

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður 19. mars 2025 í máli nr. 7/2023

**Samskip hf., Samskip Holding BV, Jónar Transport hf. og Samskip
innanlands ehf.**

gegn

Samkeppniseftirlitinu

Efnisyfirlit

1. Inngangur	6
1.1. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila.....	6
1.2. Málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins.....	6
1.2.1. Upphaf rannsóknar og húsleitir 2013 og 2014.....	6
1.2.2. Lögreglurannsókn 2014–2024	7
1.2.3. Úrlausn ágreinings um aðgang að gögnum o.fl. 2013–2019	8
1.2.4. Upplýsingaöflun samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga.....	9
1.2.5. Andmælaskjöl og viðbrögð við þeim 2018–2020.....	9
1.2.6. Sátt Eimskips og Samkeppniseftirlitsins 16. júní 2021.....	10
1.2.7. Sáttaviðræður við áfrýjendur og lok rannsóknar málsins	12
1.3. Málsmeðferð áfrýjunarnefndar samkeppnismála.....	12
2. Helstu röksemdir áfrýjenda	14
2.1. Inngangur	14
2.2. Um bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga o.fl.	15
2.3. Um sönnun í samráðsmálum.....	17
2.4. Um sátt Eimskips	19
2.5. Um þýðingu samskipta og tengsla milli starfsmanna o.fl.....	20
2.6. Um verðþróun o.fl.....	22
2.7. Um einstaka þætti málsins	25
2.7.1. Nýtt upphaf	25
2.7.2. Breytingar á siglingakerfum áfrýjenda og Eimskips.....	29
2.7.3. Ætlaður friður við Eimskip um mikilvæga viðskiptavinum	35
2.7.4. Flutningar til og frá Norður-Ameríku	46
2.7.5. Flutningar í Evrópu	51
2.7.6. Landflutningar.....	53
2.7.7. Gámaumsýsla	57
2.7.8. BAF-gjald.....	58
2.7.9. Skipaafgreiðsla.....	60
2.8. Um 15. gr. samkeppnislaga.....	61
2.9. Um lögsögu	63
2.10. Um málsmeðferð.....	64
2.11. Um fyrningarfræst.....	67
2.12. Um 19. gr. samkeppnislaga.....	69
2.13. Um drátt á meðferð málsins	71
2.14. Um sektarfjárhæð	74

3. Helstu röksemdir Samkeppniseftirlitsins.....	76
3.1. Inngangur	76
3.2. Um bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga o.fl.	77
3.3. Um sönnun í samráðsmálum.....	79
3.4. Um sátt Eimskips	80
3.5. Um þýðingu samskipta og tengsla milli starfsmanna o.fl.	81
3.6. Um verðþróun o.fl.....	82
3.7. Um einstaka þætti málsins	84
3.7.1. Nýtt upphaf	84
3.7.2. Samráð um breytingar á siglingakerfum	86
3.7.3. Friður við Eimskip um mikilvæga viðskiptavini	90
3.7.4. Flutningar til og frá Norður-Ameríku	99
3.7.5. Flutningar í Evrópu	101
3.7.6. Landflutningar.....	103
3.7.7. Gámaumsýsla	106
3.7.8. BAF-gjald.....	107
3.7.9. Skipaafgreiðsla.....	108
3.8. Um 15. gr. samkeppnislaga.....	109
3.9. Um lögsögu	110
3.10. Um málsmeðferð.....	111
3.11. Um fyrningarfrest.....	113
3.12. Um 19. gr. samkeppnislaga.....	115
3.13. Um ætlaðan drátt á meðferð málsins.....	117
3.14. Um sektarfjárhæð	119
NIÐURSTAÐA	121
4. Undirstöðuatriði og formhlið málsins	121
4.1. Um markaði málsins, markaðshlutdeild og verðþróun	121
4.2. Um bann við ólögmætu samráði	124
4.2.1. Skilyrði 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.....	124
4.2.2. Sjónarmið um sönnun	127
4.3. Sátt Eimskips og Samkeppniseftirlitsins.....	128
4.4. Niðurstaða um röksemdir áfrýjenda varðandi formhlið málsins.....	130
5. Yfirlit yfir helstu niðurstöður hinnar kærðu ákvörðunar	133
6. Nýtt upphaf á árinu 2008.....	135
6.1. Inngangur	135
6.2. Aðstæður á fyrri hluta árs 2008.....	135
6.3. Fundur áfrýjenda og Eimskips 6. júní 2008.....	137

6.4. Fundur áfrýjenda og Eimskips 25. júlí 2008.....	140
6.5. Ýmis samskipti áfrýjenda og Eimskips á árinu 2008.....	141
6.5.1. Inngangur	141
6.5.2. Erlend starfsemi - „short sea“ þjónusta og frystigeymslur.....	142
6.5.3. Landflutningar.....	143
6.5.4. Skipaafgreiðsla.....	144
6.5.5. Slot-samningar í sjóflutningum vegna Norður-Ameríku og Evrópu	145
6.6. Samandregin niðurstaða	146
7. Breytingar á siglingakerfum á árinu 2008.....	148
7.1. Inngangur	148
7.2. Minnisblað áfrýjenda 9. júlí 2008 og eftirfarandi samskipti.....	148
7.3. Breytingar á siglingakerfi Eimskips í lok júlí 2008	150
7.4. Breytingar á siglingakerfi áfrýjenda í október 2008	151
7.4.1. Inngangur	151
7.4.2. Samskipti áfrýjenda og Eimskips um slot-samning o.fl.	152
7.4.3. Viðræður áfrýjenda við Alcoa um breytingar á flutningssamningi	153
7.4.4. Fundur með Alcoa í október 2008 og niðurstaða viðræðna.....	156
7.5. Samandregin niðurstaða	159
8. „Friður“ um mikilvæga viðskiptavini á árunum 2009–2012	163
8.1. Inngangur	163
8.2. Stefna um mikilvæga viðskiptavini og verðhækkningar.....	165
8.3. Samskipti við viðskiptavini 2008–2010 o.fl.	167
8.3.1. Aðföng, Nathan & Olsen og Innes	167
8.3.2. German Seafood Fish	168
8.3.3. Promens.....	169
8.3.4. Ölgerð Egils Skallagrímssonar og Vífilfell.....	169
8.3.5. Norðlenska matarborðið.....	171
8.3.6. Rúmfatalagerinn og IKEA	172
8.4. Samskipti við viðskiptavini 2010–2012 o.fl.	173
8.4.1. ÍSAM og Innes	173
8.4.2. Ó. Johnson & Kaaber, Europris, Húsasmiðjan og Askja	174
8.4.3. Ölgerð Egils Skallagrímssonar og Vífilfell.....	175
8.5. Samandregin niðurstaða	177
9. Verðlagsmálefni o.fl.	181
9.1. Inngangur	181
9.2. BAF-gjald.....	181
9.3. Afsláttarhámark.....	184
9.4. E-kontrol gjald	184

9.5. Karagjald o.fl.....	185
9.6. Önnur tilvik	186
9.6.1. Launagreiðslur umfram lágmarkstaxta	186
9.6.2. Uppsögn á afgreiðslusamningum við Austfar.....	186
9.6.3. Atvik varðandi Maersk á árunum 2009 og 2010.....	187
9.6.4. Útboð Alcan árið 2011	188
10. Hagnýtt samstarf og viðskipti áfrýjenda og Eimskips.....	189
10.1. Inngangur	189
10.2. Norður-Ameríkuflutningar	190
10.3. Evrópuflutningar á grundvelli neyðarsamkomulagsins o.fl.....	194
10.4. Flutningar Jóna Transport	195
10.5. Landflutningar.....	195
10.6. Gámaumsýsla	196
10.7. Skipaafgreiðsla.....	197
10.8. Samandregin niðurstaða	197
11. Atvik í erlendri flutningastarfsemi	198
12. Niðurstaða um brot gegn 19. gr. samkeppnislaga	199
12.1. Inngangur	199
12.2. Skrifleg upplýsingagjöf.....	200
12.3. Munnleg upplýsingagjöf	204
13. Viðurlög og fyrirmæli	206
13.1. Yfirlit yfir helstu niðurstöður	206
13.2. Fyrning	208
13.3. Krafa um mildun á viðurlögum vegna málsmeðferðartíma	211
13.4. Ákvörðun sektarfjárhæðar.....	216
13.5. Fyrirmæli samkvæmt 16. gr. samkeppnislaga.....	219
13.6. Niðurlag	220
Viðauki – tilvísanir til starfsmanna	222

1. Inngangur

1.1. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

1. Með kæru 27. september 2023 skutu Samskip hf., Samskip Holding BV, Jónar Transport hf. og Samskip innanlands ehf. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 33/2023 frá 31. ágúst 2023 til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Með hinni kærðu ákvörðun var stjórnvaldssekt að fjárhæð 4.000.000.000 krónur lögð óskipt á áfrýjendur Samskip Holding BV og Samskip hf. vegna tilgreindra brota áfrýjenda á 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, auk sektar að fjárhæð 200.000.000 krónur vegna brota áfrýjenda gegn 19. gr. samkeppnislaga (greinar 2–4 ákvörðunarorða). Þá var tilteknum fyrirmælum beint til áfrýjenda með stoð í 16. gr. samkeppnislaga (grein 5 ákvörðunarorða).
2. Áfrýjendur krefjast þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara krefjast áfrýjendur þess að sektarákvæði hinnar kærðu ákvörðunar verði felld úr gildi að öllu leyti, en til þrautavara að fjárhæðir sekta verði lækkaðar verulega.
3. Samkeppniseftirlitið krefst þess að kröfum áfrýjenda verði hafnað.
4. Ágreiningslaust er að áfrýjendur (Samskip) eru ein efnahagsleg eining og teljast því eitt fyrirtæki í skilningi ákvæða samkeppnislaga. Í forsendum úrskurðarins er því fyrir hagræðis sakir ekki gerður greinarmunur á einstökum áfrýjendum nema þar sem þess er þörf samhengisins vegna (sjá einnig kafla 4.1 í úrskurði þessum).

1.2. Málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins

1.2.1. Upphaf rannsókna og húsleitir 2013 og 2014

5. Haustið 2012 átti Samkeppniseftirlitið fundi með viðskiptavinum og keppinautum áfrýjenda og Eimskips í tengslum við forgreiningu stofnunarinnar

vegna mögulegrar markaðsrannsóknar á flutningamörkuðum. Á þeim fundum komu fram vísendingar um ólögmætt samráð áfrýjenda og Eimskips á viðkomandi mörkuðum og urðu þær til þess að Samkeppniseftirlitið gerði húsleitir hjá fyrirtækjunum 10. september 2013 með heimild í úrskurðum Héraðsdóms Reykjavíkur. Í húsleitunum lagði stofnunin hald á umtalsvert magn gagna í eigu fyrirtækjanna, þ.m.t. afrit af tugmilljónum rafrænna skjala. Þá tók stofnunin munnlegar skýrslur af nokkrum starfsmönnum áfrýjenda og Eimskips samtímis húsleitunum með stoð í 19. gr. samkeppnislaga. Hinn 17. september 2013 voru teknar munnlegar skýrslur af tveimur starfsmönnum til viðbótar sem voru staddir erlendis þegar húsleitirnar fóru fram.

6. Nokkrum árum fyrr, 29. mars 2010, efndi Samkeppniseftirlitið til rannsóknar á því hvort áfrýjendur, Eimskip og fleiri fyrirtæki hefðu brotið gegn 10. og 11. gr. samkeppnislaga með athöfnum á landflutningamarkaði. Sú rannsókn var síðan sameinuð þeirri rannsókn sem hófst gagnvart áfrýjendum og Eimskip með fyrrgreindum húsleitum 10. september 2013. Upp frá því beindist rannsókn málsins að ætluðum brotum áfrýjenda og Eimskips gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, sem hin kærða ákvörðun lýtur að, og tók rannsóknin einkum til atvika á árunum 2008–2013 (nefnt „rannsóknartímabilið“ í hinni kærðu ákvörðun).
7. Samkeppniseftirlitið gerði aftur húsleitir hjá áfrýjendum og Eimskip 3. júní 2014 með heimild í úrskurðum Héraðsdóms Reykjavíkur. Með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur 16. júlí 2014 var vísað frá dómi kröfum áfrýjenda Samskipa hf. og Jóna Transport hf., meðal annarra, sem lutu að lögmæti húsleita og haldlagningar gagna. Þá var hafnað kröfum aðilanna um að afritum rafrænna gagna yrði eytt af hálfu Samkeppniseftirlitsins.

1.2.2. Lögreglurannsókn 2014–2024

8. Samkeppniseftirlitið lagði 21. mars 2014 fram kæru til embættis sérstaks saksóknara (varð síðar að embætti héraðssaksóknara) gegn 11 einstaklingum

vegna ætlaðra refsiverðra brota þeirra í tengslum við atvik máls þessa. Samkeppniseftirlitið kærði fimm einstaklinga 19. desember 2016 og einn til viðbótar 17. maí 2018. Embættið hóf lögreglurannsókn á grundvelli fyrstu kærunnar á árinu 2014 og áttu embættið og Samkeppniseftirlitið samstarf um ákveðna þætti rannsókna hvors um sig.

9. Í maí 2018 tók embætti héraðssaksóknara skýrslur af fjórum sakborningum (S2, S5, E2 og E4) og naut það aðstoðar Samkeppniseftirlitsins við framkvæmd á skýrslutökunum. Embættið afhenti síðan Samkeppniseftirlitinu endurrit af skýrslunum með stoð í 6. mgr. 42. gr. samkeppnislaga og eru þau meðal gagna málsins. Þá skiptust embættið og Samkeppniseftirlitið á öðrum gögnum og upplýsingum með heimild í 5. og 6. mgr. fyrrnefnds lagaákvæðis.
10. Í desember 2024 tilkynnti embætti héraðssaksóknara að lögreglurannsókninni hafi verið hætt. Í rökstuðningi fyrir þeirri ákvörðun embættisins er því meðal annars lýst að vegna tafa á rannsókninni, sem stöfuðu einkum af skorti á mannafla hjá embættinu, væri talið að rannsóknin hafi ekki rofið fyrningu vegna ætlaðra brota og teldust þau því fyrnd, sbr. 5. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.

1.2.3. Úrlausn ágreinings um aðgang að gögnum o.fl. 2013–2019

11. Ágreiningur um aðgang áfrýjenda og Eimskips að gögnum hjá Samkeppniseftirlitinu vegna rannsóknar málsins kom nokkrum sinnum til kasta áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Með *úrskurðum nefndarinnar í málum nr. 7/2013, 8/2013, 2/2014 og 6/2014* var lagt fyrir Samkeppniseftirlitið að taka á ný afstöðu til krafna fyrirtækjanna um aðgang að tilteknum gögnum, þ.m.t. húsleitarkröfum Samkeppniseftirlitsins og kæru þess til embættis sérstaks saksóknara. Með *úrskurðum nefndarinnar í málum nr. 3/2015 og 4/2015* voru staðfestar ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins um að áfrýjendum og Eimskip yrði veittur aðgangur að gögnum með ákveðnum takmörkunum. Þá var leyst

úr ágreiningi um gagnaafhendingu til Eimskips í *úrskurðum í málum nr. 2/2019 og 3/2019*, en í þeim síðari var fallist á kröfur fyrirtækisins að hluta.

12. Á árinu 2015 lagði Eimskip fram kvörtun til umboðsmanns Alþingis vegna rannsóknar Samkeppniseftirlitsins, en hann taldi kvörtunina ekki gefa tilefni til frekari athugunar. Að auki bar Eimskip undir dómstóla atriði sem snertu lögmæti rannsóknar Samkeppniseftirlitsins, sbr. *úrskurði Landsréttar í málum nr. 675/2019 og 862/2019*. Þá höfðaði Eimskip einkamál á árinu 2019 gegn Samkeppniseftirlitinu vegna rannsóknarinnar en felldi það mál síðan niður.

1.2.4. Upplýsingaöflun samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga

13. Hinn 29. janúar 2015 lagði Samkeppniseftirlitið fyrir áfrýjendur að veita upplýsingar um tiltekin atriði vegna rannsóknar málsins með vísan til 19. gr. samkeppnislaga. Áfrýjendur höfðu í kjölfarið uppi tilteknar athugasemdir við upplýsingabeidni Samkeppniseftirlitsins, þ.m.t. að torvelt væri að verða við henni vegna umfangs hennar. Samkeppniseftirlitið féllst á að þrengja upplýsingabeidnina í ákveðnum atriðum og svöruðu áfrýjendur henni 10. apríl 2015. Hinn 25. nóvember 2015 krafði Samkeppniseftirlitið áfrýjendur um úrbætur á upplýsingagjöf þeirra með vísan til upplýsingabeidninnar frá 29. janúar 2015 og létu áfrýjendur af hendi frekari gögn og upplýsingar af því tilefni 14. janúar 2016. Að öðru leyti átti Samkeppniseftirlitið í margvíslegum samskiptum við áfrýjendur og Eimskip varðandi upplýsingaöflun og fleiri þætti rannsóknarinnar, svo sem nánar greinir í hinni kærðu ákvörðun (sjá einnig m.a. 12. kafla úrskurðar þessa). Að auki aflaði Samkeppniseftirlitið ýmissa gagna og upplýsinga frá fyrirtækjum, samtökum og opinberum aðilum.

1.2.5. Andmælasgjöl og viðbrögð við þeim 2018–2020

14. Í samræmi við 17. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins birti stofnunin áfrýjendum og Eimskip andmælasgjál 6. júní 2018 þar sem hún lýsti því frummati að fyrirtækin hefðu með samfelldu samráði á

mörkuðum málsins brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins á tilgreindu tímabili. Jafnframt boðaði Samkeppniseftirlitið að gefið yrði út annað andmælaskjal að lokinni frekari rannsókn. Í kjölfarið mótmæltu áfrýjendur og Eimskip frummati Samkeppniseftirlitsins og þeirri ráðagerð stofnunarinnar að gefa út annað andmælaskjal á síðari stigum, enda væri fyrirtækjunum ókleift að setja fram andmæli fyrr en rannsókn málsins væri að fullu lokið. Samkeppniseftirlitið áréttaði þá afstöðu sína 4. september 2018 að heimilt og málefnalegt væri að gefa út tvö andmælaskjöl, enda gætu áfrýjendur og Eimskip þannig tjáð sig fyrr en ella um þá þætti málsins sem lengst væru komnir í rannsókn, en það væri til þess fallið að flýta fyrir meðferð málsins.

15. Í samræmi við framangreint gaf Samkeppniseftirlitið út annað andmælaskjal 13. desember 2019 þar sem stofnunin lýsti því að frummat hennar væri óbreytt varðandi brot áfrýjenda og Eimskips gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, auk brota fyrirtækjanna gegn upplýsingaskyldu samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga. Áfrýjendur létu frá sér fara umfangsmiklar athugasemdir við andmælaskjöl Samkeppniseftirlitsins 12. og 19. júní 2020 og gerði Eimskip hið sama 16. mars 2020 og 15. júní 2020, en bæði fyrirtækin höfðu frummati stofnunarinnar að öllu leyti.

1.2.6. Sátt Eimskips og Samkeppniseftirlitsins 16. júní 2021

16. Eimskip og Samkeppniseftirlitið gerðu sátt 16. júní 2021 á grundvelli 17. gr. f samkeppnislaga og 22. gr. reglna nr. 880/2005 sem markaði lok rannsóknar Samkeppniseftirlitsins gagnvart Eimskip. Með sáttinni viðurkenndi Eimskip að hafa framið alvarleg brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins með samfelldu samráði við áfrýjendur á tilgreindu tímabili. Í sáttinni er því lýst að samráðsbrotin hafi falist „í eftirfarandi aðgerðum sem gripið var til eftir fund með Samskipum 6. júní 2008, sbr. einnig „Nýtt upphaf“ glærukynningu Eimskips frá 9. júní 2008“:

- 1.1 *Samráð við Samskip á síðari hluta ársins 2008 um breytingar á siglingakerfum og takmörkun á flutningsgetu í sjóflutningum til og frá Íslandi.*
 - 1.2 *Samráð við Samskip um skiptingu á mörkuðum eftir stærri viðskiptavinum í sjó- og landflutningum. Samráð þetta var umfangsminna á lokaári rannsóknartímabilsins (á árinu 2013).*
 - 1.3 *Samráð við Samskip um álagningu gjalda og afsláttarkjör í flutningaþjónustu og um miðlun á mikilvægum verð- og viðskiptaupplýsingum. Samráð þetta var umfangsminna á lokaári rannsóknartímabilsins (á árinu 2013).*
 - 1.4 *Samráð við Samskip um landflutningaþjónustu á flutningaleiðum á Íslandi og skiptingu á mörkuðum á tilteknum flutningaleiðum.*
 - 1.5 *Samráð við Samskip um sjóflutninga milli Íslands og annarra Evrópulanda, um gagnkvæma leigu eða lán á gámum og aðrar aðgerðir sem miðuðu að því að raska samkeppni í flutningsþjónustu.*
 - 1.6 *Samráð við Samskip um sjóflutninga milli Íslands og Norður-Ameríku þegar ekki var í gildi undanþága frá 10. gr. samkeppnislaga.*
17. Eimskip gekkst jafnframt við því í sáttinni að hafa viðhaft ólögmett samráð við áfrýjendur á tilteknum sviðum áður en fyrrnefndur fundur fyrirtækjanna 6. júní 2008 átti sér stað. Það samráð hafi þó verið umfangsminna en samráðið sem hafi hafist eftir þann fund. Þá viðurkenndi Eimskip að hafa brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með ófullnægjandi upplýsingagjöf til Samkeppniseftirlitsins við rannsókn málsins.
18. Með sáttinni féllst Eimskip á að greiða 1.500.000.000 króna sekt í ríkissjóð vegna umræddra brota. Jafnframt skuldbatt Eimskip sig til að grípa til nánar greindra aðgerða til að koma í veg fyrir frekari brot og efla samkeppni. Meðal annars er kveðið á um það í 3. mgr. 3. gr. sáttarinnar að Eimskip sé óheimilt að eiga í viðskiptalegu samstarfi við áfrýjendur og önnur fyrirtæki í flutningaþjónustu sem áfrýjendur eiga í samstarfi við. Þetta gildi þó ekki geti Eimskip sýnt Samkeppniseftirlitinu fram á „að eðli viðkomandi samstarfs sé með þeim hætti að ekki sé hætta á röskun á samkeppni“ milli Eimskips og áfrýjenda. Hliðstæð fyrirmæli eru sett fram í hinni kærðu ákvörðun gagnvart áfrýjendum.

19. Í kærnu til áfrýjunarnefndar samkeppnismála 13. júlí 2021 krafðist áfrýjandi Samskip hf. þess að 3. mgr. 3. gr. sáttar Eimskips og Samkeppniseftirlitsins yrði felld úr gildi. Með *úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 1/2021* var kærinni vísað frá á þeim grunni að áfrýjandi Samskip hf. hefði ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn kröfu sinnar. Með *dómi Landsréttar í máli nr. 237/2023* var Samkeppniseftirlitið sýknað af kröfu áfrýjenda um ógildingu á þeim úrskurði nefndarinnar. Þeim dómi hefur verið áfrýjað til Hæstaréttar.

1.2.7. Sáttaviðræður við áfrýjendur og lok rannsóknar málsins

20. Í júlí 2021 féllst Samkeppniseftirlitið á ósk áfrýjenda um að hafnar yrðu sáttaviðræður vegna málsins. Þær viðræður leiddu ekki til sáttar og var þeim slitið síðar í sama mánuði. Á árunum 2020–2023 aflaði Samkeppniseftirlitið frekari gagna og gaf áfrýjendum kost á að tjá sig um þau. Rannsókn málsins lauk síðan með hinni kærðu ákvörðun 31. ágúst 2023. Um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins vísast að öðru leyti til hinnar kærðu ákvörðunar (m.a. viðauka II, auk 1. kafla í ákvörðuninni).

1.3. Málsmeðferð áfrýjunarnefndar samkeppnismála

21. Í kærnu til áfrýjunarnefndarinnar gerðu áfrýjendur kröfu um að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar yrði frestað þar til meðferð málsins væri lokið fyrir nefndinni. Samkeppniseftirlitið andmælti þeirri kröfu. Aðilar tefldu fram skriflegum sjónarmiðum um þennan þátt málsins 20. og 31. október og 7. nóvember 2023. Með *úrskurði 12. janúar 2024* féllst áfrýjunarnefndin á umrædda kröfu áfrýjenda að því leyti að frestað var réttaráhrifum greina 2 og 3 ákvörðunarorða um greiðslu sekta en að öðru leyti var kröfunni hafnað.
22. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins vegna kærnu áfrýjenda var lögð fram 12. janúar 2024. Athugasemdir áfrýjenda við greinargerðina bárust 12. apríl 2024 og svör Samkeppniseftirlitsins við athugasemdum áfrýjenda 15. júlí 2024. Áfrýjendur lögðu fram gögn 25. september 2024 sem samanstóðu aðallega af

erindum þeirra til Samkeppniseftirlitsins vegna þeirra fyrirmæla sem koma fram í grein 5.2 ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar.

23. Einn nefndarmanna áfrýjunarnefndarinnar, Kristín Benediktsdóttir, var kjörin umboðsmaður Alþingis 26. september 2024 og var henni þá veitt lausn úr nefndinni. Í kjölfarið var Friðrik Árni Friðriksson Hirst skipaður aðalmaður í áfrýjunarnefndinni og tók hann upp frá því þátt í meðferð málsins sem slíkur. Hann hafði frá vori 2024 gegnt störfum ritara í málinu. Því ollu umræddar breytingar á skipan nefndarinnar ekki töfum á meðferð málsins.
24. Málið var flutt munnlega fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála 8. nóvember 2024. Áfrýjunarnefndin hafði áður upplýst áfrýjendur um að nefndin myndi ekki verða við beiðni þeirra, sem kom fram í kæru, um að teknar yrðu munnlegar skýrslur fyrir nefndinni, þar sem lagaheimild skortir fyrir því. Áfrýjendur gerðu ekki athugasemd við þá afstöðu nefndarinnar. Í aðdraganda málflutningsins lagði Samkeppniseftirlitið fram skýrslu sem það tók saman um rannsókn málsins 6. nóvember 2024. Þá lagði Samkeppniseftirlitið fram bréf 22. nóvember 2024 sem hafði að geyma viðbrögð stofnunarinnar við erindum áfrýjenda vegna fyrirmæla í grein 5.2 ákvörðunarorða sem áður var vikið að.
25. Hinn 10. janúar 2025 lögðu áfrýjendur fram bréf embættis héraðssaksóknara 20. desember 2024 þar sem tilkynnt var um þá ákvörðun embættisins að hætta lögreglurannsókn á hendur tilteknum stjórnendum áfrýjenda og Eimskips vegna atvika máls þessa (sjá einnig kafla 1.2.2 hér að framan). Í kjölfarið lagði Samkeppniseftirlitið fram bréf sitt til embættis héraðssaksóknara 14. janúar 2025 er varðaði samvinnu þeirra vegna rannsókna hvors um sig. Hinn 15. janúar 2025 óskaði áfrýjunarnefndin eftir skýringum frá Samkeppniseftirlitinu á tilgreindri ályktun í hinni kærðu ákvörðun um flutningsgetu Eimskips á rannsóknartímabilinu með tilliti til flutninga fyrir Alcoa. Af þessu tilefni komu Samkeppniseftirlitið og áfrýjendur á framfæri sjónarmiðum með alls sex

bréfum á tímabilinu 27. janúar 2025 til 5. mars 2025. Að því búnu var gagnaöflun lokið fyrir nefndinni.

26. Vegna umfangs málsins, sem á sér ekki fordæmi í innlendri réttarframkvæmd í samkeppnisrétti, var óhjákvæmilegt að málsaðilum yrðu veittir rúmir frestir til skriflegs málatilbúnaðar og gagnaöflunar svo sem þeir fóru fram á. Telja verður að skriflegur málatilbúnaður aðila fyrir áfrýjunarnefndinni hefði að réttu lagi þurft að vera styttri og hnitmiðaðri, en kæra áfrýjenda, greinargerð Samkeppniseftirlitsins, og aðrar athugasemdir aðila telja samanlagt yfir 1.500 blaðsíður án fylgiskjala. Hið sama á við um hina kærðu ákvörðun sem slíka, en hún telur 3.185 blaðsíður fyrir utan viðauka. Þá telja málgögn yfir 30.000 blaðsíður og er nokkuð um það að sömu gögn séu lögð fram oftár en einu sinni bæði af hálfu áfrýjenda og Samkeppniseftirlitsins.

2. Helstu röksemdir áfrýjenda

2.1. Inngangur

27. Áfrýjendur hafna því alfarið að hafa átt í ólögum samráði við Eimskip á árunum 2008–2013 eða utan þess tímabils. Áfrýjendur vísa til þess að í hinni kærðu ákvörðun sé ítrekað horft fram hjá sönnunargögnum sem falli ekki að kenningum Samkeppniseftirlitsins og séu ályktanir dregnar af innanhúss-gögnum sem fyrirtækin hafi aldrei rætt eða miðlað sín á milli. Jafnframt sé túlkun stofnunarinnar á 10. og 15. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins, svo og beiting sönnunarreglna, ekki í samræmi við réttarframkvæmd hér á landi eða í ESB/EES-rétti. Að auki horfi stofnunin fram hjá ítarlegum athugasemdum áfrýjenda og Eimskips við rannsókn málsins sem gefi rétta mynd af atvikum í rekstri fyrirtækjanna á ætluðu samráðstímabili. Þá sé lengd hinnar kærðu ákvörðunar langt úr hófi fram sem geri hana tyrfna og illskiljanlega, auk þess að torvelda áfrýjendum að nýta lögbundin réttarræði sín með skilvirkum hætti.

2.2. Um bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga o.fl.

28. Áfrýjendur byggja á því að viðskipti þeirra við Eimskip og tengd samskipti hafi hvorki haft það að markmiði að raska samkeppni né hafi þau verið til þess fallin að hafa samkeppniströskun í för með sér í skilningi bannreglna 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Óumdeilt sé að fyrirtækin hafi átt í viðskiptum á rannsóknartímabilinu og einnig fyrir upphaf þess. Viðskipti fyrirtækjanna hafi byggst á eðlilegum viðskiptalegum forsendum og verið nauðsynleg til þess að viðhalda og eftir atvikum auka samkeppni milli fyrirtækjanna. Háttsemi fyrirtækja verði í eðli sínu að hafa skaðleg áhrif á samkeppni til að hún uppfylli skilyrði bannákvæðanna um að hún hafi það að markmiði að raska samkeppni. Það skilyrði beri að skýra þröngt.
29. Við mat á fyrrgreindu skilyrði telja áfrýjendur að líta beri einkum til efnis viðkomandi samnings og tilgangs hans, sem og hins efnahagslega og lagalega samhengis sem á við um hann í hverju tilviki fyrir sig, sbr. *dóma yfirdeildar dómstóls ESB í málum C-124/21 P, ISU, og C-333/21, European Super League*. Jafnframt sé nauðsynlegt að taka tillit til mögulegra samkeppnis-hvetjandi áhrifa aðgerða, sbr. *dóm dómstóls ESB í máli C-211/22, Super Bock Bebidas*. Í hinni kærðu ákvörðun sé þó aldrei lagt sjálfstætt mat á hvort háttsemi fyrirtækjanna hverju sinni hafi í eðli sínu verið skaðleg samkeppni. Öll viðskipti áfrýjenda og Eimskips séu sjálfkrafa talin brot gegn 10. gr. samkeppnislaga, sama hversu smávægileg þau hafi verið. Jafnframt séu öll samskipti vegna þeirra lögmætu viðskipta talin hafa verið ólögmæt. Þá setji Samkeppniseftirlitið fram ályktanir um ætluð brot vegna einhliða ákvarðana áfrýjenda sem teknar hafi verið á grundvelli mats á markaðsaðstæðum og þekkingar á starfsemi helstu keppinauta. Það að áfrýjendur og Eimskip hafi fylgst vel með hvort öðru og öðrum keppinautum feli ekki í sér brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.
30. Áfrýjendur hafna því alfarið að lögmæt viðskipti áfrýjenda og Eimskips á rannsóknartímabilinu hafi verið hluti af ætluðu samráðsverkefni „Nýtt upphaf“

sem Samkeppniseftirlitið telji að tekin hafi verið ákvörðun um á fundi æðstu stjórnenda fyrirtækjanna 6. júní 2008. Á þeim grunni sé endurtekið staðhæft í hinni kærðu ákvörðun að viðskipti fyrirtækjanna hafi haft það að markmiði að raska samkeppni, án þess að stofnunin telji tilefni til að greina og rökstyðja hvernig umrædd viðskipti teljist hafa haft röskun á samkeppni að markmiði eða að þau hafi haft slík áhrif í raun.

31. Í hinni kærðu ákvörðun sé einnig horft fram hjá því einkenni flutningastarfsemi að flutningafyrirtæki þurfi oft á tíðum að eiga í viðskiptum til að koma vörum á alla áfangastaði. Eimskip sé langstærsta flutningafyrirtæki landsins og í markaðsráðandi stöðu í flutningum til og frá Evrópu og í einokunarstöðu í flutningum til og frá Ameríku. Enn fremur sé fyrirtækið með mjög öflugan landflutningastarfsemi. Önnur flutningafyrirtæki geti því eðli málsins samkvæmt þurft að notast við þjónustu Eimskips í ýmsum tilvikum. Þá leggi 11. gr. samkeppnislaga skyldur á Eimskip um að synja keppinautum ekki um viðskipti í ákveðnum tilvikum. Hafi Eimskip verið gert að eiga í sambærilegum viðskiptum við aðra aðila vegna markaðsráðandi stöðu þess, sbr. *ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 29/2015*. Byggja áfrýjendur á því að þeim hafi verið heimilt að kaupa þjónustu af Eimskip og öfugt, bæði þegar um hafi verið að ræða viðskipti á eðlilegum viðskiptalegum forsendum og þegar fyrirtækin hafi ekki sjálf starfrækt flutninga á viðkomandi flutningaleiðum, enda hafi viðskiptin þá verið lóðrétt í eðli sínu.
32. Hvað varðar 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins taka áfrýjendur fram að í hinni kærðu ákvörðun sé ekki að finna sjálfstæðan rökstuðning fyrir því að skilyrði þess ákvæðis séu uppfyllt í málinu, heldur sé í ákvörðuninni látið við það sitja að vísa til sama rökstuðnings og varðandi niðurstöðu um ætluð brot áfrýjenda gegn 10. gr. samkeppnislaga. Skilyrði ákvæðanna séu þó ekki að öllu leyti þau sömu og því sé ótækt að fella öll ætluð samráðsbrot undir bannákvæði 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins án þess að fram fari sjálfstætt mat á skilyrðum þess

ákvæðis. Með vísan til framangreinds sé ósannað að áfrýjendur hafi brotið gegn 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

2.3. Um sönnun í samráðsmálum

33. Áfrýjendur vísa til þess að í hinni kærðu ákvörðun sé að verulegu leyti vikið frá grundvallarreglum um sönnun í samkeppnismálum og varðandi túlkun 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Sönnunarbyrði um brot hvíli á samkeppnisyfirvöldum og beri að skýra allan vafa áfrýjendum í hag, sbr. 2. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 2. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Að auki beri að gera strangar kröfur til sönnunar að þessu leyti.
34. Áfrýjendur telja engum vafa undirorpið að Samkeppniseftirlitið hafi í hinni kærðu ákvörðun hvorki sannað né gert líklegt að ætluð brot hafi átt sér stað, þar á meðal að áfrýjendur og Eimskip hafi raunverulega náð saman um slík brot. Í málinu sé ekki fyrir að fara neinum beinum sönnunargögnum sem sýni fram á brot. Áfrýjendur vísa til þess að rannsókn málsins hafi markast af kenningum Samkeppniseftirlitsins sem mótast hafi í upphafi hennar. Hafi stofnunin leitast við að finna þeim kenningum stoð með því að slíta gögn úr samhengi og horfa fram hjá gögnum og staðreyndum sem falli ekki að kenningum hennar. Jafnframt hafi skýringum áfrýjenda á málsatvikum verið hafnað kerfisbundið. Áfrýjendur hafi af þessum sökum ekki notið réttar til að teljast saklausir uns sekt er sönnuð, sbr. 2. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 2. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.
35. Áfrýjendur vísa jafnframt til þess að Samkeppniseftirlitið verði að styðja ályktanir um samráðsbrot við gögn sem séu áreiðanleg og skýr um þau atriði sem þeim sé ætlað að sanna. Slíkum gögnum sé ekki til að dreifa í málinu, heldur telji Samkeppniseftirlitið sér fært að draga ályktanir af ýmsum brota-kenndum gögnum. Þær ályktanir séu hraktar með rökstuddum hætti og með vísan til gagna í málatilbúnaði áfrýjenda.

36. Áfrýjendur taka fram að bann við ólögumætu samráði girði ekki fyrir samhliða hegðun fyrirtækja, svonefnda þegjandi samhæfingu (þögult samráð). Það eigi ekki síst við á fákeppnismörkuðum þar sem tiltölulega fáir keppinautar hafa samanlagt meginhluta markaðshlutdeildar, líkt og á þeim mörkuðum sem áfrýjendur starfa á. Í samkeppnisrétti sé talið að fyrirtæki hafi svigrúm til þess að laga sig með skynsamlegum hætti að raunverulegri og áætlaðri háttsemi keppinauta sinna, sbr. meðal annars *dóma dómstóls ESB í málum C-40/73, Suiker Unie*, og *C-382/12, Mastercard*. Samhliða hegðun fyrirtækja feli ekki í sér sönnun um brot gegn 10. gr. samkeppnislaga eða 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins nema samráð sé eina mögulega skýringin á þeirri hegðun, sbr. *dóm dómstóls ESB í sameinuðum málum C-89/85 o.fl., Ahlström Oy*, og *dóm undirréttar dómstóls ESB í máli T-442/08, CISAC*.
37. Áfrýjendur vísa til þess að samkvæmt framangreindri réttarframkvæmd geti fákeppni verið fullnægjandi skýring á tiltekinni markaðshegðun. Á flutningamörkuðum hér á landi ríki einnig verulegt gagnsæi um stöðu viðskiptavina fyrirtækjanna, einkum stærri viðskiptavina, enda leiti þeir yfirleitt til allra aðila á markaði áður en þeir geri samning. Því sé auðvelt fyrir flutningafyrirtæki að fylgjast með markaðshlutdeild keppinauta og stöðu þeirra á markaði. Þá sé almennt veruleg samhverfa í kostnaðaruppbyggingu flutningafyrirtækja, sem geri þeim kleift að áætla kostnað keppinauta með allnokkurri nákvæmni. Á það skorti hins vegar í hinni kærðu ákvörðun að lagt hafi verið sérstakt mat á hvort samhliða hegðun áfrýjenda og Eimskips hafi átt sér aðrar skýringar í einstökum tilfellum með hliðsjón af eðli viðkomandi þjónustu, stærð og fjölda fyrirtækja á viðkomandi markaði, sem og umfangi viðskiptanna.
38. Þá vísa áfrýjendur til þess að reglugerð ESB nr. 906/2009 um hópundanþágu vegna tiltekinnar samvinnu áætlunarskipafélaga hafi ekki þýðingu þar sem engu samráði hafi verið til að dreifa til að byrja með.

2.4. Um sátt Eimskips

39. Áfrýjendur taka fram að Eimskip hafi ekki lagt fram nein ný gögn eða upplýsingar sem gætu stutt við málatilbúnað Samkeppniseftirlitsins, áður en Eimskip hafi gert sátt við Samkeppniseftirlitið 16. júní 2021. Þær varnir sem Eimskip hafi haft uppi fram að gerð sáttarinnar hafi endurspeglad raunverulega afstöðu fyrirtækisins til atvika málsins og ályktana Samkeppniseftirlitsins. Viðurkenning Eimskips á ólögsmætu samráði sé þannig í verulegu ósamræmi við sjónarmið fyrirtækisins fram að gerð sáttarinnar, þar á meðal ítarlegar athugasemdir fyrirtækisins við andmælaskjöl málsins. Áfrýjendur hafna því að fyrri athugasemdir Eimskips hafi ekki lengur gildi eftir gerð sáttarinnar. Jafnframt hafi nokkrir fyrrverandi lykilstarfsmenn Eimskips stigið fram og gefið skriflegar yfirlýsingar sem samrýmist ekki því sem fram komi í sáttinni.
40. Áfrýjendur byggja á því að einhliða viðurkenning Eimskips á brotum samkvæmt sáttinni hafi ekki sönnunargildi um að áfrýjendur hafi gerst sekir um brot gegn samkeppnislögum og EES-samningnum. Lagt hafi verið til grundvallar í *dómum dómstóls ESB í sameinuðum málum C-239/11 P, C-489/11 P og C-498/11 P, Siemens AG o.fl.* að yfirlýsing eins fyrirtækis um þátttöku í samráði, sem andmælt sé af öðru fyrirtæki, geti ekki talist fela í sér fullnægjandi sönnun um brot hins síðarnefnda nema önnur sönnunargögn styðji þá niðurstöðu. Sátt Eimskips við Samkeppniseftirlitið sé afar rýr að efni til og feli einungis í sér almennar yfirlýsingar fyrirtækisins, en engar nánari lýsingar á viðkomandi atvikum.
41. Samkeppniseftirlitið hafi með sáttinni gert Eimskip kleift að nýta fjárhagslega yfirburði sína til að kaupa sig frá rannsókn málsins. Hafi stofnunin þannig stuðlað að því að Eimskip geti aukið enn frekar við yfirburði sína á þeim mörkuðum sem málið lýtur að. Með því sé skapað hættulegt fordæmi þar sem fjárhagslega sterk fyrirtæki geti keypt sig frá málum og varpað um leið sök á keppinauta. Þar sem viðurkenning á samráði feli í sér ásökun á hendur öðru fyrirtæki um sama brot verði að vera hafið yfir vafa að viðurkenningin sé sönn.

Sáttin beri þess hins vegar öll merki að vera taktísk og rekstrarleg ákvörðun stjórnenda Eimskips sem tekin hafi verið með hliðsjón af því hvað fyrirtækinu og hluthöfum þess væri fyrir bestu án tillits til raunverulegra atvika málsins. Engin ný gögn eða upplýsingar hafi komið fram sem skýrt gætu umrædda ákvörðun Eimskips. Í þessu sambandi beri meðal annars að líta til þess að verulegar breytingar hafi orðið á eigendahópi Eimskips frá þeim árum er rannsókn Samkeppniseftirlitsins tekur til, svo og meðal lykilstjórnenda. Í sáttinni felist einnig viðleitni Eimskips til að þrengja að starfsemi áfrýjenda með því að Eimskip gekkst undir ákvæði í sáttinni um að eiga ekki í neinu viðskiptalegu samstarfi við áfrýjendur með tilteknum undantekningum. Enn fremur felist í sáttinni að áfrýjendur og Eimskip megi ekki eiga í viðskiptum við sömu fyrirtæki sem starfa við flutningaþjónustu og því verði öðrum flutningafyrirtækjum gert að velja á milli Eimskips og áfrýjenda.

42. Áfrýjendur rekja að þegar fréttir hafi borist af sátt Eimskips hafi áfrýjendur talið rétt að kanna hvort sáttafloitur væri fyrir hendi í málinu. Þeim viðræðum hafi lokið án árangurs enda hafi áfrýjendur ekki verið reiðubúnir til þess að viðurkenna sök án tilefnis og bera um leið rangar sakir á viðkomandi starfsmenn og stjórnendur áfrýjenda. Áfrýjendur hafna því jafnframt að hafa rofið trúnað um sáttaviðræðurnar þegar lögmaður áfrýjenda hafi svarað því opinberlega hvers vegna áfrýjendur hafi ekki talið sér fært að ganga til sáttar við Samkeppniseftirlitið. Aftur á móti hafi Samkeppniseftirlitið rofið trúnað og fjallað með ítarlegum og röngum hætti um sáttaviðræðurnar í greinargerð sinni fyrir áfrýjunarnefndinni.

2.5. Um þýðingu samskipta og tengsla milli starfsmanna o.fl.

43. Áfrýjendur vísa til þess að þeir hafi á ætluðu samráðstímabili átt í venjulegum og lögmeætum viðskiptum við Eimskip, en þau viðskipti hafi farið fram fyrir opnum tjöldum og að stærstum hluta með beinni vitneskju og samþykki Samkeppniseftirlitsins. Samskipti milli starfsmanna fyrirtækjanna sem hafi tengst umræddum viðskiptum hafi því átt sér eðlilegar og lögmeatar skýringar.

Áfrýjendur taka fram að viðskipti flutningafyrirtækja séu daglegt brauð um heim allan þar sem leiðarkerfi hvers og eins ná ekki til allra áfangastaða. Slík viðskipti geti ekki átt sér stað án samskipta af einhverjum toga, svo sem um tilhögun flutninga, magn og verð. Þá hafi Samkeppniseftirlitinu verið eða mátt vera kunnugt um stóran hluta samskipta milli áfrýjenda og Eimskips, þ.m.t. vegna viðskipta þeirra í Norður-Ameríkuflutningum. Samningar fyrirtækjanna vegna þeirra flutninga hafi oft verið bornir undir Samkeppniseftirlitið og hafi þeir samningar ljóslega verið afrakstur samningaviðræðna milli félaganna.

44. Áfrýjendur hafna ályktunum Samkeppniseftirlitsins um að ólögmat samskipti hljóti að hafa átt sér stað á tilgreindum viðburðum sem sóttir hafi verið af starfsmönnum áfrýjenda og Eimskips. Vegna smæðar íslensks samfélags sé eðlilegt að leiðir starfsmanna keppinauta liggi víða saman, þ.m.t. í gegnum fjölskyldubönd, vináttu og íþrótt- og tómstundaiðkun. Á jafn fjölmennum vinnustöðum og í tilviki áfrýjenda og Eimskips sé einfaldlega útilokað að komast hjá því að leiðir starfsmanna fyrirtækjanna liggi saman á ýmsum sviðum. Þótt ljóst sé af gögnum málsins að umrædd samskipti fyrirtækjanna eigi sér eðlilegar skýringar byggja Samkeppniseftirlitið á hinu gagnstæða með ómálefnalegum hætti og án stoðar í gögnum málsins. Endurtekið sé vísað til persónulegra samskipta einstaklinga sem eigi ekkert erindi inn í málið. Meðal annars sé umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um ætlaðan vinskaf forstjóra fyrirtækjanna alröng, en hið rétta sé að andað hafi köldu þeirra á milli. Þeir hafi aldrei spilað golf saman, þótt þeir hafi verið þátttakendur í sama mótinu. Hvað varðar ætlaðan „vinahóp“ hafi verið um að ræða viðburði sem félagið N1 stóð fyrir og fyrirsvarsmönnum fjölda stórfyrirtækja var boðið á ásamt viðskiptavinum. Hafi forstjórar áfrýjenda og Eimskips forðast öll samskipti á slíkum viðburðum, umfram það sem eðlilegt og nauðsynlegt hafi verið fyrir kurteisissakir.
45. Áfrýjendur telja að endurteknar kvartanir áfrýjenda og málsóknir gagnvart Eimskip á rannsóknartímabilinu hafi sérstaka þýðingu við sönnunarmat í

málinu. Þannig hljóti það að teljast mjög ólíklegt að áfrýjendur hafi átt í samráði við Eimskip þegar áfrýjendur hafi á sama tíma ítrekað krafist þess að Samkeppniseftirlitið hæfi rannsókn á hendur Eimskip vegna brota gegn samkeppnislögum. Slíkum erindum hafi áfrýjendur beint til Samkeppniseftirlitsins í nokkur skipti á rannsóknartímabilinu en þó hafi stofnunin ekki sinnt neinu þeirra. Því sé hins vegar ranglega haldið fram í hinni kærðu ákvörðun að kvörtunum áfrýjenda gegn Eimskip hafi verið ætlað að „slá ryki í augu samkeppnisyfirvalda“ eða „skapa aga“ í ætluðu samráði. Þá sé til þess að líta að Eimskip hafi verið sektað fyrir brot gegn 11. gr. samkeppnislaga, vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu með markaðsatlögu sem beindist gegn áfrýjendum, sbr. *úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008*. Hafi Eimskip síðar verið dæmt til greiðslu skaðabóta til áfrýjenda vegna brotsins, sbr. *dóm Landsréttar í máli nr. 934/2018*.

2.6. Um verðþróun o.fl.

46. Áfrýjendur hafna þeirri ályktun í hinni kærðu ákvörðun að áfrýjendur hafi hækkað flutningsverð samfellt á rannsóknartímabilinu í skjóli samráðs við Eimskip. Samkeppniseftirlitið líti fram hjá því að íslenska krónan hafi fallið um 50% á aðeins nokkrum mánuðum, auk þess sem olúuverð hafi sveiflast umtalsvert sem hafi haft mikil áhrif á olúukostnað áfrýjenda og annarra skipafélaga. Í umfjöllun um sjóflutningsverð beri að líta til flutningsgjalda í erlendri mynt án áhrifa af olúuverði. Það sé raunverulega gjaldið sem þurfi til að standa undir kostnaði við skipakerfi og séu því nær allir samningar um sjóflutninga í erlendri mynt. Því beri að miða við einingaverð í sjóflutningi án BAF-gjalds, sem breytist í takt við heimsmarkaðsverð á olíu. Jafnframt beri að meta einingaverð í inn- og útflutningi án for- og framhaldsflutninga þar sem áfangastaðir í útflutningi breytist reglulega og um leið útlagður kostnaður áfrýjenda við flutningana. Miðað við framangreindar forsendur sé ljóst að einingaverð áfrýjenda bæði í inn- og útflutningi hafi lækkað á tímabilinu.

47. Varðandi verðþróun á rannsóknartímabilinu vísa áfrýjendur einnig til þess að í samningum allflestra viðskiptavina þeirra hafi verið samið um sjóflutningsverð í evrum. Þó hafi margir mikilvægir viðskiptavinir áfrýjenda verið með samninga í íslenskum krónum. Viðskipti þeirra viðskiptavina hafi numið 48% af tekjum áfrýjenda miðað við 50 stærstu viðskiptavinina, að frátöldum tekjum áfrýjanda Jóna Transport hf. Öll gengisáhætta vegna þessara krónusamninga hafi legið hjá áfrýjendum, en allur kostnaður áfrýjenda við siglingakerfið hafi verið í erlendri mynt. Áfrýjendur hafna því einnig að jöfnuður hafi verið á tekju- og gjaldahlið áfrýjenda að því er varðar gengisáhættu.
48. Áfrýjendur vísa til þess að eftir gengisfall krónunnar hafi tekjur af umræddum krónusamningum hvergi nærri dugað til að mæta kostnaði af flutningum og þar að auki hafi skapast ójafnræði milli viðskiptavina. Hafi áfrýjendum því verið nauðsynlegt að endursemja við þá viðskiptavini sem höfðu samið um sjóflutningsverð í íslenskum krónum þannig að þau gætu nokkurn veginn haldið verðgildi sínu í evrum. Ný sjóflutningsverð í evrum hafi eftir sem áður almennt verið lægri en verð í fyrri samningi. Þrátt fyrir að áfrýjendur hafi gert upp í evrum hafi það engu breytt um nauðsyn þess að endursemja við þá viðskiptavini sem voru með krónusamninga vegna gengisfalls krónunnar. Engu að síður hafi áfrýjendur náð að halda verðhækkunum í krónum í algjöru lágmarki með margþættum niðurskurði í starfseminni, svo sem fækkun skipa í áætlunarsiglingum. Þannig hafi áfrýjendum tekist að lækka sjóflutningsgjöld í evrum jafnt og þétt á rannsóknartímabilinu, þó að þau hafi eðli málsins samkvæmt hækkað í krónum talið. Engu að síður hafi umtalsvert tap orðið af starfsemi áfrýjenda á árinu 2008, eða sem nam ríflega 9 milljónum evra, og ljóst að fyrirtækið hefði farið í þrot á skömmum tíma ef ekki hefði verið gripið til umræddra aðgerða.
49. Áfrýjendur hafna því að fyrrgreindar aðgerðir áfrýjenda skýrist af ætluðu samráði þeirra og Eimskips. Staðreyndin sé þvert á móti sú að skipafélög um heim allan hafi gripið til aðgerða af þessum toga. Samdráttur á erlendum

mörkuðum hafi þó verið smávægilegur miðað við samdráttinn hér á landi, eða um 20% að jafnaði. Vegna gengisfalls krónunnar hafi Eimskip þurft að grípa til sambærilegra aðgerða til að forðast þrot og hafi Eimskip farið í gegnum nauðasamninga á árinu 2009. Að mati áfrýjenda fái ekki staðist það sjónarmið Samkeppniseftirlitsins að áfrýjendur og Eimskip hefðu við þessar aðstæður getað sótt aukið flutningsmagn með undirboðum til viðskiptavina í stað þess að draga úr flutningsgetu. Þar sem íslenski markaðurinn sé einangraður og magn innflutnings hafi fallið um 50% hafi ekkert magn verið til staðar til að sækja. Hefðu áfrýjendur fylgt þessum ráðum Samkeppniseftirlitsins hefðu þeir farið í þrot á mettíma. Það séu því fyllilega rökréttar skýringar á öllum aðgerðum áfrýjenda á umræddu tímabili og hafi samskipti þeirra við Eimskip tengst venjulegum og lögmætum viðskipti fyrirtækjanna, svo sem vegna Norður-Ameríkuflutninga.

50. Áfrýjendur telja marklaust að líta til hækkana á gjaldskrám áfrýjenda í sjóflutningum. Viðskiptavinir hafi samið um ákveðin sjóflutningsverð við áfrýjendur hverju sinni óháð gjaldskrá. Samningar hafi að jafnaði verið gerðir til tveggja til þriggja ára og við endurnýjun slíkra samninga hafi verið samið um ný verð. Á rannsóknartímabilinu hafi slíkt nær alltaf leitt til lækkunar á verði og hafi samningsbundin verð fyrir sjóflutninga lækkað samfellt á hinu ætlaða samráðstímabili. Þá hafi hækkarnir á gjaldskrám áfrýjenda í landflutningum ekki haldið í við þróun kostnaðar við rekstur ökutækja.
51. Áfrýjendur vísa enn fremur til þess að sveiflur hafi verið í markaðshlutdeild þeirra sem nemi um 1–2% á rannsóknartímabilinu en það sé töluverð breyting í ljósi þess mikla magns sem fyrirtækin flytji. Breytingarnar séu jafnframt augljóst merki um virka samkeppni á viðkomandi mörkuðum.

2.7. Um einstaka þætti málsins

2.7.1. Nýtt upphaf

52. Áfrýjendur mótmæla þeirri ályktun Samkeppniseftirlitsins að ákveðið hafi verið á fundi stjórnenda áfrýjenda og Eimskips 6. júní 2008 að hrinda í framkvæmd umfangsmiklu samráði sem hafi náð til margra þátta í starfsemi fyrirtækjanna til að bregðast við efnahagsástandinu hér á landi. Áfrýjendur taka fram að S1 hafi átt frumkvæði að fundi með Eimskip þann dag. Ekki sé deilt um að S2 og S1 hafi setið fundinn af hálfu áfrýjenda en E2 og E1 af hálfu Eimskips. Fundurinn hafi verið haldinn á hefðbundnum vinnutíma á skrifstofu Kjalars, aðaleiganda áfrýjenda á þessum tíma. Engin leynd hafi ríkt í kringum fundinn. Fundurinn hafi komið til þar sem forsvarsmenn áfrýjenda hafi talið slæma fjárhagsstöðu Eimskips skapa tækifæri til hagstæðra kaupa á rekstrareiningum af Eimskip, sem það hafði keypt árin fyrir efnahagshrunið. Áfrýjendur hafi nánar tiltekið haft áhuga á frystigeymslum Eimskips, reknunum af hollenska fyrirtækinu Daalimpex, og gámaflutningastarfsemi í „short sea“ siglingum á vegum finnska fyrirtækisins Containerships. Hafi stjórnendur áfrýjenda séð ýmis tækifæri í að sameina þessar erlendu rekstrareiningar Eimskips við rekstur áfrýjenda, þ.m.t. möguleg samlegðaráhrif. Eimskip hafi þó ekki haft áhuga á að selja umræddar eignir til áfrýjenda og hafi þær að lokum verið seldar öðrum. Fundurinn hafi því verið árangurslaus enda hafi hann ekki leitt til neinna viðskipta milli fyrirtækjanna. Þá hafi engin gögn verið afhent eða verið til umræðu á fundinum. Ekki hafi verið haldnir fleiri fundir milli þeirra sem sóttu fundinn og þeir ekki átt í frekari samskiptum eftir hann.
53. Áfrýjendur leggja áherslu á að umræddur fundur 6. júní 2008 hafi eingöngu snúist um möguleg kaup áfrýjenda á eignarhlutum Eimskips í fyrrnefndum erlendum fyrirtækjum, Containerships og Daalimpex. Þannig hafi S1 daginn fyrir fundinn sent S2 skýrslu frá fjárfestingafélaginu Eglu sem hét „Analysis of Containerships“. Þann sama dag hafi forstjóri Kjalars varað S1 við frekari fjárfestingum áfrýjenda, þ.m.t. í Containerships. Framangreint fái frekari stoð

í samskiptum í kjölfar fundarins 6. júní 2008, þar sem S2 hafi reynt að leiða saman stjórnendur erlendra systurfélaga áfrýjenda og fulltrúa Eimskips til að kanna til hlítar hvort flötur væri á kaupum áfrýjenda á hlutum Eimskips í Containerships og Daalimpex. Áfrýjendur mótmæla því einnig að S2 hafi ranglega greint undirmönnum frá því að undirbúa þyrfti gögn fyrir stjórnarfund áfrýjanda Samskipa hf. sem hafi verið á dagskrá 6. júní 2008. Slíkur stjórnarfundur hafi sannanlega verið áformaður þann dag en honum hafi hins vegar verið frestað. Þá hafi vinna áfrýjenda við endurskoðaða fjárhagsáætlun verið ótengd umræddum fundi 6. júní 2008.

54. Áfrýjendur byggja á því að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um hið ætlaða samráðsverkefni „Nýtt upphaf“ sé hreinn skáldskapur frá upphafi til enda. Slíkt verkefni hafi aldrei verið rætt á milli áfrýjenda og Eimskips, hvorki á fyrrnefndum fundi 6. júní 2008 né á öðrum tíma eða öðrum vettvangi. Á hinn bóginn virðist sem innan Eimskips hafi verið unnið að verkefni undir heitinu „Nýtt upphaf“ allt frá árinu 2006. Það verkefni hafi falist í hugleiðingum um mögulegar sparnaðaraðgerðir sem Eimskip gæti ráðist í, ýmist innanhúss eða með samstarfi við önnur flutningafyrirtæki, en hluti þeirra hugmynda hafi fyrst verið reifaður innan Eimskips árið 2006.
55. Í hinni kærðu ákvörðun sé niðurstaða um samráð meðal annars rökstudd með vísan til glærुकynningar með yfirskriftinni „Nýtt upphaf“ sem dagsett sé í júní 2008. Þá glærुकynningu hafi E2 vistað á tölvu sinni 9. júní 2008 og hafi E4 vistað hana daginn áður. Við nánari skoðun á glærुकynningunni megji sjá að hún hafi verið búin til 10. september 2007 af tilgreindum forstöðumanni hjá Eimskip. Það að E4 hafi uppfært fremstu glæruna í júní 2008 feli ljóslega ekki í sér að skjalið og efni þess hafi verið búíð til þá. Umrædd glærुकynning hafi falið í sér innanhússhugleiðingar stjórnenda Eimskips um hvernig mætti bjarga rekstri fyrirtækisins vegna slæmrar fjárhagsstöðu þess. Ekkert bendi til þess að áfrýjendur hafi séð umrædda glærुकynningu og sé öðru ekki haldið fram af Samkeppniseftirlitinu. S2 og S5 hafi séð umrædda glærुकynningu í fyrsta sinn

við skýrslutöku hjá embætti héraðssaksóknara í maí 2018. Að sama skapi telja áfrýjendur ósannað að efnisinntak glærुकyningarinnar hafi verið rætt á fundinum 6. júní 2008 líkt og byggt sé á í hinni kærðu ákvörðun. Áfrýjendur og Eimskip hafi aldrei átt í samskiptum um verkefni af því tagi sem reifað sé í glærुकyningunni. Jafnframt sé áfrýjendum ókunnugt um að stofnaður hafi verið „vinnuhópur“ af hálfu áfrýjenda og Eimskips líkt og haldið sé fram í glærुकyningunni. Um leið mótmæla áfrýjendur ályktunum í hinni kærðu ákvörðun um aðkomu S5, S1 og E1 að slíkum vinnuhópi.

56. Framangreind lýsing áfrýjenda á efni fundarins með Eimskip 6. júní 2008 fái einnig stoð í skýringum fyrirtækjanna við rannsókn Samkeppniseftirlitsins og skýrslum sem tilteknir stjórnendur fyrirtækjanna gáfu fyrir embætti héraðssaksóknara. Rangt sé að áfrýjendum og Eimskip hafi ekki borið saman um efni og lengd fundarins heldur hafi verið samræmi í lýsingum á meginefni hans. Þá hafi áfrýjendur upplýst Samkeppniseftirlitið um fundinn að fyrra bragði í skriflegri upplýsingagjöf áfrýjenda undir rannsókn málsins, í kjölfar ítarlegrar upprifjunar á samskiptum við Eimskip. Fundurinn hafi ekki verið sérstaklega eftirminnilegur enda hafi hann staðið stutt yfir og ekki leitt til árangurs. Því sé ekki unnt að gera það tortryggilegt að S2 hafi í munnlegri upplýsingagjöf við húsleit Samkeppniseftirlitsins árið 2013 ekki upplýst um fundinn enda hafi þeirra upplýsinga verið krafist fyrirvaralaust og án undirbúnings. Þá dragi Samkeppniseftirlitið rangar ályktanir af skýrslu S2 hjá embætti héraðssaksóknara að því er varðar fundinn 6. júní 2008. Af endurriti skýrslu S2 verði skýrlega dregin sú ályktun að S2 kannaðist ekki við verkefni með heitinu „Nýtt upphaf“ og að hann hafi ekki komið að slíku verkefni með neinum hætti. Að auki liggi fyrir afdráttarlausar skriflegar yfirlýsingar S2, S1 og E1 um efni fundarins sem fái skýra stoð í samtímagögnum málsins.
57. Áfrýjendur hafna því að S2, S1, E2 og E1 hafi hist aftur á fundi 25. júlí 2008. Þótt áfrýjendur telji ljóst af gögnum málsins að stefnt hafi verið að fundi umræddan dag hafi ekkert komið fram sem staðfesti að slíkur fundur hafi verið

haldinn. Fundur S1 og S3 sama dag vegna „New Beginning“ hafi ekki tengst Eimskip heldur verkefni sem S3 hafi viljað ráðast í með Kaupþingi með það að markmiði að styrkja eiginfjárstöðu Kjalars. Þá hafi gögn og samskipti sem vísað sé til í hinni kærðu ákvörðun tengst vinnu innanhúss hjá áfrýjendum við greiningu og ákvarðanir um viðbrögð á markaði.

58. Áfrýjendur hafna því að E4 og E2 hafi komið til fundar við áfrýjendur í höfuðstöðvum áfrýjenda. Í hinni kærðu ákvörðun sé niðurstaða um þann ætlaða fund studd við framburð E4 hjá embætti héraðssaksóknara þar sem hann minntist þess að hafa sótt fund hjá áfrýjendum á síðari helmingi ársins 2008. Áfrýjendur telja ekkert liggja fyrir um að slíkur fundur hafi átt sér stað eða að E4 og E2 hafi nokkurn tímann komið í höfuðstöðvar áfrýjenda. Af framburði E4 verði þó ráðið að hann hafi þekkt til samskipta áfrýjenda og Eimskips vegna hugsanlegra kaupa áfrýjenda á fyrirtækjunum Containerships og Daalimpex sem rædd hafi verið á fundi fyrirtækjanna 6. júní 2008.
59. Áfrýjendur taka fram að þeir hafi ekki á neinum tímapunkti ráðgert að hrinda í framkvæmd aðgerðum í andstöðu við samkeppnislög og hafi stjórnendur áfrýjenda áttað sig fyllilega á því að ef stofna ætti til samstarfs við Eimskip yrði það ekki gert nema að undangengnu samþykki Samkeppniseftirlitsins. Stjórnendur áfrýjenda hafi eðlilega velt upp ýmsum mögulegum úrræðum ef allt færi á versta veg sökum efnahagsástandsins á umræddum tíma.
60. Áfrýjendur hafna þeirri ályktun í hinni kærðu ákvörðun að tildrög ætlaðs samráðs áfrýjenda og Eimskips hafi mátt rekja til þess að félög tengd S1 hafi glímt við fjárhagserfiðleika. Orðin „Cash Cow“ sem höfð séu eftir S1 í fundargerð stjórnarfundar 18. mars 2008 vísi til þekkts hugtaks í viðskiptafræðum, en Samkeppniseftirlitið kjósi að mistúlka það til að bregða upp þeirri mynd að áfrýjandi Samskip hf. hafi verið „mjólkurkúr“ fyrir samstæðuna. Hið rétta sé að S1 hafi aldrei notið arðgreiðslna úr rekstri áfrýjenda, en hann og

tengd félög hafi margsinnis lagt áfrýjendum til fé. Þá hafi afkoma áfrýjenda verið slæm á árunum 2008–2013.

61. Áfrýjendur vísa til þess að ráðning E2 sem forstjóra Eimskips hafi á engan hátt breytt viðhorfi áfrýjenda til Eimskips sem markaðsráðandi fyrirtækis og helsta keppinautarins á Íslandi. S2 og E2 hafi ekki þekkt vel og enginn vinskapur verið á milli þeirra. S2 hafi þó þekkt til starfa E2 til fjölda ára enda hafi þeir starfað lengi í flutningageiranum. S2 hafi ávallt gætt þess að eiga í sem minnstum samskiptum við E2 á viðburðum sem þeir sóttu báðir vegna stöðu sinnar, ásamt fjölda annarra einstaklinga sem voru í fyrirsvari fyrir önnur fyrirtæki, þar á meðal viðskiptavinum áfrýjenda. Það sé eðlilegur hluti af starfsskyldum forstjóra að taka þátt í viðburðum sem haldnir séu af viðskiptavinum eða mögulegum viðskiptavinum eða birgjum. Samkvæmt framangreindu hafna áfrýjendur því að upplýsingagjöf þeirra um tengsl S2 og E2 hafi verið röng eða misvísandi. Þá hafna áfrýjendur því að lýsingar þeirra á atvikum í kjölfar fundarins með Eimskip 6. júní 2008 hafi breyst verulega í kjölfar þess að andmælaskjöl voru gefin út. Þvert á móti hafi samræmi verið í málalíbúnaði áfrýjenda um alla meginþætti málsins allt frá upphafi.

2.7.2. Breytingar á siglingakerfum áfrýjenda og Eimskips

62. Áfrýjendur hafna því að þeir hafi viðhaft samráð við Eimskip um breytingar á siglingakerfum fyrirtækjanna um sumarið 2008 að því er varðar siglingakerfi Eimskips og haustið sama ár varðandi siglingakerfi áfrýjenda. Með þeim breytingum hafi fyrirtækin dregið verulega úr flutningsgetu sinni í áætlunarsiglingum milli Íslands og annarra landa til að lækka kostnað og bæta nýtingu. Þetta hafi komið til vegna aðstæðna í efnahagslífinu, einkum mikils samdráttar í innflutningi á árinu 2008 sem hafi numið um 50%. Hafi skipafélög um heim allan staðið frammi fyrir sambærilegum áskorunum en samdráttur á erlendum mörkuðum hafi þó verið umtalsvert minni en hér á landi. Vegna þessa hafi áfrýjendur þurft að taka erfiðar ákvarðanir til þess að forða fyrirtækinu frá gjaldþroti en umtalsvert tap hafi verið af rekstrinum á árunum 2008 og 2009.

Ákvarðanir um breytingar á siglingakerfi áfrýjenda og aðrar aðhaldsaðgerðir hafi verið teknar af áfrýjendum einum án nokkurs samráðs við stjórnendur Eimskips. Hið sama eigi við um ákvörðun Eimskips um breytingar á sínu siglingakerfi sem voru tilkynntar opinberlega í lok júlí 2008.

