

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 6/2015

Byko ehf. og Norvik hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Kröfur málsaðila

Með kæru dagsettri 11. júní 2015 hefur Byko ehf. og Norvik hf. (hér eftir nefndir áfrýjendur), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2015, frá 15. maí 2015, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að Byko ehf. (hér eftir Byko) hefði brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 53. gr. EES-samningsins og var stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 650.000.000 króna lögð á móðurfélag Byko, Norvik hf. (hér eftir Norvik) vegna þessara brota. Með heimild í 16. gr. samkeppnislaga var jafnframt fyrirmælum beint til Byko í 2. liðum.

Áfrýjendur krefjast þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara gerir áfrýjandinn Norvik þá kröfu að sektir verði felldar niður eða lækkaðar verulega, og áfrýjandinn Byko þá kröfu að fyrirmæli hinnar kærðu ákvörðunar verði felld úr gildi.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að ákvörðunin verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Í máli þessu var tekið til skoðunar af hálfu Samkeppniseftirlitsins hvort Byko hafi með samskiptum sínum við Húsasmiðjuna, á tímabilinu frá nóvember 2008 til og

með mars 2011, brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins með samfelldu samráði við Húsasmiðjuna í tengslum við verð á byggingavörum.

Byko rekur byggingavöruverslanir vítt og breitt um landið og hefur kannað verð samkeppnisaðila sinna með reglubundnum hætti um langt skeið. Voru verðkannanir taldar mikilvægar í rekstri Byko vegna verðverndar félagsins en í henni felst að sjái viðskiptavinur sambærilega vöru auglýsta ódýrari annars staðar innan 20 daga frá kaupum, endurgreiðir félagið mismuninn, og 10% að auki. Talið var að það skipti Byko miklu að tryggja að félagið bjóði lægstu verðin á markaðnum, sem var markmið verðkannana félagsins.

Upphaf málsins hjá Samkeppniseftirlitinu má rekja til þess að Múrbúðin ehf. hafði samband við eftirlitið 15. október 2010 og tilkynnti um tilraunir Byko og Húsasmiðjunnar til að fá Múrbúðina til þess að taka þátt í ólögumtætu samráði auk þess að tilkynna um verðsamráð milli Byko og Húsasmiðjunnar.

Í framhaldi ákvað Samkeppniseftirlitið að kæra tiltekna starfsmenn Byko og Húsasmiðjunnar til lögreglu vegna gruns um brot gegn samkeppnislögum. Þann 8. mars 2011 gerði lögregla húsleit hjá Byko, Húsasmiðjunni og Úlfinum að fenginni heimild hjá Héraðsdómi Reykjavíkur. Við húsleitina var lagt hald á nokkurt magn gagna og voru 25 starfsmenn færðir til skýrslutöku. Þann 14. mars 2011 fór lögregla, í samvinnu við Samkeppniseftirlitið, í frekari aðgerðir hjá fyrirtækjunum.

Þann 2. maí 2014 sendi Samkeppniseftirlitið aðilum andmælaskjal í málinu þar sem eftirlitið hafði m.a. komist að þeirri frumniðurstöðu að Byko og Húsasmiðjan hefðu haft með sér ólögumtætt samféllt samráð sem hafi haft það að markmiði að raska samkeppni á markaði þar sem Byko og Húsasmiðjan hefðu saman yfirburða markaðshlutdeild. Væri um að ræða mjög alvarleg brot á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Einnig hefði ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2002 verið brotin.

Þann 31. desember 2011 var rekstur Húsasmiðjunnar seldur til Bygma Ísland Holding ehf. Í tengslum við þessa sölu var nafni Húsasmiðjunnar breytt í Holtaveg 10 ehf. og nafni Bygma Ísland Holding ehf. breytt í Húsasmiðjuna ehf.

Þann 9. júlí 2014 gekk Húsasmiðjan (nú H10) frá sátt um málið við Samkeppniseftirlitið meðal annars um greiðslu sektar. Í sáttinni var viðurkennt af hálfu Húsasmiðjunnar (nú H10) að félagið hafi brotið 10. gr. samkeppnislaga og

53. gr. EES-samningsins með samfelldu samráði við Byko um m.a. verð á byggingavörum á rannsóknartímabili þessa máls, þ.e. frá nóvember 2008 til og með mars 2011. Féllst félagið á að greiða 325 milljónir kr. í stjórnvaldssekt vegna brotanna.

Fyrirsvarsmenn hins nýja félags, Húsasmiðjunnar ehf., gengu einnig frá sátt 9. júlí 2014 við Samkeppniseftirlitið þrátt fyrir að félagið hefði ekki komið að brotum þessa máls. Í því skyni að stuðla að virkri samkeppni á þeim mörkuðum sem félagið starfar á skuldbatt það sig til þess að fylgja tilteknum skilyrðum í starfsemi sinni.

Samkeppniseftirlitið tók þann 22. maí 2015 hina kærðu ákvörðun. Ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar eru svohljóðandi:

1.

Byko ehf. braut gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 53. gr. EESsamningsins með þeirri háttsemi sem lýst hefur verið í ákvörðun þessari.

Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal móðurfélag Byko ehf., Norvik hf., greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 650.000.000 (sexhundraðogfimmtíumilljónirkróna) vegna þessara brota.

Sektin skal greiðast í ríkissjóð eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar. Sé sektin ekki greidd innan þessa tíma skal greiða dráttarvexti af fjárhæð sektarinnar, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.

2.

Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 16. gr. samkeppnislaga beinir Samkeppniseftirlitið eftirfarandi fyrir mælum til Byko ehf.:

2.1

Byko ehf. skal tryggja að allir stjórnarmenn, stjórnendur og aðrir starfsmenn Byko ehf. séu að fullu upplýstir um þær kröfur sem samkeppnisreglur gera til starfsemi fyrirtækja á samkeppnismarkaði, þ.m.t. bannreglur samkeppnislaga og fyrir mæli þessarar ákvörðunar. Þá skal eftirfarandi m.a. tryggt í þessu sambandi:

Að innleidd verði samkeppnisréttaráætlun fyrir Byko ehf.

Að samkeppnisréttaráætlun sé haldið við og starfsmenn félagsins séu upplýstir um hana.

Að samkeppnisréttaráætlun taki m.a. til þess að tryggja að viðkomandi starfsmenn og stjórnendur fari að fyrir mælum sem hvíla á Byko ehf. skv. samkeppnislögum.

Að útbúnir verði verkferlar sem tryggja stöðuga framkvæmd samkeppnisréttaráætlunar.

Að skipulögð fræðsla um samkeppnisreglur fari fram reglulega hjá félaginu fyrir helstu starfsmenn þess.

Í samkeppnisréttaráætlun skal því sérstaklega haldið til hoga að Byko ehf. skuli ekki eiga samskipti við keppinauta fyrirtækisins sem eru til þess fallin að raska samkeppni, sbr. 10. gr. samkeppnislaga. Í áætluninni skal kveða á um að stjórnendur, starfsmenn og stjórnarmenn Byko ehf. skulu ekki eiga samskipti við starfsmenn, stjórnendur eða stjórnarmenn keppinauta sem taka t.d. til verðs, birgðastöðu eða annarra upplýsinga um viðskiptastefnu eða rekstur fyrirtækisins. Skal það tryggt að framangreint taki til allra samskipta við keppinauta án tillits til hvort þau eiga sér stað með tölvupóstum, í síma, á fundum eða með öðrum hætti að undanskildum samskiptum sem eiga sér málefnaleg rök og eru augljóslega ekki til þess fallin að raska samkeppni. Dæmi um slík samskipti eru:

Fyrirspyrjanda, sem ekki kynnir sig, veittar upplýsingar um smásöluverð.

Kannað, að beiðni viðskiptavinar, hvort tiltekin vara sé fáanleg hjá keppinaut.

Skal Byko ehf. útbúa innri leiðbeiningar fyrir starfsmenn sína, þar sem t.d. er útskýrt hvernig svara skuli fyrirspurnum frá keppinautum.

2.2

Brot á framangreindum fyrirmælum varða viðurlögum skv. IX. kafla samkeppnislaga. Ákvörðun þessi gildir einnig að breyttu breytanda um fyrirtæki sem að hluta til eða öllu leyti kunna að taka við starfsemi, skyldum eða réttindum Byko ehf.

3.

Steinull hf. braut gegn 6. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 19/2002 með þeirri háttsemi sem lýst hefur verið í ákvörðun þessari.

Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Steinull hf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 20.000.000 (tuttugu milljónir króna) vegna þessara brota.

Sektin skal greiðast í ríkissjóð eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar. Sé sektin ekki greidd innan þessa tíma skal greiða dráttarvexti af fjárhæð sektarinnar, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar og gagna málsins.

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjenda barst 30. júní 2015. Athugasemdir áfrýjenda við greinargerðinni bárust áfrýjunarnefndinni 10. júlí 2015 og svör Samkeppniseftirlitsins við þeim 14. júlí. Múrbúðinni, var gefin kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu sem umsagnaraðili en félagið nýtti sér það ekki.

Málið var flutt munnlega fyrir áfrýjunarnefndinni 24. ágúst 2015.

Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna umfangs málsins.

Þess er að geta að hin kærða ákvörðun beindist einnig að fyrirtækinu Steinull hf. og broti er tengdist skilyrðum sem sett voru við kaupum áfrýjandans Byko, Húsasmiðjunnar og Kaupfélags Skagfirðinga svf. á hlutum í fyrirtækinu sem þá hét Steinullarverksmiðjan hf. Steinull kærði úrskurðinn sérstaklega fyrir sitt leyti og óskaði eftir því að það málið yrði rekið sjálfstætt. Samkeppniseftirlitið skilaði sérstakri greinargerð í því máli og verður því fallist á að fjalla um ákvörðun Samkeppniseftirlitsins þar að lútandi í sérstöku máli sem ráðið verður til lykta með sérstökum úrskurði.

IV

Röksemdir málsaðila

1. Málsástæður og lagarök áfrýjenda

Skilgreining markaðar

Áfrýjendur byggja á því að vörumarkaður málsins sé ranglega skilgreindur í hinni kærðu ákvörðun, þar sem sú skilgreining er lögð til grundvallar að Byko starfi á markaði fyrir „alhliða byggingavöruverslanir“ ásamt 2-3 öðrum aðilum á ætluðu brotatímabili. Byggja áfrýjendur á því að það sé sannanlega staðganga milli þeirra vara sem seldar eru í alhliða byggingavöruverslunum annars vegar og ýmsum öðrum minni séerverslunum, s.s. málningarvöruverslunum, gólfefnabúðum og verslunum með lagnir og hreinlætistæki hins vegar. Þjóða reyndar margar slíkar séerverslanir upp á vöruframboð langt umfram sérsvið þeirra.

Áfrýjendur mótmæla þeirri forsendu sem lögð er til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun að svonefndar alhliða byggingavöruverslanir búi yfir slíkri sérstöðu að líta beri á þessar verslanir sem sérstakan markað. Engin rök eru fyrir því að ekki beri að líta á þessa aðila sem samkeppnisaðila sem starfi á sama markaði, enda bjóða þessar verslanir að mörgu leyti upp á sömu eða sambærilegar vörur sem geta komið í stað annarrar. Verður ekki séð að hin kærða ákvörðun byggi á hefðbundnum sjónarmiðum samkeppnisréttar um skilgreiningu markaðar. Þannig verður ekki séð að nein rannsókn hafi farið fram á eftirspurnarstaðgöngu, sem almennt er viðurkennd aðferð við skilgreiningu markaða, hér á landi sem erlendis.

Áfrýjendur byggja á því að markaðsskilgreining sú sem lögð er til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun sé alls ófullnægjandi, uppfylli ekki kröfur rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga, og geti því ekki staðið undir svo íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun sem hér um ræðir. Þegar af þeirri ástæðu beri að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi. Í öllu falli geti félagið Úlfurinn ekki talist hafa starfað á sama markaði og Byko og því beri að fella þann hluta hinnar kærðu ákvörðunar úr gildi, sbr. nánar hér á eftir.

Málsmeðferð o.fl.

Áfrýjendur byggja á því að fella beri hina kærðu ákvörðun úr gildi þar sem við rannsókn málsins hafi verið brotið með alvarlegum hætti gegn rétti þeirra til réttlátrar málsmeðferðar, sem þeim er tryggður með ákvæðum stjórnarskrárinnar og Mannréttindasáttmála Evrópu.

Byggja áfrýjendur á því að brotin hafi einkum verið tvenns konar:.

Annars vegar byggja áfrýjendur á því að kæra Samkeppniseftirlitsins til lögreglu, sem markaði upphaf rannsóknar málsins og var grundvöllur heimilda til þeirra símhlerana sem framkvæmdar voruhafi verið ólögmat.

