

Brussel, 19. september 2018

Mál nr.: 82436

Skjalanr.: 928096

EFTA SURVEILLANCE
AUTHORITY

LANDSRÉTTUR

SKRIFLEGAR ATHUGASEMDIR

lagðar fram í samræmi við 2. mgr. 28. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, sbr. 3. mgr. 15. gr. II. kafla bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól,

af: Eftirlitsstofnun EFTA
Rue Belliard 35
1040 Brussel, Belgíu

Carsten Zatschler framkvæmdastjóra og
Ingibjörgu Ólöfu Vilhjálmsdóttur fulltrúa á
lögfræði- og framkvæmdasviði

Í Landsréttarmálinu nr. 490/2018

Byko ehf. og Norvik hf.
gegn
Samkeppniseftirlitinu og
íslenska ríkinu

og

Samkeppniseftirlitið
gegn
Byko ehf. og Norvik hf.

Efni máls: Álagning sekta vegna brota á 10. gr. samkeppnislaga
og ákvæðum 53. gr. EES-samningsins

EFNISYFIRLIT

1	INNGANGUR	3
2	FORSAGA MÁLSINS	4
2.1	Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 15. maí 2015, nr. 11/2015	4
2.2	Ákvörðun áfrýjunarnefndar samkeppnismála, nr. 6/2015	5
3	HUGTAKIÐ „ÁHRIF Á VIÐSKIPTI“	6
3.1	Tilgangur og mikilvægi hugtaksins	6
3.2	Leiðbeiningarreglur Eftirlitsstofnunar EFTA um hugtakið áhrif á viðskipti	6
3.3	Áhrif á viðskipti	7
4	VARNAÐARÁHRIF SEKTA Í SAMKEPPNISMÁLUM	10
4.1	Skilvirk beiting 53. greinar EES-samningsins	10
4.2	Varnaðaráhrif sekta vegna brota á samkeppnisreglum EES-samningsins	11
4.3	Alvarleiki brotsins endurspeglast í upphæð sektarinnar	11
5	BEIÐNI UM RÁÐGEFANDI ÁLIT FRÁ EFTA-DÓMSTÓLNUM	13
6	SAMANDREGNAR NIÐURSTÖÐUR	13

1 INNGANGUR

1. Þann 13. júní 2018 áfrýjuðu Byko ehf. og Norvik hf. dómi héraðsdóms Reykjavíkur uppkveðnum þann 16. maí 2018 til Landsréttar og þann 15. júní var gagnáfrýjað af Samkeppniseftirlitnu. Málið hefur fengið málsnúmerið Landsréttarmál nr. 490/2018 Byko ehf. og Norvik hf. gegn Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu og Samkeppniseftirlitið gegn Byko ehf. og Norvik hf. Þann 13. ágúst 2018 óskaði Eftirlitsstofnun EFTA („ESA“) eftir afriti af öllum gögnum málsins og var erindi þess efnis sent til Landsréttar. Þann 30. ágúst barst listi yfir öll framlögð málsskjal frá Landsrétti.
2. Skriflegar athugasemdir ESA eru lagðar fram í samræmi við 3. málsgrein 15. greinar II. kafla bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól („ESE-samninginn“) sem var innleidd í íslenskan rétt með 2. mgr. 28. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 („samkeppnislög“). Umrætt ákvæði heimilar ESA, að eigin frumkvæði, að leggja fram skriflegar athugasemdir fyrir íslenskum dómstólum.¹
3. Þessar athugasemdir eru í meginefni þær sömu og ESA lagði fram í héraðsdómsmálinu nr. E-550/2016. ESA telur hins vegar mikilvægt að senda Landsrétti athugasemdirnar aftur þar sem leysa þarf úr mikilvægum álitaeftum um túlkun samkeppnisreglna EES-réttar í þessu máli.
4. Í fyrsta lagi, túlkun hugtaksins um áhrif á viðskipti sem er að finna bæði í 53. og 54. grein samningsins um Evrópska efnahagssvæðið („EES-samningsins“). Hugtakið afmarkar skilyrði þess að samkeppnisreglum EES-réttar sé beitt. Þröng túlkun gæti leitt til ójafna samkeppnisskilyrða á innri markaðnum en meginmarkmið EES-samningsins er að koma á einsleitum markaði á öllu EES-svæðinu þar sem samkeppnisskilyrði eru jöfn og sömu leikreglur eru hafðar í heiðri.