63. Áfrýjendur hafna því að drög að minnisblaði sem S5 vistaði 7. og 9. júlí 2008 hafi falið í sér tillögur að samráði við Eimskip í siglingum til og frá Íslandi. Skjalið hafi hvorki farið til Eimskips né hafi fyrirtækin rætt um efni þess. Skjalið hafi verið eðlilegur og nauðsynlegur liður í ákvarðanatöku um næstu skref í rekstri áfrýjenda. Þar hafi verið viðraðar ýmsar hugmyndir um mögulega hagræðingu í skipaflutningum og hugsanlega samstarfsfleti við Eimskip á ákveðnum siglingaleiðum. Beri minnisblaðið engin merki um að það byggðist á samskiptum við keppinauta, enda hafi engin slík samskipti átt sér stað. Þá hafi ekkert orðið úr þeim vangaveltum sem settar hafi verið fram í umræddu minnisblaði. Þannig hafi ekki orðið af þeirri heildarhugmynd sem lýst var í minnisblaðinu. Fyrir það fyrsta hafi Suðurleið Eimskips ekki verið lögð niður (og sé reyndar enn við lýði), auk þess sem fyrirtækin hafi áfram sinnt flutningum hvort í sínu lagi til og frá Vestmannaeyjum, Grundartanga og Austfjörðum. Þá hafi enginn „slot-samningur“ verið gerður á milli þeirra vegna flutninga frá Rotterdam, Immingham eða Noregi. Að auki hafi „Trans-Atlantic“ flutningar áfram verið nýttir af áfrýjendum til flutninga á pappír frá Kanada, en ekki flutningar með skipum Eimskips frá Norður-Ameríku.
64. Áfrýjendur hafna því að skjöl sem S13 sendi S2 24. júlí 2008 sýni fram á samráð við Eimskip, en þau skjöl hafi verið unnin sjálfstætt af áfrýjendum. Ekki sé óalgengt að upplýsingar um fyrirhugaðar breytingar á siglingakerfi flutningafyrirtækis berist keppinautum þess frá skipamiðlurum sem leiti að nýjum leigutaka fyrir viðkomandi skip. Enn fremur geti slíkar upplýsingar hæglega borist frá lykilviðskiptavinum sem viðkomandi flutningafyrirtæki ráðfæri sig við í aðdraganda breytinga á siglingaleiðum. Þá hafi umræddar breytingar á siglingakerfi Eimskips blasað við öllum sem hafi verið kunnugir

flutningamarkaðnum á umræddum tíma. Engin gögn liggja fyrir um að slíkar upplýsingar hafi borist áfrýjendum frá Eimskip. Fyrirnefnd skjöl S13 hafi að geyma útreikninga og sviðsmyndir sem séu eðlilegur þáttur í rekstri fyrirtækja á samkeppnismarkaði og séu ekki til marks um samráð. Þá sé tölvupóstur E5 til E8 2. júlí 2008 ekki til marks um að ólögmet upplýsingaskipti hafi átt sér stað í óformlegu samtali milli E5 og S5. Upplýsingarnar sem E5 dragi saman um útlit og horfur í innflutningi séu almenns eðlis og augljós sannindi fyrir þá sem störfuðu á umræddum markaði. Jafnframt hafi verið um að ræða upplýsingar sem hafi verið aðgengilegar öllum í opinberum gögnum.

65. Breytingar á siglingakerfi áfrýjenda haustið 2008 hafi falist í því að fækka skipum í áætlunarsiglingum úr fjórum í þrjú. Hafi áfrýjendur þannig starfrækt þriggja skipa kerfi næstu ár. Raunar hafi verið réttast að ræða um tveggja skipa kerfi þar sem einungis tvö skip áfrýjenda hafi verið í áætlunarsiglingum til að sinna inn- og útflutningi og það þriðja hafi nær einungis sinnt flutningum fyrir Alcoa frá Reyðarfirði og ekki haft viðkomu í Reykjavík. Árin á undan hafi stærð flutningskerfis áfrýjenda miðast við mikinn innflutning og hafi þeir sótt í aukin útflutningsviðskipti fyrir stóriðju til að nýta umframflutningsgetu í útflutningi. Áfrýjendur hafi samið við Alcoa í október 2007 um útflutning á áli frá Reyðarfirði til meginlands Evrópu og hafi sá samningur gilt til loka árs 2012. Jaðarkostnaður áfrýjenda við að þjónusta Alcoa hafi þá verið lítill og því hafi áfrýjendur getað boðið Alcoa mjög lág verð.
66. Í kjölfar efnahagshrunsins á árinu 2008, þ.m.t. mikils samdráttar í innflutningi, hafi heildarflutningsþörf stjórnað af útflutningi í stað innflutnings og hafi orðið umtalsvert ójafnvægi í flutningsmagni í inn- og útflutningi. Þetta hafi leitt til þess að forsendur fyrir samningi áfrýjenda við Alcoa frá árinu 2007 hafi verið brostnar. Vegna þessara breyttu aðstæðna, auk áforma áfrýjenda um takmörkun á flutningsgetu, hafi verið nauðsynlegt að hefja endurskoðun á samningnum, sem áfrýjendur og Alcoa hafi gert á grundvelli rekstrarlegra forsendna haustið 2008. Þær breytingar hafi verið forsenda þess að áfrýjendur

gætu starfað áfram á markaðnum og veitt Alcoa þjónustu. Ákvörðun áfrýjenda um breytt siglingakerfi hafi legið fyrir 15. október 2008 þegar áfrýjendur og Alcoa hafi náð efnislega saman um nýjan samning.

67. Breytingar á siglingakerfi áfrýjenda hafi haft áhrif á komutíðni skipa þeirra í Mjóeyrarhöfn á Reyðarfirði sem hafi orðið níu eða tíu dagar í stað sjö daga áður. Komudagar hafi einnig orðið breytilegir, en þeir hafi áður verið á föstum vikudögum. Vegna umræddra breytinga hafi Eimskip, sem annaðist hafnarþjónustu í Mjóeyrarhöfn samkvæmt samningi við Alcoa, þurft að þjónusta skip áfrýjenda um helgar. Af þeim sökum hafi Alcoa haldið fund með áfrýjendum og Eimskip á Reyðarfirði 22. október 2008 til að ræða framkvæmd þjónustu fyrirtækjanna við Alcoa. Á þessum tímamarki hafi áfrýjendur verið búnir að ná samkomulagi við Alcoa um breytt fyrirkomulag flutningaþjónustu. Hafi fundurinn því ekki haft nein áhrif á áform áfrýjenda um að innleiða nýtt siglingakerfi í samræmi við samkomulag þeirra við Alcoa. Þá hafi upplýsingamiðlun áfrýjenda á fundinum verið takmörkuð við upplýsingar sem hafi verið nauðsynlegar vegna framkvæmdar hafnarþjónustu Eimskips í þágu Alcoa og hafi upplýsingagjöfin því verið lögmæt.
68. Ráðið verði af tölvupóstsamskiptum innan Eimskips 22. október 2008 að Eimskip hafi fyrst fengið vitneskju á því tímamarki um að áfrýjendur hygðust gera breytingar á siglingakerfi sínu og fækka um eitt skip. Um sama leyti hafi verið fjallað um fækkun skipa í siglingakerfi áfrýjenda í erlendum miðlum. Þetta stangist á við þá niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar að áfrýjendur hafi viðhaft samráð við Eimskip um þessar breytingar og fyrirtækin ákveðið í sameiningu að draga úr framboði og skipta mörkuðum. Þvert á móti hafi engin ólögmæt upplýsingaskipti átt sér stað um umræddar breytingar. Jafnframt hafi Eimskip verið fullfært um að áætla kostnað við breytingar á siglingakerfi áfrýjenda á grundvelli opinberra upplýsinga og eigin þekkingar. Áfrýjendur framkvæmi reglulega slíkt mat á siglingakerfum keppinauta. Þá beri að líta til margvíslegra samskipta milli starfsmanna Eimskips sem beri með sér óvissu

um fyrirhugaðar breytingar á siglingakerfi áfrýjenda áður en fundurinn var haldinn 22. október 2008. Þau samskipti séu skýr sönnun um að samráði hafi ekki verið til að dreifa.

69. Með sammingsviðauka áfrýjenda og Alcoa 24. nóvember 2008 hafi Alcoa skuldbundið sig til að flytja árlega að lágmarki 300 þúsund tonn af áli með áfrýjendum. Þar sem því sleppti hafi Alcoa verið í sjálfsvald sett við hvaða flutningafyrirtæki það samdi um flutning á umframmagni. Áfrýjendur hafi engu að síður flutt meira en 300.000 tonn fyrir Alcoa öll árin eftir undirritun viðaukans fram að 2013, að undanskildu árinu 2009. Þá hafi Eimskip tekið að sér flutninga á umframmagni fyrir Alcoa samkvæmt beiðni Alcoa hverju sinni.
70. Áfrýjendur hafna þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að áfrýjendur og Eimskip hafi skipt með sér flutningsviðskiptum við Alcoa, og að áfrýjendur og Eimskip hafi lagt á ráðin um að Eimskip myndi sinna umframflutningum á áli Alcoa löngu áður en áfrýjendur tilkynntu opinberlega um breytingar á siglingakerfi sínu. Ástæðu þess að Alcoa hafi leitað til Eimskips í þessu skyni hafi ekki verið að rekja til ætlaðs samráðs áfrýjenda og Eimskips heldur þess að áfrýjendur hafi verið nauðbeygðir til að draga úr flutningsgetu sinni vegna samdráttar í innflutningi. Þrátt fyrir það hafi áfrýjendur áfram annast flutninga á mestallri álframleiðslu Alcoa. Þá megi ráða af gögnum málsins að Eimskip hafi fagnað vandræðum áfrýjenda og séð tækifæri til að ná til sín auknum flutningsviðskiptum við Alcoa, þ.m.t. vegna hækkana á verði fyrir hafnarþjónustu í Rotterdam sem áfrýjendur hafi þurft að taka á sig.
71. Í svörum Alcoa til Samkeppniseftirlitsins hafi verið vísað til þess að forsendur sammingsins við áfrýjendur hafi verið brostnar og áfrýjendum því ómögulegt að standa við skuldbindingar sínar. Alcoa hafi tekið sjálfstæða ákvörðun um að endursemjast við áfrýjendur í stað þess að snúa sér til Eimskips eða annarra aðila. Alcoa hafi ekki litið á sig sem fórnarlamb ætlaðs samráðs áfrýjenda og Eimskips, heldur hafi Alcoa ráðið ferðinni þegar kom að því að semja um og

stýra útflutningnum. Alcoa sé alþjóðlegt fyrirtæki og meðal stærstu fyrirtækja heims sem hafi haft alla burði til þess að tryggja hagsmuni sína í samningaviðræðum við áfrýjendur. Áfrýjendur hafi því ekki getað tilkynnt Alcoa um einhliða verðhækkanir heldur hafi þær alfarið verið háðar vilja Alcoa og skilningi þess á alvarlegri stöðu í rekstri áfrýjanda. Samningaviðræðurnar hafi verið langar og erfiðar en áfrýjandi hafi mætt miklum skilningi hjá Alcoa.

72. Þá telja áfrýjendur ósannað að Eimskip hefði getað annast flutninga á allri framleiðslu Alcoa í stað áfrýjenda og að slíkt hafi ekki komið til greina. Staðhæfingum Samkeppniseftirlitsins um að framleiðsla Alcoa hafi rúmast innan flutningsgetu Eimskips sé hafnað bæði sem röngum og of seint fram komnum. Það hafi þvert á móti verið alls óraunhæft fyrir Eimskip að gera tilboð í alla flutninga Alcoa, enda hafi Eimskip ekki haft getu til þess án umtalsverðra breytinga á siglingakerfi fyrirtækisins sem engar rekstrarlegar forsendur hafi staðið til. Bendi því ekkert til þess að raunhæft hafi verið fyrir Eimskip að annast flutninga á meira en 25% af álframleiðslu Alcoa svo sem ranglega sé staðhæft í hinni kærðu ákvörðun. Þá hafi Alcoa sjálft óskað eftir tilboði Eimskips í takmarkað magn flutninga og hafi tilboð Eimskips 24. október 2008 því verið í fullu samræmi við beiðni Alcoa.

73. Áfrýjendur hafna því að fundir þeirra og Eimskips um endurnýjun samnings um Norður-Ameríkuflutninga um haustið 2008 hafi verið vettvangur samráðs um breytingar á siglingakerfi áfrýjenda eða önnur atriði enda bendi ekkert í gögnum málsins til þess. Þá hafi fyrirtækin verið meðvituð um að almennur slot-samningur um flutninga milli Reyðarfjarðar og Færeyja, þ.m.t. í formi tímabundinnar útvíkkunar á neyðarsamkomulagi fyrirtækjanna frá 2001, myndi vera háður undanþágu Samkeppniseftirlitsins. Viðræður fyrirtækjanna um útvíkkun á neyðarsamkomulaginu hafi hins vegar ekki leitt til niðurstöðu. Þá sé ranglega staðhæft í hinni kærðu ákvörðun að fyrirtækin hafi gert slot-samning um flutninga Eimskips á tónum flutningsgámum frá Reykjavík til Mjóeyrarhafnar. Óskað hafi verið eftir slíkum flutningum með tilfallandi hætti

í örfá skipti, en tómir gámar hafi aðallega verið fluttir til Mjóeyrarhafnar frá Rotterdam með skipi áfrýjenda. Þessu til viðbótar hafi áfrýjendur og Eimskip átt í takmörkuðum viðskiptum um flutninga frá Reykjavík til Færeyja. Hafna áfrýjendur því að umrædd viðskipti hafi grundvallast á samráði við Eimskip eða að þau hafi haft það að markmiði að raska samkeppni. Enn fremur dragi Samkeppniseftirlitið rangar ályktanir af sviðsmyndagreiningum sem hafi verið settar fram meðal annars í glærुकynningu áfrýjenda 21. september 2008, en ekkert í henni gefi til kynna að samráð hafi verið milli fyrirtækjanna.

2.7.3. *Ætlaður friður við Eimskip um mikilvæga viðskiptavini*

74. Áfrýjendur hafna þeirri niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar að þeir hafi átt samráð við Eimskip um markaðsskiptingu á árunum 2009–2012, sem hafi falist í því að fyrirtækin hafi ekki sóst eftir viðskiptum stórra viðskiptavina hvors annars, en þannig hafi þeim verið kleift að hækka og halda uppi verði. Áfrýjendur leggja áherslu á að engin eiginleg sönnunargögn liggja fyrir um samskipti milli áfrýjenda og Eimskips þar sem sameiginlegum skilningi eigi að hafa verið náð um markaðsskiptingu, hvorki með almennum hætti né hvað varðar einstaka viðskiptavini eða verðlagningu, enda hafi slíkt samráð ekki átt sér stað. Meðal annars fái sú niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar enga stoð í efni glærुकynningar Eimskips um hið ætlaða samráðsverkefni „Nýtt upphaf“ sem ítrekað sé vísað til í hinni kærðu ákvörðun. Þá sé ágreiningslaust að markaðsskipting hafi ekki verið rædd á fundi fyrirtækjanna 6. júní 2008.
75. Áfrýjendur vísa til þess að Samkeppniseftirlitið beri sönnunarbyrði fyrir því að engar aðrar sennilegar skýringar séu á markaðshegðun en samráð, meðal annars í ljósi rökstuddra skýringa áfrýjenda á aðstæðum á mörkuðum og samtímagögnum, sbr. *dóm dómstóls ESB í máli C-89/85, Ahlström Osakeyhtiö o.fl.* Þótt ekki þurfi að sýna nákvæmlega fram á hvernig og hvenær ætlað samráð hafi verið ákveðið, hvíli á Samkeppniseftirlitinu að sanna að áfrýjendur og Eimskip hafi raunverulega náð saman um að viðhafa samráð. Gera verði

strangar kröfur til sönnunar á því að slíkur sameiginlegur skilningur hafi náðst um markaðsskiptingu, sem hafi aldrei verið raunin í fyrirbyggjandi tilviki.

76. Áfrýjendur telja það grundvallaratriði að líta til eiginleika markaðarins sem áfrýjendur og Eimskip starfa á, en hann sé fákeppnismarkaður og séu helstu þættir markaðarins gagnsærir. Viðbrögð keppinautar við missi viðskipta séu því oftast þau að sækjast eftir nýjum viðskiptavinum frá þeim aðila sem náði umræddum viðskiptum frá honum. Mikilvægt sé að setja þetta í samhengi við umfjöllun í hinni kærðu ákvörðun um að áfrýjendur hafi ekki farið á eftir stærri viðskiptavinum Eimskips með því að lækka verð. Áfrýjendur hafi þó gengið langt í því að kortleggja viðskiptavinum Eimskips og halda góðum samskiptum við þá. Almennt ríki verulegt gagnsæi um stöðu viðskiptavina á flutninga- mörkuðum hér á landi og hafi áfrýjendum iðulega borist upplýsingar frá núverandi og mögulegum viðskiptavinum um kjör sem þeir hafi verið með eða séu með hjá Eimskip. Áfrýjendur hafi þannig lagt mat á hvenær möguleikar sköpuðust til aðgerða til að sækja viðskipti frá keppinautnum, sem hafi gerst margsinnis á rannsóknartímabilinu. Það felist í eðli heilbrigðrar samkeppni að fyrirtæki fylgist með hegðun keppinauta sinna og taki mið af háttsemi þeirra við eigin ákvarðanatöku, einkum á fákeppnismarkaði.
77. Áfrýjendur benda á að enda þótt sú ályktun væri rétt að „ró“ hafi verið yfir samkeppni um stærstu viðskiptavinina telja áfrýjendur eðlilegt að slíkt ástand skapist til lengri eða skemmri tíma á fákeppnismörkuðum. Áfrýjendur búi við þær aðstæður að Eimskip beri höfuð og herðar yfir aðra keppinauta og sé verðleiðandi á markaðnum, og sé bæði með stærsta siglingakerfið og mestu flutningsgetuna. Fyrir áfrýjendur sé því ekki æskilegt að eiga í stöðugu verðstríði við fyrirtæki í slíkri stöðu. Það sé því að sama skapi eðlilegt að áfrýjendur leggi áherslu á að halda viðskiptavinum, ekki síst þeim stærri. Eins og gögn málsins beri með sér hafi áfrýjendur sótt í viðskiptavinum Eimskips af öllum stærðum en áhersla hafi verið lögð á að sækjast eftir viðskiptum lítilla og meðalstórra fyrirtækja. Fyrir því séu eðlilegar rekstrarlegar skýringar enda

sé lægri framlegð af viðskiptum stærstu viðskiptavinanna en þeirra sem minni eru. Þrátt fyrir mikilvægi stórra viðskiptavina sé ekki síður mikilvægt að nýta flutningsgetuna með minni viðskiptavinum á hærri verðum, en þannig náist betri nýting á flutningsgetu og aukin framlegð af rekstri.

78. Áfrýjendur benda á að til þess að ná til sín stórum viðskiptavinum Eimskips hefðu áfrýjendur þurft að bjóða lægstu verð á markaði og mun lægri verð en sambærilegum viðskiptavinum áfrýjenda hafi staðið til boða. Reynslan hafi sýnt að Eimskip hafi vanalega svarað fyrir sig með því að sækja viðskipti sambærilegs viðskiptavinar hjá áfrýjendum og því hafi verið mjög mikil áhætta fólgin í slíkum aðgerðum fyrir áfrýjendur. Hættan hafi verið sú að áfrýjendur myndu sitja eftir með sambærilegt eða jafnvel minna magn flutninga og það á mun lægri einingaverðum. Eimskip hafi enda verið umtalsvert stærra fyrirtæki og sem slíkt notið stærðarhagkvæmni og getað betur þolað undirboð af þessu tagi en áfrýjendur.
79. Þá hafi skipt máli að siglingakerfi fyrirtækjanna hafi verið ósambærileg megnið af rannsóknartímabilinu. Af þessum sökum hafi þjónustuframboð áfrýjenda til viðskiptavina verið síðra en það sem Eimskip gat boðið og hafi áfrýjendur að sama skapi átt erfiðara með að halda uppi sambærilegri þjónustu og viðskiptavinir höfðu kynnst hjá Eimskip. Því hafi frekar verið lögð áhersla á að verja markaðshlutdeild áfrýjenda með því að endursemjá við núverandi viðskiptavini, hækka verð í samræmi við verðlagsþróun og lækka kostnað, auk þess að sækja viðskipti til minni viðskiptavina.
80. Áfrýjendur vísa til þess að það sé alls ekki sjálfgæfið að réttu viðbrögðin við samdrætti í flutningsmagni, líkt og í kjölfar efnahagshrunsins, felist í því að sækja aukið flutningsmagn. Slíka sókn þurfi ávallt að meta vandlega í ljósi framangreindra atriða og sé tímasetning lykilatriði í þeim efnunum. Samkeppni á fákeppnismörkuðum sé þannig gerólík því sem gildi á mörkuðum þar sem keppinautar eru fleiri og meiri óvissa ríkir um helstu þætti markaðarins. Eftir

sem áður útiloki fákeppni ekki að virk samkeppni sé til staðar milli þeirra fyrirtækja sem eigi í hlut.

81. Áfrýjendur vísa til *úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008* þar sem staðfest var niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um að Eimskip hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með tilboðum til stórra viðskiptavina áfrýjenda, en um hafi verið að ræða ólögmdæta markaðsatlögu og misnotkun á markaðsráðandi stöðu af hálfu Eimskips. Í ljósi þeirrar niðurstöðu sé engin tilviljun að meiri „ró“ hafi ríkt á markaðnum árin á eftir, enda hafi Eimskip gætt varfærni í allri tilboðsgerð til stórra viðskiptavina áfrýjenda, eins og rakið sé í athugasemdum Eimskips til Samkeppniseftirlitsins við rannsókn málsins. Engu að síður séu fjölmörg dæmi um harða samkeppni milli fyrirtækjanna um stóra viðskiptavini á tímabilinu.
82. Áfrýjendur vísa til þess að breytingar hafi orðið á viðskiptamannahópi áfrýjenda og Eimskips á hverju ári á ætluðu samráðstímabili, auk þess sem markaðshlutdeild fyrirtækjanna hafi sveiflast talsvert. Áfrýjendur hafi ráðgert að sækja í mikilvæga viðskiptavini Eimskips, svo sem Nathan & Olsen og Ölgerð Egils Skallagrímssonar. Áfrýjendur hafi meðal annars náð Nathan & Olsen í viðskipti til sín, sem og Fóðurlöndunni og ÁTVR. Eimskip hafi hins vegar mistekist að ná yfir til sín Vífilfelli, stærsta viðskiptavini áfrýjenda, og Húsasmiðjunni, þeim næst stærsta. Fullyrðingar í hinni kærðu ákvörðun um að „friður“ hafi ríkt á milli áfrýjenda og Eimskips um mikilvæga viðskiptavini séu því ekki í samræmi við gögn málsins sem séu þvert á móti til marks um harða samkeppni.
83. Áfrýjendur hafna því alfarið að forsendur í rekstraráætlunum áfrýjenda og önnur áætlanagerð þeirra hafi þýðingu við sönnunarmat í málinu. Rekstraráætlanir séu almennt settar fram með varfærum hætti og því sé ekki gert ráð fyrir miklum tilfærslum viðskiptavina. Áfrýjendur hafi verið í veikri stöðu fjárhagslega og því hafi almennt ekki verið talið forsvaranlegt að ráðast í

markaðssókn sem hefði haft neikvæð áhrif á afkomu. Hið sama virðist hafa átt við um Eimskip enda hafi fyrirtækið gengist undir fjárhagslega endurskipulagningu með nauðasamningum.

84. Áfrýjendur hafna jafnframt þeirri ályktun sem dregin sé í hinni kærðu ákvörðun að ætlað samráð Eimskips og áfrýjenda hafi skapað aðstæður til verðhækkana og aukinnar gjaldtöku. Í ákvörðuninni sé vísað til þess að fyrirtækin hafi ítrekað breytt gjaldskrá sínnum eftir að hækkarir á gjaldskrá höfðu tekið gildi hjá hinu fyrirtækinu. Áfrýjendur byggja á því að fyrirtækjum sé fullkomlega heimilt að taka mið af opinberri gildandi verðlagningu keppinauta við ákvörðun á eigin verðlagningu, sbr. *dóm dómstóls ESB í máli C-8/08, T-Mobile Netherlands* og *dóm undirréttar dómstóls ESB í máli T-191/98, Atlantic Container Line*. Því hafi ekkert verið því til fyrirstöðu að áfrýjendur og Eimskip tækju mið af verðbreytingum hvors um sig við ákvörðun um eigin verðlagningu. Áfrýjendur hafi tekið ákvörðun um verðhækkun eftir að hækkun á gjaldskrá Eimskips hafði verið tilkynnt viðskiptavinum. Þá sýni gögn málsins fram á óvissu fyrirtækjanna um áform hvors annars og að ekki hafi verið tekið mið af háttsemi keppinautarins fyrr en eftir að hún var um garð gengin. Slíkt brjóti ekki gegn 10. gr. samkeppnislaga eða 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.
85. Í hinni kærðu ákvörðun sé vísað til þess að fjöldi flutningssamninga hafi verið lausir á tímabilinu 2008–2013 en þrátt fyrir það hafi enginn mikilvægur viðskiptavinur farið á milli fyrirtækjanna. Í ákvörðuninni sé þó litið fram hjá þeim stóru viðskiptavinum sem hafi færst á milli fyrirtækjanna. Jafnframt mótmæla áfrýjendur ályktunum sem dregnar eru í hinni kærðu ákvörðun af atvikum varðandi tilgreinda mikilvæga viðskiptavini áfrýjenda og Eimskips.
86. Hvað varðar German Seafood Fish (GSF) liggi fyrir að Eimskip hafi fengið upplýsingar um verð GSF hjá áfrýjendum eftir fund sem Eimskip hafi átt með GSF. Gögn málsins sýni að verð áfrýjenda hafi verið lág samanborið við það

verð sem Eimskip var tilbúið að bjóða GSF. Þá hefði Eimskip með of lágu verðtilboði til GSF getað brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga, sbr. *úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008*.

87. Hvað varðar Promens vísa áfrýjendur til þess að þeir hafi lagt mikla vinnu í að halda viðskiptum við það fyrirtæki og boðið mjög lág verð í heildarviðskipti fyrirtækisins. Þeim verðum hafi Eimskip ekki verið tilbúið að mæta og ekki viljað bjóða lægri verð en eðlilegt væri, sbr. *úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008*. Áfrýjendur hafi gengið svo langt að það hafi komið bæði Promens og Eimskip á óvart og hafi því verið til staðar rík samkeppni um viðskiptin. Þá hafna áfrýjendur ályktunum Samkeppniseftirlitsins um að Eimskip hafi einungis viljað minnihluta viðskiptanna við Promens til að virða „friðinn“ við áfrýjendur. Áfrýjendur hafi einnig haldið viðskiptum við Norðlenska með því að bjóða fyrirtækinu lágt verð, en Norðlenska hafi verið annar mikilvægur viðskiptavinur áfrýjenda.
88. Áfrýjendur hafna því að hafa viðhaft samráð við Eimskip í tengslum við viðskipti Vífilfells og Ölgerðar Egils Skallagrímssonar (ÖES). Fyrir liggja fjölmörg gögn um að unnið hafi verið af heilindum að tilboðum í viðskipti ÖES bæði af hálfu áfrýjenda og Eimskips. ÖES hafi verið lengi í viðskiptum við Eimskip og hefðu áfrýjendur því þurft að bjóða mun lægri verð til að ná þeim viðskiptum yfir til sín. Hagur áfrýjenda hafi á hinn bóginn ekki legið í því að vera með mjög marga stóra viðskiptavini á lágum verðum. Ákvörðun áfrýjenda um að sækjast ekki af krafti eftir viðskiptum við ÖES hafi einungis verið tekin á grundvelli viðskiptalegra og strategískra forsendna um að beina kröftum að öðru fyrirtækinu og reyna þannig að verja viðskiptin við Vífilfell sem hafi verið mikilvægur viðskiptavinur áfrýjenda. Til að ná viðskiptum ÖES hefðu áfrýjendur þurft að bjóða ÖES afar lágt verð, lægra en til annarra viðskiptavina, sem hefði haft þau áhrif að Eimskip hefði þegar í stað boðið stærstu viðskiptavinum áfrýjenda, svo sem Vífilfelli, sambærilegt verð. Slíkt myndi leiða til lægri einingarverðs og missis á viðskiptavinum.

89. Af innanhússgögnum Eimskips verði ráðið að Eimskip hafi sett Vífilfell efst á blað þeirra mikilvægu viðskiptavina sem til skoðunar kæmi að reyna að ná af áfrýjendum. Jafnframt sé óútskýrt í hinni kærðu ákvörðun hvers vegna staðið hafi yfir undirbúningur á tilboði innan Eimskips í viðskipti Vífilfells ef fyrirtækin hefðu verið búin að skipta með sér markaðnum. Það sama eigi við um vinnu innan áfrýjenda við tilboð til ÖES. Þá staðfesti viðbrögð S6 og S2 við því að Eimskip hafi boðið Vífilfelli afslátt af BAF-gjaldi að virk samkeppni hafi ríkt á markaðnum. Það hafi bent til þess að Eimskip ætlaði að gera atlögu að Vífilfelli og hafi það ljóslega átt erindi til stjórnenda áfrýjenda. Þá hafna áfrýjendur þeirri ályktun Samkeppniseftirlitsins að samkomulag hafi verið milli þeirra og Eimskips um að takmarka afslætti af BAF-gjaldi, líkt og Samkeppniseftirlitið gangi út frá.
90. Áfrýjendur hafna sem haldlausum og ósönnuðum ályktunum í hinni kærðu ákvörðun um að tilboð áfrýjenda í viðskipti ÖES hafi verið „sýndartilboð“ og að fyrirtækið hafi reynt að tryggja að það fengi ekki viðskiptin. Hið rétta sé að mikil vinna hafi verið lögð í tilboðið en áfrýjendur hafi talið mjög litlar líkur á því að ÖES myndu færa viðskipti sín til áfrýjenda nema til kæmi mjög lágt verð. Þá hafi áfrýjendur þurft að taka með í reikninginn hver viðbrögð Eimskips gætu orðið ef ÖES kæmi í viðskipti til áfrýjenda eins og áður greinir. Af gögnum málsins verði jafnframt ráðið að alger óvissa hafi verið innan Eimskips um stefnu áfrýjenda gagnvart ÖES.
91. Í hinni kærðu ákvörðun sé það talið vekja athygli að S2 hafi giskað nánast rétt á alla liði tilboðs Eimskips í viðskipti ÖES. Heildartilboð áfrýjenda hafi verið 1.350 milljónir króna, en heildartilboð Eimskips 1.121 milljón króna. Samkeppniseftirlitið telji að hafi áfrýjendur verið að bjóða sitt besta verð veki athygli að engin undrun virðist koma fram hjá umræddum stjórnendum áfrýjenda við tilboði Eimskips. Samkeppniseftirlitið telji að tilboð áfrýjenda til ÖES hafi ekki verið trúverðugt þegar horft sé til þess að Vífilfell, sem sé sambærilegur viðskiptavinur, hafi verið lengi í viðskiptum við áfrýjendur.

Áfrýjendur hafna þeirri ályktun sem dregin er í hinni kærðu ákvörðun að stjórnendur áfrýjenda hafi gengið út frá því frá upphafi að áfrýjendur myndu ekki fá og vildu ekki fá viðskipti ÖES. Með umræddri „keppni“ hafi verið lagt mat á það hversu lágt stjórnendur áfrýjenda töldu að Eimskip myndi teygja sig til þess að halda viðskiptum við ÖES. Ágiskanir stjórnenda áfrýjenda í þeim efnum hafi verið mjög misjafnar og hafi munað allt að 15–50% á þeim. Áfrýjendur telja að þetta sýni fram á þá óvissu sem hafi verið um verðlagningu keppinautarins.

92. Þá telja áfrýjendur ótækt að horfa fram hjá þeirri staðreynd að Eimskip hafi boðið upp á beinar siglingar til Norður-Ameríku en áfrýjendur hafi verið með flutningssamning við Eimskip á þeirri leið. Óhjákvæmilega hafi tilboð áfrýjenda tekið tillit til samningsins og útlagðs kostnaðar vegna hans en Eimskip hafi verið í aðstöðu til að verðleggja þann hluta viðskiptanna mun lægra. Þá liggja fyrir að vegna samningsins hafi Eimskip haft allar upplýsingar um kostnaðarverð áfrýjenda í þeim flutningum og hafi Eimskip hæglega getað tryggt að tilboð þessi væri vel undir því verði sem áfrýjendur gátu boðið. Eimskip hafi einfaldlega staðið betur að vígi í þessu útboði og áfrýjendur ekki treyst sér ekki til að ganga lengra í tilboðsgerðinni. Niðurstaðan hafi orðið sú að Eimskip hafi haldið viðskiptum ÖES á lægri verðum.
93. Hvað varðar Rúmfatalagerinn þá hafna áfrýjendur því að atvik í tengslum við útboð Rúmfatalagersins árið 2010 renni stoðum undir niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar. Samningur áfrýjenda og Rúmfatalagersins hafi verið í íslenskum krónum og því hafi haustið 2009 verið hafinn undirbúningur að því að endursembja við fyrirtækið í evrum. Samtímagögn frá Eimskip sýni að fyrirtækið hafi haft áhuga á að ná viðskiptum Rúmfatalagersins til sín en verð áfrýjenda til fyrirtækisins hafi verið mjög lág. Verðhækkun í tilboði Eimskips í október 2009 frá fyrra tilboði í maí 2008 verði að skoða í ljósi gengisfalls krónunnar. Ekkert í gögnum málsins bendi til samskipta milli áfrýjenda og Eimskips um viðskipti við Rúmfatalagerinn. Það að áfrýjendur hafi boðið 44–

69% lægra verð en Eimskip í viðskipti Rúmfatalagersins mæli gegn niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar um markaðsskiptingu, enda bendi verðmunurinn sterklega til þess að verulegur ótti hafi verið við það að missa viðskiptin yfir til Eimskips.

94. Hvað varðar Aðföng og Nathan & Olsen liggi fyrir að Aðföng hafi flutt viðskipti sín frá áfrýjendum yfir til Eimskips árið 2008. Við brotthvarf fyrirtækisins, sem hafi verið stór viðskiptavinur áfrýjenda, hafi losnað um flutningsgetu. Tölvupóstur þar sem S6 hafi lýst yfir eindregnum vilja til þess að fylla í það skarð sem Aðföng skildu eftir sig sé til marks um virka samkeppni á markaðnum. Það hafi verið skýr ásetningur áfrýjenda að sækja ný viðskipti í stað Aðfanga fremur en að gefa eftir markaðshlutdeild og skera niður flutningsgetu. Áfrýjendur hafi svo náð öllum viðskiptum Nathan & Olsen af Eimskip í byrjun árs 2009 eða þegar ætlaður „friður“ átti að hafa staðið yfir. Áfrýjendur hafi átt í óformlegum viðræðum við bæði Nathan & Olsen og Innnes sem hafi verið taldir álitlegir kostir í stað Aðfanga þar sem um hafi verið að ræða matvælafyrirtæki, en Innnes hafi verið annar stór viðskiptavinur Eimskips. Flutningar matvælafyrirtækja séu nokkuð jafndreifðir yfir árið og hafi þeir því fallið vel að flutningskerfi áfrýjenda. Þó hafi verið óvarlegt að miða við það í rekstraráætlun áfrýjenda fyrir árið 2009 að samningar myndu takast við bæði Nathan & Olsen og Innnes. Ályktanir Samkeppniseftirlitsins um að í rekstraráætlun áfrýjenda felist einhvers konar vísbending um markaðsskiptingu séu rangar. Á árinu 2011 hafi áfrýjendur svo endað á að lækka töluvert verðtilboð sitt til Nathan & Olsen til að tryggja áframhaldandi viðskipti þess og hafi ástæðan verið óttinn við að missa umrædd viðskipti til Eimskips. Af gögnum málsins verði ráðið að Eimskip hafi sýnt viðskiptum Nathan & Olsen áhuga en talið litlar líkur á að ná þeim til sín, þar sem verulega verðlækkun þyrfti til og Nathan & Olsen virtist vera ánægt með þjónustu áfrýjenda.

95. Innnes sem hafi verið stór viðskiptavinur Eimskips hafi endurnýjað flutnings-samning við Eimskip þrátt fyrir að áfrýjendur hafi sent fyrirtækinu hagstætt verðtilboð í nóvember 2008. Verðtilboðið hafi verið í eðlilegu samræmi við umfang fyrirhugaðra flutninga. Þá hafi verið eðlilegt að áfrýjendur vildu fyrst loka heildarsamningi við Íslensk Ameríska (ÍSAM), einn stærsta viðskiptavin áfrýjenda, áður en boðið yrði í takmarkaða flutninga fyrir Innnes.
96. Þegar Aðföng hafi leitað eftir verði frá áfrýjendum í Norður-Ameríkuflutninga síðla árs 2009 hafi S6 augljóslega metið það svo að Aðföng væru ekki tilbúin að færa alla flutningana sína aftur yfir til áfrýjenda. Á þessum tíma hafi áfrýjendur unnið að samningum við aðra mögulega nýja viðskiptavini og hafi markmiðið verið að ná þeim viðskiptum frekar en að berjast við Eimskip um óverulegt magn Aðfanga til Norður-Ameríku. Þá hafi áfrýjendur verið að reyna að ná fram hækkunum á Norður-Ameríkuhluta viðskipta Nathan & Olsen um áramótin og hefði Eimskip getað spilt þeim fyrirætlunum ef áfrýjendur hefðu gengið á eftir Aðföngum.
97. Hvað varðar Íslensk Ameríska (ÍSAM) hafi áfrýjendur lagt mikla vinnu í að ná samningi við fyrirtækið og hafi bæði verð og samningsákvæði tekið breytingum í ferlinu. Markmið áfrýjenda hafi verið að ná fram nauðsynlegum leiðréttingum að hluta eins og hafi átt við um aðra viðskiptavini sem hafi verið með samninga í íslenskum krónum. Ekkert í gögnum málsins renni stöðum undir samráð áfrýjenda og Eimskips vegna ÍSAM eða það að áfrýjendur hafi ekki óttast samkeppni frá Eimskip. Sjóflutningsverð í nýjum samningi til ÍSAM hafi lækkað í evrum og hafi S2 verið þeirrar skoðunar að áfrýjendur hefðu gefið of mikið eftir. Hafi áfrýjendur ekki treyst sér til að ná nema hluta af gengisbreytingunum til baka vegna þeirrar samkeppnislegu ógnar sem steðjað hafi af Eimskip. Hvað varðar dótturfélag ÍSAM, Mekka, hafna áfrýjendur því að samskipti innan Eimskips sýni fram á að Eimskip hafi gert Mekka tilboð sem engin hætta væri á að Mekka myndi taka. Þvert á móti séu samskiptin til marks um að Eimskip hafi sýnt þeim viðskiptum mikinn áhuga.

98. Hvað varðar Ó. Johnson & Kaaber (OJK) og Europris hafi áfrýjendur samið við OJK á lægri verðum þrátt fyrir hækkanir á kostnaði og gjaldskrá. Hafi áfrýjendur talið þörf á verðlækkunum til að koma í veg fyrir að Eimskip næði viðskiptunum. Tilboð áfrýjenda til OJK á árinu 2011 gefi rétta mynd af þeirri samkeppni sem hafi ríkt á markaðnum, ekki síður um stóra viðskiptavini, og hversu langt áfrýjendur hafi verið reiðubúnir að ganga til að halda í góða viðskiptavini, en tilboð Eimskips virðist hafa verið 25–30% hærra en tilboð áfrýjenda. Áfrýjendur hafi ekki verið í neinum samskiptum við Eimskip vegna viðskipta við OJK og útboð þess fyrirtækis. Þá hafi áfrýjendur haft áhuga á viðskiptum við Europris, en áfrýjendur hafi fyrst viljað sjá til lands með viðskipti OJK áður en tekin yrði ákvörðun um hversu langt yrði gengið gagnvart Europris. Allir flutningar Europris hafi komið frá Fredriksstad í Noregi en þar hafi Eimskip haft mikið samkeppnisforskot á áfrýjendur í flutningum. Því hafi það verið óraunhæft að áfrýjendur gætu boðið Europris lægri verð en Eimskip og hafi viðskiptin af þeim sökum ekki verið arðbær fyrir áfrýjendur.
99. Sjófrakt Húsasmiðjunnar hafi, líkt og ÍSAM og Rúmfatalagersins, verið í íslenskum krónum og hafi því verið nauðsynlegt að endursemjast við fyrirtækið. Verð í nýjum samningi Húsasmiðjunnar við áfrýjendur hafi lækkað í evrum frá fyrri samningi þrátt fyrir samdrátt í innflutningi hjá fyrirtækinu og hafi verðin því verið hagstæð. Engin samskipti hafi verið á milli áfrýjenda og Eimskips um gerð tilboða til Húsasmiðjunnar. Samskipti innan fyrirtækjanna gefi þvert á móti til kynna að unnið hafi verið sjálfstætt að tilboðum til Húsasmiðjunnar af hálfu áfrýjenda og Eimskips og að óvissa hafi ríkt um verðtilboð keppinautarins. Strangar samningaviðræður áfrýjenda og Húsasmiðjunnar beri merki um virka samkeppni á markaðnum sem leitt hafi til þess að áfrýjendur hafi þurft að gefa eftir og víkja frá upphaflegum samningsmarkmiðum sínum.

100. Hvað varðar Pennann bendi gögn málsins til þess að áfrýjandi Jónar Transport hf. hafi viljað keppa við Eimskip um viðskipti Pennans. Orðalagið „að skipta bitanum“ í tölvupósti S[...] hafi gefið til kynna vangaveltur hans um það hvort hagstæðast væri fyrir Jóna að nálgast Pennann með það í huga að bjóða í hluta viðskiptanna í stað þess að bjóða í öll viðskiptin. Hafi S[...] þannig talið það ólíklegra að Eimskip myndi refsa Jónum ef fyrri leiðin yrði farin. Jónar hafi átt í viðskiptum við ýmsa flutningsaðila til og frá Íslandi, þar á meðal Eimskip, líkt og aðrir flutningsmiðlarar á markaðnum. Eimskip hafi boðið upp á betri þjónustu en aðrir flutningsaðilar frá Bretlandi til Íslands. Því hafi S[...] haft áhyggjur af því að undirbjóða Eimskip í flutningum frá Bretlandi fyrir Pennann enda hefði Eimskip í skjóli yfirburðastöðu sinnar getað skaðað samkeppnis-hæfni Jóna á markaði fyrir flutningsmiðlun.
101. Hvað varðar IKEA hafi áfrýjendur tekið eðlilega viðskiptaákvörðun um að sækjast ekki eftir viðskiptum IKEA sem hafi verið á mjög lágum verðum hjá Eimskip. Áfrýjendur hafi áður reynt að ná viðskiptum IKEA en án árangurs. Áfrýjendur hafi lagt áherslu á að verja stöðu sína ásamt því að leiðrétta samningsverð þeirra stóru viðskiptavina sem voru í íslenskum krónum.
102. Hvað varðar Öskju hafi S2 í tölvupósti til annarra stjórnenda áfrýjenda 27. júlí 2010 lýst áhyggjum af því að Askja myndi í kjölfar eigendaskipta færa sig yfir til Eimskips. Miðað við gögn málsins hafi þær áhyggjur átt við rök að styðjast enda liggi fyrir að forsvarsmenn Öskju hafi leitað til Eimskips áður en ritað hafi verið undir nýjan samning við áfrýjendur.

2.7.4. Flutningar til og frá Norður-Ameríku

103. Áfrýjendur hafna því að á tímabilinu 2004 til 2018 hafi verið fyrir hendi ólöglegt samráð á milli áfrýjenda og Eimskips í áætlunarsiglingum til og frá Norður-Ameríku. Jafnframt hafna áfrýjendur því að löglegt og nauðsynleg samskipti fyrirtækjanna vegna gerðar og framkvæmdar Norður-Ameríku-samninga fyrirtækjanna hafi verið nýtt til að samræma hinar ýmsu aðgerðir í

starfsemi félaganna. Þá liggi fyrir að Samkeppniseftirlitið hafi alltaf verið upplýst um alla þætti flutninganna. Markmið áfrýjenda með samstarfinu við Eimskip hafi verið að auka samkeppnishæfni áfrýjenda. Áfrýjendur hafi þannig veitt Eimskip samkeppni í Norður-Ameríkuflutningum annars vegar með beinum flutningum í skipum Eimskips og hins vegar með „Trans-Atlantic“ flutningum, þ.e. siglingum með skipum áfrýjenda til Evrópu og þaðan með skipum erlendra skipafélaga til Norður-Ameríku.

104. Viðskipti áfrýjenda og Eimskips vegna flutninga til og frá Norður-Ameríku eigi rætur að rekja aftur til ársins 1993. Frá þeim tíma hafi verið gerðir samtals átta samningar milli fyrirtækjanna vegna Norður-Ameríkuflutninga sem hafi gilt í ákveðinn tíma hver. Allir samningarnir, að hinum fyrsta undanskildum (1993–1995), hafi verið tilkynntir Samkeppniseftirlitinu eða forvera þess, þar sem áfrýjendur og Eimskip hafi óskað eftir því að veitt yrði undanþága fyrir samstarfinu, sbr. 15. gr. samkeppnislaga og hliðstæð ákvæði eldri laga. Fallist hafi verið á að veita undanþágur vegna samstarfsins á afmörkuðum tímabilum, sbr. *úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 13/1997 og 9/2003 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 46/2009.*

105. Viðskipti áfrýjenda og Eimskips í Norður-Ameríkuflutningum hafi gengið út á það að áfrýjendur hafi getað flutt gáma með Eimskip í beinum siglingum til og frá Norður-Ameríku. Magn á flutningaleiðinni sé ekki nægilega mikið til að rými sé fyrir tvö skipafélög á henni. Viðskiptin hafi staðið yfir að mestu leyti samfelld til 1. apríl 2015 og grundvallast á tímabundnum samningum hverju sinni sem hafi margsinnis verið endurnýjaðir. Forsendur viðskiptanna hafi ætíð verið þær sömu: Kostnaðarlegar forsendur fyrir sjálfstæðum rekstri tveggja íslenskra skipafélaga hafi ekki verið fyrir hendi, magnskuldbindingar hafi verið litlar, viðskiptin hafi verið bæði neytendum og viðskiptavinum til hagsbóta og hafi samkeppni áfram ríkt meðal annars um verð, markaðssetningu og for- og framhaldsflutninga. Einnig hafi viðskiptin gert áfrýjendum kleift að veita Eimskip samkeppni á umræddum markaði þar sem Eimskip sé

í yfirburðastöðu. Þá hafi legið ljóst fyrir að Eimskip kæmist í einokunarstöðu ef umrædd viðskipti við áfrýjendur legðust af.

106. Áfrýjendur vísa til þess að Norður-Ameríkuflutningarnir með Eimskip hafi verið mikilvægir fyrir áfrýjendur enda hafi þeir verið nauðsynlegir til að áfrýjendur gætu boðið viðskiptavinum sínum upp á heildarþjónustu í flutningum. Það sé mikil einföldun í hinni kærðu ákvörðun að „Trans-Atlantic“ flutningar (flutningar milli Íslands og Norður-Ameríku með viðkomu á meginlandi Evrópu) hafi ávallt verið raunhæfur valkostur, svo sem í útflutningi á fiski eða innflutningi á ferskvöru eða annarri vöru með takmarkaðan líftíma. Mikilvægi beinu Norður-Ameríkuflutninganna fyrir áfrýjendur hafi verið Eimskip ljóst enda hafi verið skiptar skoðanir um það hjá Eimskip hvort halda ætti viðskiptunum áfram. Þó hafi verið litið svo á að synjun um þessi viðskipti gæti verið andstæð 11. gr. samkeppnislaga enda hafi Eimskip verið með yfirburðastöðu í beinum flutningum til Norður-Ameríku. Þá hafi áfrýjendur verið meðal stærstu viðskiptavina Eimskips í þeim flutningum og hafi viðskiptin því ljóslega verið mikilvæg fyrir Eimskip, þó að dregið hafi úr þeim vegna efnahagsaðstæðna sem sköpuðust á árinu 2008.
107. Áfrýjendur taka fram að Eimskip hafi að frumkvæði E2 sagt upp þágildandi Norður-Ameríkusamningi fyrirtækjanna 30. maí 2008. Markmið Eimskips með þeirri uppsögn hafi verið að nota styrk sinn til að knýja fram verðhækkanir í þessum viðskiptum, innleiða BAF-gjöld og þrýsta á áfrýjendur til að hætta að bjóða viðskiptavinum upp á fyrrgreinda TA-flutninga og flytja í staðinn meira magn til og frá Norður-Ameríku með skipum Eimskips. Eimskip hafi náð fram tveimur af þessum þremur markmiðum sínum, þ.e. að hækka verð og innleiða BAF-gjöld. Aftur á móti hafi Eimskip ekki tekist að fá áfrýjendur til þess að draga úr TA-flutningum. Þannig hafi meginhluti allra flutninga áfrýjenda til og frá Norður-Ameríku á rannsóknartímabilinu verið með eigin skipum áfrýjenda milli Íslands og meginlands Evrópu og þaðan með öðrum skipafélögum til Norður-Ameríku.

108. Áfrýjendur og Eimskip hafi átt í viðræðum og hist á alls fimm fundum seinni hluta árs 2008 til að ræða um atriði í tengslum við endurnýjun á Norður-Ameríkusamningnum. Tölvupóstar tengdir þessum viðræðum beri öll merki eðlilegra samningaviðræðna milli seljanda og kaupanda flutningaþjónustu. Því sé rangt að ekki séu til gögn um hvað hafi verið rætt á tilgreindum fundum. Þá gefi gögn málsins skýrt til kynna að hagsmunir áfrýjenda og Eimskips í þessum viðræðum hafi ekki farið saman enda hafi samningsmarkmið fyrirtækjanna verið ólík. Áfrýjendur áréttu að áfrýjendur og Eimskip hafi ekki samræmt BAF-gjöld eða aðra gjaldtöku á umræddri flutningaleið heldur tekið sjálfstæða ákvörðun þar að lútandi. Verðhækkningar áfrýjenda í umræddum flutningum hafi verið afleiðing af auknum kostnaði vegna verðhækkana Eimskips, en ekki af ætluðu samráði fyrirtækjanna.
109. Áfrýjendur og Eimskip hafi náð saman um nýjan samning um Norður-Ameríkuflutningana á fundi 7. janúar 2009, sem gildi til 31. desember 2010, en með samningnum hafi Eimskip náð fram töluverðum verðhækkunum gagnvart áfrýjendum, eða 45–52%. Sá samningur hafi hlotið undanþágu Samkeppniseftirlitsins á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga, sbr. *ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 49/2009*. Stjórnendur fyrirtækjanna hafi síðan hist á ný á fundum í október og nóvember 2010. Gögn málsins sýni skýrt að þeir fundir hafi snúist um umræddan Norður-Ameríkusamning og væntanlega endurnýjun hans og bendi ekkert til þess að önnur atriði hafi verið rædd á fundunum. Samskipti í tengslum við fundina beri öll merki eðlilegra samningaviðræðna. Þar sem Eimskip hafi verið flutningsaðilinn í umræddum Norður-Ameríkuflutningum hafi heldur ekkert verið óeðlilegt við það að Eimskip útvegaði áfrýjendum gáma til innflutnings. Í útflutningi hafi aftur á móti yfirleitt verið notast við gáma áfrýjenda. Gert hafi verið ráð fyrir þessu í samningnum vegna Norður-Ameríkuflutninganna og þar gerður greinarmunur á gjaldtöku eftir því hvort um gáma áfrýjenda eða Eimskips var að ræða. Fyrirtækjunum hafi verið heimilt að semja á þennan veg og ekki sé rökstutt í hinni kærðu ákvörðun að umrætt fyrirkomulag hafi haft það að markmiði að raska samkeppni.

110. Áfrýjendur vísa til þess að það hafi fyrst verið í lok árs 2012 sem Samkeppniseftirlitið hafi gert athugasemd við lögmæti samstarfs áfrýjenda og Eimskips í flutningum til og frá Norður-Ameríku. Þetta hafi verið svo þrátt fyrir að fyrirtækin hafi á árunum 2004–2010 ítrekað óskað eftir undanþágum vegna samstarfsins og upplýst samkeppnisyfirvöld um að samstarfinu yrði fram haldið á meðan beðið væri eftir ákvörðun um undanþágu. Samkeppnisyfirvöldum hafi því ávallt verið kunnugt um samstarfið. Frá árinu 1993 hafi í nokkur skipti verið veittar undanþágur fyrir samstarfinu eins og fyrr greinir. Væntingar fyrirtækjanna til afgreiðslu undanþágubeiðnanna hafi því verið orðnar bæði fastmótaðar og réttmætar. Þá hafi Samkeppniseftirlitið veitt heimild fyrir samstarfinu á tilteknum tímabilum á árunum 2014 og 2015. Umræddu samstarfi áfrýjenda og Eimskips í Norður-Ameríkuflutningum hafi svo lokið formlega 1. apríl 2015, en frá þeim tíma hafi Eimskip verið í einokunarstöðu í beinum flutningum milli Íslands og Norður-Ameríku.
111. Áfrýjendur byggja á því að hafi samkeppnisyfirvöld tekið ákvörðun um að aðhafast ekki í máli geti það fyrirtæki sem til rannsóknar er haft réttmætar væntingar um að það geti haldið áfram óbreyttri hegðun á viðeigandi markaði. Í ljósi venjubundinnar framkvæmdar Samkeppniseftirlitsins og jákvæðra samkeppnisáhrifa viðskiptanna hafi áfrýjendur haft réttmætar væntingar til þess að þeim væri heimilt að halda umræddum viðskiptum við Eimskip áfram þótt ekki nyti við undanþágu Samkeppniseftirlitsins á grundvelli þágildandi 15. gr. samkeppnislaga. Enn fremur byggja áfrýjendur á því að hin kærða ákvörðun brjóti að þessu leyti gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnisýslulaga, enda megi í framkvæmd samkeppnisyfirvalda sjá mörg dæmi um að undanþága hafi verið veitt vegna samstarfs sem hafi fram að því viðgengist um langan tíma, án þess að refsingum hafi verið beitt fyrir tímabilið fram að undanþágu. Þá sé rangt að áfrýjendur hafi veitt Samkeppniseftirlitinu rangar og villandi upplýsingar í undanþágubeiðnum.

2.7.5. Flutningar í Evrópu

112. Áfrýjendur hafna því að svonefnt neyðarsamkomulag áfrýjenda og Eimskips um flutninga í neyðartilvikum hafi verið andstætt 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Markmið samkomulagsins hafi verið að fyrirtækin gætu leitað til hvors annars með flutninga þegar veruleg röskun yrði á áætlun þeirra. Tilgangurinn hafi því verið að halda uppi þjónustustigi við viðskiptavinum fyrirtækjanna og bjarga verðmætum, ekki síst í flutningum á ferskum fiski, og þannig koma í veg fyrir óþarfa tjón. Þannig hafi verið um að ræða samkomulag um viðskipti á eðlilegum og viðskiptalegum forsendum um flutninga í neyðartilvikum. Sambærilegt fyrirkomulag þekktist um allan heim á sjóflutningsmörkuðum og í fleiri atvinnugreinum, svo sem farþegaflugi og fjarskiptarekstri.
113. Í dómaframkvæmd í ESB-rétti hafi verið lagt til grundvallar að við mat á því hvort samningar milli fyrirtækja hafi að markmiði að raska samkeppni sé nauðsynlegt að taka mið af ákvæðum fyrirbyggjandi samnings og tilgangs hans, sem og hins efnahagslega og lagalega samhengis sem eigi við um hann. Í hinni kærðu ákvörðun sé ekki lagt mat á hvernig neyðarsamkomulagið geti í eðli sínu talist hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Fyrir liggi að flutningsverð hafi verið fyrir fram ákveðið og flutningar á grundvelli neyðarsamkomulagsins hafi verið óreglulegir, umfangslitlir og orsakast af ytri aðstæðum. Auk þess hafi neyðarsamkomulagið komið í veg fyrir að verðmæti færu forgörðum og aukið skilvirkni án þess að draga úr samkeppni. Áfrýjendur telja þannig ljóst að umrætt neyðarsamkomulag hafi ekki haft að markmiði að raska samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.
114. Áfrýjendur hafna því að neyðarsamkomulagið hafi einnig tekið til almennra flutninga utan neyðartilvika. Upp hafi komið fáein tilvik þar sem flutningar hafi fyrir mistök sendanda eða umboðsmanns í erlendri höfn verið bókaðir með röngu flutningafyrirtæki, en úr slíkum tilfellum hafi áfrýjendur og Eimskip leyst með atviki bundnum hætti. Áfrýjendur byggja á því að slíkir tilfallandi

flutningar flokkist ekki undir samstarf eða samvinnu á milli fyrirtækjanna og séu ekki til þess fallnir að hafa áhrif á eða takmarka samkeppni.

115. Þá vísa áfrýjendur til þess að gagnkvæmir flutningar þeirra og Eimskips á grundvelli neyðarsamkomulagsins hafi verið óreglulegir og umfang þeirra verulega takmarkað. Ágreiningslaust sé að umfang umræddra flutninga hafi numið 144 gámaeiningum (TEU) eða 0,01% af því magni sem áfrýjendur og Eimskip hafi flutt á rannsóknartímabilinu, en þar af hafi áfrýjendur flutt samtals 77 TEU fyrir Eimskip, sem jafngildi 0,02% af heildarflutningum áfrýjenda. Áfrýjendur og Eimskip hafi samið um verð sín á milli í viðskiptum þeirra á grundvelli neyðarsamkomulagsins en það hafi verið viðskiptavinum fyrirtækjanna og samningskjörum þeirra með öllu óviðkomandi. Þá hafi engar upplýsingar farið á milli fyrirtækjanna um viðskiptavinum þeirra eða kjör þeirra.
116. Áfrýjendur hafna því að þeir hafi auk neyðarsamkomulagsins gert samning við Eimskip um venjulega flutninga innan Evrópu og á milli Íslands og annarra Evrópuríkja. Það að einstakir starfsmenn fyrirtækjanna kunni að hafa stuðst við verð í neyðarsamkomulaginu til þess að semja um einstaka flutninga geti ekki talist vera merki um að neyðarsamkomulagið hafi verið „útvíkkað“ til að ná yfir venjulega flutninga. Það hafi ekki verið óeðlilegt að nýta verð í neyðarsamkomulaginu sem viðmiðun þegar semja hafi þurft um þessi sértæku en sjaldgæfu tilvik. Áfrýjendur hafna því enn fremur að leynd hafi hvílt yfir umræddu neyðarsamkomulagi. Þá hafi drög að svonefndu „útvíkkuðu neyðarsamkomulagi“ aldrei verið samþykkt og hafi fyrirtækin ekki gert annars konar rýmissamning vegna siglinga milli Íslands og Evrópu.
117. Þá hafna áfrýjendur því að endurnýjun umrædds neyðarsamkomulags með uppfærðum verðum 9. desember 2010 eigi að skoðast sem samráð af hálfu áfrýjenda og Eimskips. Með hinu endurnýjaða samkomulagi hafi ekki orðið neinar efnislegar breytingar frá fyrra samkomulagi fyrir utan að lýsing á neyðartilvikum hafi verið gerð ítarlegri. Þar sem neyðarsamkomulagið hafi

ekki verið talið falla undir gildissvið 10. gr. samkeppnislaga hafi ekki verið lögð fram undanþágubeiðni til Samkeppniseftirlitsins vegna þess á grundvelli þágildandi 15. gr. sömu laga.

118. Þá hafna áfrýjendur því að kaup áfrýjanda Jóna Transport hf. á sjóflutningaþjónustu af Eimskip í takmörkuðum mæli, einkum vegna flutninga til og frá Norður-Ameríku og Bretlandi, hafi falið í sér brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Þar hafi verið um að ræða eðlileg og hefðbundin viðskipti milli flutningsmiðlunar og flutningafyrirtækis sem hafi gert það að verkum að Jónar hafi getað veitt TVG, dótturfélagi Eimskips, aukna samkeppni. Með sátt Eimskips og Samkeppniseftirlitsins frá júní 2021 hafi verið komið í veg fyrir að Jónar geti miðlað flutningum með Eimskip sem stuðlað hafi að auknum yfirburðum Eimskips á sjóflutningamörkuðum og styrkt starfsemi TVG.

2.7.6. Landflutningar

119. Áfrýjendur hafna því að viðskipti þeirra og Eimskips í landflutningum hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Viðskiptin hafi verið óveruleg að umfangi og nánast að öllu leyti bundin við óhagkvæma flutninga til strjálbýlla svæða á Norður- og Austurlandi, það er óvirkra markaðssvæða. Lóðrétt samningssamband hafi verið milli fyrirtækjanna í viðskiptunum og fyrirtækin samið sjálfstætt um verð í þeim óháð viðskiptavinum fyrirtækjanna eða samningum sem gerðir hafi verið við þá. Áhrif viðskiptanna á samkeppni hafi verið hverfandi ef nokkur. Þá hafi verið litið svo á í framkvæmd að venjuleg viðskipti á eðlilegum kjörum milli samkeppnisaðila brjóti ekki gegn banni við ólögmetu samráði, sbr. *ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til bráðabirgða nr. 1/2011*.
120. Ágreiningslaust sé að áfrýjendur og Eimskip hafi átt í viðskiptum á landflutningamarkaði bæði á rannsóknartímabilinu og fyrir upphaf þess. Þá liggja fyrir að fyrirtækin hafi átt í samskiptum um mögulega aukningu á samstarfi

sínu í landflutningum. Það sé aftur á móti rangt að þessi atriði hafi komið til tals á fundi fyrirtækjanna þann 6. júní 2008 eða í tengslum við þann fund líkt og byggt sé á í hinni kærðu ákvörðun.

121. Áfrýjendur taka fram að viðskipti þeirra og Eimskips í landflutningum hafi í meginatriðum verið með eftirfarandi hætti: Í fyrsta lagi hafi verið um að ræða viðskipti á reglubundnum flutningaleiðum á milli staðbundinna afgreiðslustöðva og viðskiptavina í smærri þéttbýlum. Þar hafi fyrirtækin aðeins átt í viðskiptum á óverulegum hluta viðkomandi flutningaleiða (e. very last mile) en að öðru leyti notast við eigin flutningsnet. Í öðru lagi hafi verið um að ræða samrekstur tveggja afgreiðslustöðva á landsbyggðinni. Í þriðja lagi hafi fyrirtækin annast flutninga hvort fyrir annað á ferskum fiski en slíkir gagnkvæmir flutningar hafi verið tilfallandi og óreglulegir. Að auki hafi verið tilfallandi flutningsviðskipti milli áfrýjenda og Eimskips á ýmsum flutningaleiðum, einkum á Norðausturlandi. Áfrýjendur hafi meðal annars flutt vörur með Herjólfu, sem Eimskip hafi rekið í verktöku fyrir Vegagerðina. Þá hafi áfrýjendur rekið ferjuna Sæfara og Eimskip flutt vörur með ferjunni. Umrædd viðskipti fyrirtækjanna í landflutningum hafi ekki verið til þess fallin að raska samkeppni, heldur hafi þau haft jákvæð áhrif á samkeppni og hafi umfang þeirra einnig verið óverulegt.

122. Áfrýjendur benda á að algengt sé um heim allan að flutningafyrirtæki starfræki bæði eigin flutninga og kaupir flutninga af öðrum flutningafyrirtækjum. Ekkert fyrirtæki hafi leiðakerfi sem nái til allra áfangastaða og því þurfi slík fyrirtæki óhjákvæmilega að eiga viðskipti hvort við annað. Án viðskipta við Eimskip í landflutningum hefðu áfrýjendur verið í þeirri stöðu að þurfa annaðhvort að synja viðskiptavinum um tilboð eða benda þeim á að fyrirtækið gæti einungis gert tilboð í viðskipti hluta viðkomandi flutningaleiðar. Hefðu viðkomandi viðskiptavinir þá þurft að óska eftir tilboði frá Eimskip eða í sumum tilvikum frá mörgum akstursaðilum til að koma vöru á leiðarenda. Umrædd viðskipti milli áfrýjenda og Eimskips hafi því verið til þess fallin að auka samkeppni.

123. Áfrýjendur vísa til þess að fundur E6 og S7 á kaffihúsinu Mokka 4. júlí 2008 hafi tengst umfjöllun innan Samtaka verslunar og þjónustu um kvörtun yfir tiltekinni háttsemi Íslandspósts á landflutningamarkaði. Á fundinum hafi jafnframt verið rætt um áhrif versnandi efnahagsástands á landflutninga fyrirtækjanna. Hugmyndir fyrirtækjanna haustið 2008 um aukið samstarf í landflutningum, sem kynntar hafi verið á fundi með Samkeppniseftirlitinu, hafi ekki náð fram að ganga. Drög að samkomulagi um landflutningasamstarf sem liggi fyrir í gögnum málsins hafi ekki verið undirrituð og því hafi ekki verið leitað eftir undanþágu Samkeppniseftirlitsins vegna slíks samstarfs. Þrátt fyrir það hafi takmörkuð og tilfallandi viðskipti verið milli fyrirtækjanna í landflutningum á óarðbærum leiðum. Þar sem umfang þeirra viðskipta hafi verið smávægilegt og samkeppnisleg áhrif þeirra jákvæð hafi ekki verið talin þörf á undanþágu vegna þeirra.
124. Áfrýjendur hafna því að gagnkvæm landflutningaviðskipti áfrýjenda og Eimskips hafi náð til allt að 34 flutningaleiða og samreksturs á fjórum afgreiðslustöðvum eins og miðað sé við í hinni kærðu ákvörðun. Hið rétta sé að reglubundin viðskipti fyrirtækjanna hafi tengst fimm áfangastöðum: Seyðisfirði, Neskaupstað, Þórshöfn, Siglufirði og Ólafsfirði. Auk þeirra hafi verið tilfallandi viðskipti á öðrum leiðum, einkum ef bjarga þurfti verðmætum. Flutningur á ferskum fiski hafi þá sérstöðu að flutningsmagn frá mismunandi svæðum sé mjög óstöðugt og því sé erfitt að sjá fyrir flutningsþörf hverju sinni. Því hafi áfrýjendur og Eimskip verið knúin til að leita eftir flutningum hvort hjá öðru á umframmagni sem annars hefði ekki verið hægt að flytja. Það hafi einungis verið gert í undantekningartilvikum með það að markmiði að bjarga verðmætum viðskiptavina og standa við skuldbindingar um þjónustu.
125. Áfrýjendur telja það ágreiningslaust að viðskipti áfrýjenda og Eimskips í landflutningum hafi verið óveruleg miðað við heildarveltu fyrirtækjanna. Gagnkvæmir landflutningar þeirra á Norðausturlandi hafi numið 0,30–0,76% af heildarflutningum áfrýjenda. Ekki sé rétt að telja áfrýjanda Jóna Transport

hf. og TVG (dótturfélag Eimskips) með í þeim tölum enda hafi hvorugt þeirra verið með virka starfsemi á landflutningamarkaði heldur annist fyrirtækin flutningsmiðlun í millilandaflutningum. Við mat á umfangi viðskiptanna beri heldur ekki að líta á hvern áfangastað eða hverja áætlunarleið fyrir sig sem sérstakan landfræðilegan markað eins og gert sé í hinni kærðu ákvörðun. Slík venjuleg og umfangslítil viðskipti falli ekki undir bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins hvort sem um lárétt eða lóðrétt viðskiptasamband sé að ræða. Áfrýjendur telja að rangt sé að draga þá ályktun af tilfallandi viðskiptum fyrirtækjanna í fiskflutningum að um umfangsmeiri framkvæmd hafi verið að ræða. Ekki sé tilefni til að draga í efa veltutölur áfrýjenda í viðskiptunum með vísan til þess að fyrirtækin hafi í einu tilfelli gert upp reikning vegna tiltekinna viðskipta með skuldajöfnuði.

126. Áfrýjendur hafna því að landflutningaviðskipti þeirra og Eimskips hafi verið til þess fallin að raska samkeppni sökum þess að fyrirtækin hafi haft aðgang að viðskiptatengdum upplýsingum sem hafi getað haft mikla samkeppnislega þýðingu. Samskipti hafi átt sér stað nokkrum sinnum á ári, einkum í tengslum við uppgjör á lögmætum viðskiptum, þar sem engar viðkvæmar upplýsingar hafi farið á milli fyrirtækjanna. Listi yfir fiskflutninga frá Siglufirði og Dalvík sem hafi farið milli fyrirtækjanna á árinu 2011 hafi einungis varðað innheimtu á gjöldum til viðskiptavina, en þar hafi ekki verið að finna viðkvæmar viðskiptalegar upplýsingar, svo sem um verðlagningu fyrirtækjanna.