Með vísan til dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 92/2007 byggja áfrýjendur á því að þeim verði ekki gerð refsing í málinu þar sem fyrir liggur að þeir hafi ekki notið þeirra réttinda við rannsókn málsins sem kveðið er á um 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Beri því að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi.

Hins vegar byggja áfrýjendur á því að brotið hafi verið gegn réttindum þeirra við framkvæmd þeirrar húsleitar sem Samkeppniseftirlitið framkvæmdi í málinu ásamt lögreglu, og eftirfarandi rannsókn haldlagðra gagna.

Áfrýjendur benda ennfremur á að ótvírætt er að haldlagning og skoðun Samkeppniseftirlitsins á samskiptum áfrýjanda við utanaðkomandi lögmenn sína brjóti gegn 6. og 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Telja áfrýjendur að lagt hafi verið hald á mikinn fjölda gagna sem ólögmat er að haldleggja, þar á meðal samskipti félagsins við utanaðkomandi lögmenn, og ekkert gert í kjölfarið til að tryggja að áfrýjendur geti gengið úr skugga um að slík gögn hafi ekki verið skoðuð. Því sé útilokað að ganga úr skugga um að áfrýjendur hafi notið réttar síns til jafnræðis við málsmeðferð og réttlátrar málsmeðferðar í málinu í skilningi 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994.

Um meint brot á 10. gr. samkeppnislaga

Áfrýjendur hafna því að Byko hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga á ætluðu brotatímabili.

Bent er á að hin kærða ákvörðun sé í andstöðu við dóm héraðsdóms frá 9. apríl 2015 í sakamáli sem höfðað var gegn tólf starfsmönnum Húsasmiðjunnar, Úlfsins og Byko. Hafi fjölskipaður héraðsdómur komist að þeirri einróma niðurstöðu að sýkna ellefu af þeim tólf starfsmönnum sem voru ákærðir í málinu. Einn starfsmaður Byko hafi verið sakfelldur í málinu fyrir hvatningu til samráðs og hlotið eins mánaðar skilorðsbundinn fangelsisdóm. Dómurinn tengist náíð hinni kærðu ákvörðun enda sé þar ráðið efnislega til lykta sakarefnum sem varði meginhluta þeirrar ætluðu brotlegu háttsemi sem lýst er í hinni kærðu ákvörðun.

Áfrýjendur byggja á því í kæru sinni að ógilda beri hina kærðu ákvörðun af þeirri ástæðu einni að hún gangi í berhögg við dóm fjölskipaðs Héraðsdóms Reykjaness um sama sakarefni og ákvörðunin tekur til. Engu breyti þó dóminum hafi verið áfrýjað til Hæstaréttar. Niðurstaða dómstóla um sakarefnið liggi fyrir. Stjórnvaldsákvörðun sem gengur í berhögg við niðurstöðu dómstóla um sama sakarefni er ógildanleg og verður ekki séð hvernig áfrýjunarnefnd geti annað en ógilt ákvörðunina. Önnur niðurstaða væri í efnislegu ósamræmi við dóm héraðsdóms um sama sakarefni. Við munnlegan málflutning var byggt á því að taka þyrfti tillit til niðurstöðu dómsins sem sönnunargagns, jafnvel þótt ekki væri fallist á að efnislegt mat á háttsemi hinna ákærðu væri bindandi fyrir áfrýjunarnefndina í stjórnslumálinu.

Áfrýjendur telja að í sátt H10 við Samkeppniseftirlitið felist engin sönnun á þeirri háttsemi sem Byko er gefin að sök, og þaðan af síður fullægjandi sönnun um heimfærslu þeirrar háttsemi undir ákvæði 10. gr. samkeppnislaga.

Vísa áfrýjendur m.a. til þess að viðskiptalegar forsendur hafi búið að baki þeirri ákvörðun að félagið H10 undirritaði sátt í málinu, en ekki mat á lögmæti viðkomandi háttsemi. Komi þetta m.a. skýrt fram í vitnaleiðslum í tilvitnuðum héraðsdómi í sakamálinu.

Áfrýjendur benda á að á stjórnvöldum hvíli rannsóknarskylda samkvæmt 10. gr. stjórnslulaga og að strangar kröfur séu gerðar til rannsóknar samkeppnisyfirvalda þegar um íþyngjandi refsikennd viðurlög er að ræða, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 111/2014, Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið gegn Vífilfelli hf., og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2014.

Áfrýjendur byggja á því að Samkeppniseftirlitið hafi í hinni kærðu ákvörðun stytt sér leið með ólögmætum hætti með því að grípa til sönnunarreglna í stað þess að rannsaka málið með fullnægjandi hætti.

Þá bendir áfrýjandi á að þegar félag sé ásakað um svo alvarleg brot sem ólögmætt samráð er, verði að gera ríkar kröfur til sönnunar. Áréttu áfrýjendur af því tilefni að íþyngjandi ákvarðanir samkeppnisyfirvalda þar sem refsikenndum viðurlögum er beitt teljast refsing í skilningi Mannréttindasáttmála Evrópu. Séu því ekki nein tilefni til þess að beita öðrum eða vægari sönnunarkröfum en fjölskipaður héraðsdómur lagði til grundvallar í sakamálinu vegna sama sakarefnis.

Áfrýjendur gera athugasemdir við þá afstöðu Samkeppniseftirlitsins til túlkunar á 10. gr. samkeppnislaga, réttarframkvæmdar og fræðiskrifa, sem lýst er í hinni kærðu ákvörðun.

Benda áfrýjendur á að staðreynd málsins sé einfaldlega sú, þvert á það sem rakið er í hinni kærðu ákvörðun, að þau verð sem veitt voru og fengin með umþrættum verðkönnunarsímtölum, hafi sannanlega verið opinber.

Í fyrsta lagi benda áfrýjendur á að bæði Byko og Húsasmiðjunni sé skylt lögum samkvæmt að verðmerkja þær vörur sem verðkannanir tóku til, sbr. ákvæði 17. gr. laga nr. 57/2005 og reglna nr. 536/2011 um verðmerkingar og einingaverð við sölu á vörum. Voru hinar svonefndu grófvörur í timbursölum félaganna almennt merktar með þeim hætti að verðlistar lágu opinberlega frammi og voru öllum aðgengilegir, en vegna eðlis varanna var í fæstum tilvikum unnt að verðmerkja þær sjálfar. Þau verð sem hafi verið gefin upp í umræddum símtölum hafi því sannanlega verið opinberlega aðgengileg, enda beinlínis lagaskylda á félögunum að haga málum með þeim hætti. Verði ekki annað leitt af nefndum lögum og reglum en að Byko hafi verið skylt að veita hverjum þeim sem hringdi upplýsingar um verðin og Húsasmiðjunni hafi með sama hætti verið skylt að veita Byko upplýsingar um sín verð.

Í öðru lagi benda áfrýjendur á það að lög nr. 57/2005 geri ráð fyrir svonefndum samanburðarauglýsingum. Í slíkum auglýsingum felist almennt samanburður á verði fyrirtækis og keppinauta. Eðli máls samkvæmt séu slíkar auglýsingar háðar því að fyrirtæki hafi áður kannað verð samkeppnisaðilans. Af gögnum málsins verði ráðið að bæði félögin hafi sinnt þessari lagaskyldu sinni í hvívetna. Grundvallarstaðreynd málsins sé sú að þau verð sem Byko bæði óskaði eftir frá Húsasmiðjunni og veitti félaginu í téðum verðkönnunarsímtölum hafi verið birt opinberlega, bæði á heimasíðu félagsins auk þess sem verðlistar lágu frammi í öllum verslunum félagsins. Því hafi þau verð sem bæði Byko og Húsasmiðjan veittu upplýsingar um í nefndum verðkönnunarsímtölum verið opinber verð „í skilningi samkeppnisréttar“, og ekki hafi verið kostnaðarmeira fyrir viðskiptavinum að sækja þau en félögin sjálf.

Þá benda áfrýjendur á að þegar kemur að hinum svonefndu grófvörum sé langstærstur hluti viðskiptavina Byko verktakar, og almenna reglan sé sú að þeir

hringja til að biðja um verð, í stað þess að kanna þau með öðrum hætti. Séu því verðkönnunarsímtöl hin vanalega aðferð til að spyrjast fyrir um verð á markaðnum.

Þá hafna áfrýjendur því að verðkönnunarsímtölin hafi gert það auðveldara fyrir félögin að kanna verð hvors annars. Áfrýjendur telja í fyrsta lagi vandséð hvernig símtölin, eins og framkvæmd þeirra hafi verið háttáð, hafi auðvelað Byko að fylgjast með verðum samkeppnisaðilans umfram t.d. að hringja með nafn- og númeraleynd, en Samkeppniseftirlitið virðist ekki gera athugasemdir við þá framkvæmd. Í öðru lagi telja áfrýjendur að þetta sé einfaldlega ekki sá mælikvarði sem gildandi réttarheimildir kveði á um að leggja skuli til grundvallar. Fyrir liggir að um opinberar upplýsingar hafi verið að ræða. Þegar af þeirri ástæðu geta skipti á upplýsingum ekki falið í sér brot gegn 10. gr. samkeppnislaga samkvæmt leiðbeiningum framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins, nema upplýsingaskiptin geri það að verkum að það sé kostnaðarminna fyrir keppinauta að fá upplýsingarnar en viðskiptavinum.

Áfrýjandi bendir á að viðskiptavinir hefðu getað aflað, og hafi aflað í þúsundum tilvika, verðupplýsinga frá Byko, og væntanlega Húsasmiðjunni, með sambærilegum hætti, þ.e. verðkönnunarsímtölum, enda sé það hin hefðbundna leið viðskiptavina á markaðnum sem áfrýjendur starfa á. Það hafi því enga þýðingu í málinu þó mögulega hafi verið auðveldara að afla upplýsinganna með símtölum en heimsóknnum í verslanir, af þeirri einföldu ástæðu að báðir kostir stóðu einnig öllum viðskiptavinum til boða, án nokkurs aukins kostnaðar.

Þá bendir áfrýjandi á að í hinni kærðu ákvörðun sé ekki nefnt eitt fordæmi fyrir því að upplýsingaskipti milli keppinauta á gildandi opinberum smásöluverðum séu talin fela í sér ólöglegt samráð.

Áfrýjendur mótmæla eindregið að umþrætt verðkönnunarsímtöl hafi falið í sér einskonar skilaboð eða tilboð um verðhækkun eins og gefið sé í skyn í hinni kærðu ákvörðun.

Þá hafna áfrýjendur því með öllu að markmið og tilgangur verðkannanna aðila hafi verið að hækka verð og hafna því að það megi leiða af gögnum málsins. Þvert á móti sýni gögn málsins ekki annað en framkvæmd verðkannanna á verðum, sem bæði hafi verið opinber og lagaskylda kvað á um að skyldu vera opinber, og

viðbrögð við þeim, ýmist til lækkunar eða hækkunar. Þá sé staðhæfing Samkeppniseftirlitsins einnig í algjörri andstöðu við skýra niðurstöðu fjölskipaðs héraðsdóms.

Áfrýjendur hafna því alfarið að hafa brotið gegn samkeppnislögum í þeim lið hinnar kærðu ákvörðunar sem auðkenndur sé „atvik fram til ársins 2009“.

Varðandi ætlað samráð á árinu 2009 til febrúar 2010 vísa áfrýjendur til þeirra röksemda sem fram koma í kæru og benda á að upplýsingar sem félagið bæði veitti og fékk hafi eingöngu verið gildandi opinber verðlistaverð. Þá liggi ekkert fyrir í málinu að á þessu tímabili hafi verðkönnunarsímtöl verið gagnkvæm, eða að aðilar símtala hafi kynnt sig.

Áfrýjendur telja að grundvallaratriði málsins sé að æskileg óvissa á þeim markaði sem um ræði geti aldrei tekið til gildandi opinberra verðlistaverða, sem skylt sé samkvæmt lögum að séu opinber. Æskilegt sé að á markaðnum ríki óvissa um framtíðarákvarðanir keppinautarins. Byko geti ekki borið ábyrgð á því þó Húsasmiðjan hafi vonast til þess að Byko fylgdi félaginu í verðhækkunum. Grundvallaratriði málsins sé að þeim einhliða væntingum hafi ekki verið komið á framfæri við Byko, heldur hafi Byko eingöngu fengið, líkt og aðrir, upplýsingar um gildandi opinber verðlistaverð félagsins. Þar með hafi æskilegri óvissu á markaðnum ekki verið eytt.