¹ Í 3. mgr. 15. gr. 2. kafla bókunar 4 við ESE-samninginn kemur fram að „Samkeppnisyfiroldum í EFTA-ríkjunum er heimilt að leggja fram skriflegar athugasemdir, að eigin frumkvæði, fyrir innlenda dómstóla í eigin ríki um málefni sem varða beitingu 53. eða 54. gr. EES-samningsins. Þeim er enn fremur heimilt, með leyfi hlutadeigandi dómstóls, að gera athugasemdir munnlega fyrir innlendum dómstólum í eigin ríki.“ Sjá einnig Tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA um samstarf Eftirlitsstofnunar EFTA og dómstóla í EFTA-ríkjunum í tengslum við beitingu 53. og 54. gr. EES-samningsins, þá sérstaklega málsgrein 19. <http://www.efta.int/sites/default/files/documents/eea-supplements/icelandic/2006-is/su-nr-62-is-14-12-2006.pdf>. 3. mgr. 15. gr. 2. kafla bókunar 4 við ESE-samninginn samsvarar 3. mgr. 15. gr. Reglugerðar ráðsins (EC) nr. 1/2003 frá 16. desember 2002 um framkvæmd samkeppnisreglna sem mælt er fyrir um í 81. og 82. gr. sáttmálans, EES viðauki við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins nr. 26, 7.6.2007, bls. 249-273, innleidd í íslenskan rétt með Reglugerð nr. 811/2006.

5. Í öðru lagi, varðar málið varnaðaráhrif sekta í samkeppnismálum og skilvirka beitingu EES-reglna. Samkeppnisyfirvöldum EFTA-ríkjanna er skylt að beita 53. grein EES-samningsins þegar málsatvik falla innan gildissviðs EES-réttar. Jafnframt ber þeim að tryggja að greininni sé beitt á skilvirkan hátt. Sektir verða að vera nægilega háar til að hafa varnaðaráhrif.
6. Tilgangur þessara skriflegu athugasemda er að veita Landsrétti yfirlit yfir gildandi EES-rétt um framangreind atriði. Athugasemdirnar eru lagðar fram í formi *amicus curiae*, og byggjast á þekkingu og reynslu af beitingu og fullnustu reglnanna en það hlutverk er ESA falið samkvæmt ESE-samningnum.
7. ESA virðir sjálfstæði Landsréttar og eru athugasemdir ESA ekki bindandi fyrir dómstólinn. Þeim er ekki ætlað að þjóna hagsmunum aðila og ekki verður fjallað sérstaklega um málatilbúnað aðila.

2 FORSAGA MÁLSINS

2.1 Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 15. maí 2015, nr. 11/2015

8. Með ákvörðun frá 15. maí 2015 lagði Samkeppniseftirlitið 650 milljóna króna sekt á Norvík hf. („Norvík“) fyrir brot á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins.
9. Brotin áttu sér stað á tímabilinu nóvember 2008 til mars 2011 og fólust í aðalatriðum í fjórum þáttum. Í fyrsta lagi reglulegum, vanalega vikulegum, samskiptum milli Byko ehf. („Byko“) dótturfélags Norvík, og Húsasmiðjunnar, aðalkeppninautar Byko á viðeigandi markaði, þar sem veittar voru upplýsingar m.a. um verð. Í öðru lagi samskiptum við Húsasmiðjuna í því skyni að hækka verð og tilboð á grófvörum í áföngum. Í þriðja lagi samráði við Húsasmiðjuna í því skyni að vinna gegn verðsamkeppni í sölu á gagnvörðu timbri. Í fjórða lagi sameiginlegri tilraun með Húsasmiðjunni til að fá Múrbúðina til að taka þátt í samráði um verð á grófvöru.
10. Í 11. gr. II. kafla bókunar 4 við ESE-samninginn er að finna málsmeðferðarreglur varðandi samvinnu milli samkeppnisyfirvalda sem fullnusta 53. gr. EES-samningsins. Meðan málið var til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu var haft samráð við ESA í samræmi við umræddar málsmeðferðarreglur.

11. Þann 11. júní 2015 áfrýjuðu Byko og Norvík ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála („áfrýjunarnefnd“).

2.2 Ákvörðun áfrýjunarnefndar samkeppnismála, nr. 6/2015

12. Þann 28. september 2015 úrskurðaði áfrýjunarnefnd í málinu og staðfesti ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að miklu leyti. Áfrýjunarnefndin taldi þó brot Byko ekki jafn alvarleg og Samkeppniseftirlitið hafði lagt til grundvallar í ákvörðun sinni. Áfrýjunarnefnd taldi Samkeppniseftirlitið ekki hafa svo fullnægjandi væri sýnt fram á að háttsemi Byko hafi raskað samkeppni á EES-svæðinu, þ.e. að brotið hafi falið í sér áhrif á viðskipti („effect on trade“) og þar af leiðandi hafi ekki verið brotið gegn ákvæðum 53. gr. EES-samningsins. Þá lækkaði áfrýjunarnefndin sekt Byko úr 650 milljónum í 65 milljónir íslenskra króna.

