þessu leiðir m.a. að beita ber EES-samkeppnisreglum hér á landi með skilvirkum hætti.¹⁹⁹

524. Í dómi dómstóls ESB frá 21. janúar 2016 í máli nr. C-74/14 var æðsta stjórnarsýsludómstól Litháen veittar leiðbeiningar um sönnunarmat og sönnunarkröfur þegar samráðsbanni ESB/EES-réttar er beitt í landsrétti.²⁰⁰ Fram kom í dómnum að reglur hvers aðildarríkis um sönnunarmat og sönnunarkröfur gildi í slíkum tilvikum en þeim verði hins vegar að beita með hliðsjón af framgreindum meginreglum ESB/EES-réttar um skilvirkni og jafngildi.²⁰¹ Reglan um skilvirkni krefjist þess að reglur landsréttar um sönnunarmat og sönnunarkröfur megi ekki gera beitingu EES/ESB-samkeppnisreglna óhóflega erfiða.²⁰² Vísaði dómstóll ESB síðan til grundvallaratriða sem horft hefur verið til í dómaframkvæmd við sönnun á ólögum samráði. Virða skuli sönnunargögn heildstætt og unnt sé að sanna samráð þó bein sönnunargögn skorti. Vísbendingar (e. „indicia“) geti dugað.²⁰³ Nánari grein verður gerð fyrir þessum sönnunarsjónarmiðum hér á eftir.
525. Með lögum nr. 52/2007 voru gerðar breytingar á samkeppnislögum. Í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að þeim lögum var fjallað um sjónarmið sem gilda þegar banni 10. gr. samkeppnislaga er beitt gegn fyrirtækjum. Fram kemur að frumvarpið byggi í aðalatriðum á niðurstöðum nefndar forsætisráðherra um viðurlög við efnahagsbrotum. Sú nefnd lagði til afnám refsíabyrgðar fyrirtækja vegna brota á samkeppnislögum. Í athugasemdum með frumvarpinu segir um þetta: „Álitamál er hvort fella beri refsíabyrgð á lögaðila niður og styðjast alfarið við stjórnarsýsluviðurlög eða ekki. Telja verður að eftirfarandi þrjú atriði skipti mestu við mat á þessu, í fyrsta lagi nauðsyn þess að viðurlagakerfi samkeppnislaga tryggi hámarks varnaðaráhrif, í öðru lagi nauðsyn að tryggja eftir föngum að íslenskur samkeppnisréttur sé túlkaður í samræmi við EES/EB-samkeppnisrétt og í þriðja lagi nauðsyn þess að sérfræðipækning samkeppnisyfirvalda nýtist sem best, en æskilegt er að sérfræðipækning samkeppnisyfirvalda sé nýtt í öllum málum sem varða brot fyrirtækja á samkeppnislögum. Heppilegasta aðferðin til að tryggja nauðsynlegt samræmi milli íslensks réttar og EES/EB-samkeppnisréttar er að brot fyrirtækja og samtaka þeirra á 10. og 12. gr. samkeppnislaga varði aðeins stjórnvaldssektum. Einnig er mikilvægt að tryggja samræmi í beitingu samkeppnislaga óháð því hvort mál kunna að vera refsiverð eða ekki, þ.e. að viðurlög gagnvart fyrirtækjum séu ákveðin af sömu stofnunum í réttarvörslukerfinu óháð því hversu alvarleg þau eru. Því er talið rétt að öll mál er varða brot fyrirtækja á samkeppnismálum séu ákveðin á grundvelli sjónarmiða stjórnarsýsluréttar og fái prófun sem stjórnarsýslumál og að refsíabyrgð fyrirtækja verði afnumin. Refsíabyrgð vegna ólögum samráðs mun því aðeins hvíla á einstaklingum sem þátt taka í samráði fyrirtækja.
- Helstu kostir þess að reka mál vegna brota fyrirtækja á samkeppnislögum sem stjórnarsýslumál eru að sönnunarkröfur eru ekki jafn strangar í stjórnarsýslumálum og í refsímálum sem leiðir til þess að auðveldara er að uppræta samráð fyrirtækja í stjórnarsýslumáli. Þá tryggir þetta fyrirkomulag samræmi við EES/EB-samkeppnisrétt á þessu sviði og verður nýting sérfræðipækningar hagkvæmust, auk þess sem í stjórnvaldssektum felast fullnægjandi varnaðaráhrif gagnvart fyrirtækjum. Á grundvelli þessa eru í frumvarpinu lagðar til breytingar á ákvæðum samkeppnislaga um refsíabyrgð og álagningu stjórnarsýslusekta.“
526. Samkeppnislögum var breytt í samræmi við framangreint, sbr. lög nr. 52/2007.

¹⁹⁸ Páll Hreinsson, Stjórnarsýsluréttur Málsmeðferð, 2013, bls. 52 -53.

¹⁹⁹ Sjá hér t.d. skriflegar athugasemdar Eftirlitsstofnunar EFTA frá 19.09.2018 í Landsréttarmálinu nr. 490/2018, Byko og Norvik gegn Samkeppniseftirlitinu. (Aðgengilegar á slóð: <https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/Amicus%20Curiae%20%20%20ICA%20v%20Byko%20ehf%20and%20Norvik%20hf%20%20%20Appeals%20Court%20%28Landsr%20ttur%29.pdf>).

²⁰⁰ Eturas o.fl. gegn samkeppniseftirlitinu í Litháen, EU:C:2016:42.

²⁰¹ Mgr. 34.

²⁰² Mgr. 35: „The principle of effectiveness requires however that national rules governing the assessment of evidence and the standard of proof must not render the implementation of EU competition rules impossible or excessively difficult and, in particular, must not jeopardise the effective application of Articles 101 TFEU and 102 TFEU (see, to that effect, judgment in Pfeiderer C-360/09, EU:C:2011:389, point 24).“

²⁰³ Mgr. 36 og áfram.

527. Hér ber að líta til þess að ákvæði 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE) geta að vissu leyti átt við í stjórnslumálum þar sem lagðar eru sektir á fyrirtæki sem brjóta gegn samkeppnisreglum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands frá 4. febrúar 2016 í máli nr. 277/2016, *Olíuverslun Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Ákvæði 6. gr. MSE gera hins vegar ekki sérstakar kröfur um styrk sönnunar í málum sem falla undir ákvæðið.²⁰⁴ Þá er ljóst að notkun bæði beinna og óbeinna sönnunargagna er heimil.²⁰⁵
528. Framangreint var staðfest í dómi Mannréttindadómstóls Evrópu frá 14. febrúar 2019, *SA-Capital gegn Finnlandi*. Það mál varðaði dóm æðsta stjórnsludómstóls Finnlands þar sem sekt var lögð á fyrirtæki fyrir þátttöku í ólögum samráði. Lagði stjórnsludómstóllinn til grundvallar þau sönnunarsjónarmið sem gilda í EES/ESB-samkeppnisrétti. Viðkomandi fyrirtæki taldi hins vegar að brotið hefði verið á réttindum þess skv. 6. gr. MSE. Það hefði stjórnsludómstóllinn gert með því að beita vægari sönnunarkröfum en gilda í refsímálum, með því að snúa sönnunarbyrðinni við og með því að byggja sakfellingu á yfirlýsingum eða framburði aðila um það sem þeim hefði verið tjáð um málsatvik (e. „*hearsay evidence*“). Með þessu hefði m.a. verið farið gegn reglunni um sakleysi uns sekt sé sönnuð.
529. Mannréttindadómstóllinn féllst ekki á að 6. gr. MSE hefði verið brotin. Benti dómstóllinn m.a. á að við beitingu 6. gr. MSE í málinu yrði að horfa til eðlis samkeppnismála, mikilvægis samkeppnisreglna og þýðingu þess að sektir í slíkum málum væru ekki lagðar á einstaklinga heldur fyrirtæki. Nánar er fjallað um dóm þennan í kafla 24.11.
530. Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 42/2019 kom fram að beita verði þeim „*sönnunarsjónarmiðum sem EFTA-dómstóllinn og Evrópudómstóllinn hafa lagt til grundvallar í samráðsmálum um ætluð brot fyrirtækja á samkeppnislögum*. Fallist hefur verið á þetta í framkvæmd mannréttindadómstólsins varðandi þýðingu 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu í samkeppnismálum og lítið til þess að ríkir almannahagsmunir séu bundnir við skilvirka framkvæmd samkeppnislaga. Þannig hefur mannréttindadómstóllinn staðfest að þótt sektir sem samkeppnisyfirvöld leggja á fyrirtæki teljist í eðli sínu viðurlög við refsiverðu broti í skilningi 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu geti þar gilt sérstakar sönnunareglur sem ekki eru jafn strangar og í sakamálum, sbr. til hliðsjónar dóm Mannréttindadómstóls Evrópu 14. febrúar 2019 í máli nr. 5556/10, *SA-Capital Oy gegn Finnlandi*. Heildstætt mat verður því lagt á þau sönnunargögn sem liggja fyrir í málinu í samræmi við framangreind sjónarmið.“²⁰⁶
531. Af framangreindu leiðir að við beitingu 10. gr. samkeppnislaga í stjórnslumáli vegna ólögum samráðs fyrirtækja skal ekki gera jafn strangar sönnunarkröfur og gilda í refsirétti og hafa skal við þá framkvæmd ríka hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti. Við blasir að hið sama á einnig við um beitingu 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins í samkeppnismálum hér á landi.
532. Í mgr. 195 í athugasemdum við AI vísa Samskip til 6. gr. MSE og halda því fram að varsamt sé að byggja niðurstöðu um brot eingöngu á óbeinni sönnun. Í mgr. 196 -197 gera Samskip athugasemdir við ýmis atriði sem tengjast sönnun.

²⁰⁴ Sjá hér Eiríkur Tómasson: Sitt er hvað, sönnunarbyrði og sönnunarmat, Umfjöllun um dóm Hæstaréttar 20. október 2005 í máli nr. 148/2005, *Úlfjótur*, 3. tbl. 2007. Sjá einnig Harris, O' Boyle og Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, þriðja útgáfa 2014, bls. 463.

²⁰⁵ Sjá hér Harris, O' Boyle og Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, þriðja útgáfa 2014, bls. 463. Einnig má líta til dóm breska áfrýjunardómstólsins í samkeppnismálum (Competition Appeal Tribunal) frá 15.01.2002 í máli nr. 1001/1/1/01, Napp Pharmaceutical Holdings Limited gegn Director General of Fair Trading: „*Neither the ECHR itself nor the European Court of Human Rights has laid down a particular standard of proof that must be applied in proceedings to which Articles 6(2) or (3) apply, and still less that the standard should be that of „proof beyond reasonable doubt [...].*“

²⁰⁶ Sjá hér einnig Páll Hreinsson, Málsmeðferð stjórnvalda, 2019, bls. 183: „*Þótt stjórnslumál varði álagningu stjórnsluviðurlaga virðist þó ekki svo langt gengið að gerðar séu jafn ríkar kröfur og í sakamálum, sbr. 109 gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála.*“



533. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á gagnrýni Samskipa á lagatúlkun eftirlitsins að þessu leyti. Er fjallað um þessi sjónarmið fyrirtækjanna í kafla 24.11.

4.7.2. Sönnunarmat og sönnunarfærsla

534. Varðandi sönnun og sönnunarmat í samráðsmálum gildir meginreglan um frjálst mat sönnunargagna, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 14/2001, *Ágæti hf., Mata ehf. og Sölufélags garðyrkjumanna svf. gegn samkeppnisráði* og nr. 3/2004, *Ker hf., Olíuverslun Íslands hf., Skeljungur hf. og Bensínorkan gegn samkeppnisáði*.²⁰⁷

535. Nátegt þessu er að sönnunarfærslan er frjáls í samkeppnismálum.²⁰⁸ Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011, *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, sagði þannig: „Hér á landi gildir reglan um frjálst mat sönnunargagna. Verður sönnunargögnum því almennt ekki hafnað fyrirfram en við endanlega ákvörðun kemur hins vegar til álita hvort og að hvaða marki sönnunargögn verði notuð. Það á einnig við um svonefnd ólögsmæt sönnunargögn.“ Vísast hér einnig til úrskurðar nefndarinnar í máli 4/2013, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, sbr. jafnframt dóm Hæstaréttar Íslands frá 28. apríl 2016 í máli nr. 419/2015.

536. Sambærileg sjónarmið eru lögð til grundvallar í EES/ESB-samkeppnisrétti. Hefur dómstóll ESB bent á að eini mælikvarðinn við mat á sönnunargögnum sé trúverðugleiki þeirra.²⁰⁹

4.7.3. Sönnunarbyrði

537. Samkvæmt 10. gr. stjórnisýslulaga verður stjórnvald að sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Samkeppniseftirlitið verður því að afla fullnægjandi gagna til að geta rökstutt ályktanir um að fyrirtæki hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið ber með öðrum orðum sönnunarbyrðina um að brot á 10. gr. samkeppnislaga hafi átt sér stað.²¹⁰ Sama regla gildir um brot á 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, sbr. 2. gr. reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003 um framkvæmd samkeppnisreglna.²¹¹

538. Sönnunarbyrði í samkeppnismálum getur hins vegar snúist við með tilteknum hætti, sbr. t.d. mgr. 31 og 38 í dómi Landsréttar 14. júní 2019 í máli nr. 490/2018, *Byko ehf. og Norvik hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Þessu hefur verið lýst svo í fræðilegri umfjöllun:

²⁰⁷ Sjá hér til hliðsjónar dóm Hæstaréttar Íslands frá 15.10.2020 í máli nr. 16/2020, *Ákærvaldið gegn X*. Í því máli var frjálstu sönnunarmati í sakamáli lýst svo: „Samkvæmt 1. mgr. 109. gr. laga nr. 88/2008 metur dómari hverju sinni hvort nægileg sönnun, sem ekki verður vefngd með skynsamlegum rökum, er fram komin um hvert það atriði sem varðar sekt og ákvörðun viðurlaga við broti, þar á meðal hvaða sönnunargildi skýrslur ákærða hafa, vitnisburður, mats- og skoðunargerðir, skjöl og önnur sönnunargögn. Enn fremur metur dómari, ef þörf krefur, hvert sönnunargildi þær staðhæfingar hafa sem varða ekki beinlínis það atriði sem sanna skal en ályktanir má leiða af um það, sbr. 2. mgr. sömu greinar.“

Framangreind ákvæði mæla fyrir um það sem nefnt hefur verið hið frjálsa sönnunarmat dómara og er þá átt við að sönnunarmatið sé ekki lögbundið, eins og gildi eftir réttarforsreglum á öldum áður. Í því felst að málsatvik verða sönnuð með hverri þeirri aðferð og gögnum sem haft geta áhrif til sönnunar eftir heilbrigðri skynsemi og mannlegri reynslu. Jafnframt má mat dómara við sönnun hvorki vera andstætt lögmálum rökfræðinnar né vísindalegri eða almennri þekkingu. Enn fremur verður matið ekki reist eingöngu á huglægum atriðum og heldur ekki á ómálefnalegum sjónarmiðum eins og persónulegum skoðunum dómara um menn eða málefni. Markmiðið með hinu frjálsa sönnunarmati dómara er að komast að réttri niðurstöðu í samræmi við þá meginreglu sakamálaréttarfarar að leiða skuli hið sanna í ljós en hún er nefnd sannleiksreglan.“

²⁰⁸ Sjá til hliðsjónar Stefán Már Stefánsson, Um sönnun í sakamáli, 2007, bls. 9: „Sönnunarfærslan er frjáls að íslenskum rétti og styður meginregluna um frjálst mat sönnunargagna.“

²⁰⁹ Sjá t.d. mgr. 38 í dómi dómstóls ESB frá 27.04.2017 í máli nr. C-469/15, *FSL Holdings gegn framkvæmdastjórninni*, EU:C:2017:308: „[...] it should be recalled that the prevailing principle in EU law is that evidence may be freely adduced and that the only relevant criterion for the purpose of assessing the evidence adduced is its credibility (see judgment of 25 January 2007, *Dalmine v Commission*, C-407/04 P, EU:C:2007:53, paragraph 63).“ Sjá einnig mgr. 84 í álit Kokott aðallögsögumans við dómstól ESB frá 04.06.2020 í máli nr. C-591/16, *Lundbeck gegn framkvæmdastjórninni*, EU:C:2020:428. Sjá jafnframt mgr. 67 í dómi dómstóls ESB frá 25. mars 2021 í sama máli, EU:C:2021:243.