Um ætlað samráð um breytingar á verðstefnu – „Project Red“ bendir áfrýjandi á að í þessum hluta hinnar kærðu ákvörðunar sé lagt til grundvallar að Byko og Húsasmiðjan hafi viðhaft samráð í tengslum við fyrirhugaðar breytingar á verðstefnu Húsasmiðjunnar. Þessu hafna áfrýjendur alfarið.

Um ætlað samráð í nóvember 2010 vísa áfrýjendur einkum til þessa að sönnunargildi símtala sem ekkert liggi fyrir hvers efnis voru, og einhliða vonir og væntingar Húsasmiðjunnar um að Byko myndi bregðast við verðhækkunum félagsins geti ekki skipt máli. Hafna áfrýjendur því alfarið að Byko hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga í nóvember 2010 frekar en í önnur þau skipti sem tilgreind eru í hinni kærðu ákvörðun.

Þá hafna áfrýjendur alfarið að átt hafi sér stað samráð milli Byko og Húsasmiðjunnar í nóvember og desember 2010 „í tengslum við sölu og verðlagningu á ofnum“. Í hinni kærðu ákvörðun séu innanhússamskipti innan

Byko rakin þar sem fjallað sé um verðlagningu Húsasmiðjunnar á ofnum. Verðlagningin hafi verið opinber og því ekkert óeðlilegt að fjallað hafi verið um hana innan Byko. Benda áfrýjendur á að það geti ekki falið í sér samráð í skilningi 10. gr. samkeppnislaga þó starfsmaður félagsins hafi séð ástæðu til að vekja athygli sem víðast á þeirri staðreynd að aðili á markaðnum væri að selja ofna án fullnægjandi vottunar.

Um ætlað samráð í desember 2010 vísa áfrýjendur til þess sem fram kemur í kæru um lögmæti umþrættra verðkönnunarsímtala, sönnunargildi símtala, sem ekkert liggur fyrir hvers efnis voru, og einhliða vonir og væntingar Húsasmiðjunnar um að Byko myndi bregðast við verðhækkunum félagsins. Þá hafna áfrýjendur því alfarið að ummæli í þá veru að verðkönnunarskjalið eigi ekki að fara „á vergang“ sé til vitnis um vonda trú þeirra um lögmæti verðkannanna, eða að í því felist einhver mótsögn í málatilbúnaði þeirra. Þá benda áfrýjendur á að þann 29. desember 2010 hafi verið tekin ákvörðun af Byko um umfangsmiklar verðlækkanir í alls 44 vöruflokkum. Hafi þessi ákvörðun verið tekin í kjölfar verðkannana sem gerðar hafi verið þann 16. og 29. desember 2010. Samræmist það ekki þeirri mynd sem dregin sé upp í hinni kærðu ákvörðun um ætlaðan ólögmætan tilgang verðkönnunarsímtala þessa mánaðar.

Um ætlað samráð í janúar 2011 vísa áfrýjendur til þess sem áður greinir um lögmæti umþrættra verðkönnunarsímtala, ekkert sönnunargildi símtala sem ekkert liggi fyrir hvers efnis voru, og einhliða vonir og væntingar Húsasmiðjunnar um að Byko myndi bregðast við verðhækkunum félagsins.

Um ætlað samráð í febrúar og mars 2011 benda áfrýjendur m.a. á eftirfarandi atriði:

Að áfrýjendur hafni því að starfsmenn Byko hafi í heimsóknnum í verslanir samkeppnisaðila á þessu tímabili verið að reyna að verða sér út um mikilvægar viðskiptatengdar upplýsingar um keppinauta sína og benda á að upplýsingar um lagerstöðu almennt geti ekki talist mikilvægar viðskiptatengdar upplýsingar þegar um grófvöru sé að ræða.

Að áfrýjendur hafni þeirri ályktun Samkeppniseftirlitsins að tilgangur verðkönnunarsímtalanna þann 10. febrúar 2011 hafi verið til að halda verðum uppi.

Að áfrýjendur hafni þeirri ályktun Samkeppniseftirlitsins að Byko hafi í febrúar 2011 með einhverjum hætti fallist á „tillögu“ Húsasmiðjunnar um verðhækkun.

Um símtal Byko og Úlfsins 17. febrúar 2011 vísa áfrýjendur til þeirra sjónarmiða sem fram koma í kæru um lögmæti verðkönnunarsímtalanna og að samskipti Byko við fyrirtækið Úlfinn geti ekki falið í sér brot gegn 10. gr. samkeppnislaga.

Um símtal forstjóra og framkvæmdastjóra Húsasmiðjunnar 25. febrúar 2011 vísa áfrýjendur til þeirra sjónarmiða sem fram koma í kæru. Áfrýjendur hafna því að umrætt símtal forstjóra Byko og framkvæmdastjóra Húsasmiðjunnar gefi til kynna að félögin hafi viðhaft ólögmætt samráð í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga. Þá hafna áfrýjendur því alfarið að samskiptin tengist með einhverjum hætti símtali sem átti sér stað þann 28. febrúar 2011.

Um „samráðssímtal“ Byko og Húsasmiðjunnar 28. febrúar 2011 vísa áfrýjendur m.a. til þess að gögn málsins gefi skýrt til kynna að um algjörlega einangrað tilvik hafi verið að ræða og umrætt símtal ekki í nokkru samræmi við önnur gögn málsins, sem sýni fram á harða verðsamkeppni allt rannsóknartímabilið. Þá leggja áfrýjendur áherslu á að framkvæmdastjórinn hafi með þessu símtali farið þvert á fyrirmæli og stefnu fyrirtækisins. Jafnframt að símtalið hafi alfarið verið að eigin frumkvæði framkvæmdastjórans og sjálfstæð ákvörðun hans.

Áfrýjendur hafna því alfarið að Byko hafi gripið til einhverra aðgerða eftir „samráðssímtalið“ til að hrinda ætluðu samráði í framkvæmd. Þó áfrýjendur geti ekki svarað fyrir Húsasmiðjuna, hafna áfrýjendur því að þau gögn sem rakin séu í hinni kærðu ákvörðun sýni fram á að félagið hafi hrint ætluðu samráði í framkvæmd.

Varakrafa áfrýjandans Norvikur

Áfrýjandinn Norvik gerir þá kröfu til vara að fella beri sektarákvörðun hinnar kærðu ákvörðunar úr gildi, eða í öllu falli lækka hana verulega.

Varakrafan er á því reist að óheimilt hafi verið að beina sektarákvörðun að Norvik, en að félaginu sé hvorki gefið að sök að hafa brotið gegn samkeppnislögum í hinni kærðu ákvörðun, né að hafa átt nokkurn þátt í ætluðum brotum. Norvik bendir m.a. á að heimildir Samkeppniseftirlitsins til álagningar sekta fara eftir íslenskum lögum, en sektarheimild vegna brota á ákvörðum samkeppnislaga nr. 44/2005 sé

að finna í 37. gr. laganna. Stjórnvaldssektir á grundvelli samkeppnislaga séu verulega íþyngjandi refsikennd viðurlög og verði álagning þeirra að styðjast við skýra lagaheimild. Íslensk lög heimila ekki álagningu sekta á önnur fyrirtæki en þau sem viðhafa brotlega háttsemi. Þegar af þeirri ástæðu geti ekki komið til álita að leggja sekt á Norvik í málinu.

Norvik byggir einnig á því, fallist áfrýjunarnefnd ekki á að óheimilt sé að beina sektarákvörðuninni að félaginu, að lækka beri sektarákvörðun hinnar kærðu ákvörðunar verulega. Sektarákvörðun hinnar kærðu ákvörðunar sé úr öllu hófi, sé litið til þeirra þátta sem þýðingu eiga að hafa við ákvörðun viðurlaga. Telur félagið að sé þeim málefnalegu sjónarmiðum sem líta beri til við ákvörðun viðurlaga beitt með málefnalegum hætti, geti álögð sektarfjárhæð í mesta lagi numið broti af viðurlagaákvörðun hinnar kærðu ákvörðunar.

Norvik bendir á að við ákvörðun sektarfjárhæðar sé Samkeppniseftirlitinu skylt að líta til þeirra sjónarmiða sem talin séu upp í 2. mgr. 37. gr. Setji ákvæðið þak á sektir fyrirtækja við 10% af heildarveltu þeirra. Hafi löggjafinn þannig tiltekið hlutfall af veltu sem málefnalegt viðmið við mat á fjárhæð sekta. Norvik bendir á að þau sjónarmið sem hafi mesta þýðingu við ákvörðun viðurlaga sé eðli og umfang brota, tímalengt brota og hvort um ítrekun sé að ræða. Bendir Norvik á að álögð sektarfjárhæð 1,8% af veltu síðasta almanaksárs hjá Norvik og 6% af veltu Byko fyrir sama tímabil. Eftir því sem næst verður komist sé um að ræða hæstu sekt sem lögð hafi verið á vegna brota gegn ákvæðum samkeppnislaga sem hlutfall af veltu hins brotlega aðila hér á landi.

Norvik byggir á því að verði talið að Byko hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga, hafi ætlað brot verið eins takmarkað að eðli og umfangi og mögulegt sé. Þá byggir Norvik á því að lengd ætlaðs brotatímabils sé eins stutt og fræðilega sé mögulegt.

Norvik bendir einnig á að ítrekunaráhrif sé þriðji meginþátturinn sem ráða megi af lögskýringagögnum að líta beri til við ákvörðun viðurlaga. Hafi Samkeppniseftirlitið lagt á það ríka áherslu í framkvæmd stofnunarinnar að ítrekunaráhrif vegi þungt við ákvörðun viðurlaga. Norvik bendir á að hvorki Norvik, Byko, né önnur félög í eigu Norvik, hafa nokkru sinni gerst brotleg gegn ákvæðum samkeppnislaga. Hafa félögin þvert á móti kappkostað að starfsemi þeirra sé að fullu í samræmi við samkeppnislög. Verði talið að Byko hafi gerst

brotlegt gegn 10. gr. samkeppnislaga með títtnefndu símtali eins tiltekins starfsmanns félagsins, sé um eina brot þess gegn samkeppnislögum að ræða í sögu félagsins. Verði að telja álagða sektarfjárhæð langt úr hófi sé litið til þess, og þeirrar þýðingar sem ítrekunaráhrif virðast hafa haft á sektarfjárhæðir annarra mála.

Þá hafnar Norvik því alfarið að ætluðu broti hafi verið hrint í framkvæmd og að stjórnendur félagsins hafi haft ásetning til brota gegn samkeppnislögum. Einnig byggir Norvik á því að taka verði tillit til þess við álagningu sektar, komi til hennar, að rúm 4½ ár liðu frá upphafi rannsóknar þar til hin kærða ákvörðun hafi verið tekin. Byggir Norvik á því að sá verulegi dráttur á meðferð málsins sé í andstöðu við málshraðareglu 9. gr. stjórnarsýslulaga.

Einnig byggir Norvik á því að sé litið til álagðrar sektar á Húsasmiðjuna vegna sömu atvika, sé ljóst að viðurlagaákvörðun hinnar kærðu ákvörðunar sé úr öllu hófi. Vísar Norvik í þessu sambandi til jafnræðisreglu 11. gr. stjórnarsýslulaga.

Um varakröfu áfrýjandans Byko

Áfrýjandinn Byko gerir þá varakröfu að fella beri þau fyrirmæli sem beint sé að félaginu í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar úr gildi. Byggir félagið á því að fyrirmælin séu óskýr og uppfylli ekki þær kröfur sem gerðar séu til fyrirmæla sem beint sé að félögum með íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun.

Áfrýjendur vísa að öðru leyti til allra fyrri sjónarmiða sem rakin séu í gögnum málsins.

2. Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Þýðing niðurstöðu héraðsdóms

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að fella beri hina kærðu ákvörðun úr gildi vegna niðurstöðu dóms Héraðsdóms Reykjaness í máli nr. S-218/2014. Bendir Samkeppniseftirlitið á að samkeppnisfyrivöld séu óbundin af niðurstöðu héraðsdóms um að ákærvaldið hafi ekki axlað sönnunarbyrðina um það hvort ákærðu hafi gerst sekir um einstök samráðstilvik, sbr. 1. mgr. 186. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála. Þá hafi dóminum verið áfrýjað til Hæstaréttar Íslands, sbr. hæstaréttarmálið nr. 360/2015. Dómurinn hafi því þegar af þeirri ástæðu engin réttaráhrif. Einnig bendir eftirlitið á að úrlausnarefni hinnar kærðu

ákvörðunar og héraðsdóms sé ekki hið sama og að ólíkar reglur gilda um meðferð stjórnisýslu- og sakamála, t.d. um sönnun og sönnunarmat.