127. Þá vísa áfrýjendur til þess að þeim hafi ekki verið kunnugt um yfirtöku Eimskips á Norðurfrakt fyrr en í lok janúar 2007. Hafi áfrýjendum í kjölfarið verið nauðugur sá einn kostur að bjóða tímabundið upp á þjónustu sína í óbreyttu flutningskerfi þrátt fyrir breytt eignarhald á Norðurfrakt, en það hafi verið nauðsynlegt til að tryggja samfellu í þjónustu við viðskiptavinum áfrýjenda og viðhalda þannig samkeppni á umræddum leiðum. Áfrýjendur hafna því að þessar tímabundnu aðstæður séu til marks um ætlað samráð fyrirtækjanna. Þá hafna áfrýjendur því að þeir og Eimskip hafi sameiginlega ákveðið að segja

upp afgreiðslusamningi við fyrirtækið Austfar á Seyðisfirði líkt og byggt sé á í hinni kærðu ákvörðun.

2.7.7. Gámaumsýsla

128. Áfrýjendur hafna því að þeir hafi átt í samráði við Eimskip um leigu og lán á gámum. Áfrýjendur vekja athygli á því að samningar skipafélaga um meðhöndlun gáma (e. interchange agreements) séu alþekktir um allan heim, en þeir lúti að því hvernig eigi að meðhöndla gáma sem lenda hjá röngu skipafélagi. Í starfsemi áfrýjenda og Eimskips hafi það stundum gerst að viðskiptavinir hafi skilað gámum til rangs aðila fyrir mistök. Þá hafi fyrirtækin stundum leitað hvort til annars um yfirtöku á leigu á gámum sem teknir höfðu verið á leigu í erlendum höfnum af alþjóðlegum skipafélögum, þar sem þörf á gámum gat breyst hratt, einkum í tilfelli frystigáma fyrir útflutning á sjávarafurðum. Samskipti milli starfsmanna áfrýjenda og Eimskips um gámamál af fyrrgreindum toga brjóti ekki í bága við 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Atriði tengd gámum hafi jafnframt verið rædd milli áfrýjenda og Eimskips í tengslum við endurnýjun á Norður-Ameríkusamningum fyrirtækjanna, en gámar fyrirtækjanna hafi verið lestaðir og losaðir úr skipum á gámavöllum Eimskips í Norður-Ameríku. Þær viðræður hafi lotið að afmörkuðum viðskiptum milli fyrirtækjanna sem Samkeppniseftirlitið hafi verið upplýst um.
129. Áfrýjendur taka fram að drög að gámaleigusamningi hafi aldrei verið undirrituð og ekki starfað eftir þeim. Þau samningsdrög hafi heldur ekki komið til tals á fundi áfrýjenda og Eimskips 6. október 2008. Sá fundur hafi einungis varðað samning fyrirtækjanna um flutninga til og frá Norður-Ameríku og gámamálefni tengd þeim flutningum. Endurnýjaður samningur sem fyrirtækin hafi undirritað um þá flutninga 7. janúar 2009 hafi innihaldið sérstakt ákvæði um gámanotkun. Þar hafi verið ákveðið að ekki ætti lengur að nota gáma áfrýjenda í þeim flutningum eins og áður hafði verið. Slík lögmat viðskipti

fyrirtækjanna brjóti ekki gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins.

130. Þá hafna áfrýjendur því að lögmæt samskipti áfrýjenda og Eimskips um gáma vegna útflutnings á áli fyrir Alcoa hafi falið í sér ólögmætt samráð. Í þau skipti sem Alcoa hafi ákveðið einhliða að flytja umframmagn með Eimskip hafi mestur hluti framleiðslunnar verið lestaður í gáma áfrýjenda. Hafi þá yfirleitt verið búið að lesta í gáma áfrýjenda þegar Alcoa hafi tekið ákvörðun um að flutningur skyldi fara fram með Eimskip. Áréttu beri að allt ál frá Alcoa sem flutt hafi verið til Evrópu hafi endað hjá sama móttakandanum í Rotterdam (Steinweg) burtséð frá því hvort flutningarnir hafi farið fram með Eimskip eða áfrýjendum. Vegna umrædds fyrirkomulags Alcoa hafi fyrirtækjunum verið nauðsynlegt að hafa skilgreint verklag um það hvar gámar áfrýjenda, sem Eimskip fluttu, enduðu. Samskipti fyrirtækjanna um framangreint feli ekki í sér brot gegn bannákvæðum samkeppnislaga og EES-samningsins.

131. Þá benda áfrýjendur á að stór hluti samskipta áfrýjenda og Eimskips vegna gámaumsýslu hafi tengst flutningum þar sem erlendir viðskiptavinir hafi greitt fyrir flutning til landsins og þeir ákveðið að flytja vörur sínar með öðru skipafélaginu, þó að hitt skipafélagið væri í raun viðtakandi sendingarinnar (svonefndar „pre-paid“ sendingar). Viðtakandinn hafi ekki haft neitt með slíka ákvörðun sendandans að gera. Í viðskiptum af framangreindum toga hafi gámar augljóslega þurft að fara á milli áfrýjenda og Eimskips og flutningsaðilinn innheimti því gjöld hjá hinu skipafélaginu fyrir veitta þjónustu, svo sem vegna uppskipunar, aksturs og gámaleigu. Eðli málsins samkvæmt hafi samskipti þurft að koma til milli fyrirtækjanna vegna framangreinds.

2.7.8. BAF-gjald

132. Áfrýjendur hafna því að hafa átt í samráði við Eimskip um álagningu eða útreikning á BAF-gjaldi (olíugjaldi), en það gjald á að endurspegla olúkostnað af sjóflutningum. Áfrýjendur taka fram að olúkostaður sé almennt hærri hér á

landi en á erlendum mörkuðum og dreifist hann á færri gáma, að teknu tilliti til langrar vegalengdar til Íslands og þess að skip á íslenska markaðnum séu almennt minni en erlendis. Áfrýjendur hafi uppfært umrætt olúgjald í sjóflutningum (BAF-gjald) mánaðarlega á grundvelli eigin reikniformúlu sem hafi miðast við heimsmarkaðsverð á olíu. BAF-gjaldið hafi verið hluti af heildarverði fyrir þjónustu áfrýjenda, auk þess að lúta sömu lögmálum, þ.e. að vera umsemjanlegt upp að vissu marki. Í þeim tilvikum þegar BAF-gjald hafi verið fellt niður eða verulegur afsláttur veittur þá hafi sjófraktin iðulega verið hærri. Sumir viðskiptavina áfrýjenda hafi viljað greiða hærri sjófrakt gegn lækkun á BAF-gjaldi en aðrir hafi aftur á móti viljað greiða BAF-gjald og taka þannig sjálfir áhættuna á sveiflum í olíuverði. Þrátt fyrir að áfrýjendur hafi stefnt að því að allir viðskiptamenn skyldu greiða BAF-gjald þá hafi það ekki verið raunveruleikinn. Sú staðreynd að margir viðskiptavinir áfrýjenda hafi samið um flutningsverð án BAF-gjalds sé skýrt merki um virka samkeppni á markaðnum.

133. Áfrýjendur hafna því að hafa átt í samráði við Eimskip um BAF-gjald meðal annars í tengslum við Norður-Ameríkuflutninga fyrirtækjanna. Við endurnýjun samnings um það samstarf í ársbyrjun 2009 hafi áfrýjendur fallist á að greiða BAF-gjald með 20% afslætti gegn því að flutningsgjöld lækkuðu á móti. Áfrýjendur hafi í umræddum flutningum látið viðskiptavinina sína greiða sama BAF-gjald og Eimskip innheimti af áfrýjendum á grundvelli samnings fyrirtækjanna. Áfrýjendur hafi því eðlilega þurft að vita gjaldið hjá Eimskip til að geta verðlagt sína þjónustu þannig að tekjur af henni stæðu undir kostnaði. Upplýsingar um BAF-gjald Eimskips hafi verið aðgengilegar öllum á heimasíðu fyrirtækisins. Á þessum grundvelli hafi áfrýjendur tekið ákvörðun um BAF-gjald án nokkurs samráðs við Eimskip. Áfrýjendur hafi ávallt tekið sjálfstæða ákvörðun um öll samningskjör viðskiptavina sinna, þar á meðal BAF-gjald, hvort sem um var að ræða beina flutninga til Norður-Ameríku, TA-flutninga eða aðra flutninga. BAF-gjald áfrýjenda hafi sveiflast í samræmi við sveiflur á heimsmarkaðsverði á olíu á ætluðu samráðstímabili og hafi það verið

í samræmi við upplýsingar sem veittar hafi verið viðskiptavinum áfrýjenda. Áfrýjendur hafna því að hafa beitt blekkingum við útreikning á BAF-gjaldinu og innheimtu þess.

134. Áfrýjendur taka fram að þeir hafi fengið þær upplýsingar frá Nathan & Olsen í viðræðum við það fyrirtæki að það greiddi Eimskip ekki BAF-gjald vegna flutninga frá N-Ameríku. Á hinn bóginn hafi Eimskip veitt áfrýjendum þær röngu upplýsingar á fundi vegna Norður-Ameríkuflutninga þeirra í desember 2008 að allir viðskiptavinir Eimskips greiddu BAF-gjald að áfrýjendum meðtöldum. Í tengslum við tilboðsgerð áfrýjenda til Vífilfells hafi starfsmaður Vífilfells spurt starfsmann áfrýjenda um BAF-gjald og minnst á að Eimskip væri farið að bjóða afslátt af BAF-gjaldi af sinni hálfu. Áfrýjendur hafna því að framangreind atvik eða önnur atvik málsins séu til marks um samráð milli áfrýjenda og Eimskips um BAF-gjald.

2.7.9. Skipaafgreiðsla

135. Áfrýjendur hafna því að þeir hafi átt í samráði við Eimskip í tengslum við skipaafgreiðslu í Mjóeyrarhöfn á Reyðarfirði en þau viðskipti hafi komið til í kjölfar útboðs Alcoa árið 2007. Þar hafi Alcoa gengið annars vegar til samninga við Eimskip um alla vörumeðhöndlun og þjónustu í höfninni og hins vegar við áfrýjendur um sjóflutninga. Alcoa hafi með áðurnefndum samningi falið Eimskip að annast lestun og losun úr skipum áfrýjenda í Mjóeyrarhöfn. Áfrýjendum hafi ekki staðið til boða aðstaða á svæðinu sambærileg þeirri sem Eimskip hafði. Hafnarþjónusta Eimskips í tengslum við flutninga áfrýjenda fyrir Alcoa hafi alfarið verið á forræði Alcoa. Hafi Alcoa gert kröfu um að lesta gáma með krönum Eimskips og greitt Eimskip fyrir þá hafnarþjónustu. Auk flutninga fyrir Alcoa hafi áfrýjendur flutt takmarkað magn fyrir inn- og útflytjendur á svæðinu og hafi fyrirtækið því þurft að lesta og losa þá gáma úr skipum sínum. Það hafi verið skýr afstaða sveitarfélagsins að afgreiðsla gámaskipa færi fram á Mjóeyri en ekki inni í byggðum eins og á Reyðarfirði

eða Eskifirði. Hafi áfrýjendur ekki átt neinn annan kost en að semja við Eimskip um þjónustu fyrir viðskiptavinum sína á Austurlandi.

136. Áfrýjendur hafna því að framangreind viðskipti áfrýjenda og Eimskips í Mjóeyrarhöfn hafi haft að markmiði að raska samkeppni en áfrýjendur telja þá niðurstöðu ekki rökstudda með fullnægjandi hætti í hinni kærðu ákvörðun. Áfrýjendur byggja þannig á því að þeim hafi verið fyllilega heimilt að kaupa hafnarþjónustu af Eimskip, sem hafi auk þess verið skylt að veita þá þjónustu á grundvelli 11. gr. samkeppnislaga, enda sé um að ræða ómissandi aðstöðu. Synjun Eimskips hefði gert það að verkum að áfrýjendum hefði verið ómögulegt að sinna flutningum á svæðinu, meðal annars fyrir Alcoa. Áfrýjendum hafi ekki verið kleift að sinna hafnarþjónustunni með eigin skipskrönum meðal annars vegna fyrrgreindrar afstöðu sveitarfélagsins en það hefði jafnframt tekið mjög langan tíma og haft veruleg áhrif á siglingaáætlun áfrýjenda og þjónustu þeirra við Alcoa. Viðskipti áfrýjenda við Eimskip um hafnarþjónustu hafi því í alla staði verið jákvæð í samkeppnislegu tilliti enda hafi þau meðal annars verið forsenda þess að áfrýjendur gætu keppt við Eimskip um viðskipti Alcoa. Vegna viðskiptanna hafi verið óhjálpslegt að Eimskip fengi tiltekna upplýsingar um flutninga áfrýjenda fyrir Alcoa, þ.m.t. viðkomudaga skipa, og hafi því ekki falið í því ólöglegt upplýsingamiðlun milli fyrirtækjanna. Þá benda áfrýjendur á að Samkeppniseftirlitið geri í dag ekki athugasemdir við að annað flutningafyrirtæki eigi í sambærilegum hafnarviðskiptum við Eimskip. Áfrýjendur hafna því einnig að hafa átt í samráði við Eimskip um mögulega sameiningu skipaafgreiðslu í Sundahöfn. Legið hafi ljóst fyrir að mögulegt samstarf fyrirtækjanna um skipaafgreiðslu gæti einungis orðið að veruleika með aðkomu Samkeppniseftirlitsins. Ekkert hafi orðið af umræddum áformum.

2.8. Um 15. gr. samkeppnislaga

137. Verði talið að viðskipti áfrýjenda við Eimskip í sjó- og landflutningum, auk gámaumsýslu og skipaafgreiðslu feli í sér brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og

1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, byggja áfrýjendur á því til vara að viðskiptin falli undir undanþáguákvæði 15. gr. samkeppnislaga, eins og ákvæðið hljóðar eftir breytingar á því með lögum nr. 103/2020. Með þeim lögum hafi verið gerð sú grundvallarbreyting á ákvæðinu að svokallað sjálfsmatskerfi hafi verið tekið upp (e. self-assessment) og þannig lagt í hendur fyrirtækja að meta sjálf hvort samstarf milli þeirra uppfylli skilyrði undanþágu á grundvelli 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga.

138. Áfrýjendur byggja á því að beita beri 15. gr. samkeppnislaga í núverandi mynd við úrlausn málsins, enda sé það hagstæðara áfrýjendum en eldra ákvæði 15. gr. samkeppnislaga. Þetta leiði af meginreglu refsiréttar um að breytingar á refsilöggjöf skuli vera afturvirkar séu þær sakborningi til hagsbóta (lex mitior), en sú meginregla taki meðal annars til löggjafar sem heimili samkeppnisyfirvöldum að leggja á stjórnvaldssektir. Þessi meginregla fái stoð í 1. mgr. 2. gr. almennra hegningarlaga og 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. *dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli nr. 10249/03, Scoppola gegn Ítalíu*. Beri því að meta efnislega hvort skilyrði 15. gr. samkeppnislaga hafi verið uppfyllt án tillits til þess hvort sótt hafi verið um undanþágu Samkeppniseftirlitsins eða beiðni þess efnis formlega afgreidd.

139. Með hliðsjón af skilyrðum 15. gr. samkeppnislaga byggja áfrýjendur á því að áðurgreind viðskipti við Eimskip hafi meðal annars stuðlað að bættri dreifingu á vörum bæði neytendum og samfélaginu til hagsbóta. Einnig hafi viðskiptin, utan Norður-Ameríkuflutninga, verið tilfallandi og óveruleg að umfangi. Auk þess hafi þau ekki raskað samkeppni heldur haft jákvæð áhrif á hana. Þá hafi hagræðing af viðskiptunum skilað sér til viðskiptavina. Hvað varðar Norður-Ameríkuflutningana þá hafi það samstarf gert áfrýjendum kleift að veita Eimskip aukna samkeppni á markaðnum og haft í för með sér hagræðingu, viðskiptavinum og endanotendum til hagsbóta. Þá hafi viðskipti fyrirtækjanna í landflutningum leitt til kostnaðarsparnaðar með betri nýtingu á flutningsrými og annarrar hagræðingar auk bættrar þjónustu við viðskiptavini. Áfrýjendur

rökstyðja framangreindar málsástæður með vísan til sérfræðialita á sviði hagfræði sem þeir hafa lagt fram fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Með vísan til sömu sjónarmiða telja áfrýjendur að umrædd viðskipti uppfylli jafnframt skilyrði undanþágu samkvæmt 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

2.9. Um lögsögu

140. Áfrýjendur byggja á því að óheimilt sé að refsa þeim fyrir ætluð samráðsbrot sem falli utan gildissviðs samkeppnislaga og um leið lögsögu íslenskra samkeppnislaga, sbr. 3. gr. samkeppnislaga. Í hinni kærðu ákvörðun séu atvik og athafnir, sem hafi átt sér stað í öðrum ríkjum en á Íslandi, talin andstæð 10. gr. samkeppnislaga, annars vegar atvik í tengslum við flutninga milli Færeyja og meginlands Evrópu og flutninga milli annarra hafna innan Evrópu og hins vegar atvik varðandi frystigeymslurekstur í Hollandi. Ekki fái staðist að sama háttsemi tiltekins fyrirtækis geti verið til rannsóknar af hálfu stjórnvalda í fjölda ríkja samtímis en slík niðurstaða samrýmist ekki meginreglunni um bann við tvöfaldri refsingu. Í þessu sambandi hafna áfrýjendur því meðal annars að samskipti og samstarf norsku félaganna Silver Sea AS, sem áfrýjendur áttu hlut í, og Green Reefers á árinu 2009 hafi falið í sér samráð. Í öllu falli hafi þessi atvik ekki fallið undir lögsögu íslenskra samkeppnis-yfirvalda enda hafi flutningsmagnið að langmestu leyti verið frá Noregi, en auk þess frá nokkrum öðrum ríkjum. Því hafi umrætt samstarf réttilega verið talið falla undir gildissvið norsku samkeppnislaganna og þar með lögsögu norskra samkeppnis-yfirvalda.
141. Þá vísa áfrýjendur til þess að hollensk samkeppnis-yfirvöld hafi þegar lagt sekt á áfrýjanda Samskip Holding BV vegna samráðs frystigeymslufyrirtækjanna Kloosterboer og Daalimpex á árunum 2006–2009 og verði áfrýjendum því ekki gerð refsing fyrir sama brot öðru sinni. Staðhæfingar í hinni kærðu ákvörðun um að fyrrnefnt samráð hafi haft áhrif hér á landi séu ósannaðar. Þá sé ágreiningslaust að áfrýjendur hafi selt frystigeymslurekstur sinn í Hollandi aftur til Kloosterboer-fjölskyldunnar um mitt ár 2009.

2.10. Um málsmeðferð

142. Áfrýjendur byggja á því að meðferð málsins hafi verið í ósamræmi við rétt áfrýjenda til réttlátrar málsmeðferðar á grundvelli 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Meðal annars byggja áfrýjendur á því að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn 2. mgr. fyrrgreindra ákvæða um réttinn til að teljast saklaus uns sekt er sönnuð. Málið hafi sýnilega verið rannsakað út frá kenningum sem hafi mótast við upphaf rannsóknar og hafi eingöngu verið horft til atvika sem Samkeppniseftirlitið hafi talið að kynnu að benda til sektar. Þá hafi öllum skýringum áfrýjenda á gögnum og atvikum málsins verið hafnað kerfisbundið sem röngum.
143. Eftir að Samkeppniseftirlitið kærði fjölda starfsmanna áfrýjenda til embættis sérstaks saksóknara (nú embætti héraðssaksóknara) fyrir ætluð samráðsbrot hafi embættið ekki aflað nokkurra gagna í málinu að eigin frumkvæði, að frátöldum skýrslutökum í maí og júní 2018. Sakamálarannsóknin hafi þvert á móti verið í höndum Samkeppniseftirlitsins sem hafi stýrt henni. Auk þess hafi Samkeppniseftirlitið ítrekað nýtt valdbeitingarúrræði 19. gr. samkeppnislaga gegn áfrýjendum í þágu sakamálarannsóknarinnar. Meðal annars hafi þess verið krafist að áfrýjendur hefðu milligöngu um að safna saman upplýsingum frá viðkomandi starfsmönnum að viðlagðri refsíábyrgð þeirra samkvæmt 41. gr. b. samkeppnislaga. Þannig hafi Samkeppniseftirlitið í reynd gert kröfu um að áfrýjendur hlutuðust til um að viðkomandi starfsmenn felldu á sig sök og hafi stofnunin um leið farið langt út fyrir lögbundið hlutverk sitt. Enn fremur hafi gögn sem Samkeppniseftirlitið hafi aflað með þessum hætti verið afhent embætti héraðssaksóknara til rannsóknar á háttsemi starfsmanna áfrýjenda í andstöðu við ákvæði samkeppnislaga auk 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.
144. Áfrýjendur byggja á því að hin kærða ákvörðun og meðferð málsins hafi farið í bága við skráðar og óskráðar meginreglur stjórnarsýsluréttar, þar á meðal réttmætisreglu, hlutlægnisskyldu, sannleiksreglu, rannsóknarreglu, jafnræðis-

reglu og meðalhófsreglu, auk þess sem andmælaréttur áfrýjenda hafi ekki verið virtur. Áfrýjendur telja að í hinni kærðu ákvörðun sé dregin upp mynd sem eigi sér ekki neina stoð í gögnum málsins auk þess sem skýringum áfrýjenda sé kerfisbundið hafnað. Samkeppniseftirlitið hafi ekki gætt hlutlægni við mat á gögnum málsins og skýringum áfrýjenda, heldur hafi afstaða stofnunarinnar til málsins verið fullmótuð fljótlega eftir að rannsóknin hófst. Þá sé í hinni kærðu ákvörðun farið rangt með efni skýrslna starfsmanna áfrýjenda sem gefnar voru hjá embætti héraðssaksóknara.

145. Áfrýjendur byggja á því að Samkeppniseftirlitinu hafi verið óheimilt að beita sönnunarreglum við úrlausn málsins enda hafi stofnunin ekki framkvæmt viðhlítandi rannsókn á málavöxtum. Eftir að ítarlegar skýringar áfrýjenda vegna andmælaskjala málsins voru komnar fram hafi sönnunarbyrðin hvílt á Samkeppniseftirlitinu, en þrátt fyrir það hafi stofnunin ekki framkvæmt sjálfstæða rannsókn á því hvort rökstuddar skýringar áfrýjenda væru réttar. Samkeppniseftirlitið hafi því ekki gætt að rannsóknarskyldu sinni samkvæmt 10. gr. stjórnarsýslulaga. Enn fremur hafi fjöldi og framsetning andmælaskjala málsins falið í sér brot gegn andmælarétti áfrýjenda, sbr. 13. gr. sömu laga. Þá hafi það tekið Samkeppniseftirlitið um þrjá mánuði að afhenda áfrýjendum gögn að baki fyrra andmælaskjalinu, auk þess sem fylgiskjöl með síðara andmælaskjalinu hafi ekki borist fyrr en degi áður en áfrýjendum hafi upphaflega verið ætlað að skila athugasemdum.

146. Hvað varðar jafnræðisreglu, sbr. 11. gr. stjórnarsýslulaga, vísa áfrýjendur meðal annars til ýmissa tilvika sem þeir telja að séu sambærileg atvikum málsins, en Samkeppniseftirlitið hafi þó ekki séð ástæðu til að rannsaka eða bregðast við með öðrum hætti. Engar málefnalegar skýringar séu á mismunandi meðferð Samkeppniseftirlitsins á umræddum tilvikum. Í dæmaskyni nefna áfrýjendur *ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2011* þar sem fram komi að samningar sem gerðir eru á milli keppinauta á eðlilegum viðskiptalegum forsendum séu ekki andstæðir 10. gr. samkeppnislaga, en í hinni kærðu ákvörðun sé talið að

öðru máli gegni um viðskipti áfrýjenda og Eimskips. Jafnframt nefna áfrýjendur ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 29/2015 þar sem talið hafi verið nauðsynlegt að grípa til íhlutunar vegna samruna til þess að koma í veg fyrir mismunun á keppinautum Eimskips og dótturfélaga þegar kæmi að því að nýta ferðir Baldurs yfir Breiðafjörð. Þetta sé á skjön við þá niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar að áfrýjendum hafi verið óheimilt að senda vörur með Herjólfri þar sem Eimskip hafi verið með samning um rekstur ferjunnar við Vegagerðina. Þessu til viðbótar benda áfrýjendur á að Eimskip hafi á árinu 2010 gert samning við Íslandspóst um samstarf til nokkurra ára sem hafi verið talsvert meira að umfangi en tilfallandi viðskipti Eimskips og áfrýjenda í landflutningum. Þá vísa áfrýjendur til samreksturs Eimskips og Royal Arctic Line á flutningskerfi í Evrópu sem Samkeppniseftirlitið hafi lagt blessun sína yfir. Þó sé umfang þeirra flutninga í viku hverri margfalt meira en gagnkvæmir flutningar áfrýjenda og Eimskips á öllu ætluðu rannsóknartímabili.

147. Þá benda áfrýjendur á að skipafélagið Cargow, sem annist flutninga fyrir Alcoa, hafi átt í hliðstæðum viðskiptum við Eimskip í höfninni á Reyðarfirði og tíðkuðust milli áfrýjenda og Eimskips á rannsóknartímabilinu og séu talin andstæð 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins í hinni kærðu ákvörðun. Þá megi finna fjölmörg tilvik þar sem fyrirtæki hafi óskað eftir undanþágu vegna viðskipta eða samstarfs sem hafi þá þegar verið hafið, en Samkeppniseftirlitið hafi síðan veitt undanþágur fyrir slíku samstarfi án þess að telja að viðkomandi fyrirtæki hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga fram að því. Í hinni kærðu ákvörðun sé öðru máli talið gegna um Norður-Ameríkuflutninga áfrýjenda og Eimskips, sem áfrýjendum sé gerð sekt fyrir þótt Samkeppniseftirlitið hafi ítrekað vanrækt að afgreiða undanþágubeiðni áfrýjenda og Eimskips vegna þeirra flutninga. Áfrýjendur telja að þetta verulega ósamræmi í stjórnsluframkvæmd Samkeppniseftirlitsins brjóti gegn jafnræðisreglu og að það hafi styrkt enn frekar yfirburðastöðu Eimskips á kostnað áfrýjenda.

2.11. Um fyrningarfrest

148. Áfrýjendur byggja á því að heimild Samkeppniseftirlitsins til að leggja sekt á áfrýjendur fyrir ólöglegt samráð hafi verið fallin niður vegna fyrningar þegar hin kærða ákvörðun var tekin 31. ágúst 2023. Túlka beri 37. gr. a samkeppnislaga á þann veg að þegar fyrningarfrestur hafi verið rofinn hefjist nýr frestur sem sé jafnlangur hinum fyrri. Hafi sekt ekki verið lögð á fyrirtæki að þeim tíma liðnum falli heimild til þess niður. Síðar til komnar aðgerðir Samkeppniseftirlitsins rjúfi ekki fyrningu aftur og geti frestur stofnunarinnar til að leggja á sekt því aldrei orðið lengri en sjö ár frá því að fyrning var rofin í öndverðu. Áfrýjendur vísa til þess að fyrir setningu sérstakrar fyrningarreglu í 37. gr. a samkeppnislaga með lögum nr. 52/2007 hafi verið beitt ákvæðum almennra hegningarlaga um fyrningu brota lögaðila, þ.e. að slík brot fyrndust á fimm árum, sbr. *dóma Hæstaréttar í málum nr. 272/2015, 277/2015 og 278/2015*. Með lögfestingu sérstakrar fyrningarreglu í samkeppnislögum með lögum nr. 52/2007 hafi fresturinn verið lengdur í sjö ár vegna alvarleika samkeppnislaga brota.
149. Í máli þessu hafi fyrningarfrestur samkvæmt 37. gr. a samkeppnislaga verið rofinn með tilkynningu Samkeppniseftirlitsins um upphaf rannsóknar á landflutningamarkaði 29. mars 2010. Varðandi aðra þætti rannsóknarinnar hafi fresturinn verið rofinn með húsleit 10. september 2013. Því liggja fyrir að þegar hin kærða ákvörðun hafi verið tekin hafi 10–13 ár verið liðin frá því að fyrningarfresturinn var rofinn og 10–17 ár liðin frá þeim atvikum sem rannsóknin beindist að. Af þessum sökum hafi heimild til að leggja sekt á áfrýjendur verið fallin niður. Jafnframt séu engar forsendur til annars en að leggja til grundvallar að ætluðu ólöglegu samráði hafi lokið við upphaf rannsóknar Samkeppniseftirlitsins.
150. Áfrýjendur byggja á því að umrædd túlkun þeirra á 2. mgr. 37. gr. a samkeppnislaga fái stoð í orðalagi ákvæðisins, enda verði ekki ráðið af því að rof á fyrningarfresti leiði til þess að heimilt sé að leggja á stjórnvaldssektir án

nokkurra tímatakmarkana. Þetta sé ólíkt því sem gildi í öðrum lögum um heimildir annarra eftirlitsstjórnvalda, t.d. 8. mgr. 110. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt og 187. gr. tollalaga nr. 88/2005, en í þeim sé beinlínis mælt fyrir um réttaráhrif óeðlilegra tafa á meðferð mála ólíkt 2. mgr. 37. gr. a samkeppnislaga. Áfrýjendur vísa jafnframt til athugasemda með frumvarpinu sem varð að lögum nr. 52/2007, sem lögfestu 37. gr. a samkeppnislaga, þar sem fram komi að regla 2. mgr. ákvæðisins eigi sér hliðstæðu í 4. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga. Ekkert komi fram í lögskýringargögnum um að 37. gr. a samkeppnislaga eigi að lúta öðrum lögmálum en reglur um fyrningu á öðrum réttarsviðum. Þá renni tilvísun til 25. gr. reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003 í lögskýringargögnum stoðum undir umrædda túlkun áfrýjenda á 37. gr. a samkeppnislaga. Í reglugerðarákvæðinu, sem snýr að framkvæmdastjórn ESB, sé gert ráð fyrir fimm ára fyrningarfresti, en þegar sá frestur sé rofinn hefjist nýr frestur sem geti að hámarki orðið tíu ár.

151. Áfrýjendur benda á að þar sem fyrningarreglur í samkeppnisrétti séu ekki samræmdar innan EES-svæðisins hafi aðildarríkin visst svigrúm til þess að útfæra slíkar reglur í landslögum sínum, sbr. *dóm dómstóls ESB í máli C-308/19, Whiteland Import Export*. Í samkeppnislögum einstakra aðildarríkja sé byggt á því að tiltekna aðgerðir samkeppnisyfirvalda geti rofið eða lengt fyrningarfresti, stundum upp að tilteknu hámarki, en aldrei svo að fresturinn geti orðið ævarandi eftir að fyrningu hefur verið slitið. Jafnframt sé í lögum margra ríkja miðað við tiltekinn hámarksfyrningarfrest frá því að broti lauk, svo sem í Danmörku, Frakklandi, Austurríki og Þýskalandi.

152. Áfrýjendur hafna því að eftir fyrningarrof sé Samkeppniseftirlitið aðeins bundið af almennum reglum um málshraða, þannig að eftir fyrningarrof taki við ótiltekið, og eftir atvikum umtalsvert lengra tímabil en sem nemur hinum lögbundna fyrningarfresti. Um þetta vísa áfrýjendur til grundvallarreglunnar um réttláta málsmeðferð, þ.m.t. málshraðareglu, sbr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Þá vísa áfrýjendur til grundvallar-

reglunnar um lögbundnar refsheimildir, sbr. 69. gr. stjórnarskrárinnar og 7. gr. mannréttindasáttmálans. Því beri að skýra 2. mgr. 37. gr. a samkeppnislaga áfrýjendum í hag að þessu leyti.

2.12. Um 19. gr. samkeppnislaga

153. Áfrýjendur hafna þeirri niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar að þeir hafi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með rangri og ófullnægjandi upplýsingagjöf við rannsókn málsins. Áfrýjendur telja að hin kærða ákvörðun sé óskýr um ætluð brot gegn 19. gr. laganna, auk þess sem niðurstaðan fái ekki staðist þar sem áfrýjendur hafi uppfyllt skyldur sínar á grundvelli ákvæðisins í hvívetna. Hafi áfrýjendur varið ómældum tíma í að bregðast við óljósum og yfirgripsmiklum upplýsingabeidnum Samkeppniseftirlitsins eftir bestu getu. Jafnframt séu atvik málsins í veigamiklum atriðum ósambærileg því máli sem leyst var úr í *dómi Hæstaréttar í máli nr. 26/2020*, þar sem tiltekið veigamikið gagn hafi ekki verið afhent Samkeppniseftirlitinu.
154. Upplýsingabeidnir Samkeppniseftirlitsins hafi farið fram úr heimildum þess samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga. Þær hafi lagt íþyngjandi og ólögmetar byrðar á áfrýjendur við að taka saman, vinna og flokka gögn sem þegar voru í vörslum stofnunarinnar, allt að viðlagðri ábyrgð áfrýjenda og eftir atvikum refsíábyrgð starfsmanna þeirra. Enn fremur hafi upplýsingabeidnirnar verið óljósar og of víðtækar, en ekki sé nægilegt að tengsl séu milli sakarefnis og upplýsinga svo að meðalhófs sé gætt, sbr. *dóm dómstóls ESB í máli C-247/14 P, HeildelbergCement AG*. Í þessu sambandi beri jafnframt að líta til þess að Samkeppniseftirlitið hafi búið yfir gríðarlegu gagnamagni í kjölfar húsleita. Þá sé óheimilt að krefja fyrirtæki um sömu gögn á öðru formi, eða að upplýsingar verði flokkaðar og settar fram með öðrum hætti en áður, sbr. *dóm undirréttar dómstóls ESB í sameinuðum málum T-191/98 og T-212/98 og 214/98, Atlantic Container Line o.fl.*

155. Áfrýjendum verði ekki gert að afhenda gögn sem séu ekki til eða veiti upplýsingar um atvik sem hafi ekki gerst, svo sem um ætlaðan fund 25. júlí 2008 sem ekki hafi farið fram. Í hinni kærðu ákvörðun séu áfrýjendur taldir hafa brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga meðal annars með því að hafa ekki afhent glærुकyninguna „Nýtt upphaf“ sem óumdeilt sé að áfrýjendur hafi ekki haft undir höndum og fyrst séð árið 2018 við skýrslutöku hjá embætti héraðssaksóknara. Þá hafi upplýsingar sem forstjóri áfrýjenda, S2, veitti Samkeppniseftirlitinu í skýrslutöku við húsleit 10. september 2013 verið sannleikanum samkvæmar og í samræmi við gögn málsins, meðal annars hvað varðar ætluð tengsl S2 og E2. Síðar hafi áfrýjendur að fyrra bragði veitt upplýsingar um fund fyrirtækjanna 6. júní 2008 eftir frekari upprifjun af hálfu lykilstarfsmanna áfrýjenda á samskiptum þeirra við starfsmenn Eimskips, í tilefni af upplýsingabeidni Samkeppniseftirlitsins. Þá hafi skýrslugjöf annarra starfsmanna áfrýjenda við húsleitina ekki falið í sér brot gegn 19. gr. samkeppnislaga, en þær hafi verið stuttar og almenns eðlis. Hvorki hafi verið forsendur né tilefni til þess að greina í smáatriðum frá hvers kyns viðskiptum eða samskiptum sem þeim tengdust yfir sex ára tímabil í starfsemi áfrýjenda. Í hinni kærðu ákvörðun séu einnig ýmsar rangfærslur um að upplýsingar hafi ekki verið veittar í skýrslutökum um atriði sem skýrslugjafar hafi upplýst um.
156. Áfrýjendur byggja á því að 19. gr. samkeppnislaga gildi eingöngu um munnlegar upplýsingar sem veittar eru af fyrirsvarsmönnum fyrirtækis. Því taki ákvæðið ekki til munnlegra upplýsinga sem stafi frá lægra settum starfsmönnum. Þá gildi ákvæðið ekki um upplýsingar sem hafi komið fram í kvörtunum og undanþágubeiðnum sem áfrýjendur hafi beint til stofnunarinnar á fyrri stigum. Að öðru leyti hafna áfrýjendur því að hafa brotið gegn upplýsingaskyldu. Í öllu falli sé sekt fyrir brot gegn 19. gr. samkeppnislaga, 200 milljónir króna, í verulegu ósamræmi við eldri framkvæmd samkeppnis-yfirvalda og umfang ætlaðra brota.

2.13. Um drátt á meðferð málsins

157. Áfrýjendur byggja á því að meðferð málsins hafi dregist úr hömlu og hún því verið í andstöðu við 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Telja áfrýjendur að það eigi að leiða til ógildingar hinnar kærðu ákvörðunar eða í öllu falli niðurfellingar eða lækkunar sektar fyrir brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Áfrýjendur vísa til þess að engin fordæmi séu fyrir því hér á landi að refsingum hafi verið beitt gagnvart einstaklingum eða lögaðilum þegar málsmeðferð hafi dregist jafn mikið og raun beri vitni eða í meira en 13 ár. Sé þessi fordæmalausí málsmeðferðartími ekki talinn leiða til þess að fella beri niður stjórnvaldssektir í heild sé í öllu falli ljóst að hann eigi að hafa mikil áhrif til lækkunar á sektarfjárhæð séu áfrýjendur á annað borð taldir hafa gerst sekir um ólögmett samráð. Hinn langa rannsóknartíma megi ekki að neinu leyti rekja til áfrýjenda heldur stafi hann alfarið af því hvernig Samkeppniseftirlitið hafi kosið að haga rannsókn málsins. Um sé að ræða mjög íþyngjandi rannsókn sem hafi haft lamandi áhrif á starfsemi áfrýjenda.
158. Við mat á því hvort málsmeðferðartími uppfylli kröfur 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu beri að líta til alls rannsóknartímans frá því að einstaklingur eða fyrirtæki hafi verið sakað um refsiverða háttsemi. Í þessu tilviki beri að miða upphaf rannsóknartímabilsins við mars 2010 þegar Samkeppniseftirlitið hafi hafið rannsókn á starfsemi áfrýjenda og Eimskips á landflutningamarkaði. Við mat á málsmeðferðartíma beri að líta til ýmissa þátta, svo sem umfangs máls og flækjustigs, hvort sakborningar hafi sjálfir stuðlað að töfum á rannsókn og hvort langar tafir hafi orðið á rannsókn án fullnægjandi skýringa. Í dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu hafi einnig verið gengið út frá því að óhæfilega löng málsmeðferð verði ekki réttlætt með vísan til þess að sakborningar hafi kosið að fullnýta fyrirliggjandi réttarúrræði sem standa þeim til boða samkvæmt lögum viðkomandi ríkja.

159. Áfrýjendur vísa til þess að í framkvæmd Eftirlitsstofnunar EFTA og EFTA-dómstólsins hafi verið lagt til grundvallar að óhóflegur dráttur á meðferð máls leiði til lækkunar sekta, sbr. *dóm EFTA-dómstólsins í máli E-15/10, Posten Norge*. Áfrýjendur hafna því þeirri röksemd Samkeppniseftirlitsins að dráttur á málsmeðferð geti ekki leitt til lækkunar sektarfjárhæðar heldur verði tjón af völdum slíks dráttar aðeins bætt í formi skaðabóta.
160. Áfrýjendur telja að 13–14 ára málsmeðferðartími verði ekki réttlættur undir neinum kringumstæðum óháð umfangi og gangi máls. Umfang málsins stafi af því að Samkeppniseftirlitið hafi haldlagt meira og minna öll rafræn gögn áfrýjenda og Eimskips og síðan hafist handa við að leita í þeim gögnum að ummerkjum um brot af einhverjum toga. Rannsóknin hafi ekki takmarkast við tímabilið 2008–2013 heldur hafi í einhverjum tilvikum verið fjallað um atvik fyrir og eftir það tímabil. Rannsóknin hafi heldur ekki verið afmörkuð við tiltekinn rökstuddan grun um brot heldur hafi hún tekið til allra þátta í starfsemi áfrýjenda og Eimskips. Þessi óljósi og óhóflega víðtæki grundvöllur sem lagður hafi verið að rannsókninni af hálfu Samkeppniseftirlitsins þegar í upphafi hafi átt verulegan þátt í því að meðferð málsins hafi dregist á langinn eins og raun beri vitni. Þá verði málsmeðferðartíminn ekki réttlættur með vísan til vinnu stofnunarinnar við kærur til lögreglu og aðstoð við þá rannsókn, enda sé þar um lagalega aðskilin mál að ræða.
161. Áfrýjendur vísa einnig til þess að Samkeppniseftirlitið hafi tafið rannsóknina umtalsvert með mjög umfangsmiklum gagnabeidnum á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga sem hafi tekið til allra þátta í starfsemi áfrýjenda og þeim hafi verið ómögulegt að verða við að öllu leyti. Telja áfrýjendur að vafi leiki á því að sá háttur sem hafður hafi verið á upplýsingaöflun samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga sé samrýmanlegur 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu og meðalhófsreglu. Þrátt fyrir að Samkeppniseftirlitið hafi haldlagt öll gögn áfrýjenda við húsleitir hafi stofnunin með gagnabeidnum krafist gagna yfir níu ára tímabil og margvíslegrar flokkunar. Meðal annars hafi verið gerð krafa um

afhendingu gagna sem útilokað hafi verið að áfrýjendur gætu fundið og margvíslegra gagna sem áfrýjendur hafi ekki haft aðgang að. Þetta hafi valdið nokkrum tögum en áfrýjendur hafi gert allt sem í þeirra valdi stóð til að verða við kröfum stofnunarinnar. Starfsmenn áfrýjenda hafi varið þúsundum vinnustunda á rannsóknartímabilinu í leit og flokkun gagna og vinnu við að svara fyrirspurnum stofnunarinnar. Með þessu hafi Samkeppniseftirlitið farið langt út fyrir heimildir sínar og sjálft valdið óþarfa tögum á rannsókn málsins.

162. Ástæðu þess að rannsóknin hafi tekið langan tíma, og andmælskjál og ákvörðun stofnunarinnar orðið mikil að vöxtum, megi rekja til þess að engin bein sönnunargögn hafi fundist um samráð eftir 13 ára leit. Samkeppniseftirlitið hafi því brugðið á það ráð að lýsa í löngu máli ýmsum ótengdum atvikum í rekstri fyrirtækjanna og einkalífi starfsmanna og freistað þess þannig að draga upp mynd sem fallið gæti að samráðskeningum stofnunarinnar. Gögn séu tekin úr réttu samhengi, ályktanir settar fram án nokkurra haldbærra skýringa og síðan fullyrt að atvik í rekstri fyrirtækjanna hafi verið með þeim hætti sem stofnunin heldur fram. Gríðarlega mikið sé um endurtekningar og vísað til sömu tilvika og ályktana stofnunarinnar í gríð og erg. Málið verði mjög þungt í vögum fyrir vikið og sé það alfarið á ábyrgð Samkeppniseftirlitsins.
163. Áfrýjendur hafna því að þeir hafi afvegaleitt eða tafið rannsóknina með rangri eða villandi upplýsingagjöf til Samkeppniseftirlitsins. Þeir hafi gert allt sem í valdi þeirra stóð til að aðstoða stofnunina við rannsókn málsins og afhent öll gögn og upplýsingar sem unnt hafi verið að afla. Jafnframt hafi áfrýjendur sinnt gagnabeiðnum Samkeppniseftirlitsins í hvívetna, þrátt fyrir að umfang og eðli þeirra hafi verið fordæmalaust og ekki nokkur leið að verða við þeim að öllu leyti.
164. Þá hafna áfrýjendur því að þeir hafi tafið rannsókn málsins með því að nýta sér tiltæk réttarúrræði á borð við kærur til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í

dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu hafi verið lagt til grundvallar að við mat á málsmeðferðartíma sé ekki horft til tafa sem kunni að verða af því að sakborningar nýti slík úrræði. Áfrýjendur hafi leitað þrisvar sinnum til áfrýjunarnefndarinnar á rannsóknartímabilinu. Þar af hafi áfrýjendur í tvö skipti látið reyna á synjun Samkeppniseftirlitsins á því að afhenda gögn, sbr. *úrskurði nefndarinnar í málum nr. 8/2013 og 4/2015*. Í fyrri úrskurðinum hafi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins verið ógilt. Þessu til viðbótar hafi áfrýjendur krafist ógildingar á tilteknum ákvæðum í sátt Eimskips og Samkeppniseftirlitsins, sbr. *úrskurð nefndarinnar í máli nr. 1/2021*, sbr. einnig *dóm Landsréttar í máli nr. 237/2023*. Málskot áfrýjenda hafi þannig verið langt innan eðlilegra marka og ljóst að þau hafi ekki verið til þess fallin að tefja rannsókn málsins. Hinn gríðarlega langa málsmeðferðartíma megi alfarið rekja til Samkeppniseftirlitsins sjálfs og beri þegar af þessari ástæðu að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi. Í öllu falli eigi þessi alvarlegi annmarki á meðferð málsins að leiða til niðurfellingar á sekt eða til verulegrar lækkunar á henni.

2.14. Um sektarfjárhæð

165. Áfrýjendur byggja á því að fjárhæð sektar sem lögð var á áfrýjendur í hinni kærðu ákvörðun sé úr öllu hófi með tilliti til fyrri framkvæmdar samkeppnisyfirvalda og sjónarmiða sem líta beri til samkvæmt 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga. Hlutlægt mat á gögnum málsins og rétt beiting sönnunarreglna eigi að leiða til niðurstöðu um að ætluð brot áfrýjenda séu að lágmarki umtalsvert minni að umfangi en lagt sé til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun. Vegi þar þyngst að kenning um hið ætlaða samráðsverkefni „Nýtt upphaf“ sé með öllu haldlaus. Þá séu ætluð brot hvorki alvarleg né til þess fallin að valda skaða. Það eigi meðal annars við um viðskipti áfrýjenda og Eimskips sem hafi verið ætlað að bæta þjónustu við viðskiptavinum og samkeppnishæfni áfrýjenda. Ekki hafi staðið neinn ásetningur til ætlaðra brota, heldur hafi áfrýjendur þvert á móti verið í góðri trú um að gagnkvæm viðskipti þeirra við Eimskip og tengd samskipti hafi verið lögmæt og um leið jákvæð fyrir samkeppni. Jafnframt hafi

Eimskip í ýmsum tilvikum beinlínis verið skylt að verða við eðlilegum óskum keppinauta um viðskipti þar sem Eimskip hafi verið í markaðsráðandi stöðu, sbr. 11. gr. samkeppnislaga. Enn fremur beri við mat á sektarfjárhæð að líta til þess að Eimskip hafi verið leiðandi fyrirtæki á mörkuðum málsins á rannsóknartímabilinu. Þá verði að líta til þess að ítrekunaráhrif eigi ekki við um áfrýjendur, ólíkt Eimskip, sbr. *úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008*. Samanburður á háttsemi áfrýjenda og Eimskips hefði heldur ekki átt að leiða til niðurstöðu um að lögð væri umtalsvert hærri sekt á áfrýjendur en Eimskip.

166. Áfrýjendur byggja á því að fjárhæð sektarinnar brjóti gegn réttmætisreglu, jafnræðisreglu og meðalhófsreglu stjórnisýsluréttar. Vísa áfrýjendur til þess að sektarfjárhæðina skorti öll tengsl við fyrri framkvæmd samkeppnisyfirvalda í málum vegna brota gegn 10. gr. samkeppnislaga. Í *úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004* hafi olúfélögum verið gert að greiða sektir á bilinu 450–560 milljónir króna. Í því máli hafi legið fyrir skýr gögn og viðurkenningar olúfélaganna á alvarlegu samráði í fjölda tilvika og sé það mál því í grundvallaratriðum frábrugðið því sem hér er til umfjöllunar. Í máli forstjóra Samkeppniseftirlitsins hafi hins vegar komið fram opinberlega að sektir í málum af þessum toga í Evrópu hafi farið hækkandi og muni því gera það einnig hér á landi. Að mati áfrýjenda réttlæti slíkt á engan hátt ákvörðun um að tífalda skyndilega sektir frá því sem áður hafi tíðkast, án lagabreytinga eða reglusetningar.
167. Þá vísa áfrýjendur til þess að við ákvörðun sektarfjárhæðar beri að taka tillit til þess að þeir séu ekki fjárhagslega sterkt fyrirtæki og hafi móðurfélag áfrýjenda ekki greitt út arð til endanlegra eigenda áfrýjenda á rannsóknartímabilinu eða síðar. Eimskip hafi aftur á móti skilað miklum hagnaði á árinu 2022 og greitt út arð til hluthafa og sé fjárhagslegur styrkur Eimskips margfalt meiri en áfrýjenda. Þá hafi Samkeppniseftirlitið ekki tekið tillit til þess að

langstærstur hluti veltu áfrýjenda sé á erlendum mörkuðum, eða um 80% af heildarveltu, en ekki á þeim mörkuðum sem ætluð brot eigi að hafa tekið til.

168. Í ljósi framangreinds séu engar málefnalegar skýringar á 2,7 milljarða króna mismun á sekt áfrýjenda og Eimskips og virðist sem ætlunin sé að láta áfrýjendur gjalda fyrir að leita réttar síns. Við mat á fjárhæð sekta geti verið málefnalegt að líta til reglna Samkeppniseftirlitsins nr. 890/2005 en samkvæmt þeim geti fyrirtæki fengið 30–50% afslátt af sektum ef þau láta í té gögn eða upplýsingar sem eru mikilvæg viðbót við þau sönnunargögn sem stofnunin hefur þegar undir höndum. Fyrir liggi hins vegar að Eimskip hafi ekkert fært fram í málinu en eftir sem áður sé sekt fyrirtækisins 67% lægri en sekt áfrýjenda. Þessi framkvæmd Samkeppniseftirlitsins sé hvorki í samræmi við framkvæmd á vettvangi ESB né fyrri framkvæmd hér á landi.

3. Helstu röksemdir Samkeppniseftirlitsins

3.1. Inngangur

169. Samkeppniseftirlitið hafnar kröfum og málatilbúnaði áfrýjenda og vísar til þeirrar niðurstöðu ákvörðunarinnar að áfrýjendur og Eimskip hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins með samfelldu ólögumætu samráði á árunum 2008–2013. Samráðið hafi tekið til lykilorða í rekstri fyrirtækjanna og meðal annars lotið að breytingum á siglingakerfum þeirra á síðari helmingi ársins 2008, auk markaðsskiptingar eftir mikilvægum viðskiptavinum fyrirtækjanna í sjóflutningum og landflutningum. Þá hafi fyrirtækin viðhaft samráð um verð og afsláttarkjör, auk þess sem þau hafi átt í ólögumætu hagnýtu samstarfi í sjóflutningum, landflutningum, gámaumsýslu og skipaafgreiðslu. Að auki hafi áfrýjendur brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með rangri og ófullnægjandi upplýsingagjöf við rannsókn málsins.
170. Í hinni kærðu ákvörðun sé lagt til grundvallar að aðgerðir áfrýjenda og Eimskips hafi haft það að markmiði að raska samkeppni í skilningi 10. gr.

samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Hafi samráð þeirra falið í sér alvarleg brot gegn þessum ákvæðum og verið til þess fallið að valda viðskiptavinum og neytendum tjóni á tímum þegar íslenskt samfélag hafi staðið frammi fyrir miklum áskorunum. Ýmsir samverkandi þættir hafi haft þýðingu fyrir þá ákvörðun fyrirtækjanna á árinu 2008 að auka það samráð sem þegar hafi verið til staðar á milli þeirra. Meðal annars hafi nán tengsl milli margra æðstu stjórnenda fyrirtækjanna auðveldað samráðið, auk þess sem fyrirtækin hafi glímt við áskoranir vegna verulegs samdráttar í innflutningi sem hófst á árinu 2008. Það hafi orðið ofan á hjá fyrirtækjunum að auka samráð sín á milli í stað þess að mæta breyttum aðstæðum með sjálfstæðum hætti og aukinni samkeppni.

3.2. Um bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga o.fl.

171. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins sé lagt strangt bann við hvers konar beinum og óbeinum samskiptum keppnauta sem geta dregið úr sjálfstæði þeirra og æskilegri óvissu sem séu forsenda samkeppni. Í málinu liggi fyrir samtímagögn um ítrekuð samskipti milli fyrirtækjanna sem hafi haft það að markmiði að raska samkeppni. Fákeppni hafi ríkt á mörkuðum málsins og hafi áfrýjendur og Eimskip verið nær einráðir á þeim. Því hafi samkeppnislög gert afar ríkar kröfur um sjálfstæði fyrirtækjanna. Fyrirtækin hafi á hinn bóginn ákveðið að keppa ekki og skapa þess í stað kjöraðstæður til að hækka verð og hagnast á kostnað viðskiptavina sinna. Vegna samdráttar í innflutningi hafi einnig verið sterkur hvati fyrir áfrýjendur og Eimskip að hefja aukið samráð í júní 2008 og viðhalda því árin á eftir.
172. Túlkun Samkeppniseftirlitsins á því hvenær aðgerðir keppnauta teljist hafa það að markmiði að raska samkeppni sé í samræmi við réttarframkvæmd hér á landi og í EES/ESB-samkeppnisrétti. Ákveðnar tegundir af samráði séu taldar það skaðlegar í eðli sínu að ekki þurfi að meta í viðkomandi máli hvort slíkt samráð hafi í raun þau áhrif að raska samkeppni, sbr. *dóm yfirdeildar*

dómstóls ESB í máli C-124/21, International Skating Union. Áfrýjendur haldi því ranglega fram að í hinni kærðu ákvörðun sé ekki lagt mat á hvort háttsemi áfrýjenda hverju sinni hafi verið til þess fallin að raska samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Í ákvörðuninni sé þvert á móti rökstutt að samráðið hafi uppfyllt það skilyrði. Einnig sé samráð áfrýjenda og Eimskips í eðli sínu mun alvarlegra en samráðið sem var til skoðunar í *dómi dómstóls ESB í máli C-211/22, Super Bock Bebidas*, en það mál hafi að auki lotið að lóðréttum samningum. Þá séu staðhæfingar áfrýjenda um að háttsemin hafi haft jákvæð áhrif á samkeppni rangar og þýðingarlausar.

173. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í réttarframkvæmd hafi verið talið að samstarf áfrýjenda og Eimskips í sjóflutningum hafi brotið í bága við 10. gr. samkeppnislaga og því hafi það þurft að styðjast við undanþágu samkvæmt þágildandi 15. gr. laganna, sbr. *úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 13/1997 og 9/2003*. Af framangreindu leiði að áfrýjendur geti ekki byggt á því með réttu að samskipti og samstarf áfrýjenda og Eimskips hafi aðeins tekið til venjulegra og í raun óhjákvæmilegra viðskipta fyrirtækjanna. Enda þótt lagt væri til grundvallar að samráð fyrirtækjanna um atriði á borð við verkefnið „Nýtt upphaf“ og markaðsskiptingu hefði ekki átt sér stað, hafi öll samvinna fyrirtækjanna, með samanlagt hátt í 100% markaðshlutdeild, um atriði í kjarnastarfsemi þeirra verið afar varhugaverð í samkeppnislegu tilliti.
174. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að allt samráð áfrýjenda og Eimskips í málinu sem brjóti gegn 10. gr. samkeppnislaga fari jafnframt gegn efnislega sama bannákvæði 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Samráðið uppfylli skilyrði síðarnefnda ákvæðisins um að það hafi getað haft áhrif á viðskipti milli samningsaðila og sé rökstuðningur hinnar kærðu ákvörðunar að þessu leyti sambærilegur þeim sem talinn hafi verið fullnægjandi í dómaframkvæmd, sbr. *dóm Hæstaréttar í máli nr. 42/2019*.

175. Samstarf áfrýjenda og Eimskips í sjóflutningum og á fleiri sviðum hafi ekki verið undanþegið banni við ólögsmætu samráði á grundvelli reglugerðar nr. 906/2009, um hópundanþágu vegna tiltekinna flokka samninga og samstilltra aðgerða milli áætlunarskipafélaga (skipafélagasamtaka), enda hafi samanlögð markaðshlutdeild fyrirtækjanna verið mun hærri en 30%, sbr. 5. gr. reglugerðarinnar. Þá hafi samráð fyrirtækjanna falið í sér alvarlegar takmarkanir af þeim toga sem lýst sé í 4. gr. reglugerðarinnar.

3.3. Um sönnun í samráðsmálum

176. Samkeppniseftirlitið hafnar því að hin kærða ákvörðun brjóti í bága við grundvallarreglur 2. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Í ákvörðuninni sé ítarlega rökstutt hvaða ályktanir megi draga af gögnum málsins og rökstudd afstaða tekin til skýringa áfrýjenda. Virða beri sönnunargögn málsins með heildstæðum hætti. Í málalíbúnaði áfrýjenda sé á hinn bóginn horft einangrað á hvert og eitt gagn en ekki skeytt um önnur gögn eða atvik frá sama tíma. Þannig séu einstakir þættir samráðsins slitnir í sundur með þeim afleiðingum að ekki fáiist heildarmynd af því. Enn fremur líti áfrýjendur fram hjá því að í samkeppnisrétti gildi sönnunarreglur sem séu ekki jafn strangar og í sakamálum, sbr. *dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli nr. 5556/10, SA-Capital Oy gegn Finnlandi*, sbr. einnig *dóm Hæstaréttar í máli nr. 42/2019*. Auk þess séu grundvallarréttindi fyrirtækja talin takmarkaðri en slík réttindi einstaklinga.

177. Í réttarframkvæmd hafi það að keppinautar eigi fundi eða önnur samskipti verið talið gefa til kynna að milli þeirra séu tengsl sem ekki séu jafnan á milli fyrirtækja sem keppa sín á milli, sbr. *dóm undirréttar dómstóls ESB í máli T-54/03, Lafarge*. Hér hátti svo til að sönnun á samráði áfrýjenda og Eimskips sé byggð á samskiptum fyrirtækjanna og öðrum gögnum málsins. Því eigi svonefnd fákeppnisvörn ekki við í málinu. Þá sé til þess að líta að viðkomandi markaðir hafi ekki verið nægjanlega gagnsæir til að fyrirtækin gætu viðhaft þegjandi samhæfingu. Enn fremur beri að líta til þess að þróunin á íslenskum

flutningamörkuðum hafi verið gerólik aðstæðum á hliðstæðum mörkuðum í nágrannaríkjum eftir að efnahagsaðstæður fóru versnandi á árinu 2008.

178. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að síðbúnar skriflegar yfirlýsingar tiltekinn einstaklinga, þar á meðal fyrrverandi forstjóra áfrýjenda, skorti sönnunargildi vegna ósamræmis þeirra við samtímagögn og fyrri upplýsingagjöf áfrýjenda. Hið sama eigi við um sérfræðialit sem áfrýjendur hafi lagt fram í málinu en niðurstöður þeirra fái ekki staðist og skorti sönnunargildi.

3.4. Um sátt Eimskips

179. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að viðurkenning Eimskips á samráði við áfrýjendur í sátt Eimskips og Samkeppniseftirlitsins 16. júní 2021 renni stoðum undir ályktanir sem leiddar verði af samtímagögnum, en niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar sé fyrst og fremst reist á slíkum gögnum. Hér á landi séu sömu sjónarmið lögð til grundvallar og í EES/ESB-samkeppnisrétti hvað varðar sönnunargildi viðurkenningar fyrirtækis á þátttöku í samráði, sbr. *dóm Hæstaréttar í máli nr. 42/2019* og *dóm dómstóls ESB í sameinuðum málum C-239/11 P, Siemens o.fl.* Sáttin hafi ekki þurft að innihalda annað en kjarna brotanna sem lýst hafi verið í andmælskjölum Samkeppniseftirlitsins. Með sáttinni hafi Eimskip jafnframt fallið frá mótmælum sínum við andmælskjölunum. Áfrýjendur hafi ekki fært haldbær rök fyrir því að viðurkenning Eimskips á brotunum sé ekki sannleikanum samkvæm eða að hún sé einungis byggð á „taktískum“ eða rekstrarlegum ástæðum. Þá hafi sáttin verið gerð af sama fyrirtækinu og stundaði flutningastarfsemi á árunum 2008–2013.

180. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að viðurkenning Eimskips á brotum þess í sáttinni sé af þeirri gerð sem hafi mest gildi í samkeppnisrétti. Gerð sáttar á grundvelli 17. gr. f samkeppnislaga sé sjálfstætt úrræði sem verði ekki jafnað til samvinnu á grundvelli reglna nr. 890/2005, um atvik sem leiða til niðurfellingar sekta eða ákvarðana um að lækka sektir í málum er varða ólögmett samráð fyrirtækja. Það að fyrirtæki stígi fram og viðurkenni brot,

greiði sekt og skuldbindi sig til að breyta háttsemi sinni á markaði, lýsi miklum samstarfsvilja þess. Slíkt framlag gangi jafnan lengra en að upplýsa um atvik eða mótmæla ekki atvikalýsingu í andmælaskjali og auðveldi Samkeppniseftirlitinu að uppræta samráð. Aftur á móti sé það ekki skilyrði fyrir lækkun á sekt samkvæmt ákvæðum reglna nr. 890/2005 að fyrirtæki viðurkenni brot. Gagnrýni áfrýjenda á sáttina og framlag Eimskips sé því á misskilningi byggð.

3.5. Um þýðingu samskipta og tengsla milli starfsmanna o.fl.

181. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í hinni kærðu ákvörðun sé vikið að ítrekuðum samskiptum milli lykilstjórnenda áfrýjenda og Eimskips sem hafi þýðingu í málinu. Eigi það jafnframt við um samskipti sem ekki verði slegið föstu að hafi beinlínis varðað framkvæmd á samráðinu, enda hafi þau veitt tækifæri til umræðna um samráðið eða verið til þess fallin að stuðla að gagnkvæmu trausti eða hollustu og þannig viðhalda samráðinu. Slík samskipti milli fyrirtækja geti átt sér stað á formlegum fundum og í óformlegum viðræðum, svo sem á golfvelli eða í kvöldverðarboðum. Gögn sem sýni að samskipti keppinauta hafi átt sér stað geti haft mikið gildi við sönnunarmat jafnvel þótt gögnin varpi ekki ljósi á efni samskiptanna (e. communication evidence). Á grundvelli heildarmats á gögnum máls geti samkeppnisyfirvöld því ályktað að ólöglegt samráð hafi átt sér stað á tilteknum fundi keppinauta þótt engin bein sönnunargögn liggi fyrir um efni umræðna á fundinum.
182. Samkeppniseftirlitið hafnar því að það sé ómálefnalegt eða þýðingarlaust að horfa til samskipta stjórnenda keppinauta sem eigi sér stað utan hefðbundins vinnutíma eða tengist einkalífi þeirra. Í hinni kærðu ákvörðun sé fjallað um nokkur tilvik þar sem viðskiptaleg málefni hafi verið rædd eða viðkvæmar viðskiptaupplýsingar látnar af hendi til keppinauta. Meðal annars megi draga slíkar ályktanir af tölvupóstum sem hafi verið sendir í kjölfar samskipta og af aðgerðum fyrirtækjanna í kjölfar tiltekinna samskipta.

183. Samkeppniseftirlitið tekur fram að S2 og E2 hafi verið saman í „golfhópi“ sem hafi hist ítrekað á rannsóknartímabilinu og hafi meðal annars farið í skemmtiferðir til útlanda. Jafnframt megi nefna árleg golfmót áfrýjenda og Eimskips á árunum 2009–2013. Þá megi nefna svonefndan jólamatarklúbb fjölskyldna S2 og E4. Daginn eftir eitt slíkt matarboð, 8. desember 2012, hafi S2 farið að huga að verðhækkunum og það hafi E4 einnig gert að morgni dags 10. desember 2012. Aukinheldur hafi S2 og E2 ekki greint rétt frá tengslum milli þeirra við upplýsingagjöf til Samkeppniseftirlitsins.
184. Þá geti kvartanir og önnur erindi sem áfrýjendur og Eimskip hafi beint til Samkeppniseftirlitsins á rannsóknartímabilinu ekki haggð við niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar um samráð fyrirtækjanna. Hafi fyrirtækin ýmist kvartað undan meintum brotum hvors annars gegn 11. gr. samkeppnislaga eða sameiginlega óskað eftir undanþágu samkvæmt þágildandi 15. gr. laganna. Í þessum erindum hafi verið dregin upp röng og villandi mynd af aðstæðum á viðkomandi mörkuðum og samskiptum fyrirtækjanna. Hafi erindin þannig skort upplýsingar um mikilvæg atriði og þau ranglega dregið upp þá mynd að virk samkeppni ríkti á mörkuðum málsins. Þá sé þekkt að fyrirtæki sem eigi í ólögum samráði reyni að afvegaleiða samkeppnisyfirvöld með því að láta líta svo út að á markaðnum ríki virk samkeppni og að viðkomandi fyrirtæki eigi jafnvel í ágreiningi hvert við annað. Enn fremur kunni fyrirtæki að beita hótunum gagnvart öðrum samráðsfyrirtækjum til að halda uppi aga í samráði, sbr. *ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2004*.

3.6. Um verðþróun o.fl.

185. Samkeppniseftirlitið vísar til samtímagagna sem sýni endurteknar og miklar hækkanir áfrýjenda á verði til viðskiptavina á rannsóknartímabilinu en auk þess liggi fyrir ítrekaðar kvartanir frá viðskiptavinum vegna verðhækkana. Meðal annars hafi rannsókn málsins leitt í ljós að gjaldaliðir í sjófrakt í evrum hafi hækkað um 31–41% á tímabilinu. Ekki verði því fallist á að einingaverð innflutnings eða útflutnings í sjóflutningum í evrum hafi farið lækkandi allt

rannsóknartímabilið svo sem áfrýjendur haldi fram. Við útreikning á eininga-
verðum beri að telja með BAF-gjald, en áfrýjendur hafi litið á BAF-gjald sem
hluta af heildarverðlagningu á viðkomandi þjónustu. Þá verði að hafa í huga
að samráð áfrýjenda og Eimskips hafi meðal annars tekið til BAF-gjalds í
sjóflutningum. Með BAF-gjaldinu, sem hafi verið í erlendri mynt, hafi áhætta
af þróun olíuverðs verið færð til viðskiptavina og eigi hið sama við um
sambærilegt gjald í landflutningum (FAF-gjald). Áfrýjendur líti fram hjá því
að í hinni kærðu ákvörðun hafi verið tekin rökstudd afstaða til sjónarmiða
þeirra sem lúta að verðþróun. Þá hafi sérfræðialit sem áfrýjendur leggi fram
um verðþróun og tengd atriði ekki þýðingu í málinu enda sé álitnið reist á
röngum forsendum um inntak hinnar kærðu ákvörðunar.

186. Flutningsgjöld nær allra viðskiptavina áfrýjenda hafi verið í erlendri mynt og
stór hluti kostnaðar fyrirtækisins, sem gefi til kynna að talsverður jöfnuður hafi
verið á tekju- og gjaldahlið áfrýjenda með tilliti til gengisáhættu. Því megi
draga þá ályktun að gengisáhætta vegna falls íslensku krónunnar hafi verið
takmörkuð hjá áfrýjendum. Áfrýjendur geri of mikið úr vægi samninga í
íslenskum krónum en þeir hafi verið 18 talsins, þar af fjórir við stóra
viðskiptavini. Hvað sem öðru líði hafi háttsemi áfrýjenda farið gegn 10. gr.
samkeppnislaga óháð því hvort áfrýjendur hafi með aðgerðum sínum leitast
við að „leiðrétta“ verð vegna gengisfalls krónunnar eða minnka gjaldeyris-
áhættu fyrirtækisins. Þá haldi áfrýjendur því ranglega fram að sjóflutnings-
gjöld Rúmfatalagersins og Húsasmiðjunnar hafi ekki hækkað í evrum milli
samninga, en þá ályktun byggji áfrýjendur á gölluðum útreikningum. Hið rétta
sé að verð í nýjum samningum við Rúmfatalagerinn og Húsasmiðjuna árið
2010 hafi hækkað frá eldri samningum frá árinu 2008, hvort heldur sem er í
krónum eða evrum. Sé þá miðað við uppreiknuð verð í samræmi við þróun á
verðlagi og gengi í lok eldri samninganna.

187. Þá hafi markaðshlutdeild áfrýjenda lítið breyst á rannsóknartímabilinu sem
renni frekari stoðum undir niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar um markaðs-

skiptingu áfrýjenda og Eimskips eftir mikilvægum viðskiptavinum. Vegna markaðsskiptingarinnar hafi mikilvægir viðskiptavinir ekki fært viðskipti sín milli áfrýjenda og Eimskips á því tímabili sem hún stóð yfir, en byrjað hafi að fjara undan henni árið 2013. Þær breytingar sem þó hafi orðið á markaðs-
hlutdeild áfrýjenda hafi hæglega getað orsakast af sveiflum í flutningsmagni stórra viðskiptavina fyrirtækjanna, auk þess sem viss samkeppni hafi verið til staðar í flutningum fyrir minni aðila.