²¹⁰ Sjá einnig Eiríkur Tómasson, Sér sjónarmið hljóta að gilda á sviði samkeppnisréttar eins og á öðrum réttarsviðum, *Úlfjótur* 1. tbl. 2004 bls. 123: „[...] samkeppnisyrfirvöld verði að færa viðhlítandi sönnur á að ákvæði samkeppnislaga hafi verið brotin.“

²¹¹ Innleidd í íslenskan rétt með lögbundnum hætti, sbr. reglugerð nr. 811/2006 sem birt var í stjórnartíðindum hinn 29. september 2006, og áður sem fylgiskjal með reglugerð nr. 652/2005. Sjá hér einnig mgr. 293 í dómi undirréttar ESB frá 18.11.2020 í máli nr. T-814/17, *Lietuvos geležinkeliai gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2020:545.

„[...] bendi sönnunargögn, t.d. fundargerðir eða tölvupóstur, til þess að ólöglegt samráð hafi átt sér stað, sé það þess aðila, sem sakaður er um slíkt ólöglegt, að sanna að svo hafi ekki verið. Það að sönnunarbyrðin snúist við í tilvikum sem þessum er eðlilegt, m.a. fyrir þá sök að hlutaðeigandi einstaklingur eða fyrirtæki á auðveldara með það en samkeppnisfyrirvöld, þegar hér er komið við sögu, að sýna fram á að samráðið hafi annaðhvort ekki átt sér stað eða verið löglegt. [...] Ef þessari reglu væri hafnað væri mjög erfitt fyrir samkeppnisfyrirvöld að sanna að um hefði verið að ræða ólöglegt samráð, en það getur ekki hafa verið ætlun löggjafans, sbr. athugasemdir sem fylgdu 10. gr. frumvarps til laganna á sínum tíma [...]“²¹²

539. Samskonar sjónarmið hafa ítrekað komið fram hjá dómstólum ESB.²¹³ Bendi gögn samkeppnisfyrivalda til samráðs dugi ekki fyrir viðkomandi fyrirtæki að vekja máls á atvikum sem geta dregið úr sönnunargildi gagnanna heldur verði þau í fyrsta lagi að sanna viðkomandi atvik og í öðru lagi að sýna fram á að það atvik dragi úr gildi viðkomandi sönnunargagns. Þetta eigi þó ekki við hafi samkeppnisfyrirvöld með aðgerðum sínum gert slíka sönnun ómögulega.²¹⁴ Ekki dugi fyrir viðkomandi fyrirtæki að byggja á staðhæfingum.²¹⁵ Hefur ekki verið fallist á að slíkt sönnunarbyrði sé óeðlileg gagnvart fyrirtækjum sem sæta rannsókn í samkeppnismálum.²¹⁶ Vísast hér einnig til dóms Mannréttindadómstóls Evrópu frá 14. febrúar 2019, *SA-Capital gegn Finnlandi*.
540. Ef samkeppnisfyrirvöld finna óbein sönnunargögn sem gefa til kynna samskipti keppinauta, t.d. fundarboð eða tilvísanir til símtala, getur það eftir atvikum falið í sér sönnun á samráði eða leitt til þess að sönnunarbyrðin snýst við.²¹⁷

²¹² Eiríkur Tómasson, Sérstjórnarmið hljóta að gilda á sviði samkeppnisréttar eins og á öðrum réttarsviðum, *Úlfjótur* 1. tbl. 2004 bls. 123. Bent er einnig á í greininni að samskonar sjónarmiðum hafi verið beitt í sakamáli og að Mannréttindadómstóll Evrópu hafi talið þau samrýmist 6. gr. Mannréttindasáttmálans.

²¹³ Sjá t.d. mgr. 67 í dómi dómstóls ESB frá 26. september 2018 í máli nr. C-99/17, Infineon Technologies gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2018:773. Sjá einnig einnig mgr. 128-130 í dómi undirréttar ESB frá 28.06.2016 í máli nr. T-216/13, Telefonica gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2016:369, sbr. og dóm dómstóls ESB í málinu (dómur 13.12.2017 í máli nr. C-487/16, EU:C:2017:961). Í dómi dómstóls ESB frá 07.01.2004 í sameinuðum málum nr. m.a. C-204/00, Aalborg Portland o.fl. gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2004:6, var þetta útskýrt svo í mgr. 78 – 79: „[...] it should be for the party or the authority alleging an infringement of the competition rules to prove the existence thereof and it should be for the undertaking or association of undertakings invoking the benefit of a defence against a finding of an infringement to demonstrate that the conditions for applying such defence are satisfied, so that the authority will then have to resort to other evidence.

79. Although according to those principles the legal burden of proof is borne either by the Commission or by the undertaking or association concerned, the factual evidence on which a party relies may be of such a kind as to require the other party to provide an explanation or justification, failing which it is permissible to conclude that the burden of proof has been discharged.“

²¹⁴ Sjá mgr. 67 í dómi dómstóls ESB frá 26.09.2018 í máli nr. C-99/17, Infineon Technologies gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2018:773: „When the Commission relies on evidence which is in principle sufficient to demonstrate the existence of the infringement, it is not sufficient for the undertaking concerned to raise the possibility that a circumstance arose which might affect the probative value of that evidence so that the Commission bears the burden of proving that that circumstance was not capable of affecting the probative value of that evidence. On the contrary, except in cases where such proof could not be provided by the undertaking concerned on account of the conduct of the Commission itself, it is for the undertaking concerned to prove to the requisite legal standard, first, the existence of the circumstance relied on by it and, second, that that circumstance calls into question the probative value of the evidence relied on by the Commission (judgment of 22 November 2012, *E.ON Energie v Commission*, C-89/11 P, EU:C:2012:738, paragraph 76).“ Sjá einnig mgr. 297 í dómi undirréttar ESB frá 18.11.2020 í máli nr. T-814/17, Lietuvos geležinkeliai gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2020:545.

²¹⁵ Sjá t.d. mgr. 74 í álitu Kokott aðalögsögumans við dómstól ESB frá 8. desember 2005 í máli nr. C-105/04, FEG gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2005:751: „[...] if in its decision the Commission draws conclusions as to the conditions prevailing in a particular market on the basis of objectively verifiable evidence from stated sources, the undertakings concerned cannot refute the Commission's findings simply by unsubstantiatedly disputing them. Rather, it falls to them to show in detail why the information used by the Commission is inaccurate, why it has no probative value, if that is the case, or why the conclusions drawn by the Commission are unsound.“

²¹⁶ Sjá t.d. mgr. 57- 58 í dómi dómstóls ESB frá 14.11.2019 í máli nr. C-599/18, Silec Cable gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2019:966.

²¹⁷ Sjá t.d. Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, þriðja útgáfa 2014, bls. 1249: „The following types of circumstantial evidence have all been adduced by the Commission as evidence: restaurant receipts or expense accounts and travel records confirming attendance at meetings, email contacts, telephone records, meeting invitations, diary entries concerning meetings, and various miscellaneous (internal) documents. Such circumstantial evidence, if it relates to participation in cartel meetings, may in fact be highly relevant in proving participation in an infringement or lead to the 'shifting' of the burden of proof to the undertaking.“



541. Þegar fyrirtæki t.d. byggir á því að gagn gefi ranglega til kynna samkeppnishamlandi umræður hafi átt sér stað á fundi sýnir dómaframkvæmd að því bera að gera eftirfarandi:

„If an undertaking wishes to dispute the accuracy of a document, it must put forward evidence, such as its own contemporaneous notes of the meetings or from the members of its personnel who took part in the meetings. Moreover, the absence of any minutes or notes of meetings between competitors may indicate that the participants were attempting to hide the true nature of the discussion.“²¹⁸

542. Það hefur því þýðingu að lögum ef viðkomandi fyrirtæki geta ekki lagt fram samtímagögn sem staðfesta staðhæfingar þeirra um efni viðræðna á fundum með keppinautum.

543. Sé sannað að keppinautar hafi hist getur sú staðreynd að engar fundargerðir eða önnur gögn séu til sem sýna umræðuefni á fundi keppinauta gefið til kynna að þátttakendur á fundinum hafi viljað leyna því sem rætt var á honum. Undir slíkum kringumstæðum getur sönnunarbyrðin snúist við og ber að hafa í huga að í samráðsmálum geta atvik talist sönnuð ef fyrirtæki setja ekki fram skýringar, sbr. t.d. mgr. 26-33 í dómi dómstóls ESB frá 17. júní 2010 í máli nr. C-413/08, *Lafarge SA gegn framkvæmdastjórninni*.²¹⁹ Hafa dómstólar ESB því t.d. komist að þeirri niðurstöðu að ef fyrirtæki sýni ekki fram á að umræðuefnin á fundi þeirra hafi verið lögmæt geti samráðsbrot talist sannað:

„[...] The almost total absence of minutes, whether official or internal, of the meetings of the JMC²²⁰ must be regarded as sufficient proof of the Commission's assertion that the undertakings which participated in the meetings attempted to hide the true nature of the discussions in that body [...]. In those circumstances, the burden of proof has been reversed and it is for the addressees of the Decision which participated in the meetings of that body to prove that it had a lawful object. Since such proof was not adduced by those undertakings, the Commission was entitled to consider that the discussions which the undertakings held in the meetings of that body had a principally anti-competitive object.“²²¹

4.7.4. Sönnunarkröfur

544. Að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála ber að gera ríkar kröfur til sönnunargagna og mats á þeim þegar um verulega íþyngjandi ákvarðanir er að ræða, sbr. úrskurði nefndarinnar í málum nr. 14/2001, 3/2004 og 3/2008. Í dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 37/2003 var vísað til þess að samkeppnisyfirlönd hefðu „*nægjanlega sannað*“ samráð viðkomandi fyrirtækja. Sem fyrr segir kemur fram í dómi Hæstaréttar í máli nr. 42/2019 að beita verði sönnunarsjónarmiðum sem EFTA-dómstóllinn og dómstóll ESB hafa lagt til grundvallar. Einnig vísaði Hæstiréttur til þess að ríkir almannahagsmunir væru bundnir við skilvirka framkvæmd samkeppnisreglna og að það fari ekki gegn 6. gr. MSE þó að í málum þar sem lagðar eru stjórnvaldssektir á fyrirtæki vegna brota á samkeppnisreglum gildi „*sérstakar sönnunarreglur sem ekki eru jafn strangar og í sakamáli*.“

545. Í EES/ESB-rétti hefur verið bent á að við sönnun í samráðsmálum verði ávallt að líta til þess að dómstóll ESB hafi túlkað bannið við ólögmætu samráði með rúmum hætti. Bannið sé túlkað með hliðsjón af grundvallarsjónarmiðum (e. „*fundamental principles*“) um sjálfstæði keppinauta og skaðsemi hvers kyns beinna og óbeinna samskipta milli þeirra sem dregið geti úr því sjálfstæði. Hefur þetta áhrif á hvað samkeppnisyfirlönd þurfi að sanna í samráðsmálum.²²²

²¹⁸ Sjá Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, áttunda útgáfa 2018, bls. 343.

²¹⁹ Sjá einnig Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, þriðja útgáfa, 2014, bls. 1234: „*While it is clear that it is the Commission which must adduce sufficient evidence to substantiate the finding of an infringement and the undertaking's liability for it, there are situations where certain facts may be considered proven in the absence of an alternative explanation or justification by the undertaking.*“

²²⁰ Heiti á reglulegum fundum viðkomandi keppinauta.

²²¹ Mgr. 227 í dómi undirréttar ESB frá 14.05.1998 í máli nr. T-334/94, *Sarrió gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:1998:97. Staðfestur með dómi dómstóls ESB 16.11.2000 í máli nr. C-291/98, EU:C:2000:631.

²²² Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, þriðja útgáfa, 2014, bls. 1224.

546. Í mgr. 94 í dómi EFTA-dómstólsins frá 18. apríl 2012 í máli nr. 15/10, *Posten Norge gegn Eftirlitsstofnun EFTA*, (ESA) segir þetta um sönnunarkröfur:

„ESA must submit precise and consistent evidence in order to establish the existence of the infringement. However, it is not necessary for ESA to adduce such proof in relation to every aspect of the infringement. It is sufficient if the body of evidence relied on by the surveillance authority, viewed as a whole, and whose various elements are able to reinforce each other, proves the existence of the circumstances that constitute the infringement in question (compare, to that effect, Case T-321/05 AstraZeneca v Commission, judgment of 1 July 2010, not yet reported, paragraph 477).“

547. Dómstólar ESB hafa ítrekað lagt sömu sjónarmið til grundvallar. Þeir hafa einnig bent á, líkt og EFTA-dómstólinn²²³, að við sönnun í brotamálum beri að túlka allan vafa viðkomandi fyrirtæki í hag.²²⁴

548. Dómstólar ESB hafa þannig slegið því föstu að til þess að sanna samráðsbrot þurfi samkeppnisyfirvöld að byggja á traustum og nákvæmum gögnum. Hins vegar sé ekki nauðsynlegt að öll sönnunargögn í viðkomandi máli uppfylli þessar kröfur varðandi alla þætti brotsins. Það dugi ef vísbendingarnar í málinu (e. „*set of indicia*“) virtar í einu lagi fullnægi þessari kröfu.²²⁵ Það er þannig skýr regla í samkeppnisrétti að virða skuli sönnunargögn með heildstæðum hætti og ekki virða hvert gagn einangrað fyrir sig.²²⁶ Ekki þurfa því öll sönnunargögn að vera jafn sterk heldur dugi að gögnin virt saman sýni fram á brot, sbr. einnig framangreinda 94. mgr. í dómi EFTA-dómstólsins í máli nr.