Málsmeðferð

Samkeppniseftirlitið hafnar því að brotið hafi verið gegn rétti áfrýjenda til réttlátrar málsmeðferðar og einkum tilhögun rannsóknar lögreglu geti ekki haft áhrif á efnisniðurstöðu í stjórnisýslumálinu sem lokið var með ákvörðun eftirlitsins. Samkeppniseftirlitið tekur fram að rannsóknaraðgerðir lögreglu hafi verið í samræmi við úrskurði dómstóla á grundvelli laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála og að framsending þeirra gagna sem aflað var til Samkeppniseftirlitsins eigi sér skýra lagheimild í 42. gr. samkeppnislaga.

Skilgreining markaðar

Þá hafnar Samkeppniseftirlitið því að um ranga markaðsskilgreiningu sé að ræða í málinu. Vísar eftirlitið til hinnar kærðu ákvörðunar og bendir á að þar komi fram sú rökstudda afstaða að leggja eigi til grundvallar sömu markaðsskilgreiningu og gert hafi verið í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2002, þ.e. markaður fyrir sölu á allhiða byggingarvöru. Þá sé í hinni kærðu ákvörðun einnig höfð hliðsjón af undirmarkaði á markaði málsins, þ.e. grófvörumarkaði.

Þýðing sáttar við gömlu Húsasmiðjuna (H10)

Samkeppniseftirlitið bendir á að sátt eftirlitsins við gömlu Húsasmiðjuna (H10) og viðurkenning félagsins á brotum málsins sé í samræmi við samtímagögn og sé þeim til stuðnings. Vísar Samkeppniseftirlitið til þess að í andmælaskjali í málinu sé að finna ítarlega lýsingu á gögnum málsins og mat Samkeppniseftirlitsins á þeim sé rökstutt þar. Sáttin endurspeglar þau brot sem lýst sé í andmælaskjalinu. Ekki sé því stöð fyrir þeirri staðhæfingu áfrýjenda að engin sjálfstæð rannsókn eftirlitsins hafi farið fram á því hvort umrædd brot sem H10 gekkst undir að hafa framið með Byko eigi við rök að styðjast.

Um efnisatriði – brot gegn 10. gr. samkeppnislaga

Samkeppniseftirlitið bendir á að það hafi komist að þeirri rökstuddu niðurstöðu að Byko hafi gerst sekt um samfellt samráð við Húsasmiðjuna sem hafi haft að markmiði að raska samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga. Tilgangur

verðsamskiptanna hafi verið að hækka verð eða vinna gegn verðlækkunum. Þegar af þessum ástæðum geti staðhæfingar áfrýjenda, m.a. um að samskiptin hafi tekið til opinberra upplýsinga, engu breytt um ólögmæti samráðsins.

Samkeppniseftirlitið bendir á að ekki sé um það deilt að verðkannanir séu algengar og að bæði neytendur og fyrirtæki geti haft gagn af gagnsæi á markaði um verð og önnur viðskiptamálefni. Því fari hins vegar fjarri að þetta þýði að ekki geti verið skaðlegt ef keppinautar skapa eða auka gagnsæi með samskiptum sín á milli. Bendir Samkeppniseftirlitið m.a. á að Byko og Húsasmiðjan selji mörg þúsund vörunúmer og verðumhverfi grófvöru sé að auki flókið. Með reglubundnum verðsamskiptum, sem hafi tekið til 105 tegunda af grófvöru (sem einnig voru mikilvægustu söluvörurnar) hafi félögin einfaldað þetta umhverfi og haft með sér samráð sem miðaði að því að hækka verð á þessari vöru eða vinna gegn verðhækkunum. Þá telur Samkeppniseftirlitið að háttsemi Byko og Húsasmiðjunnar eigi ekkert skylt við hefðbundnar verðkannanir fyrirtækja.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í samræmi við skuldbindingar EES-samningsins hafi hin kærða ákvörðun verið tilkynnt ESA. Hafi ESA lagt mat á það hvort EES-samkeppnisreglum væri beitt með réttum hætti. Hafi stofnunin engar athugasemdir gert við hina kærðu ákvörðun.

Um samráð á árinu 2009 til febrúar 2010 vísar Samkeppniseftirlitið til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun og gögnum málsins og telur sannað að á umræddu tímabili hafi átt sér stað ólögmaett samráð sem hafi haft það að markmiði að raska samkeppni. Þegar af þeirri ástæðu geti sjónarmið áfrýjenda um virka samkeppni á markaði, verðlækkanir o.fl. engu breytt um ólögmæti þessara samskipta þessara höfuðkeppinauta á markaði.

Um samráð í febrúar til júlí 2010 vísar Samkeppniseftirlitið til þess sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun svo og til umfjöllunar eftirlitsins fyrir áfrýjunarnefndinni.

Um samráð í ágúst, september og október 2010 vísar Samkeppniseftirlitið einnig fyrst og fremst til þess sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun svo og umfjöllun eftirlitsins fyrir áfrýjunarnefndinni.

Um samráð um breytingu á verðstefnu - „Project Red“ vísar Samkeppniseftirlitið til þess sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun svo og umfjöllun eftirlitsins fyrir

áfrýjunarnefndinni. Sömmuleiðis vísar Samkeppniseftirlitið til þess sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun um samráð í nóvember og desember 2010 svo og um samráð við sölu og verðlagningu á ofnum

Um samráð í janúar, febrúar og mars 2011, vísar Samkeppniseftirlitið til þess sem fram kemur í hinni kærðu ákvörðun svo og umfjöllun eftirlitsins fyrir áfrýjunarnefndinni.

Um viðurlög á hendur Norvik

Varðandi heimild Samkeppniseftirlitsins til að leggja sekt á áfrýjandann Norvik bendir eftirlitið á að í hinni kærðu ákvörðun séu viðurkennd sjónarmið lögð til grundvallar við túlkun á hugtakinu fyrirtæki og sektarheimild 37. gr. samkeppnislaga. Í því felist að heimilt geti verið að leggja sekt á móðurfélag vegna brota sem framin hafi verið í nafni dótturfélags.

Um viðurlög

Samkeppniseftirlitið mótmælir kröfu áfrýjanda um að stjórnvaldssektin verði felld niður eða lækkuð verulega.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á það með áfrýjendum að brotið hafi verið gegn rétti þeirra til réttlátrar málsmeðferðar. Þá telur Samkeppniseftirlitið að fjárhæð sektarinnar sé hófleg að teknu tilliti til eðlis brotsins, umfangs og tímalengdar. Þá áréttar Samkeppniseftirlitið, vegna málflutnings áfrýjenda, að ekki hafi verið lagt til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun að um ítrekunaráhrif væri að ræða.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að broti hafi ekki verið hrint í framkvæmd og að ásetningur hafi ekki verið fyrir hendi. Um ætlaðan óeðlilegan drátt á meðferð málsins vísar Samkeppniseftirlitið til þess að í hinni kærðu ákvörðun sé gerð grein fyrir málsmeðferð og rannsókn Samkeppniseftirlitsins. Skipti þar mestu máli að um sé að ræða umfangsmikið mál og að málshraði þess hafi í alla staði verið eðlilegur miðað við aðstæður.

Þá hafnar Samkeppniseftirlitið því að hafa brotið gegn jafnræðisreglu stjórnsýslulaga með sektarákvörðuninni gagnvart Norvik.

Einnig hafnar Samkeppniseftirlitið því að sú stjórnvaldssekt sem lögð hafi verið á félagið vegna brota áfrýjanda Byko sé úr öllu hófi að teknu tilliti til fjárhæðar þeirrar stjórnvaldssektar sem Húsasmiðjan/H10 hafi fallist á að greiða vegna sömu

atvika. Bendir Samkeppniseftirlitið á að H10 hafi gert sátt við samkeppnisyfirvöld þar sem viðurkennt var að Húsasmiðjan hefði brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og sé það alþekkt að í slíkum tilvikum verði sektir lægri en ella. Einnig hafi markaðshlutdeild Byko verið ívið hærri en markaðshlutdeild Húsasmiðjunnar eða 50-70% eftir því hvaða viðmið séu lögð til grundvallar. Af þessum sökum hafi það verið málefnalegt að stjórnvaldssekt Byko yrði mun hærri en sú sekt sem H10 hafi fallist á að greiða.

Þá hafnar Samkeppniseftirlitið því að fyrirmæli hinnar kærðu ákvörðunar séu óskýr. Af umfjöllun í gögnum málsins megi ljóst vera hvaða tilgang fyrirmæli hinnar kærðu ákvörðunar eiga að hafa.

Samkeppniseftirlitið vísar að öðru leyti til hinnar kærðu ákvörðunar og gagna málsins.

V

Niðurstaða

1

Almennt um háttsemi áfrýjanda

1.1

Samkvæmt 10. gr. samkeppnislaga eru samningar og samstilltar aðgerðir fyrirtækja bannaðar „sem hafa að markmiði eða af þeim leiðir að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað ...“

Í dæmaskyni tiltekur greinin svo meðal annars aðgerðir af þessum toga sem hafi áhrif á „verð, afslætti, álagningu eða önnur viðskiptakjör með beinum eða óbeinum hætti“.

Það leiðir af eðli máls, orðalagi ákvæðisins, forsögu þess og framkvæmd að margs konar háttsemi getur raskað samkeppni í skilningi ákvæðisins. Ólöglegt samráð er alvarlegt brot og á fákeppnismörkuðum eru samráð keppinauta um verðmyndun einna alvarlegast brota með tilliti til þeirra hagsmuna sem samkeppnislögin eiga að vernda.

Það er sömuleiðis einkenni þessara brota að þau eru dulin og háttsemi getur einnig þróast í að verða saknæm þótt í upphafi hafi samskipti ekki haft það að markmiði að raska samkeppni.

Þegar samkeppnisyfirvöld úrskurða að aðili hafi gerst sekur um ólöglegt samráð og beita hann refsikenndum viðurlögum má þó ekki vera neinn vafi á því að slíkt brot hafi átt sér stað. Ályktanir verða að vera studdar gögnum og lagaleg túlkun hafin yfir vafa. Ekki má fara á milli mála hvaða atvik eða hegðun það eru sem byggt er á að teljist vera brot gegn lagaákvæðinu.

1.2

Nánar verður vikið að einstökum brotatilvikum hér á eftir en í meginatriðum snýst málið um að Húsasmiðjan og annar áfrýjenda, Byko, hafi reglubundið skipst á upplýsingum um verð á tilteknum söluvörum, svokölluðum grófvörum, einkum timbri í stöðluðum lengdum og þykkt. Þessi upplýsingaskipti eru talin hafa dregið úr óvissu um hegðun keppinauta sem er einn meginþátturinn í að verðsamkeppni geti átt sér stað. Það form sem haft var á upplýsingaskiptunum hafi því raskað samkeppni.

Hér háttar þannig til að fyrirtækin gáfu ekki beinlínis upplýsingar um væntanlegar verðákvarðanir sínar, heldur einskorðuðust samskiptin að mestu leyti við gildandi verð.

Þá hefur því heldur ekki verið hnekkt að verð þeirra vörutegunda sem málið tekur til hafi getað verið aðgengilegt fyrir viðskiptamenn eða aðra þá sem hefðu haft tíma og áhuga á því að skoða heimasíður fyrirtækjanna, hringja í þjónustuver og mæta á sölustað til að fá verð gefin upp.

1.3

Þegar metið er hvort samskipti („verðkannanir“) um gildandi verð samkeppnisaðilans hafi falið í sér samráðsbrot verður jafnframt að hafa í huga þá staðreynd að tíðar verðkannanir samkeppnisaðila eru þáttur í virkri samkeppni. Allir samkeppnisaðilar, og óháðir aðilar, fylgjast reglubundið með verðum. Ekkert bannar þetta og því þarf eitthvað sérstakt að koma til svo fyrirkomulagið á slíkum aðgerðum teljist ólöglegt.

Þá er einnig til þess að líta að fyrirtækjum er að lögum skylt að merkja vörur sínar með verði „eða sýna það á svo áberandi hátt á sölustaðnum að auðvelt sé fyrir neytendur að sjá það“ sbr. 17. gr. laga nr. 57/2005, sbr. og nánari útlistun á verðmerkingum í reglum nr. 57/2005 þar að lútandi.

Þá liggja fyrir í málinu leiðbeinandi reglur um verðkannanir til opinberrar birtingar sem Samkeppnisstofnun gaf út hinn 4. desember 2000. Þar segir í 5. gr. að starfsmaður skuli „kynna sig fyrir fulltrúa verslunar/þjónustu áður en verðskráningin fer fram“. Rétt er þó að geta þess að umræddar reglur virðast settar í þeim tilgangi að setja fyrirmæli um opinberar verðkannanir þar sem verð verslana eru borin saman til opinberrar birtingar og dregur það úr þýðingu þeirra í þessu máli.