3.7. Um einstaka þætti málsins

3.7.1. Nýtt upphaf

188. Samkeppniseftirlitið vísar til niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar varðandi samráðsverkefni áfrýjenda og Eimskips með heitinu „Nýtt upphaf“. Verkefnið eigi rætur að rekja til fundar forsvarsmanna fyrirtækjanna 6. júní 2008 sem hafi verið haldinn í húsakynnum Kjalars, fjárfestingafélags S1. Á þessum tíma hafi verið leitað leiða til að bregðast við versnandi rekstrarumhverfi á árinu 2008 og hafi fyrirtækin valið þá leið að starfa saman í auknum mæli. Verkefnið „Nýtt upphaf“ hafi haft það að markmiði að raska samkeppni og hafi það því brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Hið sama gildi um samskipti fyrirtækjanna á fundinum 6. júní 2008 og í kjölfar hans. Þau samskipti hafi falið í sér skýr skilaboð um að fyrirtækin hafi haft ríkan vilja til að snúa bökum saman og mæta áskorunum sínum með hagnýtri samvinnu í stað samkeppni. Niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar um samráð í tengslum við verkefnið „Nýtt upphaf“ fái jafnframt stoð í viðurkenningu Eimskips á brotinu sem kemur fram í sátt þess og Samkeppniseftirlitsins.
189. Samkeppniseftirlitið hafnar sjónarmiðum áfrýjenda um að sönnun skorti um þennan þátt samráðs fyrirtækjanna. Glærुकyningin „Nýtt upphaf“ sem hafi fundist hjá Eimskip varpi ljósi á efni fundarins 6. júní 2008, en E4 og E2 hafi vistað þá glærुकyningu dagana 8. og 9. júní 2008. Í glærुकyningunni komi fram að ákveðið hafi verið að meta hagkvæmni af auknu samstarfi áfrýjenda

og Eimskips á sviði sjóflutninga, skipaafgreiðslu, frystigeymslureksturs, „short sea“ siglinga og landflutninga. Þá sé nefndur til sögunnar vinnuhópur áfrýjenda og Eimskips vegna fyrrgreindra verkefna og hafi E2, E4 og S2 verið nafngreindir sem þátttakendur í þeim vinnuhópi. Að teknu tilliti til efnis glærुकynningarinnar sé einnig ljóst að hún hafi verið búin til á árinu 2008 en ekki fyrr eins og áfrýjendur láti í veðri vaka. Tengsl glærुकynningarinnar og fundarins 6. júní 2008 fái meðal annars stoð í skýrslu S2 fyrir embætti héraðssaksóknara. Jafnframt hafi E4 í skýrslu hjá embætti héraðssaksóknara tengt glærुकynninguna við tiltekinn fund vegna umrædds samráðsverkefnis, sem E4 og E2 hafi átt með S2, S5 og S4 í höfuðstöðvum áfrýjenda á síðari hluta ársins 2008. Þá megi geta þess að „Nýtt upphaf“ hafi bæst við verkefnalista E2 5. júní 2008.

190. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að þær skýringar áfrýjenda að fundurinn 6. júní 2008 hafi eingöngu varðað möguleg kaup áfrýjenda á erlendum eignum Eimskips séu í ósamræmi við samtímagögn. Hvorki áfrýjendur né Eimskip hafi lagt fram fundargerð eða önnur samtímagögn sem sýni að umræður á fundinum hafi verið takmarkaðar við möguleg eignakaup af Eimskip. Þekkt sé að fyrirtæki sem eiga í ólögum samráði haldi fundi eða eigi samskipti með öðrum hætti undir því yfirskeyni að um sé að ræða lögumt málefni. Þá hafi leynd ríkt yfir fundinum 6. júní 2008 og hafi undirmönnum verið ranglega greint frá því í aðdraganda hans að þeir þyrftu að útbúa tiltekin gögn vegna stjórnarfundar áfrýjenda, en enginn slíkur fundur hafi farið fram þennan dag.
191. Mikið misræmi og óstöðugleiki hafi verið í upplýsingagjöf og skýringum áfrýjenda varðandi efni fundarins 6. júní 2008 sem og atvik og samskipti milli fyrirtækjanna í kjölfar hans. Stjórnendur áfrýjenda og Eimskips hafi í upphafi ekki veitt upplýsingar um fundinn þegar þeir hafi verið spurðir um samskipti fyrirtækjanna við rannsókn málsins. Áfrýjendur hafi síðar veitt takmarkaðar upplýsingar um fundinn en reynt að leyna aðkomu S1 að honum.

192. Áfrýjendur staðhæfi að fundur forsvarsmanna áfrýjenda og Eimskips 25. júlí 2008 hafi ekki átt sér stað. Þótt ekkert hafi fundist um fundinn í tölvupósthólfi E2 dragi það ekki úr gildi þeirra samtímagagna sem liggi fyrir um að fundurinn hafi átt sér stað svo sem lýst sé í hinni kærðu ákvörðun. Meðal annars hafi fundur með heitinu „[S1]“ verið bókaður í dagbók S2 þennan dag. Gögn málsins beri jafnframt með sér að þessi fundur hafi verið undirbúinn með sambærilegum hætti og fundur fyrirtækjanna 6. júní 2008. Um líkt leyti hafi verið unnið að víðtækum tillögum að auknu samráði fyrirtækjanna.
193. Eftir fundinn 6. júní 2008 hafi áfrýjendur og Eimskip unnið að öllum þáttum verkefnisins „Nýtt upphaf“ og átt í ítrekuðum samskiptum í tengslum við það. Staðhæfing áfrýjenda um að einungis hafi verið rætt um aðgerðir sem hafi aldrei komist á framkvæmdastig sé ekki í samræmi við gögn málsins. Öll samskipti áfrýjenda og Eimskips um atriði sem hafi fallið undir verkefnið „Nýtt upphaf“ hafi farið gegn 10. gr. samkeppnislaga þar sem verkefnið hafi haft það að markmiði að raska samkeppni. Engu breyti um það þótt atriði sem fyrirtækin unnu að og ræddu um hafi ekki öll komið til framkvæmda. Með aðgerðunum hafi fyrirtækin jafnframt farið langt út fyrir það svigrúm sem þágildandi 15. gr. samkeppnislaga veitti keppinautum til að skoða samstarf sem gat hugsanlega uppfyllt skilyrði undanþágu samkvæmt ákvæðinu.

3.7.2. Samráð um breytingar á siglingakerfum

194. Samkeppniseftirlitið vísar til niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar varðandi samráð áfrýjenda og Eimskips um þær breytingar sem fyrirtækin gerðu á siglingakerfum sínum árið 2008 og fólu í sér takmörkun á flutningsgetu. Einn liður í verkefninu „Nýtt upphaf“ hafi verið að meta hagkvæmni af auknu samstarfi fyrirtækjanna í sjóflutningum, þ.m.t. að þau myndu gera með sér slot-samning til að hagræða í siglingakerfum sínum. Þá hafi áfrýjendur dregið úr „Trans-Atlantic“ flutningum milli Norður-Ameríku og Íslands í samræmi við tillögu E2 og þess í stað beint flutningum frá Norður-Ameríku í skip

Eimskips. Hafi S10 talið að breytingin væri ekki ábatasöm fyrir áfrýjendur, en „hagur heildarinnar“ hafi aftur á móti ráðið för.

195. Áfrýjendur og Eimskip hafi 9. júlí 2008 eða um líkt leyti rætt saman um þær samráðstillögur sem komi fram í minnisblaði S5 sem hann hafi vistað 7. og 8. júlí 2008 og borið undir S2. Fjallað hafi verið um efni minnisblaðsins á fundi stjórnar áfrýjanda Samskipa hf. 7. júlí 2008 og á stjórnarfundum áfrýjanda Samskip Holding BV viku síðar. Tillögu áfrýjenda í minnisblaðinu hafi ekki verið hrint í framkvæmd. Aftur á móti hafi fyrirtækin haft samráð um aðra útfærslu sem fól í sér takmörkun á flutningsgetu í flutningum til og frá landinu vegna mikils samdráttar í innflutningi. Áfrýjendur hafi um leið viljað halda viðskiptum við Alcoa en auka jafnframt tekjur sínar af flutningum fyrir þann viðskiptavin. Ónóg flutningsgeta hafi aftur á móti getað komið í veg fyrir flutningana fyrir Alcoa. Þessa áskorun hafi mátt leysa ef Eimskip tæki að sér að sinna hluta flutninganna fyrir Alcoa, en slík tillaga hafi komið fram í skjölum sem S13 hafi sent S2 að kvöldi 24. júlí 2008, daginn fyrir fund S2 og S1 með Eimskip 25. júlí 2008. Af efni þeirra skjala verði jafnframt ráðið að áfrýjendur hafi búið yfir trúnaðarupplýsingum um áformaða breytingu Eimskips á siglingakerfi fyrirtækisins sem hafi tekið gildi í ágúst 2008.
196. Áfrýjendur hafi fundað með Eimskip 14. ágúst 2008 þar sem rætt hafi verið um næstu skref varðandi breytingar á siglingakerfi áfrýjenda, „strategíu“ gagnvart Alcoa og verðlagningu á sjóflutningum. Þann fund hafi setið S5, S6, E9, E8 og E3. Í kjölfarið hafi verið unnið að verðhækkunum til lykilviðskiptavina, svo sem Alcoa. Í samtímagögnum sé ekki að greina neinn ótta meðal stjórnenda áfrýjenda um viðbrögð Eimskips vegna slíkra hækkana. Þá verði ráðið af samtímagögnum að fyrirtækin hafi rætt um þann möguleika að Eimskip tæki að sér flutninga á hluta af framleiðslu Alcoa, samhliða viðræðum áfrýjenda um breytingar á samningi við Alcoa.

197. Í glærुकynningu sem S5 hafi vistað hjá sér eftir fund með S2 4. september 2008 hafi verið reiknaður út ávinningur af því að fækka skipum í siglingum til og frá Íslandi. Jafnframt hafi verið taldir upp mikilvægir viðskiptavinir Eimskips, þ.m.t. Ölgerð Egils Skallagrímssonar og BYKO, og tekið fram að „stóra spurningin“ sé hvað gera skyldi með þá. Hinn 5. september 2008 hafi áfrýjendur og Eimskip fundað á nýjan leik. Sama dag hafi S2 unnið í skjali þar sem gert hafi verið ráð fyrir samstarfi við Eimskip vegna breytinga á siglingakerfi áfrýjenda og hafi flutningar fyrir Alcoa verið nefndir í því samhengi. Í glærुकynningu sem S5 sendi S2 6. september 2008 hafi verið settar fram mismunandi útfærslur á breyttu siglingakerfi áfrýjenda, auk þess sem gert hafi verið ráð fyrir auknu samstarfi þeirra og Eimskips og að mikilvægir viðskiptavinir færðust á milli þeirra. Þá verði ráðið af fundargerð fundar E8, E3 og E6 15. september 2008 að fyrirtækin hafi haft til skoðunar að tryggja Eimskip aðkomu að álflutningum fyrir Alcoa.
198. E6 og S7 hafi fundað í verslunarmiðstöðinni Smáralind 17. september 2008 þar sem þeir hafi rætt um aukið samráð fyrirtækjanna í landflutningum og einnig náð saman um gagnkvæma sjóflutninga milli Reykjavíkur og Reyðarfjarðar. Þannig hafi Eimskip flutt tóma gáma áfrýjenda frá Reykjavík til Reyðarfjarðar sem hafi síðan verið notaðir til að flytja út ál fyrir Alcoa, en þetta hafi verið í samræmi við markmið verkefnisins „Nýtt upphaf“ og þáttur í samráði fyrirtækjanna.
199. Í glærुकynningu áfrýjenda 21. september 2008 hafi verið viðraðar hugmyndir um að áfrýjendur hættu að sigla til Grundartanga og gæfu þannig frá sér viðskipti við Elkem. Á móti myndu viðskipti Eimskips við BYKO færast til áfrýjenda. Þannig hafi stjórnendur áfrýjenda sett fram hugmyndir, í tengslum við samskipti fyrirtækisins við Eimskip og fyrirhugaðar breytingar á siglingakerfinu, sem hafi lotið að ólögmati markaðsskiptingu fyrirtækjanna. Þá hafi áfrýjendur og Eimskip átt fund 6. október 2008 þar sem rætt hafi verið um takmörkun á flutningsgetu, gámaumsýslu og flutningaþjónustu fyrir Alcoa,

auk verðlagningar í „Trans-Atlantic“ flutningum. Áður, 2. október 2008, hafi E[...] sent E8 drög að gagnkvæmum samningi milli áfrýjenda og Eimskips um leigu á gámum sem hafi tengst samnýtingu á siglingakerfum fyrirtækjanna. Fyrirtækin hafi haldið áfram að undirbúa aukið samstarf og hafi Eimskip 14. október 2008 innt áfrýjendur svara við því hvort þeir vildu sinna flutningum fyrir Eimskip frá Reyðarfirði til Færeyja. Um líkt leyti hafi S5 unnið að hugmyndum um hvernig takmarka ætti flutningsgetu áfrýjenda.

200. Hinn 22. október 2008 hafi Eimskip, áfrýjendur og Alcoa fundað á Reyðarfirði vegna fyrirætlana áfrýjenda um breytingar á siglingakerfi sínu með fækkun skipa í siglingum milli Reyðarfjarðar og Rotterdam. Eimskip hafi setið fundinn sem hafnarþjónustuaðili í Mjóeyrarhöfn. Fundurinn hafi verið einn þáttur af fleirum í samfelldu samráði áfrýjenda og Eimskips og hafi upplýsingamiðlun milli fyrirtækjanna þennan sama dag falið í sér sjálfstætt brot gegn 10. gr. samkeppnislaga. Sú staðhæfing áfrýjenda fái ekki stoð í gögnum málsins að þeir hafi fyrst á þessu tímamarki fengið upplýsingar um þær breytingar sem áfrýjendur hugðust gera á siglingakerfi sínu, en upplýsingar um hugsanlegar útfærslur hafi gengið stöðugt á milli fyrirtækjanna í aðdragandanum. Þegar hingað var komið hafi áfrýjendur og Eimskip verið löngu byrjuð að vinna að því að Eimskip myndi sinna umframflutningum á áli fyrir Alcoa.

201. Í lok október 2008 hafi áfrýjendur tilkynnt um fækkun skipa í áætlunar-siglingum úr fjórum í þrjú. Hafi breytingin falið í sér verulega takmörkun á flutningsgetu áfrýjenda og hafi þeir ekki lengur getað sinnt flutningi á allri framleiðslu Alcoa til meginlands Evrópu. Forsenda þess að þetta gengi upp hafi verið sú að Eimskip myndi sinna fyrir áfrýjendur hluta af álútflutningi Alcoa. Hinn 17. nóvember 2008 hafi Eimskip síðan takmarkað flutningsgetu sína í siglingum milli Íslands og Norður-Ameríku. Þannig hafi skipum Eimskips í Norður-Ameríkusiglingum fækkað úr tveimur í eitt, en sú breyting hafi verið í samræmi við tillögur í minnisblaði S5 9. júlí 2008.

202. Hinn 24. nóvember 2008 hafi Alcoa endanlega fallist á kröfu áfrýjenda um verulega hækkun á flutningsgjöldum þrátt fyrir skerta þjónustu. Af skýringum Alcoa sé ljóst að fyrirtækið hafi talið sig knúíð til að samþykkja breytingarnar. Alcoa hafi auk þess samþykkt verulega hækkun flutningsgjalda eða um 131%. Hafi stjórnendur áfrýjenda og Eimskips verið mjög ánægðir með ávinninginn sem hafi hlotist af samráði fyrirtækjanna gagnvart Alcoa, en hjá stjórnendum Eimskips hafi verið notuð orð eins og „alsæla“ og „snilld“. Í sátt Eimskips og Samkeppniseftirlitsins sé jafnframt viðurkennt að fyrirtækið hafi átt samráð við áfrýjendur um breytingar á siglingakerfum.
203. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að mikil ónýtt flutningsgeta hafi verið í skipum Eimskips og hafi Eimskip getað flutt meira en 25% af framleiðslu Alcoa. Eimskip hafi því veitt Alcoa rangar upplýsingar í þá veru að Eimskip gæti einungis annast fjórðung af útflutningi Alcoa. Í raun hafi Eimskip haft nægilega mikla flutningsgetu til að anna öllum flutningum Alcoa miðað við ónýtta flutningsgetu í skipum Eimskips. Hafi Eimskip verið í kjörstöðu til að gefa Alcoa samkeppnishæft tilboð með það að markmiði að ná til sín öllum útflutningi Alcoa. Hafi tilboð Eimskips til Alcoa 24. október 2008, sem takmarkaðist við hluta flutninganna, því verið hluti af því samfellda samráði við áfrýjendur sem Eimskip hafi viðurkennt. Skýringar á atriðum varðandi flutningsgetu Eimskips, sem Samkeppniseftirlitið hafi látið í té við meðferð málsins fyrir áfrýjunarnefndinni, lúti að ályktunum sem komi fram í hinni kærðu ákvörðun. Því sé ekki um að ræða fullyrðingar sem séu of seint fram komnar líkt og áfrýjendur haldi fram.

3.7.3. Friður við Eimskip um mikilvæga viðskiptavinum

204. Samkeppniseftirlitið vísar til niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar um að áfrýjendur og Eimskip hafi skipt með sér mörkuðum eftir mikilvægum viðskiptavinum hvors fyrirtækis um sig. Um hafi verið að ræða ólögmett ástand á flutningamarkaðnum sem fyrirtækin hafi lýst sem „friði“ eða „ró“ og hafi það tengst öðru samráði fyrirtækjanna í sjó- og landflutningum. Þannig

hafi náðst sameiginlegur skilningur milli fyrirtækjanna um að keppa ekki um mikilvægustu viðskiptavinum hvors annars og hafi fyrirtækin verið samstíga um þá stefnu á rannsóknartímabilinu. Hafi þessi háttsemi fyrirtækjanna haft að markmiði að raska samkeppni og brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, sem fái jafnframt stoð í viðurkenningu Eimskips á brotinu í sátt fyrirtækisins við Samkeppniseftirlitið.

205. Af samtímagögnum verði ráðið að af 27 stærstu viðskiptavinum áfrýjenda og Eimskips hafi einungis fjórir farið á milli fyrirtækjanna á tímabilinu frá júní 2008 og fram á árið 2013. Þó hafi margir mikilvægir viðskiptavinir verið með lausa samninga á þessu tímabili. Þar að auki hafi ekkert verið því til fyrirstöðu að fyrirtækin byðu í viðskipti mikilvægra viðskiptavina hvors annars þótt flutningssamningar væru ekki lausir á þeim tíma. Mikil óánægja hafi ríkt meðal mikilvægra viðskiptavina fyrirtækjanna vegna verðhækkana og hárra verðtilboða, en fyrirtækin hafi ekki nýtt sér þá óánægju til að ná í ný viðskipti.
206. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að markaðsskiptingin („friðurinn“) hafi gert áfrýjendum og Eimskip kleift að hækka eða halda uppi verði gagnvart viðskiptavinum sínum og taka upp ný gjöld, án þess að þurfa að óttast það að missa viðskiptavinum eða samkeppnisleg viðbrögð keppinautarins við verðhækkunum. Viðskiptavinir sem hafi leitað til keppinautarins eða boðið út viðskipti sín hafi mætt litlum áhuga og hafi þeim nær undantekningarlaust verið boðið verð sem hafi ekki verið til þess fallin að leiða til viðskipta. Hafi þetta gilt hvort sem mikilvægur viðskiptavinur áfrýjenda leitaði til Eimskips eða öfugt. Markaðsskipting áfrýjenda og Eimskips felist jafnframt í tilvikum þar sem fyrirtækin hafi dregið að veita viðskiptavinum hvors annars tilboð uns ljóst var að keppinauturinn virti markaðsskiptinguna. Dæmi um það sé aðgerðaleyfi áfrýjenda í kjölfar beiðna Innnes um tilboð á árinu 2010. Hafi áfrýjendur dregið það í lengstu lög að setja fram tilboð til Innnes þar til fyrir lá að Eimskip gaf Íslensk Ameríska (ÍSAM) ekki samkeppnishæft tilboð, sem var mikilvægur viðskiptavinur áfrýjenda.

207. Rekstraráætlanir fyrirtækjanna frá árunum 2003–2008 gefi jafnframt sterkt til kynna að samkeppnisumhverfið hafi verið allt annað á þeim tíma en þegar markaðsskipting fyrirtækjanna hafi verið við lýði á rannsóknartímabilinu. Í árlegum áætlunum beggja fyrirtækja hafi meðal annars verið gengið út frá þeim forsendum að þau gætu ítrekað hækkað verð og haldið á sama tíma öllum mikilvægustu viðskiptavinum sínum. Í nóvember 2009 hafi S6 sagt í tölvupósti til S15 að ekki væri gert ráð fyrir að reyna að ná viðskiptum IKEA af Eimskip. Þá hafi S6 komist svo að orði: „Markmiðið hjá innflutningi er að hækka verð á núverandi kúna, s.s. Rúmfó, Húsa og ÍSAM.“ Þessu til viðbótar hafi eftirfarandi komið fram í glærुकynningu S6 24. apríl 2009: „ekki sækja, hækka verð“. Þá hafi S2 gefið þau fyrirmæli til undirmanna í tölvupósti 22. júní 2009 að áfrýjendur ættu „ekki sækja heldur á ný mið“. Þá sýni samtímagögn að vilji áfrýjenda til „herferðar“ gagnvart mikilvægum viðskiptavinum Eimskips og að ráðast í markaðssókn með svonefndum „grænenskum dögum“ hafi horfið eftir fund forsvarsmanna áfrýjenda og Eimskips 6. júní 2008. Slíkur vilji hafi fyrst birst aftur á árinu 2013 þegar dregið hafi úr ólögmætu samráði fyrirtækjanna.
208. Samkeppniseftirlitið tekur fram að í hinni kærðu ákvörðun sé ekki lagt til grundvallar að áfrýjendur og Eimskip hafi sammælt um hverja og eina verðhækkun fyrir sig. Aftur á móti hafi fyrirtækin í reglubundnum samskiptum sínum haft með sér ólögmætt samráð sem hafi meðal annars miðað að því að skapa skilyrði til að hækka verð eða vinna gegn verðlækkun. Upplýsingaskipti á milli áfrýjenda og Eimskips allt frá fundinum 6. júní 2008 hafi jafnframt dregið úr sjálfstæði fyrirtækjanna og óvissu þeirra um viðbrögð hvors annars. Þannig hafi upplýsingaskiptin styrkt samband fyrirtækjanna og í kjölfarið hafi þau í sameiningu unnið að sameiginlegum hagsmunum og dregið úr samkeppni sín á milli sem hafi stutt við markaðsskiptinguna. Einnig sé ljóst að tilfærsla á mikilvægum viðskiptavinum milli fyrirtækjanna hefði jafnframt getað haft mikil áhrif á nýtingu flutningsrýmis þeirra, auk þess að vinna gegn markmiðum samstarfs fyrirtækjanna og setja samráðið í uppnám. Aðgerðir

fyrirtækjanna til að takmarka flutningsgetu, auk skorts á samkeppni um mikilvæga viðskiptavinum, hafi á hinn bóginn skapað kjöraðstæður til að hækka verð eða vinna gegn verðlækkunum á mörkuðum málsins.

209. Á tímabilinu frá 2009 til haustsins 2012 hafi markaðshlutdeild bæði áfrýjenda og Eimskips nánast staðið í stað. Markaðshlutdeild áfrýjenda hafi verið á bilinu 27,4–28,2% og hafi flökt milli ára einungis verið frá -0,1% upp í +0,5%. Fullyrðing áfrýjenda um að verulegar sveiflur hafi verið í markaðshlutdeild fyrirtækjanna séu þannig rangar. Þá liggi fyrir að enginn af 27 stærstu og mikilvægustu viðskiptavinum áfrýjenda og Eimskips hafi flust á milli fyrirtækjanna vegna samkeppnisaðgerða á árunum 2009–2013. Tilfærslur fjögurra viðskiptavina af hinum 27 mikilvægustu hafi ekki verið til marks um samkeppni milli fyrirtækjanna eins og rökstutt sé í hinni kærðu ákvörðun. Þar sé átt við tilfærslu viðskipta Búrs í árslok 2008 frá áfrýjendum til Eimskips, viðskipta Nathan & Olsen frá Eimskip til áfrýjenda snemma árs 2009, og viðskipta Búrs og hluta viðskipta BYKO frá Eimskip til áfrýjenda árið 2012. Þær tilfærslur hafi komið til vegna „taugatitnings“ sem hafi komið upp í samráðinu en hafi ekki raskað markaðsskiptingunni.

210. Hvað varðar tilfærslu Nathan & Olsen til áfrýjenda árið 2009 megi rót þeirrar tilfærslu rekja aftur til maí 2008 en þá hafi áfrýjendur misst viðskipti Aðfanga til Eimskips. Áfrýjendur hafi strax virst ákveðnir í því að ná einhverjum viðskiptum til baka frá Eimskip. Af hálfu áfrýjenda hafi þessi tilfærsla ekki verið skilgreind sem birtingarmynd samkeppni heldur „leiðrétting“ vegna þeirrar ákvörðunar Aðfanga að færa viðskipti sín frá áfrýjendum til Eimskips í apríl 2008. Eftir þá „leiðréttingu“ hafi enginn mikilvægur viðskiptavinur í innflutningi farið milli fyrirtækjanna á næstu árum. Eftir að hafa tekið Nathan & Olsen yfir hafi orðið snöggur viðsnúningur á áhuga áfrýjenda á viðskiptum við Innes. Þótt Innes hafi gefið til kynna áhuga á að færa viðskipti sín til áfrýjenda vegna óánægju með Eimskip hafi áfrýjendur ekki ætlað sér að ná þeim viðskiptum til sín enda hafi Nathan & Olsen fyllt í „skarðið“ sem Aðföng

skildu eftir sig. Á sama tíma sýni gögn frá Eimskip að fyrirtækið hafi ekki ætlað að „ganga á eftir“ Innnesi og hafi haft litlar áhyggjur af því að áfrýjendur myndu bjóða þessum mikilvæga viðskiptavinum betri kjör. Hafi svo farið að það tilboð sem áfrýjendur hafi loks sent Innnesi í júní 2009 hafi verið miklu hærri en tilboð áfrýjenda til Innnes í nóvember 2008. Ljóst sé að áfrýjendur hafi ekki ætlað að ná viðskiptum Innnes af Eimskip heldur virða markaðsskiptinguna.

211. Í hinni kærðu ákvörðun sé gerð grein fyrir skjali frá október 2009 sem hafi tengst vinnu áfrýjenda í svokölluðum kreppuhópi sem hafi fengist við „samkeppnis, kreppu og markaðsmál“. Í hópnum hafi setið meðal annars stjórnendur sjóflutninga og landflutninga, S5, S6 og S15, sem hafi haft ríka aðkomu að samráðinu við Eimskip. Í þeirri vinnu hafi því meðal annars verið velt upp hvort „mögulegt [væri] að við höfum komið í veg fyrir að komist friður á?“. Þá séu skýr merki um það í innanhúsgögnum áfrýjenda og Eimskips að ekki hafi verið vilji til að bjóða viðskiptavinum sem hafi verið í viðskiptum við hitt fyrirtækið samkeppnishæf tilboð og um áherslu fyrirtækjanna á að „rugga [ekki] bátnum“.

212. Önnur birtingarmynd samráðsins hafi falist í því að S6 hafi beint þeim fyrirmælum til undirmanns síns, þegar Aðföng hafi leitað til áfrýjenda í nóvember 2009, að spila skyldi þetta „strategist“ og ekki bjóða „of lag verð“ þar sem Eimskip væri „orugglega að reyna að hækka á þá“. Ef hrært væri í þessu gæti Eimskip „spillt fyrir“ þeim hækkunum sem áfrýjendur hefðu ætlað sér gagnvart Nathan & Olsen. Hafi síðan verið haldið fast við þessa stefnu þegar Aðföng hafi leitað aftur til áfrýjenda með ósk um tilboð í tiltekna flutninga á árinu 2010. Áfrýjendur hafi þá boðið Aðföngum verð samkvæmt verðskrá sem Aðföng hafi nefnt „bilun“ og „klikkun“. Vegna erindis Pennans, viðskiptavinar Eimskips, til áfrýjenda um mögulega flutninga á árinu 2011, hafi starfsmenn áfrýjanda Jóna Transport hf. rætt sín á milli um „vandamál“ sem fylgt gætu því að Pennanum yrðu boðin það góð kjör að fyrirtækið myndi

flytja Bretlandsflutninga sína frá Eimskip til áfrýjenda og hvort það væri „vafasamt upp á friðinn við EIMU að hjóla í þetta af fullum krafti“.

213. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að þótt markaðsskipting um mikilvæga viðskiptavinum hafi ekki fallið undir verkefnið „Nýtt upphaf“ á árinu 2008, hafi atriði í beinum tengslum við slíka markaðsskiptingu verið tekin til skoðunar hjá fyrirtækjunum í ýmsu samhengi. Sem dæmi hafi í glærukynningu S5 frá september 2008 verið taldir upp tilteknir viðskiptavinir áfrýjenda, Eimskips og Atlantsskipa. Jafnframt hafi verið tekið fram að „stóra spurningin“ væri hvað gera skyldi með viðskipti við BYKO, Ölgerð Egils Skallagrímssonar, Innes og Nathan & Olsen. Hafi þessi fyrirtæki verið mikilvægir viðskiptavinir Eimskips. Þá hafi áfrýjendur velt upp þeim möguleika að þeir fengju viðskipti BYKO frá Eimskip, en að viðskipti áfrýjenda við Elkem á Grundartanga færu yfir til Eimskips. Aukinheldur hafi S5 unnið að skjali 7. október 2008 þar sem meðal annars hafi verið velt upp sambærilegum hugmyndum.
214. Samtímagögn áfrýjenda frá nóvember og desember 2008 endurspeglar mikla bjartsýni stjórnenda fyrirtækisins sem hafi gert ráð fyrir að unnt yrði að hækka verð, að EBITDA-framlegð myndi aukast, og á sama tíma myndi fyrirtækið halda öllum viðskiptavinum sínum. Á sama tíma hafi erlend flutningafyrirtæki reynt að bregðast við samdrætti í flutningum með því að lækka verð og keppa af aukinni hörku til að tryggja sér flutninga. Í samtímagögnum sem varða erlenda starfsemi áfrýjanda Samskip Holding BV hafi meðal annars verið rætt um „örvæntingu“ erlendra flutningafyrirtækja. Mál hafi hins vegar þróast með allt öðrum hætti hér á landi vegna samráðs áfrýjenda og Eimskips.
215. Samkeppniseftirlitið áréttar að ekki sé nauðsynlegt að sanna nákvæma útfærslu á markaðsskiptingu, sbr. *dóm undirréttar ESB í máli T-133/07, Mitsubishi Electric*. Jafnframt geti háttsemi fyrirtækja á markaði og stjórnenda þeirra ein og sér gefið sterkar vísbendingar um samstilltar aðgerðir fyrirtækja í ljósi reynslulögmála, sbr. *úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr.*

14/2001. Þá beri ekki að líta til hvers tilviks fyrir sig eins og um ótengd brot sé að ræða heldur sé nægjanlegt að meta eðli brotsins í heild, sbr. *úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 3/2004*.

216. Samkeppniseftirlitið áréttar að niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar er varðar markaðsskiptingu áfrýjenda og Eimskips sé reist á heildarmati á gögnum málsins. Umfang gagna um markaðshegðun fyrirtækjanna á rannsóknartímabilinu sé verulegt og tilvikin fjölmörg, en markaðsskiptingin hafi verið einn þáttur í samfelldu samráði fyrirtækjanna að öðru leyti. Þá tekur Samkeppniseftirlitið fram að niðurstaða um markaðsskiptingu fyrirtækjanna sé ekki alfarið reist á samhliða hegðun þeirra, heldur liggi jafnframt fyrir gögn um samskipti og samvinnu milli þeirra af ýmsum toga. Því eigi svonefnd „fákeppnisvörn“ áfrýjenda ekki við, en þar að auki hafi viðkomandi markaðir ekki verið nægilega gagnsærir til að unnt væri að viðhafa þegjandi samhæfingu. Enn fremur sé bent á þróunina á erlendum mörkuðum þar sem minnkandi flutningsmagn hafi leitt til aukinnar samkeppni milli flutningafyrirtækja, sem hafi verið gerólíkt þróun mála á flutningamörkuðum hér á landi.

217. Samkeppniseftirlitið hafnar þeim skýringum áfrýjenda að þeir hafi haldið að sér höndum í samkeppni um mikilvæga viðskiptavinum þar sem áfrýjendur hafi óttast gagnaðgerðir Eimskips sem markaðsráðandi fyrirtækis. Þvert á móti hafi áfrýjendum verið í lófa lagið að nýta sér veika fjárhagsstöðu Eimskips á fyrri hluta tímabilsins til að leita eftir viðskiptum við mikilvæga viðskiptavinum Eimskips. Þá hafi Eimskip ekki verið í slíkri yfirburðastöðu gagnvart áfrýjendum sem þeir haldi fram enda hafi áfrýjendur ráðið yfir „verulegum hluta“ markaðarins, sbr. *úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008*. Auk þess fái sú fullyrðing áfrýjenda ekki stoð í gögnum málsins að Eimskip hafi haldið að sér höndum í samkeppni við áfrýjendur vegna skyldna sem hafi hvílt á Eimskip á grundvelli 11. gr. samkeppnislaga. Niðurstaða fyrirnefnds úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar um brot Eimskips gegn því lagaákvæði hafi ekki girt fyrir að Eimskip gæti veitt áfrýjendum virka samkeppni.

218. Sú staðhæfing áfrýjenda fái heldur ekki stoð í gögnum málsins að þeir hafi lagt áherslu á að ná í ný viðskipti hjá litlum og meðalstórum fyrirtækjum vegna hærri framlegðar af slíkum viðskiptum. Fyrir liggi að viðskiptavinir áfrýjenda í innflutningi árið 2007 hafi verið um 1800 talsins og hafi 66% tekna áfrýjenda stafað frá 38 stærstu viðskiptavinunum og 77% frá um það bil 70 stærstu. Hjá Eimskip hafi vægi mikilvægra viðskiptavina verið sambærilegt. Þótt framlegð á hverja flutningseiningu kunni að hafa verið hærri í viðskiptum við minni viðskiptavini, sé magn frá slíkum viðskiptavinum hverfulla og því sé það ekki jafn mikilvægt fyrir afkomu áfrýjenda og Eimskips til lengri tíma litið. Á hinn bóginn hafi verið minni samdráttur í magni hjá stærri viðskiptavinum og hafi tekjur af viðskiptum við þá því vegið þyngra í afkomu fyrirtækjanna. Það hafi undir eðlilegum kringumstæðum átt að skapa meiri hvata fyrir fyrirtækin til að keppa og ná fleiri mikilvægum viðskiptavinum til sín í viðskipti, auk þess sem gögn málsins sýni að fyrirtækin hafi verið með ónýtta flutningsgetu í innflutningi. Á hinn bóginn hafi fyrirtækin kosið að keppa ekki um mikilvæga viðskiptavini heldur hafi þau virt markaðsskiptinguna sín á milli.
219. Samkeppniseftirlitið hafnar sjónarmiðum sem áfrýjendur tefla fram er varða einstaka mikilvæga viðskiptavini þeirra og Eimskips, þ.m.t. viðskiptavinina German Seafood, Promens, Vífilfell, Ölgerð Egils Skallagrímssonar, Rúmfatalagerinn, Aðföng, Nathan & Olsen, Íslensk Ameríska, O. Johnson & Kaaber, Europris og Húsasmiðjuna. Samkeppniseftirlitið áréttar að í hinni kærðu ákvörðun sé ekki byggt á því að áfrýjendur og Eimskip hafi komist að samkomulagi um hvern og einn viðskiptavin eða hvert og eitt tilvik, heldur byggji niðurstaða um markaðsskiptingu á heildarmati á gögnum málsins.
220. Hvað varðar útboð Promens vísar Samkeppniseftirlitið til þess að E7 hafi lýst því í tölvupósti til E2 að mjög jákvætt væri að Eimskip gæti fengið hluta viðskipta við Promens „án þess að rugga bátum“. Ekkert bendi til þess að Eimskip hafi óttast að gerast brotlegt við 11. gr. samkeppnislaga með því að gera Promens samkeppnishæft tilboð. Þá hafi German Seafood samíð á

ný við áfrýjendur þótt þeir hafi boðið verð sem hafi að mati viðskiptavinarins verið „út úr korti“, en Eimskip hafi ekki heldur boðið fyrirtækinu viðunandi verð.

221. Þá beri gögn málsins með sér takmarkaðan áhuga Eimskips á að ná viðskiptum við Vífilfell af áfrýjendum þrátt fyrir að um mikilvægan viðskiptavin væri að ræða. Ölgerð Egils Skallagrímssonar (ÖES) hafi einnig verið mjög óánægð með verðlagningu Eimskips. Áfrýjendur hafi þó ekki gert raunhæfa tilraun til að ná í þau viðskipti með því að bjóða viðunandi verð, heldur hafi þeir virt markaðsskiptingu þeirra og Eimskips. Við útboð ÖES haustið 2009 hafi S6 tjáð S5 að ákveða þyrfti „strategiu gagnvart Ölgerðinni sem fyrst“, en „óþægilegt“ væri að setja saman útboðsgögn „án þess að vita hver stefnan er.“ Eftir að útboðið var hafið hafi stjórnendur áfrýjenda efnt til keppni sem hafi gengið út á að giska á tilboðsverð Eimskips. Hafi þeir giskað á að verð Eimskips yrði lægra en áfrýjenda í öllum flutningsliðum útboðs ÖES.

222. Samkeppniseftirlitið hafnar þeirri fullyrðingu áfrýjenda að flutningsgjöld í nýjum samningi áfrýjenda og Rúmfatalagersins hafi lækkað frá fyrri samningi, en sá samanburður fái ekki staðist þar sem um sé að ræða ólíka samninga. Þá hafi Eimskip ekki gert raunhæfa tilraun til að ná í viðskipti Íslensk Ameríska (ÍSAM) og Mekka. Því hafi áfrýjendum verið kleift að halda viðskiptum við þessa tvo viðskiptavini og hækka verð til þeirra. Jafnvel þótt samningshækkun ÍSAM sé umreiknuð yfir í evrur, líkt og áfrýjendur geri í málatilbúnaði sínum, og sjóflutningsverð myndi lækka í þeim samanburði, þá hafi það enga þýðingu í málinu. Markaðsskipting áfrýjenda og Eimskips hafi verið til þess fallin að gera þeim kleift að hækka verð eða halda þeim óbreyttum, óháð því til hvaða myntar sé horft.

223. Þá hafi Eimskip virt markaðsskiptinguna gagnvart áfrýjendum með því að bjóða O. Johnson & Kaaber ekki viðunandi verð. Á sama hátt hafi áfrýjendur virt markaðsskiptinguna gagnvart Eimskip í tilviki Europris. Í því sambandi

séu ótrúverðugar skýringar áfrýjenda um að þeir hafi ekki verið samkeppnis-
hæfir gagnvart Eimskip hvað varðar flutninga fyrir Europris frá Fredrikstad í
Noregi. Sömu sögu sé að segja um Húsasmiðjuna, en þrátt fyrir óánægju
hennar með kjör sín hjá áfrýjendum hafi Eimskip sýnt viðskiptum við hana
takmarkaðan áhuga á rannsóknartímabilinu. Þá hafi verið sem Eimskip hafi
boðið Húsasmiðjunni árið 2013, þegar samráðið hafi verið farið að fjara út,
verið miklu lægri en verðtilboð Eimskips til Húsasmiðjunnar á árinu 2011.

3.7.4. Flutningar til og frá Norður-Ameríku

224. Samkeppniseftirlitið vísar til niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar um samráð
áfrýjenda og Eimskips í beinum flutningum milli Íslands og Norður-Ameríku.
Samstarf fyrirtækjanna um þá flutninga hafi byggst á rýmissamningum (slot-
samningum). Með samstarfinu hafi fyrirtækin sammælt um að hætta að keppa
á umræddri flutningaleið og þau takmarkað það flutningsmagn sem samkeppni
hafi getað ríkt um í flutningum á milli Íslands og Norður-Ameríku. Samstarfið
hafi haft það að markmiði að raska samkeppni og hafi því brotið gegn 10. gr.
samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.
225. Samtímagögn sýni að í kjölfar þess að áfrýjendur og Eimskip hafi hafist handa
við verkefnið „Nýtt upphaf“ sumarið 2008 hafi áfrýjendur stefnt „allri frakt á
Eimskip þar sem hagur heildarinnar ræður för“, eins og komið hafi fram í
tölvupósti S10, yfirmanns áfrýjenda í Norður-Ameríku, til S6, S2 og S5 15.
október 2008. Af hálfu Eimskips hafi verið mikill vilji til að halda samstarfinu
áfram. Með samstarfinu hafi verið dregið úr þeirri samkeppni sem áfrýjendur
hafi veitt Eimskip með „Trans-Atlantic“ flutningum. Samstarf áfrýjenda og
Eimskips í flutningum til og frá Norður-Ameríku hafi síðan verið aukið með
gerð nýs samnings um það 7. janúar 2009, í kjölfar mikilla fundarhalda og
samskipta milli lykilstjórnenda fyrirtækjanna á árinu 2008. Þetta hafi enn
fremur verið fyrsti skriflegi samningur fyrirtækjanna um gámasamstarf vegna
sjóflutninga milli Norður-Ameríku og Íslands og eitt dæmi af mörgum um

afsprengi samráðs fyrirtækjanna sem hafi hafist í kjölfar fundar þeirra 6. júní 2008.

226. Samkvæmt upplýsingum frá áfrýjendum hafi umfang flutninga þeirra og Eimskips til og frá Norður-Ameríku verið sveiflukennt og vægi þeirra lítið. Upplýsingarnar endurspeglar að hlutfall innflutnings áfrýjenda frá Norður-Ameríku af heildarinnflutningi áfrýjenda hafi verið lágt á rannsóknartímabilinu eða 3,3–5,2%. Þrátt fyrir töluverðan samdrátt í innflutningi frá Norður-Ameríku eftir mitt ár 2008 hafi samskiptin og samvinnan sem hafi leitt af Norður-Ameríkusamstarfi fyrirtækjanna engu að síður verið mikilvæg fyrir framgang samráðsins í heild. Þegar dregið hafi úr þunga samráðsins á árinu 2013 hafi áhugi áfrýjenda og Eimskips á Norður-Ameríkusamstarfinu farið dvínandi.
227. Norður-Ameríkusamstarf áfrýjenda og Eimskips hafi staðið lengi yfir en upphaf þess megi rekja aftur til ársins 1993. Samkeppnisyfirlit hafi fyrst á árinu 1997 slegið því föstu að samstarfið fæli í sér ólöglegt samráð, en fallist hafi verið á að veita undanþágur fyrir því á afmörkuðum tímabilum á grundvelli þágildandi 15. gr. samkeppnislaga, sbr. meðal annars *ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 49/2009*. Á tímabilinu frá 1. september 2004 til ársloka 2009 og á árunum 2011–2013 hafi á hinn bóginn engin undanþága verið í gildi vegna samstarfsins.
228. Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjendum og Eimskip hafi ekki verið heimilt að eiga í samstarfi í Norður-Ameríkuflutningum án undanþágu á grundvelli þágildandi 15. gr. samkeppnislaga og hafi áfrýjendum verið það fullljóst að samstarfið væri þar með ólöglegt. Samkeppniseftirlitið hafi heldur ekki haft lagaheimild til að gefa fyrirheit um annað með athöfnum eða athafnaleysi sínu og geti áfrýjendur í því sambandi ekki borið við réttmætum væntingum eða að ætluð stjórnsýsluvenja leiði til annarrar niðurstöðu. Áfrýjendur geti þannig ekki borið því við að þeir hafi verið í góðri trú um lögmæti samstarfsins á þeim

grundvelli að Samkeppniseftirlitið hafi ekki gert athugasemdir eða fyrirvara við það á meðan stofnunin hafi haft undanþágubeiðnir áfrýjenda og Eimskips til meðferðar. Fyrir liggi að meðferð þeirra undanþágubeiðna hafi tafist sökum anna, enda hafi þurft að forgangsraða málum með hliðsjón af 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga. Þá hafi upplýsingagjöf fyrirtækjanna í undanþágubeiðnum verið ófullnægjandi og hafi Samkeppniseftirlitið því ekki haft réttar forsendur til þess að leggja mat á samstarf fyrirtækjanna.

3.7.5. Flutningar í Evrópu

229. Í hinni kærðu ákvörðun sé komist að þeirri niðurstöðu að samstarf áfrýjenda og Eimskips um sjóflutninga í Evrópu hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Samstarfið hafi meðal annars byggst á svonefndu neyðarsamkomulagi frá árinu 2001 sem hafi verið endurnýjað 9. desember 2010. Um hafi verið að ræða viðvarandi samstarf á öllu rannsóknartímabilinu, en með því hafi fyrirtækin minnkað óvissu á markaði og dregið úr samkeppnishvötum. Þá hafi samkeppnisyfirvöld aldrei verið upplýst um neyðarsamkomulagið og samstarf fyrirtækjanna í flutningum í Evrópu að öðru leyti. Því hafi samstarfið ekki byggst á undanþágu samkvæmt þágildandi 15. gr. samkeppnislaga. Sérfræðiálit sem áfrýjendur hafi lagt fram við meðferð málsins breyti því ekki að samstarfið hafi verið til þess fallið að raska samkeppni. Sama eigi við um staðhæfingar áfrýjenda um að umræddir flutningar hafi verið óverulegir og sjaldgæfir, en umrætt samstarf hafi verið liður í samfelldu samráði fyrirtækjanna sem beri að meta heildstætt en ekki einangrað eftir hverjum verkþætti fyrir sig.

230. Áðurnefnt neyðarsamkomulag hafi samkvæmt orðanna hljóðan falið í sér að áfrýjendur og Eimskip sinntu flutningum fyrir hvort fyrir annað í Evrópu í neyðartilfellum. Á hinn bóginn hafi gildissvið neyðarsamkomulagsins verið rýmra í framkvæmd og hafi það jafnframt verið notað um venjulega flutninga á milli hafna í Evrópu og á milli Evrópu og Íslands. Meðal gagna málsins sé eintak af neyðarsamkomulaginu með handskrifaðri viðbót um að greiða skuli

„2x fyrir venjulega flutninga“. Gagnið sýni að neyðarsamkomulagið hafi ekki verið takmarkað við flutninga vegna óviðráðanlegra orsaka og því verði ekki fallist á sjónarmið áfrýjenda hvað þetta varðar.

231. Aukið samstarf áfrýjenda og Eimskips um flutninga innan Evrópu hafi fallið undir verkefnið „Nýtt upphaf“, auk þess sem fyrirtækin hafi haustið 2008 unnið að því sem þau hafi nefnt „útvíkkað“ neyðarsamkomulag. Áfrýjendur hafi lagt til við Eimskip að gerður yrði „almennur slot sharing samningur“ milli fyrirtækjanna vegna sjóflutninga til og frá Íslandi og hafi Eimskip verið tilbúið „að skoða allt“. Síðla árs 2009 hafi fyrirtækin síðan aukið samráð sitt í sjóflutningum með samningi Eimskips og áfrýjanda Jóna Transport hf. í samræmi við markmið verkefnisins „Nýtt upphaf“. Það samstarf hafi verið umfangsmikið en undir það hafi fallið sjóflutningar milli Íslands og fjölda erlendra áfangastaða, sér í lagi á Bretlandi og í Noregi, auk Norður-Ameríku.
232. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að samráð áfrýjenda og Eimskips vegna Evrópuflutninga hafi varðað verulega viðskiptalega hagsmuni og hafi það átt sér stað samhliða öðru samráði fyrirtækjanna, þ.m.t. á landflutningamarkaði. Það sé á engan hátt sjálfgefið að tafir eða álíka tilvik kalli á samvinnu keppinauta á borð við þá sem hafi falist í neyðarsamkomulaginu. Fyrirtæki keppi ekki einungis í verði heldur einnig í því að veita sem besta þjónustu. Þáttur í slíkri samkeppni sé að fyrirtæki þurfi að standa á eigin fótum í viðbrögðum við tögum og annarri þjónustuskerðingu. Þá hafi ítrekað átt sér stað samskipti milli stjórnenda áfrýjenda og Eimskips vegna margnefnds samstarfs í Evrópuflutningum og hafi samningar um það tekið breytingum frá einum tíma til annars. Því sé ljóst að samstarfið hafi haft það að markmiði að raska samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins og verði ekki fallist á mótmæli áfrýjenda við því að markmiðs-skilyrði bannákvæðanna sé uppfyllt.

3.7.6. Landflutningar

233. Samkeppniseftirlitið vísar til niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar um að áfrýjendur og Eimskip hafi um árabíl stundað ólöglegt samráð í landflutningum innanlands. Samstarfið hafi meðal annars falist í því að fyrirtækin hafi samið um að annað þeirra hætti akstri á tilteknum flutningaleiðum og keypti þess í stað flutningaþjónustu af hinu fyrirtækinu fyrir umsamið verð. Samstarfið hafi því meðal annars falið í sér takmörkun eða stýringu á framleiðslu og skiptingu markaða milli keppinauta á fákeppnismarkaði. Því sé hafið yfir vafa að umrætt samstarf fyrirtækjanna hafi verið til þess fallið að raska samkeppni í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Hagfræðileg álitagerð sem áfrýjendur hafi lagt fram í málinu fái þessu ekki breytt en hún hafi ekkert sönnunargildi. Þá hafi áfrýjendur og Eimskip ekki leitað eftir undanþágu vegna umrædds samstarfs með stoð í þágildandi 15. gr. samkeppnislaga og hafi fyrirtækin ekki verið í góðri trú um lögmæti þess.
234. Samráð áfrýjenda og Eimskips í landflutningum hafi hafist í síðasta lagi á árinu 2005, en það samstarf hafi verið aukið með verkefninu „Nýtt upphaf“ sumarið 2008. Hafi framkvæmdastjórar landflutninga fyrirtækjanna átt fundi í þessu skyni 4. júlí og 17. september 2008, en auk þess hafi undirmenn þeirra fundað á Reyðarfirði 9. september sama ár. Við mat á umræddu samstarfi beri að líta til yfirburðastöðu áfrýjenda og Eimskips á viðkomandi mörkuðum, en önnur markaðshlutdeild hafi skipst á milli fjölmargra smærri aðila. Áfrýjendur og Eimskip hafi ekki litið á hvort annað sem samkeppnislega ógn, heldur talið slíka ógn stafa af allra smæstu keppinautum, svonefndum einyrkjum. Með samstarfi sínu hafi áfrýjendur og Eimskip í raun sameinast um tiltekna þætti í starfsemi sinni í stað þess að keppa sín á milli.
235. Ekki sé hægt að líta svo á að áfrýjendur og Eimskip hafi átt í lóðréttu samstarfi í þeim tilvikum sem annað fyrirtækið veitti ekki flutningaþjónustu á tiltekinni flutningaleið. Hafi fyrirtækin sinnt alhliða vöruflutningum á mikilvægum

áætlunarleiðum héraendis og verið höfuðkeppinautar á landflutningamarkaði. Þá sýni gögn málsins að fyrirtækin hafi samið um að skipta flutningaleiðum á Norðausturlandi á milli sín og sinnt akstri hvort fyrir annað á viðkomandi leiðum á grundvelli umsaminna verða. Ekki sé unnt að halda því fram að slíkt samstarf sé lóðrétt í skilningi samkeppnislaga. Önnur niðurstaða feli í sér að fyrirtækin hafi val um hvenær samningar þeirra á milli séu metnir sem lóðrétt samstarf en slíkt fái ekki staðist.

236. Samstarf fyrirtækjanna í landflutningum hafi verið umfangsmikið og náð til allt að 34 flutningaleiða og að minnsta kosti fjögurra afgreiðslustöðva. Meðal annars hafi samstarfið náð til flutninga á milli Akureyrar og Egilsstaða svo og Egilsstaða og Seyðisfjarðar, Húsavíkur og Vopnafjarðar og Húsavíkur og Þórshafnar. Einnig hafi fyrirtækin viðhaft samráð um að loka sameiginlegri afgreiðslustöð sinni á Seyðisfirði. Þessu til viðbótar hafi samráðið náð til flutninga á ferskum fiski, sem hafi verið veigamikill þáttur í flutningskerfum fyrirtækjanna. Óumdeilt sé að fyrirtækin hafi starfað saman að flutningum á fiski frá Vestfjörðum, Austfjörðum og Norðurlandi til Reykjavíkur. Þá sýni gögn málsins að markaðsskipting og verðsamráð fyrirtækjanna hafi meðal annars tekið til landflutninga. Að auki hafi fyrirtækin átt í ítrekuðum og reglu- bundnum samskiptum vegna samráðsins, þ.m.t. um samkeppnislega viðkvæm málefni, en dæmi um slíkt megi finna í tölvupóstsamskiptum S[...] og E[...] frá desember 2011 vegna uppgjörs fyrirtækjanna.

237. Hvað varðar flutninga á Norðausturlandi telur Samkeppniseftirlitið ekki unnt að fallast á þau sjónarmið áfrýjenda að um hafi verið að ræða takmörkuð viðskipti við Eimskip vegna flutninga til afmarkaðra og óhagkvæmra áfangastaða sem hafi af þeim sökum ekki verið andstæð samkeppnislögum. Í því sambandi sé ekki unnt að líta fram hjá því að eftir fundinn 6. júní 2008 hafi fyrirtækin hafið samfellt alvarlegt samráð sem hafi meðal annars tekið til takmörkunar á flutningsgetu, markaðsskiptingar og hagnýtrar samvinnu í kjarnastarfsemi fyrirtækjanna. Líta verði á hagnýta samvinnu fyrirtækjanna í

heild, fremur en að meta hana einangrað eftir hverjum verkþætti fyrir sig. Bent sé á að fyrirtækin hafi notast við skuldajöfnuð í samstarfi sínu á landflutningamarkaði og gefi veltuupplýsingar því ekki rétta mynd af umfangi samstarfsins. Því sé ekki unnt að fallast á að umrætt samstarf fyrirtækjanna hafi verið óverulegt. Samstarfið hafi þvert á móti verið skaðlegt samkeppni í eðli sínu án tillits til þess hvort það hafi haft einhver raunveruleg áhrif, sbr. *dóm dómstóls ESB í máli C-226/11, Expedia.*

238. Hvað varðar landflutninga á ferskum fiski telur Samkeppniseftirlitið heldur ekki unnt að fallast á sjónarmið áfrýjenda um að þeir hafi einungis átt í tilfallandi og lögmætum viðskiptum við Eimskip í fiskflutningum á tilteknum flutningaleiðum. Þá séu ályktanir í hinni kærðu ákvörðun um mikilvægi fiskflutninga fyrir landflutninga áfrýjenda og Eimskips studdar við gögn frá fyrirtækjunum sjálfum og breyti engu þótt áfrýjendur hafi hætt starfsemi nokkrum árum síðar. Þessu til viðbótar liggi fyrir að samráð áfrýjenda og Eimskips um verðhækkanir hafi haft áhrif á landflutningahluta fyrirtækjanna, þar með talið fiskflutninga. Skýrasta dæmi þess í gögnum málsins séu atvik í tengslum við útboð Norðlenska í desember 2009, þar sem E12 hafi sagt að afleiðingar þess ef Eimskip ynni útboð Norðlenska, viðskiptavinar áfrýjenda, gætu orðið þær að verðsamkeppni gæti hafist á ný með ófyrirsjáanlegum afleiðingum og að tilgreindar verðhækkanir væru þá í hættu.

239. Um mótmæli áfrýjenda við því að þeir og Eimskip hafi ákveðið sameiginlega að segja upp samningi við fyrirtækið Austfar á Seyðisfirði, vísar Samkeppniseftirlitið til þess að sú atburðarás sem áfrýjendur lýsi í því sambandi sé með öllu ósönnuð. Þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að hin kærða ákvörðun sé í samræmi við fyrri ákvarðanir eftirlitsins meðal annars hvað varðar skilyrði þess að keppinautum sé heimilt að eiga í viðskiptum, svo sem vegna 11. gr. samkeppnislaga, en ávallt beri þó að gæta þess að framkvæmd viðskiptanna fari ekki í bága við bannákvæði 10. gr. laganna.

3.7.7. Gámaumsýsla

240. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að samráð áfrýjenda og Eimskips hafi tekið til láns og leigu flutningsgáma og hafi sú samvinna verið þáttur í verkefninu „Nýtt upphaf“. Samráð fyrirtækjanna tengt gámunum hafi verið umfangsmikill þáttur í samfelldu samráði fyrirtækjanna og hafi hún byggst ýmist á munnlegum eða skriflegum samningum. Gámastýring sé einn af meginþáttum í rekstri flutningafyrirtækja og hafi samráð fyrirtækjanna þar að lútandi því verið til þess fallið að draga úr sjálfstæði og virkri samkeppni milli þeirra.
241. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að ólöglegt samstarf áfrýjenda og Eimskips hafi verið mun víðtækara en þau atriði sem áfrýjendur tilgreini sem ástæður þess að gámar gengu á milli fyrirtækjanna. Rangt sé að drög að samningi um gámasamstarf sem hafi gengið milli áfrýjenda og Eimskips hafi fyrst og fremst tekið til þess þegar rangur gámur lenti fyrir mistök hjá hinu fyrirtækinu. Meðal annars hafi gámasamstarfið ekki einungis tekið til svonefndra „pre-paid“ sendinga andstætt því sem áfrýjendur haldi fram.
242. Fundur áfrýjenda og Eimskips 6. október 2008 hafi meðal annars snúið að auknu samstarfi keppinautanna í gámaárum, bæði vegna flutninga til og frá Norður-Ameríku og Evrópuflutninga. Gámasamstarf fyrirtækjanna í tengslum við Norður-Ameríkuflutninga hafi verið mikið og náið. Í samningi vegna þeirra flutninga 9. desember 2010 hafi verið ákveðið að auka enn frekar gámasamstarf á umræddri flutningaleið í samræmi við verkefnið „Nýtt upphaf“. Um helmingur gáma sem áfrýjendur hafi notað í Norður-Ameríkuflutningum hafi verið gámar frá Eimskip og afgangurinn eigin gámar áfrýjenda. Samhliða hafi fyrirtækin tekið upp aukið gámasamstarf vegna Evrópuflutninga. Hafi umfang þessa samstarfs verið slíkt að starfsmenn í gámastýringu fyrirtækjanna hafi talið tilefni til að koma á skriflegum samningi um samvinnuna. Jafnframt hafi verið óánægja meðal undirmanna hjá Eimskip með stuðninginn við áfrýjendur sem hafi falist í umræddu samstarfi. Að frátalinni undanþágu vegna Norður-Ameríkuflutninga samkvæmt *ákvörðun*

Samkeppniseftirlitsins nr. 46/2009, hafi engin undanþága verið í gildi um gámasamstarf fyrirtækjanna á rannsóknartímabilinu. Hafi áfrýjendur því ekki verið í góðri trú um lögmæti samstarfsins eins og þeir haldi fram.

243. Þá sýni samtímagögn að gámasamstarf áfrýjenda og Eimskips hafi meðal annars tengst flutningum fyrir Alcoa á áli frá Reyðarfirði til Rotterdam. Allir fluttir gámar lestaðir af áli Alcoa hafi endað hjá Steinweg, hafnarþjónustuaðila Alcoa í Rotterdam. Í skjali sem sent hafi verið S2 kvöldið fyrir fund með Eimskip 25. júlí 2008 hafi verið vísað til ábata áfrýjenda og Eimskips af því að nota gámasvæði Steinweg í Rotterdam vegna útflutnings fyrir Alcoa. Ekki liggi þó fyrir að notkun Steinweg hafi krafist samvinnu milli áfrýjenda og Eimskips vegna gáma.

3.7.8. BAF-gjald

244. Samkeppniseftirlitið vísar til niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar um að olúgjald (BAF-gjald) hafi orðið andlag samráðs áfrýjenda og Eimskips eftir að fyrirtækin fóru af stað með verkefnið „Nýtt upphaf“. Stjórnendur fyrirtækjanna hafi hist á fundum þar sem þeir hafi rætt álagningu gjaldsins, miðlað upplýsingum um það sín á milli, samræmt álagningu þess í flutningum til og frá Norður-Ameríku og fylgt þeirri stefnu að allir viðskiptamenn fyrirtækjanna skyldu greiða gjaldið. Samráðið hafi gert fyrirtækjunum kleift að krefja viðskiptavini sína um BAF-gjald og gera breytingar á því án þess að þau þyrftu að óttast samkeppnisleg viðbrögð hvors annars. Gjaldið hafi verið mun hærra hjá áfrýjendum og Eimskip en erlendum flutningafyrirtækjum. Hafi S2 þó ekki talið ástæðu til að hafa áhyggjur af BAF-gjaldi áfrýjenda með vísan til gjaldtöku Eimskips auk lítillar samkeppni hér á landi.
245. Þremur virkum dögum eftir fund Eimskips og áfrýjenda í húsakynnum Eimskips 14. ágúst 2008 hafi S6, sem hafi setið fundinn af hálfu áfrýjenda, sent tölvupóst til undirmanna sinna með nákvæmum upplýsingum um væntanlega hækkun á BAF-gjaldi Eimskips og gefið þau fyrirmæli að hækka

skyldi BAF-gjald hjá áfrýjendum til samræmis. Degi síðar hafi áfrýjendur hækkað BAF-gjald í Norður-Ameríkuflutningum, en Eimskip hafi ekki tilkynnt um hækkun síns BAF-gjalds fyrr en 29. ágúst 2008. Í kjölfarið hafi BAF-gjald, sem áfrýjendur hafi innheimt af viðskiptavinum sínum í Norður-Ameríkuflutningum, ráðist alfarið af BAF-gjaldi Eimskips á hverjum tíma.

246. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að upplýsingamiðlun Eimskips til áfrýjenda um væntanlega hækkun á BAF-gjaldi Eimskips í ágúst 2008 hafi ekki tengst samstarfi fyrirtækjanna um Norður-Ameríkuflutninga, líkt og áfrýjendur láti í veðri vaka. Á árinu 2008 hafi áfrýjendur ekki greitt Eimskip BAF-gjald vegna Norður-Ameríkuflutninga. Það hafi breyst með samningi fyrirtækjanna 7. janúar 2009, en þar hafi verið samið um að áfrýjendur fengju 20% afslátt af BAF-gjaldi Eimskips. Þrátt fyrir þann afslátt hafi áfrýjendur innheimt fullt BAF-gjald af sínum viðskiptavinum í umræddum flutningum.

247. Þá verði ráðið af gögnum málsins að áfrýjendur hafi á fundi með Eimskip 4. desember 2008 rætt á nýjan leik um BAF-gjald í Norður-Ameríkuflutningunum. Við það tilefni hafi Eimskip upplýst áfrýjendur um að allir viðskiptavinir Eimskips greiddu BAF-gjald sem hafi verið viðkvæmar samkeppnisupplýsingar. Á árinu 2009 hafi það þannig komið áfrýjendum á óvart að Eimskip hygðist bjóða Vífilfelli afslátt af BAF-gjaldi. Ekki hafi þó komið til þess að Eimskip byði Vífilfelli slíkan afslátt. Áfrýjendur hafi að lokum haldið í viðskipti við Vífilfell og innheimt fullt BAF-gjald af þeim viðskiptavini.

3.7.9. Skipaafgreiðsla

248. Samkeppniseftirlitið vísar til niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar um að samráð áfrýjenda og Eimskips hafi meðal annars tekið til skipaafgreiðslu í Mjóeyrarhöfn á Reyðarfirði. Eimskip hafi séð um að veita hafnarþjónustu í Mjóeyrarhöfn og hafi því meðal annars annast lestun og losun á áli sem áfrýjendur hafi flutt fyrir Alcoa frá Reyðarfirði. Ólögmett samstarf

fyrirtækjanna í Mjóeyrarhöfn hafi kallað á regluleg samskipti stjórnenda áfrýjenda og Eimskips. Vegna samstarfsins hafi Eimskip búið yfir nákvæmum upplýsingum um alla flutninga áfrýjenda um Mjóeyrarhöfn. Samstarfið hafi því dregið úr sjálfstæði fyrirtækjanna sem keppinauta og verið til þess fallið að raska samkeppni líkt og annað samráð fyrirtækjanna. Samstarfið hafi enn fremur verið þáttur í samráðsverkefninu „Nýtt upphaf“ sem hafi meðal annars lotið að auknu samstarfi fyrirtækjanna í skipaafgreiðslu. Fyrirtækin hafi leitað eftir undanþágu vegna umrædds samstarfs í júlí 2010 en sú beiðni hafi ekki hlotið afgreiðslu. Í beiðni um þá undanþágu hafi fyrirtækin veitt villandi upplýsingar um samstarfið eins og því var háttáð á þessum tíma.

249. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að samstarf áfrýjenda og Eimskips í Mjóeyrarhöfn hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga óháð því hvort áfrýjendur hafi talið nauðsynlegt að kaupa hafnarþjónustu af Eimskip í Mjóeyrarhöfn vegna samnings Eimskips við Alcoa um þá þjónustu. Auk þess geti áfrýjendur ekki skákað í því skjóli að Eimskip hafi borið skylda til að semja við áfrýjendur um hafnarþjónustu á grundvelli 11. gr. samkeppnislaga enda víki slíkt ekki til hliðar bannákvæði 10. gr. laganna. Þá hafi áfrýjendur ekki lagt fram gögn í málinu til stuðnings því að þeim hafi verið óheimilt að hafa viðkomu í Reyðarfjarðarhöfn og að þeir hafi því ekki getað nýtt þá höfn vegna flutninga fyrir viðkomandi viðskiptavini, en sú höfn sé enn í dag skilgreind sem vöruhöfn. Þessu til viðbótar hafi viðræður áfrýjenda og Eimskips um stofnun á sameiginlegu skipaafgreiðslufyrirtæki farið gegn 10. gr. samkeppnislaga án tillits til þess hvort Faxaflóahafnir hafi haft milligöngu um viðræðurnar og hvort slík áform hafi komið til framkvæmda.

3.8. Um 15. gr. samkeppnislaga

250. Samkeppniseftirlitið hafnar sjónarmiðum áfrýjenda um að nógildandi 15. gr. samkeppnislaga, eftir breytingar á ákvæðinu með lögum nr. 103/2020, skuli beitt afturvirktt við úrlausn málsins á þeim grunni að það sé áfrýjendum hagfelldara en ef þágildandi ákvæði væri beitt. Með þeirri lagabreytingu hafi

verið tekið upp svonefnt sjálfsmatskerfi og afnuminn áskilnaður um að undanþága geti einungis byggst á formlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Meginreglur 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu og 1. mgr. 2. gr. almennra hegningarlaga (*lex mitior*) verði ekki taldar standa til slíkrar afturvirkar beitingar 15. gr. samkeppnislaga um atvik máls þessa, enda hafi fyrrnefnd breyting á því ákvæði með lögum nr. 103/2020 ekki endurspeglad breytt mat löggjafans á brotum gegn 10. gr. samkeppnislaga. Auk þess hafi áfrýjendur ekki gert þá kröfu við meðferð málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu að 15. gr. samkeppnislaga yrði beitt afturvirkt eftir lagabreytinguna.

251. Hvað sem öðru líði sé ósannað að efnisleg skilyrði 15. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt en áfrýjendur beri sönnunarbyrði um að svo sé. Umfjöllun í kæru áfrýjenda fullnægi ekki þeim sönnunarkröfum og sé meðal annars óútskýrt hvernig það hafi getað verið hagfellt fyrir viðskiptavinum og neytendum að höfuðkeppinautar á íslenska flutningamarkaðnum ættu í viðvarandi samstarfi í lykilþáttum í starfsemi sinni. Sérfræðiálit sem áfrýjendur hafi lagt fram í málinu fái þessu ekki breytt enda hafi þær ekkert sönnunargildi.

3.9. Um lögsögu

252. Samkeppniseftirlitið hafnar þeirri málsástæðu áfrýjenda að tilgreindir þættir málsins sem varði erlenda markaði hafi ekki fallið undir gildissvið íslenskra samkeppnislaga og því fallið utan lögsögu stofnunarinnar. Samráði áfrýjenda og Eimskips sem sé lýst í 20. kafla hinnar kærðu ákvörðunar hafi verið ætlað að skaða samkeppnishæfni fyrirtækja sem flytji út sjávarafurðir eða aðrar vörur frá Íslandi. Ekki fái staðist að áfrýjendur geti án afleiðinga samkvæmt íslenskum samkeppnislögum haft með sér samráð sem hafi slík áhrif.
253. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að verkefnið „Nýtt upphaf“ hafi tekið til bæði erlendra og íslenskrar flutningastarfsemi áfrýjenda og Eimskips en veruleg skörun sé á milli innlendra og erlendra starfsemi þeirra. Meðal annars hafi frystigeymslurekstur áfrýjenda í Hollandi verið hluti heildar-

þjónustu sem hafi verið veitt útflytjendum sjávarafurða frá Íslandi. Þá hafi „short sea“ þjónusta meðal annars tekið til útflutnings á frystum fiski frá Íslandi með sérhæfðum frystiskipum.

