

Leiðbeiningar um beitingu 15. gr. samkeppnislaga Undantekning frá banni við samráði fyrirtækja

Efnisyfirlit

1.	Inngangur.....	2
2.	Ábyrgð fyrirtækja og hlutverk Samkeppniseftirlitsins.....	3
3.	Mat á því hvort samstarf sé heimilt eða ekki	4
3.1.	Fer samstarf gegn 10. gr. samkeppnislaga.....	5
3.1.1.	Samstarf keppinauta.....	6
3.1.2.	Samstarf mögulegra keppinauta	7
3.1.3.	Samstarf fyrirtækja sem starfa á mismunandi sölustigum	8
3.1.4.	Ráðgjafar og önnur fyrirtæki sem ekki starfa á viðkomandi markaði.....	9
3.1.5.	Samstarf þarf ekki að hafa áhrif á samkeppni	9
3.2.	Fer samstarf gegn 12. gr. samkeppnislaga.....	10
3.3.	Minniháttarreglan og hópundanþágur	11
4.	Undantekning frá banni samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga	11
4.1.	Almennt um skilyrði 15. gr.....	12
4.2.	Skilyrði a: Stuðlar að aukinni hagræðingu.....	13
4.3.	Skilyrði b: Sanngjörn hlutdeild í ávinningi verður að skila sér til neytenda.....	15
4.4.	Skilyrði c: Samkeppnishömlur verða að vera ómissandi fyrir hagræðingu	16
4.5.	Skilyrði d: Veitir fyrirtækjunum ekki færi á að koma í veg fyrir samkeppni	16
5.	Sönnun á því að skilyrði 15. gr. séu uppfyllt	17



1. Inngangur

1. Óumdeilt er að samkeppnishamlandi samstarf fyrirtækja getur valdið umtalsverðum skaða fyrir neytendur, atvinnulífið og þjóðfélagið í heild sinni. Af þeim sökum er í 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 lagt bann við hvers konar samstarfi fyrirtækja sem er til þess fallið að raska samkeppni. Í 12. gr. samkeppnislaga er m.a. lagt bann við því að samtök fyrirtækja hvetji til aðgerða sem raskað geta samkeppni milli viðkomandi aðildarfyrirtækja.
2. Á hinn bóginn er viðurkennt í samkeppnisrétti að við tiltekna aðstæður getur samvinna fyrirtækja verið til þess fallin að stuðla m.a. að aukinni hagræðingu, skilvirkni og efttæknilegar framfarir. Til þess að slíkt samstarf sé heimilt þurfa jákvæð áhrif þess að vega þyngra en þau neikvæðu. Um slíkt er að ræða þegar sannað þykir að skilyrðin sem fram koma í 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt.
3. Í 15. gr. samkeppnislaga er kveðið á um þau skilyrði sem þurfa öll að vera uppfyllt til að samstarf fyrirtækja sé undanskilið bannákvæðum 10. og 12. gr. samkeppnislaga. Áskilið er að samningar, samþykktir, samstilltar aðgerðir eða ákvarðanir skv. 10. og 12. gr.:¹
 - stuðli að bættari framleiðslu eða dreifingu á vöru eða þjónustu eða efla tæknilegar og efnahagslegar framfarir,
 - veiti neytendum sanngjarna hlutdeild í ávinningi sem af þeim hljótist,
 - leggi ekki höft á hlutaðeigandi fyrirtæki sem óþörf séu til að settum markmiðum verði náð,
 - veiti fyrirtækjunum ekki færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna eða þjónustunnar sem um sé að ræða.
4. Fram til gildistöku 4. gr. laga nr. 103/2020, sem breyttu samkeppnislögum, var fyrirtækjum og samtökum fyrirtækja aðeins heimilt að hafa með sér samstarf, sem fór gegn 10. og/eða 12. gr. samkeppnislaga, ef að þau óskuðu eftir og fengu formlega undanþágu frá Samkeppniseftirlitinu. Var það þá hlutverk Samkeppniseftirlitsins að meta hvort fyrirtækin hefðu sýnt fram á að skilyrði 15. gr. samkeppnislaga væru uppfyllt. Án formlegrar undanþágu frá Samkeppniseftirlitinu var ólöglegt fyrir aðila að framkvæma samstarf sitt og breytti þá engu að þeir teldu skilyrði 15. gr. laganna uppfyllt.
5. Með setningu laga nr. 103/2020 voru gerðar grundvallarbreytingar á framangreindu. Í stað fyrirkomulags þar sem undanþága er háð fyrirfram samþykki Samkeppniseftirlitsins hefur verið tekið upp svonefnt sjálfsmatskerfi (e. *self-assessment*). Er þetta skýrt svo í frumvarpi sem varð að lögum nr. 103/2020:

„Það felst í því mikil réttarvissa fyrir fyrirtæki að fá sérstaka ákvörðun Samkeppniseftirlitsins þar sem undanþága er veitt frá bannákvæðum, mögulega með ákveðnum skilyrðum. Í frumvarpinu er hins vegar lagt til að sú breyting verði gerð á samkeppnislögum að fyrirtæki meti sjálf hvort skilyrði fyrir undanþágu séu uppfyllt. Á síðustu áratugum hefur orðið til umfangsmikil réttarframkvæmd samkeppnisreglna þar sem finna má fjölda ítarlega rökstuddra ákvarðana Samkeppniseftirlitsins auk úrlausna áfrýjunarnefndar samkeppnismála og dómstóla um einstök mál og því fjölmörg fordæmi til staðar fyrir fyrirtæki til að styðjast við. Þá er einnig lagt til grundvallar í íslenskum samkeppnisrétti að við beitingu og túlkun ákvæða samkeppnislaga skuli taka mið af framkvæmd

¹ Með hugtakinu „samstarf“ í þessum leiðbeiningum er átt við um samninga, samþykktir, samstilltar aðgerðir eða ákvarðanir fyrirtækja eða samtaka fyrirtækja í skilningi 10. gr. samkeppnislaga, sbr. 15. gr. samkeppnislaga.



og þróun samkeppnisréttar á Evrópska efnahagssvæðinu. Því verður að telja að nú séu til staðar forsendur til að breyta framkvæmd hér á landi til samræmis við framkvæmd í Evrópu, m.a. með tilliti til þess að fulltrúar samtaka í atvinnulífinu hafa á undanförunum árum ítrekað kallað eftir því að þessi breyting verði gerð á samkeppnislögum til að auka skilvirkni. Gera má því ráð fyrir því að fyrirtæki og ráðgjafar þeirra séu almennt vel í stakk búin til að takast þá ábyrgð á hendur að meta sjálf hvort lögbundin skilyrði fyrir samstarfi fyrirtækja séu uppfyllt, en rangt mat að því leyti kann að leiða til þess að fyrirtæki teljist hafa brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og kann það að baka stjórnendum fyrirtækjanna refsíabyrgð skv. 41. gr. a laganna.“

6. Framangreind breyting tók gildi 1. janúar 2021. Samkvæmt 2. mgr. 15. gr. samkeppnislaga skal Samkeppniseftirlitið gefa út almennar leiðbeiningar um undantekningar samkvæmt 1. mgr. 15. gr. laganna.
7. Eru þessar leiðbeiningar settar fram með vísan til framangreinds. Leiðbeiningarnar fjalla um þau kjarnaatriði sem hafa þarf til hliðsjónar við mat fyrirtækja á því hvort samkeppnishamlandi samstarf þeirra uppfylli skilyrði 15. gr. laganna. Er leiðbeiningunum ætlað að auðvelda fyrirtækjum að fara að lögum.
8. Til nánari leiðbeiningar um sjálfsmat fyrirtækja hér á landi gilda jafnframt [leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA \(„ESA“\)](#) um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins.² Hafa þær fullt leiðbeiningagildi hér á landi og skipta miklu varðandi túlkun og framkvæmd 15. gr. samkeppnislaga. Í leiðbeiningunum er fjallað ítarlega um þau skilyrði sem uppfylla verði til þess að samstarf fyrirtækja, sem til þess er fallið að raska samkeppni, teljist heimilt, hvaða sjónarmið séu eða hafi verið lögð til grundvallar við túlkun þeirra og sett fram dæmi til nánari skýringa. Einnig hefur ESA gefið út leiðbeiningar um beitingu samkeppnisreglna gagnvart [láréttu](#) og [lóðréttu](#) samstarfi fyrirtækja.³
9. Samkeppniseftirlitið vísar til framangreindra leiðbeininga ESA og eru þær til fyllingar þessum leiðbeiningum, sbr. einnig frumvarp sem varð að lögum nr. 103/2020.⁴

2. Ábyrgð fyrirtækja og hlutverk Samkeppniseftirlitsins

10. Sem fyrr segir er fyrirtækjum frá og með 1. janúar 2021 gert að meta sjálf hvort samstarf sem þau hyggist hefja sé samrýmanlegt samkeppnislögum. Fram til þess tímamarks var samstarf sem fór gegn 10. og 12. gr. samkeppnislaga aðeins lögmætt ef það féll undir formlega undanþágu frá Samkeppniseftirlitinu sem grundvallaðist á beiðni frá viðkomandi aðilum.
11. Kjarninn í sjálfsmati fyrirtækja og samtaka fyrirtækja er að þau bera sjálf fulla ábyrgð á því að rétt mat sé lagt á hvort samstarf uppfylli skilyrði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Í frumvarpinu sem varð að lögum nr. 103/2020 er sagt að fyrirtæki og samtök þeirra geti í því sambandi stuðst við réttarframkvæmd í íslenskum og EES/ESB-samkeppnisrétti, auk almennra leiðbeininga ESA og Samkeppniseftirlitsins. Síðan segir:

² 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 m.a. 10. gr. samkeppnislaga enda sækja hin síðarnefndu fyrirmynd sína til EES/ESB-samkeppnisréttar. Hið sama á við um efnisskilyrði 15. gr. samkeppnislaga. Þau sækja fyrirmynd sína til 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Er framkvæmd í EES/ESB-samkeppnisrétti því leiðbeinandi við túlkun 10., 12. og 15. gr. samkeppnislaga. Sama á við um leiðbeiningar sem gefnar út af ESA á grundvelli og í samræmi við ákvæði EES samningsins. Leiðbeiningarnar eru hliðstæðar leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB um sama efni.