1.4

Áfrýjunarnefndin leggur til grundvallar að verðkannanir áfrýjandans Byko, og samskipti við Húsasmiðjuna í tengslum við þær, hafi almennt farið fram með þeim hætti á rannsóknartímabilinu að nafngreindur starfsmaður áfrýjandans hafi hringt vikulega í starfsmenn í þjónustuveri Húsasmiðjunnar til að fá upplýsingar um gildandi verð á tilteknum vörunúmerum. Á lista sem hann studdist við voru rösklega 100 vörunúmer tilgreind. Þá greindi listinn nöfn og símanúmer þeirra starfsmanna Húsasmiðjunnar sem gátu gefið honum upplýsingarnar.

Auk krónutölu var tilgreint þegar við átti hvort viðkomandi vara væri á tilboðsverði eða sérmerkt, en með því var svigrúm til afslátta takmarkaðra en frá því sem almennt gildi um gildandi listaverð eða alls ekkert.

Svo virðist sem fyrirkomulagið hafi með tímanum orðið fastara í forminu. Starfsmaður Byko mun framan af ekki hafa kynnt sig með nafni, en viðurkennt er að síðar tók hann það upp að kynna sig sem starfsmann Byko. Ætla má að starfsmenn Húsasmiðjunnar hafi getað áttað sig á hvaðan hringt var án þess að starfsmaðurinn kynnti sig, einkum þegar horft er til efnis og reglubundins fyrirkomulags á símtölunum. Hefur því kynningin sem slík ekki úrslitaáhrif.

Einnig leggur áfrýjunarnefndin til grundvallar að á rannsóknartímabilinu hafi samskiptin þróast úr því að vera einhliða, þ.e. starfsmaður Byko spurðist fyrir um það verð sem gildi hjá samkeppnisaðilanum, í það að þau urðu tvíhliða. Með því er

átt við að starfsmaður Húsasmiðjunnar fékk þá við sama tækifæri upplýsingar um verðið sem Byko var með á sömu eða sambærilegum vörum.

1.5

Gögn málsins og málflytningur aðila miðast við að Byko hafi á rannsóknartímabilinu markað sér þá stöðu að vera ávallt með lægri verð í boði en Húsasmiðjan. Byko var með svokallaða verðvernd á sínum vörum en með því er átt við að félagið ábyrgðist almennum viðskiptavinum sínum að þeir fengju lægstu verðin, og ef þeir gætu sýnt fram á lægra verð annars staðar, þá myndi Byko bæta upp mismuninn. Meðal annars af þessum sökum rökstyðja áfrýjendur að þeim hafi verið nauðsynlegt að fylgjast reglubundið og oft með verðbreytingum keppinauta.

Þá virðist mega leggja til grundvallar að Húsasmiðjan hafi aðlagð sig að þessu fyrirkomulagi. Ýmis innri samskipti stjórnenda félagsins bera það með sér að félagið hafi ekki reynt að bjóða lægri verð en Byko og verðstefnan því miðast við að vera nægjanlega nálægt Byko í verðum til þess að markaðshlutdeild tapaðist ekki.

Ýmis samskipti benda til þess að á stundum, t.d. snemma í júní 2010, hafi verðákvarðanir, þ.e. hækkanir, verið ákveðnar innan Húsasmiðjunnar í þeirri von að Byko myndi „elta“. Liggja fyrir gögn um að Húsasmiðjan gaf verðlista sína út miðað við að vera í öllum greinum lítillega yfir því verði sem gilti á sama tíma hjá Byko.

1.6

Einnig liggja fyrir gögn frá því í desember 2009 sem sýna að þeir starfsmenn Húsasmiðjunnar sem höfðu með verðákvarðanir að gera vissu af því hvenær á Byko gerði almennt sínar kannanir og hafði það áhrif á verðlagningu Húsasmiðjunnar. Þá kemur fram í hleruðu símtali á milli starfsmanna Húsasmiðjunnar frá 16. febrúar 2011 að þeir hafi áformað að biðja verðkönnunarmann Byko að fresta sinni verðkönnun vegna þess að Húsasmiðjan væri ekki búin „að hækka verðin ...“.

Eftir að Byko hækkaði einnig sín verð í febrúar 2011 (eftir hækkun Húsasmiðjunnar) urðu nokkur fagnaðarlæti hjá Húsasmiðjunni eins og fram

kemur í hleruðu símtali sem átti sér stað á milli starfsmanna hennar hinn 23. febrúar 2011.

1.7

Eins og bent er á í forsendum úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 3/2004 (Ker, Olíuverzlun Íslands hf., Skeljungur hf. og Bensínorkan ehf. gegn Samkeppnisráði) eru nákvæm upplýsingaskipti á milli keppinauta til þess fallin að takmarka samkeppni og á það sérstaklega við á fákeppnismarkaði, eins og þeim sem hér um ræðir.

Það virðist líka hafa orðið raunin á rannsóknartímabilinu að samskipti um verð fóru að færast í fastara og tíðara form. Að því er Húsasmiðjuna varðar er líka óumdeilanlegt að félagið fór að laga sig að verðum sem Byko ákvað, eins og rakið er hér að framan, og tímasetningum verðkannana. Þetta var Byko kunnugt.

Ásamt með hinni svokölluðu verðvernd áfrýjandans Byko dró því úr þeim ófyrirsjáanleika sem eykur samkeppni.

Þegar virk samkeppni er til staðar gera samkeppnisaðilar atlögu að markaðshlutdeild hvors annars. Það getur eðli máls samkvæmt falist í því að bjóða lægra verð og því myndast aðhald á markaði í þá átt að ef álagning hækkar myndast tækifæri annarra til að sækja fram. Við slíkar aðstæður geta aðilar með verulega markaðshlutdeild ekki látið við það sitja að bjóða hæsta verð sem mögulegt er á hverjum tíma, heldur þurfa þeir einnig að gæta þess verðið sé nægilega lágt til að keppinautur geti ekki stungið sér langt undir það og unnið markaðshlutdeild sem máli skiptir.

Þegar það ástand myndast hins vegar á fákeppnismarkaði að friður virðist ríkja um að tiltekinn aðili bjóði lægsta verð og samkeppnisaðilinn sættir sig við það er þessum forsendum raskað. Hinar reglubundnu og gagnkvæmu verðkannanir voru að mati áfrýjunarnefndarinnar þáttur í því að koma á og viðhalda þessu ástandi á þeim markaði sem hér um ræðir. Sjálfstæði aðila til verðákvarðana minnkaði einnig vegna fyrrgreindra aðgerða.

Þetta form á verðkönnunum og öðrum samskiptum var því tvímælalaust andstætt samkeppnislegum sjónarmiðum. Einnig má sjá af gögnum málsins að æðstu stjórnendur félaganna virðast hafa litið þannig á þegar þeim varð ljóst í hvaða átt mál höfðu þróast. Fyrirkomulagið var ekki bara til þess fallið að bjóða hættunni heim heldur leiddi af því röskun á samkeppni og þá frekar í þá átt að verð hækkaði.

2

Um ógildingarástæður sem lúta að formi o.fl.

Í málinu halda áfrýjendur því fram að Samkeppniseftirlitið hafi ranglega skilgreint þá markaði sem meint brot áttu sér stað á, brotið hafi verið gegn rétti þeirra til réttlátrar málsmeðferðar og að í hinni kærðu ákvörðun hafi ekki verið tekið tillit til niðurstöðu héraðsdóms Reykjaness frá 9. apríl 2015, þar sem sú háttsemi sem um ræðir var til meðferðar í sakamáli á hendur starfsmönnum áfrýjandans Byko og Húsasmiðjunnar.

2.1

Áfrýjendur halda því fram að vörumarkaður málsins sé ranglega skilgreindur og að þörf hafi verið á því að greina markaðinn eftir viðskiptamannahópum. Er einkum vísað til dóms Hæstaréttar í máli nr. 111/2014 (Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið gegn Vífilfelli) til stuðnings þessari málsástæðu og þess að samkeppni sé á milli byggingarvöruverslana og ýmissa tegunda séerverslana.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar getur alls ekki orkað tvímælis um hvaða markað ræðir í þessu máli og er skilgreining hans í kafla 1.2 í hinni kærðu ákvörðun fullnægjandi. Eins og fram kemur í dómi Hæstaréttar í máli nr. 188/2010 (Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu) tekur markaðsskilgreining mið af því máli sem er hverju sinni til umfjöllunar og ekki er sjálfgefið að þótt sama vara sé til sölu í mismunandi tegundum verslana að þær verslanir tilheyri allar sama markaði. Viðtekið er í samkeppnisrétti að sá markaður sem verður fyrst og fremst fyrir áhrifum eða er líklegur að verða fyrir áhrifum af tiltekinni aðgerð eða aðgerðum fyrirtækis má skilgreina sem sérstakan markað og er þá horft af sjónarhóli neytenda.

Enginn vafi er á því að alhliða byggingarvöruverslanir mynda sérstakan markað í þessum skilningi og hefur það enga þýðingu í þessu máli þótt aðrar verslanir bjóði hluta af því vöruúrvali sem þar er. Meint samráðsbrot lýtur að kjarnastarfsemi

alhliða byggingarvöruverslana en á þeim markaði voru áfrýjandinn Byko og Húsasmiðjan nánast einráðandi

2.2

Áfrýjendur telja sig hafa sætt óréttlátri málsmeðferð af tveimur meginorsökum. Í fyrsta lagi vegna þess að kæra Samkeppniseftirlitsins til lögreglu hafi verið ólögmæt og þeirra gagna sem aflað var á grunni hennar hafi því verið aflað með ólögmætum hætti. Á þetta verður ekki fallist. Engin lagaregla stendur til þess að ógilda meðferð stjórnarsýslumálsins, sem hér er til umfjöllunar, þótt rannsóknaraðgerðir á grundvelli laga um meðferð opinberra mála hafi mögulega talist ólögmætar, en úr því hefur ekki verið skorið.

Í öðru lagi er á því byggt að brotið hafi verið gegn réttindum áfrýjenda þegar húsleit var gerð, forsvarsmenn og starfsmenn áfrýjenda hafi meðal annars ekki verið viðstaddir skoðun rafrænna gagna, samskipti við lögmenn hafi ekki verið undanþegin o.fl. Hér gildir að mati áfrýjunarnefndarinnar það sama og áður segir og ekki verður annað séð en að áfrýjendur hafi komið að öllum sjónarmiðum sínum vegna þeirrar háttsemi sem honum er gefin að sök og fengið aðgang að þeim gögnum sem máli skiptir. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins verður ekki ógilt með vísan til þessara sjónarmiða.

2.3

Í dómi Héraðsdóms Reykjaness hinn 9. apríl 2005 voru 11 af 12 starfsmönnum áfrýjandans Byko og Húsasmiðjunnar sýknaðir af ákæruatriðum sem varða að stærstum hluta þá háttsemi sem ræðir um í þessu máli. Einn starfsmaður áfrýjanda hlaut refsingu vegna hvatningar til samráðs og hlaut hann eins mánaðar skilorðsbundinn fangelsisdóm.

Ákærvaldið áfrýjaði dómi héraðsdóms, að því er varðar alla nema einn hinna ákærðu sem sýknaður var. Þegar þessi úrskurður er kveðinn upp er dómur Hæstaréttar ekki fallinn.

Í málflutningi fyrir áfrýjunarnefndinni byggði áfrýjandi á að niðurstöður héraðsdóms um atvik málsins hefðu að minnsta kosti sönnunargildi en ekki var þó haldið fast við þá málstæðu sem greinir í kæru, að niðurstaða dómsins hefði bindandi áhrif í stjórnarsýslumálinu.

Áfrýjunarnefndin telur að almennt gildi ekki sömu sönnunarreglur í refsímáli og í stjórnarsýslumáli. Þá er ljóst að aðilar refsímálsins voru ekki hinir sömu og í stjórnarsýslumálinu, hvorki varnar- né sóknarmegin. Í refsímálinu fór fram sönnunarfærsla sem skiptir máli fyrir niðurstöðu þess máls. Áfrýjunarnefndin hefur meðal annars ekki aðgang að munnlegum skýrslum vitna og ákærðu í því máli, en endurrit þeirra voru ekki aðgengileg þegar þessi úrskurður var kveðinn upp.

Einnig getur mismunandi reifun máls og málsástæður haft þýðingu fyrir úrlausn mála. Það er því ekki sjálfgefið að niðurstaða verði sú sama í stjórnarsýslumáli sem varðar sekt vegna ólögmeats samráðs fyrirtækja og í refsímáli einstaklinga sem komið hafa að afmörkuðum þáttum þess. Þessu til viðbótar skal svo bent á að fyrrgreindum dómi hefur verið áfrýjað til Hæstaréttar og niðurstaða hans er því ekki formlega bindandi. Það er þó óhjákvæmilegt að áfrýjunarnefndin líti til fordæma dómstóla ef í þeim felst mat á eðli háttsemi, þ.e. mat sem er nægjanlega sambærilegt með tilliti til sönnunaraðstöðu, lagaákvæða sem á reynir o.fl.