254. Ákvörðun hollenskra samkeppnisyfirvalda um að sekta áfrýjendur og Eimskip fyrir samráð á frystigeymslumarkaðnum í Hollandi á árunum 2006–2009 hafi eðli málsins samkvæmt lotið að brotum fyrirtækjanna sem hafi getað haft áhrif í Hollandi. Sú sektarákvörðun hafi því ekki tekið til samráðsbrots áfrýjenda á Íslandi. Í hinni kærðu ákvörðun sé áfrýjendum heldur ekki gerð sekt vegna áhrifa samráðsbrots fyrirtækisins í Hollandi. Því sé ekki um að ræða brot gegn meginreglunni um bann við tvöfaldri refsingu (ne bis in idem).
255. Áfrýjendur og Eimskip hafi einnig gripið til aðgerða í þeim tilgangi að draga úr samkeppni frá Blue Water Shipping (BWS) sem hafi meðal annars boðið upp á vöruflutninga á milli Íslands, Færeyja og Danmerkur. Hafi það verið til hagsbóta fyrir áfrýjendur og Eimskip, bæði hér á landi og í Færeyjum, og í samræmi við markmið verkefnisins „Nýtt upphaf“. Hið sama eigi við um aukið samráð áfrýjenda og Eimskips í Færeyjum, svo og samstarf milli Silver Sea, dótturfélags áfrýjenda, og norska fyrirtækisins Green Reefers í útflutningi á frystum fiski. Leiki enginn vafi á því að umrædd atvik hafi fallið undir gildissvið íslenskra samkeppnislaga.

3.10. Um málsmeðferð

256. Samkeppniseftirlitið hafnar því að samstarf stofnunarinnar við lögreglu hafi verið ólöglegt eða að brotið hafi verið gegn grundvallarréttindum starfsmanna áfrýjenda. Ákvæði samkeppnislaga geri ráð fyrir að samvinna eigi sér stað á milli Samkeppniseftirlitsins og lögreglu og að unnt sé að nota gögn sem verði til í sakamálinu í stjórnáslumálinu og öfugt, þ.m.t. skýrslur sem teknar séu af sakborningum hjá lögreglu. Rangt sé að Samkeppniseftirlitið hafi annast rannsókn á sakamálinu þótt stofnunin hafi starfað með lögreglu við þá rannsókn með heimild í samkeppnislögum. Fyrirtæki sem sæti rannsókn í

stjórnsýslumáli geti ekki notið sams konar þagnarréttar og einstaklingar í sakamáli njóta. Þá sé þagnarréttur einstaklinga ekki ótakmarkaður og heimilt sé að túlka þögn sakbornings honum í óhag í sakamáli séu réttindi hans að öðru leyti tryggð. Því sé málefnalegt að Samkeppniseftirlitið horfi við heildarmat í málinu til þess hvort eða hvaða skýringar viðkomandi lykilstjórnendur hjá áfrýjendum og Eimskip hafi gefið á mikilvægum gögnum og atvikum málsins. Þá sé því hafnað að farið sé rangt með efni framburða viðkomandi einstaklinga í hinni kærðu ákvörðun.

257. Húsleitir hjá áfrýjendum hafi verið reistar á rökstuddum grun um brot áfrýjenda en ekki falið í sér svonefnda veiðiferð (e. fishing expedition). Húsleitirnar hafi ekki farið í bága við 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu eða meðalhóf, en réttur samkvæmt nefndu ákvæði sé mun takmarkaðri þegar húsleit fari fram á starfsstöð fyrirtækis en á heimili einstaklings. Lögmæti húsleitanna komi ekki til skoðunar í málinu enda hafi þær aðgerðir verið byggðar á úrskurðum dómstóla. Áfrýjendur hafi ekki borið lögmæti húsleitar Samkeppniseftirlitsins í september 2013 undir dómstóla. Á hinn bóginn hafi áfrýjendur borið undir Héraðsdóm Reykjavíkur tiltekin atriði tengd síðari húsleitinni og haldlagningu gagna sem fór fram í júní 2014, en héraðsdómur hafi ýmist vísað kröfum áfrýjenda frá dómi eða hafnað þeim. Í ljósi þessa geti áfrýjendur ekki borið fyrir sig að gögn hafi verið haldlögð eða afrituð úr hófi fram í þessum húsleitum. Þá sé rangt að áfrýjendum hafi ekki verið veittar nægar upplýsingar um á hverju rannsókn Samkeppniseftirlitsins væri reist.

258. Samkeppniseftirlitið hafnar enn fremur málsástæðum áfrýjenda um að hin kærða ákvörðun fari í bága við reglur stjórnsýsluréttar svo ógildingu hennar varði. Meðal annars sé það rangt hjá áfrýjendum að Samkeppniseftirlitið hafi beitt sönnunarreglum í stað þess að rannsaka málið. Þvert á móti hafi rannsóknin verið umfangsmikil og fullnægt kröfum 10. gr. stjórnsýslulaga. Þá sé ekkert hæft í fullyrðingum áfrýjenda um að Samkeppniseftirlitið hafi eftir útgáfu andmælaskjala málsins verið búið að gera upp hug sinn og að andmæla-

réttur áfrýjenda hafi verið til málamynda. Í hinni kærðu ákvörðun sé tekin afstaða til sjónarmiða áfrýjenda um form og efni málsins með ítarlegum og rökstuddum hætti.

259. Birting tveggja andmælaskjala á árunum 2018 og 2019 hafi jafnframt verið til þess fallin að gefa áfrýjendum aukið svigrúm til að koma sjónarmiðum á framfæri og flýta meðferð málsins. Samkeppniseftirlitið hafi síðan á árunum 2020–2023 efnt til viðbótarrannsóknar sem hafi skotið styrkari stoðum undir sönnun á hinu ólögmeta samráði. Þessu til viðbótar hafi Samkeppniseftirlitið átt fundi með áfrýjendum þar sem farið hafi fram ítarlegar umræður um efni málsins og möguleg viðurlög. Framangreint verklag sé að fullu í samræmi við stjórnsýslulög og tíðkist einnig í EES/ESB-samkeppnisrétti. Hafi áfrýjendur því verið í kjörstöðu til gæta hagsmuna sinna og hafi fyrirtækið nýtt sér þá stöðu sína og haldið uppi ýtrustu vörnum. Andmælaréttur hafi því verið virtur og breyti þar engu þótt sjónarmið áfrýjenda hafi ekki haggað niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar.

260. Þá hafnar Samkeppniseftirlitið því að hin kærða ákvörðun brjóti gegn jafnræðisreglu. Áfrýjendur beri sönnunarbyrði fyrir því að ekki hafi verið gætt jafnræðis við úrlausn málsins með tilliti til annarra mála sem þeir vísa til. Atvik þeirra mála eigi ekkert sameiginlegt með umfangsmiklu samráði áfrýjenda og Eimskips sem hafi verið í yfirburðastöðu á mörkuðum málsins. Þetta eigi meðal annars við um *ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til bráðabirgða nr. 1/2011* og *ákvörðun eftirlitsins nr. 29/2015* sem áfrýjendur beri fyrir sig. Þá geti mögulegar skyldur markaðsráðandi fyrirtækis samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga ekki rennt stoðum undir ólögmett samráð keppinauta.

3.11. Um fyrningarfrest

261. Samkeppniseftirlitið hafnar því að fyrningarfrestur samkvæmt 37. gr. a samkeppnislaga hafi verið liðinn þegar hin kærða ákvörðun var tekin. Hvorki orðalag ákvæðisins né lögskýringargögn styðji þann málalíbúnað áfrýjenda

að rof frestsins hafi þau réttaráhrif að nýr frestur hefjist sem sé jafnlangur hinum fyrri. Þvert á móti verði ekki annað ráðið af orðalagi ákvæðisins en að rof frestsins hafi þau réttaráhrif að fresturinn stöðvist meðan mál sé til rannsóknar. Jafnframt eigi ákvæðið það sammerkt með 4. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga, sem vísað sé til í lögskýringargögnum, að upphaf rannsóknar leiði til þess að fyrningarfrestur brots rofni og hætti að líða meðan á rannsókn stendur. Þá hafi rannsókn Samkeppniseftirlitsins ekki stöðvast á neinum tímapunkti með þeim réttaráhrifum að hún teldist ekki hafa rofið fyrningu, sbr. 5. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga, ef reglu þess ákvæðis yrði á annað borð beitt í þessu samhengi.

262. Samkeppniseftirlitið vísa til þess að lagareglur um fyrningu brota gegn samkeppnisreglum hafi ekki verið samræmdar á EES-svæðinu. Engu að síður hafi skuldbindingar á grundvelli EES-samningsins þýðingu við skýringu á 37. gr. a samkeppnislaga. Reglugerð EB nr. 1/2003 og meginreglur EES-réttar feli í sér kröfu um skilvirka framkvæmd á EES/ESB-samkeppnisreglum, sem hafi meðal annars áhrif á sönnunarmat í samráðsmálum, sbr. *dóm dómstóls ESB í máli C-74/14*. Jafnframt beri að túlka fyrningarreglur í samkeppnisrétti með þeim hætti að þær dragi ekki úr skilvirkri framkvæmd samkeppnisreglna. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að 25. gr. reglugerðar EB nr. 1/2003 taki til þeirra tilvika þegar framkvæmdastjórn ESB leggi á sektir, en ákvæðið takmarki ekki valdheimildir samkeppnisyfirvalda í aðildarríkjunum. Því standi engin rök til þess að fyrningarreglur í landslögum aðildarríkja EES og ESB sæti þröngri skýringu. Þá standi ákvæði Mannréttindasáttmála Evrópu ekki til annarrar niðurstöðu hvað þetta varðar.

263. Jafnvel þótt fallist væri á það með áfrýjendum að 37. gr. a samkeppnislaga skuli skýrð til samræmis við ákvæði 5. mgr. 25. gr. reglugerðar EB nr. 1/2003 um tvöfaldan fyrningarfrest, þá verði að líta svo á að fyrningarfrestur hafi verið rofinn við sérhverja rannsóknaraðgerð Samkeppniseftirlitsins sem svari til a-til d-liða 3. mgr. 25. gr. reglugerðarinnar. Fyrning hafi samkvæmt því verið

rofin að nýju við síðari húsleit hjá áfrýjendum 3. júní 2014 og aftur með hverri beiðni um upplýsingar með stoð í 19. gr. samkeppnislaga. Hafi fyrningar-
fresturinn því ekki undir neinum kringumstæðum verið liðinn.

3.12. Um 19. gr. samkeppnislaga

264. Samkeppniseftirlitið bendir á að 19. gr. samkeppnislaga leggi ríka skyldu á fyrirtæki til að afhenda gögn og veita réttar og fullnægjandi upplýsingar við rannsókn máls. Fyrirtækjum beri jafnframt að veita nauðsynlegar upplýsingar um staðreyndir þótt þær verði notaðar gegn því í viðkomandi rannsókn. Brot áfrýjenda gegn 19. gr. samkeppnislaga hafi lotið að munnlegri og skriflegri upplýsingagjöf og hafi brotin verið til þess fallin að leyna samráðinu, afvega-leiða Samkeppniseftirlitið og tefja og torvelda rannsókn málsins.
265. Við munnlega upplýsingagjöf við húsleit Samkeppniseftirlitsins í september 2013 hafi áfrýjendur ekki veitt upplýsingar eða bent á gögn sem hafi tengst samskiptum og samstarfi við Eimskip. Meðal annars hafi S2 ekki veitt upplýsingar um fund hans og S1 með E2 og E1 sem haldinn var 6. júní 2008. Þá hafi S2 ekki veitt réttar upplýsingar um samskipti sín við E2, meðal annars á vettvangi golfmóta og við önnur félagsleg tilefni. Enn fremur hafi S2 vanrækt að upplýsa um símtal sitt til E7 skömmu eftir upphaf húsleitarinnar. Áfrýjendur hafi ekki mótmælt því við húsleitina að viðkomandi starfsmenn gæfu munnlegar skýrslur án frekari fyrirvara.
266. Hvað varðar upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins 29. janúar 2015, auk ítrekunarbréfa, hafi mesta þýðingu að áfrýjendur hafi ekki í upphafi veitt upplýsingar um samskipti og fundarhöld áfrýjenda og Eimskips í júní og júlí 2008 og samskipti, samstarf og samninga við Eimskip sem hafi komist á í kjölfarið. Áfrýjendur hafi upplýst 14. janúar 2016 að S2 minntist þess að hafa á vormánuðum 2008 átt fund með forsvarsmönnum Eimskips vegna áhuga áfrýjenda á mögulegum kaupum á tilteknum erlendum eignum Eimskips. Í kjölfar áréttingar Samkeppniseftirlitsins á upplýsingaskyldu hafi áfrýjendur

upplýst 24. nóvember 2017 hverjir hafi setið fyrrnefndan fund í júní 2008 og veitt nánari upplýsingar um fundinn að öðru leyti, en þær upplýsingar hafi þó ekki verið fullnægjandi. Þá hafi áfrýjendur vanrækt að veita upplýsingar um samstarf áfrýjenda við Eimskip, svo sem minnisblöð S5 7. og 9. júlí 2008 um víðtækt aukið samstarf í sjóflutningum. Framangreind háttsemi áfrýjenda hafi unnið gegn skilvirkri rannsókn málsins og tafið hana.

267. Samkeppniseftirlitið hafnar því að áfrýjendum hafi verið gert að útbúa, flokka eða setja fram með skipulögðum hætti gögn sem Samkeppniseftirlitið hafi þegar haft undir höndum eða að óréttmætar kröfur hafi að öðru leyti verið lagðar á áfrýjendur með fyrirmælum um afhendingarhátt gagna. Jafnframt sé áréttað að áfrýjendum hafi ekki verið gerð sekt fyrir að afhenda ekki gögn og upplýsingar á umbeðnu formi. Að auki sé því hafnað að upplýsingaöflun Samkeppniseftirlitsins á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga hafi brotið í bága við 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu meðal annars hvað varðar meðalhóf. Upplýsingabeidnirnar hafi verið skýrar og rúmast innan skyldna áfrýjenda á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga. Þá hafi áfrýjendur kosið að neyta ekki heimildar til að láta reyna á lögmæti upplýsingabeidna Samkeppniseftirlitsins fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Enn fremur hafi Samkeppniseftirlitið tekið til greina sumar athugasemda áfrýjenda við gagnabeidnirnar.

268. Þá hafnar Samkeppniseftirlitið því að gagnaöflun með húsleitum hjá áfrýjenda með heimild í 20. gr. samkeppnislaga hafi haft áhrif á upplýsingaskyldu þeirra á grundvelli 19. gr. laganna. Enn fremur sé rangt að Samkeppniseftirlitið hafi afritað öll rafræn gögn áfrýjenda í húsleitunum. Til að mynda hafi tölvugögn S1 ekki verið aðgengileg og afrituð. Áfrýjendur hafi jafnframt ranglega hafnað því að S1 væri með netfang hjá fyrirtækinu og hafi þeir ekki afhent það tölvupósthólf sem hann hafi notað hjá áfrýjendum.

3.13. Um ætlaðan drátt á meðferð málsins

269. Samkeppniseftirlitið hafnar sjónarmiðum áfrýjenda um að rannsókn málsins hafi dregist úr hömlu svo að haggi gildi hinnar kærðu ákvörðunar. Ætlaðar tafir á rannsókn málsins hafi ekki haft áhrif á möguleika áfrýjenda á að halda uppi vörnum og geti því ekki komið til þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi í heild á þessum grundvelli. Hvað varðar kröfu áfrýjenda um lækkun eða niðurfellingu stjórnvaldssektar vegna ætlaðs dráttar á rannsókninni, þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að rannsóknin hafi ávallt verið í forgangi hjá stofnuninni og hafi engar óútskýrðar tafir orðið á henni. Málið sé mjög umfangsmikið og flókið auk þess sem rannsóknartímabilið sé langt. Ekki verði hjá því komist að vönduð rannsókn mála af þessum toga taki langan tíma. Allan tímann hafi tveir eða fleiri af sex megin verkþáttum rannsóknarinnar verið í virkri vinnslu. Þá hafi Samkeppniseftirlitið átt í miklum samskiptum við málsaðila vegna rannsóknarinnar.
270. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að engin almenn regla gildi um hámarks-lengd málsmeðferðar í stjórnvæðingum. Meta þurfi atviksbundið í hverju máli hvort brotið hafi verið gegn réttinum til að leyst sé úr máli innan hæfilegs tíma samkvæmt 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Í dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins hafi verið talið að komið geti til greina að lækka sektir í samkeppnismálum vegna dráttar á rannsókn. Á hinn bóginn beri að leggja til grundvallar dómaframkvæmd dómstóla ESB þess efnis að dráttur á málsmeðferð leiði ekki til lækkunar á sekt, en fyrirtæki geti öðlast rétt til skaðabóta af því tilefni verði þau fyrir tjóni. Sú regla sé í samræmi við 13. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu enda teljist skaðabætur vera raunhæft úrræði vegna mögulegra brota gegn 6. gr. sáttmálans.
271. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að hvað sem öðru líði hafi engar órétt-lætanlegar tafir orðið á meðferð málsins. Í dómaframkvæmd hafi hvað þetta varðar verið litið til eðlis og umfangs máls, gagnamagns og hvort kenna megi málsaðila um tafir. Stjórnvöld beri ekki ábyrgð á töfum sem verða af völdum

málsaðila, svo sem ef aðili dregur að afhenda umbeðin gögn eða tekur sér langan tíma til að koma að sjónarmiðum sínum. Þetta eigi enn frekar við þegar málsaðili veiti rangar upplýsingar eða flæki málið með skýringum sínum. Þá beri að líta til þess að grundvallarréttindi á borð við málshraðareglu eigi síður við um lögaðila en einstaklinga, sbr. meðal annars *dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli nr. 5556/10, SA-Capital Oy gegn Finnlandi*.

272. Með hliðsjón af framangreindum mælikvörðum telur Samkeppniseftirlitið ljóst að ekki hafi orðið óréttlætanagerður dráttur á rannsókninni. Áfrýjendur, auk Eimskips fram til júní 2021, hafi haldið uppi ítrustu vörnum sem taki hvort tveggja til laga- og sönnunaratriða og hafi fyrirtækin borið óvenju mörg ágreiningsefni undir dómstóla, áfrýjunarnefnd samkeppnismála og umboðsmann Alþings. Jafnframt hafi verið tímafrekt að greiða úr efnismiklum athugasemdum áfrýjenda. Þá sé það gagnamagn sem liggja til grundvallar rannsókn málsins án fordæma hjá Samkeppniseftirlitinu. Samtals hafi verið afrituð tæplega 16 milljón rafræn skjöl hjá Eimskipi og hafi umfang afritaðra gagna hjá áfrýjendum verið litlu minna. Um sé að ræða eina umfangsmestu rannsókn sem hafi verið framkvæmd hér á landi, en hún taki til öflugra alþjóðlegra fyrirtækja og varði mikilvæga markaði. Málsmeðferðin hafi verið samfelld, ítarleg og vönduð, og hafi enginn óréttmætur dráttur verið á henni. Þá hafi rannsóknin verið réttilega afmörkuð frá upphafi en hún hafi hafist í kjölfar margra funda Samkeppniseftirlitsins með bæði viðskiptavinum og keppinautum áfrýjenda og Eimskips, en á fundunum hafi komið fram ríkar vísbendingar um samráð fyrirtækjanna.

273. Við mat á málshraða telur Samkeppniseftirlitið rétt að miða við að hin eiginlega rannsókn málsins hafi hafist með húsleitum hjá áfrýjendum og Eimskipi í september 2013. Á hinn bóginn sé ekki unnt að fallast á með áfrýjendum að málsmeðferðin hafi í raun byrjað 29. mars 2010 þegar Samkeppniseftirlitið hafi hafið rannsókn á háttsemi áfrýjenda, Eimskips og

fleiri fyrirtækja á landflutningamarkaði. Sú rannsókn hafi í grundvallaratriðum verið ólík þeirri sem hófst í september 2013 og hér beri að miða við.

274. Þá hafnar Samkeppniseftirlitið því að undirbúningur á kæru til lögreglu og eftirfarandi samvinna eftirlitsins og lögreglu hafi valdið óréttlætulegum tögum á rannsókn málsins, en Samkeppniseftirlitinu sé falið það hlutverk í 42. gr. samkeppnislaga að meta hvort kæra skuli stjórnendur og starfsmenn fyrirtækja til lögreglu vegna mögulegrar refsíabyrgðar þeirra. Að baki lögum nr. 52/2007 um breytingar á samkeppnislögum hafi búið það sjónarmið að rík tengsl ættu að vera á milli rannsóknar Samkeppniseftirlitsins og lögreglu.

3.14. Um sektarfjárhæð

275. Samkeppniseftirlitið hafnar mótmælum áfrýjenda sem varða fjárhæð þeirrar stjórnvaldssektar sem lögð hafi verið á áfrýjendur Samskip Holding BV og Samskip hf. vegna brota gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, auk 19. gr. samkeppnislaga. Sektin sé byggð á skýrri heimild í 37. gr. samkeppnislaga og sé fjárhæð hennar ítarlega rökstudd í hinni kærðu ákvörðun með hliðsjón af lögmæltum og málefnalegum sjónarmiðum. Þeim rökum hafi áfrýjendur ekki hnekk. Jafnframt sé ágreiningslaust að áfrýjendur myndi eina efnahagslega einingu og teljist því eitt fyrirtæki í skilningi ákvæða samkeppnislaga. Því beri að horfa til veltu og fjárhagsstyrks áfrýjenda í heild til að tryggja varnaðaráhrif.
276. Hlutdeild áfrýjenda og Eimskips á viðkomandi mörkuðum hafi þýðingu við mat á áhrifum og alvarleika samráðsbrotsins. Tekjur beggja fyrirtækjanna af umræddri flutningaþjónustu hafi numið samtals um 40–48 milljörðum króna á ári á tímabilinu 2008–2013 sem svari til 2,4–2,6% af vergri landsframleiðslu hvert ár. Á verðlagi marsmánaðar 2023 hafi samanlögð velta áfrýjenda af umræddri starfsemi á sama tímabili verið um 164 milljarðar króna, eða að meðaltali um 27 milljarðar króna á ársgrundvelli. Brot áfrýjenda hafi þannig verið umfangsmikil og alvarleg og til þess fallin að valda miklu tjóni, meðal

annars að teknu tilliti til mikilvægis vöruflutninga fyrir íslenskan almenning og atvinnulíf, auk þess sem brotin hafi átt sér stað á tímum mikilla efnahagsörðugleika. Þá sé um ásetningsbrot að ræða, en ítrekunaráhrifum sé þó ekki fyrir að fara í tilviki áfrýjenda. Enn fremur hafi stjórnendur áfrýjenda gegnt lykilhlutverki í samráðinu, meðal annars með því að efna til fundarins 6. júní 2008, sem horfi til þyngingar viðurlaga.

277. Fjárhæð sektar samkvæmt hinni kærðu ákvörðun nemi um 3% af heildarveltu áfrýjenda á árinu 2022, en sektarhámark 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga nemi 10% af heildarveltu. Áratuga framkvæmd samkeppnisreglna sýni að fyrirtæki ráði almennt við greiðslu sekta sem nema allt að 10% af heildarveltu. Sjónarmið áfrýjenda um að sektin feli í sér brot gegn meðalhófsreglunni og öðrum grundvallareglum stjórnsýsluréttar eigi því ekki við rök að styðjast. Sem hlutfall af heildarveltu og að teknu tilliti til verðlagsbreytinga sé sekt áfrýjenda ekki heldur hæsta sektin sem lögð hafi verið á vegna brota á samkeppnislögum hér á landi. Þá hefði grunnfjárhæð sektarinnar orðið mun hærri ef leiðbeiningum Eftirlitsstofnunar EFTA um álagningu sekta í málum af þessum toga hefði verið beitt með beinum hætti í málinu.

278. Litið hafi verið til mögulegra atriða sem gætu réttlætt mildun viðurlaga en engar slíkar málsbætur hafi verið taldar vera fyrir hendi. Meðal annars geti áfrýjendur ekki með réttu krafist lækkunar á sektinni með vísan til þess að markaðshlutdeild Eimskips hafi verið hærri, en raunin sé sú að ekki sé jafn mikill munur á stöðu fyrirtækjanna og áfrýjendur láti í veðri vaka. Þrátt fyrir að áfrýjendur hafi haft minni markaðshlutdeild en Eimskip á rannsóknartímabilinu hafi áfrýjendur verið öflugt fyrirtæki með sterka stöðu á íslenska flutningamarkaðnum. Þá hafi áfrýjendur ekki borið fyrir sig vangetu til greiðslu sektar með formlegum hætti, en strangar kröfur séu gerðar til sönnunar á fjárhagserfiðleikum eigi þeir að geta réttlætt lækkun sektar. Raunar sýni gögn málsins að áfrýjendur geti hæglega greitt sektina.

279. Sekt sem Eimskip hafi gengist undir með sátt þess og Samkeppniseftirlitsins, að fjárhæð 1.500.000.000 krónur, hafi svarað til 1,5% af heildarveltu fyrirtækisins á árinu 2020. Staðvirt hafi sektin numið 1,79 milljörðum króna þegar hin kærða ákvörðun var tekin. Í réttarframkvæmd hafi því verið slegið föstu að skýr viðurkenning á broti réttlæti verulega lægri sekt en ella. Slík viðurkenning lýsi bæði miklum samstarfsvilja og auðveldi Samkeppniseftirlitinu að uppræta brot og leiði hraðar til jákvæðra breytinga á markaði. Málsástæða áfrýjenda um að Samkeppniseftirlitið hafi við gerð sáttar við Eimskip brotið eigin reglur nr. 890/2005 sé röng og þýðingarlaus. Þá líti áfrýjendur fram hjá heimild Samkeppniseftirlitsins til að ljúka máli með sátt á grundvelli 17. gr. f samkeppnislaga, sbr. einnig 22. gr. reglna nr. 880/2005.
280. Þá sé sekt fyrir brot áfrýjenda gegn 19. gr. samkeppnislaga í hóf stillt með hliðsjón af eðli, alvarleika og umfangi brotanna og fjárhagsstyrk áfrýjenda. Skipti þar einkum máli að áfrýjendur hafi ekki þegar í upphafi rannsóknar málsins veitt upplýsingar um samskipti og fundarhöld áfrýjenda og Eimskips í júní og júlí 2008 og samskipti, samstarf og samninga við Eimskip sem hafi fylgt í kjölfarið.

NIÐURSTAÐA

4. Undirstöðuatriði og formhlið málsins

4.1. Um markaði málsins, markaðshlutdeild og verðþróun

281. Í hinni kærðu ákvörðun er lagt til grundvallar að málið varði þrenns konar markaði: Í fyrsta lagi markað fyrir áætlunarflutninga á sjó milli Íslands og Evrópu annars vegar og Norður-Ameríku hins vegar, í öðru lagi markað fyrir landflutninga á Íslandi og í þriðja lagi markað fyrir flutningsmiðlun á Íslandi. Undir fyrstnefnda markaðinn falla einnig tengdir þjónustubættir á borð við vöruafgreiðslu, útskipun og uppskipun, auk þess sem tekið er tillit til for- og áframflutninga. Málið tekur þó ekki til markaða fyrir vörudreifingu og vöru-

hýsingu. Að öðru leyti verður fallist á sjónarmið í hinni kærðu ákvörðun um skilgreiningu markaða málsins (sjá 3. kafla og viðauka I í ákvörðuninni) sem ekki er ágreiningur um. Þá ber að geta þess að skilgreining markaða hefur minni þýðingu við úrlausn mála er varða 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins en mála sem lúta að 11. gr. samkeppnislaga, sbr. *úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2001*.

282. Samskip er alhliða flutningafyrirtæki og meðal stærstu fyrirtækja landsins. Áfrýjendur eru jafnframt með starfsstöðvar í 26 löndum í Evrópu, Norður- og Suður-Ameríku, Asíu og Ástralíu. Áfrýjandi Samskip Holding BV er hollenskt móðurfélag annarra áfrýjenda. Áætlunarflutningar til og frá Íslandi hafa verið starfræktir af áfrýjanda Samskipum hf. Ágreiningslaust er að áfrýjendur eru ein efnahagsleg eining og því eitt fyrirtæki í skilningi ákvæða samkeppnislaga vegna eigna- og stjórnunartengsla milli þeirra.
283. Eimskip er helsti keppinautur áfrýjenda á þeim mörkuðum sem málið lýtur að og er Eimskip einnig meðal stærstu fyrirtækja landsins. Í gegnum tíðina hafa orðið ýmsar breytingar á fyrirtækinu, þar á meðal vegna fjárhagslegrar endurskipulagningar á grundvelli nauðasamnings á árinu 2009 (sjá m.a. kafla 1.2 í hinni kærðu ákvörðun). Þrátt fyrir það var Eimskip eitt og sama fyrirtækið á rannsóknartímabili málsins, sbr. *ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 29/2009*. Í síðastnefndri ákvörðun er einnig rakið að fjárhagserfiðleikar Eimskips sem leiddu til nauðasamningsins hafi líklega ekki breytt markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins á mörkuðum fyrir farmflutninga með reglubundnum áætlunarsiglingum milli Íslands og hafna í Evrópu og Norður-Ameríku, sbr. einnig *úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008* um brot Eimskips gegn 11. gr. samkeppnislaga einkum á árunum 2000 og 2001.
284. Áfrýjendur og Eimskip höfðu yfir 95% hlutdeild á markaði fyrir sjóflutninga milli Íslands og annarra Evrópulanda á rannsóknartímabilinu, bæði í inn- og útflutningi. Þar af höfðu áfrýjendur 35–40% hlutdeild í innflutningi og 35–

45% í útflutningi miðað við tekjur. Markaðshlutdeild keppinautanna Thorship og Blue Water Shipping nam innan við 5% í hvoru tilviki um sig.

285. Á markaði fyrir sjóflutninga milli Íslands og Norður-Ameríku var samanlögð hlutdeild áfrýjenda og Eimskips 100%. Staða Eimskips var þó sterkari en áfrýjenda í þeim flutningum enda var Eimskip eina fyrirtækið sem starfrækti skip í beinum siglingum milli Íslands og Norður-Ameríku. Því keyptu áfrýjendur flutningaþjónustu af Eimskip á þeirri flutningaleið (beint milli Íslands og Norður-Ameríku). Áfrýjendur önnuðust þó einnig flutninga milli Íslands og Norður-Ameríku án aðkomu Eimskips. Nánar tiltekið er þar átt við flutninga á vegum áfrýjenda milli Íslands og Norður-Ameríku með viðkomu á meginlandi Evrópu í samstarfi við erlend flutningafyrirtæki („Trans-Atlantic“ eða „TA“-flutningar). Að þessum flutningum verður nánar vikið hér á eftir.
286. Á markaði fyrir landflutninga á landsvísu nam samanlögð hlutdeild áfrýjenda og Eimskips 70–85%, en þar af nam hlutdeild áfrýjenda 30–40%. Enginn keppinauta fyrirtækjanna í landflutningum hafði yfir 5% markaðshlutdeild. Þá eiga áfrýjendur og Eimskip hvort um sig í samstarfi við ýmis smærri fyrirtæki vegna landflutninga á tilteknum áætlunarleiðum og vöruafgreiðslu.
287. Á innlendum markaði fyrir flutningsmiðlun höfðu áfrýjendur og Eimskip samanlagt 50–60% hlutdeild í gegnum dótturfélög sín, það er áfrýjanda Jóna Transport hf., auk TVG-Zimsen ehf. (Eimskip). Í þeim efnum verður miðað við að flutningsmiðlun teljist til sérstaks markaðar svo sem rökstutt er í hinni kærðu ákvörðun.
288. Að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar um skilgreinda markaði og hlutdeild fyrirtækjanna á þeim (sjá 1. og 3. kafla og viðauka I í ákvörðuninni). Þá er tekið undir þá ályktun í kafla 33.2 í ákvörðuninni að ekki hafi verið teljandi breytingar á markaðshlutdeild áfrýjenda á rannsóknartímabilinu.

289. Í hinni kærðu ákvörðun er því lýst að verð á flutningaþjónustu hafi hækkað talsvert á rannsóknartímabilinu, þ.m.t. með því að áfrýjendur og Eimskip hafi gripið til ýmissa hækkana á gjaldskrár- og samningsverðum, upptöku nýrra gjaldaliða og skerðingar afsláttá. Í ákvörðuninni er einnig rökstutt með vísan til rannsóknargagna að gjaldskrár og einingaverð áfrýjenda fyrir sjófrakt hafi, að meðtöldu olúgjaldi (BAF-gjaldi), hækkað umfram vísitölu neysluverðs hér á landi og samræmda vísitölu neysluverðs á evrusvæðinu (sjá m.a. kafla 33.1 í ákvörðuninni). Að mati áfrýjunarnefndarinnar hafa áfrýjendur ekki hnekt þeim ályktunum Samkeppniseftirlitsins með haldbærum rökum eða gögnum, en sérfræðiálit sem áfrýjendur lögðu fram við meðferð málsins verður ekki talið ná því markmiði. Það lýtur samkvæmt efni sínu einkum að þróun gengis íslensku krónunnar, en í því sambandi verður að hafa í huga að samningar áfrýjenda við viðskiptavinum voru ekki nema að takmörkuðu leyti í íslenskum krónum. Að auki liggur fyrir að í sumum þeirra flutningssamninga sem voru í krónum tóku upphæðir hækkunum í samræmi við breytingar á gengi og/eða vísitölu neysluverðs (sjá einnig 8. kafla hér á eftir). Samkvæmt því sem hér hefur verið rakið verður fallist á niðurstöður hinnar kærðu ákvörðunar um verðþróun á mörkuðum málsins á rannsóknartímabilinu.

4.2. Um bann við ólögmetu samráði

4.2.1. Skilyrði 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins

290. Í 10. gr. samkeppnislaga er lagt bann við samningum, samþykktum og samstilltum aðgerðum fyrirtækja sem hafa það að markmiði eða leiða til þess að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað, sbr. einnig sambærilegt bannákvæði 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Hugtakið samstilltar aðgerðir í ákvæðunum ber að skýra rúmt þannig að það taki til sérhverra beinna eða óbeinna samskipta fyrirtækja sem hafa það að markmiði að raska samkeppni eða hafa slík áhrif í reynd, sbr. *dóma Hæstaréttar í málum nr. 360/2015 og 42/2019*. Hugtökin samningar og samþykktir ber jafnframt að skýra rúmt, sbr. *dóm Hæstaréttar í máli nr. 37/2003 og úrskurð áfrýjunar-*

nefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004. Samningur í skilningi ákvæðanna getur verið óundirritaður eða undirritaður, munnlegur eða skriflegur og þarf ekki að vera bindandi, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 112/2014. Þá ber eftir föngum að skýra 10. gr. samkeppnislaga í samræmi við Evrópureglur á sviði samkeppnisréttar, svo sem leiðir meðal annars af 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, sbr. einnig dóm Hæstaréttar í máli nr. 25/2024.

291. Markmið samkeppnislaga lúta einkum að því að efla virka samkeppni í viðskiptum og þar með vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins, sbr. 1. gr. laganna. Með banni við samráði fyrirtækja er stefnt að því að tryggja að samkeppnisaðilar hegði sér með sjálfstæðum hætti á markaði og taki ákvarðanir upp á eigin spýtur. Óvissa fyrirtækja um hegðun keppinauta er því ein af meginforsendum samkeppni, en grundvelli hennar er raskað ef fyrirtæki skiptast á upplýsingum um verðlagningu eða önnur viðkvæm samkeppnismálefni. Upplýsingamiðlun milli keppinauta getur haft það að markmiði að raska samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins þótt miðlað sé upplýsingum sem taka ekki til endanlegs söluverðs eða upplýsingum sem unnt er að nálgast með öðrum hætti. Það er heldur ekki skilyrði að upplýsingamiðlun sé gagnkvæm heldur nægir að fyrirtæki veiti viðkvæmum samkeppnisupplýsingum viðtöku frá keppinaut sínum. Þrátt fyrir framangreint standa 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins ekki í vegi fyrir því að fyrirtæki fylgist með hegðun keppinauta sinna og lagi sig að hegðun þeirra á skynsamlegan hátt, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 42/2019.

292. Eins og áður var rakið voru áfrýjendur og Eimskip samanlagt í yfirburðastöðu á mörkuðum málsins á rannsóknartímabilinu sem teljast fákeppnismarkaðir. Slíkir markaðir eru afar viðkvæmir fyrir samráði keppinauta enda auðveldar markaðsgerðin ráðandi fyrirtækjum að halda uppi vöruverði og auka framlegð sína á kostnað viðskiptavina, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 360/2015. Skýra verður bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins

með hliðsjón af því að fákeppni ríkti á mörkuðum málsins og að fyrirtækin nutu þar yfirburðastöðu, og verður því lagður strangari mælikvarði á háttsemi áfrýjenda en ella myndi vera gert. Gildir einu um það þótt ekki liggi fyrir að áfrýjendur hafi verið í markaðsráðandi stöðu á mörkuðum málsins í skilningi 11. gr. samkeppnislaga.

293. Eins og áður greinir leggja 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins bann við samningum og samstilltum aðgerðum fyrirtækja sem hafa það að markmiði að raska samkeppni eða af þeim leiðir að samkeppni sé raskað. Sé talið að háttsemi fyrirtækis fullnægi umræddu markmiðsskilyrði ákvæðanna (hún hafi það að „markmiði“ að raska samkeppni) telst hún brot gegn bannákvæðunum án þess að hún þurfi líka að uppfylla hitt skilyrðið, um að hún hafi í raun raskað samkeppni (af henni „leiðir“). Það nægir því að annað skilyrðið sé uppfyllt. Í hinni kærðu ákvörðun var talið að háttsemi áfrýjenda sem þar er lýst uppfyllti fyrrnefnda skilyrðið (markmiðsskilyrði) og var hún af þeim sökum virt sem brot gegn bannákvæðunum (markmiðsbrot).

294. Til að samstarf keppinauta teljist uppfylla fyrrgreint markmiðsskilyrði 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins verður að sýna fram á að samstarfið sé í eðli sínu nægilega skaðlegt samkeppni (e. „reveals in itself a sufficient degree of harm to competition“), sbr. meðal annars *dóm dómstóls ESB í máli C-98/17, Koninklijke Philips*, og *dóm EFTA-dómstólsins í máli E-3/16, Ski Taxi*. Þannig er talið að vissar tegundir samráðs keppinauta feli í eðli sínu í sér slíka röskun á samkeppni, svo sem vegna markmiðs samráðsins, að unnt sé að slá því föstu að það brjóti gegn bannákvæðunum án þess að þörf sé á að kanna hverjar afleiðingar þess hafi verið, sbr. *dóm Hæstaréttar í máli nr. 298/2017*. Við mat á markmiðsskilyrðinu verður að taka tillit til efnis og tilgangs þess samnings eða samstarfs keppinauta sem er til skoðunar, svo og þess lagalega og efnahagslega samhengis sem um er að ræða. Þá ber meðal annars að líta til eðlis þeirrar vöru eða þjónustu sem á í hlut og raunverulegra einkenna og gerðar viðkomandi markaða. Ákveðin háttsemi fyrirtækja er

bersýnilega þess eðlis að hún uppfyllir markmiðsskilyrðið, en það á til dæmis við um verðsamráð, markaðsskiptingu og aðrar alvarlegar tegundir samráðs, sbr. *dóm dómstóls ESB í máli C-450/19, Kilpailu- ja kuluttajavirasto*. Í tilvikum sem eru ekki jafn augljós að þessu leyti verður að leggja heildstætt mat á það hvort háttsemi keppinauta verði felld undir markmiðsskilyrðið með tilliti til þeirra atriða sem áður greinir. Þá verður að skýra markmiðsskilyrðið þröngt að því leyti að það taki eingöngu til aðgerða fyrirtækja sem eru í eðli sínu svo skaðlegar samkeppni að óhætt er að líta á þær sem brot gegn bannákvæðunum án þess að sýna þurfi fram á að þær hafi í raun raskað samkeppni, sbr. áður nefndan *dóm EFTA-dómstólsins í máli E-3/16, Ski Taxi*, og *dóm yfirdeildar dómstóls ESB í máli C-211/22, Super Bock Bebidas*.

295. Um skilyrði bannákvæðanna vísast að öðru leyti til lagasjónarmiða sem rakin eru í hinni kærðu ákvörðun. Jafnframt vísast til umfjöllunar síðar í úrskurði þessum varðandi það skilyrði 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins að aðgerðir fyrirtækja geti haft áhrif á viðskipti milli samningsaðila, sbr. einnig *dóm Hæstaréttar í máli nr. 42/2019*.

4.2.2. Sjónarmið um sönnun

296. Um sönnun í málum vegna brota gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins verður að gæta að því að þótt sektir sem samkeppnis-yfirvöld leggja á fyrirtæki teljist viðurlög við refsiverðu broti í skilningi 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu geta gilt sérstakar sönnunarreglur í slíkum málum sem eru ekki jafn strangar og í sakamálum, sbr. meðal annars *dóma Hæstaréttar í málum nr. 42/2019 og 25/2024 og dóm Mannréttinda-dómstóls Evrópu í máli nr. 5556/10, SA-Capital Oy gegn Finnlandi*. Jafnframt eru skrifleg sönnunargögn um samráðsbrot oftast en ekki af skornum skammti vegna eðlis slíkra brota. Af þeim sökum og vegna þeirra ríku almannahagsmuna sem eru bundnir við skilvirka framkvæmd samkeppnisreglna verður ekki gerð krafa til þess að skrifleg sönnunargögn sýni nákvæmlega fram á hvernig samráð var útfært og framkvæmt í einstökum atriðum. Þannig getur

Það nægt til sönnunar á broti að heildarmat á málgögnum leiði í ljós vísbendingar og tilviljanir, svo sem varðandi samskipti keppinauta, sem veita líkindi fyrir samráði. Meðal annars geta gögn sem sýna að samskipti hafi átt sér stað milli keppinauta, án þess að gögnin sýni hvert efni þeirra samskipta hafi verið, veitt vísbendingu um að samskiptin hafi verið ólögsmæt nema viðkomandi fyrirtæki sýni fram á hið gagnstæða með haldbærum gögnum. Þrátt fyrir þau sérstöku sjónarmið sem eiga við um sönnun í málum er varða ólögsmætt samráð samkvæmt framangreindu hvílir sönnunarbyrði um brot fyrirtækja eftir sem áður á samkeppnisyfirvöldum og verður vafi um sönnun skýrður þeim í hag sem sakaður er um brot. Um sönnunarkröfur má að öðru leyti vísa til lagasjónarmiða sem rakin eru í hinni kærðu ákvörðun.

297. Áfrýjendur vísa til þess að þeir hafi í tilgreind skipti kvartað yfir háttsemi Eimskips til Samkeppniseftirlitsins og að sú staðreynd að fyrirtækin hafi átt í ágreiningi renni stoðum undir þá málsvörn áfrýjenda að ekkert samráð hafi verið til staðar. Að mati áfrýjunarnefndarinnar verður ekki talið að atvik af þessum toga hafi sérstaka þýðingu við úrlausn um sönnun í málinu, enda er þekkt í samkeppnisrétti að samráð keppinauta, sé það til staðar, leiðir ekki nauðsynlega til þess að þeir leggi öll hugsanleg ágreiningsmál til hliðar eða hætti að hegða sér eins og keppinautar að öðru leyti. Með vísan til þess verður ekki heldur dregin sú ályktun að kvartanir áfrýjenda vegna háttsemi Eimskips hafi verið til þess fallnar að afvegaleiða Samkeppniseftirlitið.

4.3. Sátt Eimskips og Samkeppniseftirlitsins

298. Eins og áður kom fram gerði Eimskip sátt við Samkeppniseftirlitið 16. júní 2021 með stoð í 17. gr. f samkeppnislaga og 22. gr. reglna nr. 880/2005 þar sem fyrirtækið viðurkenndi brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins með því að hafa viðhaft samráð við áfrýjendur á tilgreindum sviðum eftir því sem rakið er í sáttinni. Samkvæmt viðteknum sjónarmiðum í samkeppnisrétti getur viðurkenning fyrirtækis á aðild sinni að samráði haft sönnunargildi um þátttöku annarra fyrirtækja í samráðinu. Auk

Þess hefur það ekki verið talið brjóta gegn grundvallarréttindum málsaðila að styðjast við viðurkenningu eins aðila við mat á sönnun um brot annars, sbr. til hliðsjónar *dóm dómstóls ESB í sameinuðum málum C-239/11 P, Siemens o.fl.*, og *dóm Hæstaréttar í máli nr. 42/2019*. Verður því lagt til grundvallar í málinu að viðurkenning Eimskips á samráðsbrotum samkvæmt sáttinni 16. júní 2021 hafi sönnunargildi um þau atriði sem lýst er í sáttinni, að því leyti sem efni hennar fær viðhlítandi stoð í gögnum málsins. Á hinn bóginn rýrir það sönnunargildi sáttarinnar að hún hefur að geyma mjög almenna og knappa lýsingu á þeim samráðsbrotum sem Eimskip viðurkenndi, auk þess sem sáttinni fylgja ekki nánari skýringar á því í hverju einstök brot voru fólgin. Til þess verður þó að líta að 17. gr. f samkeppnislaga bindur gerð sáttar ekki því skilyrði að fyrirtæki leggi fram ný sönnunargögn sem teljast mikilvæg viðbót við fyrirbyggjandi rannsókn, ólíkt því sem gildir um málsmeðferð samkvæmt reglum nr. 890/2005 um atvik sem leiða til niðurfellingar sekta eða ákvarðana um að lækka sektir í málum er varða ólögmaett samráð fyrirtækja.

299. Í sáttinni er því lýst að orðið hafi „grundvallarbreytingar í rekstri [Eimskips], nýir stjórnarhættir hafi verið teknir upp, ný stjórn og stjórnendur hafi komið til starfa og nýir aðaleigendur fari nú fyrir félaginu“. Þótt sáttin sé undirrituð fyrir hönd Eimskips af forstjóra sem tók við því starfi á árinu 2020 verður það ekki talið útiloka að litið verði til sáttarinnar við mat á sönnun í máli þessu. Þó verður ekki litið alfarið fram hjá fyrrgreindum breytingum á eignarhaldi og stjórnendahópi Eimskips við mat á sönnunargildi sáttarinnar, enda er beinlínis vísað til þeirra breytinga í sáttinni sem fyrr greinir, sbr. einnig til hliðsjónar *dóm Hæstaréttar í máli nr. 42/2019*.

300. Það athugast að ekki var tilefni til þess að víkja að efni árangurslausra sáttavíðræðna við áfrýjendur svo sem gert var í greinargerð Samkeppniseftirlitsins fyrir áfrýjunarnefndinni. Þótt áfrýjendur hafi greint frá því í fjölmiðlum að sáttavíðræðunum hefði lokið án árangurs, og að þeir ætluðu því að halda vörnum sínum til streitu, var ekki ástæða til að líta svo á að áfrýjendur hefðu

þar með rofið trúnað um viðræðurnar gagnvart Samkeppniseftirlitinu. Ástæður þess að sáttaviðræðunum var lokið án árangurs hafa auk þess enga þýðingu fyrir úrlausn málsins og verður því litið fram hjá umfjöllun um þetta í greinargerð Samkeppniseftirlitsins.

4.4. Niðurstaða um röksemdir áfrýjenda varðandi formhlið málsins

301. Áfrýjendur byggja á því til stuðnings aðalkröfu sinni að hin kærða ákvörðun og málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins brjóti í ýmsum atriðum gegn reglum um málsmeðferð og grundvallarréttindum áfrýjenda. Verður nú leyst úr þeim málsástæðum áfrýjenda (sjá einnig m.a. 13. kafla úrskurðarins).

302. Vegna málsástæðna áfrýjenda sem lúta að andmælareglu og rannsóknarreglu stjórnarsýsluréttar verður að líta til þess að Samkeppniseftirlitið gaf út ítarleg andmælaskjöl í samræmi við 17. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins og fengu áfrýjendur rúma fresti til að taka afstöðu til frummats stofnunarinnar sem birtist í andmælaskjölunum. Í kjölfar þess gerði Samkeppniseftirlitið frekari rannsókn á ákveðnum atriðum og gaf áfrýjendum kost á að tjá sig um ný gögn sem þannig komu til. Í hinni kærðu ákvörðun var síðan tekin rökstudd afstaða til meginsjónarmiða áfrýjenda (sjá m.a. 24.–34. kafla í henni). Að þessu virtu og gögnum málsins leikur ekki vafi á því að andmælaréttar áfrýjenda var nægilega gætt við rannsókn málsins, sbr. 13. gr. stjórnarsýslulaga, enda hafa áfrýjendur ekki fært haldbær rök fyrir öðru. Þegar litið er til umfangs rannsóknarinnar hafa áfrýjendur heldur ekki sýnt fram á annað en að málið hafi verið nægilega upplýst þegar hin kærða ákvörðun var tekin, sbr. 10. gr. stjórnarsýslulaga. Því var ekki um að ræða ólögmeta beitingu sönnunarreglna í hinni kærðu ákvörðun, en beiting sönnunarreglna er alla jafna óhjákvæmileg í samráðsmálum þar sem málsaðilar neita sök. Jafnframt verður tekin afstaða til þess við efnisúrlausn máls þessa hvort niðurstöður hinnar kærðu ákvörðunar fái stoð í þeim sönnunargögnum sem liggja fyrir.

303. Hvað varðar málsástæðu áfrýjenda um að hin kærða ákvörðun fari í bága við jafnræðisreglu 11. gr. stjórnisýslulaga verður ekki talið að áfrýjendur hafi fært viðhlítandi rök fyrir því að málið sé sambærilegt þeim tilvikum sem þeir tilfæra í málalíbúnaði sínum vegna þessarar málsástæðu. Jafnframt gæti mögulegt aðgerðaleysi Samkeppniseftirlitsins í öðrum tilvikum ekki haggað gildi hinnar kærðu ákvörðunar eða bundið hendur áfrýjunarnefndarinnar við beitingu ákvæða samkeppnislaga. Þegar af framangreindum ástæðum hafa áfrýjendur ekki sýnt fram á að hin kærða ákvörðun brjóti gegn jafnræðisreglu.
304. Að öðru leyti hafa áfrýjendur ekki fært viðhlítandi rök fyrir því að hin kærða ákvörðun brjóti í bága við reglur stjórnisýsluréttar svo að ógildingu hennar varði. Þá verður ekki séð að framsetning hinnar kærðu ákvörðunar, sem er lengri en góðu hófi gegnir, hafi komið niður á málalíbúnaði áfrýjenda, en þeir hafa haft ríkt svigrúm til þess að koma sjónarmiðum sínum á framfæri fyrir áfrýjunarnefndinni, þ.m.t. ítarlegum athugasemdum til viðbótar upphaflegri kæru þeirra til nefndarinnar.
305. Áfrýjendur byggja jafnframt á því að hin kærða ákvörðun og málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins brjóti í bága við réttindi þeirra sem tryggð séu í 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Með hinni kærðu ákvörðun var áfrýjendum gert að sæta stjórnvaldssektum sem teljast ótvírætt til viðurlaga við refsiverðu broti í skilningi framangreindra ákvæða stjórnarskrárinnar og Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. til hliðsjónar *dóm Hæstaréttar í máli nr. 42/2019*. Geta áfrýjendur því borið ákvæðin fyrir sig í máli þessu eftir því sem við getur átt. Í því sambandi byggja áfrýjendur meðal annars á því að málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins hafi brotið gegn rétti áfrýjenda til hraðrar málsmeðferðar. Áfrýjendur hafa þó ekki borið því við að málsmeðferðartíminn hafi komið niður á möguleikum þeirra til að halda uppi vörnum í málinu. Kemur því ekki til álita að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi að öllu leyti af þessum sökum og verður aðalkrafa áfrýjenda því ekki tekin til greina á þessum grundvelli. Sjónarmið áfrýjenda sem lúta að

málsmeðferðartíma hjá Samkeppniseftirlitinu koma jafnframt til skoðunar við úrlausn varakröfu og þrautavarakröfu áfrýjenda, um niðurfellingu eða lækkun sekta (sjá kafla 13.3 hér á eftir).

306. Ekki er hald í sjónarmiðum áfrýjenda er varða hugsanleg brot gegn þagnarrétti einstakra starfsmanna eða stjórnenda áfrýjenda, enda gæti slíkt ekki haggð gildi ákvörðunar gagnvart áfrýjendum. Auk þess liggur fyrir að ekki verður höfðað sakamál vegna atvika málsins sem fyrr greinir og kemur því ekki til með að reyna á þagnarrétt einstaklinga. Þar sem framangreindu sleppir verður ekki ráðið af málatilbúnaði áfrýjenda hvernig málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins eða niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar á að hafa brotið í bága við réttindi áfrýjenda samkvæmt 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. Mannréttindaáttmála Evrópu eða öðrum mannréttindaákvæðum. Þá verður ekki séð að rannsókn málsins hafi verið í andstöðu við ákvæði samkeppnislaga, meðal annars hvað varðar samvinnu Samkeppniseftirlitsins og embættis héraðs-saksóknara sem byggðist á heimild í 5. og 6. mgr. 42. gr. samkeppnislaga, sbr. einnig *úrskurð Landsréttar í máli nr. 862/2019*. Að auki er það ekki í verkahring áfrýjunarnefndar samkeppnismála að taka afstöðu til álitafna um lögmæti húsleita Samkeppniseftirlitsins sem voru reistar á dómsúrskurðum í samræmi við ákvæði laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála. Hvað sem öðru líður bendir ekkert til þess að framkvæmd húsleita eða annarra rannsóknaraðgerða Samkeppniseftirlitsins hafi verið í ósamræmi við lög eða fyrirbyggjandi dómsúrskurði, sbr. einnig fyrrnefndan úrskurð Landsréttar.
307. Að öðru leyti hafa áfrýjendur ekki fært viðhlítandi rök fyrir því að hin kærða ákvörðun eða málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins hafi brotið gegn reglum stjórnisýsluréttar, grundvallarréttindum áfrýjenda eða öðrum réttarreglum sem snerta rannsókn og meðferð málsins. Með vísan til framangreinds verður því hafnað málsástæðum áfrýjenda þar að lútandi.

5. Yfirlit yfir helstu niðurstöður hinnar kærðu ákvörðunar

308. Í hinni kærðu ákvörðun var komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjendur hafi á árunum 2008–2013 viðhaft samféllt samráð við Eimskip í sjóflutningum, landflutningum og tengdri starfsemi hér á landi og erlendis og þannig brotið með alvarlegum hætti gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Nánar tiltekið hafi áfrýjendur og Eimskip ákveðið á fundi 6. júní 2008 að hefja samráðsverkefni með heitinu „Nýtt upphaf“ sem hafi lotið að því að auka samstarf milli þeirra á ýmsum sviðum í andstöðu við fyrrgreind bannákvæði (sjá m.a. 7.–11. kafla hinnar kærðu ákvörðunar og 6. kafla úrskurðar þessa). Áfrýjendur hafi einnig átt í samráði við Eimskip um breytingar sem gerðar voru á siglingakerfum fyrirtækjanna á síðari helmingi ársins 2008, en þær fólust einkum í takmörkun á flutningsgetu með fækkun skipa í áætlunarsiglingum til og frá Íslandi sem kom til vegna umtalsverðs samdráttar í innflutningi til landsins. Í ákvörðuninni var talið að það samráð áfrýjenda og Eimskips hafi meðal annars falið í sér að fyrirtækin skiptu með sér flutningsviðskiptum við Aloca með tilgreindum hætti, en breytingar á siglingakerfi áfrýjenda höfðu einkum áhrif á flutninga þeirra fyrir Alcoa (sjá m.a. 8.–11. kafla hinnar kærðu ákvörðunar og 7. kafla úrskurðar þessa).
309. Í hinni kærðu ákvörðun var einnig komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjendur og Eimskip hafi á árunum 2009–2012 viðhaft markaðsskiptingu um mikilvæga viðskiptavinum fyrirtækjanna, sem hafi grundvallast á sameiginlegum skilningi fyrirtækjanna um að láta mikilvæga viðskiptavinum hvors annars í friði. Með samráðinu („friðnum“) hafi áfrýjendur og Eimskip komið í veg fyrir að mikilvægir viðskiptavinir flyttu viðskipti sín milli þeirra og hafi slíkar tilfærslur mikilvægra viðskiptavina heyrtil algerra undantekninga á því tímabili sem markaðsskiptingin hafi verið fyrir hendi. Einnig hafi samráðið auðveldað áfrýjendum og Eimskip að hækka flutningsverð til viðkomandi viðskiptavina sem fyrirtækin hafi ítrekað gert á tímabilinu (sjá m.a. 15. kafla hinnar kærðu ákvörðunar og 8. kafla úrskurðar þessa). Þá var í ákvörðuninni komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjendur hafi viðhaft samráð við Eimskip um

svonefnt BAF-gjald (olíugjald) í sjóflutningum og tiltekin önnur gjöld, svo og um afsláttarkjör og önnur viðkvæm samkeppnismálefni (sjá m.a. 11. og 15. kafla ákvörðunarinnar og 9. kafla úrskurðar þessa). Auk þess hafi fyrirtækin átt í samráði um sjóflutninga milli Íslands og Norður-Ameríku og innan Evrópu, svo og í landflutningum, gámaumsýslu og skipaafgreiðslu (sjá m.a. 16.–19. kafla ákvörðunarinnar og 10. kafla úrskurðar þessa). Í ákvörðuninni var enn fremur komist að niðurstöðu um samráðsbrot áfrýjenda í tengslum við tilgreinda erlenda starfsemi þeirra, Eimskips og fleiri fyrirtækja (sjá m.a. 20. kafla ákvörðunarinnar og 11. kafla úrskurðar þessa). Þá var talið í hinni kærðu ákvörðun að áfrýjendur hafi brotið gegn upplýsingaskyldu við rannsókn málsins samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga (sjá m.a. 23. kafla ákvörðunarinnar og 12. kafla úrskurðar þessa). Um helstu niðurstöður hinnar kærðu ákvörðunar vísast einnig til samantektar í fyrsta bindi ákvörðunarinnar.

310. Í hinni kærðu ákvörðun voru brot áfrýjenda gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, sem lýst er í ákvörðuninni, virt sem samfelld samráðsbrot sem hafi varað óslitið allt rannsóknartímabilið, en það tekur sem fyrr greinir til árána 2008–2013. Í ákvörðuninni er upphaf rannsóknartímabilsins einkum miðað við 6. júní 2008 þegar forsvarsmenn áfrýjenda og Eimskips hittust á fundi sem talinn er hafa lotið að verkefninu „Nýtt upphaf“ samkvæmt því sem greinir í ákvörðuninni. Að því er varðar lok rannsóknartímabilsins er lagt til grundvallar í ákvörðuninni að samráðsbrot áfrýjenda sem þar er lýst hafi liðið undir lok á árinu 2013, en líkt og áður greinir voru húsleitir gerðar hjá áfrýjendum og Eimskip 10. september það ár.

311. Þótt rannsóknartímabil málsins nái til árána 2008–2013 eins og áður greinir, var í hinni kærðu ákvörðun komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjendur og Eimskip hafi einnig átt í samráði um ákveðna þætti flutningastarfsemi sinnar fyrir upphaf rannsóknartímabilsins. Forsendur ákvörðunarinnar beinast þó fyrst og fremst að atvikum og háttsemi áfrýjenda á rannsóknartímabilinu og hið sama á við um málatilbúnað aðila fyrir áfrýjunarnefndinni. Við munnlegan

málflutning fyrir áfrýjunarnefndinni var einnig tekið sérstaklega fram af hálfu Samkeppniseftirlitsins að málatilbúnaður stofnunarinnar hvað varðar 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins takmarkaðist við háttsemi áfrýjenda á rannsóknartímabilinu, sem miðað væri við að hæfist í júní 2008 og lyki í lok árs 2012. Af þessu leiðir að úrlausnarefni máls þessa lýtur eingöngu að háttsemi áfrýjenda á þessu tilgreinda tímabili enda er málatilbúnaður aðila við það miðaður svo og rannsókn Samkeppniseftirlitsins.

312. Áréttu ber að Eimskip hefur viðurkennt að hafa átt í ólögmetu samráði við áfrýjendur á rannsóknartímabilinu á þann hátt sem greinir í sátt Eimskips og Samkeppniseftirlitsins 16. júní 2021, en efni sáttarinnar hefur sönnunargildi í máli þessu að því leyti sem það fær stoð í gögnum málsins, eins og fyrr greinir (sjá kafla 1.2.6 og 4.3 hér að framan).

6. Nýtt upphaf á árinu 2008

6.1. Inngangur

313. Í hinni kærðu ákvörðun var talið sem fyrr greinir að áfrýjendur og Eimskip hafi ákveðið í júní 2008 að ráðast í sameiginlegt verkefni með heitinu „Nýtt upphaf“ sem hafi lotið að því að auka samvinnu fyrirtækjanna á ýmsum sviðum flutningastarfsemi í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Áfrýjendur mótmæla því að hafa stofnað til slíks verkefnis með Eimskip og byggja á því að tilgreind samskipti sem þeir hafi átt við Eimskip, þ.m.t. fundur forsvarsmanna fyrirtækjanna 6. júní 2008, hafi takmarkast við lögmet málefni líkt og nánar greinir hér í framhaldinu.

6.2. Aðstæður á fyrri hluta árs 2008

314. Á árinu 2008 voru blikur á lofti um versnandi horfur í efnahagslífinu hér á landi og utan landsteinanna. Samkvæmt gögnum málsins höfðu áfrýjendur á fyrri helmingi ársins 2008 hafið undirbúning aðgerða í rekstri sínum til að

bregðast við samdrætti í innflutningi til landsins. Innflutningur dróst verulega saman (um 50%) eftir því sem leið á árið 2008, en um haustið það ár hrundi fjármálakerfið hér á landi og fylgdi efnahagskreppa í kjölfarið. Samdráttur í innflutningi hafði að óbreyttu í för með sér offramboð á flutningsrýmum í skipum sem áfrýjendur starfræktu í áætlunarsiglingum til og frá landinu. Auk þess höfðu kostnaðarhækkunar og veiking íslensku krónunnar neikvæð áhrif á rekstur áfrýjenda. Ekki urðu þó teljandi breytingar á útflutningsmagni.

315. Helsti keppinautur áfrýjenda, Eimskip, glímdi á þessum tíma við verulega fjárhagserfiðleika einkum vegna mikillar skuldsetningar. Unnið var að því að koma rekstri Eimskips á réttan kjöl, þ.m.t. með eignasölu, og leitaði fyrirtækið síðar heimildar til nauðasamninga sem veitt var með úrskurði héraðsdóms 1. júlí 2009. Samkvæmt nauðasamningi var rekstur Eimskips seldur til nýs félags, en áfram var þó um að ræða sama fyrirtækið í skilningi ákvæða samkeppnislaga, sbr. *ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 29/2009*.
316. Samkvæmt gögnum málsins höfðu áfrýjendur til skoðunar á fyrri helmingi ársins 2008 að snúa sér til Eimskips til þess að kanna hvort grundvöllur væri fyrir samstarfi milli fyrirtækjanna um samnýtingu flutningsrýma í skipum þeirra vegna samdráttar í innflutningi (sjá 6. kafla í hinni kærðu ákvörðun). Í maí 2008 var tilkynnt um ráðningu E2 sem forstjóra Eimskips, en af því tilefni hafði S2 orð á því í tölvupóstsamskiptum við samstarfsmenn sína að hann þekkti E2 vel frá fyrri tíð. Ljóst er að S2 og E2 þekktust og sóttu þeir nokkrum sinnum á rannsóknartímabilinu viðburði af félagslegum toga ásamt fleiri aðilum úr viðskiptalífínu, en þó verður ekki ráðið af gögnum málsins að vinátta hafi verið milli S2 og E2. Á hinn bóginn liggur fyrir að persónuleg tengsl voru til staðar milli tiltekinna stjórnenda áfrýjenda og Eimskips, þ.m.t. S2 og E4, sem og E2 og S9, líkt og nánar er lýst í hinni kærðu ákvörðun (sjá m.a. kafla 7.1 í ákvörðuninni). Verða slík tengsl höfð í huga við heildarmat á gögnum málsins.

317. Með bréfi 30. maí 2008 sagði Eimskip upp samningi við áfrýjendur um flutninga milli Íslands og Norður-Ameríku en óskaði samhliða eftir því að fyrirtækin myndu hefja sem fyrst viðræður um áframhaldandi samstarf um slíka flutninga. Gögn málsins bera með sér að skiptar skoðanir hafi verið á því samstarfi innan Eimskips vegna lítils ábata af því. Hjá áfrýjendum kvað við svipaðan tón, en S2 lýsti því í tölvupósti til S5 2. júní 2008 að hann vildi segja upp samstarfinu því að „svo gott sem ekkert magn er að fara þangað“. Engu að síður gerðu fyrirtækin nýjan samning um áframhaldandi Norður-Ameríkuflutninga í ársbyrjun 2009 svo sem greinir hér á eftir. Að öðru leyti vísast til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun um aðstæður á fyrri helmingi ársins 2008 (sjá m.a. 6. kafla ákvörðunarinnar).

6.3. Fundur áfrýjenda og Eimskips 6. júní 2008

318. Í hádeginu 6. júní 2008 hittust forsvarsmenn áfrýjenda og Eimskips á fundi í húsnæði fjárfestingafélagsins Kjalars í Reykjavík sem var í meirihlutaeigu S1. Ágreiningslaust er að S1 átti frumkvæði að fundinum og að til hans mættu S1 og S2 vegna áfrýjenda og E1 og E2 af hálfu Eimskips. Á hinn bóginn er deilt um tilgang og efni fundarins, en fundargerð liggur ekki fyrir.

319. Meðal málgagna er skýrsla frá fjárfestingafélaginu Eglu sem barst S1 með tölvupósti 5. júní 2008 þar sem fjallað var um finnska gámaflutningafyrirtækið Containerships („Analysis of Containerships“) sem Eimskip átti meirihluta í. Í skýrslunni var sett fram greining á fjárhag og starfsemi Containerships, auk þess sem lagt var mat á hagræði af mögulegu samstarfi Containerships og áfrýjenda á tilteknum siglingaleiðum. Síðla kvölds 5. júní 2008 sendi S3 tölvupóst til S1 þar sem hann vísaði til væntanlegs fundar með Eimskip og kvaðst vilja „vara við því að Samskip ráðist í frekari fjárfestingar s.s. Containerships“, þar sem „Samskip hafi ekki stjórnunarlega burði til að ráðast í frekari slíkar fjárfestingar“. Þá kom fram í tölvupósti S3 að fjárfesting Kjalars í áfrýjendum og tengdum eignum næmi samtals 26,6 milljörðum króna: „Við eigum því mikið undir að okkur takist að komast í gegnum skaflinn.“

320. Í málinu liggur fyrir glærुकyning sem var vistuð af E4 8. júní 2008 og E2 9. sama mánaðar. Á titilsíðu hennar kom fram yfirskriftin „Verkefnið Nýtt upphaf - Júní 2008 - Trúnaðarmál“ (sjá m.a. kafla 7.3, mgr. 1522–1526, í hinni kærðu ákvörðun). Á næstu síðu glærुकyningarinnar sagði eftirfarandi:

„Ákveðið hefur verið að meta hagkvæmni eftirfarandi verkefna með því að auka samstarf á milli Samskip og Eimskip [svo]

- 1. Sameiginlegur rekstur skipaafgreiðslu*
- 2. Gera með sér slot samning til að hagræða í siglingakerfi félaganna á Íslandi*
- 3. Samtarf [svo] í frystigeymslurekstri, einkum í Hollandi*
- 4. Samstarf í „short sea“ þjónustu*
- 5. Innanlandsþjónusta.*

Til að taka þessi verkefni áfram hefur verið ákveðið að stofna til vinnuhóps – [S2], nn, [E2] og [E4] auk bakhjarla verkefnisins“

321. Áfrýjendur vísa til þess að fundur þeirra og Eimskips 6. júní 2008 hafi eingöngu snúist um áhuga áfrýjenda á því að kaupa hluti Eimskips í tveimur erlendum fyrirtækjum. Um hafi verið að ræða eignarhluti Eimskips annars vegar í finnska gámaflutningafyrirtækinu Containerships, sem áður var vikið að, og hins vegar í hollenska frystigeymslufyrirtækinu Daalimpex. Því séu engin tengsl milli fundarins og áðurgreindrar glærुकyningar Eimskips um verkefnið „Nýtt upphaf“ og hafi áfrýjendur ekki vitað um tilvist hennar.