13. Þann 10. febrúar 2016 höfðaði Samkeppniseftirlitið mál fyrir héraðsdómi Reykjavíkur og þann 26. febrúar 2016 stefndi Byko og Norvík Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu, þessi mál voru sameinuð þann 22. september 2016. Málið var endurupptekið 24. apríl 2018 á grundvelli 104. gr. laga nr. 91/1991. Niðurstaða héraðsdóms Reykjavíkur í málinu var sú að aðaláfrýjandi Byko hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Í dóminum segir að með hliðsjón af niðurstöðu dómsins um brot, tímabil og alvarleika brotanna þyki sú sekt sem áfrýjunarnefndin lagði á of lág. Hafi þá helst þýðingu að um alvarlegt brot á markaði hafi verið að ræða á milli markaðsráðandi fyrirtækja sem framin voru í þeim tilgangi að styrkja stöðu þeirra á kostnað neytenda. Með því hafi verið brotið gegn mikilvægum hagsmunum þorra almennings. Með vísan til þessa meðal annars félls héraðsdómur á kröfu Samkeppniseftirlitsins um að fella úr gildi það ákvæði í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar þar sem mælt var fyrir um 65.000.000 kr. stjórnvaldsekt og mælti þess í stað fyrir um að Norvik hf. skyldi greiða 400.000.000 kr. sekt í ríkissjóð að frádregnum áðurnefndum 65.000.000 kr. sem þegar höfðu verið greiddar.

14. Þann 13. júní 2018 áfrýjuðu Byko og Norvík til Landsréttar dómi héraðsdóms Reykjavíkur og þann 15. júní var gagnáfrýjunarstefna gefin út af Samkeppniseftirlitinu. Málið er nú rekið fyrir Landsrétti með málsnúmerinu: *Landsréttarmál nr. 490/2018*.

3 HUGTAKIÐ „ÁHRIF Á VIÐSKIPTI“

3.1 Tilgangur og mikilvægi hugtaksins

15. Ákvæði 53. gr. EES-samningsins stuðlar að því að tryggja jöfn samkeppnisskilyrði. Ákvæðið bannar samninga og samstilltar aðgerðir fyrirtækja sem raskað geta samkeppni og gildir ef sú háttsemi sem um ræðir *“getur haft áhrif á viðskipti milli samningsaðila”* EES-samningsins.²
16. Skilyrðið um áhrif á viðskipti afmarkar gildissvið annars vegar samkeppnisreglna EES-samningsins og hins vegar landsréttar og er þar af leiðandi lögsöguregla. Samkeppnisreglur EES-réttar gilda þegar merkjanleg áhrif eru á viðskipti milli EES-ríkja.
17. Ákvæði 53. gr. EES-samningsins gegnir því mikilvæga hlutverki að tryggja einsleitni innri markaðarins. Ef hugtakið um áhrif á viðskipti er túlkað þrengra af dómstólum og samkeppnisyfirvöldum eins EES-ríkis en þess sem leiðir af réttri beitingu EES-samningsins gæti það leitt til þess að í því EES-ríki verði samkeppnisskilyrði önnur en annarsstaðar á EES svæðinu. Slíkt myndi vinna gegn meginmarkmiði EES-samningsins.
18. Samkeppnisyfirvöldum og dómstólum aðildarríkjanna er skylt að beita ákvæðum 53. gr. EES-samningsins þegar um er að ræða áhrif á viðskipti milli EES-ríkja.³

3.2 Leiðbeiningarreglur Eftirlitsstofnunar EFTA um hugtakið áhrif á viðskipti

19. Samsvarandi ákvæði 53. gr. EES-samningsins er að finna í 101. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins („SUSE“). Dómstóll Evrópusambandsins hefur skýrt hvað felst í því í fjölmörgum dómsmálum.
20. ESA hefur gefið út *Leiðbeiningar um hugtakið áhrif á viðskipti eins og það er notað í 53. gr. og 54. gr. EES-samningsins*⁴, („Leiðbeiningarreglurnar“) sem að mestu leyti samsvara leiðbeiningarreglum Framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins („Framkvæmdastjórnin“) *Leiðbeiningarreglur um hugtakið áhrif á viðskipti eins og það er notað í 81. gr. og 82. gr. sáttmálans*.⁵ Leiðbeiningarreglur ESA eru, meðal annars,

² Dómur EFTA-dómstólsins í máli nr. [E-4/05 HOB-vín](#) [2006] EFTA Ct. Rep. 4, mgr. 49.

³ 1. mgr. 3. gr. 2. kafla bókunar 4 við ESE-samninginn og 1. mgr. 21. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

⁴ [Leiðbeiningar um hugtakið áhrif á viðskipti eins og það er notað í 53. og 54. gr. EES Samningsins](#), EES viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins nr. 59, 30.11.2006, bls. 18.

⁵ Stjórnartíðindi Evrópusambandsins C 101, 27.4.2004, p. 81.

byggðar á dómafordæmum dómstóla Evrópusambandsins. Í þeim eru settar fram þær meginreglur sem mótaðar hafa verið af þeim dómstólum við túlkun á hugtakinu um áhrif á viðskipti.