Í þessu máli telur áfrýjunarnefndin því að dómur héraðsdóms hafi takmörkuð áhrif fyrir mat nefndarinnar á hinu meinta ólögmeata samráði. Kemur þá helst til að hinir ákærðu í refsímálinu voru að mestu óbreyttir starfsmenn sem komu að ýmsum þáttum samskipta Húsasmiðunnar og áfrýjandans Byko og á ýmsum stigum. Þótt aðgerðir þeirra eða vitneskja hafi mögulega verið refsilaus er ekki þar með sagt að fyrirtækin geti ekki borið ábyrgð á þeirri háttsemi sem þróaðist og viðhélst um árabil innan fyrirtækjanna.

Verður því lagt til grundvallar að nefndin sé ekki bundin af niðurstöðum héraðsdóms að því er varðar mat á háttsemi áfrýjanda og öðrum atriðum sem því eru tengd.

3

Um huglæga afstöðu forsvarsmanna og starfsmanna áfrýjandans o.fl.

3.1

Samkeppniseftirlitið hefur byggt á því í málflutningi sínum að það geti skipt máli hvernig stjórnarformaður áfrýjandans Byko brást við þegar hún fékk vitneskju um tilhögun samskiptanna við Húsasmiðjuna, einnig hvernig starfsmenn ræddu um

málið í síma eftir að hleranir hófust, og einnig að sátt Húsasmiðjunnar við Samkeppniseftirlitið geti skipt máli um matið.

Áfrýjunarnefndin telur að það hafi ekki sjálfstæða þýðingu hvaða orð starfsmenn eða stjórnendur hafi haft um málið eftir að það kom upp. Samkeppniseftirlitið verður að sanna á hlutlægan hátt hvaða háttsemi átti sér stað og hvernig hún verður rétt heimfærð undir lagaákvæði. Einstök ummæli geta skipt máli í því heildarmati en þau verða aldrei sjálfstæður grunnur að því að breyta háttsemi sem ekki varðaði við lög í það að verða brot gegn lögum.

3.2

Að því er varðar þýðingu sáttar Húsasmiðjunnar (nú H10) við Samkeppniseftirlitið er það jafnframt mat áfrýjunarnefndarinnar að þótt hún veiti vísbendingu um viðhorf forsvarsmanna fyrirtækisins sem sáttina gerðu geti það ekki takmarkað varnir áfrýjenda í þessu máli. Hið lagalega mat sem tengist háttseminni er ekki bindandi og hefur einungis takmarkað sönnunargildi í þessu máli. Þá er til þess að líta að áfrýjendur hafa bent á að sáttin hafi haft sérstakan aðdraganda vegna þess að um þær mundir var verið að selja rekstur Húsasmiðjunnar. Hafi því verið mikilvægt að eyða þeirri óvissu sem fylgdi málsmeðferð samkeppnismálsins.

3.3

Í málflutningi Samkeppniseftirlitsins og í hinni kærðu ákvörðun var meðal annars vísað til tölvupóstsamskipta innan áfrýjandans Byko þar sem samanburðarverðlistar voru framsendir með þeim orðum að þeir mættu „ekki fara á prenti frá okkur“, sbr. tölvupóst dags. hinn 25. júní 2010, svo og annan póst til forsvarsmanns fyrirtækisins Hamars hinn 8. desember 2010 þar sem framsendar voru sambærilegar upplýsingar með orðunum um að móttakandinn ætti að „hafa þetta fyrir sig“ og að Byko vildi ekki „að þetta færi á vergang“. Samkeppniseftirlitið byggði á því að þessi ummæli sýndu að Byko hefði verið ljóst að samantekt upplýsinganna væri brot gegn 10. gr. samkeppnislaga.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar er hér gengið of langt í ályktunum. Þegar samhengi tölvupóstanna er skoðað og ummælin lesin í samhengi við annað sem í þeim er verður ekki unnt að veita þeim það vægi sem gert er í hinni kærðu ákvörðun. Fyrirnefndi pósturinn er sendur innan Byko í því skyni að „nota á viðskiptavini“ – og þá augljóslega til að sýna fram á að Byko hafi á þeim tíma boðið lægra verð. Sá

seinni er til að sýna aðila, sem var líklegur viðskiptamaður, fram á að þau verð sem Byko bauð voru lægri heldur en hjá Húsasmiðjunni.

Í þessu felst ekki vísbending um huglæga afstöðu til brots og ummæli um að þessar upplýsingar færu ekki á „vergang“ eru skiljanleg í ljósi þess að upplýsingarnar voru mikilvægar í eigin starfsemi Byko. Að mati áfrýjunarnefndarinnar fólst ekki í þessum orðum viðurkenning eða vísbending um að áfrýjandinn Byko vissi að um væri að ræða saknæma háttsemi. Verður því ekki talið að þessi gögn skipti máli við úrlausnina.

4

Um einstaka þætti í meintu samráði

4.1

Í VI. kafla hinnar kærðu ákvörðunar er fjallað um svokölluð samráðstilvik. Þótt rætt sé um ýmis atvik og samskipti milli áfrýjandans Byko og Húsasmiðjunnar, sem áttu sér stað frá árinu 2000 til 2008 má leggja til grundvallar að hið eiginlega brotatímabil sem til rannsóknar var, sé frá nóvember 2008 og fram í mars 2011.

Áfrýjunarnefndin lítur svo á að þótt gögn sem vísað er til hafi ekki beinlínis orðið til á meintu brotatímabili geti þau haft þýðingu við heildarmat á háttsemi sem talin er fela í sér samráðsbrot.

4.2

Sem fyrr segir má segja að flest atvikin sem Samkeppniseftirlitið leggur til grundvallar tengist þeirri háttsemi að áfrýjandinn Byko og Húsasmiðjan skiptust reglubundið á verðupplýsingum og eftir atvikum upplýsingum sem gátu haft áhrif á markaðsverð. Ekki er umdeilt að slík samskipti áttu sér stað á brotatímabilinu og verður lagt til grundvallar að báðir aðilar hafi haft fulla vitneskju um hver var mótaðili í þeim upplýsingaskiptum.

Ekki er hald í þeim vörnum áfrýjanda að starfsmenn hafi ekki kynnt sig í verðkönnunarsímtölum og auk þess liggur fyrir að þeir gerðu það a.m.k. á hluta brotatímabilsins. Þá gat starfsmönnum og stjórnendum ekki dulist að með því að hringja reglubundið og spyrja um sömu vörunúmer mánuðum saman var ekki öðrum til að dreifa en samkeppnisaðilanum, og var báðum þetta ljóst.

4.3

Að mati Samkeppniseftirlitsins felst skaðsemi umræddra samskipta í því að tilgangur þeirra hafi verið að halda uppi háu verði, skilaboð hafi falist í þeim um að hækka verð og að verðupplýsingar Húsasmiðjunnar hafi í raun ávallt verið með þeim fyrirvara að þær yrðu dregnar til baka ef áfrýjandinn Byko hækkaði ekki sínar vörur í sambærilegum tilvikum.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar teljast upplýsingaskipti af þessu tagi, og sú hegðun sem hún er fallin til að stuðla að í þessu tilviki, brot í skilningi 10. gr. samkeppnislaga eins og að framan er rakið. Þegar litið er á atvik málsins í heild sinni, markaðsstyrk áfrýjanda og Húsasmiðjunnar og að hlutlæg gögn bera með sér að fyrirkomulagið á upplýsingaskiptunum var til þess fallið að auðvelda að halda verði uppi, að brotið hafi verið gegn 10. gr. samkeppnislaga.

Í VI. kafla hinnar áfrýjuðu ákvörðunar er rakin þau tilvik sem nefnd eru samráðstilvikin. Eru þau einkum tilgreind eftir mánuðum á brotatímabili máls þessa en þó ekki að öllu leyti. Tilgangurinn með þessari framsetningu er að sýna fram á, með því að rekja einstök tilvik, hvernig upplýsingaskiptin fóru fram og hvernig þau raunverulega röskuðu samkeppni. Einnig er þar oftlega fjallað um huglæga afstöðu ýmissa fyrirsvarsmanna áfrýjandans Byko og Húsasmiðjunnar til upplýsingaskiptanna og færð fram rök fyrir því að í raun hafi hún verið kerfisbundin gagngert í þeim tilgangi að koma í veg fyrir samkeppni.

Eins og fyrr segir í þessum kafla hefur áfrýjunarnefndin komist að þeirri niðurstöðu að „upplýsingaskiptin“ hafi verið til þess fallin að raska samkeppni í bága við 10. gr. samkeppnislaga.

Umfjöllunin hér á eftir um einstök samráðstilvik hefur því fyrst og fremst þann tilgang að meta alvarleika brotanna. Í því efni telur áfrýjunarnefndin að í nokkrum atriðum hafi Samkeppniseftirlitið bent á atvik sem benda til umfangsmikils samráðs, en í öðrum tilvikum dregið of víðtækar ályktanir af gögnum málsins og ekki teljist allt sannað um eðli brotanna sem byggt er á í hinni kærðu ákvörðun. Hér verður nú vikið að einstökum tilvikum, eftir því sem sérstakt tilefni er til, en almennt er um efnislega niðurstöðu vísað til þess sem hér greinir að framan í köflum 4.1 – 4.3.

4.4

Að því er varðar tölvupóst forstjóra áfrýjandans Byko frá 26. nóvember 2008 um væntanlega hagræðingu hjá Húsasmiðjunni er ljóst að ekki verður fullyrt að umræddar upplýsingar um uppsögn starfsmanna og ráðstafanir í rekstri hafi komið frá starfsmanni Húsasmiðjunnar.

Efni upplýsinganna er heldur ekki þannig að gert hafi verið líklegt að starfsmenn Húsasmiðjunnar hafi komið þeim til forstjórans. Færslan er beinlínis orðuð þannig að forstjórann gruni að á stórum starfsmannafundi sem halda átti þann sama dag yrðu tiltekin málefni á döfinni, „eflaust“ yrði bakkað útúr opnunartíma og helgarnar „hljóti líka að stytast“.

Allt eru þetta almennar vangaveltur um samkeppnisaðila og fyrirætlanir hans sem eru ekki af þeirri nákvæmni né settar þannig fram að veiti sérstaka vísbendingu um uppruna. Reyndust enda bollaleggingar forstjórans í veigamiklum atriðum rangar.

Eru því ekki efni til að snúa við sönnunarbyrði um uppruna upplýsinganna þótt áfrýjandi hafi ekki upplýst nánar um það hvaðan honum bárust þær. Telur því áfrýjunarnefndin að umrædd gögn bæti engu við alvarleika eða umfang þess samráðs sem fjallað er um í málinu.

4.5

Í dagbók forstjóra áfrýjandans Byko fannst einnig færsla frá 19. febrúar 2010. Titill færslunnar er „19/2 Samtal“ en viðmælanda er þó ekki getið. Í færslunni er m.a. minnst á framlegð, verð á timbri, afskriftafjórðir og fleira. Dregur Samkeppniseftirlitið þá ályktun að einhver stjórnandi Húsasmiðjunnar hafi við þetta tækifæri veitt upplýsingar sem teljast megi viðskiptaleyndarmál. Þetta sé til marks um víðtækt samráð fyrirtækjanna og að fyrirtækið H10 hafi viðurkennt í sátt sinni við Samkeppniseftirlitið að í þessu hafi falist samráðsbrot.

Af efni skjalsins virðist mega ráða að forstjórinn hafi rætt við einhvern sem hafði yfir upplýsingum að ráða um Húsasmiðjuna, rekstur hennar og stöðu gagnvart lánardrottnum. Einnig var um að ræða innanhúsupplýsingar er vörðuðu samskipti viðmælandans við stjórnarformann Húsasmiðjunnar í tilefni af fjárhagslegri endurskipulagningu félagsins.

Þótt upplýsingarnar sem rætt er um hafi reynst ónákvæmar, að því er varðar rekstur Húsasmiðjunnar, virðist efni þeirra vera þannig að ekki er öðrum til að

dreifa en þeim sem þekkir vel til rekstrar fyrirtækisins. Sérstaklega er tekið fram í færslunni að ekki hafi verið rætt um „auglýsingar og markaðsmál“ en væntanlega hefði ekki verið ástæða til að taka það fram nema ef um væri að ræða aðila á sama markaði.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar bendir því efni gagnsins til þess að upplýsingaskipti hafi átt sér stað um þýðingarmikil tíðindi í rekstri og hvernig afkoma var að þróast í tilteknum vörutegundum. Það hefði verið sérlega óvenjulegt ef einhver annar en starfsmaður Húsasmiðjunnar hefði tekið þátt í slíkum samræðum. Þótt væntanlega verðlagningu beri ekki á góma í samtalinu verður að telja að með öðru sé um að ræða atriði sem styður það að samráðsbrot hafi átt sér stað.