322. Fyrirnefnd glærुकyning Eimskips um verkefnið „Nýtt upphaf“ fannst við húsleit hjá Eimskip. Gögn málsins hníga ekki að annarri niðurstöðu en að glærुकyningin hafi verið sett saman um það leyti sem hún var vistuð á tölvu E4 8. júní 2008. Efni glærुकyningarinnar ber hið sama með sér, en á forsíðu hennar segir að hún sé frá júní 2008 eins og áður kom fram. Þó verður ekki séð að umrædd glærुकyning hafi verið í vörslum áfrýjenda og er hún ekki meðal gagna sem fundust hjá áfrýjendum við húsleitir. Á hinn bóginn greindi S2 frá því við skýrslutöku hjá embætti héraðssaksóknara, þegar hann var

spurður um glærukynninguna og fundinn 6. júní 2008, að hann héldi að „þetta hafi verið viðráð“ og að aðilar hafi „rætt yfir kaffispjalli“ að hægt væri að „skoða eitthvað af þessum þáttum“. Síðan hafi aðilar „unnið frekar heima í húsi“, en „það hafi ekki verið neinn framgangur um eitt eða neitt“ (sjá mgr. 1578–1580 í hinni kærðu ákvörðun). Þessu til viðbótar má nefna að meðal gagna málsins er verkefnalisti E2 sem inniheldur færslu dagsetta 5. júní 2008 með heitinu „Nýtt upphaf“.

323. Með hliðsjón af framangreindum atriðum og gögnum málsins er nægilega í ljós leitt að umræddur fundur forsvarsmanna áfrýjenda og Eimskips 6. júní 2008 hafi lotið að verkefninu „Nýtt upphaf“ sem útlistað var í samnefndri glærukynningu Eimskips sem sett var saman beint í kjölfar fundarins. Sú ályktun fær einnig stoð í sátt Eimskips við Samkeppniseftirlitið þar sem vísað er berum orðum til fundarins og glærukynningarinnar. Samkvæmt þessu hafa áfrýjendur ekki rennt nægum stoðum undir þá staðhæfingu sína að fundurinn 6. júní 2008 hafi eingöngu varðað áhuga áfrýjenda á mögulegum kaupum á eignarhlutum Eimskips í erlendu fyrirtækjunum Containerships og Daalimpex, enda fær sú lýsing áfrýjenda á efni fundarins ekki viðhlítandi stoð í fyrirbyggjandi samtímagögnum. Síðbúnar yfirlýsingar S2, S1 og E1 um efni fundarins breyta ekki þeirri niðurstöðu enda eru þær í ósamræmi við gögn málsins samkvæmt því sem rakið hefur verið.

324. Á hinn bóginn verður ekki talið að gögn málsins standi nægilega til þeirrar ályktunar, sem dregin er í hinni kærðu ákvörðun, að S2 hafi í aðdraganda fundar áfrýjenda með Eimskip 6. júní 2008 afvegaleitt undirmenn sína þegar S2 bað þá um nánar tilgreindar upplýsingar vegna undirbúnings stjórnarfundar áfrýjanda Samskipa hf. Fyrir liggur að slíkur stjórnarfundur hafði verið boðaður 6. júní 2008 klukkan 14, að loknum fundi S2 og S1 með Eimskip sama dag. Meðal annars greindi S2 frá því í tölvupósti til S5 5. júní 2008 að hann væri bókaður „á fund sem ég get ekki breytt kl 12-14“ daginn eftir „og þá tekur stjórnarfundur við“. Slíkur stjórnarfundur var svo ekki haldinn svo

séð verði og liggur því ekki annað fyrir en að honum hafi verið frestað. Þá verður ekki ráðið af gögnum málsins að „óformlegur“ stjórnarfundur áfrýjenda hafi farið fram klukkan 14 þennan sama dag.

6.4. Fundur áfrýjenda og Eimskips 25. júlí 2008

325. Gögn málsins bera með sér að boðað hafi verið til fundar milli áfrýjenda og Eimskips í síðari hluta júlí 2008, en deilt er um það hvort fundurinn hafi átt sér stað. Samkvæmt gögnum málsins átti S2 21. júlí 2008 í tölvupóstsamskiptum við aðstoðarmann S1 vegna óskar S1 um að seinka fyrirhuguðum fundi 23. júlí til föstudagsins 25. sama mánaðar. Síðar sama dag, 21. júlí 2008, upplýsti aðstoðarmaður S1 í tölvupósti til S2 að S1 segðist „geta mætt hvenær sem er á föstudaginn“. Daginn eftir þessi samskipti, 22. júlí 2008, sendi starfsmaður áfrýjenda eftirfarandi tölvupóst til S2:

„[S1] hringdi.

Er ekki staðfestur fundurinn á föstudaginn með [E1].

[S11] og [S12] bíða eftir update vegna þess fundar.“

326. Ætla verður að vísað hafi verið til E1 í framangreindum tölvupósti. Það fær jafnframt stoð í því að í öðrum tölvupósti S11 til S2 og S1 24. júlí 2008 óskaði S11 eftir því að eiga orð við S1 í síma fyrir fund hans með Eimskip. Jafnframt var fundur með heitinu „[S1]“ skráður í dagbók S2 að morgni dags 25. júlí 2008.

327. Samkvæmt framangreindu verður miðað við að áfrýjendur og Eimskip hafi fundað 25. júlí 2008 enda bendir ekkert til þess að hætt hafi verið við fundinn. Þótt framangreind gögn geri það sennilegt að S2 og S1 hafi setið fundinn, svo og E1 af hálfu Eimskips, leiða gögn málsins ekki í ljós að E2 hafi mætt á hann. Þá standa líkur til þess að fundurinn hafi tengst verkefninu „Nýtt upphaf“ með einum og öðrum hætti á sama hátt og fyrri fundur forsvarsmanna fyrirtækjanna 6. júní 2008.

6.5. Ýmis samskipti áfrýjenda og Eimskips á árinu 2008

6.5.1. Inngangur

328. Líkt og áður var rakið skiptist verkefnið „Nýtt upphaf“ í eftirfarandi meginþætti sem voru útlistaðir í samnefndri glærुकynningu Eimskips:

1. *Sameiginlegur rekstur skipaafgreiðslu*
2. *Slot-samningar til að hagræða í siglingakerfi félaganna á Íslandi*
3. *Samstarf í frystigeymslurekstri, einkum í Hollandi*
4. *Samstarf í „short sea“ þjónustu*
5. *Innanlandsþjónusta (landflutningar)*

329. Liðir 1, 2 og 5 hér að framan lutu að kjarnastarfsemi áfrýjenda og Eimskips hér á landi (sjóflutningum, landflutningum og skipaafgreiðslu), en hinir tveir lutu að erlendri starfsemi fyrirtækjanna. Þessi fimm viðfangsefni voru útlistuð nánar í umræddri glærुकynningu Eimskips (sjá kafla 7.5, mgr. 1724, 1748, 1763, 1771 og 1801, í hinni kærðu ákvörðun).

330. Ágreiningslaust er að áfrýjendur höfðu um árábil stundað gagnkvæm viðskipti við Eimskip á tilteknum sviðum áður en rannsóknartímabil málsins hófst. Þar var einkum um að ræða viðskipti í Norður-Ameríkuflutningum, sem áður var getið, auk viðskipta í sjóflutningum innan Evrópu og landflutningum hér á landi. Enn fremur áttu fyrirtækin í viðskiptum í tengslum við afgreiðslu skipa í Mjóeyrarhöfn á Reyðarfirði vegna álflutninga fyrir Alcoa (sjá 7. og 10. kafla hér á eftir). Þessi yfirstandandi viðskipti fyrirtækjanna áttu því ekki rætur að rekja til verkefnisins „Nýtt upphaf“ sem slík. Markmið þess verkefnis lutu hins vegar að því að „meta hagkvæmni“ þess að „auka samstarf“ fyrirtækjanna á fyrrgreindum sviðum með nánar tilteknum hætti. Í eftirfarandi köflum verður vikið að framvindu umræddra viðfangsefna áfrýjenda og Eimskips.

6.5.2. Erlend starfsemi - „short sea“ þjónusta og frystigeymslur

331. Hinn 10. júní 2008 sendi S2 tölvupóst með yfirskriftinni „Eimskip“ til hlutaðeigandi erlendra stjórnenda áfrýjenda, S12 og S11, og afrit til S1. Þar lýsti S2 því að Eimskip hefði áhuga á að skoða möguleika á samstarfi við áfrýjendur í „short sea“ siglingum og frystigeymslurekstri erlendis. Slíkt samstarf gæti falið í sér samþættingu á tveimur erlendum frystigeymslufyrirtækjum, nánar tiltekið Daalimpex (í eigu Eimskips) og Kloosterboer (í eigu áfrýjenda). Að auki kæmi til álita að áfrýjendur tækju upp samstarf við Containerships (í meirihlutaeigu Eimskips) vegna „short sea“ siglinga í Eystrasaltinu. S2 tók fram í tölvupóstinum að Eimskip sæi ekki fyrir sér að eiga Daalimpex til langs tíma, en rekstur Containerships gengi afar vel. S2 upplýsti S12 og S11 jafnframt að E4 hefði fengið símanúmer þeirra og myndi hafa samband við þá innan skamms til þess að skipuleggja fundi í vikunni á eftir (sjá kafla 7.3.2, mgr. 1538 og 1539, í hinni kærðu ákvörðun). Fyrir liggur að S11 átti fund með E4 og E10 í Rotterdam 23. júní 2008 vegna mögulegs samstarfs áfrýjenda og Containerships. Þá áttu S12 og E4 í tölvupóst-samskiptum 27. júní 2008 vegna mögulegs samstarfs áfrýjenda og Daalimpex. Þó er ósannað að átt hafi sér stað samskipti milli S2 og E2 6. ágúst 2008, þótt gögn málsins beri með sér að áfrýjendur og Eimskip hafi átt í samskiptum vegna Containerships um svipað leyti. Jafnframt er ósannað að vísað hafi verið til fundar með Eimskip í tölvupósti S[...] til S2 8. júlí 2008.
332. Áfrýjendur áttu frystigeymslufyrirtækið Kloosterboer sem starfrækti tvær frystigeymslur í Hollandi (IJmuiden og Rotterdam) og aðrar tvær í Noregi (Álasundi) og Færeyjum (Kollafirði), auk þess sem fyrirtækið annaðist frystiflutninga einkum vegna sjávarútvegs. Áfrýjendur höfðu keypt þessa starfsemi af samnefndu fjölskyldufyrirtæki (Kloosterboer) árið 2005. Árið 2009 seldu áfrýjendur frystigeymsluna í IJmuiden aftur til Kloosteboer-fjölskyldufyrirtækisins. Sá hluti frystigeymslustarfsemi áfrýjenda sem stóð eftir var eftirleiðis rekinn undir heitinu Frigocare.

333. Samkvæmt gögnum málsins kom ekki til samstarfs milli áfrýjenda, Eimskips og tengdra fyrirtækja á sviði „short sea“ þjónustu og frystigeymslurekstrar erlendis, þrátt fyrir áform aðila þess efnis. Í ársbyrjun 2009 varð Daalimpex gjaldþrota og í kjölfarið voru tilteknar frystigeymslur Daalimpex seldar Kloosterboer-fjölskyldufyrirtækinu. Um mitt ár 2009 seldi Eimskip jafnframt 65% hlut sinn í Containerships í Finnlandi til meðeiganda síns í fyrirtækinu.

6.5.3. Landflutningar

334. Í glærukynningu Eimskips um verkefnið „Nýtt upphaf“ frá júní 2008 var vísað til markmiðs um að „samnýta betur innanlandsframleiðslukerfi með það að leiðarljósi að lækka kostnað“, auk þess að „[s]tilla upp sameiginlegu kerfi og meta hagræði“. Samkvæmt gögnum málsins áttu E6 og S7 fund á kaffihúsinu Mokka 4. júlí 2008 vegna mögulegs samstarfs áfrýjenda og Eimskips í landflutningum. Þá er í ljós leitt að E6 og S7 hafi fundað í sama tilgangi í verslunarmiðstöðinni Smáralind 17. september 2008, eins og verður ráðið af dagbók E6 og öðrum gögnum málsins. Enn fremur liggur fyrir að E6 og S7 áttu fund með Samkeppniseftirlitinu 16. október 2008 til að ræða hugmyndir um aukið landflutningasamstarf sem fólst í mögulegri stofnun sameiginlegs fyrirtækis um landflutningastarfsemi. Slíkt fyrirtæki var þó ekki stofnað og kom því ekki til aukins samstarfs áfrýjenda og Eimskips í landflutningum að þessu leyti. Þá liggja fyrir í gögnum málsins drög að samningi milli áfrýjenda og Eimskips um samstarf í landflutningum sem ekki verður þó séð að hafi verið undirritaður.
335. Hinn 9. september 2008 áttu undirmenn E6 og S7 fund á Austurlandi vegna mögulegs samstarfs og viðskipta áfrýjenda og Eimskips í landflutningum á Norðurlandi og Austurlandi. Samkvæmt tölvupósti E11 til E6 10. september 2008 var það niðurstaða fundarins að tveimur starfsmönnum fyrirtækjanna var falið að „fara yfir stöðuna, og finna út hvar við getum unnið saman, báðum til hagsbóta“, auk þess að fara yfir „tímasetningu á akstri, magni og reyna að finna út eðlilega gjalddöku.“ Í tölvupósti E11 til E6 og E3 16. september 2008 var

síðan upplýst að viðkomandi starfsmenn hefðu komið sér saman um að „Eimskip sjái um akstur REF-ESK-NES og Samskip um SEY.“ Ekki leikur vafi á því að fyrrgreind tilvísun í „eðlilega gjaldtöku“ hafi lotið að kjörum í innbyrðis flutningsviðskiptum áfrýjenda og Eimskips. Landflutningaviðskipti fyrirtækjanna á Norðausturlandi voru óveruleg og verður ekki ráðið að þau hafi tengst verkefninu „Nýtt upphaf“, enda lutu markmið þess verkefnis að mun umfangsmeiri samvinnu í landflutningum (sjá einnig 10. kafla í úrskurði þessum). Þá er ósannað að samskipti E6 og S7 á fundi með Samtökum verslunar og þjónustu 12. ágúst 2008 hafi falið í sér ólögmeitt samráð.

6.5.4. Skipaafgreiðsla

336. Svo sem áður greinir stefndi verkefnið „Nýtt upphaf“ meðal annars að því að meta hagkvæmni af auknu samstarfi áfrýjenda og Eimskips í skipaafgreiðslu. Samkvæmt skýrslu E4 fyrir embætti héraðssaksóknara áttu áfrýjendur og Eimskip fund í höfuðstöðvum áfrýjenda í Reykjavík á síðari hluta árs 2008. E4 gat ekki tímasett fundinn nákvæmlega, en hann minntist þess að ásamt honum hefðu E2, S2, S5 og S4 setið fundinn. Að sögn E4 laut fundurinn að hugmyndum um stofnun sameiginlegs skipaafgreiðslufyrirtækis á vegum áfrýjenda og Eimskips. Með vísan til framburðar E4 um fundinn er nægilega í ljós leitt að hann hafi verið haldinn í höfuðstöðvum áfrýjenda um fyrrgreint málefni á síðari helmingi ársins 2008. Að öðru leyti verður ekki ráðið af gögnum málsins að þreifingar áfrýjenda og Eimskips um stofnun sameiginlegs skipaafgreiðslufyrirtækis hafi komist á neinn rexpöl, en fyrir liggur að slíkt fyrirtæki var ekki stofnað.

337. Eins og áður greinir áttu áfrýjendur og Eimskip í viðskiptum í tengslum við skipaafgreiðslu í þágu Alcoa í Mjóeyrarhöfn á Reyðarfirði. Þau viðskipti áttu rætur að rekja til þess að Eimskip annaðist hafnarþjónustu í Mjóeyrarhöfn samkvæmt samningi við Alcoa frá 2007 og sá Eimskip því um afgreiðslu skipa áfrýjenda sem fluttu út ál fyrir Alcoa (sjá einnig 7. og 10. kafla hér á eftir). Því

verður ekki ráðið að umrædd viðskipti áfrýjenda og Eimskips í Mjóeyrarhöfn hafi tengst verkefninu „Nýtt upphaf“.

6.5.5. Slot-samningar í sjóflutningum vegna Norður-Ameríku og Evrópu

338. Einn liður í verkefninu „Nýtt upphaf“ var að meta ábata af því að áfrýjendur og Eimskip samnýttu siglingakerfi sín með slot-samningum bæði í flutningum milli Íslands og Norður-Ameríku og flutningum innan Evrópu. Um þetta sagði eftirfarandi í glærुकyningu Eimskips um verkefnið:

„2. Slotsamningar í siglingakerfinu

- *US/Kanada*
 - *Frá US unnið að nýjum samningi og þarf að taka gildi frá 1. september*
 - *Samskip tekur saman magn til/frá US og Kanada til að setja í kerfið*
- *Evrópurútur*
 - *Endurskoða siglingakerfi félaganna með það að leiðarljósi að lágmarka kostnað*
 - *Skipting á erlendum höfnum*
 - *Fækkun / smækkun skipa*
 - *Noregur*
 - *Dæmi um höfn sem hægt væri að gera samning um*
 - *Vestmannaeyjar*
 - *Ímyndalega erfitt [svo]*
 - *Almenn framleiðslugeta eftir höfnum [...]*

339. Eins og áður greinir sagði Eimskip upp samningi við áfrýjendur um samstarf í Norður-Ameríkuflutningum 30. maí 2008 og hófust í kjölfarið samskipti milli fyrirtækjanna um endurnýjun samningsins (sjá kafla 6.2 hér að framan). Í tengslum við það áttu E2 og S10 fund 25. júní 2008, en hinn síðarnefndi var framkvæmdastjóri áfrýjenda í Norður-Ameríku. Hinn 27. júní 2008 setti E2 fram þá spurningu í tölvupósti til E8 hvort semja ætti við áfrýjendur um að þeir flyttu meira magn með skipum Eimskips milli Íslands og Norður-Ameríku

samhliða því að áfrýjendur yrðu beðnir um að „hætta Evrópu flutningum“. Með því átti E2 við flutninga á vegum áfrýjenda milli Íslands og Norður-Ameríku gegnum Evrópu án aðkomu Eimskips („Trans-Atlantic“ flutninga). Þessi ráðagerð Eimskips kom þó ekki til framkvæmda enda verður ráðið af gögnum málsins að „Trans-Atlantic“ flutningar áfrýjenda voru stærstur hluti Norður-Ameríkuflutninga þeirra á rannsóknartímabilinu. Því liggur fyrir að áfrýjendur hættu hvorki að bjóða upp á „Trans-Atlantic“ flutninga né varð merkjanleg aukning á Norður-Ameríkuflutningum áfrýjenda með Eimskip á rannsóknartímabilinu.

340. Áfrýjendur og Eimskip endurnýjuðu samning um samstarf þeirra í Norður-Ameríkuflutningum 7. janúar 2009 (sjá einnig 7. og 10. kafla hér á eftir). Höfðu þau viðskipti fyrirtækjanna staðið yfir lengi í áþekkri mynd og áttu þau því ekki rætur að rekja til verkefnisins „Nýtt upphaf“ sem hófst í júní 2008.
341. Þá verður fallist á ályktanir í hinni kærðu ákvörðun um að tölvupóstsamskipti starfsmanna áfrýjenda 25. júní 2008 annars vegar og starfsmanna Eimskips 2. júlí 2008 hins vegar sýni fram á að viðkvæmum samkeppnisupplýsingum hafi verið miðlað milli fyrirtækjanna um samdrátt í flutningsmagni hjá áfrýjendum og um mögulega fækkun skipa Eimskips í Norður-Ameríkuflutningum. Sú háttsemi fór gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins óháð því hvort unnt hafi verið að nálgast viðkomandi upplýsingar með lögætum hætti, sbr. *dóm Hæstaréttar í máli nr. 42/2019*.

6.6. Samandregin niðurstaða

342. Samkvæmt því sem áður var rakið er sannað að áfrýjendur og Eimskip hafi í júní 2008 ákveðið að hefja samstarfsverkefni með heitinu „Nýtt upphaf“ sem laut að því að kanna grundvöll fyrir auknu samstarfi fyrirtækjanna á ýmsum sviðum til að bregðast við efnahagslegum áskorunum á árinu 2008, einkum samdrætti í innflutningi. Jafnframt er sannað að lagður hafi verið grundvöllur að verkefninu á fundi fyrirtækjanna 6. júní 2008 og er því lýst í samnefndri

glærुकynningu Eimskips sem útbúin var í kjölfar fundarins. Samkvæmt því sem rakið er í glærुकynningunni beindust markmið verkefnisins að ýmsum viðkvæmum samkeppnismálefnum og samkeppnishömlum. Með hliðsjón af því og að öðru leyti röksemdum í hinni kærðu ákvörðun verður staðfest sú niðurstaða hennar að áfrýjendur og Eimskip hafi með því að stofna til verkefnisins „Nýtt upphaf“ um sumarið 2008 viðhaft samstilltar aðgerðir með það að markmiði að raska samkeppni. Sú háttsemi fól því í sér brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins enda var hún skaðleg samkeppni í eðli sínu vegna umfangs og markmiða umrædds verkefnis.

343. Af framangreindu leiðir að samskipti fyrirtækjanna sem spruttu af verkefninu „Nýtt upphaf“ á árinu 2008, og höfðu það að markmiði að koma á verulega aukinni samvinnu milli þeirra og lýst er í köflum 6.4 og 6.5.1–6.5.5 hér að framan, teljast einnig ólögmet, þrátt fyrir að áform um verulega aukningu á samstarfi fyrirtækjanna hafi ekki orðið að veruleika nema að takmörkuðu leyti. Að öðru leyti vísast til megin sjónarmiða í hinni kærðu ákvörðun sem lúta að verkefninu „Nýtt upphaf“, auk umfjöllunar hér á eftir um breytingar á siglingakerfum fyrirtækjanna á árinu 2008.

344. Þrátt fyrir framangreinda niðurstöðu verður ekki fallist á þá ályktun í hinni kærðu ákvörðun að ýmis gagnkvæm viðskipti sem áfrýjendur og Eimskip höfðu stundað fyrir upphaf rannsóknartímabilsins hafi tengst verkefninu „Nýtt upphaf“ og verið ólögmet af þeim sökum (sjá kafla 6.5.1–6.5.5 hér að framan). Í 10. kafla úrskurðarins verður tekin afstaða til þess hvort slík viðskipti sem áttu sér stað á rannsóknartímabilinu hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

7. Breytingar á siglingakerfum á árinu 2008

7.1. Inngangur

345. Á síðari hluta ársins 2008 gerðu áfrýjendur og Eimskip ýmsar breytingar á siglingakerfum sínum vegna mikils samdráttar í innflutningi. Breytingarnar tóku til ákveðinna siglingaleiða og fólust einkum í takmörkun á flutningsgetu fyrirtækjanna með fækkun skipa í áætlunarsiglingum milli Íslands og annarra Evrópulanda (sjá einkum 8.–11. kafla í hinni kærðu ákvörðun). Í málinu er til úrlausnar hvort áfrýjendur hafi viðhaft samráð við Eimskip um framangreindar breytingar á siglingakerfum, annars vegar siglingakerfi Eimskips um sumarið 2008 og hins vegar siglingakerfi áfrýjenda um haustið 2008. Jafnframt er til úrlausnar hvort áfrýjendur og Eimskip hafi viðhaft samráð um breytta tilhögun flutningsviðskipta við Alcoa samhliða breytingum á siglingakerfi áfrýjenda.

7.2. Minnisblað áfrýjenda 9. júlí 2008 og eftirfarandi samskipti

346. Á stjórnarfundum áfrýjanda Samskips hf. 7. júlí 2008 var meðal annars rætt um fyrirhugaða endurskoðun á siglingakerfi áfrýjenda. Með tölvupósti fyrr um daginn sendi S5 S2 drög að minnisblaði með heitinu „Siglingakerfi“. Minnisblaðið var síðan uppfært og dagsett 9. júlí 2008. Í því voru reifaðar tillögur að samstarfi milli áfrýjenda og Eimskips í því augnamiði að ná fram kostnaðarhagræði samfara breytingu á siglingakerfum. Til að slíkt gæti orðið að veruleika þyrftu „aðilar að ná saman um útfærslu“ sem þyrfti að vera „í samræmi við lög og reglur“ og samþykkt af Samkeppniseftirlitinu, eins og fram kom í minnisblaðinu. Þá þyrfti útfærslan að breyta stöðu á milli aðila á markaði sem minnst þannig að „aðilar geti áfram keppt sín á milli á sömu forsendum og fyrr“. Í minnisblaði áfrýjenda var útfærslunni lýst á svofelldan hátt (sjá m.a. kafla 8.9.2, lið 2064, í hinni kærðu ákvörðun):

„Evrópa Þær breytingar sem orðið hafa á flutningum fyrir Alcan með sérstakri “ál-rútu” milli Straumsvíkur og Rotterdam eru efnahagslegar forsendur fyrir rekstri Suðurleiðar Eimskips brostnar og beinast liggur við

að ná fram hagræðingu með því að leggja þá siglingaleið af með eftirfarandi hætti.

- *Suðurleið Eimskips lögð af.*
- *Flutningum frá Vestmannaeyjum sinnt með slot-samningi við Samskip (Blá leið) – Til þess að geta sinnt þessum flutningum þurfa Samskip að sleppa viðkomu á Grundartanga.*
- *Flutningum Samskipa frá Grundartanga yrði sinnt með slot-samningi (Norðurleið) – Til þess að geta sinnt þessum flutningum fyrir Samskip myndu Eimskip að líkindum þurfa að færa hluta útflutnings frá Reykjavík af Norðurleið yfir á Austurleið.*
- *Til að skapa aukið svigrúm á Austurleið til að sinna útflutningi frá Reykjavík sbr. ofangreint yrði viðkomu Austurleiðar til Reyðarfjarðar hætt og flutningum Eimskips sinnt með slot-samningi við Samskip (Græn leið).*
- *Innflutningi Eimskips frá Rotterdam sem ekki fer með Norðurleið og innflutningi Eimskips frá Immingham sem áður fór með Suðurleið verður sinnt með slot samningi við Samskip (Græn leið).*
- *Innflutningur Samskipa frá Noregi færi með Austurleið Eimskips á slot-samningi.*

USA Vegna samdráttar í innflutningi frá Norður-Ameríku er hægt að ná fram kostnaðarhagræðingu í heildarflutningakerfinu til og frá Íslandi með því að Eimskip dragi úr tíðni og flutningsgetu á USA/CA og sinni svæðinu með einu skipi á 21 daga tíðni. Til að tryggja sem besta nýtingu á þessari rútu væri öðrum innflutningi frá USA stýrt úr/í TAS kerfið eftir atvikum.

Samskip gætu nýtt kerfi Eimskips í auknum mæli út úr CA til að bæta nýtingu kerfisins með því að Eimskip færi á móti magn frá sér inn í kerfi Samskipa frá Evrópu. “ (ritvillur hafa verið leiðréttar)

347. Meðal tillagna í minnisblaði áfrýjenda 9. júlí 2008 var að áfrýjendur önnuðust flutninga fyrir Eimskip frá Vestmannaeyjum á grundvelli slot-samnings, en hættu í staðinn að hafa viðkomu á Grundartanga, eins og áður greinir. Í málinu liggur fyrir tölvupóstur E8 til E2 sem sendur var sama dag og minnisblaðið er dagsett, 9. júlí 2008, þar sem E8 lét þess getið að honum „væri mjög illa við að láta þetta eftir“ og átti E8 þar við tekjur Eimskips af flutningum til Vestmannaeyja. Þá liggur fyrir að E8 hafði í þeirri viku átt í samskiptum við S5, líkt og E8 greindi E2 frá í tölvupósti 14. júlí 2008. Af framangreindu verður ráðið að áfrýjendur og Eimskip hafi átt í samskiptum um efni umrædds

minnisblaðs áfrýjenda 9. júlí 2008 sem laut að útfærslu á tilteknum þáttum í siglingakerfi Eimskips. Samskiptin vörðuðu viðkvæmt samkeppnismálefni og voru því andstæð 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Á hinn bóginn ber að geta þess að sú útfærsla sem viðruð var í minnisblaði áfrýjenda 9. júlí 2008 varð ekki að veruleika, þ.m.t. hvað varðar breytingu á siglingakerfi Eimskips, svo sem nánar verður rakið hér í framhaldinu.

348. Að kvöldi 24. júlí 2008 sendi S13 tölvupóst til S2 með skjölum sem höfðu að geyma upplýsingar um fyrirhugaðar breytingar á siglingakerfi Eimskips, þ.m.t. fækkun skipa og breytingar á viðkomuhöfnum (sjá m.a. kafla 8.13.1 í hinni kærðu ákvörðun). Ekki verður ráðið af gögnum málsins að þessar upplýsingar hafi borist áfrýjendum frá eiganda skipsins Lóms, sem Eimskip hugðist skila, eða skipamiðlara sem hafi verið í leit að nýjum leigutaka fyrir skipið, svo sem áfrýjendur telja að kunni að hafa gerst. Standa því ekki rök til annarrar ályktunar en að upplýsingarnar hafi borist áfrýjendum frá Eimskip. Þær lutu að viðkvæmu samkeppnismálefni og braut miðlun og viðtaka þeirra því gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

7.3. Breytingar á siglingakerfi Eimskips í lok júlí 2008

349. Hinn 30. júlí 2008 tilkynnti Eimskip starfsmönnum sínum um breytingar á siglingakerfi fyrirtækisins sem voru gerðar opinberar í kjölfarið og tóku gildi í fyrstu viku ágústmánaðar. Breytingarnar fólust meðal annars í takmörkun á flutningsgetu Austurleiðar Eimskips, sem hafði verið bætt við siglingakerfið í ársbyrjun 2008 og var nýjasta siglingaleið Eimskips af fjórum (Austurleið, Suðurleið, Norðurleið og Ameríkuleið). Breytingar á Austurleiðinni fólust í því að skipið Lómur var tekið úr notkun, auk þess sem skipið Blikur hætti að sigla til og frá Íslandi, en það var þó áfram notað til flutninga milli annarra áfangastaða í Evrópu (sjá einnig kafla 6.2.2, mgr. 1015–1019, og kafla 8.14 í hinni kærðu ákvörðun). Umrædd takmörkun á Austurleiðinni hafði því í för með sér að skipum Eimskips í siglingum milli landsins og annarra Evrópu-

landa fækkaði úr sex í fjögur. Jafnframt dró þessi breyting úr getu Eimskips til að flytja ferskan fisk frá Reyðarfirði til Bretlands.

350. Norðurleið Eimskips tók einnig breytingum að því leyti að Reyðarfjörður bættist við sem viðkomuhöfn á þeirri leið, ásamt Fredrikstad og Gautaborg. Þannig tengdi Norðurleiðin Reyðarfjörð meðal annars við Rotterdam. Þess skal einnig getið að framangreindar breytingar sem áttu sér stað í lok júlí 2008 tóku ekki til siglinga Eimskips milli Íslands og Norður-Ameríku. Þeim hluta siglingakerfis Eimskips var hins vegar breytt í nóvember 2008 og skipum á þeirri leið þá fækkað úr tveimur í eitt.

7.4. Breytingar á siglingakerfi áfrýjenda í október 2008

7.4.1. Inngangur

351. Hér að framan var komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjendur og Eimskip hafi með áðurgreindum samskiptum einkum í júlí 2008 viðhaft samráð í tengslum við breytingar á siglingakerfi Eimskips í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.
352. Í október 2008 gerðu áfrýjendur breytingar á siglingakerfi sínu sem fólust einkum í takmörkun á flutningsgetu með því að skipum í áætlunarsiglingum innan Evrópu fækkaði úr fjórum í þrjú. Skipum var nánar tiltekið fækkað úr tveimur í eitt á siglingaleið (leið 2) sem tengdi Reyðarfjörð við Rotterdam, en þessi breyting hafði einkum áhrif á útflutning áfrýjenda á áli fyrir Alcoa frá Mjóeyrarhöfn á Reyðarfirði til Rotterdam. Í málinu er til úrlausnar hvort áfrýjendur og Eimskip hafi viðhaft samráð um framangreindar breytingar á siglingakerfi áfrýjenda, þ.m.t. breytta tilhögun flutningsviðskipta við Alcoa sem kom til vegna fækkunar skipa á umræddri siglingaleið (leið 2).

7.4.2. Samskipti áfrýjenda og Eimskips um slot-samning o.fl.

353. Áfrýjendur og Eimskip héldu fimm fundi á síðari hluta ársins 2008 um endurnýjun á Norður-Ameríkusamstarfi þeirra, auk fundar í ársbyrjun 2009 þar sem gengið var frá nýjum samningi um samstarfið (sjá einnig m.a. kafla 6.5.5 og 10.2 í úrskurði þessum). Fundirnir fóru nánar tiltekið fram 14. ágúst, 5. september, 6. október, 4. desember og 23. desember 2008 og 7. janúar 2009, en þá sátu S5 og S6 af hálfu áfrýjenda og E3, E8 og E9 fyrir hönd Eimskips. Gögn málsins, þar á meðal tölvupóstsamskipti í tengslum við umrædda fundi, bera með sér að fundirnir hafi snúist um ýmis úrlausnarefni sem ráða þurfti til lykta vegna Norður-Ameríkusamstarfsins, þ.m.t. álagningu BAF-gjalds á áfrýjendur sem Eimskip vildi innleiða í óþökk áfrýjenda.
354. Um haustið 2008 áttu áfrýjendur og Eimskip jafnframt í stöku samskiptum um tilfallandi flutningsviðskipti milli Íslands og Færeyja. Þau samskipti leiddu til þess að um miðbik október 2008 lögðu áfrýjendur til að fyrirtækin gerðu almennan og gagnkvæman slot-samning vegna sjóflutninga innan Evrópu, þ.m.t. til og frá Færeyjum. Í tölvupósti S5 til E8 15. október 2008 sagði eftirfarandi um þá tillögu áfrýjenda:

„[...] við leggjum til að við gerum almennan slot sharing samning á milli félaganna sem gera báðum aðilum mögulegt að bóka á skip hvors annars á fyrirfram umsömdum verðum. Færeyja verð myndu falla undir slíkt samkomulag.

Við komum með tillögu að slíku samkomulagi í vikunni ef ykkur hugnast þessi leið. – Leyfðu mér að heyra frá þér.“

355. Áfrýjendur útbjuggu síðan drög að almennum slot-samningi sem nefndist „útvíkkað neyðarsamkomulag“. Um var að ræða breytta útgáfu af gildandi samkomulagi fyrirtækjanna frá 2001, sem tók til flutninga sem þau keyptu hvort af öðru á fyrir fram umsömdum verðum ef nauðsyn bar til vegna óviðráðanlegra orsaka (sjá einnig 10. kafla hér á eftir). S5 sendi E8 drög að hinu „útvíkkaða neyðarsamkomulagi“ með tölvupósti 20. október 2008. Þar

tók S5 fram að ef Eimskip væri sátt við samningsdrögin yrðu þau send til Samkeppniseftirlitsins til samþykktar. E8 svaraði því sama dag að Eimskip þætti verð samkvæmt samkomulagsdrögunum „vera í lægri kantinum“.

356. Af gögnum málsins verður ekki ráðið að áfrýjendur og Eimskip hafi lokið við gerð almenns og gagnkvæms slot-samnings („slot sharing“ samningur), hvort heldur sem er vegna sjóflutninga milli Íslands og annarra landa eða milli hafna á Íslandi. Verður því ekki önnur ályktun dregin en að framangreind samskipti fyrirtækjanna um gerð slíks slot-samnings hafi fjarað út. Á hinn bóginn héldu fyrirtækin áfram að nýta fyrrnefnt neyðarsamkomulag frá 2001 sem umgjörð um tilfallandi flutningsviðskipti þegar á þurfti að halda vegna óviðráðanlegra orsaka. Auk þess áttu fyrirtækin annað slagið í tilfallandi flutningsviðskiptum sem féllu ekki undir gildissvið neyðarsamkomulagsins, svo sem milli Íslands og Færeyja. Af gögnum málsins verður þó ekki annað ráðið en að umfang þessara flutningsviðskipta milli fyrirtækjanna hafi verið óverulegt.

7.4.3. Viðræður áfrýjenda við Alcoa um breytingar á flutningssamningi

357. Í kjölfar útboðs um haustið 2007 samdi Alcoa við áfrýjendur um útflutning á framleiðslu álversins á Reyðarfirði til Rotterdam og gilti sá samningur til loka árs 2012. Á árinu 2007 samdi Alcoa jafnframt við Eimskip um hafnarþjónustu í Mjóeyrarhöfn á Reyðarfirði. Vegna þessa fyrirkomulags annaðist Eimskip afgreiðslu skipa áfrýjenda sem fluttu ál fyrir Alcoa frá höfninni til Rotterdam. Að auki tók Eimskip að sér tilfallandi flutninga á áli fyrir Alcoa eftir beiðni hverju sinni. Flutningar Eimskips fyrir Alcoa voru óverulegir framan af, en jukust á síðustu mánuðum ársins 2008 og næstu ár á eftir, svo sem rakið verður hér í framhaldinu.

358. Með tölvupósti Alcoa 17. ágúst 2008 til áfrýjenda, Eimskips og Elkem 17. ágúst 2008 lagði Alcoa til að haldnir yrðu fundir í október sama ár um mögulega endurskoðun á gildandi samningum milli Alcoa og fyrirtækjanna vegna aðstæðna í efnahagslífínu. Meðal annars óskaði Alcoa eftir því að eiga

fund með áfrýjendum og Eimskip í sameiningu til að leggja á ráðin um framtíðarfyrirkomulag hafnarþjónustu Eimskips í Mjóeyrarhöfn sem snerti jafnframt flutninga áfrýjenda fyrir Alcoa. Slíkur fundur var síðan haldinn 22. október 2008 eins og síðar verður rakið.

359. Með tölvupósti 4. september 2008 óskuðu áfrýjendur eftir fundi með Alcoa til að ræða um flutningssamning þeirra vegna ört versnandi efnahagsaðstæðna hér á landi. Daginn eftir, 5. september 2008, sendi E5 tölvupóst til samstarfsmanna sinna hjá Eimskip vegna samskipta varðandi hafnarþjónustuaðilann Steinweig í Rotterdam, sem E5 lýsti á þennan veg:

„Talaði við E[...] áðan og hann tjáði mér m.a. að Steinweg gæti ekki lengur tekið á móti 40ft gámum frá okkur og ætluðu líka að hafna þeim frá Samskip. Þetta er náttúrulega gott mál, ef þeir standa við þetta gagnvart Samskip, því það endanlega drepur þeirra "case", því kostnaðarlega má það ekki við neinu. Í framhaldinu hljóta þeir að óska eftir upptöku samningsins við Alcoa.

Verið getur að nú þegar hafi það gerst því [starfsmaður Alcoa] var rétt í þessu að spyrja hvort við gætum, ef á þyrfti að halda, tekið eitthvað af áli til Rotterdam og ég kvað okkur örugglega geta það og lofaði að koma tilbaka [svo] með það pláss sem við gætum boðið honum. Að vísu mun ég skilyrða það við 40ft.“

360. Hinn 10. september 2008 sendi S5 tölvupóst til innkaupastjóra Alcoa og vísaði til símtals þeirra fyrr um daginn um þá stöðu sem komin væri upp vegna mikils samdráttar í innflutningi, en búist væri við að ástandið myndi vara í 18–24 mánuði. Þá sagði meðal annars eftirfarandi í tölvupósti S5:

„To cope with this situation Samskip is forced to reduce its cost by all means and increase revenues in order to retain current service level for the Iceland market. Number of measures have already been and will be taken in the coming weeks to narrow the gap. The gap can however only be closed with the help and understanding of Alcoa.“

361. Hinn 15. september 2008 áttu áfrýjendur fund með Alcoa í Pittsburgh í Pennsylvaníufylki í Bandaríkjunum, en þar kynntu áfrýjendur tillögu sína að

hækkun flutningsverðs vegna breyttra forsendna. Frekari samskipti áttu sér stað í tölvupóstum í kjölfar fundarins.

362. Haldinn var framkvæmdastjórafundur hjá Eimskip 15. september 2008 en E3, E8 og E6 sátu hann. Í fundargerð var eftirfarandi skráð:

„Stefnt er að því að ná meiri flutningum frá Alcoa til EUR þar sem Samskip á erfitt með að sinna öllum þeirra þörfum. Áhugi er fyrir hendi að tryggja fast magn pr. mánuð en ekki stóra slumpa í lok ársfjórðunga eins og hefur verið undanfarið.“

363. Með tölvupósti 1. október 2008 greindi S5 S2 frá því að hann hefði rætt við innkaupastjóra Alcoa daginn áður. Það væri „klár vilji“ hjá Alcoa til þess að ná lendingu með áfrýjendum, en tillaga þeirra að breytingum á flutnings-samningnum stæði þó verulega í Alcoa. Í tölvupósti Alcoa 8. október 2008 var gefið til kynna að fyrirtækið ætlaði ekki að samþykkja tillöguna. Í þessari viku féll íslenska fjármálakerfið auk þess sem sett voru neyðarlög af því tilefni. Hinn 10. október 2008 áttu S2 og S5 síðan fund með forstjóra Alcoa í Evrópu og innkaupastjóra Alcoa, þar sem áfrýjendur áréttuðu tillögu sína að breytingu á samningi fyrirtækjanna, þ.m.t. hækkun flutningsgjalda.

364. Í málinu liggur fyrir skjal frá Eimskip sem hefur að geyma viðskiptaáætlun vegna Austurlands fyrir árið 2009, en unnið var með skjalið síðdegis 10. október 2008. Meðal þeirra viðskiptatækifæra sem nefnd voru í skjalinu var „Álversverkefnið, auka verk fyrir Alcoa“ og „Samskip ? hluti til Eimskip“. Þá var talið að „spennandi tímar“ væru fram undan að þessu leyti.

365. Samkvæmt gögnum málsins lá 15. október 2008 fyrir ákvörðun um meginatriði breytinga á siglingakerfi áfrýjenda, þ.m.t. skert þjónustustig á leið 2 vegna fækkunar skipa á henni úr tveimur í eitt, en áfrýjendur höfðu náð munnlegu samkomulagi um það atriði við Alcoa. Sama dag beindi S2 því til S5 að senda Alcoa „staðfestingu á að við séum þegar byrjaðir með breytta rútu,

sem og umbreytingu á gámastokk“. Samhliða fól S2 S6 að óska eftir almennu „slotverði“ hjá Eimskip (sjá einnig kafla 7.4.2 hér á undan).

7.4.4. Fundur með Alcoa í október 2008 og niðurstaða viðræðna

366. Hinn 22. október 2008 átti Alcoa fund með áfrýjendum og Eimskip sem fór fram á Reyðarfirði. Af hálfu áfrýjenda sátu fundinn S5, S9 og S13, en fulltrúar Eimskips voru E6 og E11. Fundurinn laut að breytingum sem gerðar höfðu verið á siglingaáætlun áfrýjenda til og frá Mjóeyrarhöfn, auk breytts fyrirkomulags á hafnarþjónustu Eimskips fyrir Alcoa af þessum sökum.
367. Í tölvupósti E6 til E2, E3 og E11 að kvöldi dags 22. október 2008 var greint frá niðurstöðu fundar Alcoa, Eimskips og áfrýjenda fyrir um daginn. Í tölvupóstinum upplýsti E6 meðal annars að áfrýjendur ætluðu „að hætta með annað skipið og vera með beinar siglingar á RFJ án viðkomu í REY og verða á RFJ á 8-9 daga fresti“, eins og fram hefði komið á fundinum, en ljóst væri að breytingin myndi valda auknu álagi á hafnarþjónustu Eimskips í Mjóeyrarhöfn. Þá sagði eftirfarandi í tölvupósti E6:

„Samskip eru með þessu að reyna að bregðast við minnkandi magni í flutningum og sigla líklega áfram á IMM og RTM en sleppa FOTHO. Sýnist að þessi breyting hjá þeim styrki okkar stöðu á Austurlandi og skapi líka einhver tækifæri fyrir okkur m.a. til að ná einhverju magni af áli inn í okkar línuskip frá RFJ, [E5] er að vinna í því. Einnig er alveg ljóst að miðað við þau verð sem við teljum að séu í gangi á milli Alcoa og S-line þá verður þungur róður framundan hjá þeim en [E8] ætlaði að reikna aðeins út hvernig kostnaðarmyndin hjá þeim liti út.“

Tölvupóstinum svaraði E2 um hæl: „Frabaert felagar, ljós í myrkrinu“.

368. Hinn 31. október 2008 var nýtt siglingakerfi áfrýjenda kynnt opinberlega. Helsta breytingin laut sem fyrir segir að því að flutningsgeta áfrýjenda var takmörkuð með fækkun skipa í siglingum til og frá Íslandi, úr alls fjórum skipum í þrjú. Skipið Akrafell hætti áætlunarsiglingum á leið 2 milli Íslands og annarra Evrópulanda, en skipið Hvassafell sigldi með rúmlega viku millibili

milli Reyðarfjarðar, Færeyja, Rotterdam og Immingham, án viðkomu í Reykjavík eins og verið hafði. Ekki urðu breytingar á ferðum skipanna Arnarfells og Helgafells sem sigldu milli Reykjavíkur, Grundartanga, Vestmannaeyja, Rotterdam og fleiri áfangastaða í Evrópu.

369. Áfrýjendur og Alcoa gengu 24. nóvember 2008 frá viðauka við flutnings-samning þeirra frá 2007 til staðfestingar á framangreindum breytingum á siglingaáætlun áfrýjenda og skertu þjónustustigi. Með viðaukanum samþykkti Alcoa jafnframt 131% hækkun á flutningsverði fyrir flutninga upp að 300.000 tonnum (hækkun úr 6,5 USD í 15 USD á tonn, en um umframflutninga gildi óbreytt verð, 6,5 USD á tonn). Þá greiddi Alcoa áfrýjendum BAF-gjald sem gat þó orðið neikvæð stærð við lækkun á olíuverði. Flutningar áfrýjenda fyrir Alcoa voru undir 300.000 tonna marki viðaukans árið 2009, en umfram það á árunum 2010-2012, mest um 330.000 tonn.
370. Alcoa leitaði til Eimskips um flutninga á áli frá Reyðarfirði til Rotterdam að því marki sem áfrýjendur gátu ekki annað eftirspurn vegna skertrar flutnings-getu þeirra. Ekki var gerður skriflegur samningur um þau flutningsviðskipti Eimskips og Alcoa. Líkt og fyrr greinir hafði Eimskip áður sinnt tilfallandi álflutningum (umframflutningum) fyrir Alcoa, en þeir flutningar urðu meiri og tíðari frá og með síðustu mánuðum ársins 2008. Eimskip flutti 41,5 þúsund tonn fyrir Alcoa árið 2009, en um 32–35 þúsund tonn árlega árin 2010–2012.
371. Gögn málsins bera með sér að áfrýjendur hafi í einhverjum mæli leitað til Eimskips um flutninga á tómun innflutningsgámum með skipi frá Reykjavík til Reyðarfjarðar. Gámarnir voru síðan nýttir í útflutning áfrýjenda á áli Alcoa frá Reyðarfirði. Helgaðist þetta af aðstæðum á árinu 2008 sem gerðu það að verkum að flæði af innflutningsgámum til Reyðarfjarðar var minna en áður, auk þess sem áfrýjendur buðu ekki lengur upp á flutninga milli Reykjavíkur og Reyðarfjarðar í breyttu siglingakerfi. Jafnframt kom fyrir að Alcoa leitaði milliliðalaust til Eimskips um flutning á gámum til Reyðarfjarðar og greiddi

Alcoa fyrir þá flutninga. Ekki verður þó ráðið af gögnum málsins að gerður hafi verið skriflegur samningur, svo sem slot-samningur, vegna umræddra gámaflutninga Eimskips fyrir áfrýjendur, í þágu Alcoa, og eru ekki heldur forsendur til að draga ályktanir um það hversu umfangsmiklir eða reglulegir þeir voru. Gögn málsins, þ.m.t. upplýsingar Alcoa til Samkeppniseftirlitsins, benda einnig til þess að tómir gámar hafi að meginstefnu skilað sér til baka til Reyðarfjarðar frá Rotterdam með skipi áfrýjenda sem sinnti álflutningunum.

372. Samkvæmt gögnum málsins gerði Alcoa ráð fyrir að áðurgreindar breytingar á flutningssamningnum við áfrýjendur myndu sæta endurskoðun svo skjótt sem verða mætti þegar ytri aðstæður bötnuðu. Til slíkrar endurskoðunar kom þó ekki á gildistíma samningsins sem náði til loka árs 2012. Í kjölfar útboðs á árinu 2013 samdi Alcoa síðan við annan flutningsaðila.

373. Í svari Alcoa við beiðni Samkeppniseftirlitsins um upplýsingar við rannsókn málsins frá árinu 2017 kemur fram að áfrýjendur hafi kynnt Alcoa þá afstöðu sína um haustið 2008 að forsendur gildandi flutningssamnings þeirra frá 2007 væru brostnar vegna gjörbreyttra efnahagsaðstæðna og gera þyrfti breytingar á samningnum af þeim sökum. Hafi áfrýjendur lagt áherslu á að Alcoa ætti að bera allan kostnað við rekstur skips áfrýjenda á viðkomandi siglingaleið (leið 2), enda yrði hún eingöngu nýtt í þágu Alcoa samkvæmt uppleggi áfrýjenda. Aðstæðum er lýst á eftirfarandi hátt í bréfi Alcoa til Samkeppniseftirlitsins:

„Samskip announced that as imports to Iceland had deteriorated after the crash in the economy, there was no foundation for continuing with the current transport model, and that there were two options to consider: to amend the agreement or that Samskip would claim bankruptcy. Every aspect of the setup had collapsed: no containers were available, ship routes were being cut down and it was impossible to operate the ships on the basis of Fjarðaál's exports alone.“

374. Þá kemur fram í bréfi Alcoa til Samkeppniseftirlitsins að fyrirtækið hafi af framangreindum ástæðum ekki talið það þjóna hagsmunum sínum að hafna ósk áfrýjenda um breytingar á flutningssamningnum frá 2007 til þess að laga

hann að breyttum aðstæðum. Við skoðun á öðrum mögulegum valkostum hafi Alcoa enn fremur talið ólíklegt að Eimskip gæti boðið hagstæðari verð fyrir flutningana en þau sem áfrýjendur fóru fram á, enda stæði Eimskip líklega í svipuðum sporum og áfrýjendur.

7.5. Samandregin niðurstaða

375. Hér að framan var komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjendur og Eimskip hafi í júlí 2008 átt í ólögætum samskiptum í tengslum við fyrirhugaðar breytingar á siglingakerfi Eimskips (sjá kafla 7.2 hér að framan). Þau samskipti lutu að viðkvæmu samkeppnismálefni og voru því andstæð 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Eftir stendur að leysa úr því hvort samráð fyrirtækjanna hafi jafnframt náð til breytinga á siglingakerfi áfrýjenda sem komu til síðar á árinu 2008.
376. Um miðjan októbermánuð 2008 tóku áfrýjendur ákvörðun um breytingar á siglingakerfi sínu að undangengnum viðræðum við Alcoa og áttu áfrýjendur fund með Alcoa og Eimskip 22. október 2008 líkt og áður greinir. Á þeim fundi gerðu áfrýjendur Alcoa og Eimskip grein fyrir breytingum á siglingaáætlun sinni til og frá Reyðarfirði, en eins og áður var rakið annaðist Eimskip hafnarþjónustu í Mjóeyrarhöfn samkvæmt samningi við Alcoa. Gögn málsins bera með sér að breytt siglingaáætlun áfrýjenda til Mjóeyrarhafnar hafi þegar verið komin til framkvæmda þegar fundurinn var haldinn 22. október 2008. Þegar framangreind atriði og gögn málsins eru virt verður ekki litið svo á að samskipti fyrirtækjanna um breytta siglingaáætlun áfrýjenda á umræddum fundi með Alcoa hafi haft það að markmiði að raska samkeppni, enda hafi sú upplýsingamiðlun til Eimskips verið réttlætánleg eins og á stóð. Þá verður ekki talið sannað að á fundinum hafi áfrýjendur miðlað víðtækari upplýsingum til Eimskips en nauðsynlegt var til að tryggja þjónustu við Alcoa sem áfrýjendur og Eimskip voru skuldbundin til að veita. Verður niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar sem lýtur að framangreindu því hafnað.

377. Eins og áður kom fram samþykkti Alcoa beiðni áfrýjenda um endurskoðun á flutningssamningi þeirra um haustið 2008, sem fól í sér að Alcoa tók á sig töluverða verðhækkun og skerðingu á þjónustu frá því sem ákveðið var í flutningssamningi þeirra frá árinu 2007 sem gildi til ársloka 2012. Samkvæmt viðauka við samninginn 24. nóvember 2008 greiddi Alcoa mun hærra verð fyrir flutninga upp að 300.000 tonnum en umfram það. Áfrýjendur fluttu þó meira en nam 300.000 tonnum fyrir Alcoa á árunum 2010-2012, mest um 330.000 tonn. Samhliða varð aukning á viðskiptum Alcoa og Eimskips vegna umframflutninga Eimskips sem rúmuðust ekki innan flutningsgetu áfrýjenda. Gögn málsins gefa ekki tilefni til annarrar ályktunar en að framangreindir viðskiptaskilmálar milli áfrýjenda og Alcoa hafi átt við málefnaleg rök að styðjast, meðal annars að teknu tilliti til flutningsgetu áfrýjenda og breyttra aðstæðna sem kipptu stoðum undan upprunalegum viðskiptaskilmálum aðila. Fær sú ályktun einnig stoð í upplýsingagjöf Alcoa við rannsókn málsins.
378. Samkvæmt því sem áður greinir átti Alcoa í ýmsum tvíhliða samskiptum og viðskiptum við hvort tveggja áfrýjendur og Eimskip vegna þjónustu þeirra í þágu Alcoa. Meðal annars bera gögn málsins með sér að Eimskip og Alcoa hafi átt í samskiptum um möguleg aukin flutningsviðskipti um svipað leyti og Alcoa átti í viðræðum við áfrýjendur um breytingar á flutningssamningi þeirra í september og október 2008. Að því virtu verða innanhússgögn Eimskips, þar sem viðraðir eru möguleikar á auknum flutningsviðskiptum við Alcoa, ekki talin fela í sér vísbendingu um að áfrýjendur og Eimskip hafi í aðdragandanum átt samráð um tilhögun viðskipta Alcoa eða tengd málefni.
379. Að öðru leyti verða gögn málsins ekki talin renna nægum stoðum undir þá niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar að áfrýjendur hafi átt í samskiptum við Eimskip um útfærslu breytinga á siglingakerfi áfrýjenda áður en þær komu til framkvæmda í síðari hluta októbermánaðar 2008. Meðal annars er ósannað að málefni tengd Alcoa hafi verið rædd á fundum fyrirtækjanna vegna Norður-Ameríkuflutninga um haustið 2008 eða á fundi fyrirtækjanna 25. júlí 2008,

enda fá ályktanir um slík samskipti ekki viðhlítandi stoð í gögnum málsins. Þá verða innanhússgögn áfrýjenda, sem gerðu ráð fyrir að Alcoa kynni að beina flutningum í auknum mæli til Eimskips í kjölfar takmörkunar á flutningsgetu áfrýjenda, ekki talin benda sérstaklega til samráðs fyrirtækjanna um það atriði, enda lá ljóst fyrir að Eimskip hafði gegnt hlutverki varaflutningsaðila Alcoa í gegnum tíðina.

380. Af upplýsingum Alcoa til Samkeppniseftirlitsins verður ráðið að Alcoa hafi talið hagsmunum sínum vera best borgið með því að halda áfram flutningsviðskiptum við áfrýjendur þrátt fyrir breytingar á flutningssamningi aðila. Gögn málsins veita ekki vísbendingar um að Alcoa hafi leitað eftir tilboði frá Eimskip í alla flutninga Alcoa og etja Eimskip þannig saman við áfrýjendur. Benda gögnin fremur í gagnstæða átt, enda er rakið í upplýsingum Alcoa til Samkeppniseftirlitsins að fyrirtækið hafi talið ólíklegt að betri kjör væru í boði hjá Eimskip en áfrýjendum vegna þeirra aðstæðna sem voru uppi. Lagði Alcoa því áherslu á að ekki yrði rof á álflutningum fyrirtækisins og afréð Alcoa því að endursemja um flutningana við áfrýjendur, en kaupa umframflutninga af Eimskip eftir því sem með þurfti. Auk þess verður að hafa í huga að fjárhagsstaða Eimskips var tvísýn á þessum tíma svo sem alkunna var.

381. Þá verður þeirri ályktun Samkeppniseftirlitsins ekki fundin stoð í gögnum málsins að Eimskip hefði, ef á það hefði reynt, átt raunhæfa möguleika á að taka að sér alla eða meginhluta flutninga Alcoa um haustið 2008 eða síðar á rannsóknartímabilinu. Við mat á þessu telur áfrýjunarnefndin ekki unnt að miða við þá forsendu að raunhæf flutningsgeta Eimskips gagnvart Alcoa svari til samtölu ónýttrar raunhæfrar flutningsgetu í öllum skipum Eimskips, án tillits til verkefna einstakra skipa í þágildandi leiðarkerfi fyrirtækisins og skuldbindinga sem gátu verið bundnar við það. Telur áfrýjunarnefndin því ekki unnt að draga haldbærar ályktanir af gögnum og rannsókn málsins um það hvort Eimskip hefði á árinu 2008 átt raunhæfa möguleika á að breyta siglingakerfi sínu til þess að geta annað öllum eða meginhluta flutninga Alcoa eða

hvort slík ráðstöfun af hálfu Eimskips hefði verið skynsamleg frá rekstrarlegu sjónarmiði í ljósi þeirra aðstæðna sem uppi voru. Samkvæmt gögnum málsins var Eimskip á hinn bóginn reiðubúið til að annast flutninga fyrir Alcoa á allt að 25% af framleiðslu Alcoa, en það magn virðist taka mið af ónýttri flutningsgetu á viðkomandi siglingaleið Eimskips (Norðurleið).

382. Samkvæmt öllu framangreindu leikur vafi á því að áfrýjendur og Eimskip hafi viðhaft samráð um breytingar á siglingakerfi áfrýjenda um haustið 2008 og tilhögun flutningsviðskipta við Alcoa. Þann vafa verður að virða áfrýjendum í hag og er því óhjákvæmilegt að hafna niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar sem lýtur að þessu. Sátt Eimskips og Samkeppniseftirlitsins verður ekki talin breyta þeirri niðurstöðu enda hefur sáttin ekki sjálfstætt sönnunargildi nema að því leyti sem hún fær næga stoð í samtímagögnum málsins.
383. Þá verður ekki fallist á ályktanir í hinni kærðu ákvörðun um að samskipti áfrýjenda og Eimskips vegna endurnýjunar samnings um Norður-Ameríku-flutninga á árinu 2008, auk samskipta um mögulega gerð slot-samnings um haustið 2008 sem ekki varð af, hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, enda hefur ekki verið sýnt fram á að umrædd samskipti hafi haft það að markmiði að raska samkeppni. Hið sama á við um áðurnefnd viðskipti áfrýjenda og Eimskips um gámaflutninga í þágu Alcoa, svo og tilfallandi flutningsviðskipti fyrirtækjanna innan Íslands og milli Íslands og annarra Evrópulanda (sjá jafnframt 10. kafla hér á eftir). Einnig verður hafnað niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar um að áfrýjendur og Eimskip hafi viðhaft samráð um tilfærslu á viðskiptum Búrs frá áfrýjendum yfir til Eimskips í lok árs 2008, en sú tilfærsla var sprottin af breytingum á siglingakerfi áfrýjenda.

8. „Friður“ um mikilvæga viðskiptavinum á árunum 2009–2012

8.1. Inngangur

384. Í hinni kærðu ákvörðun var komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjendur og Eimskip hafi viðhaft markaðsskiptingu um mikilvægustu viðskiptavinum sína á árunum 2009–2012. Markaðsskiptingin hafi í aðalatriðum falist í því að áfrýjendur og Eimskip hafi ekki gert raunhæfar tilraunir til þess að keppa um mikilvægustu viðskiptavinum hvors annars, sem hafi auðveldað áfrýjendum og Eimskip að hækka verð gagnvart slíkum viðskiptavinum. Vísendingar um slíka markaðsskiptingu voru ein helsta ástæða þess að Samkeppniseftirlitið efndi til rannsóknar málsins í september 2013 (sjá m.a. kafla 2.1 í hinni kærðu ákvörðun).

385. Í hinni kærðu ákvörðun var miðað við að markaðsskipting áfrýjenda og Eimskips hafi náð til stærstu og mikilvægustu viðskiptavina fyrirtækjanna. Eins og þar greinir voru viðskiptavinir áfrýjenda í innflutningi um 1800 í árslok 2007 og stöfuðu 66% af tekjunum frá 38 viðskiptavinum og 77% frá um það bil 70 viðskiptavinum. Viðskiptavinir Eimskips í innflutningi voru 3252 í árslok 2007 og stöfuðu 60% af tekjunum frá 72 stærstu viðskiptavinunum og 80% frá 200 stærstu viðskiptavinunum. Þá liggur fyrir að hjá áfrýjendum var viðskiptavinum skipt í fjóra bókstafsmerka flokka eftir mikilvægi. Í glærुकynningu sem stafar frá innflutningsdeild áfrýjenda 16. febrúar 2010 var því lýst að á árinu 2009 hafi „A viðskiptavinir“ verið 38 talsins og hafi þeir staðið að baki 62,2% af tekjum áfrýjenda í sjófrakt. „B viðskiptavinir“ hafi verið 72 og myndað 20,2% af tekjum í sjófrakt, en „C viðskiptavinir“ hafi verið 157 og 9,2% af tekjunum. Aðrir hafi verið flokkaðir sem „D viðskiptavinir“. Með hliðsjón af framangreindu verður úrlausn þessa þáttar málsins miðuð við mikilvægustu viðskiptavinum áfrýjenda annars vegar og Eimskips hins vegar á sama hátt og gert var í hinni kærðu ákvörðun. Á hinn bóginn er ekki byggt á því af hálfu Samkeppniseftirlitsins að áfrýjendur og Eimskip hafi viðhaft markaðsskiptingu um aðra og smærri viðskiptavinum. Þá er

Þessi þáttur málsins afmarkaður við tímabilið 2009–2012 í samræmi við það sem greinir í hinni kærðu ákvörðun.

386. Í hinni kærðu ákvörðun var talið að ólögmet markaðsskipting áfrýjenda og Eimskips hafi endurspeglast í því að hvorugt fyrirtækið hafi gert raunhæfar tilraunir til þess að gera mikilvægum viðskiptavinum hins fyrirtækisins samkeppnishæf verðtilboð þó að ýmis tækifæri hafi verið til þess. Það átti til dæmis við þegar gildandi flutningssamningar voru að losna og viðkomandi viðskiptavinir buðu út flutningsviðskipti sín eða leituðu tilboða í þau með öðrum hætti, en fyrir liggur að áfrýjendur og Eimskip gerðu jafnan heildarflutningssamninga við stærri viðskiptavinum sem tóku jafnan hvort tveggja til sjóflutninga- og landflutningaþjónustu. Meginúrlausnarefnið í þessum þætti málsins lýtur þannig að því hvort áfrýjendur hafi viðhaft samstilltar aðgerðir með Eimskip um að fyrirtækin skiptu með sér mikilvægum viðskiptavinum með framangreindum hætti, en það hefur Eimskip viðurkennt fyrir sitt leyti í sátt fyrirtækisins við Samkeppniseftirlitið. Við úrlausn um þetta atriði verður að öðru leyti tekin afstaða til þess hvort niðurstaða um markaðsskiptingu fái næga stoð í samtímagögnum málsins. Þegar lagt er mat á það ber að hafa í huga að það er ekki forsenda fyrir því að markaðsskipting sé sönnuð að fyrir liggi í nákvæmum atriðum hvernig slík skipting komst á milli hlutaðeigandi keppinauta. Engu að síður er nauðsynlegt að sýna fram á að sameiginlegur skilningur hafi verið milli keppinautanna um að viðhafa markaðsskiptingu. Áfrýjendur mótmæla því að slíkur sameiginlegur skilningur hafi verið til staðar heldur hafi áfrýjendur og Eimskip hvort fyrir sitt leyti tekið einhliða ákvarðanir um hvernig aðhafast bæri gagnvart mikilvægum viðskiptavinum. Við úrlausn um sönnun að þessu leyti ber jafnframt að hafa í huga að það er ekki forsenda fyrir niðurstöðu um tilvist ólögmetrar markaðsskiptingar að viðkomandi keppinautar hafi alltaf fylgt henni í framkvæmd, heldur nægir að henni hafi verið fylgt öðru hvoru. Um almenn lagasjónarmið í samkeppnisrétti sem lúta að sönnunarfærslu um markaðsskiptingu má að öðru leyti vísa til þess sem rakið er um þau atriði í hinni kærðu ákvörðun.

8.2. Stefna um mikilvæga viðskiptavini og verðhækkanir

387. Samkvæmt gögnum málsins fylgdu áfrýjendur þeirri stefnu á rannsóknartímabilinu að „[v]erja stærri viðskiptavini“ áfrýjenda, „ekki sækja, hækka verð“, en gera „[á]tak í minni viðskiptavinum“, eins og tekið var til orða í glærुकynningu áfrýjenda 24. apríl 2009. S2 tók í sama streng í tölvupósti 22. júní 2009 sem hann sendi S5, S6 og S8. Þar lagði S2 línurnar meðal annars með eftirfarandi orðum:

„Heyri á [S8] að samkeppni er að aukast á markaði, í mínum huga á strategían hjá okkur að vera að:

-missa ekki neitt, halda öllu sem við höfum

-ekki sækja heldur á ný mið“

388. Af þessu má ráða að áfrýjendur hafi lagt áherslu á að standa vörð um stærri viðskiptavini sína og hækka verð hjá þeim. Í þessu sambandi má einnig geta fyrirmæla til viðskiptastjóra áfrýjenda sem komu fram í skjali frá apríl 2009 og hljóðuðu svo:

„Ef um er að ræða viðskiptavini sem eru 100% hjá Eimskip og þið vitið að eru sammingsbundnir þeim (eins og t.d. Aðföng) þá er engin ástæða að tala við þá“.

389. Þá liggja fyrir tölvupóstar S6 til undirmanns síns frá 17. og 20. nóvember 2009 þar sem S6 lagði áherslu á að „hækka verð á núverandi kúnna“ og nefndi þar í dæmaskyni Rúmfatalagerinn, Húsasmiðjuna og ÍSAM. S6 lagðist einnig gegn því að áfrýjendur byðu Aðföngum hagstætt verð, enda myndi slíkt gera Eimskip erfiðara fyrir að hækka verð gagnvart Aðföngum, auk þess að torvelða áfrýjendum að hækka verð gagnvart öðrum mikilvægum matvöruinnflytjanda, Nathan & Olsen.

390. Fleiri gögn liggja fyrir í málinu sem endurspegla þá stefnu áfrýjenda að sækja ekki á mikilvæga viðskiptavini Eimskips. Í september 2009 voru til skoðunar hjá áfrýjendum aðgerðir í sölustarfi til að bregðast við breyttum aðstæðum á

mörkuðum. Í tölvupósti 6. september 2009 lýsti S2 þessari vinnu sem fimm mánaða verkefni þar sem lögð yrði aukin áhersla á solumál en þó „ekki endilega til að auka markaðshlutdeild, heldur til að geta spilað leikina almennt betur“. Í kjölfarið var ákveðið að stofna „vinnuhóp um samkeppnis, kreppu og markaðsmál“. Á fundi hópsins 20. október 2009 átti að ræða eftirfarandi atriði:

„Núverandi markaðsplan okkar:

Við erum að halda okkar hlut og sækja smá... eða Höfum við komið í veg fyrir verðhækkanir? Höfum við hugsanlega verið leiðandi í verðstríði? Erum við sá aðili á markaðnum sem ekki er hægt að treysta?

Þurfum að fara í nákvæma naflaskoðun á okkar eigin aðferðarfræði. Hvað viljum við í raun, hverju erum við að reyna að ná fram? Er mögulegt að við höfum komið í veg fyrir að komist friður á?