²²³ Sjá mgr. 93 í máli nr. 15/10.

²²⁴ Sjá t.d. mgr. 56-57 í dómi undirréttar ESB frá 24.03.2011 í máli nr. T-377/06, *Comap gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2011:108: „*First of all, the Court observes, as regards proof of an infringement of Article 81(1) EC, that the Commission must provide sufficiently precise and consistent evidence to support the firm conviction that the alleged infringement took place (see, to that effect, Joined Cases 29/83 and 30/83 CRAM and Rheinzink v Commission [1984] ECR 1679, paragraph 20). Any doubt in the mind of the Court must operate to the advantage of the undertaking to which the decision finding the infringement was addressed. The Court cannot therefore conclude that the Commission has established the infringement at issue to the requisite legal standard if it still entertains any doubts on that point, in particular in proceedings for annulment of a decision imposing a fine (Case T-38/02 Groupe Danone v Commission [2005] ECR II-4407, paragraph 215).*

It has also consistently been held that it is not necessary for every item of evidence produced by the Commission to satisfy those criteria in relation to every aspect of the infringement. It is sufficient if the body of evidence relied on by the institution, viewed as a whole, meets that requirement [...] Staðfestur með dómi dómstóls ESB frá 02.05.2012 í máli nr. C-290/11, EU:C:2012:271.

²²⁵ Sjá t.d. mgr. 47 í dómi dómstóls ESB 01.07.2010 í máli nr. C-407/08, *Knauf Gips gegn framkvæmdastjórninni*, EU:C:2010:389. Orðað svo í mgr. 36 í dómi undirréttar ESB frá 11. júlí 2019: „[...] in order to establish that there has been an infringement of Article 101 TFEU, the Commission must produce firm, precise and consistent evidence. However, it is not necessary for every item of evidence produced by the Commission to satisfy those criteria in relation to every aspect of the infringement. It is sufficient if the set of indicia relied on by the institution, viewed as a whole, meets that requirement [...]“ 2019: Mál nr. T-530/15, *Huhtamäki Oyj gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2019:498.

²²⁶ Sjá einnig Eiríkur Tómasson, *Sérsjónarmið hljóta að gilda á sviði samkeppnisréttar eins og á öðrum réttarsviðum, Úlfjótur* 1. tbl. 2004 bls. 123-124. Hefur þessi áhersla á heildarmat sönnunargagna komið skýrt fram í yngri og eldri dómaframkvæmd dómstóla ESB í samkeppnismálum. Sjá t.d. mgr. 297 í dómi undirréttar ESB frá 18.11.2020 í máli nr. T-814/17, *Lietuvos geležinkeliai gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2020:545. Sjá einnig dóm dómstóls ESB frá 14.07.1972 í máli nr. m.a. 48/61, EU:C:1972:70, *ICI gegn framkvæmdastjórninni*: Í dómnum segir þetta: „[...] the question whether there was concerted action in this case can only be correctly determined if the evidence upon which the contested decision is based is considered, not in isolation, but as a whole, account being taken of the specific features of the market in question.“ Í álit Vesterdorf aðallögsögumanns undirréttar ESB í Polypropylene samráðsmálinu eru dregnar saman meginreglur um heildstætt mat á sönnunargögnum í samráðsmálum: „A very important factor in the present cases is the overall view of the evidence. It is clear that even where it is possible to give a reasonable alternative explanation of a specific document, which may be isolated from a number of documents, the explanation in question might not withstand closer examination in the context of an overall evaluation of a whole body of evidence. It must accordingly be permissible to apply, as the Commission does, conclusions drawn from periods where the evidence is fairly solid to other periods where the gap between the various pieces of evidence is perhaps larger. After all, there needs to be a particularly good explanation to convince a Court of law that in a particular phase of a series of meetings things occurred which were completely different from what had transpired at earlier or subsequent meetings when the meetings were attended by the same people, took place under similar external conditions and indisputably had the same primary purpose, namely to discuss the problems within the industrial sector concerned.“ Sameinað álit Vesterdorfs frá 10.07.1991 í máli nr. m.a. T-7/89, EU:T:1991:38, *Hercules gegn framkvæmdastjórninni*. Í dómi undirréttar ESB frá 11.03.1999 í máli nr. T-141/94, EU:T:1999:48, *Thyssen Stahl gegn framkvæmdastjórninni*, orðaði undirréttur ESB þetta svona: „[...] it should be observed first of all that the evidence must be assessed in its entirety [...]“ Í dómi undirréttar ESB frá 11.12.2003, í máli nr. T-56/99, EU:T:2003:333, *Marlines gegn framkvæmdastjórninni*, sagði m.a. í mgr. 28: „Nevertheless, it must be borne in mind that the evidence must be assessed not in isolation, but as a whole [...]“. Í dómi undirréttar ESB í sameinuðum málum nr. T-305/94 o.fl., *Limburgse Vinyl Maatschappij gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:1999:80, sagði m.a.: „individual items of evidence cannot be divorced from their context.“

15/10.²²⁷ Með vísan til þessa heildarmats hefur dómstóll ESB felld úr gildi niðurstöðu undirréttar ESB þar sem hann hafi gert of strangar sönnunarkröfur til tiltekins gagns.²²⁸

549. Sönnunargögn eru einnig metin heildstætt íslenskum samkeppnisrétti, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 37/2003.²²⁹ Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-550/2016, *Samkeppniseftirlitið gegn Byko ehf. og Norvík hf. og gagnsök*, kom fram sama nálgun og bent á að „[h]orfa verði til heildarmats á gögnum að þessu leyti“, sbr. einnig dóm Landréttar í máli nr. 490/2018. Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 42/2019 var tekið fram að heildstætt mat verði lagt á sönnunargögn í samræmi við þau sönnunarsjónarmið sem gilda í EES/ESB-samkeppnisrétti.
550. Dómstólar ESB hafa einnig ítrekað bent á að þar sem bann við samráði og viðurlög við því séu þekkt fari þessi brot venjulega fram með leynd og gögnum sé haldið í lágmarki.²³⁰ Sönnunargögn sem samkeppnisyfirlit afli séu yfirleitt stuttar og brotakernd. Sökum þessa verði í flestum tilvikum að byggja ályktun um tilvist samkeppnishamlandi aðgerða eða sammings á ýmsum tilviljunum (e. „*coincidences*“) og vísbendingum (e. „*indicia*“) sem virtar saman geti falið í sér sönnun á broti ef engin önnur sennileg skýring er á þessum atriðum.²³¹ Jafnvel þótt gögn finnist sem sýni fram á ólöglegt samskipti milli fyrirtækja sé oft nauðsynlegt að beita ályktunum um einstök atvik málsins.²³² Saman þýðir þetta að annars vegar skuli sönnunargögn virt með heildstæðum hætti og hins vegar geti málsatvik talist sönnuð á grundvelli ályktana.²³³ Það eitt að skýra þurfi stuttort gagn (þar sem

²²⁷ Sjá einnig mgr. 36 í dómi dómstóls ESB 21.01.2016 í máli nr. C-74/14, *Eturas*, „[...] according to the case-law of the Court, in most cases the existence of a concerted practice or an agreement must be inferred from a number of coincidences and indicia which, taken together, may, in the absence of another plausible explanation, constitute evidence of an infringement of the competition rules [...]“.

²²⁸ Sjá hér t.d. dóm dómstóls ESB frá 26.01.2017 í máli C-613/13, *Framkvæmdastjórnin gegn Keramag Keramische Werke*, EU:C:2017:49. Framkvæmdastjórnin áfrýjaði dómi undirréttarins og byggði á því að undirrétturinn hefði gert of strangar sönnunarkröfur til tiltekinnar töflu (chart) sem stafaði frá samráðsfyrirtæki og framkvæmdastjórnin hafði talið til stuðnings því að samráð hefði átt sér stað á fundi keppinauta. Dómstóll ESB féllst á þetta. Í mgr. 53 benti dómstóllinn á að undirrétturinn hefði talið að ekkert í þessari töflu gæfi til kynna að verðsamráð hefði átt sér stað á umræddum fundi. Í töflunni væri hvorki vísað til viðkomandi keppinauta né til verðlagningar þeirrar. Tók dómstóllinn síðan þetta fram: „54. It must be held that, in so doing, the General Court imposed requirements in respect of that chart which, had they been fulfilled, would have meant that that chart would by itself have constituted sufficient evidence to show that prices had been fixed.“

55. However, that chart was put forward by the Commission only as a piece of corroborating evidence. By requiring such evidence to contain all the information needed to show that prices were fixed at the AFICS meeting on 25 February 2004, the General Court failed to consider whether the evidence, viewed as a whole, could be mutually supporting, and failed to have regard to the case-law set out in paragraphs 50 to 52 of the present judgment (see, to that effect, judgment of 25 January 2007, *Salzgitter Mannesmann v Commission*, C-411/04 P, EU:C:2007:54, paragraphs 44 to 48).“

²²⁹ Sjá Eiríkur Tómasson, Sersjónarmið hljóta að gilda á sviði samkeppnisréttar eins og á öðrum réttarsviðum, *Úlfjótur* 1. tbl. 2004 bls. 124. Í umfjöllun um dóminn segir: „[...] verður ekki annað ráðið af orðalagi Hæstaréttar en þar hafi fyrirbyggjandi sönnunargögn, jafnt bein sem óbein, verið metin heildstætt þegar réttinum þótti nægjanlega sannað að fyrirtækin þrjú hafi gerst sek um ólöglegt samráð.“

²³⁰ Fræðimenn hafa bent á það sama. Sjá t.d. Whish & Bailey, *Competition Law*, níunda útgáfa 2018, bls. 526: „Firms that participate in cartels are usually fully aware of the unlawfulness of their conduct. They often go to great lengths to suppress evidence of their illegal activity.“

²³¹ Sjá hér t.d. dóm dómstóls ESB frá 01.07.2010 í máli nr. C-407/08, *Knauf Gips* gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2010:389. Orðað svo í mgr. 37 í dómi undirréttar ESB frá 11.07.2019: „It is also necessary to take account of the fact that anticompetitive activities take place clandestinely, that the evidence discovered by the Commission is normally only fragmentary and sparse, and, accordingly, in most cases, the existence of an anticompetitive practice or agreement must be inferred from a number of coincidences and indicia which, taken together, may, in the absence of another plausible explanation, constitute evidence of an infringement of the competition rules (see, to that effect, judgments of 7 January 2004, *Aalborg Portland and Others v Commission*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P, paragraphs 55 to 57; of 6 December 2012, *Commission v Verhuizingen Coppens*, C-441/11 P, EU:C:2012:778, paragraphs 70 to 72; and of 27 June 2012, *Coats Holdings v Commission*, T-439/07, EU:T:2012:320, paragraph 42).“ Mál nr. T-530/15, *Huhtamäki Oyj* gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2019:498.

²³² Í dómi dómstóls ESB frá 07.01.2004 í sameinuðum málum nr. m.a. C-205/00, EU:C:2002:333, *Aalborg Portland* gegn framkvæmdastjórninni: „Since the prohibition on participating in anti-competitive agreements and the penalties which offenders may incur are well known, it is normal for the activities which those practices and those agreements entail to take place in a clandestine fashion, for meetings to be held in secret, most frequently in a non-member country, and for the associated documentation to be reduced to a minimum. Even if the Commission discovers evidence explicitly showing unlawful contact between traders, such as the minutes of a meeting, it will normally be only fragmentary and sparse, so that it is often necessary to reconstitute certain details by deduction.“

In most cases, the existence of an anti-competitive practice or agreement must be inferred from a number of coincidence and indicia which, taken together, may, in the absence of another plausible explanation, constitute evidence of an infringement of the competition rules“.

²³³ *Faull & Nikpay*, *The EU Law of Competition*, þriðja útgáfa 2014, bls. 1236: „The Court not only takes a holistic view of the evidence but also allows for certain facts to be established by deduction.“



mögulega skammstöfunum eða dulmáli er beitt) í samhengi við önnur gögn málsins dregur ekki úr sönnunargildi þess enda um að ræða brot sem jafnan eru framin með leynd.²³⁴ Eitt skjal getur falið í sér fullnægjandi sönnun á ólögumætu samráði.²³⁵

551. Hafa dómstólar ESB einnig bent á að vegna eðlis samráðsbrotta verði að gera raunhæfar kröfur til styrks og umfangs sönnunar. Ef samráð milli keppinauta telst sannað er ekki skylt fyrir samkeppnisyfirvöld að sýna nákvæmlega fram á hvernig og hvenær það fór fram.²³⁶ Ella væri „*of auðvelt*“ fyrir brotleg fyrirtæki að sleppa undan ábyrgð.²³⁷ Sökum eðlis þessara brota eigi að vera unnt að sanna ólögmet samskipti keppinauta þótt ekki liggi fyrir skjöl sem beinlínis lýsi slíkum samskiptum.²³⁸
552. Sem fyrr segir skal stjórnvald sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því, sbr. 10. gr. stjórnslulaga. Ber stjórnvaldi því að sjá til þess að nauðsynlegar og réttar upplýsingar liggi fyrir í viðkomandi máli svo unnt sé að taka efnislega rétta ákvörðun. Áður en „*stjórnvaldi er heimilt að beita sönnunarreglum verður það að hafa rannsakað málið með þeim úrræðum sem lögmet eru.*“²³⁹ Það á við þegar Samkeppniseftirlitið hefur við rannsókn á ólögumætu

²³⁴ Sjá mgr. 203 í dómi undirréttar ESB frá 16.06.2015 í máli nr. T-655/11, FSL gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2015:383: „*It should be recalled, in that respect, that the evidence in question concerns clandestine conduct, involving meetings held secretly and a bare minimum of documentation. In view of the difficulty of obtaining direct evidence of such conduct, such as notes or minutes of meetings contemporaneous with the infringement, its probative value cannot be called into question merely because it is handwritten or fragmentary, contains abbreviations and codes and because it may also require further clarification or must be examined in the context of other information in the Commission's possession (see, to that effect, Case T-186/06 Solvay v Commission [2011] ECR II-2839, paragraphs 405 and 406).*“

²³⁵ Sjá mgr. 180 í dómi dómstóls ESB frá 14.05.2020 í máli nr. C-607/18, NKT Verwaltungs gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2020:385. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 15.03.2000 í sameinuðum málum nr. m.a. T-95/95, Cimenteries CBR o.fl. gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2000:77. Framkvæmdastjórn ESB taldi innanhúsminnisblað fyrirtækis sanna þátttöku þess í tilteknu samráði. Fyrirtækið benti á að engin önnur gögn eða vísbendingar styddu þetta mat framkvæmdastjórnarinnar og óheimilt væri að sönnun um brot byggði aðeins á einu gagni, sbr. mgr. 1837 í dómnum. Undirrétturinn féllst ekki á þetta: „*1838. It should however be pointed out that there is no principle of Community law which precludes the Commission from relying on a single piece of evidence in order to conclude that Article 85(1) of the Treaty has been infringed, provided that its evidential value is undoubted and that the evidence itself definitely attests to the existence of the infringement in question. In this connection, in order to assess the evidential value of a document, regard should be had first and foremost to the credibility of the account it contains. Regard should be had in particular to the person from whom the document originates, the circumstances in which it came into being, the person to whom it was addressed and whether, on its face, the document appears sound and reliable (Opinion of Mr Vesterdorf acting as Advocate General in Rhône-Poulenc v Commission, cited in paragraph 1053 above, p. II-956).*“

²³⁶ Fræðimenn hafa lýst því að dómstólar ESB beiti hér hagnýtri eða raunhæfri nálgun sökum hins leynilega eðlis samráðs: „*[...] it is their view that the Commission does not have to produce evidence of the specific mechanism by which a cartel operated. The justification cited by the General Court for this rule is, again, pragmatic: due to the furtive nature of cartels and the consequent difficulty by the Commission has in obtaining documentary evidence, the Court must allow the Commission a certain leeway in relation to the burden of proof. [...] This was confirmed on appeal by the Court of Justice.*“ Sjá Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, þriðja útgáfa 2014, bls. 1226. Sjá einnig Whish & Bailey, *Competition Law*, níunda útgáfa 2018, bls. 526–527.