4.6

Í hinni kærðu ákvörðun er vikið að því þegar Múrbúðin opnaði verslun með grófvörur í október 2010. Er byggt á því að fyrirspurnir starfsmanna áfrýjandans Byko og Húsasmiðjunnar til Múrbúðarinnar um verð o.fl. hafi falið í sér samstillt tilboð um verðsamráð.

Þau samskipti sem rakin eru í málinu eru ekki þess eðlis að hægt sé að segja að Múrbúðinni hafi verið boðin þátttaka í verðsamráði. Þótt segja megi að starfsmenn áfrýjandans hafi gengið hart fram í því að fá fram þau verð sem Múrbúðin bauð sem nýr þátttakandi á markaði var það ekki umfram það sem búast mátti við og ekki liggja fyrir gögn um að einhvers konar samráð hafi verið með áfrýjanda og Húsasmiðjunni um það að bjóða Múrbúðinni að taka þátt í verðsamráði.

Samtal vörustjóra Húsasmiðjunnar og framkvæmdastjóra fagsölusviðs áfrýjanda um málefni Múrbúðarinnar, sem átti sér stað löngu síðar eða í lok febrúar 2011, verður ekki talið skipta máli þegar þetta er metið.

4.7

Í október 2010 virðast stjórnendur áfrýjandans Byko hafa rætt ítarlega með hvaða hætti ætti að bregðast við breyttri verðstefnu Húsasmiðjunnar sem gekk undir heitinu „Project Red“. Stjórnarmaður í áfrýjanda og stjórnarformaður móðurfélagsins sendi m.a. tölvupóst hinn 25. október 2010 til samstarfsmanna sinna þar sem vísað var til mats „stjórnarformanns Húsasmiðjunnar“ er þetta varðaði.

Verðstefnan var ekki komin til framkvæmda eða á almannavitorð að því er séð verður og má ráða af gögnum að stjórnendur áfrýjanda undirbjuggu viðbrögð í ljósi þessara upplýsinga.

Í málflutningi áfrýjanda hafa ekki komið fram haldbærar skýringar á því hvaðan umræddum stjórnarmanni bárust þessar upplýsingar, ef ekki frá þeim sem beinlínis er vísað til í tölvupóstinum. Hefði það í þessu ljósi staðið áfrýjanda nær að upplýsa nánar um það hvernig upplýsingarnar bárust í stað þess að halda því eingöngu fram að orðalagið í tilvitnuðum tölvupósti sé fráleitt til vísbendingar um það sem rakið er hér að framan. Verða áfrýjendur að bera hallann af þessum málflutningi.

4.8

Í hinni kærðu ákvörðun eru tiltekin fjölmörg innanhússamskipti hjá Húsasmiðjunni og áfrýjandans Byko sem sýna fram á að vel var fylgst með keppinautum og var það einkum Húsasmiðjan sem reyndi að bæta framlegð sína með því að hækka verð eins og unnt var án þess að missa markaðshlutdeild til áfrýjanda. Þá eru fyrirliggjandi yfirlit úr símtalaskráum þar sem fram kemur að hringt var frá einu fyrirtæki til annars án þess að efni samtalanna liggi fyrir, enda var það áður en hleranir hófust.

Síðastnefnd dæmi veita ákveðna vísbendingu um mikil samskipti milli starfsmanna í kringum verðákvarðanir (t.d. 18.-19. ágúst 2010). Það er þó vafasamt að draga of víðtækar ályktanir af þessum gögnum enda liggur efni samtalanna ekki fyrir.

Einnig er tiltekið í hinni kærðu ákvörðun að mikil samskipti í tölvupóstum hafi verið á milli starfsmanna Húsasmiðjunnar í janúar 2011 þegar beðið var eftir viðbrögðum áfrýjandans Byko við hækkunum á timbri sem Húsasmiðjan hafði látið taka gildi hinn 27. desember árið áður. Þá eru tiltekin símtöl milli starfsmanna áfrýjanda og Húsasmiðjunnar þótt ekki sé nánar unnt að upplýsa um efni þeirra.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar liggur ekki fyrir neinn óeðlilegur atbeini áfrýjandans Byko að þeirri atburðarás sem þarna átti sér stað, þótt segja megi að Húsasmiðjan hafi nýtt sér hin taktföstu samskipti í kringum verðkannanir til að hækka sín eigin verð. Áfrýjunarnefndin telur ekki unnt að draga þær ályktanir af

innbyrðis skoðanaskiptum innan Byko að félagið hafi í skilningi samkeppnisréttar tekið við hvatningu um verðhækkanir eins og byggt er á í kafla VI.15 í hinni kærðu ákvörðun, eða að þessi atvik auki ein sér við alvarleika þess brots sem um ræðir.

4.9

Í hinni kærðu ákvörðun er í kafla VI, undirkafla 16, greint frá samskiptum starfsmanna áfrýjandans Byko og Húsasmiðjunnar í febrúar og mars 2011. Þar er meðal annars tiltekið efni innanhússtölvupósts þar sem starfsmaður greinir frá heimsókn í byggingarvöruverslunina Úlfinn og Múrbúðina. Ekki verður séð að umrædd samskipti séu til marks um samráð á milli áfrýjanda og Húsasmiðjunnar eða tengist þeim verðkönnunarsímtölum sem annars eru tilgreind í þessum kafla hinnar kærðu ákvörðunar.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar er annað sem rakið er í fyrri hluta undirkaflans 16 hinnar kærðu ákvörðunar í samræmi við það sem að framan er rakið um tilhögun verðkannana og að verðákvarðanir áfrýjanda og einkum Húsasmiðjunnar hafi þróast í þá átt að keppinautarnir fylgdust að. Óumdeilanlegt er að Húsasmiðjan hækkaði verð í þeirri von að áfrýjandi fylgdi á eftir, en virðist hafa verið reiðubúin að draga slíkar hækkanir til baka ef áfrýjandi hefði ekki gert það. Þannig komst á ástand á markaðinum sem verður að teljast í andstöðu við ákvæði 10. gr. samkeppnislaga.

4.10

Í kafla VI, 13 í hinni kærðu ákvörðun er fjallað um samráð í tengslum við sölu og verðlagningu á miðstöðvarofnum. Eru þar raktar tvær atburðarásir sem að mati Samkeppniseftirlitsins eru til marks um samráð áfrýjandans Byko og Húsasmiðjunnar.

Í fyrsta lagi er greint frá samskiptum innan Byko í nóvember og desember 2010 þar fram kemur að starfsmenn hafi undrast lága verðlagningu Múrbúðarinnar og Húsasmiðjunnar og möguleg viðbrögð við því. Skömmu seinna, eða í janúar 2011, áttu starfsmenn Byko samskipti við starfsmenn Húsasmiðjunnar, og raunar Ofnasmiðju Reykjavíkur einnig, þar sem skipst var á skoðunum um það hvort miðstöðvarofnar sem Múrbúðin hafði til sölu hafi verið vottaðir á réttan hátt. Gerði starfsmaður Byko einnig athugasemdir við Múrbúðina um tilhögun þessara mála

og greindi í framhaldinu Húsasmiðjunni frá þeim samskiptum með fremur niðrandi hætti.

Í öðru lagi er nefnt í hinni kærðu ákvörðun að í tengslum við hin síðastnefndu samskipti hafi starfsmaður Byko sent skilaboð í tölvupósti til starfsmanns Húsasmiðjunnar hinn 20. janúar 2011 þar sem sagði:

„Annað mál, ég var að skoða verðlistann hjá ykkur á netinu um daginn og fannst nokkuð ósamræmi í nokkrum stærðum. – Verðum í sambandi“

Af þessu dregur Samkeppniseftirlitið þá ályktun í hinni kærðu ákvörðun að „hið samfellda samráð Húsasmiðjunnar og Byko hafi einnig tekið til viðskipta með miðstöðvarofna“.

Í kæru sinni skýrir áfrýjandi umrædd ummæli og þessi atvik að öðru leyti, m.a. með því að með orðunum „ósamræmi“ í tölvupóstinum hafi verið átt við framsetningu verða með tilliti til fjölda „watta“, þannig að minni ofnar voru jafnvel dýrari en hinir öflugri. Því hafi ekki verið átt við samræmingu á milli verða Byko og Húsasmiðjunnar eins og Samkeppniseftirlitið byggir á í hinni kærðu ákvörðun.

Þær skýringar sem gefnar eru á samskiptunum eru að mati áfrýjunarnefndarinnar trúverðugar og verða hér lagðar til grundvallar.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar eru framangreind atvik ekki þáttur í broti gegn 10. gr. samkeppnislaga. Samhengi þessara samskipta er heldur ekki þannig að þau teljist þáttur í hinu almenna broti sem lýtur að verðlagningu allt annarra vöruflokka, þ.e. hinna svokölluðu grófvara.

4.11

Í kafla IV, 16 er einnig rakið efni svokallaðs samráðssímtals sem átti sér stað hinn 28. febrúar 2011 á milli framkvæmdastjóra fagsöluviðs áfrýjandans Byko og eins af vörustjórum timbursölu Húsasmiðjunnar. Þar rekur sá fyrrnefndi meðal annars raunir sínar um að verðlagning Múrbúðarinnar og að tilboðsmál í grófvöru séu „komin í algjört bull“. Hann upplýsir og starfsmann Húsasmiðjunnar um að til standi að hækka verð og hvetur hann til að Húsasmiðjan grípi til sömu aðgerða. Einnig er í samtalinu farið yfir verðlagningu á nokkrum vöruflokkum og tilboðum og nefnir starfsmaður áfrýjanda að Húsasmiðjan hafi boðið í ofnapakka þannig að

ekki væri „heilbrigð“ fyrir fyrirtækið. Væri rétt að Húsasmiðjan myndi „hugsa sinn gang“.

Efni símtalsins er síðan rakið nánar í hinni kærðu ákvörðun. Ekki fer á milli mála að starfsmaður áfrýjanda hvatti til samráðs, kynnti eigin áform um hækkanir og benti á einstök tilvik þar sem nauðsynlegt væri að hans mati að Húsasmiðjan breytti verðstefnu sinni. Í þessu fólst brot á ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga og verður það að teljast alvarlegt.

Miðað við gögn málsins verður ekki fullyrt að Húsasmiðjan hafi brugðist við efni símtalsins með því að taka þátt í samráðinu þótt verðkönnunarsímtöl og dreifing upplýsinga um þau hafi haldið áfram í kjölfarið, eins og rakið er í hinni kærðu ákvörðun. Allt að einu er ljóst að innan áfrýjanda var á sama tíma gripið til kerfisbundinna verðhækkana á timbri, krossvið og MDF plötum. Segir í fundargerð framkvæmdastjórnar áfrýjanda frá 1. mars 2011 að áður nefndur framkvæmdastjóri, sem átt hafði frumkvæðið af samráðssímtalinu daginn áður, setji „verkefnið í gang“. Átti hann m.a. í því samhengi samskipti við samstarfsmenn sína daginn eftir þar sem dregið var úr svigrúmi til tilboðsgerðar til viðskiptavina og lagt til að Húsasmiðjan fengi skýr skilaboð um að áfrýjandi væri að hækka sig í verðum.

Áfrýjandi telur að umræddur framkvæmdastjóri hafi með símtali sínu farið út fyrir heimildir sínar og það sé ekki unnt að virða fyrirtækinu það til vansa. Ljóst er að mati áfrýjunarnefndarinnar að umrætt samtal átti sér stað í samhengi við tiltekna áætlun áfrýjandans Byko um hækkun verða og að mikilvægt var á þeim tíma að Húsasmiðjan myndi ekki eyðileggja þær fyrirætlanir, t.d. með því að nýta tækifærið til verðsamkeppni. Símtalið fól í sér hvatningu til að taka þátt í þeim heildaráformum að auka framlegð á markaðinum til handa áfrýjanda og Húsasmiðjunnar.