Þurfum að skoða og setja fram eigin aðferðarfræði og engar afsakanir.“

391. Í tölvupósti starfsmanns áfrýjanda Jóna Transport hf. til S8 2. febrúar 2010 var einnig vísað til „friðar“ við dótturfélag Eimskips, TVG-Zimsen ehf., með svohljóðandi hætti:

„Subaru kemur með TVG frá Þýskalandi, vegna verða. Við eigum séns hér með að koma með betri verð í flugið (pólítísk ákvörðun á sínum tíma að láta þeim þetta eftir hjá TVG til að fá frið með allt hitt, ekki hins vegar heilagt til eilífdar).“

392. Þá má geta tölvupósts frá starfsmanni áfrýjenda til S8 í mars 2011, þar sem hann velti fyrir sér hvernig ætti að bregðast við beiðni Pennans um tilboð frá áfrýjanda Jónum Transport hf. í flutninga frá Bretlandi, sem Eimskip annaðist fyrir Pennann, en ekki kom til slíkra viðskipta:

„[...] eigum við að stilla upp einhverjum tilboðsverðum, eða er vafasamt upp á friðinn við EIMU að hjóla í þetta af fullum krafti?“

393. Þá sýna gögn málsins að áfrýjendur og Eimskip höfðu ónýtta flutningsgetu í innflutningi á umræddum tíma. Í rekstraáætlun innflutningsdeildar áfrýjenda vegna ársins 2010 var staðan dregin saman svo:

„ ... nokkur ró hefur verið yfir samkeppni um viðskiptavini á árinu 2009, en nokkur óvissa ríkir um árið 2010, einkum vegna þess hversu magn hefur dregist saman í innflutningi og að bæði skipafélögin eru með ónýtta flutningagetu í innflutningi.“

394. Áfrýjendur mótmæla því ekki að þeir hafi lagt áherslu á að halda í mikilvæga viðskiptavini sína samhliða verðhækkunum, en sækja frekar ný viðskipti til smærri viðskiptavina, ekki síst til að forðast verðstríð við Eimskip sem hefði verið fyrir fram tapað að mati áfrýjenda. Á hinn bóginn hafna áfrýjendur því að hafa viðhaft samráð við Eimskip um mikilvæga viðskiptavini á þann hátt sem talið var í hinni kærðu ákvörðun. Hér á eftir verður vikið að samskiptum áfrýjenda og Eimskips við tiltekna mikilvæga viðskiptavini, en málsgögnum sem þetta varða er lýst með mun ítarlegri hætti í hinni kærðu ákvörðun (sjá m.a. 14. og 15. kafla í ákvörðuninni). Í framhaldinu verður tekin afstaða til þess hvort sannað sé að áfrýjendur hafi viðhaft samráð við Eimskip um að fyrirtækin skiptu með sér mikilvægum viðskiptavinum í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

8.3. Samskipti við viðskiptavini 2008–2010 o.fl.

8.3.1. Aðföng, Nathan & Olsen og Innnes

395. Í aprílmánuði 2008 náði Eimskip mikilvægum viðskiptavini af áfrýjendum, Aðföngum (hluti af Högum hf.). Síðar á árinu hugðust áfrýjendur fylla í skarðið sem Aðföng skildu eftir sig með öðrum stórum viðskiptavini frá Eimskip (sjá kafla 14.6 í hinni kærðu ákvörðun). Þar komu Innnes eða Nathan & Olsen til greina, en í nóvember 2008 gaf S2 fyrirmæli um að áfrýjendur skyldu taka „einn þeirra yfir“. Úr varð að áfrýjendur sömdu við Nathan & Olsen um heildarflutningsviðskipti í febrúar 2009. Á hinn bóginn kom ekki til þess að Innnes flytti viðskipti sín til áfrýjenda, þrátt fyrir að Innnes hafi verið óánægt með verðlagningu Eimskips og snúið sér til áfrýjenda. Á árunum 2008 og 2009 gerðu áfrýjendur tilboð í viðskipti Innness sem fyrirtækið tók ekki.

396. Aðföng leituðu á árinu 2009 eftir tilboði frá áfrýjendum í Norður-Ameríku-flutninga. Í tölvupóstsamskiptum vegna þeirrar beiðni Aðfanga 20. nóvember 2009 lýsti S6 því hvernig hann taldi rétt að áfrýjendur ættu að bregðast við með svohljóðandi hætti:

„Thad vaeri gaman ad taka thetta, en vid megum ekki bjoda of lag verdam. Eimskip er orugglega ad reyna ad haekka a tha. Spilum thetta strategist. Their eru ju med heildarsamning við Eimu“

[...]

Athugadu ad vid munum reyna ad na fram haekkunum a USA hluta Nathan samningsins um aramot. Ef vid hrærum i thessu gaeti Eimskip spillt fyrir thvi. Skodum thetta allt i samhengi“.

397. Í hinni kærðu ákvörðun er gerð grein fyrir frekari atvikum varðandi Aðföng, Nathan & Olsen og Innes síðar á rannsóknartímabilinu (sjá kafla 14.25, 14.27, 14.35, 14.49 og 14.53). Jafnframt koma umræddir viðskiptavinir aftur við sögu hér í framhaldinu.

8.3.2. German Sea frozen Fish

398. German Sea frozen Fish (GSF) var mikilvægur viðskiptavinur áfrýjenda í sjóflutningi á sjávarafurðum. Af gögnum málsins má ráða að GSF hafi í apríl 2009 leitað eftir tilboðum frá áfrýjendum og Eimskip, en samningur GSF við áfrýjendur var laus í júní sama ár (sjá kafla 14.4 í hinni kærðu ákvörðun). Áfrýjendur sendu GSF tilboð í kjölfarið, en viðtakandinn brást við því með tölvupósti 14. apríl 2009 þar sem hann lýsti því að hann væri „ekki tilbúinn í allar þessar hækkanir“. Á hinn bóginn liggur ekki fyrir að Eimskip hafi gert GSF tilboð. Af minnisblaði sem Eimskip tók saman í kjölfar fundar með GSF á sjávarútvegssýningu í Brussel í lok apríl 2009, verður ráðið að Eimskip hafi ekki viljað bjóða GSF lægri verð („For us to reduce the ratings, would affect the whole market“). GSF endurnýjuðu flutningssamning við áfrýjendur 25. júní 2009, en verð samkvæmt honum hækkuðu þó ekki jafn mikið frá eldri samningi og gert hafði verið ráð fyrir í upphaflegu tilboði áfrýjenda til GSF.

8.3.3. Promens

399. Plastframleiðandinn Promens var mikilvægur viðskiptavinur áfrýjenda, en fyrirtækin gerðu flutningssamning 29. ágúst 2007 til tveggja ára. Í lok júní 2009 leitaði Promens tilboða frá áfrýjendum og Eimskip með verðkönnun. Áfrýjendur beindu tilboði til Promens 10. ágúst 2009, en um líkt leyti var tilboðsgerð til Promens til skoðunar hjá Eimskip. E7 vék að verðkönnun Promens í tölvupósti til E2 12. ágúst 2009 með svohljóðandi hætti:

„Varðandi það þá geri ég mér ekki miklar vonir að ná því enda ekki viljað dumpa verðum niður fyrir það sem eðlilegt getur talist + það að innanlandsflutningur er stór hluti af þeim samning og ekki áhugi á að fara niður fyrir kostnaðarverð í því. En við viljum fylgja tilboðinu vel eftir og hittum [...] á Dalvík á föstudag. Það er tekið fram í tilboðinu að þeim er heimilt að nota aðra fyrir allt að 30% af magninu.“

400. Eimskip lagði fram tilboð til Promens 13. ágúst 2009 sem var hærra en tilboð áfrýjenda án þess að miklu hafi munað. Að verðkönnun lokinni samdi Promens við áfrýjendur um flutningsviðskipti til tveggja ára. Viðsemjandi áfrýjenda var Promens Dalvík ehf., annað tveggja dótturfélaga Promens hér á landi. E7 upplýsti E2 um niðurstöður verðkönnunar Promens 27. ágúst 2009 með svohljóðandi tölvupósti:

„Þetta þar sem ég ætlaði ekki að, samt ótrúlega litill munur ca. 5-6% við fyrstu skoðun og mjög jákvætt að við eigum kost á að ná 20-30% af þessu með Tempru hlutanum án þess að rugga bátinum.“

401. Eimskip gerði skömmu síðar flutningssamning við hitt dótturfélagið, Promens Tempra ehf., en á heildina litið fengu áfrýjendur meirihluta viðskipta við Promens (Promens Dalvík ehf.) samkvæmt því sem áður var rakið.

8.3.4. Ölgerð Egils Skallagrímssonar og Vífilfell

402. Ölgerð Egils Skallagrímssonar (ÖES) var meðal mikilvægustu viðskiptavina Eimskips, en fyrirtækið bauð út flutningsviðskipti sín í byrjun október 2009

(sjá m.a. kafla 14.3.5 í hinni kærðu ákvörðun). Skömmu áður en tilboðsfrestur rann út sendi S6 tölvupóst til S5 13. október 2009 þar sem sagði:

„Við þurfum að ákveða strategiu gagnvart Ölgerðinni sem fyrst. Er að vinna gögnin og það er óþægilegt að vinna þau án þess að vita hver stefnan er.“

403. S6, S5, S2 og S7 áttu fund vegna útboðs ÖES 15. október 2009. Um kvöldið þann dag sendi S6 þeim tölvupóst þar sem hann lagði til að þeir myndu funda aftur næsta dag. Jafnframt lýsti S6 eftirfarandi viðhorfi sínu til þess hvernig áfrýjendur ættu að nálgast útboð ÖES:

„Ég reyndi að setja tölu á það hvað myndi gerast ef við tækjum ÖES á 100.000 kr per 40ft og 70.000 kr per 20ft. Segjum að Eimskip myndi hefna hressilega og lækka verðin hjá 13 af 35 stærstu kúnnunum okkar niður í þessi verð. Áhrifin yrðu um 200 mkr á ári bara af FCL flutningnum. Heildaráhrifin yrðu líklega nær 300 mkr.“

404. Þá liggur fyrir í málinu skjal sem S6 vann að 16. október 2009. Skjalið hafði að geyma sambærilega greiningu og sett var fram í fyrrnefndum tölvupósti S6, en það bar heitið „Áhrif ef við tökum ÖES“. Áhrifin taldi S6 geta orðið þau að samkeppni hæfist um tiltekin önnur fyrirtæki og það myndi geta leitt til lækkana á verðum viðkomandi um allt að 50-65%.

405. Hinn 19. október 2009 lögðu áfrýjendur fram tilboð í viðskipti ÖES. Af gögnum málsins verður ráðið að áfrýjendur hafi boðið talsvert hærri verð en þau sem S6 taldi nauðsynlegt að bjóða til þess að ÖES myndi vilja færa sig um set frá Eimskip. Í hinni kærðu ákvörðun er því lýst að heildarverðtilboð Eimskips hafi verið 17% lægra en tilboð áfrýjenda. Jafnframt er rakið í ákvörðuninni að í kjölfar opunar tilboða í útboði ÖES þennan dag hafi tilteknir stjórnendur áfrýjenda leitast við að giska á þau verð sem Eimskip myndi bjóða ÖES. Ágiskun S2 var um 11 milljónum krónum lægri en 1.121 milljóna króna heildartilboð Eimskips. Af framangreindu verður ráðið að áfrýjendur hafi gengið út frá því að tilboð þeirra til ÖES myndi ekki bera árangur og að Eimskip myndi því halda ÖES.

406. Á fundi ÖES með Eimskip í kjölfar útboðsins mun starfsmaður ÖES hafa haft orð á því að það væru vonbrigði að áfrýjendur hefðu ekki boðið betri verð í útboðinu og hann velti fyrir sér ástæðum þess. Eftir að skrifað var undir nýjan samning Eimskips og ÖES fór E7 yfir hann á fundi innflutningsdeildar Eimskips 8. nóvember 2009. Í fundargerð var rakið að E7 hafi lagt línuna um að „við ættum ekki að lækka verðin“ heldur þyrfti „frekar að hífa upp verð þar sem samningaverð eru of lág“. Þess var samhliða getið í fundargerðinni að „[m]agn í skipum mætti vera meira þessa dagana“. Jafnframt hafi E7 á fundinum „[farið] yfir markaðshlutdeild sem er viðunandi.“ Þess skal einnig getið að fyrr á árinu 2009 hafði Vífilfell, sem var mikilvægur viðskiptavinur áfrýjenda, leitað eftir tilboðum í flutningsviðskipti (sjá kafla 14.3.3 í hinni kærðu ákvörðun). Eimskip gerði Vífilfelli tilboð sem var ekki tekið, en í því bauð Eimskip Vífilfelli verð sem voru umtalsvert hærri en þau verð sem Eimskip bauð ÖES síðar um árið 2009.

8.3.5. Norðlenska matarborðið

407. Norðlenska matarborðið var mikilvægur viðskiptavinur áfrýjenda í flutningi á ferskum fiski og sá næststærsti í landflutningum. Með verðkönnun sem lauk í desember 2009 leitaði Norðlenska eftir tilboðum frá áfrýjendum og Eimskip. Innan Eimskips var lagt mat á kosti þess og galla að fá Norðlenska í viðskipti. Í minnisblaði E12 14. desember 2009 var það meðal annars talinn kostur að Eimskip myndi skapa sér „algjöra sérstöðu í flutningum á matvælum á landinu og samkeppnisaðilar ættu erfitt uppdráttar í framhaldinu“. Á hinn bóginn var ókostunum lýst með svofelldum hætti:

„o Verðsamkeppni getur hafist á ný með ófyrirsjáanlegum afleiðingum t.d. eru fyrirrhugaðar [svo] hækkanir í fiskflutningum upp á 10% í hættu

o Almennt aukin samkeppni og eitthvað gefur eftir hjá okkur – missum eitthvað, spurning hvað

o Norðlenska er væntanlega stærsti viðskiptavinur Landflutninga og að missa þá er væntanlega blóðtaka fyrir þá – hefur áhrif víðar en á norðurlandi. (nema að við náum þeim á þjónustuforsendum).“

408. Í tilboði Eimskips til Norðlenska var boðinn 62% afsláttur en í áður nefndu minnisblaði E12 hafði verið lagður til 63% afsláttur. Svo fór að tilboð Eimskips var 1% hærra en tilboð áfrýjenda og héldu þeir því viðskiptum við Norðlenska. Innan Eimskips þótti það hafa ráðið úrslitum að afsláttur í tilboði Eimskips til Norðlenska hafi ekki verið 63% eins og E12 hafði lagt til.

8.3.6. Rúmfatalagerinn og IKEA

409. Rúmfatalagerinn var meðal stærstu viðskiptavina áfrýjenda í innflutningi. Á síðari hluta ársins 2009 og fyrstu mánuðum 2010 átti Rúmfatalagerinn í samskiptum við áfrýjendur og Eimskip um verðtilboð í flutninga. Áfrýjendur sögðu í nóvember 2009 upp flutningssamningi við Rúmfatalagerinn frá maí 2008 með sex mánaða fyrirvara í því skyni að ná fram endurskoðun á verðum. Um líkt leyti losnaði samningur milli Eimskips og IKEA. S6 svaraði spurningu S15 um það hvort áfrýjendur myndu bjóða í viðskipti IKEA með svohljóðandi hætti í tölvupósti 17. nóvember 2009:

„Samningur þeirra við Eimskip er uppsegjanlegur um áramót með 6 mánaða fyrirvara. Ikea menn ætla að segja honum upp.

Við reyndum við Ikea síðast og ég geri ekki ráð fyrir að reyna við þá næsta sumar.

Markmið hjá innflutningi er að hækka verð á núverandi kúnnu, s.s. Rúmfó, Húsa og ÍSAM.“

410. Í mars 2010 bauð Eimskip Rúmfatalagernum verð í flutninga á 40 feta gámum sem var 72% hærra en það verð sem áfrýjendur sömdu um við fyrirtækið í nýjum samningi í mars 2010. Eimskip samdi jafnframt við IKEA í september 2010 á töluvert lægri verðum en Eimskip hafði boðið Rúmfatalagernum.

411. Þess ber að geta að þorri viðskiptavina áfrýjenda sömdu um flutningsverð í erlendri mynt. Sumir viðskiptavinir voru á hinn bóginn með samninga um flutningsverð í íslenskum krónum, svonefnda „krónusamninga“. Meðal annars átti það við um samning áfrýjenda við Rúmfatalagerinn frá maí 2008. Sá

samningur hafði þó að geyma verðtryggingarákvæði svo að upphæðir í krónum tóku breytingum í samræmi við vísitölu neysluverðs. Því höfðu verð Rúmfatalagersins í íslenskum krónum hækkað vegna breytinga á vísitölu neysluverðs áður en fyrirtækið samdi að nýju við áfrýjendur í mars 2010, en þá var samið um enn hærri verð og það í evrum.

8.4. Samskipti við viðskiptavini 2010–2012 o.fl.

8.4.1. ÍSAM og Innes

412. Íslensk Ameríska (ÍSAM) og dótturfélagið Mekka voru mikilvægir viðskiptavinir áfrýjenda. Á fyrri hluta árs 2010 ætluðu áfrýjendur að hækka verð til ÍSAM og Mekka. Um svipað leyti leitaði Innes, mikilvægur viðskiptavinur Eimskips, eftir tilboði frá áfrýjendum í ákveðna flutninga frá Bandaríkjunum. Um miðjan aprílmánuð 2010 hafði Innes ekki enn fengið viðbrögð frá áfrýjendum og ítrekaði beiðni um tilboð. Hinn 5. mars 2010 hafði S6 lýst svohljóðandi afstöðu til Inness og ÍSAM í tölvupósti til S2 og S5:

„Heyri að Eimskip sé að pressa Innes í nýjan samning. Ætla að ná fram lækkun. Það er gott mál að vinna þetta á sama tíma og ÍSAM. Þið megið gera ráð fyrir að Innes hringi í ykkur til að ræða samningsmál. Mér skilst að næsti fundur á milli Innes og Eimskips sé eftir ca 10 daga.“

413. Þrátt fyrir að ÍSAM hafi tekist að ná fram lækkun frá upphaflegu tilboði áfrýjenda voru verð samkvæmt nýjum samningi þeirra 27. maí 2010 nokkuð hærri en í eldri flutningssamningi frá 2007, svo sem lýst er í hinni kærðu ákvörðun (sjá kafla 14.26.2 í ákvörðuninni). Áður hafði S2 tekið fram í tölvupósti til samstarfsmanns síns 4. maí 2010 að áfrýjendur þyrftu að vera „harðari á þessa stóru kúnna og lyfta verðum enn [...] frekar upp“.

414. Á árinu 2010 spurðist yfirmaður Eimskips í Danmörku fyrir um möguleg viðskipti við ÍSAM. E[...] gaf eftirfarandi svar 12. nóvember 2010:

„Ég held að menn vilja ekki heyfa [svo] við neinu, en við gáfum verð til Mekka frekar lágt en það dugði ekki til.“

Búið er að bjóða í sl. vikur OJK og Garri en fengið þetta ekki, svo núna er verið að vinna í Áltak [...] þeir vilja koma Spurning hvað við gefum þeim

Þú ættir að hrista upp í [E7] aðeins og sjá hvað hann segir ☺ “

415. Niðurstaðan varð sú að áfrýjendur héldu viðskiptum ÍSAM og Mekka, en Innnes var áfram í viðskiptum hjá Eimskip (sjá m.a. kafla 14.42 og 14.53 í hinni kærðu ákvörðun).

8.4.2. Ó. Johnson & Kaaber, Europris, Húsasmiðjan og Askja

416. Ó. Johnson & Kaaber (OJK) var mikilvægur viðskiptavinur áfrýjenda, að meðtöldum ýmsum dótturfélögum OJK. Áfrýjendur gerðu OJK tilboð 29. september 2010 í útboði OJK. Áður hafði Europris í Noregi, mikilvægur viðskiptavinur Eimskips, óskað eftir tilboði frá áfrýjendum. Af þessu tilefni sendi S6 samstarfsmanni sínum svohljóðandi tölvupóst 29. september 2010, þar sem hann tengdi saman tilboðsgerð til OJK og Europris:

„Do you think it is possible to wait until mid next week to quote for this business. I am waiting for the result of a tender that both Samskip and Eimskip quoted for. The customer is O Johnson & Kaaber, and is our customer today. If Eimskip is aggressive [svo] in this tender and takes them away from us then we will be more aggressive in the Europris Quote.“

417. Europris gerði að lokum nýjan samning við Eimskip. Framangreindur tölvupóstur S6 sýnir að nálgun áfrýjenda gagnvart Europris hafi ráðist af því hvernig Eimskip myndi aðhafast gagnvart OJK, mikilvægum viðskiptavini áfrýjenda (sjá einnig kafla 14.31 í hinni kærðu ákvörðun).

418. Húsasmiðjan var mikilvægur viðskiptavinur áfrýjenda. Árið 2009 leitaði Húsasmiðjan eftir tilboði frá Eimskip í landflutninga en það leiddi ekki til viðskipta. Í júlí 2010 sagði Húsasmiðjan upp flutningssamningi við áfrýjendur. Húsasmiðjan átti fund með fulltrúum Eimskips 11. ágúst 2010, en fyrir lá að Húsasmiðjan var óánægð með verð og þjónustu áfrýjenda. Eimskip og Húsasmiðjan áttu annan fund 26. nóvember 2010 og áttu síðan í frekari

samskiptum fram á árið 2011. Að lokum gerði Húsasmiðjan nýjan samning við áfrýjendur 18. febrúar 2011. Tilboð Eimskips til Húsasmiðjunnar vegna sjóflutninga frá Evrópu var 79-127% hærra en tilboð áfrýjenda, svo sem rakið er í hinni kærðu ákvörðun (sjá m.a. kafla 14.34.6 í ákvörðuninni). Verð í eldri flutningssamningi Húsasmiðjunnar og áfrýjenda frá 2008 voru í krónum en tóku breytingum eftir gengi og vísitölu neysluverðs og höfðu því hækkað. Á tímabilinu frá apríl 2008 til desember 2010 hækkaði sjóflutningsverð hjá Húsasmiðjunni verulega umfram verðlag hér á landi, en það var þó í takti við gengisþróun evru gagnvart íslenskri krónu, svo sem greinir í hinni kærðu ákvörðun (sjá kafla 14.34.7 í ákvörðuninni). Rétt er að taka fram að samningar áfrýjenda við viðskiptavinum voru flestir í erlendri mynt líkt og áður greinir.

419. Askja var mikilvægur viðskiptavinur áfrýjenda. Áfrýjendur kynntu Öskju 2. september 2010 tilboð og tillögu að nýjum samningi þar sem gert var ráð fyrir að verð hækkuðu töluvert. Askja setti sig síðan í samband við Eimskip. Í tölvupósti fjármálastjóra Öskju til E2 7. september 2010 lýsti hann miklum áhuga á að koma yfir í viðskipti til Eimskips enda væru „Samskipatengsl“ Öskju að minnka og innflutningur Öskju væri að aukast. E2 framsendi tölvupóst Öskju til E7 án þess að bæta neinu við. Rúmlega klukkutíma síðar sendi S6 tölvupóst til Öskju og innti fyrirtækið eftir viðbrögðum við tilboði áfrýjenda. Um kvöldið sama dag svaraði E2 fjármálastjóra Öskju og óskaði eftir fundi með honum daginn eftir, 8. september 2010, sem fjármálastjórinn samþykkti. E2 framsendi samskipti sín við Öskju til E7. Jafnframt stóð eftirfarandi í tölvupósti E2 til E7: „Tökum vertu á vappi trykkið“. Hinn 15. september 2010 gerði Askja nýtt flutningssamkomulag við áfrýjendur, en ekki verður séð að Eimskip hafi gert Öskju tilboð (sjá kafla 14.30 í hinni kærðu ákvörðun).

8.4.3. Ölgerð Egils Skallagrímssonar og Vífilfell

420. Samningur ÖES og Eimskips sem gerður var í kjölfar útboðs 2009 (sjá kafla 8.3.4 hér að framan) var uppsegjanlegur með þriggja mánaða fyrirvara frá lok

nóvember 2011 og sneri ÖES sér því til áfrýjenda um sumarið 2011. Á sama tíma hugðist Eimskip hækka flutningsverð ÖES, sem varð svo raunin í nýjum flutningssamningi sem Eimskip gerði við ÖES í október 2011. Fram að því hafði ÖES átt í samskiptum við áfrýjendur um möguleg viðskipti (sjá m.a. kafla 14.37.7 í hinni kærðu ákvörðun). Í markaðsskýrslu áfrýjenda sem S6 sendi S2 og S7 19. september 2011 var sérstaklega vísað til ÖES:

„Áherslan í sölu árið 2012 ræðst að miklu leiti efir [svo] því hvort að áframhaldandi ró haldist á innflutningsmarkaði. Gert er ráð fyrir að bæði Eimskip og Samskip haldi að sér höndum og leggi áherslu á að halda verðum uppi. [...]

Ölgerðin er stærsti viðskiptavinur Eimskips í þessum flokk og ekki er gert ráð fyrir að reynt verði að ná í þá í viðskipti.“

421. Vífilfell gerði nýjan samning um flutningsviðskipti við áfrýjendur á fyrstu mánuðum ársins 2012 (sjá kafla 14.41.2 í hinni kærðu ákvörðun). Eimskip átti jafnframt í samskiptum við Vífilfell um afmörkuð viðskipti sem hreyfðu þó ekki við viðskiptum áfrýjenda og Vífilfells. Eimskip hafði augastað á fleiri viðskiptavinum áfrýjenda, svo sem ráðið verður af eftirfarandi ummælum í afurða- og vöruflokkagreiningu Eimskips frá september 2012:

„Okkar helstu tækifæri liggja klárlega í þeim fyrirtækjum sem ekki eru að flytja með okkur í dag þegar þeirra samningar opnast. Þar má nefna Nathan & Olsen, OJK, Garra, Vífilfell, Fóðurlönduna og Íslensk Ameríska svo einhver séu nefnd. Mikilvæg [svo] að halda sambandi við þessi fyrirtæki og minna reglulega á okkur.“

422. Af gögnum málsins verður ráðið að áfrýjendur og Eimskip voru reiðubúin til að keppa um smærri viðskiptavinum sem voru ekki meðal þeirra mikilvægustu (sjá kafla 8.1 hér að framan). Það átti meðal annars við um Fóðurlönduna sem færði viðskipti sín frá Eimskip yfir til áfrýjenda á árinu 2009. Á hinn bóginn var Nathan & Olsen mikilvægur viðskiptavinur, en það er eitt af örfáum dæmum þess að mikilvægir viðskiptavinir hafi fært sig milli áfrýjenda og Eimskips á rannsóknartímabilinu (sjá kafla 8.3.1 hér að framan).

423. Í málinu liggur fyrir markaðsskýrsla innflutningsdeildar áfrýjenda fyrir árið 2013 sem var útbúin í september 2012. Þar var vikið að Aðföngum og fleiri viðskiptavinum Eimskips með eftirfarandi hætti:

„Samningar Eimskips við Aðföng og Ölgerðina eru fastir fram á seinni hluta ársins 2013, en Innnes er með lausan samning við Eimskip. Ekki er gert ráð fyrir að Samskip nái í nein þessara viðskipta ef það tekst að framlengja samningana við OJK, Garra og Nathan og Olsen.“

424. Þetta gekk eftir með því að áfrýjendur endurnýjuðu samninga við Ó Johnson & Kaaber, Garra og Nathan & Olsen, en Eimskip hélt áfram viðskiptum við Aðföng og ÖES.

8.5. Samandregin niðurstaða

425. Hér að framan var gerð grein fyrir því að áfrýjendur og Eimskip kepptu að mjög takmörkuðu leyti um mikilvæga viðskiptavinum hvors annars á árunum 2009–2012, heldur einbeittu fyrirtækin sér að því að hækka verð gagnvart slíkum viðskiptavinum og halda verðsamkeppni niðri (sjá m.a. kafla 8.1–8.4 hér á undan, auk 9. kafla og kafla 4.1). Sá „friður“ sem ríkti milli áfrýjenda og Eimskips um stærstu viðskiptavinum hvors þeirra, sem vógu hlutfallslega þungst í tekjum fyrirtækjanna, birtist meðal annars í viðhorfum starfsmanna áfrýjenda sem lögðu áherslu á að varðveita „friðinn“ við Eimskip. Ríkti þannig „friður og ró“ um mikilvæga viðskiptavinum á umræddu tímabili en afar lítið var um tilfærslur mikilvægra viðskiptavina milli fyrirtækjanna á rannsóknartímabilinu svo sem fyrr greinir (sjá m.a. kafla 8.2 hér að framan).

426. Meginvörn áfrýjenda í þessum þætti málsins er fólgin í því að áfrýjendur og Eimskip hafi hvort um sig tekið ákvarðanir um tilboðsgerð og aðrar aðgerðir gagnvart mikilvægum viðskiptavinum alfarið upp á eigin spýtur og án samráðs. Þá hafa áfrýjendur fært fram margvíslegar skýringar á því hvers vegna ákveðið hafi verið að sækja ekki fast í viðskipti við einstaka stóra viðskiptavinum Eimskips, en þar hafi viðskiptalegar ákvarðanir áfrýjenda ráðið för hverju sinni. Á það má fallast að áfrýjendur hafi haft svigrúm til þess að

meta með tilliti til aðstæðna hverju sinni hversu hart ætti að ganga fram í samkeppni við Eimskip um mikilvæga viðskiptavinum. Sjónarmið áfrýjenda í þá veru breyta þó ekki þeirri meginályktun sem verður dregin af gögnum málsins að sú eindregna viðskiptastefna áfrýjenda, að gera ekki raunhæfar tilraunir til þess að fá mikilvæga viðskiptavinum Eimskips til að skipta yfir til áfrýjenda, réðist fyrst og fremst af því markmiði áfrýjenda að raska ekki friðnum við Eimskip. Töldu fyrirtækin að annað myndi leiða til þess að samkeppni hæfist að nýju um mikilvæga viðskiptavinum og verðstríð brytist út í andstöðu við verðhækkunaráform fyrirtækjanna. Jafnframt bera gögn málsins með sér að áfrýjendur drógu það í ákveðnum tilvikum að taka ákvörðun um tilboðsgerð til mikilvægra viðskiptavina Eimskips uns orðið var ljóst að Eimskip myndi halda friðinn og sækja ekki á mikilvæga viðskiptavinum áfrýjenda sem leituðu eftir tilboðum (sjá m.a. kafla 8.4.1 og 8.4.3 hér að framan). Þrátt fyrir að ekki hafi ríkt óskorað traust milli fyrirtækjanna að þessu leyti, og áfrýjendur hafi verið reiðubúnir til að svara fyrir sig ef Eimskip hefði rofið friðinn, leiðir það ekki til þeirrar ályktunar að markaðsskipting hafi ekki getað verið fyrir hendi.

427. Gögn málsins bera með sér að Eimskip hafi gengið í takt við áfrýjendur með því að forðast markvisst að bjóða helstu viðskiptavinum áfrýjenda kjör sem gáfu þeim ástæðu til að skipta yfir til Eimskips, svo sem þegar forstjóri fyrirtækisins brást við sérstökum áhuga Öskju á viðskiptum með því að vera „á vappi“ (sjá kafla 8.4.2 hér að framan). Jafnframt bendir ekkert til þess að Eimskip hafi haldið sérstaklega að sér höndum í samkeppni við áfrýjendur af ótta við að brjóta gegn 11. gr. samkeppnislaga, enda fær sú skýring áfrýjenda á háttalagi keppinautarins ekki stoð í þeim gögnum sem liggja fyrir í málinu. Þá sjást ekki merki þess í gögnum málsins að ónýtt flutningsgeta í skipum áfrýjenda og Eimskips á árunum 2009–2012 hafi verið af svo skornum skammti að þeim hafi af þeim sökum verið ófært að bæta við sig nýjum stærri viðskiptavinum. Liggja því ekki fyrir aðrar sennilegar skýringar á háttsemi fyrirtækjanna en að þau hafi markað sér þá stefnu að keppa ekki um mikilvæga viðskiptavinum hvors annars, með þeim afleiðingum að slíkum viðskiptavinum

var í raun gert ókleift að skipta um flutningsaðila og forðast verðhækkningar sem þeir urðu að sæta þar sem samkeppni naut ekki við.

428. Tregða áfrýjenda og Eimskips til þess að keppa um mikilvæga viðskiptavinum þó að þeir bæru sig eftir viðskiptum, sem er áberandi í gögnum málsins, veitir skýra vísbendingu um að sameiginlegur skilningur hafi verið til staðar milli fyrirtækjanna um að láta mikilvæga viðskiptavinum hvors annars í friði að þessu leyti. Fram hjá því verður þó ekki litið að slík verklagsregla var í sjálfu sér ekki flókin í eðli sínu, sem gæti út af fyrir sig stutt það sjónarmið áfrýjenda að fyrirtækin hefðu hvort í sínu lagi getað komið þessari skipan á með þegjandi samhæfingu án þess að samráð hefði þurft að koma til. Á það verður þó ekki fallist að háttsemi áfrýjenda og Eimskips í málinu verði jafnað til slíkrar þegjandi samhæfingar eins og atvikum er háttað, þar á meðal að teknu tilliti til þess að Eimskip hefur viðurkennt að hafa átt í samráði við áfrýjendur „um skiptingu á mörkuðum eftir stærri viðskiptavinum í sjó- og landflutningum“, svo sem greinir í lið 1.2 í sáttinni. Um vörn áfrýjenda varðandi þegjandi samhæfingu verður einnig að líta til þess að fyrirtækin voru í stöðugu návígi á rannsóknartímabilinu þar sem þau áttu í tíðum samskiptum á fundum og með öðrum hætti um fjölmörg málefni í starfsemi þeirra, þ.m.t. viðfangsefna sem spruttu af verkefninu „Nýtt upphaf“ á árinu 2008, auk ýmissar hagnýtrar samvinnu og viðskipta í daglegri flutningastarfsemi fyrirtækjanna (sjá m.a. 6., 7. og 10. kafla í úrskurðinum, ásamt m.a. yfirliti yfir samskipti fyrirtækjanna í kafla 7.7.1 og 13.3 í hinni kærðu ákvörðun).

429. Án þess að staðhæft verði að sérhver samskipti áfrýjenda og Eimskips á rannsóknartímabilinu hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga, verður sú ályktun dregin af umfangi samskipta þeirra í heild að ákveðin samstaða og greiðar samskiptaleiðir hafi verið milli fyrirtækjanna, sem gnæfðu yfir aðra keppinauta á fákeppnismörkuðum málsins, auk þess sem persónuleg tengsl milli sumra lykilstjórnenda fyrirtækjanna voru til þess fallin að greiða enn frekar fyrir samskiptum. Þá voru samskipti stjórnenda fyrirtækjanna mun tíðari

og víðfeðmari en eðlilegt getur talist að teknu tilliti til þeirra skyldna sem á þeim hvíla á grundvelli 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Þótt ýmis dæmi séu um það í gögnum málsins að fyrirtækin hafi stundað virka samkeppni við ákveðnar aðstæður, þ.m.t. í samkeppni um meðalstóra og smærri viðskiptavinum, haggar það ekki þeirri ályktun að fyrirtækin áttu í miklum samskiptum á rannsóknartímabilinu sem voru til þess fallin að draga úr sjálfstæði þeirra sem keppinauta og auka samheldni milli þeirra. Þá áréttast að niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar um „friðinn“ einskorðast við stærstu og mikilvægustu viðskiptavinum fyrirtækjanna. Verður ótvírætt ráðið af gögnum málsins svo sem áður greinir að afar lítil samkeppni ríkti um slíka viðskiptavinum milli áfrýjenda og Eimskips hvað sem líður athöfnum þeirra gagnvart veigaminni viðskiptavinum.

430. Þegar framangreint og gögn málsins eru virt, auk þess sem Eimskip hefur viðurkennt brotið fyrir sitt leyti, hafa verið leiddar nægilega sterkar líkur að því að háttsemi áfrýjenda gagnvart mikilvægum viðskiptavinum Eimskips á árunum 2009–2012 verði rakin til sameiginlegs skilnings fyrirtækjanna á þá leið að heyja ekki samkeppni um mikilvæga viðskiptavinum hvors annars og skipta þeim þannig á milli sín, og gera hlutaðeigandi viðskiptavinum um leið ómögulegt að bæta kjör sín á grundvelli samkeppni. Þessar samstilltu aðgerðir fyrirtækjanna höfðu það ótvírætt að markmiði að raska samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins og fólu í sér alvarlegt brot gegn ákvæðunum. Háttsemi áfrýjenda hvað þetta varðar verður virt sem eitt samfellt samráðsbrot á árunum 2009–2012 svo sem miðað var við í hinni kærðu ákvörðun. Rennir það enn frekari stoðum undir niðurstöðuna að marktækur munur var á samkeppnishegðun áfrýjenda og Eimskips að þessu leyti á framangreindu tímabili, í samanburði við hegðun fyrirtækjanna bæði fyrir og eftir tímabilið, þ.m.t. á árinu 2013 þegar samkeppni milli þeirra færðist í aukana að nýju (sjá m.a. 21. kafla hinnar kærðu ákvörðunar). Þá haggar það ekki niðurstöðunni að ekki liggi fyrir nákvæmlega hvernig sameiginlegur

skilningur komst á milli fyrirtækjanna um markaðsskiptingu af umræddum toga, enda er slíkt ekki forsenda fyrir niðurstöðu um markaðsskiptingu.

431. Með vísan til alls framangreinds verður staðfest niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar um samráðsbrot áfrýjenda er fólust í markaðsskiptingu þeirra og Eimskips um mikilvæga viðskiptavinum á árunum 2009–2012. Að öðru leyti vísast til sjónarmiða Samkeppniseftirlitsins um „friðinn“ sem rakin eru í hinni kærðu ákvörðun og áfrýjunarnefndin tekur undir (sjá 15. og 26. kafla hinnar kærðu ákvörðunar).

9. Verðlagsmálefni o.fl.

9.1. Inngangur

432. Samkvæmt gögnum málsins réðust áfrýjendur og Eimskip í verulegar hækkanir á flutningsverðum á rannsóknartímabilinu, bæði almennar hækkanir á gjaldskrá og á verðum í samningum við einstaka viðskiptavinum. Um verðhækkanir og tengdar aðgerðir fyrirtækjanna vísast til nánari umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun (sjá m.a. kafla 8.15.7.1, 11.21 og 15.3 í ákvörðuninni, auk kafla 4.1 í úrskurði þessum). Áfrýjunarnefnd samkeppnismála tekur undir þá ályktun Samkeppniseftirlitsins að samráð fyrirtækjanna, þ.m.t. „friðurinn“, hafi verið til þess fallið að stuðla að auknum verðhækkunum á rannsóknartímabilinu og gera fyrirtækjunum kleift að viðhalda þeim. Þó er ekki byggt á því í hinni kærðu ákvörðun að fyrirtækin hafi viðhaft samráð um sérhverja verðhækkun sem þau hrintu í framkvæmd hvort fyrir sitt leyti.

9.2. BAF-gjald

433. Áfrýjendur og Eimskip innheimtu BAF-gjald (olíugjald, e. bunker adjustment factor) af viðskiptavinum fyrir sjóflutningaþjónustu, svo og hliðstætt olíugjald í landflutningum sem nefnist FAF-gjald (e. fuel adjustment factor). Tilgangur slíkra gjalda er að verja flutningafyrirtæki fyrir sveiflum í olúkostnaði. BAF-

gjald tekur því í grunninn mið af þróun á heimsmarkaðsverði á olíu, en þó geta aðferðir („formúlur“) við nánari útreikning BAF-gjalds verið ólíkar frá einu flutningafyrirtæki til annars. Gjaldskrár áfrýjenda og Eimskips vegna BAF-gjalds voru birtar á vefsíðum þeirra og uppfærðar mánaðarlega. Fjárhæð BAF-gjalds var þó mismunandi háttað milli einstakra viðskiptavina fyrirtækjanna enda var það hluti af heildarflutningsverði sem samið var um hverju sinni. Þannig var samið við suma viðskiptavini um að þeir greiddu ekki BAF-gjald eða greiddu slíkt gjald með afslætti.

434. Á rannsóknartímabilinu leituðust áfrýjendur og Eimskip við að innheimta BAF-gjald af fleiri viðskiptavinum og hækka fjárhæð gjaldsins svo sem gerð er grein fyrir í hinni kærðu ákvörðun. Höfðu sumir viðskiptavinir orð á því að hækkanirnar væru ívið meiri hér á landi en á flutningamörkuðum erlendis. Má þar meðal annars geta tölvupósts Norske Skog 27. október 2008 til áfrýjenda, þar sem gerðar voru eftirfarandi athugasemdir við BAF-gjald áfrýjenda:

„Now that I have reviewed all markets and prices, I would like to point out, that the BAF for Iceland is quite high compared to other markets.“

435. Aukning umræddrar gjaldtöku snerti einnig innbyrðis flutningsviðskipti milli áfrýjenda og Eimskips, en í nýjum samningi fyrirtækjanna um Norður-Ameríkuflutninga 7. janúar 2009 var kveðið á um að áfrýjendur skyldu greiða Eimskip BAF-gjald (80%) fyrir slíka flutninga sem þeir höfðu ekki gert áður. Af þeim sökum kom BAF-gjald til umræðu milli fyrirtækjanna á fundum þeirra þar sem þau ræddu um Norður-Ameríkuflutningana á síðari hluta ársins 2008 (sjá kafla 7.4.2 hér að framan). Í hinni kærðu ákvörðun er rakið að tveimur mínútum eftir upphaf fundar áfrýjenda og Eimskips 14. ágúst 2008, sem S5 og S6 sátu af hálfu áfrýjenda og E3, E8 og E9 fyrir hönd Eimskips, hafi E9 vistað hjá sér skjal með upplýsingum um BAF-gjald Eimskips, þ.m.t. um fyrirhugaða hækkun gjaldsins sem átti að taka gildi 28. sama mánaðar. Hinn 19. ágúst 2008 sendi S6 tveimur undirmönnum sínum tölvupóst með heitinu „USA BAF“ sem hljóðaði svo:

„Það þarf að uppfæra BAF-ið í samræmi við BAF-ið hjá Eimskip. Þeir eru núna að rukka 353 USD per TEU og hækka í 461 USD per TEU 26. ágúst. Við erum hins vegar að rukka 338 USD per TEU.

Við skulum setja BAF-ið strax í 461 USD per TEU. Þið getið séð aðrar tölru [svo] á heimasíðu Eimskips.“

436. Telja verður að áfrýjendum og Eimskip hafi ekki verið óheimilt að ræða um BAF-gjald að því marki sem það var nauðsynlegur þáttur í viðræðum þeirra um nýjan Norður-Ameríkusamning. Þó bar að gæta þess að í slíkum viðræðum væri ekki miðlað upplýsingum um framtíðaráform fyrirtækjanna varðandi álagningu eða breytingar á BAF-gjaldi gagnvart viðskiptavinum þeirra, sbr. til hliðsjónar *dóm Hæstaréttar í máli nr. 42/2019*. Framangreindur tölvupóstur S6 19. ágúst 2008 ber skýrt með sér að slíkum upplýsingum hafi verið miðlað milli fyrirtækjanna og að áfrýjendur hafi lagt þær upplýsingar til grundvallar hækkan BAF-gjalds hjá sér. Fól sú háttsemi í sér brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.
437. Þá liggur fyrir tölvupóstur sem S6 sendi S5 10. desember 2008 þar sem hann greindi frá því að hann hefði heyrt í forstjóra Nathan & Olsen sem hefði tjáð honum að Nathan & Olsen greiddi Eimskip ekki BAF-gjald í Norður-Ameríkuflutningum. Það taldi S6 staðfesta að fulltrúar Eimskips „lugu að okkur á síðasta fundi“ varðandi það að „allir þeirra viðskiptavinir greiði BAF frá USA“. Þessi ummæli bera með sér að fyrirtækin hafi rætt um stefnu Eimskips varðandi töku BAF-gjalds af viðskiptavinum almennt og brutu þau samskipti gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, enda gat svo almenn upplýsingagjöf ekki helgast af viðræðum fyrirtækjanna um Norður-Ameríkuflutninga.
438. Að frágengnum þeim tilvikum sem lýst var hér að framan leiða gögn málsins ekki í ljós að áfrýjendur og Eimskip hafi viðhaft samráð um álagningu eða upphæð BAF-gjalds á rannsóknartímabilinu, þar á meðal í Norður-Ameríku-

flutningum, en hafa verður í huga að fyrirtækin gátu fylgst með birtum gjaldskráum hvors annars vegna BAF-gjalds eins og fyrr greinir.

9.3. Afsláttarhámark

439. Í hinni kærðu ákvörðun er lýst samskiptum áfrýjenda og Eimskips vegna uppgjors milli þeirra á gámaleigu í júní 2008, en Eimskip hafði flutt eitt gámafleti fyrir tiltekinn viðskiptavin áfrýjenda á grundvelli samstarfs þeirra um Norður-Ameríkuflutninga (sjá kafla 8.1 og 14.56.1 í ákvörðuninni). Í tengslum við það spurði E9 í tölvupósti til S6 13. júní 2008 hvort hann kannaðist við 50% afsláttarhámark á gámaleigu og hvort það væri sanngjörn tillaga. S6 svaraði samdægurs: „Jú ég þekki 50% hámarkið. Ánægjulegt að þið standið fast á þessu hámarki. Þetta er sanngjörn tillaga.“ Hvað sem líður tilefni samskiptanna var áfrýjendum og Eimskip óheimilt að ræða saman um verð- og afsláttarstefnu sína. Verður ekki séð hvernig uppgjör á gámaleigu í umrætt sinn kallaði á að áfrýjendur og Eimskip ræddu um „afsláttarhámark“ með svo almennum hætti og brutu samskiptin því gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

440. Þá veita gögn málsins vísbendingar um að áfrýjendur og Eimskip hafi bæði fylgt þeirri stefnu að bjóða að hámarki 50% afslátt fyrir ýmsar tegundir þjónustu auk gámaleigu. Þótt áðurgreind samskipti fyrirtækjanna um þetta atriði í júní 2008 hafi verið ólögmet renna þau ekki nægum stöðum undir þá almennu ályktun að 50% afsláttarhámark hjá áfrýjendum og Eimskip hafi grundvallast á samráði milli þeirra sem hafi staðið út rannsóknartímabilið í heild. Verður þeirri niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar því hafnað.

9.4. E-kontrol gjald

441. Í hinni kærðu ákvörðun er vikið að tölvupósti 30. september 2009 sem S[...], starfsmaður áfrýjenda í Danmörku, sendi S6 vegna „E-control in Port of Aarhus“ (sjá kafla 14.14 í ákvörðuninni). Þar greindi S[...] frá nýrri gjaldtöku

áfrýjenda sem kom til vegna breytinga á verklagi danskra tollyfirvalda. Í tölvupóstinum vék S[...] meðal annars að sambærilegri gjaldtöku keppinauta með svohljóðandi hætti:

„As mentioned over the phone, customs authorities have implemented a new system for export declarations. This will create more work and more responsibility on the operator = us.

There is a general agreement to charge extra for this, Blue Water will charge DKK 45/entry and Eimskip will charge DKK 40/extra per entry.

As this is effective from 28.09.2009, we suggest to start charging this from this week, as follows: E-control DKK 40/entry. As agreed over the phone today, we will charge same as Eimskip, being above.“

442. Þótt tölvupósturinn sýni að S[...] hafi verið kunnugt um að Eimskip og annar keppinautur innheimtu jafnframt „E-kontrol“ gjald tiltekinnar fjárhæðar verða gögn málsins ekki talin renna stoðum undir þá niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar að áfrýjendur hafi fengið upplýsingar um gjaldtöku keppinautanna með ólögmatum hætti eða að fyrirtækin hafi viðhaft samráð um gjaldtökuna. Með hliðsjón af efni tölvupósts S[...] og aðkomu danskra tollyfirvalda þykir óvarlegt að leggja slíka merkingu í orðin „general agreement“ í tölvupóstinum. Verður því hafnað niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar hvað þetta varðar.

9.5. Karagjald o.fl.

443. Fallist er á þá ályktun í hinni kærðu ákvörðun að tölvupóstsamskipti milli starfsmanna Eimskips 8. september 2008 beri með sér að áfrýjendur hafi veitt Eimskip upplýsingar sem vörðuðu afstöðu tiltekinnna stjórnenda áfrýjenda til álagningar svonefnds karagjalds vegna fisksendinga í körum (sjá kafla 8.16.4, mgr. 2729, í hinni kærðu ákvörðun). Sú upplýsingamiðlun hafði það að markmiði að raska samkeppni og fór því gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Á hinn bóginn verður ekki ráðið af gögnum málsins að áfrýjendur og Eimskip hafi sammælst um álagningu karagjalds almennt eða gagnvart fyrirtækinu Umbúðamiðlun.

444. Þá verða gögn málsins ekki talin leiða í ljós að áfrýjendur og Eimskip hafi viðhaft samráð um svonefnt öryggisgjald (ISPS) í inn- og útflutningi (sjá kafla 14.17.7 í hinni kærðu ákvörðun). Verður heldur ekki talið sannað að ráðagerð áfrýjenda um að ræða við Eimskip um verðlagningu TVG-Zimsen ehf. á árinu 2010 hafi komið til framkvæmda (sjá kafla 14.17.8 í ákvörðuninni).

9.6. Önnur tilvik

9.6.1. Launagreiðslur umfram lágmarkstaxta

445. Í hinni kærðu ákvörðun er vikið að samskiptum áfrýjenda, Eimskips og Olúdreifingar 21. september 2009 í tilefni af fyrirspurn Olúdreifingar um það hvernig nýlegar hækkanir á launatöxtum samkvæmt kjarasamningi hefðu haft áhrif á launakjör bílstjóra hjá áfrýjendum og Eimskip (sjá kafla 14.13 í ákvörðuninni). Sama dag veitti S5 þau svör, bæði gagnvart Olúdreifingu og Eimskip, að engar hækkanir hefðu orðið hjá áfrýjendum nema í samræmi við kjarasamning. Daginn eftir upplýsti E6 að bílstjórar Eimskips hefðu fengið tilgreinda hækkun en það væri „áhyggjuefni að menn séu að útfæra þetta mismunandi“. Umrædd samskipti fólu í sér miðlun upplýsinga um viðkvæm samkeppnismálefni sem tengdust launastefnu fyrirtækjanna og kjörum starfsmanna. Samskiptin verða því talin hafa haft það að markmiði að raska samkeppni og fóru þau því gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Ekki verður talið að samskiptin falli utan gildissviðs samkeppnislaga vegna 2. mgr. 2. gr. laganna, enda uppfylltu þau ekki skilyrði ákvæðisins svo sem þau hafa verið skýrð í réttarframkvæmd, sbr. *dóm EFTA-dómstólsins í máli E-14/15, Holship Norge AS*, en sá dómur varpar ljósi á sambærilegt álitaeefni varðandi gildissvið 53. gr. EES-samningsins.

9.6.2. Uppsögn á afgreiðslusamningum við Austfar

446. Fyrirtækið Austfar annaðist vöruafgreiðslu á Seyðisfirði fyrir bæði áfrýjendur og Eimskip. Samkvæmt gögnum málsins sögðu áfrýjendur og Eimskip upp

afgreiðslusamningum sínum við Austfar á fyrri hluta rannsóknartímabilsins. Í tölvupósti E11 til annarra starfsmanna Eimskips 26. maí 2009 var tildrögum uppsagnar Eimskips á samningi við Austfar lýst með svofelldum hætti (sjá kafla 17.5.1, mgr. 9444, í hinni kærðu ákvörðun):

„Eins og [starfsmaður Eimskips] sagði þér í síðustu viku, þá kom tillaga frá Samskipsmönnum um að bæði fyrirtækin Eimskip og Samskip segðu upp afgreiðslusamningi við Austfar á SEY, og þjónuðu SEY frá Egilsstöðum, á svipaðan hátt og gert er á Eskifirði. [...]“

Lýsti E11 því síðan í tölvupóstinum að hann og samstarfsmaður hans hjá Eimskip hefðu „ákveðið að fara að þessari tillögu“ og hefði Austfari verið tilkynnt um uppsögn á afgreiðslusamningi þess og Eimskips. Af þessum samskiptum verður ráðið að Eimskip og áfrýjendur hafi rætt um uppsögn á afgreiðslusamningum sínum við Austfar á Seyðisfirði í þeim tilgangi að draga úr þjónustu í bænum. Það haggar ekki þeirri ályktun þótt uppsögn áfrýjenda geti hafa komið til fyrr en Eimskips. Umrædd háttsemi verður talin hafa haft það að markmiði að raska samkeppni og fól hún því í sér brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

9.6.3. Atvik varðandi Maersk á árunum 2009 og 2010

447. Flutningafyrirtækið Maersk keypti flutningaþjónustu af bæði áfrýjendum og Eimskip á rannsóknartímabilinu. Með tölvupósti Maersk til Eimskips 17. september 2009 leitaði Maersk eftir lægri verðum frá Eimskip sem Maersk taldi vera of há (sjá kafla 14.15 í hinni kærðu ákvörðun). Í nóvember 2009 átti Maersk einnig í samskiptum við áfrýjendur vegna óskar Maersk um verðtilboð frá þeim, en Maersk var jafnframt ósátt við gildandi kjör sín hjá áfrýjendum. Af gögnum málsins verður ráðið að Eimskip bjó yfir upplýsingum um verð Maersk hjá áfrýjendum. Á hinn bóginn gefa gögnin jafnframt til kynna að starfsmaður Maersk hafi upplýst Eimskip um verðin sem áfrýjendur buðu Maersk. Með hliðsjón af því og þar sem gögn málsins sýna ekki fram á að

áfrýjendur hafi miðlað slíkum upplýsingum til Eimskips verður hafnað þeirri niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar.

448. Áfrýjendur og Eimskip leigðu gáma af Maersk ásamt fleiri fyrirtækjum til afnota vegna loðnuvertíða (sjá kafla 14.24 í hinni kærðu ákvörðun). Maersk upplýsti áfrýjendur og Eimskip hvort í sínu lagi 8. febrúar 2010 að Maersk væri að endurskoða viðskipti sín á Íslandi vegna lágs leiguverðs á gámum og langs siglingartíma. Í kjölfarið áttu sér stað samskipti milli áfrýjenda og Eimskips um framangreinda afstöðu Maersk. Eins og lýst var í tölvupósti sem starfsmaður Eimskips sendi til samstarfsmanna sinna 9. febrúar 2010 hafði hann rætt við starfsmann áfrýjenda og fengið „alla söguna“ vegna afstöðu Maersk. Hefði komið fram í samtali þeirra að næsta skref hjá áfrýjendum væri „að reikna verðin upp á nýtt, þeir fá skammt hjá Maersk (eins og við) en ekkert í næstu viku“. Fyrrgreind samskipti áfrýjenda og Eimskips um viðbrögð við umræddu útspili Maersk verða talin hafa haft það að markmiði að raska samkeppni og voru samskiptin því í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

9.6.4. Útboð Alcan árið 2011

449. Í hinni kærðu ákvörðun var komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjendur hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins með samvinnu við flutningafyrirtækið Wilson í tengslum við útboð Alcan á árinu 2011 (sjá kafla 14.36.9 í ákvörðuninni). Samkvæmt gögnum málsins leituðu áfrýjendur eftir samstarfi við Wilson um þá flutninga sem útboðið laut að, en áfrýjendur töldu sér ekki fært að bjóða einir í þá flutninga. Úr varð að Wilson lagði fram frávíkstilboð í útboðinu sem gerði ráð fyrir að áfrýjendur myndu kaupa umframrymi í skipum Wilson og koma með þeim hætti að flutningum fyrir Alcan. Útboðinu lauk með því að frávíkstilboði Wilson með aðkomu áfrýjenda var ekki tekið, heldur samdi Alcan við Nednor með aðkomu Thorship. Af því sem rakið er í hinni kærðu ákvörðun og gögnum málsins verður ekki ráðið að frávíkstilboð Wilson og sú samvinna Wilson og áfrýjenda

sem tilboðið gerði ráð fyrir, en ekki varð af, hafi haft það að markmiði að raska samkeppni í skilningi fyrrnefndra bannákvæða. Verður því hafnað þeirri niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar.

10. Hagnýtt samstarf og viðskipti áfrýjenda og Eimskips

10.1. Inngangur

450. Hér á eftir verður vikið að ýmsum viðskiptum og samvinnu áfrýjenda og Eimskips á rannsóknartímabilinu (nefnd „hagnýt samvinna“ í hinni kærðu ákvörðun, sjá 16.–19. kafla ákvörðunarinnar). Er þar vísað til tilvika þar sem fyrirtækin áttu í flutningsviðskiptum við hvort annað á tilteknum flutningaleiðum, bæði í sjó- og landflutningum, og áttu í annars konar viðskiptum í tengslum við daglegan rekstur sinn, svo sem vegna umsýslu flutningsgáma. Sjóflutningaviðskipti fyrirtækjanna tóku bæði til flutninga milli Íslands og annarra Evrópulanda og Norður-Ameríku, en samstarf fyrirtækjanna var mest í Norður-Ameríkuflutningum. Jafnframt áttu fyrirtækin í viðskiptum vegna skipaafgreiðslu sem Eimskip annaðist sem hafnarþjónustuaðili í Mjóeyrarhöfn á Reyðarfirði í þágu bæði áfrýjenda og Alcoa.

451. Með verkefninu „Nýtt upphaf“ sem áfrýjendur og Eimskip réðust í á síðari hluta ársins 2008 tóku fyrirtækin til skoðunar að auka tilgreinda samvinnu og viðskipti milli fyrirtækjanna (sjá 6. kafla í úrskurði þessum). Með vísan til þess var því slegið föstu í hinni kærðu ákvörðun að öll slík viðskipti fyrirtækjanna á rannsóknartímabilinu hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Að mati áfrýjunarnefndarinnar verður þó ekki talið að niðurstaða um verkefnið „Nýtt upphaf“ veiti stoð fyrir svo víðtækri ályktun um þá samvinnu og viðskipti fyrirtækjanna, sem áttu sér sjálfstæðan grundvöll og höfðu tíðkast um langt skeið áður en „Nýtt upphaf“ kom til, svo sem á við um Norður-Ameríkuflutninga (1993), neyðarflutninga (2001), landflutninga (2005) og skipaafgreiðslu (2007). Með hliðsjón af framangreindu verður að leggja sjálfstætt mat á það hvort einstök viðskipti fyrirtækjanna, þ.m.t. hagnýt

samvinna, hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

452. Þá skal tekið fram að í hinni kærðu ákvörðun var lagt til grundvallar að framangreind viðskipti áfrýjenda og Eimskips hafi haft það að markmiði að raska samkeppni í merkingu 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Í ákvörðuninni er á hinn bóginn ekki dregin ályktun um að háttsemin hafi í reynd skaðað samkeppni. Úrlausnarefni málsins takmarkast því við það hvort háttsemi áfrýjenda uppfylli markmiðsskilyrði ákvæðanna. Þá er úrlausnarefnið takmarkað við háttsemi fyrirtækjanna sem átti sér stað á rannsóknartímabilinu (sjá einnig 5. kafla hér að framan), þó að viðskipti og hagnýt samvinna þeirra hafi hafist mun fyrir.

10.2. Norður-Ameríkuflutningar

453. Eins og áður greinir áttu áfrýjendur og Eimskip í samstarfi sem fólst í því að áfrýjendur fluttu vörur með skipum Eimskips í beinum siglingum til og frá Norður-Ameríku (sjá 16. kafla hinnar kærðu ákvörðunar). Samhliða önnuðust áfrýjendur flutninga milli Íslands og Norður-Ameríku með eigin skipum í svonefndum „Trans-Atlantic“ flutningum milli Íslands og Norður-Ameríku með viðkomu á meginlandi Evrópu. Til úrlausnar er hvort fyrrgreint samstarf áfrýjenda og Eimskips hafi haft það að markmiði að raska samkeppni og því brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins.
454. Norður-Ameríkusamstarf áfrýjenda og Eimskips átti rætur að rekja allt aftur til ársins 1993 og hófst það því löngu fyrir rannsóknartímabil máls þessa. Samstarfið byggðist á tímabundnum samningum sem gerðir voru til nokkurra ára í senn. Samkeppniseftirlitið og forveri þess veittu samstarfinu undanþágur frá banni við samráði á afmörkuðum tímabilum, sbr. *úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 13/1997 og 9/2003*, svo og *ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 46/2009*, auk þess sem samstarfið var heimilað hluta árána 2013-2015, eftir upphaf rannsóknar málsins. Fyrirtækin sóttu einnig

um undanþágur vegna annarra tímabila, en þær undanþágubeiðnir hlutu ekki afgreiðslu hjá Samkeppniseftirlitinu eða forvera þess, án þess þó að þeim væri synjað.

455. Undanþága vegna Norður-Ameríkusamstarfsins sem byggðist á fyrrnefndri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 46/2009 var veitt 22. desember 2009 og gildi hún til 31. desember 2010, vegna sammings sem fyrirtækin gerðu 7. janúar 2009 um þessa flutninga. Þegar af þeirri ástæðu braut samstarfið ekki gegn 10. gr. samkeppnislaga á gildistíma undanþágunnar og verður hið sama talið eiga við um 1. mgr. 53. gr. EES-sammingsins, sbr. 3. mgr. ákvæðisins. Á hinn bóginn þarf að taka afstöðu til þess hvernig samstarfið horfði við fyrrnefndum bannákvæðum á öðrum hlutum rannsóknartímabilsins, þegar undanþága var ekki í gildi. Fyrir liggur að þeir flutningssamningar sem fyrirtækin störfuðu eftir á rannsóknartímabilinu voru í meginatriðum sama efnis. Því er unnt að miða við þá lýsingu á samstarfinu sem kemur fram í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 46/2009, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 9/2003 sem laut að sambærilegum samningi fyrirtækjanna. Á hinn bóginn lagði flutningssamningur fyrirtækjanna sem var til skoðunar í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 13/1997 mun víðtækari magnskuldbindingu á áfrýjendur að því er varðar flutningsmagn í skipum Eimskips, samanborið við síðari samninga fyrirtækjanna. Sá úrskurður varpar því ekki ljósi á inntak samstarfsins eins og því var háttað á rannsóknartímabilinu.

456. Í fyrrnefndum úrlausnum samkeppnisyfirvalda frá árunum 2003 og 2009 var gengið út frá því að samningar áfrýjenda og Eimskips um Norður-Ameríkuflutninga brytu gegn 10. gr. samkeppnislaga, en að þeir fullnægðu skilyrðum undanþágu, sbr. þágildandi 15. gr. laganna. Í þeim efnunum var meðal annars bent á að ef undanþága væri ekki veitt myndi Eimskip eitt skipafélaga geta boðið upp á sjóflutninga í beinum siglingum milli Íslands og Norður-Ameríku og yrði Eimskip því í einokunarstöðu á þeim markaði. Þá væru áfrýjendur eingöngu skuldbundnir til að flytja að lágmarki 70 gámaeiningar (TEU) með

Eimskip á ári, en að öðru leyti væri áfrýjendum frjálst að leita til annarra aðila um flutninga á umræddri siglingaleið. Þó væri ólíklegt að ný flutningafyrirtæki myndu hasla sér völl á umræddri siglingaleið vegna þáverandi ástands í íslensku efnahagslífi.

457. Í málinu er sem fyrr greinir til úrlausnar hvort Norður-Ameríkusamstarf áfrýjenda og Eimskips brjóti gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins á þeim grunni að samstarfið hafi haft það að markmiði að raska samkeppni. Til þess að samstarf keppinauta uppfylli umrætt markmiðsskilyrði verður að sýna fram á að það sé í eðli sínu nægilega skaðlegt samkeppni, sbr. meðal annars *dóm dómstóls ESB í máli C-98/17, Koninklijke Philips*, og *dóm EFTA-dómstólsins í máli E-3/16, Ski Taxi*, líkt og áður var rakið (sjá einnig kafla 4.2.1 hér að framan). Við mat á markmiðsskilyrðinu verður meðal annars að taka tillit til efnis og tilgangs viðkomandi samnings eða aðgerða keppinauta, svo og þess lagalega og efnahagslega samhengis sem um er að ræða. Þá verður að skýra markmiðsskilyrðið þröngt að því leyti að það taki eingöngu til aðgerða keppinauta sem eru í eðli sínu svo skaðlegar samkeppni að óhætt er að líta á þær sem brot gegn bannákvæðunum án þess að sýna þurfi fram á að þær hafi í raun raskað samkeppni. Verður vafi í þeim efnum virtur þeim í hag sem sakaður er um brot.

458. Fyrir liggur að viðskipti keppinauta í flutningaþjónustu eru ekki sjálfkrafa andstæð 10. gr. samkeppnislaga eða 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, þó að þau geti verið varhugaverð, ekki síst á fákeppnismörkuðum. Norður-Ameríkusamstarfið gerði áfrýjendum kleift að keppa að ákveðnu marki við Eimskip í beinum siglingum milli Íslands og Norður-Ameríku, en ella hefði Eimskip notið einokunarstöðu á þeirri siglingaleið. Verður heldur ekki litið fram hjá þeim sérstöku aðstæðum sem ríktu á flutningamörkuðum hér á landi í kjölfar efnahagshrunsins. Þá er til þess að líta að takmörkuð magnskuldbinding var fólgin í Norður-Ameríkusamstarfinu og höfðu áfrýjendur því verulegt svigrúm til þess að leita annarra lausna í Norður-Ameríkuflutningum. Þannig breytti

samstarfið því ekki að áfrýjendur héldu áfram úti eigin „Trans-Atlantic“ flutningum milli Íslands og Norður-Ameríku, og voru þeir flutningar töluvert umfangsmeiri á rannsóknartímabilinu en flutningar áfrýjenda með skipum Eimskips, en þeir síðarnefndu voru heldur ekki sérlega umfangsmiklir sem slíkir svo séð verði.

459. Að framangreindu virtu hefur ekki verið sýnt fram á það með haldbærum rökum og gögnum að Norður-Ameríkusamstarf áfrýjenda og Eimskips, og einstakir þættir þess, svo sem gámaumsýsla, hafi haft það að markmiði að raska samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Það að fyrirtækin hafi verið einu fyrirtækin sem buðu upp á flutningaþjónustu á umræddri siglingaleið breytir ekki þeirri niðurstöðu. Þá verður gagnstæð ályktun ekki dregin af undanþágubeiðnum áfrýjenda og Eimskips enda var þeim ætlað að eyða réttaróvissu um lögmæti samstarfsins. Af framangreindu leiðir jafnframt að ekki verður talið að áfrýjendum og Eimskip hafi verið óheimilt að eiga í nauðsynlegum samskiptum vegna gerðar samninga um Norður-Ameríkusamstarfið og framkvæmd þess að öðru leyti.

460. Samkvæmt öllu framangreindu verður hafnað þeirri niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar að samstarf áfrýjenda og Eimskips um flutninga milli Íslands og Norður-Ameríku hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins þegar ekki var í gildi undanþága vegna samstarfsins á rannsóknartímabilinu. Þá verður fallist á það með áfrýjendum að niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar að því er þessa flutninga varðar sé ósamrýmanleg þeirri framkvæmd Samkeppniseftirlitsins að láta þá átölulausa þótt þeim væri fram haldið án þess að undanþága væri í gildi, og láta hjá líða að afgreiða undanþágubeiðnir aðila vegna flutninganna með vísan til forgangsröðunar hjá stofnuninni. Þar sem umræddir flutningar verða samkvæmt framangreindu ekki virtir sem brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins er óþarft að víkja frekar að sjónarmiðum áfrýjenda er lúta að fyrrgreindu aðgerðaleyfi Samkeppniseftirlitsins.