21. Þótt leiðbeiningarreglurnar séu ekki bindandi fyrir dómstóla og samkeppnisyfirvöld í EFTA-ríkjunum er þeim ætlað að veita leiðsögn við beitingu hugtaksins um áhrif á viðskipti sem er að finna í bæði 53. gr. og 54. gr. EES-samningsins.

3.3 Áhrif á viðskipti

22. Samkvæmt dómafordæmum dómstóls Evrópusambandsins þarf að meta hvort samningur eða aðgerð hefur áhrif á samkeppnisaðstæður á markaði. Ef samningar eða aðgerðir geta haft áhrif á samkeppnisaðstæður á EES-svæðinu er skilyrðið um áhrif á viðskipti uppfyllt. Með orðinu „viðskipti“ er því ekki einungis vísað til hefðbundinnar sölu á vörum og þjónustu milli landa. Merking þess er víðtækari og tekur til hvers kyns atvinnustarfsemi sem nær til fleiri en eins lands sem og aðstæðna þar sem samningur eða aðgerðir hafa áhrif á samkeppnisaðstæður.⁶
23. Dómstóll Evrópusambandsins hefur jafnframt metið hvort athafnir geti haft áhrif á „viðskiptamynstur“. Dómstóllinn hefur margsinnis talið að orðalagið að samningur eða aðgerðir „geti haft áhrif“ milli EES-ríkja feli í sér að unnt sé að sjá fyrir með nægilegum líkum, samkvæmt ákveðnum hlutlægum viðmiðum, að samningurinn eða aðgerðin geti haft áhrif, bein eða óbein, raunveruleg eða hugsanleg, á mynstur viðskipta milli EES-ríkjanna.⁷
24. Nægilegt er að samningurinn eða aðgerðin geti haft slík áhrif; ekki er nauðsynlegt að sýna fram á að slíkur samningur eða aðgerð muni hafa slík áhrif í raun. Þess er

⁶ Í Leiðbeiningarreglum ESA og samkvæmt viðtekinni dómaframkvæmd varðar hugtakið „samkeppnisaðstæður“ samkeppnisskilyrði á markaði. Samkeppnisaðstæður myndu til dæmis verða fyrir áhrifum þegar samningur hrekur eða veldur hættu á því að hrekja keppinaut af markaði. Samningar sem hafa minni áhrif á markaði geta einnig haft áhrif á samkeppnisaðstæður. Sjá Leiðbeiningarreglur ESA mgr. 19 og 20 og dómaframkvæmd sem þar er vísað til.

⁷ Dómur dómstóls Evrópusambandsins í sameinuðum málum nr. [C-240/82 Stichting Sigarettenindustrie and others v Commission](#) [1985] EU:C:1985:488, mgr. 48, og dómur Almenna dómstólsins í sameinuðum málum nr. [T-25/95 Cimenteries CBR and others v Commission](#) [2000] EU:T:2000:77, mgr. 3930. Sjá einnig Leiðbeiningarreglur ESA, kafla 2.3.

- heldur ekki krafist að sýnt sé fram á ásetning fyrirtækjanna sem hlut eiga að máli til að hafa áhrif á viðskipti milli EES-ríkja.⁸
25. ESA leggur áherslu á að raunveruleg eða möguleg áhrif á viðskipti milli EES-ríkja byggjast venjulega á mismunandi þáttum sem óvíst er að hafi úrslitaáhrif hver um sig.⁹ Meðal þátta sem hafa þýðingu eru eðli samningsins og aðgerðarinnar, eðli vöru þeirrar sem um ræðir og staða og mikilvægi hlutaðeigandi fyrirtækja.¹⁰
26. Mikilvægur þáttur í því mati er markaðsstaða hlutaðeigandi fyrirtækja og söluumsvif þeirra sem eru vísbending um tilhneigingu samningsins eða aðgerðarinnar til að hafa áhrif á viðskipti milli EES-ríkja.¹¹
27. Mikilvægt er að hafa í huga að áhrif á „viðskiptamynstur“ er hlutlaust viðmið þ.e. það krefst ekki neikvæðra áhrifa. Skilyrði 53. gr. EES-samningsins um áhrif á viðskipti getur verið uppfyllt þótt ekki sé sýnt fram á að viðskipti séu eða yrðu takmörkuð eða að þau dragist saman. Sama gildir þegar samningur eða aðgerð leiðir til aukinna viðskipta.¹² Raunar verður lögsaga EES-réttar virk ef líklegt er vegna samningsins eða aðgerðarinnar að viðskipti milli EES-ríkja þróist á annan hátt en telja má að ella hefði orðið.¹³
28. Viðskipti milli EES-ríkja geta einnig orðið fyrir áhrifum þótt viðkomandi landfræðilegur markaður taki aðeins til eins ríkis eða hluta þess.¹⁴ Dómstóll

⁸ Sjá Leiðbeiningarreglur ESA mgr. 25-26 of dómaframkvæmd sem þar er vísað til.