²³⁷ Sjá m.a. mgr. 38 í dómi undirréttar ESB frá 11.07.2019 í máli nr. T-530/15, Huhtamäki Oyj gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2019:498: „*Given that the Commission is often required to prove the existence of an infringement several years after the events in circumstances where several of the undertakings involved have not actively cooperated in the investigation process, it would be excessive to require the Commission to produce evidence of the specific mechanism by which the anticompetitive aim was achieved. Indeed, it would be too easy for an undertaking guilty of an infringement to escape any penalty if it were able to base its argument on the vagueness of the information produced with regard to the operation of an illegal agreement in circumstances in which the existence and anticompetitive purpose of the agreement had nonetheless been sufficiently established (judgment of 12 December 2014, Eni v Commission, T-558/08, EU:T:2014:1080, paragraph 36).*“

²³⁸ Sjá dóm undirréttar ESB frá 12.07.2018, Silec Cable gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2018:447, mgr. 65: „*[...] as anti-competitive agreements are known to be prohibited, the Commission cannot be required to produce documents expressly attesting to contacts between the economic operators concerned. The fragmentary and sporadic items of evidence which may be available to the Commission should, in any event, be capable of being supplemented by inferences which allow the relevant circumstances to be reconstituted (see judgment of 12 July 2011, Toshiba v Commission, T-113/07, EU:T:2011:343, paragraph 82 and the case-law cited).*“ Staðfestur með dómi dómstóls ESB 14.11.2019 í máli nr. C-559/18, EU:C:2019:966.

²³⁹ Páll Hreinsson, *Málsmeðferð stjórnvalda*, 2019, bls. 181. Í ritinu er einnig vísað til álits umboðsmanns í máli nr. 2080/1997: „*Almennt er talið, að stjórnvald geti ekki fullnægt skyldu sinni til að rannsaka mál, áður en það tekur ákvörðun í því, með því að beita sönnunarreglum eða matsreglum. Þetta er í samræmi við það, að rannsóknarreglunni er ætlað að tryggja að efnislega rétt ákvörðun verði tekin í máli. Hafi stjórnvald hins vegar reynt til þrautar að afla upplýsinga, sem skýrt gætu mál, en án árangurs. getur verið heimilt að leysa úr málinu á grundvelli mats-eða sönnunarreglna.*“



samráði beitt heimild 19. gr. samkeppnislaga, og eftir atvikum 20. gr. laganna, og reynt að afla gagna og upplýsinga um m.a. samskipti viðkomandi keppinauta.

4.7.5. Sönnun á samstilltum aðgerðum

553. Til þess að ólögsmætt samráð teljist sannað verða samkeppnisyfirvöld að lágmarki að sýna fram á samstilltar aðgerðir milli viðkomandi fyrirtækja. Eins og lýst var í kafla 4.2.3 hér að framan kemur fram í lögskýringagögnum að skýra beri hugtakið samstilltar aðgerðir rúmt og það taki til „*sérhverra beinna eða óbeinna samskipta milli fyrirtækja*“ um málefni sem falla undir 10. gr. samkeppnislaga.
554. Sökum eðlis samráðsmála er unnt að sanna samstilltar aðgerðir þótti ekki liggi fyrir sönnunargögn þar sem þeim er lýst með beinum hætti.²⁴⁰ Sökum þessa er, eins og áður sagði, unnt að byggja ályktun um tilvist samstilltra aðgerða á ýmsum tilviljunum (e. „*coincidences*“) og vísbendingum (e. „*indicia*“) sem virtar saman geti falið í sér sönnun á broti.
555. Unnt er að sanna samstilltar aðgerðir á grundvelli beinna eða óbeinna sönnunargagna. Einnig getur sönnun, eðli málsins samkvæmt, stuðst við bæði beina og óbeina sönnun. Dæmi um gögn eru eftirfarandi:
- Sönnunargögn eins og t.d. tölvupóstar, fundargerðir, glærुकyningar eða minnisblöð sem sem gefa til kynna bæði samskipti keppinauta og efni samskiptanna.
 - Sönnunargögn sem aðeins sýna samskipti keppinauta (en ekki efni samskiptanna).²⁴¹ Geta þetta t.d. verið færslur í dagbók, yfirlit yfir símtöl, tölvupóstar eða minnisþekktar.
 - Ályktanir sem dregnar eru af óbeinum sönnunargögnum eins og hegðun fyrirtækja á markaði. Dæmi um þetta er:
 - Stuttur tími líður milli aðgerða viðkomandi fyrirtækja;
 - Hegðun viðkomandi fyrirtækja sýnir takmarkaða samkeppni;
 - Eldra samstarf viðkomandi fyrirtækja.²⁴²
556. Hér ber að áréttta að í samkeppnisrétti ber að meta sönnunargögn með heildstæðum hætti. Saman geta gögn af ofangreindum toga falið í sér trausta sönnun fyrir samstilltum aðgerðum.
557. Hér á eftir er lýst sönnunarsjónarmiðum sem tengjast framangreindu.

4.7.6. Ýmis sönnunarsjónarmið

4.7.6.1. Samtímagögn

558. Í úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 14/2001, 3/2004 og 3/2008 kemur fram að sönnunargildi gagna sem rituð eru á þeim tíma sem atvik gerðust og án tengsla við síðari rannsókn

²⁴⁰ Sjá t.d. Bellamy & Child, European Union Law of Competition, áttunda útgáfa 2018, bls. 125: „*In Aalborg Portland v Commission the Court of Justice recognised that, as coordination and collusion is known to be prohibited, the Commission cannot be required to produce documents recording anti-competitive contacts between undertakings.*“

²⁴¹ Slík sönnunargögn eru nefnd „*communication evidence*“ og geta geta haft mikið gildi við sönnun á ólögsmættu samráði. Sjá hér t.d. skýrslu OECD frá 2006, Prosecuting Cartels without Direct Evidence (DAF/COMP/GF (2006)7: „*Communication evidence is evidence that cartel operators met or otherwise communicated, but does not describe the substance of their communications. It includes, for example, records of telephone conversations among suspected cartel participants, of their travel to a common destination and notes or records of meetings in which they participated. Communication evidence can be highly probative of an agreement. Almost all of the circumstantial cases described by delegations included communication evidence; in some the evidence was compelling.*“

²⁴² Sjá t.d. Bellamy & Child, European Union Law of Competition, áttunda útgáfa 2018, bls. 126. Vísbendingar um samstilltar aðgerðir sagðar geta verið þessar: „*The proximity of dates on which different undertakings behave and the absence of competitive behaviour will be relevant, as will a previous agreement between the parties.*“

(l. „*in tempore non suspecto*“) sé ríkt.²⁴³ Hafa dómstólar ESB bent á að vitnisburður höfundar gagns, eftir að rannsókn hefst (l. „*in tempore suspecto*“), hafi mun minna vægi en samtímagagnnið sjálft. Vitnisburðurinn geti heldur ekki haggð gildi samtímagagnsins.²⁴⁴ Hið sama á við um aðrar samskonar skýringar sem höfundar samtímagagna setja fram eftir að rannsókn samkeppnisyrvalda hefst.²⁴⁵ Í dómi undirréttar ESB frá 2. febrúar 2022 í máli nr. T-799/17, *Scania AB gegn framkvæmdastjórninni*, hafði framkvæmdastjórnin við sönnun á samráði m.a. stuðst við tiltekin tölvupóst sem ritaður var meðan á samráðinu stóð. Eftir að rannsókn hófst lagði viðkomandi fyrirtæki fram yfirlýsingu frá höfundi tölvupóstsins og hélt fyrirtækið því fram að skýringar í henni væru til stuðnings því að tölvupósturinn sýndi ekki fram á brot. Undirrétturinn féllst ekki á þetta og benti m.a. takmarkað gildi yfirlýsingarinnar:

„281. First, as regards the affidavit referred to above, it was by the author of the email set out in paragraph 276 above several years after the relevant events, for the purposes of the administrative procedure and, therefore, *in tempore suspecto*. Its content cannot therefore call into question the probative value of the contemporaneous, and more objective, evidence of the events, such as the fax set out in paragraph 274 above, and the probative value of the statement by [confidential] referred to in paragraph 277 above (see, to that effect, judgments of 27 September 2006, *Archer Daniels Midland v Commission*, T-59/02, EU:T:2006:272, paragraph 277; of 8 July 2008, *Lafarge v Commission*, T-54/03, not published, EU:T:2008:255, paragraph 379; and of 29 June 2012, *E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission*, T-360/09, EU:T:2012:332, paragraph 201).“

559. Ummæli í tölvupóstum, fundargerðum og öðrum skriflegum samtímagögnum frá fyrirtækjum duga til þess að sanna brot á samkeppnisreglum, sbr. t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 4/1996 og 14/2001. Almennt er unnt að gefa sér að þegar fyrirtæki fela starfsmönnum t.d. að skrifa fundargerðir eða rita bréf/tölvupósta þá séu valdir starfsmenn til verksins sem séu færir um gera slíkt með fullnægjandi hætti. Með sama hætti verður að taka alvarlega ummæli stjórnenda í samtímagögnum um málefni sem tengjast rekstri fyrirtækja þeirra.²⁴⁶
560. Dómaframkvæmd sýnir að unnt er að byggja sönnun um samráð á einu samtímagagni.²⁴⁷

²⁴³ Sjá hér t.d. mgr. 109 í dómi undirréttar ESB 15.12.2016 í máli nr. T-762/14, *Koninklijke Philips gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2016:738. Sjá einnig álit Vesterdorf aðallögsögumanns (ad hoc) undirréttar ESB frá 10. júlí 1991 í máli nr. T-7/89, *Hercules gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:1991:38.

²⁴⁴ Sjá dóm undirréttar ESB frá 29.06.2012 í máli nr. T-360/09, *E.ON Ruhrgas gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2012:332, mgr. 200-211. Lýst svo í riti Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, þriðja útgáfa 2014 bls. 1242: „*In E.ON Ruhrgas, the General Court found that an email drafted in tempore non suspecto had greater probative value than, and could not be called into question by, an employee’s statement under oath made for the purposes of the Commission’s proceedings.*“

²⁴⁵ Sjá mgr. 213 í dómi undirréttar ESB 12.07.2018 í máli nr. T-475/14, *Prysmian SPa gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2018:448.

²⁴⁶ Hér er gagnlegt að hafa í huga álit Vesterdorf aðallögsögumanns (ad hoc) undirréttar ESB frá 10.07.1991 í máli nr. T-7/89, *Hercules gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:1991:38. Í málinu var um það að ræða að framkvæmdastjórn ESB studdist við sönnun á samráði við fundargerðir sem starfsmenn fyrirtækja sem tóku þátt í samráði höfðu tekið saman til að kynna samstarfsmönnum sínum og yfirmönnum hvað fram hafi farið á viðkomandi fundum. Viðkomandi fyrirtæki gerðu margvíslegar athugasemdir við þessi gögn og þau m.a. sögð óáreiðanleg. Vesterdorf benti hins vegar á þetta: „*The documents in the present cases originate from employees who have to provide their colleagues and superiors with an account of what took place at meetings which they attended. If we exclude the Hercules case, there is no indication that those persons did not fulfil their duties quite loyally and to the best of their abilities. Under the general rules of evidence, the fact that the documents were drawn up immediately after the meetings and clearly without any thought for the fact that they might fall into the hands of third parties must be regarded as having great significance. An overall evaluation of the contents of the reports of the meetings shows, in my view, that they were drawn up with care by persons who were fully acquainted with the matters they were describing, setting out in concise, measured and matter-of-fact language what the person or persons who drafted the reports understood from the meetings. They are clear and logical and do not bear any impression that the persons in question may have seriously misunderstood or misinterpreted what took place. It must also, of course, be regarded as improbable that large industrial undertakings would send their employees to meetings which the undertakings certainly considered important if those employees were not capable of reporting what happened at the meetings in a sensible and reliable way.*“

²⁴⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB 15.12.2016 í máli nr. T-762/14, *Koninklijke Philips gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2016:738. Í málinu féllst undirrétturinn ekki á það með fyrirtæki að sönnun gæti ekki verið reist á einu gagni, sbr. mgr. 107-110: „*Second, in so far as the applicants claim that the handwritten notes of the Renesas employee, Mr B., on which the Commission relied in finding that the exchanges at that meeting were anticompetitive, are insufficiently corroborated, since NXP stated merely that the exchanges in question concerned general information, that argument must be rejected as unfounded.*“



4.7.6.2. Samskipti keppinauta

561. Við sönnun á samráði hafa samskipti keppinauta mikla þýðingu. Hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála bent á að sérstaða samkeppnismála varðandi sönnun og sönnunarmat í samráðsmálum felist einkum í því að hegðun fyrirtækja og starfsmanna þeirra geti, á grundvelli reynslulögmála, ein og sér gefið sterkar vísbendingar um ólögmætt atferli.²⁴⁸ Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 29. maí 2006 í máli nr. E-6187/2005, *Sjóvá-Almennar tryggingar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu*, var úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2005 staðfestur. Í dóminum kemur fram að „samskipti keppinauta hafa mikla þýðingu og getur hegðun þeirra sem slík gefið sterkar vísbendingar um ólögmætt atferli.“²⁴⁹
562. Dómaframkvæmd gefur til kynna að sú staðreynd, ein og sér, að viðkomandi fyrirtæki eigi fundi eða önnur samskipti getur gefið til kynna að milli þeirra séu tengsl sem ekki séu jafnan milli fyrirtækja sem keppi sín á milli.²⁵⁰ Ef gögn málsins sýna t.d. að fyrirtæki hiki ekki við hafa samband við keppinaut sinn út af samkeppnislegum málefnum getur það staðfest undirliggjandi samráð á milli þeirra.²⁵¹