10.3. Evrópuflutningar á grundvelli neyðarsamkomulagsins o.fl.

461. Samkvæmt gögnum málsins áttu áfrýjendur og Eimskip í gagnkvæmum sjóflutningsviðskiptum í Evrópu á grundvelli svonefnds neyðarsamkomulags fyrirtækjanna (sjá 16. kafla í hinni kærðu ákvörðun). Samkomulagið var gert á árinu 2001 og var það endurnýjað seint á árinu 2010 með lítils háttar breytingum. Neyðarsamkomulagið laut að því að fyrirtækin seldu hvort öðru tilfallandi flutningaþjónustu innan Evrópu á fyrir fram umsömdum verðum ef óviðráðanlegar orsakir höfðu í för með sér röskun á siglingaáætlun. Tillaga áfrýjenda, sem þeir settu fram á árinu 2008 varðandi útvíkkun neyðarsamkomulagsins í almennan „slot-samning“, náði ekki fram að ganga svo sem fyrr greinir. Samkvæmt framangreindu varð ekki teljandi breyting á gildissviði neyðarsamkomulagsins á rannsóknartímabilinu svo séð verði. Að auki áttu fyrirtækin í tilfallandi flutningsviðskiptum í Evrópu án þess að þau féllu beinlínis undir neyðarsamkomulagið. Í slíkum tilvikum var höfð hliðsjón af flutningsverðum samkvæmt umræddu neyðarsamkomulagi, en þó þannig að tekið var talsvert hærra verð fyrir þessa flutninga (svo sem tvöfalt neyðarsamkomulagsverð).
462. Í málinu liggur ekki annað fyrir en að umrædd flutningsviðskipti áfrýjenda og Eimskips í Evrópu, bæði neyðarflutningar og aðrir tilfallandi flutningar, hafi verið smávægileg að umfangi. Þá er ekki fram komið að umrædd viðskipti, þ.m.t. neyðarsamkomulagið sem slíkt, hafi haft að geyma ákvæði sem hafi falið í sér samkeppnishömlur. Samkvæmt því sem hér hefur verið rakið og með hliðsjón af tilgangi og eðli framangreindra viðskipta hefur ekki verið sýnt fram á það með haldbærum rökum og gögnum að þau hafi haft það að markmiði að raska samkeppni í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Verður þeirri niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar því hafnað.

10.4. Flutningar Jóna Transport

463. Á rannsóknartímabilinu átti áfrýjandi Jónar Transport hf., sem annaðist flutningsmiðlun, í ýmsum viðskiptum við Eimskip í sjóflutningum, sem komu til í tilvikum þar sem flutningskerfi Eimskips var talið falla best að þörfum viðskiptavina Jóna (sjá 16. kafla í hinni kærðu ákvörðun). Viðskipti Jóna og Eimskips fóru vaxandi á rannsóknartímabilinu vegna breytinga á siglingakerfi áfrýjenda um haustið 2008, en þau vörðuðu flutninga milli Íslands og annarra Evrópulanda og Norður-Ameríku. Þrátt fyrir það leiða gögn málsins ekki í ljós að viðskipti Jóna og Eimskips á rannsóknartímabilinu hafi verið umfangsmikil í samhengi við heildarflutninga áfrýjenda og Eimskips eða að viðskiptin hafi annars verið skaðleg samkeppni í eðli sínu, enda miðuðu þau að því að leita hagkvæmra lausna fyrir viðskiptavinum í flutningum. Hefur því ekki verið sýnt fram á það með haldbærum rökum og gögnum að viðskipti Jóna og Eimskips hafi eftir efni sínu og tilgangi haft það að markmiði að raska samkeppni í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Verður þeirri niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar því hafnað.

10.5. Landflutningar

464. Á rannsóknartímabilinu stunduðu áfrýjendur og Eimskip ýmis gagnkvæm viðskipti í landflutningum sem vikið er að í hinni kærðu ákvörðun (sjá 17. kafla í ákvörðuninni). Viðskiptin fólust meðal annars í því að fyrirtækin keyptu flutningaþjónustu af hvort öðru um stuttar vegalengdir milli svæðisbundinna afgreiðslustöðva annars vegar og endanlegra áfangastaða í fámennum þéttbýlum á Norðausturlandi hins vegar. Þessi viðskipti voru því takmörkuð við síðasta spölinn frá viðkomandi afgreiðslustöð til endanlegs áfangastaðar og tóku viðskiptin því til óverulegs hluta heildarflutningaleiðar. Einnig tíðkaðist að fyrirtækin flyttu ferskan fisk fyrir hvort annað milli Reykjavíkur og tiltekinna áfangastaða utan höfuðborgarsvæðisins þegar á þurfti að halda. Þá sömdu fyrirtækin við hvort annað um rekstur á fáeinum afgreiðslustöðvum á landsbyggðinni.

465. Í máli þessu liggur ekki annað fyrir en að viðskipti áfrýjenda og Eimskips í landflutningum hafi verið lítil að umfangi í samhengi við heildarflutninga fyrirtækjanna og að þau hafi miðað að því að bæta þjónustu við viðskiptavinum. Þá fólst ekki í viðskiptunum að fyrirtækin skiptu með sér viðskiptavinum. Með hliðsjón af því og tilgangi og eðli viðskiptanna að öðru leyti hefur ekki verið sýnt fram á það með haldbærum rökum og gögnum að viðskiptin hafi falið í sér skiptingu markaða eða á annan hátt haft það að markmiði að raska samkeppni í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Verður þeirri niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar því hafnað.

10.6. Gámaumsýsla

466. Svo sem lýst er í hinni kærðu ákvörðun áttu áfrýjendur og Eimskip í ýmsum samskiptum vegna umsýslu flutningsgáma bæði í sjó- og landflutningum (sjá 18. kafla í hinni kærðu ákvörðun). Jafnframt keyptu áfrýjendur flutning af Eimskip á gámum frá Reykjavík til Reyðarfjarðar vegna flutninga áfrýjenda fyrir Alcoa, eins og fyrr greinir. Þá áttu áfrýjendur og Eimskip í viðskiptum með gáma vegna Norður-Ameríkuflutninga fyrirtækjanna, líkt og áður var vikið að. Að öðru leyti áttu fyrirtækin í ýmsum tilfallandi viðskiptum og samskiptum vegna leigu og láns á flutningsgámum, þ.m.t. frystigámum.

467. Af því sem fram er komið í málinu verður ekki annað ráðið en að það sé alvanalegt í flutningastarfsemi að keppinautar á því sviði geti þurft að eiga í viðskiptum og samskiptum vegna umsýslu gáma af margvíslegum ástæðum, svo sem vegna óska eða þarfa viðskiptavina eða þegar gámar rata í rangar hendur fyrir mistök. Þegar framangreint er haft í huga verður ekki talið að í hinni kærðu ákvörðun séu færð viðhlítandi rök fyrir þeirri niðurstöðu að gámaviðskipti áfrýjenda og Eimskips hafi verið þannig vaxin að virða beri þau sem samfelld samráðsbrot á rannsóknartímabilinu, enda hefur ekki verið sýnt fram á að viðskiptin hafi haft það að markmiði að raska samkeppni (sjá einnig kafla 7.5 og 10.2 hér að framan). Verður þeirri niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar því hafnað.

10.7. Skipaafgreiðsla

468. Eins og áður greinir veitti Eimskip áfrýjendum þjónustu við lestun og losun skipa áfrýjenda í Mjóeyrarhöfn á Reyðarfirði (sjá 19. kafla í hinni kærðu ákvörðun). Eimskip sá um hafnarþjónustu í þeirri höfn á grundvelli samnings milli Eimskips og Alcoa frá árinu 2007, en áfrýjendur sinntu flutningum fyrir Alcoa frá höfninni samkvæmt flutningssamningi frá árinu 2007 sem var breytt haustið 2008 (sjá 7. kafla hér að framan). Vegna þessa tvíþætta fyrirkomulags sem átti rætur að rekja til ákvarðana Alcoa lá fyrir að áfrýjendur þurftu að kaupa hafnarþjónustu af Eimskip í Mjóeyrarhöfn sem nýttist um leið í þágu Alcoa. Ekkert liggur fyrir um að flutningar áfrýjenda fyrir Alcoa hefðu getað farið um aðra höfn en Mjóeyrarhöfn án aðkomu Eimskips að teknu tilliti til þess hvernig fyrrgreindum samningsskuldbindingum áfrýjenda og Eimskips gagnvart Alcoa var háttáð. Verður því lagt til grundvallar að áfrýjendur hefðu ekki átt raunhæfan kost á að annast flutninga fyrir Alcoa nema áfrýjendur nýttu jafnframt þjónustu Eimskips fyrir losun og lestun skipa í Mjóeyrarhöfn. Að þessu gættu og gögnum málsins að öðru leyti hafa ekki verið færð viðhlítandi rök fyrir því að umrædd viðskipti áfrýjenda og Eimskips vegna skipaafgreiðslu í Mjóeyrarhöfn hafi haft það að markmiði að raska samkeppni svo að þau verði virt sem brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Þeirri niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar verður því hafnað.

10.8. Samandregin niðurstaða

469. Samkvæmt því sem rakið hefur verið er ósannað að sú hagnýta samvinna og viðskipti áfrýjenda og Eimskips í flutningastarfsemi á rannsóknartímabilinu, sem vikið hefur verið að í þessum kafla úrskurðarins, hafi í eðli sínu verið skaðleg samkeppni þannig að uppfyllt séu skilyrði til að virða þau sem brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins svo sem lagt var til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun (sjá 16.–19. kafla hennar). Hefur þannig ekki verið sýnt fram á það með haldbærum rökum og gögnum að umrædd viðskipti eða tengd atvik verði heimfærð undir markmiðsskilyrði

bannákvæðanna, en skilyrðið verður að skýra þröngt fremur en rúmt. Þá er sem fyrr greinir ekki rökstutt með viðhlítandi hætti í hinni kærðu ákvörðun að umrædd viðskipti og samvinna hafi í raun leitt til röskunar á samkeppni.

470. Loks leiðir af öllu framangreindu að ekki reynir á þá málsástæðu áfrýjenda að 15. gr. samkeppnislaga, eins og ákvæðinu var breytt með lögum nr. 103/2020, skuli beitt með afturvirkum hætti við úrlausn málsins áfrýjendum í hag, á grundvelli meginreglunnar sem birtist í 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu og 1. mgr. 2. gr. almennra hegningarlaga (lex mitior). Þar sem 15. gr. samkeppnislaga varðar öðrum þræði refsinaemi ólögmeats samráðs hefði þó komið til greina að líta til ákvæðisins við úrlausn málsins, að því marki sem það gæti talist áfrýjendum til hagsbóta. Á það reynir þó ekki sem fyrr greinir.

11. Atvik í erlendri flutningastarfsemi

471. Í hinni kærðu ákvörðun er vikið að atvikum sem áttu sér stað í erlendri starfsemi áfrýjenda og fleiri fyrirtækja meðal annars í Noregi, Færeyjum og Hollandi (sjá 20. kafla ákvörðunarinnar). Meðal annars er gerð grein fyrir atvikum sem varða norska samstarfsfyrirtækið Silver Green sem stofnað var árið 2010 annars vegar af Silver Sea, norsku fyrirtæki sem áfrýjendur áttu helmingshlut í á móti öðrum hluthafa, og hins vegar af norska flutningafyrirtækinu Green Reefers. Eftir því sem ráðið verður af gögnum málsins var stofnun Silver Green tilkynnt norskum samkeppnisyfirvöldum á grundvelli þarlendra samkeppnislaga. Þrátt fyrir það var ekki aflað gagna frá norskum samkeppnisyfirvöldum við rannsókn Samkeppniseftirlitsins á atvikum er varða Silver Green. Auk þess verður ekki séð að leitast hafi verið við að afla sjónarmiða eða gagna frá þeim norsku fyrirtækjum sem eiga í hlut. Þá eru forsendur hinnar kærðu ákvörðunar ekki nægilega skýrar um það hvernig athafnir áfrýjenda, sem vikið er að í 20. kafla hennar og tengdust fyrst og fremst erlendum mörkuðum og snertu erlenda keppinauta, höfðu það að markmiði að raska samkeppni hér á landi, sbr. 3. og 10. gr. samkeppnislaga,

en framangreind atvik virðast að meginstefnu til falla undir lögsögu erlendra samkeppnisyrvalda. Með hliðsjón af framangreindu, þ.m.t. annmörkum á rannsókn og reifun þessa þáttar málsins, verður hafnað þeim niðurstöðum sem fram koma í 20. kafla hinnar kærðu ákvörðunar.

472. Á árinu 2016 lögðu hollensk samkeppnisyrvald sekt á áfrýjendur, Eimskip og tvö önnur fyrirtæki vegna samráðs á frystigeymslumarkaði þar í landi á árunum 2006-2009. Sú ákvörðun mun hafa verið staðfest af þarlandum áfrýjunardómstól í nóvember 2024 og liggur ekki annað fyrir en að sú niðurstaða sé endanleg. Þar sem háttsemin sem áfrýjendur voru sektaðir fyrir með umræddri ákvörðun hollenskra samkeppnisyrvalda fellur ekki undir gildissvið íslenskra samkeppnislaga samkvæmt 3. gr. þeirra verður ekki ráðið að hin kærða ákvörðun taki að einhverju leyti til sömu háttsemi áfrýjenda og þeim hefur þegar verið gerð refsing fyrir samkvæmt hollenskum lögum. Af þeim sökum verður ekki fallist á þá málsástæðu áfrýjenda að hin kærða ákvörðun brjóti gegn rétti þeirra til að sæta ekki endurtekinni málsmeðferð og refsingu fyrir sama brot.

12. Niðurstaða um brot gegn 19. gr. samkeppnislaga

12.1. Inngangur

473. Í 19. gr. samkeppnislaga er lögð víðtæk upplýsingaskylda á fyrirtæki í þágu rannsókna Samkeppniseftirlitsins, en sú skylda er veigamikill þáttur í því að tryggja skilvirkni slíkra rannsókna og stuðla að því að mál verði nægilega upplýst. Samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga er Samkeppniseftirlitinu heimilt að krefja fyrirtæki munnlega og skriflega um allar upplýsingar og gögn sem nauðsynleg þykja við athugun einstakra mála. Skal sá sem skyldan hvílir á láta gögn og upplýsingar af hendi innan hæfilegs frests sem stofnunin setur.

474. Í hinni kærðu ákvörðun voru áfrýjendur taldir hafa brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með rangri og ófullnægjandi upplýsingagjöf við rannsókn

málsins. Niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar um brot áfrýjenda gegn 19. gr. samkeppnislaga lýtur annars vegar að munnlegri upplýsingagjöf starfsmanna áfrýjenda við húsleit Samkeppniseftirlitsins hjá áfrýjendum 10. september 2013 og hins vegar skriflegum svörum áfrýjenda við upplýsingabeidni sem Samkeppniseftirlitið beindi til þeirra 29. janúar 2015. Úrlausnarefni málsins að þessu leyti er takmarkað við framangreinda upplýsingagjöf áfrýjenda.

475. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins er varðar brot áfrýjenda gegn upplýsinga-skyldu samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga er dregin saman í 23. kafla hinnar kærðu ákvörðunar, auk þess sem dregnar eru ályktanir um brot áfrýjenda gegn lagaákvæðinu á víð og dreif um ákvörðunina að öðru leyti. Þótt framsetning ákvörðunarinnar sé óskýr að þessu leyti verður ekki séð að sá annmarki hafi komið niður á málalíbúnaði áfrýjenda. Þar að auki verður vafi um inntak hinnar kærðu ákvörðunar virtur áfrýjendum í hag við úrlausn málsins.

12.2. Skrifleg upplýsingagjöf

476. Líkt og áður greinir var talið í hinni kærðu ákvörðun að áfrýjendur hafi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með ófullnægjandi viðbrögðum við upplýsinga-beidni Samkeppniseftirlitsins sem beint var til áfrýjenda 29. janúar 2015. Verður hin kærða ákvörðun skilin þannig að áfrýjendur séu taldir hafa brotið gegn liðum 6, 7 og 10 í upplýsingabeidninni með nánar tilteknum hætti. Þar sem úrlausn þessa þáttar málsins takmarkast við þá upplýsingagjöf áfrýjenda er óþarft að fjalla hér um athugasemdir áfrýjenda er varða upplýsingabeidnir Samkeppniseftirlitsins á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga að öðru leyti. Þá leiðir af þessu að áfrýjendur verða í málinu ekki taldir brotlegir við 19. gr. samkeppnislaga vegna ófullnægjandi skriflegrar upplýsingagjafar að öðru leyti en varðar liði 6, 7 og 10 í beiðninni frá 29. janúar 2015.
477. Í liðum 6, 7 og 10 í upplýsingabeidni Samkeppniseftirlitsins var mælt fyrir um að áfrýjendur skyldu láta af hendi gögn og upplýsingar um öll samskipti tilgreindra stjórnenda og starfsmanna áfrýjenda og Eimskips. Jafnframt skyldu

áfrýjendur afhenda alla samninga áfrýjenda og Eimskips, svo og drög að slíkum samningum auk tillagna og hugmynda um mögulegt samstarf fyrirtækjanna. Ekki verður fallist á það með áfrýjendum að umrædd fyrirmæli hafi verið óhóflega víðtæk eða óljós enda gat áfrýjendum ekki dulist hvert inntak þeirra var og áttu þau sér viðhlítandi stoð í 19. gr. samkeppnislaga. Þá lutu umrædd fyrirmæli að gögnum um samstarf og samskipti áfrýjenda við helsta keppinaut sinn sem áfrýjendum hefði að öllu eðlilegu átt að vera unnt að afhenda án mikillar fyrirhafnar. Með upplýsingabeidninni var áfrýjendum ekki heldur gert að taka saman eða útbúa gögn í víðtækari mæli en rúmast innan þeirrar athafnaskyldu sem 19. gr. samkeppnislaga leggur á fyrirtæki.

478. Í hinni kærðu ákvörðun eru tilgreind ýmis gögn og upplýsingar sem ekki var getið um í upplýsingagjöf áfrýjenda til Samkeppniseftirlitsins við rannsókn málsins. Þó að ákvörðunin sé ekki svo skýr sem skyldi að þessu leyti verður ráðið af henni að brot áfrýjenda gegn upplýsingaskyldu taki til þeirra atriða sem greinir í eftirfarandi töflu, einkum samskipti áfrýjenda og Eimskips:

Efnisatriði og gögn	Tilvísun í ákvörðun
Samskipti í apríl 2008	Kafla 6.7.3.1, liður 1167
Upplýsingar um tölvupósthólf S1	Kafla 7.7.2, liður 1879
Fundur 6. júní 2008	Kafla 8.13.3, liður 2295
Fundur í Rotterdam í júní 2008	Kafla 8.2.3, liður 1932
Fundur 25. júní 2008	Kafla 8.2.4, liður 1950
Fundur 4. júlí 2008	Kafla 8.7, liður 2021
Samskipti í júní og júlí 2008	Kafla 8.8, liður 2033
Minnisblað 7. og 9. júlí 2008	Kafla 8.9.5.2, liður 2133
Glærुकynning S2 14. júlí 2008	Kafla 8.10.1, liður 2177
Skjöl S13 til S2 24. júlí 2008	Kafla 8.13.1, liður 2274
Fundur 25. júlí 2008	Kafla 8.13.3, liður 2295
Fundur 11. ágúst 2008	Kafla 8.15.3, liður 2396
Fundur 14. ágúst 2008	Kafla 8.15.6, liður 2430
Samskipti 28. ágúst 2008	Kafla 8.15.10, liður 2551

Fundur 5. september 2008	Kafli 8.16.2.3, liður 2647
Samskipti 8. september 2008	Kafli 8.16.4, liður 2717
Fundur 9. september 2008	Kafli 8.16.4, liður 2724
Fundur 17. september 2008	Kafli 8.16.7, liður 2851
Gámaleigusamningur (drög)	Kafli 8.17.6, liður 3091
Fundur 6. október 2008	Kafli 8.17.5, liður 2998
Samskipti 15. og 16. október 2008	Kafli 11.12.5, liður 4658
Útvíkkað neyðarsamkomulag (drög)	Kafli 8.19.5, liður 3254
Fundur 22. október 2008	Kafli 9.4.1, liður 3368
Fundur 4. desember 2008	Kafli 10.5.1, liður 4038
Fundur 23. desember 2008	Kafli 10.5.2, liður 4081
Fundur 7. janúar 2009	Kafli 10.6.1, liður 4166
Verkefnalisti 20. janúar 2009	Kafli 14.1.3, liður 5545
Fundur í byrjun október 2010	Kafli 14.33.2, liður 6967
Fundur 11. október 2010	Kafli 14.33.4, liður 6987
Fundur 2. nóvember 2010	Kafli 14.33.5, liður 7042
Fundur 8. nóvember 2010	Kafli 14.25.2, liður 6635
Fundur 11. nóvember 2010	Kafli 14.33.7, liður 7099
Fundur 24. nóvember 2010	Kafli 14.33.8, liður 7128
Fundur 25. nóvember 2010	Kafli 14.33.10, liður 7148
Fundur 9. desember 2010	Kafli 14.33.14, liður 7205
Fundur 9. mars 2011	Kafli 14.37.3, liður 7801
Fundur 29. desember 2011	Kafli 14.39.3, liður 8114
Fundur 20. janúar 2012	Kafli 23.4.2, liður 11187
Fundur 18. október 2012	Kafli 14.54.1, liður 8693
Fundur 18. desember 2012	Kafli 14.54.5, liður 8738
Fundur 17. maí 2013	Kafli 23.4.2, liður 11187

479. Áður var vikið að fundi forsvarsmanna áfrýjenda og Eimskips 6. júní 2008 sem laut að verkefninu „Nýtt upphaf“ (sjá 6. kafla hér að framan). Fyrir liggur að áfrýjendur upplýstu ekki um fundinn í upphaflegum svörum þeirra til Samkeppniseftirlitsins sem áfrýjendur veittu 10. apríl 2015. Samkeppniseftirlitið ítrekaði upplýsingabeiðni sína 25. nóvember 2015 og veittu þá

áfrýjendur skriflegar upplýsingar um umræddan fund í bréfi 14. janúar 2016. Þar var greint frá því að S2 minntist þess að hafa átt fund með forsvarsmönnum Eimskips á vormánuðum 2008 vegna áhuga áfrýjenda á mögulegum kaupum á erlendum eignum af Eimskip, en þær þreifingar hefðu ekki leitt til neinna viðskipta milli þeirra. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins 18. október 2017 var þess síðan krafist að áfrýjendur veittu ítarlegri upplýsingar um umræddan fund. Áfrýjendur urðu við því með bréfi 24. nóvember 2017 þar sem áfrýjendur upplýstu að hann hefði tengst áhuga þeirra á að kaupa hluti Eimskips í erlendu fyrirtækjunum Containerships og Daalimpex. Þá kom fram í bréfi áfrýjenda að S1, S2, E1 og E2 hefðu setið fundinn og að hann hefði „ekki leitt til frekari fundarhalda eða viðræðna um hugsanleg kaup“. Þótt ekkert hafi orðið af slíkum kaupum liggur fyrir að áfrýjendur og Eimskip áttu í ýmsum samskiptum eftir 6. júní 2008 um málefni umræddra erlendra félaga (sjá kafla 6.5.2 hér að framan). Með hliðsjón af því voru ekki veittar réttar upplýsingar í svari áfrýjenda 24. nóvember 2017. Samkvæmt framangreindu verður staðfest sú niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar að upplýsingagjöf áfrýjenda um fundinn 6. júní 2008 hafi verið ófullnægjandi og því brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga. Þá fól það í sér brot gegn ákvæðinu að áfrýjendur afhentu ekki gögn sem lutu að undirbúningi fundar áfrýjenda og Eimskips 25. júlí 2008 sem áður var vikið að. Upplýsingaskylda hvað varðar þann fund laut að gögnum sem voru til án tillits til rannsóknar málsins (sjá kafla 6.4 hér á undan). Breytir jafnframt engu um skyldu áfrýjenda til að afhenda gögn sem lutu að undirbúningi fundarins þó að þeir mótmæli því sem ósönnuðu að umræddur fundur hafi verið haldinn, svo sem þeir hafa gert. Áfrýjendur teljast þó ekki hafa brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga hvað varðar afhendingu á glærुकyningunni „Nýtt upphaf“ sem vistuð var hjá Eimskip í júní 2008, enda liggur ekki fyrir að það skjal hafi verið í vörslum áfrýjenda.

480. Áfrýjendur hafa að öðru leyti ekki sýnt fram á það með haldbærum rökum að þeim hafi verið ófært að sinna upplýsingaskyldu hvað varðar þau samskipti við Eimskip sem lýst er hér að framan. Verður því að telja að áfrýjendum, sem

eru stórt alþjóðlegt fyrirtæki, hafi verið í lófa lagið að haga málum með þeim hætti að haldið væri tryggilega utan um öll gögn um fundi og önnur samskipti við Eimskip og aðra keppinauta á rannsóknartímabilinu með tilliti til þeirrar upplýsingaskyldu sem á þá er lögð með 19. gr. samkeppnislaga.

481. Vegna sjónarmiða áfrýjenda um þagnarrétt sem varinn er af 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, ber að geta þess að sá réttur hefur ekki verið talinn girða fyrir að lagaskylda sé lögð á fyrirtæki um að afhenda gögn sem eru þegar til við rannsókn samkeppnisyfirvalda, sbr. *dóm Hæstaréttar í máli nr. 26/2020*. Er áðurgreind niðurstaða um brot áfrýjenda gegn 19. gr. samkeppnislaga ekki ósamrýmanleg þagnarrétti áfrýjenda, enda er niðurstaðan eingöngu reist á því að áfrýjendur hafi brotið gegn ákvæðinu með því að láta ekki af hendi tiltekin gögn og upplýsingar sem lágu fyrir hjá áfrýjendum þegar rannsóknin hófst. Þá fela umrædd brot áfrýjenda gegn 19. gr. samkeppnislaga ekki sjálfkrafa í sér ályktun um að áfrýjendur hafi gerst sekir um samráðsbrot. Samkvæmt öllu framangreindu verður ekki talið að áfrýjendur hafi fært viðhlítandi rök fyrir málsástæðu sinni sem lýtur að þagnarrétti þeirra og hróflar sá réttur því ekki við niðurstöðu málsins hvað varðar brot áfrýjenda gegn 19. gr. samkeppnislaga.

482. Með vísan til alls framangreinds verður staðfest niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar um brot áfrýjenda gegn upplýsingaskyldu samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga hvað varðar þau atriði sem tilgreind hafa verið.

12.3. Munnleg upplýsingagjöf

483. Samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga er Samkeppniseftirlitinu heimilt að krefja fyrirtæki um upplýsingar hvort heldur sem er skriflega eða munnlega. Í ákvæðinu kemur ekki fram að munnlegra upplýsinga verði einungis krafist úr hendi þeirra sem gegna stöðum æðstu stjórnenda í því fyrirtæki sem á í hlut. Af þessum sökum verður ekki fallist á það sjónarmið áfrýjenda að fyrirtæki geti samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga eingöngu borið ábyrgð á munnlegum

upplýsingum sem stafa frá æðstu stjórnendum viðkomandi fyrirtækis, enda geta lægra settir starfsmenn einnig annast slíka upplýsingagjöf í umboði fyrirtækisins og þannig komið fram fyrir hönd þess gagnvart Samkeppniseftirlitinu. Verður hugtakið fyrirsvarsmaður í 2. mgr. 42. gr. a samkeppnislaga skýrt til samræmis við gildissvið 19. gr. samkeppnislaga að þessu leyti.

484. Eins og áður greinir tók Samkeppniseftirlitið munnlegar skýrslur af fjórum starfsmönnum áfrýjenda samtímis húsleit hjá fyrirtækinu 10. september 2013 (S2, S6, S9 og S14) og af einum starfsmanni áfrýjenda 17. sama mánaðar (S8). Endurrit skýrslanna liggja fyrir í málinu. Af þeim verður ráðið að skýrslurnar voru knappar og yfirborðskenndar enda voru þær spurningar sem beint var til skýrslugjafa almennar og lítt afmarkaðar, svo sem helgaðist af því að rannsóknin var á frumstigi. Þá liggur fyrir að Samkeppniseftirlitið bar endurrit skýrslanna ekki undir áfrýjendur á síðari stigum rannsóknarinnar til að gefa þeim færi á að leiðrétta eða bæta við þær, svo sem rétt hefði verið ef umræddar frumskýrslur voru taldar geta haft þýðingu fyrir rannsóknina. Með hliðsjón af því sem hér hefur verið rakið verður ekki fallist á það með Samkeppniseftirlitinu að skýrsla S2 við húsleitina hafi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga þótt S2 hafi ekki upplýst um fund áfrýjenda og Eimskips sem átti sér stað 6. júní 2008 eða meira en fimm árum fyrir húsleitina. Jafnframt verður það ekki virt sem brot gegn ákvæðinu að S2 hafi gefið stutta og ónákvæma lýsingu á samskiptum hans við E2, meðal annars „á fjölmennum samkomum“, en S2 var ekki inntur eftir frekari upplýsingum um þetta atriði við skýrslutökuna. Af framangreindu leiðir að skýrslugjöf S2 við húsleitina verður ekki talin hafa brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga, að öðru leyti en því að talið verður að S2 hafi borið að upplýsa um símtal sem hann átti við E7 þennan sama dag, eftir að húsleit var hafin hjá áfrýjendum. Þá verður ekki talið að munnlegar skýrslur S6, S9 og S14 við húsleitina hafi falið í sér brot gegn ákvæðinu að teknu tilliti til efnis þeirra og þess sem áður var rakið um framkvæmd skýrslutaka við húsleitina. Hið sama á við um munnlega skýrslu sem S8 veitti viku eftir húsleitina enda var hún að öðru leyti sama marki brennd og hinar skýrslurnar.

485. Með vísan til framangreinds verður hafnað þeirri niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar að munnleg skýrslugjöf af hálfu áfrýjenda við húsleitina og í kjölfar hennar hafi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga, að frátöldu einu atriði í skýrslu S2 sem áður getur. Á hinn bóginn var skriflegri upplýsingagjöf áfrýjenda við rannsóknina verulega áfátt eins og áður greinir. Viðurlög fyrir brot áfrýjenda gegn 19. gr. samkeppnislaga koma til skoðunar í næsta kafla.

13. Viðurlög og fyrirmæli

13.1. Yfirlit yfir helstu niðurstöður

486. Hér að framan hefur því verið slegið föstu að áfrýjendur hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins með margþættu og langvarandi ólögmætu samráði við Eimskip á rannsóknartímabilinu. Þar á meðal var um að ræða samráð fyrirtækjanna á árinu 2008 með verkefninu „Nýtt upphaf“ sem hófst í júní 2008 og hafði það að markmiði að raska samkeppni, auk samráðs sem laut að breytingum á siglingakerfi Eimskips sem komu til framkvæmda í lok júlí sama ár (sjá 6. og 7. kafla úrskurðarins). Þá er sannað að fyrirtækin hafi viðhaft markaðsskiptingu („frið“) sem fól í sér að þau forðuðust að keppa um mikilvæga viðskiptavinum hvors annars, en sú háttsemi stóð yfir á árunum 2009–2012 (sjá 8. kafla úrskurðarins). Þá höfðu fyrirtækin með sér samráð um nánar tilgreind verðlagsmálefni og önnur viðkvæm samkeppnismálefni (sjá einkum 9. kafla úrskurðarins). Loks er um að ræða brot áfrýjenda gegn 19. gr. samkeppnislaga vegna ófullnægjandi upplýsingagjafar við rannsókn málsins (sjá 12. kafla úrskurðarins).

487. Í úrskurði þessum hefur hluta af niðurstöðum hinnar kærðu ákvörðunar verið hafnað, þar á meðal um samráðsbrot í tengslum við breytingar á siglingakerfi áfrýjenda og flutningsviðskipti við Alcoa um haustið 2008 (sjá 7. kafla úrskurðar þessa). Jafnframt hefur ekki verið fallist á niðurstöður hinnar kærðu ákvörðunar í þá veru að ýmis gagnkvæm viðskipti áfrýjenda og Eimskips á rannsóknartímabilinu vegna sjó- og landflutninga, gámaumsýslu og skipa-

afgreiðslu hafi falið í sér brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins (sjá 10. kafla úrskurðarins). Allt að einu er það niðurstaða málsins að staðfesta beri hina kærðu ákvörðun um veigamestu þætti hennar sem áður hefur verið gerð grein fyrir. Af því leiðir jafnframt að áfrýjendur hafa ekki fært haldbær rök fyrir aðalkröfu sinni um að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi að öllu leyti og verður henni því hafnað. Eftir stendur að leysa úr varakröfum áfrýjenda sem lúta meðal annars að því að ógilda beri sektar-ákvæði hinnar kærðu ákvörðunar vegna fyrningar.

488. Samkvæmt framangreindu áttu samráðsbrot áfrýjenda sér stað á fjögurra og hálfis árs tímabili, eða frá júní 2008 („Nýtt upphaf“) til ársloka 2012 (þegar „friðnum“ lauk samkvæmt hinni kærðu ákvörðun, sjá einnig 5., 6. og 8. kafla hér að framan). Samkvæmt því verður samráðið ekki talið hafa náð til lokaárs rannsóknartímabilsins, 2013, en á því ári jókst samkeppni milli áfrýjenda og Eimskips um mikilvæga viðskiptavini samhliða bættum efnahagshorfum svo sem lýst er í hinni kærðu ákvörðun. Að mati áfrýjunarnefndarinnar standa skilyrði til að virða samráðsbrot áfrýjenda sem voru fólgin í markaðsskiptingu um mikilvæga viðskiptavini („friðinn“) á árunum 2009–2012 sem eitt samfellt brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Hið sama á við um brot áfrýjenda sem tengjast framkvæmd verkefnisins „Nýtt upphaf“ á árinu 2008, þ.m.t. samráð vegna siglingakerfis Eimskips í júlí 2008. Þar sem framangreindum brotum sleppir verða önnur samráðsbrot áfrýjenda, sem virðast mörg hver vera tilviljanakennd (sjá einkum 9. kafla hér að framan), ekki talin vera nægilega samtengd þannig að þau verði virt sem eitt samfellt brot. Þetta hefur þó ekki þýðingu fyrir niðurstöðu um fyrningu eins og atvikum málsins er háttað (sjá einnig kafla 13.2 hér á eftir).

489. Við úrlausn málsins hefur sérstaklega verið litið til þess að Eimskip hefur viðurkennt þátt sinn í framangreindum samráðsbrotum í sátt fyrirtækisins við Samkeppniseftirlitið 16. júní 2021. Viðurkenning Eimskips á samráði við áfrýjendur setur óneitanlega mark sitt á sönnunarstöðu málsins gagnvart

áfrýjendum. Það dregur þó úr sönnunargildi sáttarinnar að hún er almennt orðuð og hefur að geyma takmarkaða lýsingu á brotunum sem viðurkennd eru. Þá er til þess að líta að sáttin ræður ekki ein og sér úrslitum við úrlausn um sönnun brota áfrýjenda, heldur rennir hún frekari stoðum undir ályktanir sem dregnar verða af samtímagögnum.

490. Í hinni kærðu ákvörðun eru samráðsbrot áfrýjenda heimfærð jöfnum höndum undir bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, sbr. 1. mgr. 26. gr. samkeppnislaga. Svo sem rakið er í *dómi Hæstaréttar í máli nr. 42/2019* er beiting 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins háð því skilyrði að samráð keppinauta hafi haft áhrif á EES-svæðinu. Umrætt skilyrði verður talið uppfyllt ef nægar líkur eru leiddar að því að samningar eða samstilltar aðgerðir geti haft bein eða óbein, raunveruleg eða hugsanleg, áhrif á mynstur viðskipta milli EES-ríkjanna. Nægilegt er að brot séu til þess fallin að hafa slík áhrif hvort sem þau koma í raun fram eða ekki. Með vísan til málavaxta og eðlis þeirra markaða og þjónustu sem samráðsbrot áfrýjenda tóku til hafa nægar líkur verið leiddar að því að samráðið hafi verið til þess fallið að hafa áhrif á viðskipti milli aðila EES-samningsins. Er því fallist á þá niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar að 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins skuli beitt samhliða 10. gr. samkeppnislaga í málinu. Að öðru leyti vísast til lagasjónarmiða í hinni kærðu ákvörðun sem lúta að umræddu ákvæði EES-samningsins.

13.2. Fyrning

491. Áfrýjendur byggja á því að Samkeppniseftirlitið hafi brostið heimild til að leggja á stjórnvaldssekt vegna brota gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins þar sem frestur til þess samkvæmt 37. gr. a laganna hafi verið runninn út þegar hin kærða ákvörðun var tekin. Í 37. gr. a samkeppnislaga, sem sett var með lögum nr. 52/2007, er mælt fyrir um að heimild Samkeppniseftirlitsins til að leggja á stjórnvaldssektir vegna brota gegn samkeppnislögum falli niður þegar sjö ár eru liðin frá því að háttsemi lauk. Í lögskýringargögnum með lögum nr. 52/2007 er rakið að ákvæðið feli í

sér fyrningarfrest, en þó aðeins að því er varðar heimild Samkeppniseftirlitsins til að leggja á stjórnvaldssekt. Af því leiðir að þótt fresturinn renni út kemur það ekki í veg fyrir að Samkeppniseftirlitið fjalli efnislega um mál og leysi úr því hvort tiltekin háttsemi hafi falið í sér brot gegn samkeppnislögum. Meðal annars kann að vera tilefni fyrir Samkeppniseftirlitið til að grípa til aðgerða á grundvelli 16. gr. laganna þó að sektum yrði ekki beitt.

492. Ágreiningslaust er að fyrningarfrestur samkvæmt 37. gr. a samkeppnislaga var rofinn þegar Samkeppniseftirlitið hóf rannsókn á máli þessu. Að því er varðar þau brot sem sönnuð eru í málinu rofnaði fresturinn því 10. september 2013 þegar Samkeppniseftirlitið gerði húsleit hjá áfrýjendum. Fyrstu brot áfrýjenda sem mál þetta lýtur að voru framin á árinu 2008 og var því ekkert brotanna fyrnt þegar fresturinn var rofinn. Áfrýjendur byggja á hinn bóginn á því að skýra beri 37. gr. a samkeppnislaga á þá leið að rof frestsins á árinu 2013 hafi þegar í stað leitt til upphafs nýs sjö ára fyrningarfrests og að sá frestur hafi runnið út áður en hin kærða ákvörðun var tekin á árinu 2023.

493. Ákvæði 2. mgr. 37. gr. a samkeppnislaga hljóðar svo:

„Frestur skv. 1. mgr. rofnar þegar Samkeppniseftirlitið tilkynnir aðila um upphaf rannsóknar á meintu broti eða þegar framkvæmd er leit á starfsstað fyrirtækis eða samtaka fyrirtækja á grundvelli 20. gr. Rof frests hefur réttaráhrif gagnvart öllum sem staðið hafa að broti.“

494. Í athugasemdum við ákvæðið í greinargerð með frumvarpinu sem varð að lögum nr. 52/2007 segir meðal annars svo:

„Í 2. mgr. er kveðið á um að upphafsáðgerðir Samkeppniseftirlitsins vegna rannsóknar máls rjúfi fyrningu, þ.e. tilkynning til aðila um upphaf rannsóknar á meintu broti eða þegar framkvæmd er leit á starfsstað fyrirtækis eða samtaka fyrirtækja á grundvelli 20. gr. samkeppnislaga. Reglan á sér hliðstæðu í 4. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga. Svipuð ákvæði er einnig að finna í 25. gr. reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003. [...]"

495. Orðalag 37. gr. a samkeppnislaga tekur ekki af skarið um hvaða regla gildi um fyrningarfrestinn eftir að hann hefur verið rofinn. Í fyrrgreindum athugasemdum er þó vísað til þess að ákvæðið sé „hliðstætt“ 4. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Það ákvæði hegningarlaganna felur í sér þá reglu að þegar fyrningarfrestur vegna brots hefur verið rofinn með rannsókn á hendur sakborningi fyrnist brotið að jafnaði ekki meðan það er til rannsóknar hjá lögreglu og henni er fram haldið án óhæfilegra tafa. Með öðrum orðum liggur fyrningarfresturinn niðri á meðan rannsókn lögreglu stendur yfir og eftir atvikum meðferð sakamáls fyrir dómstólum. Þá er til þess að líta að fyrir gildistöku sérreglu um fyrningu í 37. gr. a samkeppnislaga var beitt reglum almennra hegningarlaga um sakarfyrningu við úrlausn um fyrningu brota gegn samkeppnislögum, hvað varðar heimild til álagningar stjórnvaldssektar, sbr. *dóm Hæstaréttar í máli nr. 278/2015*. Enn fremur má geta *dóms Hæstaréttar í máli nr. 25/2024*, þar sem miðað var við að ítrekunaráhrif vegna brots gegn samkeppnislögum féllu brott að liðnum fresti sem greinir í 3. mgr. 71. gr. almennra hegningarlaga, enda hefðu ákvæði samkeppnislaga ekki að geyma sérreglu um það atriði.

496. Með vísan til framangreinds, þ.m.t. ummæla í lögskýringargögnum með lögum nr. 52/2007, standa rök til þess að hafa hliðsjón af 4. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga við skýringu á 2. mgr. 37. gr. a samkeppnislaga, að því er varðar réttaráhrif fyrningarrofs. Samkvæmt því verður að líta svo á að rof sjö ára frests samkvæmt ákvæðinu hafi í för með sér að fresturinn hætti að líða á meðan rannsókn Samkeppniseftirlitsins stendur yfir. Þó er ekki útilokað að gera verði undantekningu frá þeirri reglu við sérstakar aðstæður, svo sem ef rannsókn máls stöðvast og liggur niðri um hríð án þess að málsaðila verði um það kennt, en slíkum aðstæðum er ekki til að dreifa í máli þessu. Fyrrgreind skýring á 2. mgr. 37. gr. a samkeppnislaga fær einnig stoð í meginreglum Evrópuréttar um skilvirka beitingu samkeppnisreglna, en það samrýmist ekki sjónarmiðum um skilvirkni að fyrningarfrestir í landsrétti séu svo fortakslausir að ekki sé unnt að viðhalda fyrningarrofi á meðan mál er til rannsóknar, sbr.

til hliðsjónar *dóm yfirdeildar dómstóls ESB í máli C-605/21, Heureka Group gegn Google*. Þá verður að gæta að því að áfrýjendur njóta annarra raunhæfra réttarúrræða til að bregðast við mögulegum drætti á rannsókn Samkeppniseftirlitsins (sjá einnig kafla 13.3 hér á eftir).

497. Í athugasemdum við 37. gr. a samkeppnislaga, sbr. lög nr. 52/2007, er tekið fram að „[s]vípuð ákvæði“ sé að finna í 25. gr. reglugerðar EB nr. 1/2003, en síðarnefnda ákvæðið hefur að geyma reglur um fyrningu viðurlaga sem framkvæmdastjórn ESB leggur á vegna brota gegn samkeppnisreglum ESB. Þessi lauslega tilvísun til 25. gr. reglugerðar EB í athugasemdum við 37. gr. a samkeppnislaga verður ekki talin haggja við þeim ályktunum sem áður greinir um skýringu ákvæðisins, þ.m.t. hvað varðar þýðingu 4. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga. Þá lýtur umrædd 25. gr. reglugerðar EB ekki að samræmingu fyrningarreglna í landslögum einstakra aðildarríkja á sviði samkeppnisréttar, en þær eru með ýmsu móti.

498. Samkvæmt framangreindu er það niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar að sjö ára frestur til að leggja á stjórnvaldssekt vegna brota áfrýjenda hafi verið rofinn með rannsókn Samkeppniseftirlitsins og að fresturinn hafi legið niðri meðan rannsóknin stóð yfir, sbr. 37. gr. a samkeppnislaga. Er því ekki fallist á það sjónarmið áfrýjenda að nýr frestur hafi hafist og runnið út áður en hin kærða ákvörðun var tekin. Verður því hafnað málsástæðu áfrýjenda um að heimild Samkeppniseftirlitsins til álagningar stjórnvaldssektar vegna brota áfrýjenda hafi verið fallin niður vegna fyrningar.

13.3. Krafa um mildun á viðurlögum vegna málsmeðferðartíma

499. Áfrýjendur byggja á því til stuðnings varakröfu og þrautavarakröfu sinni að rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi tekið svo langan tíma að það eigi að leiða til niðurfellingar eða verulegrar lækkunar á stjórnvaldssekt vegna samráðsbrota áfrýjenda. Með vísan til framkvæmdar EFTA-dómstólsins, þ.m.t. *dóma hans í málum E-15/10 (Posten Norge)* og *E-12/20 (Telenor)*, sem líta ber til

við beitingu ákvæða samkeppnislaga og samkeppnisreglna EES-samningsins, verður fallist á það með áfrýjendum að óhæfilegur dráttur á málsmeðferð samkeppnisyfirvalda geti eftir atvikum leitt til lækkunar sekta vegna brota gegn samkeppnisreglum, sbr. einnig 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Á hinn bóginn verður að taka tillit til þess sjónarmiðs, sem á sér stoð í dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu, að fyrirtæki njóti ekki jafn ríkrar réttindaverndar að þessu leyti og einstaklingar sem sæta ákæru fyrir refsiverða háttsemi í hefðbundnu refsímáli, sbr. til hliðsjónar *dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli nr. 5556/10, SA-Capital Oy gegn Finnlandi*. Með hliðsjón af framangreindu verður leyst úr því hér í kjölfarið hvort stjórnvaldssekt vegna samráðsbrota áfrýjenda skuli felld niður eða lækkuð vegna langs málsmeðferðartíma Samkeppniseftirlitsins.

500. Svo sem áður var rakið fóru húsleitir fram hjá áfrýjendum og Eimskip á árunum 2013 og 2014 og birti Samkeppniseftirlitið þeim síðan andmælaskjöl á árunum 2018 og 2019, sem fyrirtækin brugðust við með umfangsmiklum athugasemdum á árinu 2020. Samkeppniseftirlitið hélt síðan rannsókninni áfram, gagnvart báðum fyrirtækjunum þar til Eimskip gerði sátt um mitt ár 2021, en eftir það gagnvart áfrýjendum einum. Rannsókninni lauk svo rúmlega tveimur árum síðar með hinni kærðu ákvörðun 31. ágúst 2023.

501. Áfrýjendur byggja á því að rannsókn málsins hafi hafist gagnvart þeim 29. mars 2010, þegar Samkeppniseftirlitið beindi til þeirra kröfu um tilgreindar upplýsingar með stoð í 19. gr. samkeppnislaga í tengslum við rannsókn á mögulegum brotum áfrýjenda, Eimskips og fleiri fyrirtækja gegn 10. og 11. gr. samkeppnislaga á landflutningamarkaði. Sú rannsókn var síðan sameinuð þeirri rannsókn sem hófst með húsleitum hjá áfrýjendum og Eimskip 10. september 2013. Um þetta er til þess að líta að eldri rannsókn Samkeppniseftirlitsins vegna mögulegra brota áfrýjenda á landflutningamarkaði var í verulegum atriðum frábrugðin þeirri rannsókn sem hófst um haustið 2013 og var mun umfangsmeiri en eldri rannsóknin hvað varðar skilgreinda markaði,

ætluð brot og gagnaöflun. Við úrlausn um sjónarmið áfrýjenda varðandi málshraða verður því miðað við að rannsókn málsins hafi að meginstefnu hafist gagnvart áfrýjendum með húsleitinni 10. september 2013 að því er varðar meginþætti málsins. Þrátt fyrir það verður einnig tekið nokkurt tillit til eldri rannsóknarinnar við úrlausn um hvort málsmeðferðartíminn í heild hafi verið of langur, enda voru rannsóknirnar sameinaðar.

502. Með 1. og 2. mgr. 42. gr. samkeppnislaga er Samkeppniseftirlitinu falið að taka ákvörðun um hvort ætluð refsiverð brot einstaklinga gegn ákvæðum laganna skuli kærð til lögreglu í ljósi grófleika ætlaðs brots og réttarvörslu-sjónarmiða, sbr. *dóm Hæstaréttar í máli nr. 844/2014*. Þá er kveðið á um það í 5. og 6. mgr. 42. gr. laganna að stofnunin og lögregla geti haft með sér samstarf í þágu rannsókna þeirra. Í máli þessu háttar svo til að Samkeppniseftirlitið kærði til lögreglu samtals 17 einstaklinga vegna gruns um refsiverð brot þeirra í tengslum við atvik málsins, með þremur kærum á árunum 2014, 2016 og 2018. Á árinu 2014 hóf embætti sérstaks saksóknara, síðar embætti héraðssaksóknara, rannsókn vegna fyrstu kærunnar og tók embættið skýrslur af fjórum sakborningum í maí 2018 (S2, E2, S5 og E4). Embættið hafði samstarf við Samkeppniseftirlitið um framkvæmd á þeim skýrslutökum og aðra þætti rannsókna. Framangreindri lögreglurannsókn var síðan hætt í lok árs 2024 vegna fyrningar ætlaðra brota (sjá einnig kafla 1.2.2 hér að framan).

503. Þegar litið er til framangreinds er ekkert fram komið sem gefur tilefni til að ætla að vinna Samkeppniseftirlitsins í tengslum við lögreglurannsóknina, þar á meðal ritun á kærum, hafi tafið fyrir meðferð stjórnsýslumálsins gagnvart áfrýjendum. Aftur á móti komu fram ný gögn í lögreglurannsókninni sem höfðu þýðingu fyrir rannsókn Samkeppniseftirlitsins, einkum skýrslur sem teknar voru af sakborningum, í samræmi við tilgang 42. gr. samkeppnislaga. Verður því ekki fallist á sjónarmið áfrýjenda hvað þetta varðar.

504. Þá verður ekki fallist á það sjónarmið áfrýjenda að rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi ekki verið nægilega afmörkuð í upphafi og að það hafi valdið drætti á henni. Samkeppniseftirlitið hafði forræði á rannsókninni og er ekkert sem gefur tilefni til að ætla að henni hafi ekki verið beint í réttan farveg í upphafi miðað við þær upplýsingar sem stofnunin bjó yfir. Er heldur ekkert sem bendir til þess að óeðlilegur dráttur hafi orðið á greiningu og úrvinnslu á þeim gögnum sem aflað var við húsleitir hjá áfrýjendum og Eimskip.
505. Áður var vikið að brotum áfrýjenda gegn upplýsingaskyldu samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga, en brotin voru til þess fallin að hindra að málið upplýstist og tefja þannig rannsókn Samkeppniseftirlitsins (sjá 12. kafla hér að framan og 23. kafla hinnar kærðu ákvörðunar). Vegna þeirrar háttsemi áfrýjenda er síður ástæða til að fallast á þá málsástæðu þeirra að stjórnvaldssekt skuli lækkuð vegna lengdar rannsóknarinnar. Þá hafa áfrýjendur ekki fært viðhlítandi rök fyrir því sjónarmiði að upplýsingabeidnir sem Samkeppniseftirlitið beindi til áfrýjenda á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga hafi verið svo víðtækar að það hafi leitt til tafa á meðferð málsins sem áfrýjendum verði ekki um kennt. Er ekkert fram komið í málinu sem bendir til annars en að áfrýjendur hafi haft alla burði til að standa skil á upplýsingum á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga með skilvirkum hætti og stuðla þannig að skjótari framgangi rannsóknarinnar. Þá verður hafnað því sjónarmiði áfrýjenda að upplýsingabeidnir Samkeppniseftirlitsins hafi vegna umfangs þeirra eða af öðrum ástæðum verið andstæðar lögum eða meðalhófsreglu. Er ekkert fram komið sem gefur tilefni til annarrar ályktunar en að upplýsingabeidnirnar hafi lotið að upplýsingum sem höfðu þýðingu fyrir rannsóknina og að inntak beiðnanna hafi að öðru leyti verið lögmætt og málefnalegt (sjá einnig 12. kafla úrskurðarins). Verður því ekki talið að atriði varðandi upplýsingaöflun Samkeppniseftirlitsins á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga renni stoðum undir sjónarmið áfrýjenda um málshraða.
506. Að mati áfrýjunarnefndarinnar var útgáfa tveggja andmælaskjala til þess fallin að hafa í för með sér tímasparnað, að því leyti að áfrýjendur gátu þá hafist

handa fyrir en ella við að móta viðbrögð við frummati Samkeppniseftirlitsins. Á hinn bóginn var skiljanlegt að áfrýjendur vildu ekki láta í ljós afstöðu sína til frummatsins fyrir en það lá fyrir í heild sinni, enda tengjast sakaratriði í andmælaskjölunum innbyrðis með ýmsum hætti og er um eina samfellda atburðarás að ræða eins og Samkeppniseftirlitið setur hana fram. Áfrýjendum verður því ekki metið það til sakar að hafa dregið það að láta í ljós viðbrögð við frummatinu þar til bæði andmælaskjölin lágu fyrir. Hefði mögulega gegnt öðru máli ef hvort andmælaskjal um sig hefði lotið að skýrt aðgreindum sakaratriðum. Þá verður að horfa til þess að lengd andmælaskjalanna var úr hófi og að dráttur varð á því að afhenda áfrýjendum gögn málsins. Lengd hinnar kærðu ákvörðunar er ekki heldur til eftirbreytni þrátt fyrir að hún sé í meginatriðum vönduð og ítarleg. Verður engu að síður að taka undir það með áfrýjendum að málalengingar í fyrrgreindum skjölum Samkeppniseftirlitsins geri málið þyngra í vöfum en efni standa til.

507. Þá verður ekki talið að það hafi sérstaka þýðingu við mat á lengd rannsóknar Samkeppniseftirlitsins að áfrýjendur hafi notfært sér tiltæk réttarræði vegna rannsóknarinnar, þ.m.t. málskot til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Það var áfrýjendum heimilt að gera og var það á ábyrgð Samkeppniseftirlitsins að tryggja að slíkur málarekstur ylli ekki töfum á rannsókn málsins. Á hinn bóginn verður að líta til þess að Samkeppniseftirlitið varð óhjákvæmilega að verja nokkrum tíma í að taka rökstudda afstöðu til umfangsmikilla sjónarmiða og skýringa sem áfrýjendur tefldu fram við rannsókn málsins. Var það liður í því að tryggja að málið yrði nægilega upplýst og andmælaréttur áfrýjenda nýttist sem skyldi, sbr. 10. og 13. gr. stjórnslulaga.

508. Fyrir liggur að rannsókn Samkeppniseftirlitsins tók afar langan tíma og má ætla, þegar litið er um öxl, að unnt hefði verið að flýta henni með aukinni forgangsöröðun meginatriða málsins. Þrátt fyrir það verður samkvæmt öllu framangreindu ekki séð að óútskýrður eða óréttmætur dráttur hafi orðið á rannsókninni í heild eða einstökum atriðum, ekki síst þegar haft er í huga

umfang og flækjustig málsins og þau fjölmörgu sönnunar- og lagaatriði sem deilt er um, auk brota áfrýjenda gegn 19. gr. samkeppnislaga. Með vísan til framangreinds og að öllu virtu verður hafnað þeirri málsástæðu áfrýjenda að rannsókn málsins hafi tekið svo langan tíma að það skapi þeim rétt til þess að stjórnvaldssekt vegna samráðsbrotanna verði felld niður eða lækkuð.

13.4. Ákvörðun sektarfjárhæðar

509. Í a- og j-lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga er kveðið á um að Samkeppniseftirlitið leggi stjórnvaldssekt á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn banni við ólögum samráði samkvæmt 10. gr. laganna og 53. gr. EES-samningsins, sbr. einnig i-lið ákvæðisins sem lýtur að brotum gegn 19. gr. laganna. Samkvæmt 2. mgr. 37. gr. laganna skal við ákvörðun á fjárhæð sekta hafa hliðsjón af eðli og umfangi brots, hvað það hefur staðið lengi og hvort það sé ítrekað. Ýmis önnur atriði hafa áhrif við ákvörðun sektarfjárhæðar, þ.m.t. að álögð sekt sé til þess fallin að skapa varnaðaráhrif meðal annars með tilliti til fjárhagslegs styrkleika aðila, sbr. *dóm Hæstaréttar í máli nr. 42/2019*. Getur fjárhæð sektar numið allt að 10% af heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að broti, sbr. 2. mgr. 37. gr. laganna.
510. Með hinni kærðu ákvörðun var lögð 4.200.000.000 króna stjórnvaldssekt á áfrýjendur Samskip Holding BV og Samskip hf. vegna brota áfrýjenda sem lýst er í ákvörðuninni, þar af 4.000.000.000 króna sekt fyrir brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, auk 200.000.000 króna sektar fyrir brot gegn 19. gr. samkeppnislaga. Áfrýjendur krefjast þess í þrautavarakröfu að fjárhæð sektarinnar verði lækkuð verulega enda sé hún úr hófi miðað við atvik málsins og réttarframkvæmd. Ljóst er að sektin sem ákveðin var með hinni kærðu ákvörðun er mun hærri en sektir sem áður hafa verið ákvarðaðar í innlendra réttarframkvæmd á sviði samkeppnisréttar, bæði að því er varðar samráðsbrot og brot gegn 19. gr. samkeppnislaga. Þó skal tekið fram að áfrýjendur hafa ekki enn greitt þá sekt sem ákveðin var með hinni kærðu

ákvörðun, enda var réttaráhrifum hennar frestað að því leyti með *úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála 12. janúar 2024.*

511. Fyrir liggur að áfrýjendur teljast ein efnahagsleg eining og því eitt fyrirtæki í skilningi ákvæða samkeppnislaga (sjá kafla 35.1 í hinni kærðu ákvörðun). Hámarksfjárhæð sektar samkvæmt 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga nemur því 10% af heildarveltu áfrýjanda Samskip Holding BV, móðurfélags áfrýjenda, á rekstrarárinu 2022, sem er síðasta rekstrarár fyrirtækisins áður en hin kærða ákvörðun var tekin. Heildarvelta áfrýjanda Samskip Holding BV nam rúmlega 137 milljörðum króna (rúmlega 905 milljónum evra) á árinu 2022 og nemur sektarhámarkið því rúmlega 13,7 milljörðum króna.
512. Við mat á fjárhæð stjórnvaldssektar er til þess að líta að brot áfrýjenda gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins voru umfangsmikil og áttu sér stað á fjögurra og hálfis árs tímabili, sem nær frá júní 2008 til loka árs 2012 svo sem áður greinir. Brotin áttu sér stað á þjóðhagslega mikilvægum mörkuðum þar sem áfrýjendur og Eimskip voru í yfirburðastöðu og fákeppni ríkti. Á rannsóknartímabili málsins nam virði vöruútflutnings 29–35% af vergri landsframleiðslu og virði vöruinnflutnings 26–30%, en meginþorri flutninga til og frá landinu er með skipum. Þar undir fellur meðal annars verulegur hluti neysluvara sem fluttur er til landsins og aðföng og rekstrarvörur fyrir framleiðslufyrirtæki (sjá m.a. kafla 35.2.5 í hinni kærðu ákvörðun). Því liggur fyrir að samráð flutningafyrirtækja getur stuðlað að hækkun á flutningskostnaði og þannig valdið neytendum og fyrirtækjum umtalsverðu tjóni og skert samkeppnishæfni. Jafnframt er þess að geta að samráðsbrotin áttu sér stað þegar íslenskt samfélag glímdi við afleiðingar efnahagshrunsins sem varð á árinu 2008 og brýnt var að virk samkeppni ríkti á flutningamörkuðum.
513. Við mat á viðurlögum verður litið til þess að umsvif áfrýjenda á mörkuðum málsins voru veruleg á rannsóknartímabilinu. Markaðshlutdeild áfrýjenda var á bilinu 30–40% í sjóflutningum til og frá Íslandi, 30–40% í landflutningum

og 25–40% í flutningsmiðlun. Samanlagt nam velta áfrýjenda af umræddri starfsemi, á verðlagi í febrúar 2025, um 181 milljarði króna á rannsóknartímabilinu eða að meðaltali um 30 milljörðum króna á ársgrundvelli (sjá kafla 35.2.5.3, mgr. 16642, í hinni kærðu ákvörðun, þar sem miðað er við verðlag í mars 2023). Þá verður ekki annað ráðið en að fjárhagslegur styrkur áfrýjenda sé umtalsverður, en heildarvelta móðurfélagsins, áfrýjanda Samskip Holding BV, nam rúmlega 137 milljörðum króna á árinu 2022 svo sem áður greinir. Jafnframt nam eigið fé samstæðunnar ríflega 14,1 milljarði króna (rúmlega 94,2 milljónum evra) í árslok 2022, og ríflega 14,6 milljörðum króna (rúmlega 97,4 milljónum evra) í árslok 2023. Framangreind atriði horfa til þyngingar viðurlaga vegna brota áfrýjenda með hliðsjón af þeim sjónarmiðum sem áður greinir um ákvörðun sektarfjárhæðar, þ.m.t. mikilvægi varnaðaráhrifa.

514. Ekki verður fallist á þá ályktun í hinni kærðu ákvörðun að það skuli horfa til þyngingar viðurlaga gagnvart áfrýjendum að þáttur þeirra í samráðinu hafi verið veigameiri en Eimskips enda standa gögn málsins ekki nægilega til þeirrar ályktunar. Áfrýjendur hafa ekki áður gerst sekir um brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins og horfa ítrekunaráhrif því ekki til þyngingar viðurlaga.

515. Áfrýjendur telja að óeðlilega mikill munur sé á fjárhæð sektar sem Eimskip greiddi samkvæmt sátt við Samkeppniseftirlitið 16. júní 2021 (1,5 milljarðar króna) og sektar sem ákveðin var í hinni kærðu ákvörðun 31. ágúst 2023 (4,2 milljarðar króna). Miðað við verðlag í ágúst 2023 nemur fjárhæð sektar sem Eimskip greiddi samkvæmt sáttinni um 1,8 milljörðum króna og er hún því 57% lægri en sekt vegna brota áfrýjenda samkvæmt hinni kærðu ákvörðun. Hvað sem þessu líður takmarkar sáttin á engan hátt skyldu áfrýjunarnefndar samkeppnismála til að leggja sjálfstætt mat á fjárhæð sektar vegna brota áfrýjenda. Þá er það ekki í verkahring áfrýjunarnefndarinnar að leggja mat á hvort fjárhæð sektarinnar sem Eimskip gekkst undir sé réttmæt og hæfileg. Viðurkenning fyrirtækis á broti, sem endurspeglar ríkan samstarfsvilja af þess

hálfu, leiðir óhjákvæmilega til þess að sekt verður ákveðin lægri en ella. Þess skal þó getið að ekki er fyrir að fara skráðum málsmeðferðarreglum sem fjalla um það hversu mikil áhrif viðurkenning á broti með sátt skuli hafa á fjárhæð sektar gagnvart viðkomandi fyrirtæki.

516. Með vísan til þess sem greinir hér að framan um brot áfrýjenda gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, þ.m.t. um umfang og alvarleika brotanna, tímalengd, þjóðhagslegt mikilvægi viðkomandi markaða og mikinn fjárhagslegan styrk áfrýjenda, telur áfrýjunarnefnd samkeppnismála að stjórnvaldssekt vegna brotanna sé hæfilega ákveðin 2.300.000.000 krónur. Brot áfrýjenda gegn upplýsingaskyldu samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga voru einnig alvarleg enda voru þau til þess fallin að hindra rannsókn málsins. Þar sem upplýsingaskylda fyrirtækja er mikilvæg forsenda skilvirkra rannsókna samkeppnisyfirvalda er brýnt að viðurlög fyrir brot gegn þeirri skyldu hafi varnaðaráhrif. Með hliðsjón af þessu og fjárhagslegum styrkleika áfrýjenda þykir stjórnvaldssekt fyrir brot þeirra gegn 19. gr. samkeppnislaga hæfilega ákveðin 100.000.000 krónur.

517. Samkvæmt því sem hér hefur verið rakið verður fjárhæð stjórnvaldssektar vegna brota áfrýjenda gegn 10. og 19. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins ákveðin samtals 2.400.000.000 krónur. Sektin verður lögð óskipt á áfrýjendur Samskip Holding BV og Samskip hf. í því skyni að tryggja varnaðaráhrif og fullnustu sektar, sbr. til hliðsjónar *dóm Hæstaréttar í máli nr. 42/2019* (sjá m.a. kafla 35.1.3, mgr. 16580 og 16581, í hinni kærðu ákvörðun).

13.5. Fyrirmæli samkvæmt 16. gr. samkeppnislaga

518. Í hinni kærðu ákvörðun var tilgreindum fyrirmælum beint til áfrýjenda með stoð í 16. gr. samkeppnislaga með vísan til niðurstöðu um samráðsbrot þeirra. Fyrirmælin koma fram í grein 5 ákvörðunarorða og eru efnislega samhljóða þeim fyrirmælum sem Eimskip gekkst undir samkvæmt sátt fyrirtækisins við Samkeppniseftirlitið 16. júní 2021. Áfrýjendur bera fyrst og fremst brigður á

Þau fyrirmæli sem birtast í 2. og 3. málsli. í grein 5.2 ákvörðunarorða, en þar er mælt fyrir um að áfrýjendum sé óheimilt að eiga í samstarfi við önnur fyrirtæki sem starfa við flutningaþjónustu ef Eimskip á einnig í samstarfi við viðkomandi fyrirtæki. Þessi takmörkun gildir þó ekki ef áfrýjendur geta sýnt Samkeppniseftirlitinu fram á að eðli viðkomandi samstarfs sé með þeim hætti að ekki sé hætt á röskun á samkeppni milli áfrýjenda og Eimskips. Samkvæmt þessu girðir umrætt ákvæði fyrirmælanna ekki fyrir það að áfrýjendur og Eimskip eigi í samstarfi innbyrðis eða við sömu fyrirtæki í flutningaþjónustu, heldur er umrædd takmörkun frávikjanleg að uppfylltum þeim skilyrðum sem áður greinir. Samkvæmt því verður ekki litið svo á að umrædd fyrirmæli séu andstæð meðalhófsreglu. Að auki raska fyrirmælin ekki skyldum sem kunna að hvíla á Eimskip samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga líkt og áréttað er í hinni kærðu ákvörðun (sjá kafla 35.4.2 í ákvörðuninni). Þá er áfrýjendum fært að láta reyna á atriði varðandi framkvæmd fyrirmælanna á síðari stigum ef þeir sjá ástæðu til þess, svo sem með kæru til áfrýjunarnefndarinnar. Með vísan til alls framangreinds verða umrædd fyrirmæli í hinni kærðu ákvörðun talin hafa viðhlítandi stoð í 16. gr. samkeppnislaga og eru þau málefnaleg að efni til að virtum atvikum og niðurstöðu um brot áfrýjenda gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Verður því hafnað málsástæðu áfrýjenda um að fyrirmælin séu sem slík haldin þeim annmörkum að ógildingunni varði.

13.6. Niðurlag

519. Samkvæmt öllu framangreindu hafa áfrýjendur ekki fært viðhlítandi rök fyrir kröfum sínum um að fella beri hina kærðu ákvörðun úr gildi í heild eða hvað varðar sektarákvæði hennar. Þó hefur verið fallist á efnisvarnir áfrýjenda að því er varðar hluta þeirra sakarefna sem lýst er í hinni kærðu ákvörðun. Vegna þess og með vísan til áðurgreindra sjónarmiða um ákvörðun viðurlaga telur áfrýjunarnefnd samkeppnismála að sektarfjárhæðir séu hæfilega ákveðnar samkvæmt því sem í úrskurðarorði greinir. Að öðru leyti verður hin kærða ákvörðun staðfest.

Úrskurðarorð:

Hin kærða ákvörðun er staðfest að öðru leyti en því að áfrýjendur Samskip Holding BV og Samskip hf. skulu óskipt greiða í ríkissjóð sekt að fjárhæð 2.300.000.000 krónur vegna brota gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins og sekt að fjárhæð 100.000.000 krónur vegna brota gegn 19. gr. samkeppnislaga. Sektir skulu greiðast í ríkissjóð innan 30 daga frá birtingu úrskurðar þessa.

Reykjavík, 19. mars 2025.

Björn Jóhannesson, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Friðrik Árni Friðriksson Hirst

Viðauki – tilvísanir til starfsmanna

S: Samskip (áfrýjendur)

(tilvísun í úrskurði – tilvísun í hinni kærðu ákvörðun)

S1 – (S)aðaleig-stjformSH

S2 – (S)forstj

S3 – (S)stjform-S

S4 – (S)stjórnarm-fjármstj

S5 – (S)frkvstjmillilandasv

S6 – (S)forstö-innfl1

S7 – (S)frkvstj-innanl

S8 – (S)frkvstj-Jóna

S9 – (S)forstö-útfl

S10 – (S)frkvstj-N-Am

S11 – (S)frkvstj-MCL

S12 – (S)forstj-frystig

S13 – (S)forstö-flutnstj

S14 – (S)viðskstj2

S15 – (S)forstö-landfl

S[...] – Aðrir starfsmenn

E: Eimskip

(tilvísun í úrskurði – tilvísun í hinni kærðu ákvörðun)

E1 – (E)stjform1

E2 – (E)forstj

E3 – (E)frkvstj-EimÍsl

E4 – (E)frkvstj-alþjsv

E5 – (E)frkvstj-skiparekst

E6 – (E)frkvstj-innanl

E7 – (E)frkvstj-sala/þj

E8 – (E)frkvstj-flutnkerf

E9 – (E)forstö-innfl og (E)forstö-flutnmið frá september 2011

E10 – (E)frkvstj-Contain

E11 – (E)svæðisstj1

E12 – (E)rekstj-aksturst (E)forstö-landfl1

E[...] – Aðrir starfsmenn