Áfrýjandi verður að bera fulla ábyrgð á efni umrædds símtals. Ekki er unnt að túlka ákvæði 10. gr. samkeppnislaga þannig að ef starfsmenn brjóta gegn henni í þágu vinnuveitenda sinna án sérstakra sannaðra fyrirmæla yfirmanna eða stjórnar, séu slík atvik þeim ábyrgðarlaus. Enginn annar tilgangur var með símtalinu en að áfrýjandi hefði hag af þeim ráðstöfunum sem lagt var á ráðin með, símtalið var í nánnum tengslum við það starf sem framkvæmdastjórinn gegndi og einnig var það

tengt sérstakri áætlun sem stjórnendur fyrirtækisins voru í þann mund að hrinda í framkvæmd.

5

Hér að framan er komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandinn Byko hafi brotið gegn ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga. Er því í meginatriðum lýst að skipulögð og kerfisbundin upplýsingaskipti um verð hafi leitt til ástands sem þróaðist í þá átt að gera báðum kleift að hækka verð sín. Hin tíðu samskipti leiddu einnig til þess að leitað var eftir hreinræktuðu verðsamráði eins og rakið er hér að framan í kafla nr. 4.11.

Á hinn bóginn telur áfrýjunarnefndin að Samkeppniseftirlitið hafi dregið of víðtækar ályktanir, miðað við það sem gögn málsins gefa til kynna, um umfang samráðsins, huglæga afstöðu starfsmanna áfrýjanda og fleira sem rakið er hér að framan.

6

Um meint brot gegn 53. gr. EES-samningsins

Í kafla VI, 18 í hinni kærðu ákvörðun er komist að því að háttsemi áfrýjandans Byko varði við 53. gr. EES-samningsins, sbr. 21. og 26. gr. samkeppnislaga. Brotin sem fjallað er um í málinu hafi verið „til þess fallin að hindra núverandi og mögulega keppinauta frá öðrum EES-ríkjum í því að ná fótfestu á íslenska markaðnum.“ Af þessu er svo dregin sú ályktun í ákvörðuninni að brotin hafi verið til þess fallin að hafa áhrif á viðskipti innan EES í skilningi 53. gr. samningsins.

Ekki er rökstutt í hinni kærðu ákvörðun á hvaða hátt umrædd brot hafi getað raskað samkeppni á EES-svæðinu í skilningi 53. gr. Í hinni kærðu ákvörðun er byggt á því að brotin hafi leitt til verðhækkana eða a.m.k. aukið hættuna á þeim.

Án frekari rökstuðnings og gagna þar um myndu slík brot almennt leiða til þess að svigrúm gæti skapast til samkeppni með því að bjóða lægri verð. Gætu þá íslenskir neytendur beint viðskiptum sínum til annarra seljenda, hvort sem er með beinum pöntunum á byggingarvöruefni frá útlöndum, eða með því að erlendar byggingarvöruverslanir hefji starfsemi hér eins og raunin hefur orðið. Málið hefur ekki verið reifað frá því sjónarmiði að háttsemi Byko og Húsasmiðjunnar hafi haft

áhrif á erlenda birgja eða aðra viðskiptamenn í EES-ríkjum. Rökstuðningur er einungis almenns eðlis.

Verður því ekki fallist á að Samkeppniseftirlitið hafi sýnt fram á að brotið hafi verið sérstaklega gegn ákvæðum 53. gr. EES-samningsins.

7

Sektarákvörðun

7.1

Við ákvörðun viðurlaga verður að hafa í huga ákvæði 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga og þann tilgang hennar að varnaðaráhrif sekta stuðli að aukinni samkeppni og tryggi framkvæmd samkeppnislaga. Sektir geta numið allt að 10% af heildarveltu síðasta almanaksárs. Tímalengd brots, umfang, huglæg afstaða og alvarleiki almennt skipta máli þegar fjárhæð sektar er ákveðin innan þessara marka. Þá skiptir það máli hvort viðkomandi hafi áður gerst sekur um brot gegn ákvæðum samkeppnislaga, einkum að því er varðar sambærileg brot. Að lokum hefur verið litið til fjárhagslegs styrkleika við ákvörðun sekta.

Heildarvelta áfrýjandans Norvikur var samkvæmt gögnum málsins á árinu 2014 um 36,6 milljarðar króna og eigið fé um 14,2 milljarðar. Árið áður var veltan 66 milljarðar.

7.2

Samkvæmt framansögðu telur áfrýjunarnefndin að brot áfrýjandans Byko hafi ekki verið jafn umfangsmikil, alvarleg og kerfisbundin eins og Samkeppniseftirlitið leggur til grundvallar.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, þar sem fjallað er um viðurlög, eru tiltekin hin reglubundnu samskipti sem hafi átt sér stað „í því skyni að hækka verð/vinna gegn verðlækkunum“, samráð frá nóvember og desember 2010 um verð á miðstöðvarofnum, símtalið hinn 28. febrúar 2011 og áform um hækkanir í sérstöku átaki í tengslum við það, auk samráðs um að grípa til sérstakra aðgerða til að draga úr samkeppni á Selfossi og Akureyri. Einnig er tiltekið að sérstakt samráð hafi verið um að vinna gegn verðsamkeppni á gagnvörðu timbri („græna efninu“), hækka verð á miðstöðvarofnum og upplýsa um „fyrirætlanir Byko um að hækka verð á annarri vöru en grófvöru“. Þá hafi verðsamráð verið við

byggingarvöruverslunina Úlfinn, tilraun til slíks við Múrbúðina í sameiningu með Húsasmiðjunni, og að lokum hafi verið tekið við mikilvægum viðskiptalegum upplýsingum frá Húsasmiðjunni.

Jafnvel þótt fallist væri á þær forsendur sem Samkeppniseftirlitið gaf sér um háttsemina þykir sektin hafa verið úr hófi fram há. Hér að framan er því jafnframt lýst að áfrýjunarnefndin álítur að hvorki hafi verið sýnt fram á einstök brot í tengslum við samskipti við Múrbúðina, né samskipti um málefni ofnadeilda Byko og Húsasmiðjunnar á árunum 2010 og 2011. Þá verður heldur ekki byggt á því að sérstakt samráð hafi átt sér stað við að vinna gegn verðsamkeppni á gagnvörðu timbri, umfram það sem almennt var, eða að sérstakar aðgerðir á Selfossi og Akureyri hafi hér þýðingu.

7.3

Eðli brotsins, sem áfrýjunarnefndin telur að hafi átt sér stað, er lýst hér að framan, í kafla 4. Áfrýjunarnefndin lítur svo á að um sé að ræða mikilvægan markað og máli skipti að þátttakendur höfðu nánast 100% sameiginlega hlutdeild á þeim markaði sem hér hefur verið skilgreindur.

Í málinu liggur fyrir að Húsasmiðjan gerði sátt um mun lægri sektargreiðslu heldur en ákveðin var í hinni kærðu ákvörðun. Deila aðilar um þýðingu þess í þessu máli.

Almennt séð ber að virða það til lækkunar ef fyrirtæki leita eftir sáttum, upplýsa mál og breyta háttsemi sinni. Í þessu máli verður þó ekki talið að sáttin við Húsasmiðjuna hafi sérstök áhrif, hvorki að því er varðar mat á hinni meintu brotlegu háttsemi, né fjárhæð sektar.

7.4

Í hinni kærðu ákvörðun er meðal annars til hliðsjónar vísað til sektarákvörðunar sem fjallað er um í dómi Hæstaréttar í máli nr. 37/2003 (Sölufélag garðyrkjumanna o.fl. gegn Samkeppnisráði). Að mati áfrýjunarnefndarinnar var í því tilviki um að ræða mun alvarlegra og kerfisbundnara brot í því skyni að breyta markaði, draga úr samkeppni og auka markvisst framlegð með skipulögðu samráði. Það mál sem hér um ræðir hefur ekki yfir sér sama yfirbragð, líkt og ítarlega er rakið hér að framan.

7.5

Að teknu tilliti til framangreindra sjónarmiða og ákvæða 37. gr. samkeppnislaga að öðru leyti þykir því rétt að lækka álagða sekt í 65 milljónir króna.

8

Áfrýjandinn Norvik hefur mótmælt því að viðurlög beinist að fyrirtækinu sem móðurfélagi áfrýjandans Byko, vegna brota hins síðarnefnda félags. Eins og fram kemur í kafla IV.4 í dómi Hæstaréttar í máli nr. 112/2014 er unnt að beina viðurlagaákvörðun að félögum innan sömu efnahagslegu einingu í skilningi samkeppnislaga og að þegar eitt félag fer með eignarhlut brotlegs félags að fullu megi líta á eigandann sem hluta einingarinnar nema sérstaklega standi á. Það standi við þær aðstæður nær brotlegu félagi og móðurfélagi þess að sýna fram á að dótturfélagið hafi verið sérstaklega sjálfstætt og óháð móðurfélaginu í störfum sínum. Ekki stoði að halda því eingöngu fram heldur þurfi gögn og staðreyndir að styðja slíkan málflutning.

Á umræddu tímabili var áfrýjandinn Byko að fullu í eigu Norvikur. Ekki hefur verið sýnt fram á það af hálfu áfrýjenda að gerðar hafi verið sérstakar ráðstafanir til að tryggja sjálfstæði Byko þannig að unnt sé að líta fram hjá eigna- og stjórnunartengslunum og meta það þannig að um eina efnahagslega einingu sé að ræða með áfrýjendum. Er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um þennan þátt málsins staðfest.

9

Um fyrirmæli í hinni kærðu ákvörðun

Í hinni kærðu ákvörðun er að finna fyrirmæli sem beint er til áfrýjandans Byko, sbr. gr. 2 í ákvörðuninni. Er þar fjallað um að félagið skuli upplýsa starfsmenn og stjórnendur um bannákvæði samkeppnislaga og fyrirmæli ákvörðunarinnar. Einnig er vikið að því að gera skuli sérstaka samkeppnisréttaráætlun þar sem tryggt sé að starfsmenn og stjórnendur fari eftir fyrirmælum „sem hvíla á Byko skv. samkeppnislögum“ og að útbúnir verði verkferlar sem tryggi stöðuga framkvæmd samkeppnisréttaráætlunar. Er einnig mælt fyrir um skipulega fræðslu hjá félaginu fyrir „helstu starfsmenn þess“. Þá skuli vikið að því í samkeppnisréttaráætlun hvernig samskipti við keppinauta félagsins skuli vera og sett fram dæmi um að heimilt sé að veita fyrirspyrjanda „sem ekki kynnir sig“ upplýsingar um

smásöluverð. Að síðustu er í gr. 2.2 fjallað um að brot gegn fyrirmælunum varði viðurlögum skv. IX. kafla samkeppnislaga.

Í kæru gagnrýnir áfrýjandi að umrædd fyrirmæli séu óskýr og órökstudd með tilliti til nauðsynjar. Áfrýjandi setur fram svokallaða varakröfu um að fyrirmælin verði felld úr gildi.

Í rökstuðningi í hinni kærðu ákvörðun er vikið að því að heimilt sé samkvæmt 16. gr. samkeppnislaga að beita aðgerðum sem miði að því að stöðva brot og beita úrræðum „til breytingar á atferli og skipulagi“.

Það má fallast á það með áfrýjanda að umrædd fyrirmæli séu óskýr að sumu leyti, t.d. um hversu reglubundið eigi að „halda við“ þeirri samkeppnisréttaráætlun sem krafist er af áfrýjandanum. Ekki þykir þó nægjanleg ástæða til að hrófla við þeim fyrirmælum sem um er getið í gr. 2.1 þótt áfrýjunarnefndin taki fram að hún telji sig óbundna af mati á lögmæti háttsemi sem kemur fram í þeim dæmum sem þar eru sett fram, ef sambærileg mál kæmu til skoðunar síðar.

Hins vegar telur áfrýjunarnefndin að ekki sé nauðsynlegt að kveða á um það í gr. 2.2. að brot gegn fyrirmælunum varði viðurlögum skv. IX. kafla samkeppnislaga. Er ekki ástæða til að kveða sérstaklega á um slíkar afleiðingar. Er því gr. 2.2. í hinni kærðu ákvörðun felld úr gildi, en síðari málsgrein þeirrar greinar er jafnframt svo óljós að efni til að ekki er unnt að staðfesta fyrirmælin að því leyti.

Úrskurðarorð

Hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 15. maí 2015 í máli nr. 11/2015 er staðfest að öðru leyti en því að áfrýjendur skulu greiða sekt í ríkissjóð að fjárhæð kr. 65.000.000 vegna brota gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og að felld eru úr gildi ákvæði gr. 2.2. í ákvörðunarorðum um viðurlög o.fl. í tengslum við fyrirmæli í gr. 2.1.

Sektin skal greiddast í ríkissjóð eigi síðar en einum mánuði frá dagsetningu þessa úrskurðar.

Um 3. gr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar verður fjallað sérstaklega í máli Steinullar gegn Samkeppniseftirlitinu.

Reykjavík, 28. september 2015

Jóhannes Karl Sveinsson, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson