

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 1/2021

Samskip hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 13. júlí 2021, kærði Samskip hf., hér eftir nefnt áfrýjandi, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 16. júní sl. sem fólst í gerð sáttar við Eimskipafélag Íslands hf. og tengd félög, hér eftir sameiginlega nefnd Eimskip.

Áfrýjandi krefst þess að 3. mgr. 3. gr. fyrrgreindrar sáttar verði felld úr gildi en ákvæðið er svohljóðandi:

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

Samkeppniseftirlitið krefst þess aðallega að kröfu áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála en til vara að kröfu áfrýjanda verði hafnað.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Samkeppniseftirlitið hefur um árabíl haft til rannsóknar ætluð brot Eimskips og áfrýjanda og tengdra félaga gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 53. gr. EES-samningsins. Rannsóknin tekur til háttsemi fyrirtækjanna á mörkuðum fyrir sjóflutninga, landflutninga, flutningsmiðlun og tengdrar þjónustu. Þá hafa einnig verið til rannsóknar ætluð brot félaganna á 19. gr. samkeppnislaga.

Hinn 6. júní 2018 sendi Samkeppniseftirlitið andmælaskjal til Eimskips og áfrýjanda, sbr. 17. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Í andmælaskjalinu var lýst frummati Samkeppniseftirlitsins miðað við stöðu rannsóknar á þeim tíma og var Eimskip og áfrýjanda gefið færi á að tjá sig um það. Í andmælaskjalinu kom m.a. fram það frummat Samkeppniseftirlitsins að Eimskip og áfrýjandi hefðu í júní 2008 hafið afar umfangsmikið ólögmett samráð og það hefði verið við lýði á árunum 2009 – 2013 og var tilteknum atvikum lýst í því sambandi. Eimskip og áfrýjandi tjáðu sig ekki sérstaklega um andmælaskjalið heldur tilkynntu félögin Samkeppniseftirlitinu að þau hefðu í hyggju að setja fram sjónarmið sín í heild sinni þegar síðara andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins lægi fyrir en upplýst hafði verið í andmælaskjalinu frá 6. júní 2018 að til stæði að senda annað andmælaskjal.

Þann 13. desember 2019 sendi Samkeppniseftirlitið síðara andmælaskjalið í málinu til Eimskips og áfrýjanda. Var fyrirtækjunum veittur frestur til 1. apríl 2020 til að koma á framfæri athugasemdum. Í síðara andmælaskjalinu kom fram að frummat Samkeppniseftirlitsins væri óbreytt, þ.e. að Eimskip og áfrýjandi hefðu frá júní 2008 og til með árinu 2013 haft með sér samfellt samráð sem brotið hafi gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Þá hafi einnig átt sér stað ætluð brot fyrir það tímamark. Til viðbótar var það mat Samkeppniseftirlitsins að gögn sem fjallað var um í síðara andmælaskjalinu gæfu til kynna að hin ætluðu brot væru enn alvarlegri og skipulagðari en talið var í fyrra andmælaskjalinu.

Í síðara andmælaskjalinu voru félögin upplýst um að til álita kæmi að beita heimild 16. gr. samkeppnislaga og beina fyrirmælum eða skilyrðum til áfrýjanda og Eimskips til að bregðast við hinum ætluðu brotum. Með vísan til 19. gr.

samkeppnislaga var óskað eftir því að áfrýjandi og Eimskip, hvor um sig, myndu tilgreina það samstarf sem þau ættu við önnur flutningafyrirtæki eða flutningsmiðlanir á Íslandi við útgáfu síðara andmælaskjalsins. Væri þar m.a. átt við öll fyrirtæki sem kæmu að inn- eða útflutningi frá Íslandi og væri það samstarf á grundvelli skriflegra samninga skyldi afrit þeirra fylgja með en ella skyldi inntaki samstarfsins lýst.

Eimskip svaraði beiðni Samkeppniseftirlitsins um upplýsingar varðandi samstarf félaganna þann 3. febrúar 2020 og áfrýjandi svaraði 7. sama mánaðar, og lögðu félögin fram gögn varðandi yfirstandandi samstarf þeirra.

Í síðara andmælaskjalinu var Eimskip og áfrýjanda m.a. gefið tækifæri á að tjá sig um þörf á skilyrðum eða fyrirmælum til að bregðast við ætluðum brotum félaganna svo og um hugsanlegt efni þeirra. Athugasemdir beggja félaganna við andmælaskjölin lágu fyrir 31. ágúst 2020. Í athugasemdum áfrýjanda kom m.a. fram að hafnað væri alfarið því frummati Samkeppniseftirlitsins að fyrirtækið hefði brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins með þeirri háttsemi sem lýst væri í andmælaskjölunum.

Í byrjun sumars 2021 sneri Eimskip sér til Samkeppniseftirlitsins og óskaði eftir viðræðum um hvort unnt væri að ljúka rannsókn á fyrirtækinu með sátt. Samkeppniseftirlitið féllst á þá málaleitan og þann 9. júní 2021 undirrituðu Eimskip og Samkeppniseftirlitið sérstaka yfirlýsingu vegna málsins þar sem m.a. kom fram að Samkeppniseftirlitið hefði fallist á að hefja formlegar viðræður við Eimskip um hvort forsendur væru til að ljúka rannsókn á brotum fyrirtækisins með sátt í samræmi við ákvæði 17. gr. f. samkeppnislaga. Slík sátt gæti falið í sér mögulega viðurkenningu á brotum, greiðslu sektar og hugsanlegar aðgerðir eða skilyrði til að bregðast við ætluðum samráðsbrotum.