⁹ Dómur dómstóls Evrópusambandsins í sameinuðum málum nr. [C-215/96 and C-216/96 Bagnasco](#) [1999] EU:C:1999:12, mgr. 47, og mál nr. [C-42/84 Remia v. Commission](#) [1985] EU:C:1985:327, mgr. 22.

¹⁰ Leiðbeiningarreglur ESA, mgr. 28 og dómaframkvæmd sem þar er vísað til.

¹¹ Leiðbeiningarreglur ESA, mgr. 31 og dómaframkvæmd sem þar er vísað til.

¹² Dómur dómstóls Evrópusambandsins nr. [C-238/05 ASNEF-EQUIFAX](#) [2006] EU:C:2006:734, mgr. 38 og dómaframkvæmd sem þar er vísað til.

¹³ Leiðbeiningarreglur ESA, mgr. 34 og dómaframkvæmd sem þar er vísað til.

¹⁴ Sjá, til dæmis, dóm EFTA-dómstólsins í máli nr. [E-14/05 Holship Norge AS v Norsk Transportarbeiderforbund](#) frá 19. apríl 2016, EFTA Ct. Rep. enn óbirtur, mgr. 76. Sjá einnig dóm dómstóls Evrópusambandsins í máli nr. [C-179/90 Merci convenzionali Porto di Genova SpA](#) [1991] EU:C:1991:464, mgr. 15, þar sem að viðeigandi markaður var hafnarvinna við höfn Genoa og afkastageta slíkrar hafnarvinnu. Þrátt fyrir þrönga landfræðilega afmörkun markaðarins var talið skýrt að skilyrðið um „áhrif á viðskipti“ væri uppfyllt að teknu tilliti til mikilvægi hafnarinnar er varðaði inn- og útflutning frá Ítalu. Sjá einnig dóm Almenna dómstólsins í sameinuðum málum nr. [T-213/95 og T-18/96 SCK and FNK v Commission](#) [1997] EU:T:1997:157, mgr. 177-181, þar sem kerfisbundin hindrun á samkeppni á markaði fyrir flytjanlegra krana sem gátu verið starfsræktir á u.þ.b. 70 km stóru svæði var talið hindrun á viðskiptum milli aðildarríkja. Dómstóllinn taldi að viðkomandi fyrirtæki væri nægilega stórt og hefði nægileg efnahagsleg áhrif til að aðgerðir þeirra, sem um ræddi í málinu, gætu haft merkjanleg áhrif á viðskipti milli aðildarríkja.

Evrópusambandsins hefur ítrekað talið að þótt samráð sé bundið við aðeins eitt aðildarríki Evrópusambandsins sé það ekki nægilegt til að útiloka möguleikann á því að viðskipti milli aðildarríkja geti orðið fyrir áhrifum. Sem dæmi má nefna *Belasco* málið en það varðaði vörur sem voru aðeins markaðssettar í Belgíu.¹⁵

29. Láréttir samningar um ólögmaett samráð, sem taka til EES-ríkis í heild sinni geta almennt haft áhrif á viðskipti milli EES-ríkjanna.¹⁶ Slíkir samningar, ákvarðanir eða samstilltar aðgerðir, hafa samkvæmt eðli sínu þau áhrif að styrkja skiptingu markaðarins eftir ríkjum.¹⁷

30. Í *amicus curiae* athugasemdum, sem framkvæmdarstjórn ESB lagði fyrir Cour de Cassation í Frakklandi, kemur fram að meta á hugtakið um merkjanleg áhrif á viðskipti á grundvelli allra viðkomandi eigindlegra og megindlegra staðreynda og lagaatriða.¹⁸ Cour de Cassation beitti þessari meginreglu í dómi sínum og komst að þeirri niðurstöðu að rangt hefði verið hjá áfrýjunardómstóli Parísar að byggja niðurstöðu sína á aðeins einu atriði.¹⁹

31. ESA lét í ljós sömu skoðun í *amicus curiae*²⁰ athugasemdum sínum fyrir Borgarting áfrýjunardómstólnum í Noregi („áfrýjunardómstóllinn“). Héraðsdómur Osló hafði ógilt hluta ákvörðunar norska samkeppniseftirlitsins sem hafði beitt ákvæðum 53. gr. EES-samningsins.²¹ Í málinu hafði héraðsdómurinn vikið frá dómaframkvæmd dómstóls Evrópusambandsins og túlkað skilyrðið um „áhrif á viðskipti“ þröngt. Taldi dómstóllinn að viðskipti innan eins ríkis geti ekki talist uppfylla skilyrðið. Áfrýjunardómstóllinn sneri við niðurstöðu Héraðsdóms Oslóar og taldi að brotið hefði verið gegn ákvæði 53. gr. EES-samningsins.²²

¹⁵ Dómur dómstóls Evrópusambandsins í máli nr. [C-246/86 Belasco v. Commission](#) [1989] EU:C:1989:301, mgr. 33.