³ Leiðbeiningarnar eru aðgengilegar á íslensku og á ensku.

⁴ Frumvarp sem varð að lögum nr. 103/2020 er aðgengilegt á þessari slóð: <https://www.althingi.is/alttext/150/s/1029.html>.



„Íslensk fyrirtæki munu því sjálf geta lagt mat á lögmæti samstarfs þeirra með sama hætti og mörg önnur evrópsk fyrirtæki. Til þess að markmið um einföldun og skilvirkni náist verða fyrirtækin sjálf að bera fulla ábyrgð á umræddu mati. Þannig munu breytingarnar ekki skila sér í aukinni skilvirkni fyrir atvinnulífið ef leitað er eftir leiðbeiningum Samkeppniseftirlitsins í miklu mæli. Mikilvægt er að áréttu að leiðbeiningar Samkeppniseftirlitsins skulu vera með almennum hætti og eftir breytinguna mun eftirlitið ekki geta veitt fyrirtækjum bindandi álit á því fyrir fram hvort tiltekin háttsemi uppfylli lögbundin skilyrði heldur mun Samkeppniseftirlitið hafa eftirlit með því þegar slíkt samstarf er komið til framkvæmda.“⁵

12. Samkvæmt þessu er hlutverk Samkeppniseftirlitsins, hvað samstarf fyrirtækja áhrærir, að rannsaka eftir á (e. ex-post) hvort fyrirtæki og samtök þeirra hafi brotið gegn 10. og/eða 12. gr. samkeppnislaga. Við rannsókn á slíkum ætluðum brotum er það m.a. verkefni Samkeppniseftirlitsins að leggja mat á hvort viðkomandi fyrirtæki eða samtök hafi fært sönnur fyrir því að samstarf þeirra, sem ella færi gegn 10. og/eða 12. gr. samkeppnislaga, uppfylli þau skilyrði sem fram koma í 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga.
13. Í breytingum á 15. gr. samkeppnislaga felst ekki aukin heimild fyrirtækja til samstarfs enda er strangt bann 10. og 12. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins við hvers konar samkeppnishamlandi samráði fyrirtækja og samtaka þeirra óbreytt. Ekki er heldur dregið úr þeim kröfum sem samstarf fyrirtækja þarf að uppfylla samkvæmt skilyrðum 15. gr. samkeppnislaga. Efnisatriðin sem þurfa að vera til staðar svo samstarf fyrirtækja fari ekki gegn bannákvæðum laganna eru þannig óbreytt og samhljóða þeim sem gilda annars staðar á Evrópska efnahagssvæðinu.
14. Mikilvægt er að áréttu að rangt mat á skilyrðum 15. gr. samkeppnislaga kann að leiða til þess að fyrirtæki og samtök fyrirtækja teljast hafa brotið gegn 10. gr. og 12. gr. samkeppnislaga og eftir atvikum 53. gr. EES-samningsins. Brotið kann því að valda fyrirtækjum eða samtökum þeirra stjórnvaldssektum og baka starfsmönnum eða stjórnarmönnum fyrirtækjanna eða samtaka fyrirtækja refsíabyrgð skv. 41. gr. a laganna. Þá leiðir það af 33. gr. samkeppnislaga að ef skilyrðum 15. gr. er ekki fullnægt er samningurinn ógildur. Þá kann rangt mat á skilyrðum 15. gr. samkeppnislaga að leiða til þess að viðkomandi aðilar verði dæmdir til greiðslu skaðabóta ef brot þeirra á 10. eða 12. gr. samkeppnislaga hefur valdið tjóni.

3. Mat á því hvort samstarf sé heimilt eða ekki

15. Við mat á því hvort samstarf fyrirtækja eða á vettvangi samtaka fyrirtækja sé heimilt eða ekki þarf að líta til nokkurra þátta, sbr. eftirfarandi skýringarmynd:

⁵ Í frumvarpinu er einnig rökstutt að tillaga Samtaka atvinnulífsins og Viðskiptaráðs um að Samkeppniseftirlitið gefi út bindandi álit um samstarf fyrirtækja sé ótæk.



3.1. Fer samstarf gegn 10. gr. samkeppnislaga

16. Fyrst þarf að taka afstöðu til þess hvort viðkomandi samstarf falli undir bann 10. gr. samkeppnislaga við ólögsmætu samráði. Við mat á því þarf að taka mið af því hvernig bannið hefur verið túlkað hér á landi og á Evrópska efnahagssvæðinu.
17. Í 1. mgr. 10. gr. samkeppnislaga 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.“
18. Samningur í skilningi 10. gr. samkeppnislaga getur verið í hvaða formi sem er og verður að skýra hugtakið rúmt.⁶ Samningur skv. 10. gr. getur þannig verið óundirritaður eða undirritaður, munnlegur eða skriflegur og þarf ekki að vera bindandi.⁷
19. Ef tiltekin samskipti fyrirtækja fela ekki í sér samning í skilningi samkeppnisréttarins geta þau talist vera samstilltar aðgerðir þeirra. Hefur hugtakið samstilltar aðgerðir verið túlkað rúmt á þann hátt að það taki til sérhverra beinna eða óbeinna samskipta fyrirtækja sem hafa þann tilgang að hafa áhrif á samkeppni eða hafi slík áhrif í reynd. Í þessu geti meðal annars falist að

⁶ Sjá hér meðal annars dóm Hæstaréttar Íslands frá 30. október 2003 í máli nr. 37/2003, *Sölufélag garðyrkjumanna svf., Bananar ehf. og Mata hf. gegn samkeppnisráði*.

⁷ Sjá hér meðal annars dóm Hæstaréttar frá 27. nóvember 2014 í máli nr. 112/2014, *Samkeppniseftirlitið gegn Langasjó o.fl.*



fyrirtæki skiptist á upplýsingum um verð og af því leiði samræmd markaðshegðun.⁸ Að lögum hefur það ekki þýðingu að greina á milli hvort samkeppnishamlandi samvinna sé í formi samnings eða samstilltra aðgerða.⁹

20. Bann 10. gr. samkeppnislaga tekur ekki aðeins til samstarfs keppinauta sem starfa á sama sölustigi¹⁰ (lárétt samstarf). Það tekur einnig til samstarfs fyrirtækja sem starfa á mismunandi sölustigum (lóðrétt samstarf). Jafnframt getur bannið tekið til samstarfs milli fyrirtækis, sem er starfandi á tilteknum markaði, við annað fyrirtæki sem starfar ekki á viðkomandi markaði en er mögulegur keppinautur í skilningi samkeppnisréttarins. Þá geta ráðgjafarfyrirtæki og önnur fyrirtæki sem liðsinna við framkvæmd á ólögsmætu samráði fallið undir bann 10. gr. samkeppnislaga.

3.1.1. Samstarf keppinauta

21. Í 10. gr. samkeppnislaga felst meðal annars að öll samskipti milli keppinauta sem hafi það að markmiði eða af þeim leiði að samkeppni sé raskað eru bönnuð. Hið sama felst í 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.
22. Samráðsbanni samkeppnisréttarins er ætlað að tryggja að keppinautar hegði sér að öllu leyti sjálfstætt á markaði. Í samkeppnisrétti er það þannig „*meginatriði að eðlileg samkeppni gerir ráð fyrir sjálfstæðum fyrirtækjum sem taka sjálfstæðar ákvarðanir þegar þau ákveða viðskiptastefnu sína*“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004. Kröfunni um sjálfstæði keppinauta hefur verið slegið fastri af dómstóli ESB.¹¹ Í leiðbeinandi reglum ESA, um lárétt samstarf fyrirtækja, er þessari kröfu um sjálfstæði keppinauta lýst sem „*grunnhugmyndinni að baki samkeppnisreglna EES-samningsins [...]*“¹² Í þessu samhengi hefur verið bent á að sú áhætta sem leiði af óvissu á markaðnum („*risks of uncertainty*“) sé afar mikilvæg fyrir samkeppni. Sjálfstæði keppinauta og þessi æskilega óvissa fyrirtækja um meðal annars fyrirætlanir keppinauta séu grunnstoðir fyrir virkrari samkeppni. Banni samkeppnisréttarins við samskiptum og samvinnu keppinauta sem gengur gegn framangreindu er ætlað að verja þessar grunnstoðir.
23. Sökum framangreinds getur það falið í sér alvarlegt brot ef keppinautar hafa með sér hagnýta samvinnu (e. *practical cooperation*) til að losna undan þeirri áhættu sem felst í samkeppni.¹³ Hið sama getur átt við ef fyrirtæki greina keppinautum sínum frá ákvörðunum fyrirtækjanna eða

⁸ Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 1. desember 2016 í máli nr. 360/2015, *Ákærvaldið gegn X o.fl.*, var áréttað að skýra beri „*hugtakið samstilltar aðgerðir rúmt á þann hátt að það [taki] til sérhverra beinna eða óbeinna samskipta fyrirtækja sem [hafir] þann tilgang að hafa áhrif á samkeppni eða [hafir] slík áhrif í reynd. Í þessu [geti] meðal annars falist að fyrirtæki [skiptist] á upplýsingum um verð og af því [leiði] samræmd markaðshegðun.*“

⁹ Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004, Ker hf. (áður Oluvélagið hf.), Oluverslun Íslands hf., Skeljungur hf. og Bensínorkan ehf. gegn samkeppnisráði, 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.*“ Sbr. einnig dóma Hæstaréttar 4. febrúar 2016 í málum nr. 272/2015, 277/2015 og 278/2015.