4.7.6.3. Undirbúningur samskipta

563. Áður en þátttakendur í ólögmætu samráði hittast kunna þeir, hver fyrir sig, að hafa tekið saman gögn til undirbúnings viðræðunum. Jafnvel þótt ekki sé sannað að þessum gögnum hafi verið dreift eða efni þeirra rætt á fundum viðkomandi keppinauta geta slík gögn samt sem áður haft sönnunargildi.
564. Reynslulögmál sýna að sjaldnast myndu keppinautar undirbúa samkeppnishamlandi viðræður nema fyrir hendi væri viss sameiginlegur skilningur á milli þeirra. Tilvísun til markaðsskiptingar í slíkum gögnum gefur vísbendingu um að hún sé fyrir hendi. Slík gögn geta því stutt við niðurstöðu um ólögmætt samráð.²⁵²

4.7.6.4. Engin gögn vegna funda keppinauta

565. Sönnunarbyrðin getur snúist við þegar sannað er að keppinautar hafi hist en engar fundargerðir eða önnur gögn séu til sem sýni umræðuefni á fundi þeirra. Ef fyrirtæki sýna ekki fram á að umræðuefnin

*In that regard, it should be recalled that, as the Commission rightly argues, there is no principle of EU law which precludes the Commission from relying on a single document, provided that its evidential value is undoubted and that the document by itself definitely attests to the existence of the infringement in question (judgment of 15 March 2000, *Cimenteries CBR and Others v Commission*, T-25/95, T-26/95, T-30/95 to T-32/95, T-34/95 to T-39/95, T-42/95 to T-46/95, T-48/95, T-50/95 to T-65/95, T-68/95 to T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 and T-104/95, EU:T:2000:77, paragraph 1838). Moreover, under the general rules of evidence, the fact that documents relating directly to the meetings concerned were drawn up and clearly without any thought for the fact that they might fall into the hands of third parties must be regarded as having great significance (judgment of 27 September 2012, *Shell Petroleum and Others v Commission*, T-343/06, EU:T:2012:478, paragraph 207).*

In the light of the case-law set out in paragraphs 108 and 109 above, it must therefore be stated, in the present case, that the handwritten notes of Renesas alone, regarding which NXP merely stated during the administrative procedure that it recalls only that 'general market intelligence was exchanged', establishes the facts to the requisite legal standard." Dómur undirréttar staðfestur með dómi dómstóls ESB 26.09.2018 í máli nr. C-98/17, EU:C:2018:774.

²⁴⁸ Sjá einnig t.d. dóma dómstóls ESB frá 14.07.1972 í máli nr. m.a. 48/69, ICI o.fl. gegn framkvæmdastjórninni. EU:C:1972:70 og í sameinuðum málum nr. m.a. 89/85, Ahlström Osakeyhtiö o.fl. gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:1988:447.

²⁴⁹ Dóminum var ekki skotið til Hæstaréttar Íslands.

²⁵⁰ Sjá t.d. mgr. 447 í dómi undirréttar ESB frá 08.07.2008 í máli nr. T-54/03, Lafarge gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2008:255. Staðfestur með dómi dómstóls ESB frá 17. júní 2010 í máli nr. C-413/08, EU:C:2010:346.

²⁵¹ Sjá mgr. 290 í dómi undirréttar ESB frá 08.07.2008 í máli nr. T-52/03, Knauf Gips gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2008:253, sbr. dómur dómstóls ESB frá 01.07.2010 í máli nr. C:2010:389, EU:C:2010:389.

²⁵² Sjá mgr. 226 í dómi undirréttar ESB frá 29.06.2012 í máli nr. T-370/09, EU:T:2012:333, GDF Suez gegn framkvæmdastjórninni: „[...] as regards the fact that the Commission relied on internal documents, such as preparatory briefing notes, where there is nothing to prove that the content was exchanged during the meetings to which they relate, it must be pointed out that, although that fact may result in the probative value of those documents being qualified, it cannot prevent the Commission from relying on them by way of inculpatory evidence to corroborate its conclusions based on other documents. The fact that the undertakings in question intended to deal with certain subjects relating to the market sharing between them in itself constitutes an indication that such sharing actually existed (see, to that effect and by analogy, *JFE Engineering and Others v Commission*, paragraph 70 above, paragraph 231). These documents are not therefore without probative value and thus, contrary to the applicant's claim, are relevant." Dóminum var ekki áfrýjað.



á fundi þeirra hafi verið lögmæt getur samráðsbrot talist sannað, sbr. nánar kafla 4.7.3 hér að framan.²⁵³

4.7.6.5. Sönnun á markaðsskiptingu

566. Sem fyrr segir hafa dómstólar ESB bent á að vegna eðlis samráðsbrotta verði að gera raunhæfar kröfur til styrks og umfangs sönnunar. Ef samráð milli keppinauta telst sannað er ekki skylt fyrir samkeppnisyfirvöld að sýna nákvæmlega fram á hvernig og hvenær það fór fram. Hafa dómstólar ESB í því samhengi bent á að liggi fyrir gögn sem sýna fram á markaðsskiptingu þurfi ekki til viðbótar að sanna hvaða dag hún byrjaði eða í hvaða formi hún birtist. Þarf heldur ekki að sanna nákvæma útfærslu á skiptingu á markaði. Í mgr. 203 í dómi undirréttar ESB frá 8. júlí 2004 í sameinuðum málum nr. m.a. T-67/00, *JFE Engineering Group gegn framkvæmdastjórninni*, var bent á þetta:

„It must also be pointed out that, in practice, the Commission is often obliged to prove the existence of an infringement under conditions which are hardly conducive to that task, in that several years may have elapsed since the time of the events constituting the infringement and a number of the undertakings covered by the investigation have not actively cooperated therein. Whilst it is necessarily incumbent upon the Commission to establish that an illegal market-sharing agreement was concluded [...], it would be excessive also to require it to produce evidence of the specific mechanism by which that object was attained [...]. Indeed, it would be too easy for an undertaking guilty of an infringement to escape any penalty if it was entitled to base its argument on the vagueness of the information produced regarding the operation of an illegal agreement in circumstances in which the existence and anti-competitive purpose of the agreement had nevertheless been sufficiently established. Undertakings are able properly to defend themselves in such circumstances provided that they have an opportunity to comment on all the evidence relied on against them by the Commission.”²⁵⁴

567. Sönnunarkröfur geta þannig ráðist af eðli samráðsbrotta.

568. Hér má einnig líta til þess að í tilteknu máli komst framkvæmdastjórn ESB að þeirri niðurstöðu að fyrirtæki hefðu skipt með sér markaðnum. Hefði til grundvallar þessu legið munnlegur „*sameiginlegur skilningur*“ (e. „*common understanding*“) viðkomandi fyrirtækja. Fyrir undirrétti ESB var því haldið fram að þetta væri ósannað, sbr. m.a. dóm frá 12. júlí 2011 í máli nr. T-133/07, *Mitsubishi Electric gegn framkvæmdastjórninni*.²⁵⁵ Byggt var á því að hvergi í samtímagögnum málsins væri vísað til slíks „*sameiginlegs skilnings*“. Fyrir lægi í málinu að samtímagögn fjölluðu um annað samráð og væri að mati viðkomandi fyrirtækis óhugsandi að ekki hefði í þeim verið fjallað einnig um jafn mikilvægt atriði og umrædda markaðsskiptingu.²⁵⁶ Þá hefðu starfsmenn viðkomandi fyrirtækis aldrei heyrt minnst á hinn „*sameiginlega skilning*“.²⁵⁷

²⁵³ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 14. maí 1998 í máli nr. T-334/94, *Sarrio gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:1998:97. Sú staðreynd að nánast engar fundargerðir voru til vegna tiltekinna funda keppinauta (JMC fundir) leiddi til þess að þeim bar að sanna að fundirnir hefðu haft lögmætan tilgang: „227. [...] *The almost total absence of minutes, whether official or internal, of the meetings of the JMC must be regarded as sufficient proof of the Commission's assertion that the undertakings which participated in the meetings attempted to hide the true nature of the discussions in that body (see, in particular, point 45 of the Decision). In those circumstances, the burden of proof has been reversed and it is for the addressees of the Decision which participated in the meetings of that body to prove that it had a lawful object. Since such proof was not adduced by those undertakings, the Commission was entitled to consider that the discussions which the undertakings held in the meetings of that body had a principally anti-competitive object.*“ Staðfestur með dómi dómstóls ESB frá 16. nóvember 2000 í máli nr. C-291/98, EU:C:2000:631.

²⁵⁴ Dómur undirréttarins var staðfestur með dómi dómstóls ESB frá 25.01.2007 í sameinuðum málum nr. C-403/04 og C-405/04, EU:C:2007:52.

²⁵⁵ EU:T:2011:345. Staðfestur með dómi dómstóls ESB 19.12.2013 í sameinuðum málum nr. m.a. C-239/11, EU:C:2013:866.

²⁵⁶ Mgr. 176: „*First, the applicant maintains that the contemporaneous documents do not refer to the common understanding. In its view, whilst the GQ and EQ Agreements lay down the detailed rules for the operation of the cartel, they exclude Europe from their scope. It is implausible that the agreements concerned failed to even mention one of the essential elements of the cartel. The applicant considers that, if the GIS producers had intended to create a global cartel by reserving the markets of the home countries to themselves, they would have included defence clauses in their written agreement, rather than excluding the territories in question from its scope and relying on an unwritten understanding.*“

²⁵⁷ Mgr. 179.

569. Undirréttur ESB féllst ekki á þetta. Tók hann fram að það væri rétt að ekki væri vísað til hins „*sameiginlega skilnings*“ í samtímagögnum málsins.²⁵⁸ Það þýddi hins vegar ekki að þessi skilningur hefði ekki verið fyrir hendi. Markaðsskipting væri í eðli sínu einföld og auðvelt gæti verið að framkvæma hana. Framkvæmd á markaðsskiptingu kallaði ekki á samskipti viðkomandi keppinauta og gæti því auðveldlega grundvallast á munnlegum skilningi keppinauta. Til viðbótar auðveldaði það fyrirtækjum að halda slíku fyrirkomulagi leyndu ef það væri ekki skriflegt.²⁵⁹
570. Í málinu var einnig byggt á því að framkvæmdastjórnin hefði ekki sýnt fram á hvernig markaðsskipting hefði komist á. Án gagna sem sýndu samskipti eða tilteknar viðræður gætu samkeppnisreglur ekki bannað keppinautum að komast að sömu niðurstöðu um tiltekin atriði.²⁶⁰ Undirrétturinn féllst ekki á þetta. Benti hann m.a. á að liggi fyrir gögn sem sýni fram á markaðsskiptingu þurfi ekki til viðbótar að sanna hvaða dag hún byrjaði eða í hvaða formi hún birtist. Þyrfti heldur ekki sanna nákvæma útfærslu skiptingu á markaði.²⁶¹ Í málinu benti undirrétturinn einnig á að unnt væri að sanna samfelld samráð þótt ekki lægju fyrir gögn sem sýndu fram á tilvist þess á hluta tímabilsins. Þetta væri þó háð því að hlutlægar og traustar vísbendingar sýndu fram á brotið í heild sinni. Við mat á þessu bæri að hafa í huga að markaðsskipting fæli í raun í sér samráð um athafnaleysi (t.d. gera ekki tilraun til að ná viðskiptavinum frá öðrum þátttakanda í samráði). Varðandi sönnun yrði að horfa til þess að í eðli sínu væri erfiðara að sýna fram á ólögmaett athafnaleysi heldur en ólögmaetar aðgerðir.²⁶²
571. Í öðru samráðsmáli komst framkvæmdastjórn ESB að þeirri niðurstöðu að ólögmaett markaðsskipting hefði verið við lýði á árunum 1977 – 1998. Fyrir undirrétti ESB var því haldið fram að þetta væri ósannað. Gögn væru af skornum skammti og langur tími hefði liðið án nokkurra samskipta viðkomandi keppinauta (e. „*huge gaps in time*“). Undirrétturinn féllst ekki á þetta, sbr. dóm hans frá 27. júní 2012 í máli nr. T-439/07, *Coats Holding gegn framkvæmdastjórninni*.²⁶³ Benti hann m.a. á að eðli málsins samkvæmt væri minni þörf á samskiptum keppinauta þegar um markaðsskiptingu væri að ræða:

152. Unlike a price-fixing agreement, under which participants are required to meet regularly to take account of the market evaluation to be able to adapt their conduct on that market during the period

²⁵⁸ Mgr. 185: „Accordingly, the GQ and EQ Agreements cannot be regarded as constituting documentary evidence of the existence of a common understanding.“

²⁵⁹ Mgr. 186: "However, the lack of explicit reference to that understanding in the GQ and EQ Agreements does not imply that such an understanding did not exist. The commitment of a group of producers not to enter a market reserved to the other group, such as the commitment alleged by the Commission against the Japanese producers, is based on a simple concept which may be implemented easily. Also, its implementation does not require, in principle, interaction between the undertakings concerned. Consequently, such a commitment is perfectly capable of existing as an unwritten understanding, which also reduces the likelihood of its discovery.“

²⁶⁰ Mgr. 225: „The applicant maintains that the Commission has not identified any agreement justifying the application of Article 81 EC and Article 53 of the EEA Agreement. In its view, the Commission did not indicate the time at which the parties expressed their joint intention to conduct themselves on the market in a specific way and did not furnish evidence of contacts, discussions or agreements between them. However, without any evidence, the provisions referred to above cannot be used so as to prohibit persons from coming to the same conclusion on a certain issue.“

²⁶¹ Mgr. 231: „[...] it is apparent from the various items of evidence produced by the Commission [...] at the time of conclusion of the GQ Agreement at the latest, the European and Japanese producers mutually agreed not to enter the domestic markets of the other group. The existence of a mutual agreement necessarily implies the existence of a meeting of minds, even if there is no evidence which makes it possible to determine with precision the exact point in time that meeting of minds was manifested or which formalised its expression. In addition, it is apparent from paragraph 116 above that Mr M considered that it was not necessary to refer to the common understanding during the discussions in which he participated, since the content of that understanding was understood, accepted and implemented by all the participants to the cartel without the need for any specific discussion on it.“

²⁶² Mgr. 242-243: „In addition, the fact that the evidence of the existence of a continuous infringement was not adduced for certain specific periods does not preclude the infringement from being regarded as having been established during a more extensive overall period than those periods, provided that such a finding is based on objective and consistent indicia. In the context of an infringement extending over a number of years, the fact that a cartel reveals itself at different periods, which may be separated by more or less lengthy intervals, has no impact on the existence of that cartel, provided that the various actions which form part of the infringement pursue a single aim and come within the framework of a single and continuous infringement (Case C-113/04 P Technische Unie v Commission [2006] ECR I-8831, paragraph 169).“

In the present case, it should be noted, at the outset, that, in so far as the commitment of the Japanese undertakings under the common understanding did not consist in a positive action, but in a failure to act, it is inherently difficult to prove that that understanding was respected continuously.“

²⁶³ EU:T:2012:320. Dómnum ekki áfrýjað.



of the agreement, a market-sharing agreement, by definition, must be respected by the parties to the agreement with effect from its conclusion and may occasionally be adjusted either by amending the existing agreement or by means of other agreements."