¹⁶ Leiðbeiningarreglur ESA, mgr. 78.

¹⁷ Dómur dómstóls Evrópusambandsins í máli nr. [Case C-309/99 Wouter](#) [2002] EU:C:2002:98, mgr. 95 og dómaframkvæmd sem þar er vísað til.

¹⁸ Aðgengilegt á vefslóðinni:

http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2011_orange_caraibe_en.pdf.

¹⁹ Cass. Comm., 31.01.2012, nr. 10-25.772.

²⁰ Aðgengilegt á vefslóðinni:

http://www.eftasurv.int/media/competition/Amicus-Curiae---NCC-AB-and-NCC-Roads-AS-v-Staten-v_Konkurransetilsynet---ENGLISH-version.pdf

²¹ Dómur Héraðsdóms Oslo frá 19. febrúar 2014.

²² Dómur Borgarting áfrýjunardómstóls frá 26. júní 2015:

http://www.eftasurv.int/media/competition/Dom_i_asfaltsaken_-_Borgarting.PDF

4 VARNAÐARÁHRIF SEKTA Í SAMKEPPNISMÁLUM

4.1 Skilvirk beiting 53. greinar EES-samningsins

32. Í EES-löggjöf er álagning sekta samkeppnisyfirvalda í EES-ríkjum ekki samræmd. Leiðbeiningar ESA um útreikning sekta sem lagðar eru á samkvæmt a-lið 2. mgr. 23. gr. í II. kafla bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól („Leiðbeiningar ESA“),²³ eru heldur ekki bindandi fyrir samkeppnisyfirvöld EFTA-ríkjanna.²⁴ Hins vegar lýsa leiðbeiningar ESA hvernig ESA og Framkvæmdastjórnin²⁵ fullnusta samkeppnisreglum EES-samningsins á skilvirkan hátt með því að leggja sektarfjárhæð á fyrirtæki í samræmi við þau brot sem þau hafa verið fundin sek um á samkeppnisreglum EES-réttar.
33. Leiðbeiningar ESA geta því gagnast samkeppnisyfirvöldum og dómstólum EFTA-ríkjanna þegar meta á fjárhæð sekta sem lagðar eru á fyrirtæki fyrir brot á ákvæðum 53. gr. EES-samningsins.
34. Almennt verða EES-ríki að sjá til þess að viðurlög vegna brota á EES-rétti séu skilvirk, í réttu hlutfalli við brot og að þau hafi varnaðaráhrif.²⁶ Skilvirkni viðurlaga sem samkeppnisyfirvöld innan EES-svæðisins beita er forsenda þess að framkvæmd ákvæða 53. gr. EES-samningsins sé samræmd.²⁷
35. Sektir eiga að hafa nægileg varnaðaráhrif, ekki aðeins sem viðurlög á hlutaðeigandi fyrirtæki (sértæk varnaðaráhrif) heldur einnig í því skyni að letja önnur fyrirtæki frá því að taka upp, eða halda áfram, athæfi sem brýtur gegn ákvæðum 53. gr. EES-samningsins (almenn varnaðaráhrif).²⁸

²³ [Leiðbeiningar um útreiknings sekta sem lagðar eru á samkvæmt a-lið 2. mgr. 23. gr. í 22. kafla bókunar 4 við samninginn um eftirlitsstofnun og dómstól](#), EES viðbætir við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins nr. 63, 14.12.2006, bls. 44.

²⁴ Dómur dómstóls Evrópusambandsins nr. [C-428/14 DHL](#) [2016] EU:C:2016:27, mgr. 33-35.

²⁵ Leiðbeiningar ESA um útreikning sekta samsvara, að stórum hluta, Leiðbeiningum Framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins um útreiknings sekta, Stjórnartíðindi Evrópusambandsins C 210, 1.9.2006, bls. 2-5.

²⁶ Dómur EFTA-dómstólsins í máli nr. [E-02/10 Þór Kolbeinsson gegn Íslenska ríkinu](#) [2010] EFTA Ct. Rep. 234, mgr. 46-47.

²⁷ Dómur dómstóls Evrópusambandsins í máli nr. [C-429/07 X](#) [2009] EU:C:2009:359, paragraph 37.

²⁸ Leiðbeiningar ESA um útreiknings sekta, mgr. 4; dómur Almenna dómstólsins í máli nr. [Case T-13/03 Nintendo](#) [2009] EU:T:2009:131, mgr. 73.

4.2 Varnaðaráhrif sekta vegna brota á samkeppnisreglum EES-samningsins

36. Leiðbeiningar ESA innihalda kafla undir yfirskriftinni „*Sértæk hækkun í varnaðarskyni*“.²⁹ Samkvæmt honum hefur ESA sérstaklega í huga að varnaðaráhrif sekta séu næg. Í því skyni getur ESA hækkað sekt á fyrirtæki sem hafa sérstaklega mikla veltu umfram sölu á vörunni eða þjónustunni sem brotið sjálft varðar.
37. Bæði dómstóll Evrópusambandsins og EFTA-dómstóllinn hafa lagt áherslu á varnaðaráhrif sekta í dómum sínum. Tekið hefur verið fram að varnaðaráhrif séu einn þeirra þátta sem taka þarf tillit til þegar sektir eru reiknaðar fyrir brot á samkeppnisreglum EES-réttar.³⁰
38. Dómstóll Evrópusambandsins hefur ítrekað komist að þeirri niðurstöðu að réttlætanlegt sé að taka tillit til stærðar og alþjóðlegra eigna fyrirtækis. Þar er vísað til þeirra áhrifa sem leitast er við að hafa á viðkomandi fyrirtæki til að tryggja að sektin hafi nægileg varnaðaráhrif. Viðurlög meggi ekki vera óveruleg, sérstaklega þegar litið er til fjárhagslegrar getu fyrirtækis.³¹
39. Markmið sekta í samkeppnismálum er að koma í veg fyrir ólögleg athæfi og endurtekin brot.³² Það er nauðsynlegt að letja fyrirtæki af áþekkri stærð frá því að taka þátt í svipuðum brotum á samkeppnisreglum.³³ Raunveruleg áhrif brota á markaðnum ráða ekki úrslitum um útreikning sektarfjárhæðar.³⁴

4.3 Alvarleiki brotsins endurspeglast í upphæð sektarinnar

40. Samkvæmt leiðbeiningum ESA er grunnfjárhæð sekta reiknuð með tilvísun til söluverðmætis. Miðað er við visst hlutfallt af söluverðmæti, sem fer eftir því hversu alvarlegt brotið er, margfaldað með fjölda ára sem brotið hefur viðgengist. Sú sekt sem lögð er á í hverju tilviki endurspeglar því alvarleika brotsins.

²⁹ Leiðbeiningar ESA um útreiknings sekta, mgr. 30.

³⁰ Dómur dómstóls Evrópusambandsins í máli nr. [C-413/08 Lafarge v Commission](#) [2010] EU:C:2010:346, mgr. 102 og í dómur EFTA-dómstólsins í máli nr. [E-15/10 Posten Norge AS v EFTA Surveillance Authority](#) [2012] EFTA Ct. Rep. 246, mgr. 88.

³¹ Sjá, til dæmis, dóm dómstóls Evrópusambandsins í máli nr. [C-58/12 Groupe Gascogne v Commission](#) [2013] EU:C:2013:770, mgr. 49-51 og máli nr. [C-373/14 Toshiba Corporation v Commission](#) [2016] EU:C:2016:26, mgr. 83.

³² Dómur dómstóls Evrópusambandsins í máli nr. [C-45/69 Boehringer Mannheim v Commission](#) [1970] EU:C:1970:73, mgr. 53.

³³ Dómur Almenna dómstólsins í máli nr. [T-13/03 Nintendo](#) [2009] EU:T:2009:131, mgr. 73.

³⁴ Dómur dómstóls Evrópusambandsins í máli nr. [C-508/11 Eni v Commission](#) [2013] EU:C:2013:289, mgr. 96 og dómaframkvæmd sem þar er vísað til.

41. Þegar hlutfall af söluverðmæti, sem lagt er til grundvallar, er ákveðið hefur ESA hliðsjón af ýmsum þáttum, meðal annars eðli brotsins, samanlagðri markaðshlutdeild allra hlutaðeigandi fyrirtækja og landsvæðinu sem brotið nær til.³⁵
42. Gera má ráð fyrir að sektir vegna alvarlegra brota á samkeppnisreglum EES-réttar verði ákvarðaðar á grundvelli hærri grunnfjárhæðar með þeim afleiðingum að hærri sektir verði lagðar á. Samningar og samstillar aðgerðir sem beint eða óbeint ákvarða kaup- eða söluverð eða önnur viðskiptaskilyrði, sérstaklega þegar um er að ræða lárétt samráð, eru afar alvarleg þar sem slík háttsemi hefur bein áhrif á samkeppnisskilyrði á markaði.³⁶
43. Sama gildir um upplýsingaskipti á milli keppinauta sem leggja má að jöfnu við verðsamráð. Hvers konar upplýsingaskipti sem hafa að markmiði að takmarka samkeppni á markaði eru álitin háttsemi sem hefur að markmiði að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað og þar af leiðandi alvarlegt brot (e. a. restriction of competition by object and therefore a serious infringement).³⁷
44. Samskipti milli keppinauta sem lúta að áformum um verð eða framboð teljast til háttsemi sem hefur að markmiði að raska samkeppni (e. by object).³⁸ Skiptist keppninautar á upplýsingum um áform sín varðandi verð eða framboð, er að jafnaði litið á það sem ólögmætt samráð og sektir lagðar á í samræmi við það, enda er markmið slíkrar háttsemi að sammælast um verð eða framboð.³⁹
45. Ólögmætt samráð keppinauta (lárétt samráð) er talið alvarlegasta form brota á samkeppnisreglum EES-réttar vegna skaðlegra áhrifa þeirra á atvinnulíf og

³⁵ Leiðbeiningar ESA um útreikning sekta, mgr. 22.

³⁶ Dómur Almenna dómstólsins í máli nr. [T-418/10 Voestalpine and voestalpine Wire Rod Austria v Commission](#) [2015] EU:T:2015:516, mgr. 409 og dómaframkvæmd sem þar er vísað til.

³⁷ Leiðbeinandi reglur ESA um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum, Stjórnartíðindi Evrópusambandsins C 362, 12.12.2013 bls.3 og EES viðbætur við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins nr. 69, 12.12.2013 bls. 1, mgr. 72.

³⁸ Sjá, til dæmis, dóm dómstóls Evrópusambandsins í máli nr. [C-8/08 T-Mobile Netherlands and Others](#) [2009] EU:C:2009:343, mgr. 41, og dóm dómstóls Evrópusambandsins í máli nr. [C-286/13 P Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v Commission](#) [2015] EU:C:2015:184, mgr. 121.

³⁹ Leiðbeinandi reglur ESA um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum, mgr. 74.

neytendur á EES-svæðinu. Í dómaframkvæmd hafa slík brot verið flokkuð sem "augljós brot".⁴⁰ Eðli málsins samkvæmt leiða slík brot almennt til hæstu sekta sem samkeppnisyfirvöld leggja á fyrirtæki.

46. Þegar alvarleiki brota á samkeppnisreglum EES-réttar er metinn með það fyrir augum að ákvarða upphæð sektarinnar verður bæði að taka tillit til sérstakra aðstæðna málsins og þess samhengis sem brotið á sér stað í. Tryggja verður að sektin hafi nægileg varnaðaráhrif, sérstaklega er varðar þau brot sem talin eru sérstaklega skaðleg markmiðum innri markaðarins.⁴¹

5 BEIÐNI UM RÁÐGEFANDI ÁLIT FRÁ EFTA-DÓMSTÓLNUM

47. ESA leggur áherslu á, telji Landsréttur þörf á því, að mögulegt er að óska eftir ráðgefandi áliti frá EFTA-dómstólnum um túlkun á EES-samningnum í samræmi við 1. gr. laga nr. 21/1994 um öflun álits EFTA-dómstólsins um skýringu samnings um Evrópska efnahagssvæðið.⁴²

6 SAMANDREGNAR NIÐURSTÖÐUR

48. Samkeppnisyfirvöldum og dómstólum EES-ríkja er skylt að beita ákvæðum 53. gr. EES-samningsins þegar skilyrði fyrir beitingu hugtaksins eru fyrir hendi sem og að tryggja að slíkt sé gert á skilvirkan hátt í almannapágu.
49. Áhrif á viðskipti milli EES-ríkjanna verður að meta á grundvelli allra viðeigandi eigindlegra og meginlegra staðreynda og lagaatriða er málið varða. Eins og fram hefur komið geta samningar eða aðgerðir sem taka til EES-ríkis í heild almennt haft áhrif á viðskipti milli EES-ríkjanna.

⁴⁰ Dómur Almenna dómstólsins í máli nr. [T-241/01 Scandinavian Airlines System v Commission](#) [2005] EU:C:2005:296, mgr. 85

⁴¹ Dómur dómstóls Evrópusambandsins nr. C-100/80 *Musique Diffusion française v Commission* [1983] EU:C:1983:158, mgr. 106.

⁴² Umrætt lagaákvæði innleiðir ákvæði 34. gr. ESE-samningsins í íslenskan rétt.

50. Sektum, sem lagðar eru á fyrirtæki vegna brota á samkeppnisreglum EES-réttar, er ætlað að hafa áhrifarík varnaðaráhrif í þágu almennings auk þess að fyrirbyggja með öflugum hætti að fyrirtæki taki þátt í slíkum brotum.
51. Eftirlitsstofnun EFTA vonar að þessar athugasemdir gagnist Landsrétti við að kveða upp dóm í málinu og lýsir sig reiðubúna til að veita dómstólnum frekari upplýsingar vakni spurningar í framhaldi þessara athugasemda eða varðandi önnur atriði í málinu.

Virðingarfyllst,



Carsten Zatschler



Ingibjörg Ólöf Vilhjálmsson

Fulltrúar Eftirlitsstofnunar EFTA