¹⁰ Í 8. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 er hugtakið sölustig skilgreint. Þar segir að líta beri á sölustig framleiðslu sem eitt sölustig, heildsölu annað sölustig, smásölu hið þriðja o.s.frv.

¹¹ Sjá t.d. mgr. 78 í dómi dómstóls ESB frá 30. janúar 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).*“

¹² 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).

¹³ Sjá t.d. mgr. 83 í dómi dómstóls ESB frá 30. janúar 2020 í máli nr. C-307/18, Generics (UK), EU:C:2020:52: „*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).*“



áformum. Sérstaklega á þetta við um samskipti keppinauta sem geta dregið úr óvissu um tímasetningu, umfang og einstaka þætti í fyrirhuguðum aðgerðum þeirra á markaði.¹⁴

24. Samstarf eða samskipti keppinauta eru sérstaklega varhugaverð á mörkuðum þar sem fákeppni ríkir. Hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála bent á að slíkir markaðir séu viðkvæmir í samkeppnislegu tilliti og að á þeim sé talsverð hættu á samræmdum aðgerðum keppinauta.¹⁵ 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.“ Í máli sem varðaði refsivert samráð á byggingavörumarkaði kom fram í dómi Hæstaréttar að mikilvægt sé á fákeppnismarkaði að fyrir hendi sé óvissa fyrirtækja „sem í hlut eiga, um hegðun keppinautanna“.¹⁶

3.1.2. Samstarf mögulegra keppinauta

25. Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga tekur ekki aðeins til samstarfs við keppinauta sem eru þegar starfandi á viðkomandi markaði. Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á tekur ákvæðið til bæði „*raunverulegra og mögulegra keppinauta á hinum skilgreinda markaði*“.¹⁷ Í 3. mgr. 41. gr. a samkeppnislaga er það lýst refsivert fyrir einstaklinga ef þeir koma að samráði fyrirtækja sem hefur það að markmiði að „*fyrirtæki hefji ekki samkeppni í atvinnustarfsemi*.“
26. Í 1. mgr. í leiðbeinandi reglum ESA um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum segir að samstarf sé „*nefnt „lárétt“ ef það byggist á samningi milli fyrirtækja sem eru þegar keppinautar eða gætu orðið það síðar*.“
27. Í 10. mgr. segir að í hinum leiðbeinandi reglum sé „*hugtakið „keppinautar“ látið taka til bæði fyrirtækja sem eru keppinautar sem stendur og þeirra sem gætu orðið keppinautar*.“ Jafnframt kemur fram að mögulegur keppinautur sé fyrirtæki sem hefði, ef viðkomandi samningur hefði ekki verið gerður, átt raunhæfan möguleika á að hefja starfsemi á viðkomandi markaði. Einnig hefur komið fram að það beri í þessu samhengi að horfa til þess hvort í raun hafi verið ómögulegt að komast inn á viðkomandi markað og ef ekki hvort fyrirtækið sem um ræði hefði getað komist inn á þann markað (eða eftir atvikum haft áhuga á því).¹⁸
28. Af þessu leiðir að samstarf fyrirtækis við mögulegan keppinaut getur fallið undir bann 10. gr. samkeppnislaga. Á það ekki sist við ef samstarfið miðar að því að hinn mögulegi keppinautur hefji ekki starfsemi á viðkomandi markaði eða það dragi að öðru leyti úr því samkeppnislega aðhaldi sem hinn mögulegi keppinautur gæti veitt.

¹⁴ Sjá t.d. mgr. 40-41 í dómi undirréttar ESB frá 11. júlí 2019 í máli nr. T-530/15, *Huhtamäki Oyj gegn framkvæmdastjórninni*, EU:T:2019:498.

¹⁵ Sjá hér t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 7/2008, *Orkuveita Reykjavíkur og Hafnarfjarðarbær gegn Samkeppniseftirlitinu*.

¹⁶ Sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 360/2015.

¹⁷ Sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2019, *Samskip hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

¹⁸ Sjá t.d. álit Kokott aðallögsögumans við dómstól ESB frá 22. janúar 2020 í máli nr. C-307/18, EU:C:2020:52: „59. In order to examine whether an undertaking which is party to an agreement is a potential competitor on a particular market, it must be ascertained whether that market has insurmountable barriers to entry and whether, if the agreement at issue had not been implemented, there would have been real concrete possibilities for the undertaking in question to penetrate it and to compete with the undertakings already established. In that context, the essential factor on which categorisation as a potential competitor must be based is whether an undertaking has the ability to enter a particular market, but its intention to enter it may also be of relevance.“



3.1.3. Samstarf fyrirtækja sem starfa á mismunandi sölustigum

29. Samstarf fyrirtækja sem starfa á mismunandi sölustigum, svokallað lóðrétt samstarf getur einnig farið gegn 10. gr. samkeppnislaga.
30. Almennt er hins vegar litið svo á að ekki stafi samkeppnisleg ógn af lóðréttu samstarfi nema samkeppni sé þegar veik á einu eða fleiri stigum viðskipta, þ.e. ef birgir, kaupandi eða þeir báðir hafi sterka stöðu á markaði. Þá hefur verið litið svo á að lóðréttar hömlur valdi yfirleitt minni skaða en láréttar hömlur og geti falið í sér umtalsverða hagræðingu.¹⁹
31. Af þessari ástæðu geta lóðréttir samningar, sem ekki hafa að geyma alvarlegar samkeppnishömlu²⁰, þ.e. ákvæði sem hafa slíkar hömlur að markmiði, fallið undir hópundanþágu framkvæmdastjórnar ESB fyrir lóðréttu samninga ef markaðshlutdeild allra hlutaðeigandi er undir tilteknum mörkum eða 30% hjá hverjum og einum þátttakanda.²¹
32. Feli lóðrétt samstarf hins vegar í sér alvarlegar samkeppnishömlur gildir framangreind hópundanþága ekki, þrátt fyrir að markaðshlutdeild aðilanna sé undir 30% viðmiðunarmörkum hópundanþágunnar. Í slíkum tilvikum eru sterkar líkur á að slíkt samstarf fari gegn 10. gr. samkeppnislaga, að því gefnu að minniháttarregla 13. gr. samkeppnislaga eigi ekki við.
33. Dómaframkvæmd hér á landi hefur sýnt að lóðréttar hömlur geta verið alvarlegar og haft það að markmiði að takmarka samkeppni. Á það t.a.m. við þegar lóðrétt samstarf, beint eða óbeint, hefur það að markmiði að hafa áhrif á smásöluverð.²²
34. Þá getur lóðrétt samstarf fyrirtækja, sem sökum markaðshlutdeildar falla ekki undir hópundanþáguna, farið gegn 10. gr. samkeppnislaga þrátt fyrir að ekki sé um alvarlegar samkeppnishömlur að ræða. Líkt og áður segir kemur það sérstaklega til álita þegar samkeppni er þegar veik á umræddum markaði, t.a.m. ef annar aðilinn eða þeir báðir hafa sterka stöðu á markaði eða á markaðnum gætir uppsafnaðra áhrifa sambærilegra samninga.²³
35. Í leiðbeiningum ESA um lóðréttar takmarkanir er að finna ítarlegar reglur um greiningu á samkeppnisáhrifum ýmissa tegunda lóðréttra samninga samkvæmt 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Til nánari leiðbeininga vísast til þeirrar umfjöllunar.

¹⁹ Sbr. 6. mgr. í leiðbeinandi reglum ESA um lóðréttar hömlur.

²⁰ Nánar er fjallað um hvað telst til alvarlegra samkeppnishamlana í 4. gr. hópundanþágunnar, sbr. reglugerð nr. 927/2010 um innleiðingu reglugerðar framkvæmdastjórnarinnar (ESB) nr. 330/2010 um hópundanþágu gagnvart flokkum lóðréttra samninga og samstilltra aðgerða í landsrétt.

²¹ Sjá reglugerð nr. 927/2010 um innleiðingu reglugerðar framkvæmdastjórnarinnar (ESB) nr. 330/2010 um hópundanþágu gagnvart flokkum lóðréttra samninga og samstilltra aðgerða í landsrétt.

²² Sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 112/2014, Samkeppniseftirlitið gegn Langasjó ehf. Um lóðrétt samskipti birgja og smásala í málinu sagði Hæstiréttur: „[...] að með þessum samskiptum hafi verið samið á óformlegan hátt á milli þeirra, er að þeim komu hverju sinni, um smásöluverð í verslunum Bónuss eða afslátt af verðunum sem hafði það að markmiði að draga úr virkri samkeppni og varð að auki til þess að úr henni dró í raun. Fór slíkt lóðrétt samráð gegn 10. gr. samkeppnislaga. Samið á óformlegan hátt á milli þeirra, er að þeim komu hverju sinni, um smásöluverð í verslunum Bónuss eða afslátt af verðunum sem hafði það að markmiði að draga úr virkri samkeppni og varð að auki til þess að úr henni dró í raun. Fór slíkt lóðrétt samráð gegn 10. gr. samkeppnislaga.“

²³ Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 13/2003 Emmessís hf. gegn samkeppnisráði voru lóðréttir dreifingarsamningar birgja og smásöluverslana taldir fara gegn 10. gr. samkeppnislaga. Í úrskurði áfrýjunarnefndar segir: „[...] verður engu að síður að líta til uppsafnaðra áhrifa þeirra samkvæmt grunnforsendum 6. mgr. 13. gr. samkeppnislaga. Í því efni skiptir helst máli að fáir og stórir aðilar eru á umræddum markaði bæði að því er varðar dreifingu vörunnar og smásölu hennar. Umræddir samningar ná til þessara aðila, gildistími þeirra er rúmur og þeir útiloka þar með í raun að verulegu leyti það svigrúm sem verslanir Baugs hf. og/eða Kaupáss hf. hafa til að bjóða frystirými fyrir ísvörur til annarra samkeppnisaðila sem kynnu að vilja leita inn á markaðinn. Afleiðingin er sú samkeppnisaðilar sem dreifa ísvörum er gert óeðlilega erfitt fyrir að komast inn á umræddan markað.“



3.1.4. Ráðgjafar og önnur fyrirtæki sem ekki starfa á viðkomandi markaði

36. Fyrir liggur í samkeppnisrétti að til dæmis ráðgjafarfyrirtæki sem aðstoða við skipulagningu eða framkvæmd samráðs viðskiptavina sinna geta farið gegn banninu við ólögmætu samráði. Skiptir þá ekki máli sú staðreynd að ráðgjafarfyrirtækið er ekki keppinautur (eða mögulegur keppinautur) á þeim markaði þar sem viðskiptavinir þess starfa.²⁴ Með vísan til þessarar reglu bendir Samkeppniseftirlitið á eftirfarandi varðandi ólögmæt upplýsingaskipti:

„Upplýsingaskipti geta tekið á sig ýmsar myndir. Í fyrsta lagi geta upplýsingaskiptin átt sér stað beint milli keppinauta. Í öðru lagi geta hagsmunasamtök eða atvinnugreinasamtök séð um að dreifa upplýsingum til aðildarféлага og í þriðja lagi geta upplýsingaskipti átt sér stað í gegnum aðra aðila, s.s. birgja, smásala eða önnur óháð fyrirtæki, svo sem fyrirtæki sem annast markaðsrannsóknir. Slík fyrirtæki sem safna og miðla upplýsingum geta gerst brotleg við 10. gr. samkeppnislaga þótt þau starfi ekki sjálf á þeim markaði sem upplýsingarnar varða.“²⁵

3.1.5. Samstarf þarf ekki að hafa áhrif á samkeppni

37. Í 1. mgr. 10. gr. samkeppnislaga er lagt bann við öllu samstarfi sem hefur að „markmiði“ eða „af því leiðir“ 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 sönnunareglur eftir því hvort samráð hefur að „markmiði“ að raska samkeppni eða „af því leiðir“ slík röskun.²⁶

38. Þegar samráð hefur það „að markmiði“ að raska samkeppni telst 10. gr. samkeppnislaga brotin við það eitt að tiltekin háttsemi eigi sér stað. Þarf þá ekki að taka til athugunar áhrif samráðsins á samkeppni, þ.e. hvort það hafi raskað samkeppni.²⁷ Þannig þarf ekki að sýna fram á að samráðið hafi „raunveruleg eða hugsanleg“ samkeppnishamlandi áhrif.²⁸ Sem dæmi má nefna að ef keppinautar koma saman og ákveða að hækka verð telst 10. gr. samkeppnislaga brotin við það eitt. Er brotið því ekki háð því að sýnt sé fram á að verð raunverulega hafi hækkað eða hafi haft önnur skaðleg áhrif. Hefur til skýringa verið bent á að regla þessi sé áþekk banni við ölvunarakstri. Er akstur undir áhrifum ólögmætur alveg án tillits til þess hvort ökumaður hafi valdið slysi eða tjóni.²⁹

39. Ekki er tæmandi talið í 10. gr. samkeppnislaga hvaða samstarf fyrirtækja hefur það að markmiði að raska samkeppni. Samstarf sem án efa fellur undir markmiðsbrot er það sem tilgreint er í 2. og 3. mgr. 41. gr. a samkeppnislaga:

- samráðs um verð, afslætti, álagningu eða önnur viðskiptakjör,
- samráðs um takmörkun eða stýringu á framboði, framleiðslu, mörkuðum eða sölu,
- samráðs um skiptingu á birgðalindum eða mörkuðum, t.d. eftir svæðum eða viðskiptavinum,
- samráðs um gerð tilboða,

²⁴ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 22. október 2015 í máli nr. C-194/14, AC Treuhand gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2015:717.

²⁵ Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 40/2017, Athugun Samkeppniseftirlitsins á drykkjarvörumörkuðum vegna beiðni um undanþágu fyrir söfnun og miðlun á markaðsupplýsingum.

²⁶ Sjá mgr. 63 í dómi dómstóls ESB frá 30. janúar 2020 í máli nr. C-307/18, Generics (UK), EU:C:2020:52.

²⁷ Sjá t.d. mgr. 34 í dóm dómstóls ESB frá 2. apríl 2020 í máli nr. C-228/18, Budapest Bank, EU:C:2020:265.

²⁸ Sjá til hliðsjónar til dæmis leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins (2007/EES/42/01), mgr. 11 og mgr. 77 í dómi dómstóls ESB í máli nr. C-7/95, John Deere gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:1998.

²⁹ Sjá hér mgr. 47 í álit Kokott aðallögsögumans við dómstóls ESB frá 9. febrúar 2009 í máli nr. C-8/08, T-Mobile, EU:C:2009:110.



- samráðs um að eiga ekki viðskipti við tiltekin fyrirtæki eða neytendur,
 - upplýsingagjafir um þau atriði sem fram koma í a–e-liðum 2. mgr. 41. gr. a.
 - samráðs milli fyrirtækja sem hefur það að markmiði að fyrirtæki hefji ekki samkeppni í atvinnustarfsemi.
40. Ef samráðið hefur ekki slíkt markmið verður að leggja mat á hvort það leiði af því að samkeppni sé takmörkuð.³⁰ 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.*“³¹ 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.³²
41. Við slíkt mat er að jafnaði nauðsynlegt að skilgreina viðkomandi markað ásamt því að rannsaka og meta, meðal annars, eðli vörunnar, stöðu aðila á markaði, hvort hugsanlegir keppinautar séu fyrir hendi og hversu miklar aðgangshindranirnar séu. Í áður nefndum leiðbeiningunum ESA um beitingu samkeppnisreglna gagnvart [láréttu](#) og [lóðréttu](#) samstarfi fyrirtækja er að finna ítarlega viðmið sem hægt er að hafa til hliðsjónar við greiningu á mögulegum samkeppnisáhrifum ýmissa tegunda láréttra og lóðréttra samninga.

3.2. Fer samstarf gegn 12. gr. samkeppnislaga

42. Í 12. gr. samkeppnislaga segir að samtökum fyrirtækja sé óheimilt að ákveða samkeppnishömlur eða hvetja til hindrana sem bannaðar séu samkvæmt lögnum. Í lögskýringargögnum kemur fram að í ákvæðinu „*sé hnykk á því að jafnt samtökum fyrirtækja sem fyrirtækjunum sjálfum er óheimilt að standa að eða hvetja til hindrana sem brjóta í bága við bannákvæði þessara laga [...]*“. Ljóst er samkvæmt þessu að brot á 12. gr. felur í sér sjálfstætt brot á samkeppnislögum enda þótt efnisinntak ákvæðisins komi að nokkru leyti fram í öðrum ákvæðum samkeppnislaga, s.s. 10. gr.
43. Tilgangur 12. gr. samkeppnislaga er að tryggja að fyrirtæki noti ekki samtök sín sem skálkaskjól fyrir brot á samkeppnisreglum. Með því að fella samtök fyrirtækja undir samkeppnisreglur er þannig verið að hindra að fyrirtæki komist framhá banni við t.d. verðsamráði á grundvelli þess forms eða búnings sem samráð þeirra er sett í. Þess vegna er ekki aðeins lagt bann við beinu samráði milli fyrirtækja (samningar/samstilltar aðgerðir) heldur taka samkeppnisreglur einnig til þess þegar fyrirtæki hafa samvinnu á vettvangi eða í gegnum slíkan sameiginlegan aðila.³³
44. Með ákvörðun samtaka fyrirtækja í skilningi samkeppnisréttarins er átt við hvers konar bindandi eða leiðbeinandi ákvarðanir eða tilmæli sem samtökin beina til aðildarfyrirtækja þannig að þau geti haft áhrif á viðskiptahætti félagsmanna. Engar formkröfur gilda um þessar ákvarðanir samtaka fyrirtækja.³⁴

³⁰ Sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 9/2008, *Hörður Einarsson gegn Samkeppniseftirlitinu*

³¹ Sjá leiðbeiningu Eftirlitsstofnunar EFTA um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins (2007/EES/42/01), mgr. 11.

³² Sjá dóm dómstóls ESB frá 30. janúar 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. september 2014 í máli nr. C-382/12, EU:C:2014:2201, *MasterCard* gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 161 og áfram.

³³ Sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 24/2015, *Aðgerðir til að styrkja samkeppni í ferðaþjónustu – sátt við Samtök ferðaþjónustunnar vegna 12. gr., sbr. 10. gr. samkeppnislaga.*

³⁴ Sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2008, *Brot Samtaka iðnaðarins og Samtaka verslunar og þjónustu á samkeppnislögum í tengslum við lækkun á virðisaukaskatti á matvöru.*



45. Notkun hugtaksins hvatning í 12. gr. samkeppnislaga gefur til kynna að löggjafinn hafi viljað leggja sérstaka áherslu á að ákvæðið taki til hvers konar óbindandi ráðstafana samtaka fyrirtækja sem hafa það að markmiði að raska samkeppni.³⁵ Hugtakið hvatning í 12. gr. samkeppnislaga nær þannig til allra aðgerða og ráðstafana samtaka fyrirtækja sem ætlað er að stuðla að því að aðildarfyrirtæki hegði sér með tilteknum hætti. Það leiðir af orðalagi ákvæðisins að slík hvatning getur verið í hvaða formi sem er. Orðsending til aðildarfyrirtækja þar sem fram kemur kostnaðargrunnur í viðkomandi rekstri og atriði sem tengjast verðlagningu falla t.d. hér undir.³⁶ Hvatning til aðildarfyrirtækja til að haga markaðsetningu sinni með tilteknum hætti fer einnig gegn 12. gr. samkeppnislaga.³⁷
46. Ákvæði 12. gr. samkeppnislaga tekur ekki aðeins til hefðbundinna hagsmunasamtaka fyrirtækja. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2015, *Breytingar á skipulagi og framkvæmd á greiðslukortamarkaði*, var það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Valitor og Borgun teldust vera samtök fyrirtækja í skilningi 12. gr. samkeppnislaga. Byggði þessi niðurstaða á eðli samninga sem giltu milli viðskiptabankanna þriggja og þessara félaga, formbundnum eignatengslum og hagsmunatengslum.