Viðræðurnar leiddu til undirritunar sáttar milli Eimskips og Samkeppniseftirlitsins 16. júní 2021. Með sáttinni viðurkenndi Eimskip brot gegn 10. og 19. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins með því að hafa viðhaft ólöglegt samráð af ýmsum toga við áfrýjanda um árabíl á mörkuðum fyrir sjóflutninga, landflutninga, flutningsmiðlun og tengdra þjónustu, auk þess að hafa ekki veitt nauðsynlegar eða réttar upplýsingar eða afhent gögn í þágu rannsóknar Samkeppniseftirlitsins.

Í sáttinni fólst einnig að Eimskip skuldbatt sig til að grípa til tiltekinna aðgerða til að vinna gegn frekari brotum og stuðla að aukinni samkeppni. Þá skuldbatt Eimskip sig til að yfirfara alla samninga sína við önnur fyrirtæki í flutningaþjónustu í því skyni að tryggja að þeir væru í samræmi við samkeppnislög. Jafnframt skuldbatt Eimskip sig til þess að hætta öllu viðskiptalegu samstarfi við áfrýjanda og jafnframt við önnur fyrirtæki í hvers konar flutningaþjónustu ef áfrýjandi ætti í samstarfi við viðkomandi fyrirtæki. Þetta gildi þó ekki ef Eimskip gæti sýnt Samkeppniseftirlitinu fram á að eðli viðkomandi samstarfs væri með þeim hætti að ekki væri hætt á röskun á samkeppni milli Eimskips og áfrýjanda.

Þá féllst Eimskip á að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 1.500.000.000.- til ríkissjóðs, vegna framangreindra brota félagsins.

Með undirritun sáttarinnar lauk því máli sem snéri að brotum Eimskips vegna fyrrgreindrar rannsóknar Samkeppniseftirlitsins.

Í júní og júlí 2021 áttu sér stað viðræður milli áfrýjanda og Samkeppniseftirlitsins og á fundi 6. júlí 2021 féllst Samkeppniseftirlitið á ósk áfrýjanda um að hefja formlegar sáttaviðræður vegna málsins. Þeim viðræðum var slitið 26. júlí 2021. Rannsókn Samkeppniseftirlitsins á ætluðum brotum áfrýjanda sætir því áframhaldandi hefðbundinni stjórnsýslumeðferð.

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins, sem svar við kæru áfrýjanda barst áfrýjunarnefnd samkeppnismála 29. júlí 2021. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðina bárust nefndinni 13. ágúst 2021 og frekari andsvör af hálfu Samkeppniseftirlitsins bárust 25. ágúst 2021.

Áfrýjunarnefnd óskaði 3. ágúst 2021 eftir umsögn frá Eimskip vegna kærunnar og barst sú umsögn 11. ágúst 2021.

Áfrýjunarnefnd ákvað að málið skyldi flutt sérstaklega um kröfu Samkeppniseftirlitsins um frávísun málsins. Munnlegur málflutningur um frávísunarhluta málsins fór fram 5. október 2021.

Uppkvaðning úrskurðar hefur dregist vegna umfangs málsins og mikilla anna nefndarmanna.

IV

Röksemdir málsaðila

Málsástæður og lagarök áfrýjanda

Áfrýjandi telur að hann njóti kæruaðildar í málinu. Vísar áfrýjandi til þess að um kæruaðild fari eftir almennum reglum stjórnisýsluréttar og ríkjandi sjónarmiðum innan samkeppnisréttar, sbr. ákvæði 2.1 í leiðbeiningarreglum um málsmeðferð fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Áfrýjandi byggir á því að hver sá sem á lögvarða hagsmuni af úrlausn máls geti kært ákvörðun til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Samkvæmt lögskýringargögnum að baki samkeppnislögum og ríkjandi viðhorfum beri ekki að setja kæruaðild þröngar skorður. Þannig hafi fyrirtækjum almennt verið játuð víðtæk kæruaðild í samkeppnismálum þegar í hlut hafa átt fyrirtæki sem starfa á sama markaði, sbr. t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 18/2009, 3/2014 og 6/2018.

Áfrýjandi bendir á að Samkeppniseftirlitið og áfrýjunarnefnd hafi í allnokkrum málum staðfest að fyrirtæki geti átt kæruaðild að málum þrátt fyrir að hafa ekki verið aðilar máls við meðferð þeirra á neðra stjórnisýslustigi, sbr. t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 1/2011, 4/2018 og 6/2018. Af hálfu áfrýjunarnefndar hafi m.a. verið litið til þess hvort áfrýjendur hafi verið umsagnaraðilar eða látið sjónarmið sín í ljós með öðrum hætti við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu, sbr. t.d. nýlega úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 7/2017, 4/2018 og 6/2018. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar frá 21. janúar 2010 í máli nr. 18/2009 hafi keppinauti verið játuð aðild að máli vegna samrunamáls sem hann hafi ekki verið aðili að á fyrsta stjórnisýslustigi. Í því máli taldi áfrýjunarnefndin það skipta máli að keppinauturinn átti í bréfasamskiptum við Samkeppniseftirlitið þar sem hann krafðist íhlutunar vegna yfirvofandi samruna. Þá hafi áfrýjunarnefndin lagt á það áherslu að málið varðaði markaði þar sem keppinauturinn hefði verulegra hagsmuna að gæta. Auk þess hefði einn af aðilum samrunans háa markaðshlutdeild og sterka stöðu á skilgreindum mörkuðum

málsins. Samruninn hefði því óhjákvæmilega haft mikil áhrif á stöðu keppinautarins á markaðnum.

Þá vekur áfrýjandi athygli á því að í framkvæmd hafi verið talið að þeir sem eigi óbeinna hagsmuna að gæta af niðurstöðu máls hjá samkeppnisyfirvöldum geti átt aðild að málum á sviði samkeppnisréttar, sbr. m.a. forsendur dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 83/2003 og úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 17/2002 og 3/2014. Óumdeilt sé að áfrýjandi sé helsti keppinautur Eimskips á þeim mörkuðum sem sátt Eimskips tekur til. Um sé að ræða fákeppnismarkaði þar sem Eimskip sé í markaðsráðandi stöðu. Á einum þessara markaða, beinum sjóflutningum milli Íslands og N-Ameríku, sé Eimskip í einokunarstöðu.

Áfrýjandi telur að fyrirmæli stjórnvalds um að fyrirtæki í slíkri stöðu megi hvorki eiga í viðskiptum við áfrýjanda né nokkurt fyrirtæki sem veitir hvers kyns flutningsþjónustu til áfrýjanda séu til þess fallin að skerða verulega getu áfrýjanda til að starfa á umræddum mörkuðum. Þá sé ljóst að með slíkum fyrirmælum sé jafnræði milli keppinauta á umræddum mörkuðum raskað alvarlega enda taka þau einungis til áfrýjanda en ekki annarra fyrirtækja sem starfa í samkeppni við áfrýjanda á sömu mörkuðum.

Að mati áfrýjanda sé ljóst að umræddum fyrirmælum sáttarinnar sé beint að áfrýjanda sérstaklega og af þeim sökum sé hafið yfir vafa að áfrýjandi hafi bæði verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta að fá úr því skorið fyrir áfrýjunarnefnd hvort heimild Samkeppniseftirlitsins standi til slíkra sértækra aðgerða gegn honum. Geti engu breytt í því sambandi þótt áfrýjandi sé ekki aðili að umræddri sátt. Áfrýjandi sé aðili að því stjórnsýslumáli sem leiddi til sáttar Eimskips og enn sé ólokið að því er áfrýjanda varðar. Sáttin sé hins vegar endanleg um þátt Eimskips og jafnframt, að óbreyttu, endanleg um þau skilyrði sem sett eru um viðskipti tengd áfrýjanda. Skilyrðin standi óbreytt óháð því hverjar verði endanlegar lyktir stjórnsýslumálsins gagnvart áfrýjanda. Áfrýjandi hafi þannig beina og lögvarða hagsmuni af því að um lögmæti fyrrgreindra skilyrða verði fjallað af áfrýjunarnefnd.

Áfrýjandi telur að það breyti engu um kæruaðildina þó svo að engum fyrirmælum sé beint til áfrýjanda eða skyldur lagðar á félagið enda ljóst af fjölmörgum

úrskurðum áfrýjunarnefndar að það sé ekki skilyrði kæruaðildar að kærandi sé aðili máls eða að fyrirmælum sé beint til hans í þeirri ákvörðun sem um ræðir.

Álitaefni málsins snúa að því hvort það sé í samræmi við markmið og efni samkeppnislaga og efnisreglur stjórnisýsluréttarins að lagt sé bann við því í stjórnvaldsákvörðun að Eimskip eigi í viðskiptum eða samstarfi af nokkru tagi við eitt fyrirtæki, þ.e. áfrýjanda. Í því sambandi breyti engu þótt Eimskip hafi vilja til að undirgangast slíka ákvörðun, enda breyti það ekki eðli ákvörðunarinnar sem stjórnvaldsákvörðunar.

Áfrýjandi telur að fullyrðing Samkeppniseftirlitsins um að ekkert komi í veg fyrir að áfrýjandi haldi áfram viðskiptum við fyrirtæki í flutningaþjónustu sé röng. Áfrýjandi og Eimskip notast í einhverjum tilvika við sömu þjónustaðila eða eigi í viðskiptum við sömu flutningafyrirtækin, jafnt hér á landi sem erlendis. Fyrirmæli sáttarinnar leiði til þess að það sé eftirleiðis óheimilt. Sú ályktun Samkeppniseftirlitsins að fyrirmælin leiði einungis til þess að Eimskip hætti einfaldlega viðskiptum við umrædd fyrirtæki sé ekki rétt. Umrædd fyrirtæki standi frammi fyrir vali á því hvort þau eigi að hafa viðskipti við Eimskip eða áfrýjanda og í ljósi stærðar og stöðu á markaði hafi fyrirtækin verulega hagsmuni af því að halda viðskiptum við Eimskip. Þannig sé ljóst að áfrýjandi muni missa viðskipti við einhver þessara fyrirtækja ef ekki flest þeirra.

Sú undantekning sem fram komi í 3. mgr. 3. gr. sáttarinnar um að Eimskip geti átt í samstarfi við önnur fyrirtæki í flutningaþjónustu þó svo að áfrýjandi eigi einnig í samstarfi við þau, sé háð því að Eimskip geti, ef félagið kys svo, reynt að sannfæra Samkeppniseftirlitið um að tiltekin viðskipti hafi ekki í för með sér röskun á samkeppni milli Eimskips og áfrýjanda. Hvort Eimskip ákveði að gera það og þá í hvaða tilvikum sé alfarið háð mati og vilja fyrirtækisins.

Varðandi þá röksemd Samkeppniseftirlitsins að meðferð stjórnisýslumálsins sé ekki lokið á fyrsta stjórnisýslustigi gagnvart áfrýjanda þá bendir áfrýjandi á að þau fyrirmæli sem fram koma í sátt Eimskips og Samkeppniseftirlitsins séu endanleg og verði ekki tekin upp í þeim hluta málsins sem enn sé ólokið. Því sé ljóst að ákvörðun í þeim hluta málsins sem snýr að áfrýjanda hreyfi ekki með neinum hætti við tilgreindum skilyrðum í áðurnefndri sátt.

Áfrýjandi hafnar alfarið þeim röksemdum Samkeppniseftirlitsins að vísa beri málinu frá sökum vanreifunar af hálfu áfrýjanda. Fyrir liggi gögn og upplýsingar um markaðsstyrki Eimskips en því til viðbótar sé áréttað að mál þetta snúist ekki um ætluð brot félagsins gegn 11. gr. samkeppnislaga og því engin þörf á að greina sérstaklega markaðsstyrk Eimskips.

Þá telur áfrýjandi að meginreglur stjórnarsýslulaga um andmælarétt, meðalhóf og jafnræði, hafi ekki verið virtar við gerð sáttarinnar.

Áfrýjandi áréttar að kröfugerð hans í málinu sé bundin við tilgreind skilyrði 3. mgr. 3. gr. sáttarinnar enda séu aðrir hlutar hennar ekki bindandi fyrir áfrýjanda. Áfrýjandi hafi verulega samkeppnisréttarlega hagsmuni af því að fá úrlausn áfrýjunarnefndar um kæruefnið.

Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið krefst þess aðallega að kröfu áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála þar sem áfrýjandi njóti ekki kæruefndar í málinu. Vísað er til þess að ráða megi af úrskurðum áfrýjunarnefndar að sú meginregla gildi í samkeppnisrétti að málsefnið verði að varða viðkomandi beint og sérstaklega til þess að til aðildar geti komið. Fyrri skilyrðið sé uppfyllt ef ákveðið orsakasamhengi sé á milli ákvörðunar og réttarstöðu aðila en í síðara skilyrðinu felst að viðkomandi þurfi að sýna fram á að ákvörðunin varði hann með þeim hætti sem aðgreinir hann frá öðrum sem kunna að vera í svipaðri stöðu en njóta samt sem áður ekki aðilastöðu, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 18/2009. Ekki sé sjálfgefið að fyrirtæki sem ekki sé aðili að viðkomandi sátt eða samruna geti skotið ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 8/2015, en í því máli kom fram að keppinautar samrunaaðila gætu við tiltekna aðstæður átt aðild að málum fyrir nefndinni. Áfrýjunarnefndin hafi einnig tekið fram að við mat á því hvort fyrirtæki, sem ekki var aðili máls fyrir Samkeppniseftirlitinu, geti skotið ákvörðun til nefndarinnar verði ávallt að líta til þess hvernig hagsmunir viðkomandi tengjast þeirri ákvörðun sem kærð er, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2014. Aðild geti verið fyrir hendi ef viðkomandi sýni fram á samkeppnisréttarlega hagsmuni sem varða hann beint og sérstaklega, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 18/2009, 1/2011, 3/2014

og 8/2015. Þá megi einnig benda á úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2016 þar sem skýrt var undir hvaða kringumstæðum þeir sem hefðu óbeinna hagsmuna að gæta, gætu borið mál undir nefndina.

Samkeppniseftirlitið áréttar að ekki sé unnt að skjóta ákvörðunum þess til áfrýjunarnefndar nema viðkomandi ákvörðun leggi einhverjar skyldur á viðkomandi eða breyti réttarstöðu hans, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í málum nr. 9-10/2001.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er áréttað að sú sátt sem kæran beinist að sé gerð af Eimskip og Samkeppniseftirlitinu. Í sáttinni viðurkennir Eimskip brot og skuldbindur fyrirtækið sig til þess að grípa til tiltekinna aðgerða til að vinna gegn frekari brotum og efla samkeppni. Sáttin sé eingöngu bindandi fyrir Eimskip enda sé það eina fyrirtækið sem hafi samþykkt og staðfest efni hennar með undirskrift sinni, sbr. 1. mgr. 17. gr. f. samkeppnislaga.

Í þessu sambandi er vakin athygli á því að Samkeppniseftirlitinu hafi ekki verið skylt að bera efni mögulegrar sáttar við Eimskip undir áfrýjanda, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2013.

Í sáttinni sé eðli málsins samkvæmt engum skilyrðum eða fyrirmælum beint til áfrýjanda. Samkvæmt sáttinni skuldbindur Eimskip sig að grípa til ákveðinna ráðstafana vegna þeirra brota sem fyrirtækið hefur viðurkennt. Þar viðurkennir fyrirtækið m.a. að hafa á rannsóknartímabilinu átt í ólögmetu samráði við áfrýjanda um landflutningaþjónustu á flutningaleiðum á Íslandi og skiptingu á mörkuðum á tilteknum flutningaleiðum. Fyrir liggur að á árinu 2020 stóð enn yfir tiltekið samstarf milli Eimskips og áfrýjanda og tengdra félaga í a.m.k. landflutningum. Af 3. mgr. 3. gr. sáttarinnar leiði að Eimskip skuldbindur sig til að hætta slíku samstarfi nema skilyrði lokamálsliðar 3. mgr. 3. gr. séu uppfyllt. Ekki verði séð að áfrýjandi hafi lögvarða hagsmuni af því að koma í veg fyrir að markmið sáttarinnar nái fram að ganga að þessu leyti.

Þá felst jafnframt í sáttinni að ef Eimskip og áfrýjandi eiga bæði í viðskiptasambandi við þriðja flutningafyrirtækið þá skuldbindur Eimskip sig til að hætta samstarfi við það flutningafyrirtæki nema skilyrði lokamálsliðar 3. mgr. 3.

gr. séu uppfyllt. Ekkert í sáttinni við Eimskip kemur hins vegar í veg fyrir að áfrýjandi haldi áfram viðskiptasambandi sínu við þriðja aðila.

Samkeppniseftirlitið telur að líta verði til þess að af samnings- og athafnafrelsi Eimskips leiði almennt að fyrirtækið getur hafnað að gera samninga við áfrýjanda eða hætt samningssambandi við hann. Áfrýjandi eigi þannig ekki lögmætt tilkall til þess að Eimskip gangi til nýrra samninga við hann, endurnýji gildandi samninga við hann eða segi ekki upp gildandi samningum við hann. Þetta á enn frekar við þegar Eimskip hefur viðurkennt alvarleg brot á samkeppnislögum og skuldbundið sig, af fúsum og frjálsum vilja, til að grípa til aðgerða vegna þessara brota sem eru í samræmi við markmið samkeppnislaga. Áfrýjandi hafi því ekki lögvarða hagsmuni af því að reyna með kæru til áfrýjunarnefndar að viðhalda samstarfi við Eimskip eða stofna til þess.

Eina undantekningin frá framangreindu samnings- og athafnafrelsi fyrirtækja birtist í því að sé fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu sé því á grundvelli 11. gr. samkeppnislaga skylt að veita aðgang að ómissandi aðstöðu eða þjónustu.

Telji áfrýjandi að slit Eimskips á samstarfi við hann fari í bága við samning fyrirtækjanna getur hann látið reyna á ætlaðan bótarétt sinn fyrir dómstólum. Hann geti hins vegar ekki varið slík möguleg einkaréttarleg réttindi sín með kæru til áfrýjunarnefndar þar sem hann hafi ekki sýnt fram á að hann eigi neinn rétt samkvæmt samkeppnislögum til að Eimskip gangi til eða haldi áfram samstarfi við hann.

Þá vekur Samkeppniseftirlitið jafnframt athygli á því að málsmeðferð stofnunarinnar gagnvart áfrýjanda sé ekki lokið. Samkeppniseftirlitið féllst á ósk áfrýjanda um formlegar sáttaviðræður en þær viðræður leiddu hins vegar ekki til niðurstöðu. Mál áfrýjanda er því að nýju komið í hefðbundinn farveg og komi til íþyngjandi ákvörðunar gagnvart áfrýjanda getur Samkeppniseftirlitið sett skilyrði eða beint fyrirmælum til áfrýjanda með heimild í 16. gr. samkeppnislaga.

Þá ber að hafa í huga að Eimskip vinnur að því að taka saman gögn og sjónarmið, sbr. 3. mgr. 3. gr. sáttarinnar. Þegar Samkeppniseftirlitið hefur mótttekið framangreint fer fram mat eftirlitsins og eftir atvikum gæti einn þáttur í því mati snúið að því að afla sjónarmiða frá þriðja aðila, þ. á m. áfrýjanda.

Á þessu stigi málsins liggja ekkert fyrir um hvort eða hvaða fyrirmæli eða skilyrði verða sett fram gagnvart áfrýjanda. Ekki liggja fyrir niðurstaða á fyrsta stjórnarsýslustigi sem bindur áfrýjanda og mótar starfsskilyrði hans á flutningamarkaði til frambúðar. Þetta atriði, eitt og sér, komi í veg fyrir að fyrirbyggjandi kæra áfrýjanda verði tekin til efnislegrar meðferðar hjá áfrýjunarnefndinni og sé staða þessa máls því ólík því máli sem leiddi til úrskurðar áfrýjunarnefndar í máli nr. 1/2019 þar sem málinu var alfarið lokið á fyrsta stjórnarsýslustigi.

Samkeppniseftirlitið byggir jafnframt á því að málið sé verulega vanreifað af hálfu áfrýjanda og af þeim sökum beri að vísa því frá áfrýjunarnefndinni. Umfjöllun og rökstuðningur í kæru áfrýjanda fullnægi ekki lágmarkskröfum þannig að hægt sé að taka málið til meðferðar. Slíkur galli leiði til frávísunar, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 1/2001.

Í kæru áfrýjanda sé staðhæft án frekari rökstuðnings að Eimskip sé í markaðsráðandi stöðu á mörkuðum málsins og að fyrirmælin í sáttinni geti falið í sér misnotkun á ætlaðri markaðsráðandi stöðu Eimskips á viðkomandi mörkuðum. Engin sjónarmið séu sett fram um skilgreiningu á mörkuðum eða gerð tilraun til þess að leggja raunhæft mat á markaðshlutdeild og önnur atriði sem þýðingu hafi við mat á markaðsráðandi stöðu. Fullyrt sé án rökstuðnings að sáttin styrki markaðsráðandi stöðu Eimskips en veiki stöðu áfrýjanda auk þess sem sáttin sé í andstöðu við þær skyldur sem hvíli á Eimskipi samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga.

Bent sé á að við gerð sáttarinnar hafi ekki verið tekin afstaða til þess hvort Eimskip væri í markaðsráðandi stöðu, hvorki á rannsóknartímabilinu né í dag. Þá skipti hér einnig máli að í andmælaskjölum Samkeppniseftirlitsins var áfrýjanda gerð grein fyrir frummati Samkeppniseftirlitsins á eðli og umfangi ætlaðra brota og að til álita kæmi að beita heimildum 16. gr. samkeppnislaga. Var áfrýjandi m.a. beðinn að upplýsa um yfirstandandi samstarf við Eimskip og honum boðið að tjá sig um möguleg fyrirmæli. Þannig átti áfrýjandi þess kost að setja fram sjónarmið til stuðnings því að Eimskip væri í dag markaðsráðandi á tilteknum markaði og ekki mætti setja skilyrði sem kæmu í veg fyrir aðgang hans að tiltekinni ómissandi aðstöðu eða væru að öðru leyti í ósamræmi við ætlaðar skyldur Eimskips

samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi kaus hins vegar að tjá sig ekki um möguleg fyrirmæli og af þeim sökum er enn brýnna að fram komi í kæru hans lágmarksrökstuðningur varðandi ætlaðar skyldur Eimskips samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga.

Í kæru áfrýjanda sé ekki að finna nægjanlegan rökstuðning fyrir því að hvaða leyti skuldbindingar Eimskips í sáttinni raski með ólögmætum hætti hagsmunum áfrýjanda af yfirstandandi eða mögulegu samstarfi við Eimskip. Ekki sé vísað til tiltekins samnings og rökstutt að hann sé þess eðlis að á Eimskip hvíli sú skylda samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga að segja honum ekki upp og halda viðkomandi samstarfi áfram. Þess í stað sé látið duga að staðhæfa með almennum hætti í kæru að sáttin valdi áfrýjanda tjóni, takmarki samningsfrelsi hans og raski samkeppni.

Samkeppniseftirlitið hafnar sjónarmiðum áfrýjanda um að meginreglur stjórnsýslulaga um andmælarétt, meðalhóf og jafnræði hafi verið brotnar við gerð sáttarinnar.

V

Niðurstaða

1

Mál þetta beinist að ákvæði í sátt sem Eimskip gerði við Samkeppniseftirlitið 16. júní 2021 í máli sem varðaði rannsókn á brotum Eimskips og áfrýjanda og tengdra félaga gegn 10. og 19. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Var sáttin gerð í samræmi við 17. gr. f. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 22. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Krefst áfrýjandi þess að ákvæði 3. mgr. 3. gr. í sáttinni verði fellt úr gildi.

2

Í málinu liggur fyrir að rannsókn Samkeppniseftirlitsins beindist að því hvort Eimskip og áfrýjandi og tengd félög hefðu haft með sér ólögmætt samráð og með því brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins og 19. gr. samkeppnislaga með rangri, villandi eða ófullnægjandi upplýsingagjöf til Samkeppniseftirlitsins við rannsókn málsins. Hinn 6. júní 2018 sendi

Samkeppniseftirlitið Eimskip og áfrýjanda og tengdum félögum andmælaskjal í samræmi við 17. gr. reglna nr. 880/2005. Var um að ræða fyrra andmælaskjal af tveimur en það síðara sendi Samkeppniseftirlitið 13. desember 2019. Í báðum þessum skjölum var gerð grein fyrir því frummati Samkeppniseftirlitsins að Eimskip og áfrýjandi og tengd félög hefðu haft með sér ólöglegt samráð og brotið gegn fyrrnefndum ákvæðum samkeppnislaga og EES-samningsins. Rannsókn á máli Eimskips lauk með sátt 16. júní 2021 þar sem félagið viðurkenndi m.a. að hafa átt í samskiptum og samstarfi við áfrýjanda og tengd félög á mörkuðum fyrir sjóflutninga, landflutninga, flutningsmiðlun og tengdrar þjónustu á rannsóknartímabilinu 2008-2013 sem hafi falið í sér alvarleg brot gegn fyrrnefndum ákvæðum. Rannsókn á máli áfrýjanda og tengdum félögum er hins vegar enn ólokið.

3

Í 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga er fjallað um kærheimild á ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Eins og komið hefur fram í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndar er hvorki í þeim lögum né stjórnarsýslulögum að finna nákvæma skilgreiningu á því hverjir geti talist aðilar að slíkum kærum til áfrýjunarnefndar. Því er ákvörðun um þetta háð mati sem byggist á viðurkenndum sjónarmiðum í samkeppnisrétti og stjórnarsýslurétti um að aðild að slíku máli eigi sá sem hefur lögvarinna hagsmuna að gæta af úrlausn málsins. Þarf niðurstaðan með öðrum orðum að varða viðkomandi sérstaklega og verulega og aðgreina hann þannig frá öðrum til að hann geti talist aðili að máli fyrir áfrýjunarnefndinni.

4

Áfrýjandi heldur því fram að hann hafi verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta af 3. mgr. 3. gr. þeirrar sáttar sem Eimskip gerði við Samkeppniseftirlitið og geti því borið þetta tiltekna ákvæði sáttarinnar undir áfrýjunarnefnd. Telur áfrýjandi það ekki skipta máli þó hann hafi ekki verið aðili að þeirri sátt sem gerð var milli Eimskips og Samkeppniseftirlitsins. Allt að einu geti hann átt aðild fyrir áfrýjunarnefndinni að þessu máli, hvað áður nefnt ákvæði sáttarinnar varðar.

Kröfu sinni til stuðnings vísar áfrýjandi m.a. til þess að fyrrgreint ákvæði sáttarinnar sé í andstöðu við ákvæði samkeppnislaga auk þess sem meginreglur stjórnsýslulaga um andmælarétt, meðalhóf og jafnræði hafi ekki verið virtar við meðferð málsins og gerð sáttarinnar. Áfrýjandi bendir jafnframt á að fyrirmæli ákvæðisins um að Eimskip megi hvorki eiga í viðskiptum við áfrýjanda né nokkurt fyrirtæki sem veiti hvers kyns flutningaþjónustu til áfrýjanda séu til þess fallin að skerða verulega getu áfrýjanda til að starfa á tilgreindum mörkuðum. Þannig raski fyrirmælin verulega jafnræði milli keppinauta enda taka fyrirmælin einungis til áfrýjanda en ekki annarra fyrirtækja sem starfa í samkeppni við áfrýjanda á sömu mörkuðum. Áfrýjandi sé aðili að því stjórnsýslumáli sem leiddi til áðurnefndrar sáttar og því máli sé enn ólokið gagnvart honum. Krafa áfrýjanda beinist eingöngu að því ákvæði sáttarinnar sem snýr með beinum hætti að starfsemi hans.

5

Eins og áður segir beindist rannsókn Samkeppniseftirlitsins upphaflega að Eimskip og áfrýjanda og tengdum félögum. Samkvæmt því höfðu þessi félög stöðu aðila máls í skilningi stjórnsýsluréttar og samkeppnisréttar í rannsókn Samkeppniseftirlitsins á ætluðu ólögmetu samráði félaganna sem mögulega kæmi til með að ljúka með stjórnvaldsákvörðun. Ekki er ágreiningur um að Samkeppniseftirlitinu hafi verið heimilt að ljúka rannsókn málsins gagnvart Eimskip með samningi í formi sáttar sem er bindandi fyrir aðila sáttarinnar. Þá er heldur ekki ágreiningur um það að Eimskip hafi viðurkennt alvarleg brot á samkeppnislögum og EES-samningnum með samfelldu samráði við áfrýjanda, sem fólst í samskiptum og samstarfi við áfrýjanda, og með því að hafa ekki veitt Samkeppniseftirlitinu nauðsynlegar upplýsingar og aðgang að gögnum. Féllst Eimskip í samræmi við það á að greiða stjórnvaldssekt og skuldbinda sig til að breyta tiltekinni hegðun á mörkuðum sjóflutninga, landflutninga, flutningsmiðlun og tengdrar þjónustu. Þá lýsti Eimskip yfir vilja til að starfa í samræmi við markmið samkeppnislaga og að sáttin væri til þess fallin að efla samkeppni. Fyrir liggur að Eimskip átti frumkvæðið að því að málinu yrði lokið gagnvart félaginu með þessum hætti.

6

Ágreiningslaust er að viðurkenning málsaðila sem sætt hafa rannsókn Samkeppniseftirlitsins á ólögumætu samráði er á forræði þeirra sem rannsókn beinist að. Samkvæmt því gætu allir málsaðilar viðurkennt ólögumætt samráð. Í framhaldinu væri það á forræði hvers þeirra um sig að gera sátt í máli við Samkeppniseftirlitið í samræmi við ákvæði 1. mgr. 17. gr. f. samkeppnislaga að því gættu að slíkt væri ekki takmarkað af lögum. Í því felst að sá sem gerir sátt í máli hefur forræðið á því að undirgangast skilyrði og stjórnvaldssekt til að koma í veg fyrir frekari brot og efla samkeppni og þá með hans eigin hagsmuni að leiðarljósi. Eðli málsins samkvæmt hefur slík sátt alla jafnan í för með sér takmörkun á samstarfi þeirra aðila sem sætt hafa rannsókn í máli vegna ólögumæts samráðs. Er það hlutverk Samkeppniseftirlitsins að tryggja að þessi skilyrði og þær takmarkanir sem þau hafa í för með sér, séu að öllu leyti í samræmi við samkeppnislög og EES-samninginn.

Aðrir aðilar að samráðsmáli, sem rannsókn hefur beinist að og sem hafa ekki viðurkennt brot, geta því ekki talist aðilar að málalokum eins þeirra sem hefur viðurkennt brot á samkeppnislögum, hvorki varðandi skilyrðin sem slík eða sektargreiðslu. Geta þeir því ekki átt aðild að slíkri sátt eða einstökum ákvæðum hennar. Þá getur aðild að stjórnarsýslumáli sem varðar ólögumætt samráð og sem lokið er gagnvart einum aðila með sátt, ekki heldur leitt sjálfkrafa til aðildar fyrir hina að þeirri úrlausn. Slík málalok beinast eingöngu að þeim aðila sem tekur ákvörðun um að gangast undir sátt við Samkeppniseftirlitið þar sem hann skuldbindur sig til að bregðast við á ákveðinn hátt með það að markmiði að tryggja samkeppni. Hér ber einnig að hafa í huga að í samráðsmálum fara hagsmunir þeirra sem sætt hafa rannsókn ekki saman þegar einn þeirra viðurkennir brot en hinir gera það ekki. Þannig getur máli lokið gagnvart þeim aðila sem viðurkennir brot með sátt, sbr. 1. mgr. 17. gr. f. samkeppnislaga, en ekki gagnvart hinum sem gera það ekki. Er rannsókninni hvað þessa síðastgreindu aðila varðar því haldið áfram þar til endanleg ákvörðun er tekin í því.

7

Eins og áður segir þá liggur fyrir að rannsókn Samkeppniseftirlitsins á þeim hluta samráðsmálsins sem snýr að áfrýjanda og tengdum félögum er ólokið. Hefur því

engin ákvörðun verið tekin af hálfu Samkeppniseftirlitsins varðandi þátt áfrýjanda í málinu. Samkvæmt því getur áfrýjandi enn gert athugasemdir við rannsókn Samkeppniseftirlitsins í málinu og komið að frekari gögnum og upplýsingum ef svo ber undir eða m.ö.o. komið að öllum sínum sjónarmiðum varðandi skuldbindingar og aðgerðir Eimskips samkvæmt sáttinni.

Í samræmi við það sem rakið var hér að framan verður að telja að áfrýjandi hafi ekki verið aðili að þeim þætti málsins sem lauk með sátt Eimskips við Samkeppniseftirlitið. Þá verður ekki fallist á að áfrýjandi njóti kæruaðildar fyrir áfrýjunarnefnd þar sem ekki verði séð að áfrýjandi hafi lögvarða hagsmuni að þeim aðgerðum og skuldbindingum sem felast í sátt Eimskips við Samkeppniseftirlitið, sbr. 3. mgr. 3. gr. hennar. Hér ber einnig að hafa í huga að í umræddu ákvæði sáttarinnar felst ekki fortakslaust bann við samstarfi Eimskips og áfrýjanda. Er samkvæmt því ekki útilokað að Eimskip og áfrýjandi geti haldið áfram samstarfi sýni Eimskip fram á að það skapi ekki hættu á röskun á samkeppni milli áfrýjanda og Eimskip. Í því sambandi ber einnig að hafa í huga að nú er unnið að því að taka saman gögn og sjónarmið varðandi viðskiptalegt samstarf félaganna, þ. á m. við önnur fyrirtæki í flutningaþjónustu sem bæði félögin eiga í samstarfi við þar sem lagt verður mat á það hvort um áframhaldandi samstarf geti verið að ræða.

Samkvæmt framansögðu verður ekki fallist á að áfrýjandi hafi lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins fyrir áfrýjunarnefnd, hvorki varðandi ákvæði 3. mgr. 3. gr. sáttarinnar né sáttina í heild. Er mál þetta að þessu leyti því ekki sambærilegt við fyrri úrskurði áfrýjunarnefndar sem áfrýjandi hefur vísað til þar sem fallist var á aðild að kæru fyrir áfrýjunarnefnd vegna mála sem alfarið hafði verið lokið með sátt enda hér um að ræða samráðsmál þar sem einn aðili hefur viðurkennt brot en máli annars í sömu rannsókn er enn ólokið.

Með vísan til alls framangreinds verður ekki hjá því komist að vísa kæru áfrýjanda frá áfrýjunarnefnd.

Úrskurðarorð

Kæru Samskip hf. er vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Reykjavík, 2. desember 2021

Björn Jóhannesson formaður

Kristín Benediksdóttir

Anna Kristín Traustadóttir