4.7.6.6. Óbein sönnunargögn

572. Óbein sönnunargögn geta gefið sterkar vísbendingar um ólöglegt samráð. Gögn eins og t.d. færsla í dagbók eða kvittun frá veitingastað geta gefið til kynna að keppinautar hafi hist og verið mikilvægur liður í sönnun á samráði eða leitt til þess að viðkomandi fyrirtæki þurfi að sanna að samráð hafi ekki átt sér stað.²⁶⁴

573. Óbein sönnun getur einnig falist í ályktunum sem dregnar eru af háttsemi fyrirtækja. Í athugasemdum með frumvarpinu sem varð að samkeppnislögum nr. 8/1993 var tekið fram að erfitt gæti verið í einstökum tilvikum að greina á milli ólögmetra samstilltra aðgerða og þess þegar fyrirtæki höguðu sér eins eða á líkan hátt vegna samkeppninnar. Síðan sagði: „Yfirleitt á þó athugun á markaðnum og markaðsaðstæðum að geta leitt í ljós hvort um samstilltar aðgerðir er að ræða. Á grundvelli slíkra athugana taka samkeppnisyfirvöld ákvörðun um viðeigandi ráðstafanir. Þannig munu samkeppnisyfirvöld geta lagt á stjórnvaldssekt [...] telji þau að undangenginni slíkri athugun að yfirgnæfandi líkur séu á að um samstilltar aðgerðir sé að ræða enda þótt engin skjalfest sönnun liggir fyrir.“ Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2001 sagði þetta:

„Sérstaða samkeppnismála varðandi sönnun og sönnunarmat í samráðsmálum sem þessum felst einkum í því að hegðun fyrirtækja og stjórnenda þeirra á tilteknum markaði getur, á grundvelli reynslulögmála, ein sér gefið sterkar vísbendingar um ólöglegt atferli.“

574. Unnt er þannig að sanna samstilltar aðgerðir fyrirtækja með því einu að draga ályktanir af háttsemi þeirra á markaði.²⁶⁵ Getur t.d. samhliða hegðun (e. *parallel conduct/behaviour*) keppinauta falið í sér sönnun fyrir ólögmetu samráði. Dæmi um það er þegar fyrirtæki hækka verð eða grípa til annarra aðgerða á svipuðum tíma. Dómstóll ESB hefur talið að samhliða hegðun geti falið í sér sterka sönnun (e. *strong evidence*) fyrir ólögmetu samráði ef hún leiðir til samkeppnisaðstæðna á markaði sem eru ekki í samræmi við hið eðlilega ástand hans. Slíku sé hins vegar ekki unnt að slá föstu ef mögulegt er að skýra hina samhliða hegðun með öðru en samstilltum aðgerðum.²⁶⁶

575. Sem fyrr segir ber að leggja heildstætt mat á sönnunargögn í samkeppnisrétti. Samhliða hegðun virt með öðrum gögnum getur falið í sér fulla sönnun á samráði. Í dómi undirréttar ESB 16. september 2013, *Galp gegn framkvæmdastjórninni*, lá fyrir að keppinautar hefðu hækkað verð á sama tíma.²⁶⁷ Viðkomandi fyrirtæki taldi að framkvæmdastjórnin hefði ranglega komist að þeirri niðurstöðu að um samráð væri að ræða enda lögju engin samtímagögn fyrir sem sýndu samskipti við keppinauta

²⁶⁴ Sjá t.d. Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, þriðja útgáfa 2014, bls. 1249. Fjallað um óbein sönnunargögn sem framkvæmdastjórn ESB hefur horft til í samráðsmálum: „*The following types of circumstantial evidence have all been adduced by the Commission as evidence: restaurant receipts or expense accounts and travel records confirming attendance at meetings, email contacts, telephone records, meeting invitations, diary entries concerning meetings, and various miscellaneous (internal) documents. Such circumstantial evidence, if it relates to participation in cartel meetings, may in fact be highly relevant in proving participation in an infringement or lead to the 'shifting' of the burden of proof to the undertaking.*“

²⁶⁵ Sjá Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, áttunda útgáfa 2018, bls. 125: „*Concerted practises may proved by documentary evidence or may be inferred from circumstantial evidence, such as behaviour of the parties.*“ Í umfjöllun um sönnun í ESB- og breskum samkeppnisrétti kom eftirfarandi fram í dómi breska áfrýjunardómstólnum í samkeppnismálum frá 1. október 2004 (JJB Sports gegn OFT): „*As regards price fixing cases under the Chapter I prohibition, the Tribunal pointed out in Claymore Dairies that cartels are by their nature hidden and secret; little or nothing may be committed to writing. In our view even a single item of evidence, or wholly circumstantial evidence, depending on the particular context and the particular circumstances, may be sufficient to meet the required standard.*“ [2004] CAT 17.

²⁶⁶ Sjá hér t.d. mgr. 24 í dóm dómstóls ESB frá 13.07.1989 í máli nr. 395/87, *Tournier*, EU:C:1989:319: „*As the Court held in its judgment in Case 48/69 Imperial Chemical Industries v Commission [1972] ECR 619, mere parallel behaviour may amount to strong evidence of a concerted practice if it leads to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of competition. However, concerted action of that kind cannot be presumed where the parallel behaviour can be accounted for by reasons other than the existence of concerted action.*“ Sjá einnig mgr. 99 í dómi undirréttar ESB 12.04.2013 í máli nr. T-442/08, *CISAC gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2013:188.

²⁶⁷ Mál nr. T-462/07, EU:T:2013:549.



vegna þessa. Undirrétturinn staðfesti hins vegar að um samráð hefði verið að ræða. Við mat á þessu þótti m.a. miklu skipta að fyrir lá að keppinautarnir höfðu átt í öðru ólögumætu samráði á sama tíma:

„391. The fact that the price increases were applied in parallel, as the Commission submits, is a strong indication of at least a concerted practice, especially when the same operators also engage in other collusive activities at the same time.“

576. Hins vegar er hugsanlegt að t.d. fákeppnisaðstæður en ekki samráð geti skýrt samhliða hegðun keppinauta. Skiptir þá miklu hvort sönnun er alfarið reist á hinni samhliða hegðun eða ekki. Verður vikið að þessu næst.

4.7.6.7. Mögulegar aðrar skýringar á samhliða hegðun keppinauta en samráð

577. Gerð og uppbygging markaða hefur áhrif á hegðun fyrirtækja sem starfa á þeim. Þekkt er að á fákeppnismörkuðum, sem bera tiltekin einkenni, geti fyrirtæki komist upp með að taka tillit hvers til annars í stað þess að keppa. Getur þetta leitt til þess að keppinautar verði samstíga í t.d. verðhækkunum án þess að ólögmet samskipti hafi átt sér stað. Er þá rætt um að fyrirtæki geti samhæft hegðun þegjandi (e. tacit collusion). Skilyrði fyrir slíku eru m.a. þau að viðkomandi markaður sé gagnsær og varan eða þjónustan sem seld er sé einsleit.²⁶⁸ Ef markaður er t.d. ekki nægjanlega gagnsær er mun erfiðara að stunda þegjandi samhæfingu.²⁶⁹

578. Samkvæmt þessu er ljóst að á tilteknum fákeppnismörkuðum getur samhliða hegðun keppinauta skýrst af öðru en samstilltum aðgerðum þeirra. Framkvæmdastjórn ESB hefur hins vegar bent á að fyrirtæki hafi hvata til að eyða beinum sönnunargögnum um samskipti sín til þess að geta nýtt sér „fákeppnisvörnina“, þ.e. að byggja t.d. á því að samhliða verðbreytingar stafi af markaðsgerðinni en ekki samráði viðkomandi fyrirtækja.²⁷⁰

579. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2004 var fjallað um sjónarmið olíufélaganna um áhrif fákeppni á sönnun. Var því m.a. haldið fram að samhliða verðbreytingar olíufélaganna hafi í aðalatriðum ekki byggst á samráði olíufélaganna heldur leitt af eðli þess fákeppnismarkaðar sem félögin störfuðu á. Var í þessu sambandi vísað af hálfu olíufélaganna til framkvæmdar í EES/ESB-samkeppnisrétti. Í umfjöllun samkeppnisráðs um þessi sjónarmið olíufélaganna sagði m.a.:

„Af dómum dómstóls EB í Dystuffs, Cram og Rheinzink og Wood Pulp málunum má að mati samkeppnisráðs draga eftirfarandi ályktanir varðandi sönnunargildi samhliða hegðunar fyrirtækja:

²⁶⁸ Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 (sem breyttu eldri samkeppnislögum) var þessu lýst svo: „Þar sem mikil samþjöppun er á tilteknum mörkuðum getur orðið töluverð hættu á því að fyrirtæki taki gagnkvæmt tillit hvert til annars og fákeppni, markaðurinn er t.d. gagnsær og vörurnar eða þjónustan sem boðin er á viðkomandi markaði er einsleit. Fyrirtækin geta m.a. við þær aðstæður vitað með nokkurri vissu hver viðbrögð keppinauta verða við tilteknum markaðsaðgerðum. Þetta hefur þau áhrif að fyrirtækin hafa ekki lengur nauðsynlegt samkeppnislegt aðhald heldur leiða markaðsaðstæður til þess að þau verða samstíga í markaðshegðun, t.d. takmarka þau framboð á vöru eða þjónustu til þess að geta hækkað söluverð með það að leiðarljósi að samræmd markaðshegðun leiði til hámarkunar sameiginlegs hagnaðar.“

²⁶⁹ Í frummatsskýrslu Samkeppniseftirlitsins frá 30.11.2015 (Markaðsrannsókn á eldsneytismarkaðnum) var talið að olíufélögin stunduðu þegjandi samhæfingu í sölu á bifreiðaeldsneyti til einstaklinga. Mun meiri samkeppni var hins vegar talin ríkja í sölu á eldsneyti til fyrirtækja. Ástæða þessa var ekki síst sú að miklu meira gagnsæi á markaði var í sölu til einstaklinga heldur en til fyrirtækja. Verðbreytingar gagnvart einstaklingum birtast t.d. strax á dælum olíufélaganna á meðan viðskiptakjör fyrirtækja koma fram í samningum sem sætt geta trúnaði. Í viðauka C.1 með frummatsskýrslu Samkeppniseftirlitsins er fjallað um samhæfða hegðun:

https://www.samkeppni.is/media/skyrslur-2015/Vidauki-C.1---Samhaefd-hegdun_final.pdf.

²⁷⁰ Í mgr. 73 í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í Cartonboard málinu er því lýst hvernig samráðsfyrirtæki reyndu að blekkja viðskiptavini og eyða gögnum til þess að geta byggt á „fákeppnisvörninni“: „Had they been challenged, the producers could as a result of this elaborate scheme of operating a cartel; and given the relatively large number of producers, economic theory would be stretched to its limits and beyond, but unless direct proof of collusion were forthcoming — and they went to some lengths to ensure it was not — the producers must have had hopes of defeating any investigation into their pricing conduct by the competition authorities by invoking the defence of oligopolistic interdependence.“ Ákvörðun frá 13.07.1994 í máli nr. IV. 33.833.



Slík hegðun getur falið í sér sterka sönnun fyrir samráði ef unnt er að rökstyðja að hún leiði til samkeppnisaðstæðna sem séu ekki í samræmi við eðlilegt ástand markaðarins. Ef samkeppnisyfirlögd byggja áskanir sínar um samráð einungis á samhliða hegðun geta fyrirtæki hnekkt þeim með því að sýna fram á að hegðunin geti stafað af öðru en samráði."

580. Ef sönnun er hins vegar ekki (eða ekki alfarið) reist á samhliða hegðun fyrirtækja heldur á gögnum (t.d. samtímagögnum eins og tölvupóstum eða minnisblöðum) eiga önnur sjónarmið við. Þá dugar ekki fyrir viðkomandi fyrirtæki að sýna fram á að hegðun geti stafað af öðru en samráði²⁷¹ heldur verða þau einnig að sýna fram á að viðkomandi gögn séu ekki traust eða af þeim séu ekki dregnar réttar ályktanir, sbr. bls. 97-100 í ákvörðun nr. 21/2004.²⁷²

581. Í mgr. 125 í dómi undirréttar ESB frá 28. júní 2016 í máli nr. T-216/13, *Telefonica gegn framkvæmdastjórninni*, var hnykk á þessum greinarmun sem gerður er á sönnun sem byggist annars vegar á gögnum og hins vegar á hegðun fyrirtækja.

„Where the Commission relies, in establishing an infringement of competition law, on documentary evidence, the burden is on the undertakings concerned not only to put forward a plausible alternative to the Commission’s view but also to allege that the evidence relied on in the contested decision to establish the existence of the infringement is insufficient [...]. If the Commission finds, on the basis of the conduct of the undertakings concerned, that there has been an infringement of the competition rules, the Courts of the European Union will find it necessary to annul the decision in question where those undertakings put forward arguments which cast the facts established by the Commission in a different light and thus allow another plausible explanation of the facts to be substituted for the one adopted by the Commission in order to conclude that an infringement occurred [...].”²⁷³

582. Í kafla 4.7.6.5 hér að framan var fjallað um dóm undirréttar ESB frá 12. júlí 2011 í máli nr. T-133/07, *Mitsubishi Electric gegn framkvæmdastjórninni*. Í því máli var staðfest sú niðurstaða framkvæmdastjórnarinnar að fyrirtæki hefðu skipt með sér markaðnum. Hefði til grundvallar þessu legið munnlegur „*sameiginlegur skilningur*“ (e. „*common understanding*“) viðkomandi fyrirtækja. Í þessari markaðsskiptingu fólst m.a. að japönsk fyrirtæki myndu ekki keppa við viðkomandi evrópsk fyrirtæki á þeirra heimamarkaði. Fyrir dómstóli ESB héldu Mitsubishi og Toshiba því fram að undirrétturinn hefði ranglega litið framhjá öðrum skýringum á því að japönsku fyrirtækin hefðu ekki keppt í Evrópu en samráði þeirra á milli.²⁷⁴ Mitsubishi benti á að engin skrifleg sönnunargögn sýndu fram á þessa markaðsskiptingu. Sönnun um brot hefði aðeins verið byggð á ályktunum, líkum og túlkun og því hafi undirréttinum borið að taka afstöðu til þess rökstudda sjónarmiðs fyrirtækisins að tæknilegar og efnahagslegar aðgangshindranir að evrópska markaðnum hefðu verið skýringin á því að fyrirtækið keppti ekki í Evrópu en ekki samráð.²⁷⁵ Toshiba sagði að sönnun um markaðsskiptingu hefði byggt á heildarmati á tilteknum vísbendingum og ályktunum af öðrum gögnum og annars konar

²⁷¹ Sjá Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, áttunda útgáfa 2018, bls. 126. Bent á að ef gögn gefi samráð til kynna sé engin þörf á að taka til athugunar hvort önnur atvik eða aðstæður (t.d. fákeppnishegðun) en samráð skýri hegðun viðkomandi fyrirtækja.