3.3. Minniháttarreglan og hópundanþágur

47. Þegar tekin er afstaða til þess hvort meta þurfi samstarf fyrirtækja á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga er rétt að hafa í huga að samkvæmt 13. gr. laganna er samstarf fyrirtækja ekki bannað skv. 10. gr. ef samanlögð markaðshlutdeild allra samstarfsfyrirtækja sem starfa á sama framleiðslu- eða sölustigi er undir 5%, eða 10% þegar samstarfsfyrirtæki starfa á mismunandi framleiðslu- eða sölustigum (lóðrétt samráð). Gildir þetta einnig um bannið í 12. gr. samkeppnislaga.
48. Þá getur í vissum tilvikum verið gagnlegt að huga að því hvort svokallaðar hópundanþágur geti tekið til viðkomandi samstarfs, en samkeppnisyfirvöld hafa heimild til þess að gefa út slíkar undanþágur. Hér á landi hafa verið innleiddar í innlandan rétt nokkrar hópundanþágur sem gilda á Evrópska efnahagssvæðinu. Þannig eru í gildi hópundanþágur sem taka til tiltekinna flokka lóðréttra samninga og samstilltra aðgerða, tiltekins samstarfs milli áætlunarskipafélaga, á sviði váttrygginga, vélknúinna ökutækja, rannsókna og þróunar og fleira.³⁸ Upplýsingar og reglur um gildandi [hópundanþágur](#) eru aðgengilegar á heimasíðu Samkeppniseftirlitsins.

4. Undantekning frá banni samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga

49. Þegar greining hefur farið fram á því hvort samstarf fari gegn 10. gr. eða 12. gr. samkeppnislaga og niðurstaðan er sú að svo sé, geta samstarfsfyrirtækin lagt mat á hvort af samstarfinu stafi jákvæð efnahagsáhrif og geti uppfyllt öll skilyrði 15. gr. samkeppnislaga fyrir undantekningu frá samráðsbanni laganna.
50. Markmið samkeppnislaga er að efla virka samkeppni í viðskiptum og þar með vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins, neytendum til hagsbóta. Líkt og áður hefur komið fram geta aðgerðir sem brjóta í bága við 10. eða 12. gr. samkeppnislaga jafnframt haft í för með sér samkeppnisörvandi áhrif. Hagræðing af hálfu samstarfsfyrirtækja getur t.a.m. leitt af sér lækkun framleiðslu- eða dreifingakostnaðar og aukin vörugæði eða nýsköpun. Ef

³⁵ Sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 5/2009, *Brot Félags íslenskra stórkaupmanna á 12., sbr. 10. gr. samkeppnislaga*.

³⁶ Sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 5/2004, *Ólögmætt samráð innan Lögmannafélags Íslands*.

³⁷ sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 43/2017, *Aðgerðir til þess að bæta samkeppni í fasteignasölu*.

³⁸ Samkeppnisyfirvöldum einstakra ríkja er hins vegar undir vissum kringumstæðum heimilt að afturkalla ávinning af hópundanþágu, sbr. nánar í 36. mgr. leiðbeininga ESA.



Samkeppnisörvandi áhrif samstarfsins vega upp samkeppnishamlandi áhrif þess er litið svo á að viðkomandi samstarfssamningur í heild sé samkeppnisörvandi og samræmist þannig markmiðunum samkeppnislaga.

51. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 103/2020 var þetta tekið fram um samstarf og samkeppni:

„Mikilvægt er að lögin hamli ekki auknu hagræði í atvinnulífinu og að framkvæmd þeirra sé einfölduð sem kostur er. Í þessu sambandi er þó mikilvægt að hafa í huga að þrátt fyrir að vel afmarkað samstarf á vissum sviðum geti verið samfélagslega hagkvæmt þarf að gæta varúðar við því almennt að keppinautar á markaði hafi með sér of náðið og viðamikið samstarf sem komi niður á sjálfstæði þeirra á markaði. Kann slíkt að leiða til þess að markaðshæðun keppinauta verði samræmd sem aftur dregur úr virkri samkeppni, neytendum og atvinnulífinu til tjóns.“

52. Í þessu sambandi skiptir verulegu máli að skilyrðunum í 15. gr. samkeppnislaga er í raun ætlað að styðja við samkeppnisferlið og ábata af samkeppni. Ef samstarf skapar í raun hagræðingu getur það leitt til þess að ný eða betri vara komi á markað sem kallar á samkeppnisleg viðbrögð keppinauta sem standa utan samstarfs sem á endanum kemur neytendum til góða.³⁹ Ef samstarf hefur ekki slík jákvæð heildaráhrif uppfyllir það ekki skilyrði 15. gr. samkeppnislaga.

53. Ávallt verður að meta hvert mál út frá þeim staðreyndum er að því lúta sérstaklega og taka tillit til þeirra sérstöku aðstæðna sem við eiga í hverju máli.⁴⁰ Möguleg jákvæð áhrif samstarfsins í hverju máli þurfa að vega upp neikvæð áhrif þess.

4.1. Almennt um skilyrði 15. gr.

54. Í a- og b-liðum 15. gr. samkeppnislaga kemur fram að annars vegar þurfi umrætt samstarf fyrirtækja að fela í sér ávinning sem felist í bættri framleiðslu eða dreifingu á vöru eða þjónustu eða í eflingu tæknilegra og efnahagslegra framfara. Hins vegar þurfi samstarfið að veita neytendum sanngjarna hlutdeild í þessum ávinningi.

55. Auk þessa þarf umrætt samstarf að uppfylla skilyrði c- og d-lið ákvæðisins þar sem fram kemur að samstarfið megi ekki leggja óþarfa höft á hlutaðeigandi fyrirtæki, né heldur megi samstarfið veita viðkomandi fyrirtækjum færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta þeirra vara eða þjónustu sem um er ræða.

56. Sönnunarbýrði fyrir því að skilyrði 15. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt hvílir á viðkomandi fyrirtækjum og samtökum fyrirtækja. Mun Samkeppniseftirlitið ekki telja samstarfsaðila hafa sýnt fram á að skilyrði a-d lið 15. gr. séu uppfyllt nema þeir setji fram rökstuðning og sönnunargögn sem uppfylla þær kröfur sem tilgreindar eru í mgr. 92-94 hér á eftir.

57. Allar tegundir samstarfs geta mögulega fallið undir undantekningu 15. gr. samkeppnislaga. Hins vegar er „ólíklegt að alvarlegar samkeppnishömlur geti fullnægt skilyrðum [...]“.⁴¹ Sönnunarkröfur fyrir því að samstarf sem hefur að markmiði að raska samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga uppfylli skilyrði 15. gr. laganna eru því óhjákvæmilega mjög strangar.

58. Við beitingu ákvæðisins ber, sem fyrr segir, almennt að hafa hliðsjón af framkvæmd og þróun samkeppnisréttar á evrópska efnahagssvæðinu. Eins og áður sagði hafa framkvæmdastjórn ESB og Eftirlitsstofnun EFTA gefið út sams konar leiðbeiningar og eiga þær einnig að auðvelda

³⁹ Sjá hér mgr. 33 í leiðbeiningum ESA um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

⁴⁰ Sjá hér mgr. 6 í leiðbeiningum ESA um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

⁴¹ Mgr. 46 í leiðbeiningum ESA.



fyrirtækjum að meta hvort samstarf eða samningar sem þau eiga aðild að uppfylli skilyrði undantekningar og séu í samræmi við gildandi reglur.

59. Við mat á því hvort samstarf uppfylli skilyrði 15. gr. samkeppnislaga má upp að vissu marki hafa hliðsjón af eldri ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins og eftir atvikum úrlausnum áfrýjunarnefndar samkeppnismála og dómstóla. Hafa ber hins vegar í huga að þessar eldri ákvarðanir voru teknar í öðru lagaumhverfi en því sem gildir frá og með 1. janúar 2021. Getur það haft áhrif á leiðbeiningagildi þeirra.⁴² Leiðir þetta m.a. til þess að eldri ákvarðanir samkeppnisyfirvalda í undanþágukerfi hafa takmarkað leiðbeiningargildi í sjálfsmatskerfi, að því er varðar sönnunarkröfur, sbr. mgr. 94.
60. Þá þarf að taka tillit til þess að forsendur fyrir undanþágum sem veittar voru í tíð eldri laga geta breyst, t.a.m. aðstæður á markaði, staða fyrirtækja á markaði, aðgangshindranir o.s.frv. Þá voru eldri ákvarðanir er vörðuðu undanþágur flestar með afmarkaðan gildistíma, m.a. af þessum sökum. Getur þetta eðli málsins samkvæmt haft áhrif á leiðbeiningargildi eldri undanþáguákvæðana og varpar ljósi á mikilvægi þess að fyrirtæki leggi sjálfstætt mat á viðkomandi samstarf á hverjum tíma. Þá skiptir máli að í dómaframkvæmd hefur komið fram að undanþáguákvæðanir beri að túlka með þröngum hætti.⁴³
61. Þegar mat er lagt á leiðbeiningar- og fordæmisgildi eldri undanþáguákvæðana er jafnframt mikilvægt að hafa hliðsjón af því hvort Samkeppniseftirlitið hafi sett veitingu á undanþágu tiltekin skilyrði á grundvelli þágildandi 2. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Slík skilyrði voru sett eftir rannsókn Samkeppniseftirlitsins og miðuðu að því að breyta viðkomandi samstarfi eða umgjörð þess til þess að tryggja að það félli undir 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Miklu skiptir varðandi þýðingu og áhrif þessara skilyrða í eldri undanþáguákvörðunum að brot á þeim gat leitt til þess að Samkeppniseftirlitið drægi undanþágu til baka og legði stjórnvaldssekt á brotleg fyrirtæki, sbr. 3. mgr. 15. og d-lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga. Umgjörð eða skilyrði sem samstarfsfyrirtæki setja sér í sjálfsmatskerfi hafa ekki sambærileg áhrif að lögum og bindandi stjórnvaldsfyrirmæli. Af þessu leiðir að í sjálfsmatskerfi geta samstarfsfyrirtæki ekki gefið sér að samskonar skilyrði og Samkeppniseftirlitið setti í eldra kerfi geti tryggt að samstarf uppfylli skilyrði 15. gr. samkeppnislaga eftir 1. janúar 2021. Verða samstarfsfyrirtæki í sjálfsmatskerfi að leggja á það mat miðað við aðstæður hverju sinni hvort breytingar á umgjörð samstarfsins geri það að verkum að það geti notið undantekningu frá banni 10. og 12. gr. samkeppnislaga.
62. Verður nú vikið nánar að skilyrðum 15. gr. samkeppnislaga.

4.2. Skilyrði a: Stuðlar að aukinni hagræðingu

63. Í fyrsta skilyrði 15. gr. samkeppnislaga felst að samkeppnishamlandi samstarf stuðli annaðhvort að bættri framleiðslu eða dreifingu á vöru eða þjónustu eða efli tæknilegar og efnahagslegar framfarir. Þegar skilyrði þessa a-liðar 15. gr. laganna eru metin skal ekki eingöngu litið til rekstrarlegrar hagkvæmni heldur ekki síst til þjóðhagslegrar hagkvæmni í samræmi við markmið samkeppnislaga skv. 1. gr. þeirra.

⁴² Sjá hér einnig Bellamy & Child, European Union Law of Competition, áttunda útgáfa 2018, bls. 207-208. Í umfjöllun um þýðingu undanþáguákvæðana framkvæmdastjórnar ESB, sem teknar voru áður en sjálfsmatskerfið var tekið upp, segir: „Decisions granting an individual exemption could be of limited duration, could be made subject of conditions and reporting obligations; and could be revoked and reviewed at the Commission's initiative. This legal context may affect the relevance and significance of those decisions and judgements, a matter which will need to be considered in each case.“

⁴³ Sjá hér t.d. mgr. 32 í dómi dómstóls ESB frá 28. apríl 1998 í máli nr. C-306/96, Javico International, EU:C:1998:173: „[...] by adopting an exemption decision under Article 85(3), the Commission allows an exception to the prohibition laid down by Article 85(1). Consequently, exemption decisions must be interpreted restrictively so as to ensure that their effects are not extended to situations which they are not intended to cover [...]“.



64. Í þessu felst m.a. að samstarfsaðilar þurfa að geta sýnt fram á með hlutlægum hætti hvernig samstarfið stuðli að bættri framleiðslu eða dreifingu eða hvernig það efli tæknilegar og efnahagslegar framfarir. Er hér gerð krafa um beint orsakasamband sem felur það í sér að hagræðing megi ekki vera of fjarlæg eða óviss. Þá skal hagræðing ekki metin út frá eigin sjónarmiði samstarfsaðilanna. Fyrirtæki geta t.a.m. lækkað kostnað með því að takmarka samkeppni með verðsamráði eða markaðsskiptingu. Slík lækkun kostnaðar, sem hefur engin samkeppnisörvandi áhrif á markaðinn, heldur gerir hlutaðeigandi fyrirtækjum aðeins kleift að auka hagnað sinn, teldist ekki uppfylla skilyrði 15. gr. samkeppnislaga.⁴⁴
65. Allar fullyrðingar um slíka hagræðingu eða hagkvæmniábata verða að styðjast við sannreynanleg gögn og rökstuðning til þess að unnt sé að sannreyna hvert sé *eðli* hinnar meintu hagræðingar, hvaða *tengsl* séu milli samstarfsins og hagræðingarinnar, hversu *líklegt* sé að hin meinta hagræðing náist fram í hverju tilviki og hversu *mikil* hún yrði þá, og *hvernig* og *hvenær* meintri hagræðingu yrði náð fram í hverju tilviki. Órökstuddar fullyrðingar duga ekki. Þannig verða samstarfsfyrirtæki að sýna fram á hagræðingu með nákvæmum útreikningum og útskýringum á þeim aðferðum sem notaðar hafa verið, eða notaðar verða, til að ná hagræðingunni fram.⁴⁵
66. Að jafnaði verður að vera unnt að sýna fram á bein orsakatengsl á milli samstarfsins og hinnar meintu hagræðingar. Ólíklegt er að hagræðing, sem byggð er á óbeinum áhrifum, verði tekin til greina. Dæmi um slík óbein áhrif er fullyrðing um að samkeppnishamlandi samstarf yki hagnað samstarfsfyrirtækjanna sem gerði þeim kleift að auka fjárfestingar sem kæmu neytendum til góða síðar meir.⁴⁶
67. Þær tegundir hagræðingar sem taldar eru upp í a-lið 15. gr. samkeppnislaga eru víðtækir flokkar sem eiga að ná yfir hvers konar hlutlæga efnahagslega hagræðingu, og geta flokkarnir skarast að talsverðu leyti þar sem samstarf getur haft í för með sér ýmiss konar hagræðingu. Dæmi um um þá víðtæku flokka hagræðingar sem geta fallið hér undir vegna samstarfs fyrirtækja eru eftirfarandi:
- Aukið kostnaðarhagræði: Getur t.a.m. falist í sparnaði við þróun nýrrar framleiðslutækni eða aðferða, vegna samþættingu framleiðslutækja eða aukinnar sérhæfingu. Þá geta fyrirtæki með samstarfi sín á milli náð fram sparnaði á grundvelli stærðarhagkvæmni og samlegðarhagkvæmni.⁴⁷
 - Aukið hagræði vegna aukinna gæða: Getur falist í samstarfi vegna rannsókna eða þróunar á nýrri eða endurbættri vöru eða þjónustu eða sameiningar mismunandi eigna til að skapa samvirkni, s.s. nytjaleyfissamningar eða sameiginleg framleiðsla á nýrri eða endurbættri vöru eða þjónustu.⁴⁸
68. Kröfum að þessu leyti er nánar lýst í kafla 3.2 í leiðbeiningum ESA og vísast til þeirra.

⁴⁴ Sjá nánar 49. mgr. í leiðbeiningum ESA.

⁴⁵ Sjá nánar 51. mgr. og áfram í leiðbeiningum ESA.

⁴⁶ Sjá nánar mgr. 54 í leiðbeiningum ESA.

⁴⁷ Sjá nánar mgr. 64-68 í leiðbeiningum ESA þar sem m.a. nefnd eru dæmi um hvernig fyrirtæki geta náð fram kostnaðarhagfræði með ýmis konar samstarfi sín á milli.

⁴⁸ Sjá nánar mgr. 69-72 í leiðbeiningum ESA þar sem m.a. eru nefnd dæmi um samstarf fyrirtækja sem getur leitt til hagræðingar vegna aukinna gæða.



4.3. Skilyrði b: Sanngjörn hlutdeild í ávinningi verður að skila sér til neytenda

69. Samkvæmt öðru skilyrði 15. gr. samkeppnislaga, þurfa viðkomandi fyrirtæki að sýna fram á að *sanngjörn hlutdeild* í þeim ávinningi sem hlýst af samningnum eða samstarfinu skili sér til neytenda.
70. Hugtakið *neytandi* verður í þessu samhengi að túlka víðtækt. Ekki er eingöngu átt við endanlegan neytanda heldur nær hugtakið yfir alla beina og óbeina notendur vörunnar eða þjónustunnar sem samstarfið tekur til.⁴⁹ Neytendur samkvæmt þessu geta verið meðal annars aðfangakaupendur, heildsalar, smásalar og endanlegir neytendur. Ávinningur neytenda getur meðal annars falist í bættri dreifingu, betri þjónustu eða jafnvel meiri gæðum, a.m.k. að því marki sem slíkt á sér stað án verðhækkunar.
71. Mat á því hvort samstarf muni veita neytendum *sanngjarna hlutdeild* í ávinningnum sem af því hlýst tengist óhjákvæmilega þeirri spurningu hvort nægilega virk samkeppni eða yfirvofandi samkeppni sé á viðkomandi markaði.⁵⁰ Sé virk samkeppni á umræddum markaði eða nægilega sterk ógnun af hugsanlegri samkeppni ættu viðkomandi fyrirtæki ekki að komast hjá því að láta neytendur njóta þess ávinnings sem hlýst af t.d. bættu dreifikerfi eða lægri kostnaði.
72. Leggja þarf mat á hver heildaráhrif samstarfsins eru á neytendur vöru á viðkomandi markaði en ekki á einstaklinga í þeim neytendahópi. Þá er ekki nauðsynlegt að neytendur fái hlutdeild af hverjum einum flokki hagræðingar. Fullnægjandi er að nægilega mikill ávinningur gangi til neytenda þannig að jákvæð áhrif samstarfs vegi á móti neikvæðum áhrifum þess á neytendur og bæta þau upp. Þegar þannig háttar til fá neytendur sanngjarna hlutdeild í heildarávinningnum og bera ekki skaða af samstarfinu. Jafnframt kemur það samfélaginu í heild til góða ef hagræðingin leiðir annaðhvort til þess að minna þurfi að ganga á framleiðsluþætti til að framleiða neysluvöruna eða til þess að framleiddar séu verðmeiri vörur og nýting framleiðsluþátta verði þannig hagkvæmari. Þá getur liðið nokkur tími áður en ávinningur skilar sér til neytenda. Það þýðir ekki að skilyrðið sé ekki uppfyllt en eftir því sem lengri tími líður verður hagræðingin að vera þeim mun meiri svo neytendum sé bætt upp tap á tímanum sem leið áður en ávinningurinn kom fram.⁵¹
73. Mat á áhrifum samstarfs getur verið töluvert flókið í framkvæmd, sér í lagi þegar samstarfið hefur bæði veruleg samkeppnishamlandi og veruleg samkeppnisörvandi áhrif.⁵²
74. Eðli hagræðingarinnar hefur hér einnig áhrif. Þegar aukið kostnaðarhagræði leiðir af samstarfinu hefur í framkvæmd samkeppnisyrivalda t.a.m. almennt verið gerður greinarmunur á annars vegar lækkun á föstum kostnaði (s.s. stjórnunarkostnaði) og hins vegar jaðar- eða breytilegum kostnaði í þessu sambandi. Við mat á því hvort lækkun á kostnaði skili sér til neytenda, er fyrst og fremst horft til breytinga á jaðar- eða breytilegum kostnaði enda hefur sá kostnaður bein áhrif á hvata fyrirtækja til þess að lækka eða hækka verð.⁵³ Að lokum er nauðsynlegt að vega saman annars vegar þann aukna markaðsstyrk sem stafar af samkeppnishamlandi samstarfi fyrirtækjanna og hins vegar það kostnaðarhagræði sem tekið er til greina.⁵⁴

⁴⁹ Sjá nánar í 84. mgr. leiðbeiningum ESA.

⁵⁰ Sjá nánar í 85. mgr. leiðbeiningum ESA.

⁵¹ Sjá nánar í 86.-88. mgr. leiðbeiningum ESA.

⁵² Í undirköflum 3.4.2 og 3.4.3 í leiðbeiningum ESA er farið yfir viðmið sem nota má við mat á því hvort ávinningur af hagræðingu hafi skilað sér til neytenda. Vísast til þeirrar umfjöllunar.

⁵³ Sjá mgr. 98 og áfram í leiðbeiningum ESA.

⁵⁴ Sjá mgr. 101 í leiðbeiningum ESA, sbr. eftirfarandi: “Í þessu tilliti er vísað til þess að stigsmunur er innbyggður í skilyrðið um að vinningur gangi til neytenda. Ef samningurinn leiðir til þess að verulega dragi úr því samkeppnisaðhaldi sem aðilarnir



75. Kröfum að þessu leyti er nánar lýst í kafla 3.4 í leiðbeiningum ESA og vísast til þeirra.

4.4. Skilyrði c: Samkeppnishömlur verða að vera ómissandi fyrir hagræðingu

76. Samkvæmt c-lið 15. gr. samkeppnislaga má samkeppnishamlandi samstarf ekki fela í sér samkeppnishömlur aðrar en þær sem eru *ómissandi* til að hagræðing sem stefnt er að með viðkomandi samstarfi náist fram.

77. Þetta skilyrði er því tvíþætt. Í fyrsta lagi verða að vera skynsamleg rök fyrir því að samstarfið, sem hamlar samkeppni, sé nauðsynlegt sem slíkt til að hagræðingin náist fram. Í öðru lagi verða einnig að vera skynsamleg rök fyrir því að einstakar samkeppnishömlur, sem leiða af samstarfinu, séu nauðsynlegar til að hagræðingin náist fram.⁵⁵

78. Eru það því eingöngu nauðsynlegar samkeppnishömlur sem geta stuðst við undantekningu á grundvelli ákvæðisins. Gerð er krafa um að samningsaðilarnir geti ekki náð settu markmiði með öðrum vægari úrræðum, þ.e. raunhæfum úrræðum sem fela í sér minni samkeppnishömlur. Það nægir því ekki að sýna eingöngu fram á að samkeppnishamlandi samstarf hafi í för með sér ávinning skv. a-lið ákvæðisins heldur verður einnig að sýna fram á að takmarkanirnar á samkeppni séu nauðsynlegar til þess að samstarfið geti leitt af sér þann ávinning.⁵⁶

79. Skiptir einnig máli hvort og hvenær líklegt er að samstarfsaðilarnir hefðu getað náð fram jafnmikilli hagræðingu með öðru og minna samkeppnishamlandi samstarfi, að teknu tilliti til markaðsskilyrða og viðskiptaumhverfis í hverju einstöku máli. Einnig getur reynst nauðsynlegt að rannsaka hvort aðilarnir hefðu getað náð hagræðingunni fram hver um sig, t.a.m. með innri vexti fyrirtækjanna eða verðsamkeppni.

80. Sé umrætt samstarf nauðsynlegt að mati samstarfsaðila til þess að ná settu markmiði, þurfa aðilar að rökstyðja fullyrðingar sínar bæði að því er varðar eðli einstakra samkeppnishamla og hversu langt þær gangi. Því alvarlegri sem einstaka samkeppnishömlur sem leiða af samstarfinu eru, því ólíklegra er að þær verði taldar ómissandi.⁵⁷

81. Kröfum að þessu leyti er nánar lýst í kafla 3.3 í leiðbeiningum ESA og vísast til þeirra.

4.5. Skilyrði d: Veitir fyrirtækjunum ekki færi á að koma í veg fyrir samkeppni

82. Síðasta skilyrði 15. gr. samkeppnislaga sem uppfylla þarf til þess að unnt sé að styðjast við undantekningu samkvæmt þessu ákvæði er að ákveðin lágmarkssamkeppni verði áfram á umræddum markaði. Umrætt samstarf má því ekki gefa fyrirtækjunum færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna eða þjónustunnar sem um er að ræða.⁵⁸

83. Á endanum hefur þannig verndun samkeppni og samkeppnisferlisins forgang fram yfir þá hagræðingu sem hugsanlega getur stafað af samkeppnishamlandi samningum. Skilyrði þetta felur þannig í sér viðurkenningu á því að samkeppni fyrirtækja hafi grundvallarþýðingu þegar kemur að efnahagslegri skilvirkni, þar á meðal þeirri hagræðingu sem sé fólgin í nýsköpun. Af þessu leiðir að endanlegt markmið 10. gr. samkeppnislaga er að vernda samkeppnisferlið. Þegar

búa við þarf að jafnaði að koma til gríðarlega mikil kostnaðarhagræðing til að nægilega hátt hlutfall gangi áfram til neytenda."

⁵⁵ Sjá nánar í 73. mgr. leiðbeiningum ESA og áfram.

⁵⁶ Sjá t.d. raunhæft dæmi sem sett er fram í mgr. 77 leiðbeiningum ESA.

⁵⁷ Nánar er fjallað um mat á því hvort einstaka samkeppnishömlur innan samstarfsins séu ómissandi í mgr. 80-82 í leiðbeiningum ESA.

⁵⁸ Sjá nánar í mgr. 105 í leiðbeiningum ESA og áfram.



komið er í veg fyrir samkeppni stöðvast samkeppnisferlið og hvers kyns hagur af hagræðingu til skamms tíma verður minni en tap til lengri tíma.

84. Þegar metið er hvort samkeppnishamlandi samstarf komi í veg fyrir samkeppni ræðst það af því hversu mikil samkeppni ríkir fyrir gerð samningsins sem um ræði og áhrifum hins samkeppnishamlandi samstarfs á samkeppni, þ.e. hversu mikið samningurinn dregur úr samkeppni. Þarf bæði að taka tillit til þess að hve miklu leyti samstarfið komi í veg fyrir samkeppni á milli sjálfra aðila samstarfsins og einnig til þess hvaða samkeppni megi vænta frá öðrum aðilum á viðkomandi markaði. Komi samstarfið að verulegu leyti í veg fyrir samkeppni milli samstarfsaðilanna telst skilyrðið einungis uppfyllt ef vænta má kröftugrar samkeppni frá öðrum fyrirtækjum á markaði. Í þessu samhengi verður að huga bæði að raunverulegri og hugsanlegri samkeppni, en líkt og fram hefur komið þarf að meta hvert mál út frá þeim staðreyndum er að því lúta sérstaklega og taka tillit til þeirra sérstöku aðstæðna sem við eiga í hverju máli. Þarf því að leggja mat á m.a. eðli vörunnar/þjónustunnar, markaðstöðu samstarfsaðila og keppnauta þeirra, hugsanlega keppnauta og hversu miklar aðgangshindranir eru fyrir hendi.⁵⁹
85. Í þessu samhengi er hér mikilvægt að hafa í huga að eftir því sem samþjöppun er meiri á viðkomandi markaði því erfiðara verður það fyrir starfandi fyrirtæki að uppfylla skilyrðið í d. lið. Því veikari sem samkeppni er á viðkomandi markaði þeim mun minna þarf hún að minnka umfram það til þess að komið hafi verið í veg fyrir hana í skilningi d-liðar 15. gr. Á Íslandi er hætt við fákeppni og mikilli samþjöppun á mikilvægum mörkuðum. Þurfa mögulegir samstarfsaðilar á slíkum mörkuðum að gæta einkar vel að þessu skilyrði.
86. Eftir því sem samstarfið hefur áhrif á stærri hluta framleiðsluvaranna eða þjónustunnar sem í hlut á því minni líkur eru á því að samstarfið geti uppfyllt skilyrði d-liðar ákvæðisins. Ef samstarfið verður hins vegar aðeins talið takmarka samkeppni að óverulegu leyti á milli samstarfsfyrirtækjanna getur mikil markaðshlutdeild þeirra fyrirtækja ein og sér haft minna vægi við mat á því hvort skilyrðið sé uppfyllt..
87. Kröfum að þessu leyti er nánar lýst í kafla 3.5 í leiðbeiningum ESA og vísast til þeirra.