²⁷² Vísaði samkeppnisráð m.a. til dóms undirréttar ESB frá 20.04.1999 í sameinuðum málum nr. m.a. T-305/94, EU:T:1999:80, sbr. dómur dómstóls ESB frá 15.10.2002 í máli nr. C-238/99, EU:C:2002:582. Í dómi undirréttarins segir: „724. *The applicants nevertheless rely on the judgments in CRAM and Ahlström Osakeyhtiö to challenge the Commission’s conclusions.*

²⁷⁵ *Those judgments establish that where the Commission’s reasoning is based on the supposition that the facts established cannot be explained other than by concerted action between undertakings, it is sufficient for the applicants to prove circumstances which cast the facts established by the Commission in a different light and thus allow another explanation of the facts to be substituted for the one adopted by the Commission.*

⁷²⁶ *That case law is not applicable here.*

⁷²⁷ *As the Commission points out in point 21 of the Decision, the proof of the concerted action between the undertakings is based not on a mere finding of parallel market conduct but on documents which show that the practices were the result of concerted action [...].*

⁷²⁸ *In those circumstances, the burden is on the applicants not merely to submit an alleged alternative explanation for the facts found by the Commission but to challenge the existence of those facts established on the basis of the documents produced by the Commission. As examination of the facts has shown, that has not been done in this case.”*

²⁷³ Dómur undirréttarins staðfestur með dómi dómstóls ESB frá 13.12.2017 í máli nr. C-487/16, EU:C:2017:961.

²⁷⁴ Dómur dómstóls ESB frá 19.12.2013 í sameinuðum málum nr. m.a. C-239/11, EU:C:2013:866.

²⁷⁵ Mgr. 206 – 208.



óbeinni sönnun. Undir slíkum kringumstæðum bæri að taka afstöðu til annarra skýringa á samhliða hegðun en að samráð lægi henni til grundvallar.²⁷⁶

583. Dómstóll ESB féllst ekki á þessi sjónarmið, sbr. mgr. 215 – 225 í dómi hans. Benti dómstóllinn m.a. á að undirrétturinn hefði á grundvelli heildarmats á gögnum málsins talið umrædda markaðsskiptingu sannaða. Engin skylda væri að taka aðrar skýringar til umfjöllunar þótt sönnun væri reist á ályktunum og óbeinum sönnunargögnum. Þar að auki væri sönnun ekki byggð „alfarið“ á háttsemi fyrirtækjanna á markaði:

„222. [...] the General Court was also right to reject the more specific arguments raised by Mitsubishi and Toshiba, by which they claimed that the General Court is required to examine an alternative explanation each time an infringement seems to be established by deduction from other facts, indirect evidence or non-documentary evidence.

223. Finally [...] the General Court considered, in the context of a global assessment of all of the evidence furnished by the Commission, that the latter had demonstrated to the requisite legal standard the existence of the common understanding.

224. Accordingly, the General Court did not err in law in concluding [...] that, since the Commission did not rely solely on the conduct of the undertakings at issue to demonstrate the alleged infringement, the alternative explanation submitted by Mitsubishi and Toshiba was not sufficient to establish that the common understanding did not exist and was, consequently, irrelevant.”

584. Í mgr. 186 – 194 í athugasemdum Samskipa við AI er bent á að á fákeppnismörkuðum þurfi fyrirtæki sífellt að hafa í huga hver viðbrögð keppinauta á markaði verði við tiltekinni markaðshegðun. Geti lík hegðun fyrirtækja á fákeppnismarkaði ekki fallið undir 10. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið byggir á því að það túlki viðkomandi sönnunarsjónarmið með réttum hætti. Skiptir hér grundvallarmáli að sönnun í þessu máli er ekki alfarið reist á hegðun Samskipa og Eimskips á markaði. Framangreind „fákeppnisvörn“ á því ekki við í þessu máli. Nánar er fjallað um sjónarmið Samskipa í kafla 24.9.

4.7.6.8. Óformlegur tónn í samskiptum o.fl.

585. Óformlegur tónn í samskiptum keppinauta getur stutt við niðurstöðu um samráð. Hið sama gildir ef t.d. tölvupóstur milli keppinauta er stutturður um viðkomandi málefni sem gefur til kynna gagnkvæman skilning.²⁷⁷
586. Unnt er að byggja á trúverðugum ummælum í t.d. tölvupóstum milli þriðju aðila, hvort sem þriðju aðilarnir eru tvö eða fleiri fyrirtæki eða starfsmenn eins fyrirtækis, til þess að sanna tiltekna hegðun hjá fyrirtæki sem minnst er á í viðkomandi gagni.²⁷⁸ Slík trúverðug ummæli þriðju aðila geta gengið framár eftirágefnum skýringum þess fyrirtækis sem minnst er á í viðkomandi gagni.²⁷⁹

²⁷⁶ Mgr. 210 – 212.

²⁷⁷ Sjá mgr. 45 í dómi dómstóls ESB frá 14.11.2019 í máli nr. C-599/18, Silec Cable gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2019:966: „Furthermore, the General Court was able, without distorting that evidence, to infer from the wording and informal tone of Mr K.’s email of 16 November 2006 that that exchange was part of a continuum, that the lack of detail on the quote concerned in that email suggested that Mr V. knew what it was about and that that email followed on from contacts between Silec and Brugg Kabel concerning that quote.”

²⁷⁸ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í sameinuðum málum nr. m.a. 40/73, Coöperative Suiker Unie gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:1975:174. Í dómi undirréttar ESB frá 11.12.2003 í máli T-56/99, Marlines SA gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2003:333, var þetta orðað svo: „[...] the fact that the applicant was not an addressee of the telex of 15 March 1989 does not deprive the document of its probative value because the Commission may accept as evidence of the conduct of an undertaking, such as the applicant, correspondence exchanged between third parties.”

²⁷⁹ Sjá Julian M. Joshua, Proof in Contested EEC Competition Case, A Comparison with the rules of evidence in Common Law, 12 Eur.L.Rev 315 (1987) bls. 327: „In M.D.F. v. Commission also the Court accepted as probative contemporary statements made in correspondence by third parties as to what the firms had done or said in preference to the later explanations of the firms themselves. Documents obtained at one of the members of the suspected cartel will thus be vital significance in proving an Article [81] infringement against all the participants.”



587. Komi fram í samtímagagni starfsmanns fyrirtækis nafn og símanúmer starfsmanns keppinautar getur það falið í sér sönnun um að þeir hafi rætt saman.²⁸⁰
588. Skjal sem finnst við húsleit hjá einum þátttakanda í samráði er unnt að nota gegn öðrum þátttakanda, enda þótt ekki sé minnst á hann í því skjali.²⁸¹
589. Sú staðreynd að fyrirtæki séu veittar upplýsingar eða fái send gögn frá keppinautum getur sannað þátttöku í samráði ef viðkomandi fyrirtæki getur ekki sannað að það hafi mótmælt upplýsingagjöfni eða sendingunni. Engu skiptir þótt viðkomandi fyrirtæki hafi ekki staðfest móttöku á sendingunni, jafnvel þótt farið hafi verið fram á það.²⁸²
590. Við sönnun á samfelldu samráði ber að hafa í huga að hver aðgerð sem framkvæmd er í því staðfestir tilvist þess.²⁸³

4.7.7. Gildi viðurkenningar á þátttöku í ólögsmætu samráði

591. Fyrir liggur að fjölmörg samráðsmál framkvæmdastjórnar ESB hefjist á grundvelli þess að einn þátttakandi í samráði ákveður að leysa frá skjóðunni og óska eftir því að fá sekt sína fellda niður gegn því að veita upplýsingar um brotið. Framkvæmdastjórnin hefur talið sér heimilt að nota upplýsingar/viðurkenningu slíks fyrirtækis til að sanna brot annarra þátttakenda í samráðinu. Sökum þessa hefur í mörgum málum fyrir dómstólum ESB reynt á gildi og þýðingu slíkra viðurkenninga. Hafa dómstólar ESB almennt talið að slíkar viðurkenningar hafa mikið sönnunargildi. Byggir það m.a. á því mati að enginn myndi játa brot að óþörfu sökum þeirra afleiðinga sem því fylgir. Þá hefur verið staðfest að það dragi ekki úr gildi viðurkenningar á broti þótt fyrirsvarsmáður þess hafi ekki komið að brotinu eða hafi ekki beina vitneskju um það. Hafa dómstólar ESB bent í því samhengi á að fyrirsvarsmanni fyrirtækis sé skylt að gæta hagsmuna þess og ólíklegt að hann viðurkenni brot þess án þess að hafa lagt mat á afleiðingar þess.²⁸⁴
592. Samkvæmt framansögðu getur viðurkenning eins fyrirtækis á þátttöku í ólögsmætu samráði haft ríkt gildi til að sanna brot annarra þátttakenda í samráðinu. Neiti aðrir þátttakendur nægir slík

²⁸⁰ Mgr. 126 -127 í dóm undirréttar ESB frá 15.12.2016 í máli nr. T-762/14, Koninklijke Philips gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2016:738. Staðfestur með dómi dómstóls ESB frá 26. september 2018 í máli nr. C-98/17, EU:C:2018:774.

²⁸¹ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-59/99 frá 11.12.2003, *Ventouris v Commission*: „*The fact that the applicant was not an addressee of the telex and that its name was not mentioned in it does not contradict those conclusions. Documents found during an inspection of offices belonging to undertakings that have been charged may be used as evidence against a different party (see, to that effect, Case T-3/89 Atochem v Commission [1991] ECR II-1177, paragraphs 31 to 38). Similarly, the absence of any mention of a given company from a document relating to a cartel does not mean that it did not participate in the cartel where that has already been proved by means of other documents and where the lack of any mention does not throw a different light on the documentary evidence used by the Commission to establish that party's involvement in the cartel (Cementeries CBR and Others v Commission, cited above, paragraphs 1390 and 1391).*”

²⁸² Sjá dóm undirréttar ESB í máli T-56/99 frá 11.12.2003, *Marlines SA v Commission*: „*On 12 June 1989 Strintzis sent a facsimile to Anek, Karageorgis, Minoan and the applicant, saying: please find attached the tariff rates for the Patras-Igoumenitsa-Corfu-Ancona line for 1990. [...] The applicant was an addressee of that facsimile and, given that it has not denied receiving it, and in the absence of any sign that it distanced itself from the purpose of the agreement, the Commission was entitled to conclude that the document proved its participation in the cartel at the time the facsimile was sent, that is to say, on 12 June 1989. In the circumstances and given the numerous direct and consistent documentary proofs of the applicant's involvement in the cartel in question, the applicant cannot rely on the fact that it did not sign an acknowledgement of receipt of the document despite the sender's having expressly asked for the same. Even tacit acceptance, without distantiatiion, may be treated as acceptance of and participation in a prohibited agreement.*”

²⁸³ Sjá t.d. mgr. 249 í dómi undirréttar ESB frá 08.07.2006 í máli nr. T-53/03, *BPB gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2008:254: „*It should be recalled that, in most cases, the existence of an anti-competitive practice or agreement must be inferred from a number of coincidences and indicia which, taken together, may, in the absence of another plausible explanation, constitute evidence of an infringement of the competition rules (Aalborg Portland and Others v Commission, paragraph 36 above, paragraph 57). That case-law can be transposed to the concept of a single and continuous infringement. Where there is a complex, single and continuous infringement, each manifestation corroborates the actual occurrence of such an infringement.*”

²⁸⁴ Sjá um þessi atriði Fernando Castillo de la Torre, *Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases*, *European Competition Law Annual*, 2009, bls. 51-54. Sjá einnig Fernando Castillo de la Torre & Eric Gippini Fournier, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, 2017, bls. 191-192 og Luis Ortiz Blanco, *EU Competition Procedure*, fjórða útgáfa 2021, bls. 358-359.

viðurkenning ekki, ein og sér, til að sanna brot þeirra. Ræðst þá sönnun af því hvort fyrir liggi í málinu önnur atriði í málinu styðji það sem fram kemur í viðurkenningunni.²⁸⁵ Það á ekki síst þegar viðurkenning eða yfirlýsing viðkomandi fyrirtækis miðar að því að draga úr eigin ábyrgð eða sök með því að leggja áherslu á meiri sök gagnaðila í samráðinu.²⁸⁶ Hins vegar hefur viðurkenning fyrirtækis augljóslega meiri þýðingu ef henni er ekki ætlað að draga úr eigin ábyrgð á kostnað annarra þátttakenda í samráðinu.²⁸⁷

593. Samkvæmt framansögðu nægir viðurkenning eins fyrirtækis á þátttöku í ólögmætu samráði ekki, ein og sér, til að sanna þátttöku annarra í samráðinu gegn mótmælum þeirra. Þetta á við brotið í heild sinni. Viðurkenning, ein og sér, getur hins vegar nægt til að sanna hluta af samráði ef önnur gögn styðja við aðra þætti í viðurkenningunni.²⁸⁸ Ef viðurkenning er í samræmi við samtímagögn felur það saman óhjákvæmilega í sér mjög trausta sönnun.
594. Hæstiréttur Íslands hefur við mat á sönnun í samráðsmálum talið heimilt að horft sé til viðurkenninga fyrirtækja á brotum í sátt við Samkeppniseftirlitsins, sbr. dóm réttarins frá 27. nóvember 2014 í máli nr. 112/2014. Í dómi Hæstaréttar frá 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019 sagði: „Evrópudómstóllinn hefur slegið því föstu að það fari ekki gegn grundvallarréttindum aðila máls að styðjast við viðurkenningu eins aðila við mat á sönnun um brot annars að samráði, sbr. til hliðsjónar dóm 19. desember 2013 í sameinuðum málum C-239/11 P, Siemens o.fl. gegn framkvæmdastjórninni.“
595. Í m.a. bréfi Samskipa frá 13. júní 2022 er fjallað um sátt Eimskips við Samkeppniseftirlitið. Eru sett fram sjónarmið sem miða að því að draga úr gildi viðurkenningar Eimskips á brotum í sáttinni. Fjallað er um þau sjónarmið Samskipa í kafla 24.5.