5. Sönnun á því að skilyrði 15. gr. séu uppfyllt

88. Þegar sýnt hefur verið fram á að samstarf fari gegn 10. eða 12. gr. samkeppnislaga geta viðkomandi fyrirtæki gripið til varna með vísan til 15. gr. samkeppnislaga. Samstarf fyrirtækja getur þannig verið undanþegið banni við ólögsmætu samráði ef sannað þygi að öll skilyrði 15. gr. séu uppfyllt. Atriði sem tengjast sönnunarbyrði og sönnunarkröfum skipta hér miklu.
89. Fyrir gildistöku 4. gr. laga nr. 103/2020 bar þeim sem óskuðu eftir undanþágu skv. 15. gr. samkeppnislaga að sýna Samkeppniseftirlitinu fram á að skilyrði ákvæðisins væru uppfyllt áður en samstarf gat hafist.⁶⁰ Í sjálfsmatskerfi samkvæmt lögum nr. 103/2020 hvílir sönnunarbyrðin fyrir því að skilyrði 15. gr. séu uppfyllt áfram á viðkomandi fyrirtækjum eða samtökum fyrirtækja. Eins og fram hefur komið fól breytingin á formlegu verklagi ekki í sér efnislega breytingu á þeim skilyrðum sem þurfa að vera uppfyllt svo tiltekna aðgerðir fyrirtækja falli ekki undir bannákvæðin. Í frumvarpi sem varð að framangreindum lögum segir m.a.: „Sönnunarbyrðin um að skilyrði sem fram koma í 1. mgr. séu uppfyllt hvílir á þeim fyrirtækjum eða samtökum fyrirtækja

⁵⁹ Í mgr. 114-116 er fjallað ítarlega um mikilvægi þess að tekið sé tillit til hugsanlegrar samkeppni. Segir að mat á hugsanlegri samkeppni verði að miðast við greiningu á aðgangshindrunum og að fullyrðingar samstarfsfyrirtækja um að litlar aðgangshindranir séu á markaðnum verði að rökstyðja hvaðan sú hugsanlega samkeppni stafar og hvers vegna hún veitir samstarfsfyrirtækjunum samkeppnislegt aðhald.

⁶⁰ Sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 46/2017, *Undanþága vegna stofnunar og reksturs sameiginlegs seðlavers.*



sem hyggja á samstarf, sbr. til hliðsjónar ákvæði 2. gr. 2. kafla bókunar 4 við samning EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls.“

90. Breyting á verklagi og aukin ábyrgð fyrirtækja og samtaka fyrirtækja hefur mikla þýðingu varðandi sönnun. Í sjálfsmatskerfi leggja samstarfsaðilar mat á hvort skilyrði 15. gr. séu uppfyllt og hefja samstarf sitt ef niðurstaða þeirra er sú að svo sé. Jafnframt verða samstarfsaðilar að ganga úr skugga um að samstarfið uppfylli skilyrðin á öllu samstarfstímabilinu. Þetta samstarf kann síðar að verða tekið til rannsóknar hjá Samkeppniseftirlitinu. Komist Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að það fari gegn 10. eða 12. gr. samkeppnislaga verða viðkomandi aðilar að geta sýnt fram á að samstarfið hafi þegar frá upphafi, og allan tímann sem það hefur verið fyrir hendi, uppfyllt öll skilyrði 15. gr. samkeppnislaga.⁶¹ Verða samstarfsaðilar að gera það á grundvelli skriflegra sönnunargagna og hlutverk Samkeppniseftirlitsins er þá eingöngu að meta hvort samstarfsaðilum hafi tekist sönnun um framangreint.⁶²
91. Geti samstarfsaðilar ekki sannað að öll skilyrði 15. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt mega þeir (og eftir atvikum starfsmenn þeirra) eiga von á að viðurlagaákvæðum samkeppnislaga verði beitt. Fyrir umræddar breytingar á 15. gr. samkeppnislaga gat samstarf hins vegar ekki hafist fyrr en viðkomandi aðilar höfðu sýnt Samkeppniseftirlitinu fram á að skilyrði 15. gr. væru uppfyllt. Þar sem samstarf var ekki hafið var það undir aðilum komið að sýna fram á líkleg áhrif þess, t.a.m. tilvonandi eða áætlaðan hagkvæmnisábata. Að þessu leyti er sönnunarsaðila ólík í hinu nýja kerfi.
92. Sökum framangreinds er afar mikilvægt að aðilar sem hyggja á samstarf kynni sér vel þær kröfur sem gerðar eru til gagna sem ætlað er að sanna að skilyrði 15. gr. séu uppfyllt. Vísast til umfjöllunar hér að framan um þær kröfur sem gerðar eru til sönnunar á staflíðum 15. gr. Í leiðbeinandi reglum ESA um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins er jafnframt gerð nokkuð ítarlegri grein fyrir sönnunarkröfum varðandi það sem fram kemur í a.-d. liðum 15. gr. samkeppnislaga og vísast til þess.⁶³
93. Eins og framangreind ummæli í lögskýringargögnum bera með sér er að þessu leyti horft til EES/ESB-samkeppnisréttar. Dómstóll ESB hefur í dómaframkvæmd sinni varpað ljósi á þær sönnunarkröfur sem gerðar eru í sjálfsmatskerfi til aðila sem byggja á því að samstarf þeirra skapi hagkvæmnisábata og uppfylli skilyrði til undantekningar frá samráðsbanni samkeppnislaga. Í fyrsta lagi hefur verið staðfest að fyrirtæki sem heldur því fram að undantekning eigi við verður að sýna fram á það með sannfærandi röksemdum og með sönnunargögnum.⁶⁴ Þá hefur verið staðfest að slík sönnun geti aðeins tekist á grundvelli traustra sönnunargagna (e. *concrete evidence*).⁶⁵ Fullyrðingar um hagkvæmnisábata verða að

⁶¹ Sjá hér einnig mgr. 41 og 44 í leiðbeinandi reglum ESA um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

⁶² Sjá t.d. mgr. 122 í dómi undirréttar ESB frá 27. september 2012 í máli nr. T-357/06, KWS gegn framkvæmdastjórninni, EU:T:2012:488: „As a preliminary point, the Court notes that it is settled law that it is for undertakings seeking an exemption under Article 81(3) EC to establish, on the basis of documentary evidence, that an exemption is justified. Accordingly, the Commission cannot be criticised for failing to put forward alternative solutions or to indicate what it regarded as justifying the grant of an exemption [...]. All that is incumbent upon the Commission, by virtue of its obligation to state reasons, is to mention the matters of fact and of law and the considerations which prompted it to take a decision rejecting the application for exemption, and the applicant may not require it to discuss all the matters of fact and law raised by it in the administrative procedure [...]. It follows that it is for the applicant to establish that the Commission erred in law or as to the facts by refusing to grant it an exemption under Article 81(3) EC.“ Staðfestur með dómi dómstóls ESB 19. desember 2013 í máli nr. C-586/12, EU:C:2013.863.

⁶³ Sjá undirkafla 3.2-3.5 í leiðbeinandi reglum ESA.

⁶⁴ Sjá mgr. 32 í dómi dómstóls ESB frá 7. febrúar 2013 í máli nr. C-68/12, Slovenská sporiteľňa a.s., EU:C:2013:71: „It is the person who relies on that provision who must demonstrate, by means of convincing arguments and evidence, that the conditions for obtaining an exemption are satisfied (*GlaxoSmithKline Services and Others v Commission and Others*, paragraph 82).“

⁶⁵ Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá árinu 2007 í Mastercard málinu, mál nr. m.a. COMP/34.579, mgr. 730, sbr. og dóm dómstóls ESB í málinu (mál nr. C-382/12, EU:C:2014:2201).



byggjast á nákvæmri, tæmandi og afar sannfærandi greiningu. Forsendur og ályktanir á grundvelli slíkrar greiningar verði að byggja á raungögnum og staðreyndum.⁶⁶ Rétt er að taka fram að dómstólar ESB hafa ekki fallist á að með þessu sé verið að gera óhæfilega strangar sönnunarkröfur að þessu leyti.⁶⁷

94. Í málum sem hafa verið til umfjöllunar hjá dómstólum ESB eftir upptöku sjálfsmatskerfis hefur komið fram að ekki sé unnt að leggja til grundvallar sama sönnunarmat og sömu sönnunarkröfur og gert var þegar framkvæmdastjórnin veitti undanþágu í hinu eldra kerfi. Í eldra kerfinu var talið nægjanlegt að fullnægjandi líkur væru á því að samstarfið myndi hafa í för með sér hagkvæmnisábata og uppfylla önnur skilyrði. Þessi sönnunarstaða horfi öðruvísi við þegar framkvæmdastjórnin veiti ekki lengur undanþágu og fyrirtæki þurfi að sanna að samstarf sem þau hafi átt hlut að hafi uppfyllt skilyrði undanþágu.⁶⁸ Af þessu leiðir að eldri ákvarðanir samkeppnisyfirvalda í undanþágukerfi hafa takmarkað leiðbeiningargildi í sjálfsmatskerfi m.a. að því er varðar sönnunarkröfur, sbr. og mgr. 59-61 hér að framan.

* * *

⁶⁶ Þýðing Samkeppniseftirlitsins á því sem kemur fram í mgr. 732 í ákvörðun framkvæmdastjórnin. Á ensku hljóðar hún svo: „Any claim that a MIF [samræmd milligjöld] creates efficiencies within the meaning of article 81(3) of the Treaty must therefore be founded on a detailed, robust and compelling analysis that relies in its assumptions and deductions on empirical data and facts. MasterCard has not provided such analysis and empirical evidence, [...]“.

⁶⁷ Sjá dóm dómstóls ESB frá 11. september 2014 í máli nr. C-382/12, Mastercard gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2014:2201.

⁶⁸ Sjá um þetta mgr. 136 og 140 – 143 í álit Mengozzi aðallögsögumans frá 30. janúar 2014 í máli nr. C-382/12, Mastercard gegn framkvæmdastjórninni, EU:C:2014:42.