4.8. Deilur og „svindl“ í samráði

596. Ólögmætt samráð er í eðli sínu samstarf milli viðkomandi fyrirtækja um að reyna að hagnast meira með samvinnu sín á milli heldur en með því að keppa um hylli viðskiptavina á grundvelli m.a. lægra verðs og betri þjónustu. Slíkt samstarf í eiginhagsmunaskyni getur hins vegar verið viðkvæmt og brothætt þar sem þátttakendur geta t.d. haft hvata til þess að „svindla/svíkja“ og fara gegn því sem ákveðið var í samráðinu. Með því móti gæti viðkomandi fyrirtæki hagnast enn meira en ella (t.d. með því að hækka verð ekki jafn mikið og ákveðið var í samráðinu og eiga þannig von á mun meiri sölu en hin samráðsfyrirtækin). Sökum þessa er í samkeppnisrétti rætt um takmarkað „traust“ milli

²⁸⁵ Sjá t.d. Bellamy & Child, European Union Law of Competition, áttunda útgáfa 2018, bls. 344: „An admission by one undertaking accused of having participated in a cartel can be proof of an infringement on the part of another undertaking only if it is corroborated by other evidence, though the degree of corroboration required may be less in view of the reliability of the statements at issue.“

²⁸⁶ Sjá t.d. mgr. 285 í dómi undirréttar ESB frá 25.10.2005 í máli nr. T-38/02, Groupe Danon gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2005:367: „As regards the applicant’s argument that Interbrew’s statement should not be regarded as probative, it should be noted that settled case-law provides that there is no provision or any general principle of Community law which prohibits the Commission from relying, as against an undertaking, on statements made by other accused undertakings. If that were not the case, the burden of proving conduct contrary to Article 81 EC and Article 82 EC, which is borne by the Commission, would be unsustainable and incompatible with the task of supervising the proper application of those provisions which is entrusted to it by the EC Treaty (PVC II, paragraph 154 above, paragraph 512). However, an admission by one undertaking accused of having participated in a cartel, the accuracy of which is contested by several other undertakings similarly accused, cannot be regarded as constituting adequate proof of an infringement committed by the latter unless it is supported by other evidence (see, to that effect, Case T-337/94 Enso-Gutzeit v Commission [1998] ECR II-1571, paragraph 91). As, in the present case, the cartel comprised only two parties, it is sufficient for the applicant to challenge the material contained in Interbrew’s statement for other evidence to be required in support of it. That applies particularly to a statement which seeks to attenuate the responsibility of the undertaking in whose name it was made by emphasizing the responsibility of another undertaking. It must therefore be determined whether Interbrew’s statement is supported by other evidence.“ Staðfestur með dómi dómstóls ESB frá 08.02.2007 í máli nr. C-3/06.

²⁸⁷ Sjá t.d. mgr. 295 í dómi undirréttar ESB frá 08.07.2008 í máli nr. T-54/03, Lafarge SA gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2008:255. Sjá einnig mgr. 58 í dómi undirréttar ESB frá 27.06.2012 í máli nr. T-448/07, YKK Corp gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2012:322.

²⁸⁸ Sjá t.d. mgr. 122-127 í dómi undirréttar ESB frá 16.06.2011 máli nr. T-191/06, FMC Foret gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2011:277. Ekki áfrýjað.



samráðsfyrirtækja.²⁸⁹ Í samkeppnisrétti er þekkt að upp geta komið deilur milli þátttakenda í samráði og jafnvel getur brotist út tímabundin hörð samkeppni.

597. Fjallað var um þetta einkenni ólögmæts samráðs í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2004 vegna ólögmæts samráðs olíufélaganna (sbr. og dóma Hæstaréttar Íslands frá 4. febrúar 2016 í málum nr. 272, 277 og 278/2015). Þar segir:

„Að mati samkeppnisráðs er ljóst að oft komu upp deilur milli olíufélaganna og á sumum sviðum gat um hríð ríkt talsverð samkeppni. Jafnframt er ljóst að félögin gerðu oft athugasemdir hvert við annað vegna „brota“ á tilteknu samkomulagi félaganna, t.d. eru kvartanir yfir því að of mikill afsláttur hefði verið veittur. Þetta breytir hins vegar ekki meginniðurstöðu málsins, þar sem ljóst er að þessar deilur leiddu ekki til þess að félögin hættu samstarfi sínu um verðlagsmál, markaðsskiptingu eða samvinnu við gerð tilboða.“²⁹⁰

Samkeppnisráði er það ljóst að á þessum tíma voru deilur á milli Skeljungs og OHF, sbr. m.a. framangreind ummæli forstjóra Skeljungs í tölvupósti sínum frá 21. september 1999 um að á ýmsum sviðum væri „mjög grunnt sé á því góða“ milli félaganna. Jafnframt lýsa nefnd gögn deilum og hótunum Olís og Skeljungs. Samkeppnisráð ítrekar það sem áður hefur komið fram að vel þekkt er í samkeppnisrétti að hótanir og harðar deilur geti átt sér stað milli samráðsfyrirtækja og hörð samkeppni geti brotist út. Hafa verður í huga að ein meginástæðan fyrir þátttöku í samráði er vilji til að hagnast. Hagsmunir viðkomandi fyrirtækja fara hins vegar ekki alltaf saman og hagsmunir viðkomandi fyrirtækja breytast frá einum tíma til annars. Jafnvel geta myndast hagsmunabandalög innan samráðsins. Einstakir þátttakendur í samráðinu geta séð tækifæri til að hagnast enn meira með því að „svíkja“ hina meðlimi samráðsins. Slíkar deilur, svik og tímabundin samkeppni eru í raun oft óhjákvæmilegur fylgifyrirkomandi samráðs og hafa engin áhrif á ólögmæti þess ef viðkomandi fyrirtæki halda áfram að vinna saman. Ofangreind gögn sýna að þrátt fyrir mismunandi hagsmuni og deilur héldu félögin áfram samskiptum sín á milli og reyndu með skírskotun til þess sem búið var að ákveða í samráðinu og með hótunum að hindra ásælni hvers annars í „sína“ viðskiptavinum. Eins og eftirfarandi umfjöllun og önnur gögn málsins sýna drógu þessar deilur ekki úr samráði félaganna.“²⁹¹

598. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli olíufélaganna (nr. 3/2004) var m.a. staðfest sú niðurstaða samkeppnisráðs að fyrir hendi hafi verið „sameiginlegur skilningur olíufélaganna um að félögin myndu ekki keppa um fasta/samningsbundna viðskiptavinum hvers annars.“ Sagði áfrýjunarnefnd að um hafi verið að ræða samráð um „skiptingu markaðarins sem að því laut að keppa ekki um samningsbundna viðskiptavinum.“ Einnig tók nefndin fram að „engu breyti um ólögmæti þessa“ þótt olíufélögin hafi ekki alltaf virt þessa markaðsskiptingu en fyrir lægi að hún hefði verið „virt öðru hvoru“.
599. Ljóst er því að deilur og „svik“/„svindl“ í samráði hafa engin áhrif á ólögmæti samráðs ef viðkomandi fyrirtæki halda eftir sem áður áfram að hafa með sér samráð. Hið sama á við þó tímabundin

²⁸⁹ Í skýrslu OECD frá árinu 2002, Fighting Hard Core Cartels, er þessu eðli samráðs m.a. lýst svo: „There is no honour among thieves“. Þetta innsæi í eðli samráðs er m.a. grundvöllur fyrir svonefndum niðurfellingareglum þar sem þátttakendur í samráði stíga fram og upplýsa um tilvist þess í þeirri von að viðurlög gagnvart þeim verði felld niður eða lækkuð.

²⁹⁰ Sjá bls. 113.

²⁹¹ Sjá bls. 415.

samkeppni ríki milli þátttakenda í samráði.²⁹² Um getur verið ólögætar samstilltar aðgerðir keppinauta þó að ekki ríki gagnkvæmt traust á milli þeirra.²⁹³

600. Hér má einnig vísa til dóms undirréttar ESB frá 13. september 2013 í máli nr. T-566/08, *Total Raffinage gegn framkvæmdastjórninni*.²⁹⁴ Málið varðaði markaðsskiptingu eftir viðskiptavinum og hélt fyrirtæki því fram að það hefði ekki stundað samráð þar sem gögn málsins sýndu að það hefði með samkeppni náð viðskiptavinum frá keppinautum sínum.²⁹⁵ Undirrétturinn féllst ekki á þetta. Benti hann á að engu breytti þótt þátttakandi í samráði fari ekki eftir því sem ákveðið var í samráðinu. Viðkomandi fyrirtæki geti með slíku „svindli“ einfaldlega verið að reyna að hagnast enn meira en ella.²⁹⁶ Tók undirrétturinn einnig fram að það væri rétt hjá fyrirtækinu að samningur um markaðsskiptingu hefði verið brotin og annað „svindl“ átt sér stað. Hins vegar geti einstök tilvik um slík brot eða „svindl“ ekki haggð þeirri niðurstöðu um brot enda hafi verið um að ræða samfellt samráð.²⁹⁷
601. Til þess að vinna gegn „svindli“ og skapa aga í samráðinu er þekkt í samkeppnisrétti að hótunum eða refsingum sé beitt. Dæmi um slíkt er að viðkomandi samráðsfyrirtæki sé í því skyni hótað kærnu til yfirvalda.²⁹⁸ Í einu samráðsmáli lá t.d. fyrir að samráðsfyrirtæki var hótað, af öðrum þátttakendum í samráðinu, að það yrði kært til yfirvalda fyrir ólögætt undirboð ef það drægi ekki úr framboði á tiltekinni vöru.²⁹⁹

²⁹² Sjá t.d. mgr. 94 í dómi undirréttar ESB 12.07.2018 í máli nr. T-438/14, *Silec Cable gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2018:447. Staðfestur með dómi dómstóls ESB frá 14.11.2019, EU:C:2019:966. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 20.03.2002 í máli m.a. T-23/99, LR af 1988 A/S gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2002:75. Í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í þessu máli, sem staðfest var undirréttinun er þetta orðað með með þessum hætti: „*Even cheating or occasional outbreaks of fierce competition do not prevent an arrangement from constituting an agreement for the purposes of Article 81(1) where there is a common and continuing objective to co-operate*“. Mál. nr. IV/35.691, [1999] OJ L241/1. Hér má einnig vísa til t.d. ákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB frá 21.12.1994 í máli nr. IV/33.218, Far Eastern Freight Conference. Í málinu var bent á að það sé almenn regla að þátttakendur í verðsamráði hafi tilhneigingu til þess að svindla („*general rule that all cartels are susceptible to 'cheating' or secret discounting [...]*“). Síðan segir: „*This is a perfectly normal consequence of cartel behaviour. The members of the cartel seek not only to maximize profits by agreeing prices between themselves but also to maximize revenues by gaining market share from one another. Such behaviour normally results in a degree of instability even in the most disciplined cartel. Cartels also suffer the inevitable instability due to the fact that it always pays to be the one company operating outside the cartel.*“ Í dóm undirréttar ESB frá 14.05.1998 í máli nr. T-308/94, *Cascades gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:1998:90, segir þetta: „*[...] the fact that an undertaking which has been proved to have participated in collusion on prices with its competitors did not behave on the market in the manner agreed with its competitors is not necessarily a matter which must be taken into account as a mitigating circumstance when determining the amount of the fine to be imposed. An undertaking which despite colluding with its competitors follows a more or less independent policy on the market may simply be trying to exploit the cartel for its own benefit.*“

²⁹³ Sjá Ariel Ezrachi, *EU Competition Law*, sjötta útgáfa 2018, bls. 74: „*A possible lack of mutual trust between competitors does not rule out the possibility of the existence of a concerted practice. In Case T-186/06 Solvay SA v Commission, the General Court held that Solvay had taken part in a concerted practice with an anticompetitive object. The Court added that „that finding is not called into question by the applicant’s argument that, given the lack of mutual trust between the competitors, it was inconceivable that they could have engaged in concerted practices*“. (para 152)“.

²⁹⁴ EU:T.2013:423. Staðfestur með dómi dómstóls ESB 17.09.2015 í máli nr. C-634/13, EU:C:2015:614.

²⁹⁵ Sjá mgr. 241: „*[...] in the applicant’s submission, its competitive conduct was acknowledged by its competitors during the administrative procedure. It is apparent from the documents relating to the technical meetings and the statements of the other parties that Total France developed a policy that prevented the agreements forming the subject-matter of the contested decision from producing their effects. Those statements indicate that Total France’s competitors repeatedly lost customers or had to reduce their prices on account of Total France’s conduct.*“

²⁹⁶ Mgr. 243: „*The fact that an undertaking which has been proved to have participated in collusion on prices with its competitors did not behave on the market in the manner agreed with its competitors is not necessarily a matter which must be taken into account as a mitigating circumstance when determining the amount of the fine to be imposed. An undertaking which despite colluding with its competitors follows a more or less independent policy on the market may simply be trying to exploit the cartel for its own benefit (Cascades v Commission, paragraph 236 above, paragraph 230, and Case T-43/02 Jungbunzlauer v Commission [2006] ECR II-3435, paragraph 269).*“

²⁹⁷ Mgr. 254: „*While it is true that that passage shows that there was a breach of a customer-sharing agreement, the fact none the less remains that the applicant has thus submitted only proof of an isolated incident, which, even when considered together with the cheating referred to at paragraph 244 above, does not prove the competitive nature of its conduct with respect to the complex, single and continuous infringement in the present case. Sporadic and isolated cases of cheating or failure to apply the cartel by a particular participant, especially where they concern a cartel of long duration, cannot in themselves demonstrate that that participant did not implement the cartel or adopted competitive conduct (see, to that effect, Case T-73/04 Le Carbone Lorraine v Commission [2008] ECR II-2661, paragraph 204).*“

²⁹⁸ Sjá Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, þriðja útgáfa 2014, bls. 1071-1072: „*Threats, Boycotts and Coordinated Attacks on Competitors. [...] Measures to „convince” companies to cooperate may even take the form of (threats to take) initiatives aimed at having their behaviour sanctioned by public authorities.*“

²⁹⁹ Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 07.06.2000 í máli nr. 36.545, *Amino Acids*, mgr. 88 og 330.



602. Einnig er þekkt í samkeppnisrétti að þeir sem taka þátt í ólögum samráði reyna með ýmsu móti að halda því leyndu og beita jafnvel blekkingum í því skyni. Er þekkt að samráðsaðilar sjái sér hag í því að reyna að slá ryki í augu samkeppnisyfirvalda á meðan á samráði stendur með því að senda yfirvöldum innistæðulausar kvartanir og láta þannig líta svo út að á markaðnum ríki hatrömm samkeppni.³⁰⁰

³⁰⁰ Sjá t.d. Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, þriðja útgáfa 2014, bls. 1063: „*In view of the blatant illegality of their behaviour and the severe penalties incurred if they are discovered, cartels generally deploy considerable effort to avoid detection. Concealment measures of all types can be found in cartel decisions.*” Sjá einnig, *Fighting Cartels – why and how?*, Konkurrensverket, 2001.

