

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 1/2019

Samskip hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru dagsettri 14. maí 2019 hafa Samskip hf., hér eftir nefnt áfrýjandi, kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. apríl 2019 í máli nr. 13/2019, um að veita VSA samningi Eimskipafélags Íslands hf. og Royal Arctic Line A/S, sem kveður m.a. á um samnýtingu á plássum í áætlunarskipum félaganna, tímabundna undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga með heimild í 15. gr. sömu laga.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Með erindi, dags. 9. maí 2017, frá Eimskipafélagi Íslands hf. (hér eftir nefnt „Eimskip“) og Royal Arctic Line A/S (hér eftir nefnt „RAL“) til Samkeppniseftirlitsins, var óskað eftir undanþágu frá 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 vegna samstarfs um nýtingu gámaskipa á Norður Atlantshafi.

Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun hafa Eimskip og RAL átt í viðskiptum frá 1993. Eimskip hefur annast þjónustu (upp- og útskipun) við skip RAL þegar þau eiga

viðkomu hérlendis eða í þriðju hverri viku að jafnaði á leið sinni til Grænlands frá Álaborg. Þá hefur RAL nýtt sér þjónustu Eimskips til þess að flytja vörur með uppruna/áfangastað utan siglingaleiðar RAL en í flestum tilfellum eru þetta vörur upprunnar í Norður-Ameríku.

Í erindi félaganna til Samkeppniseftirlitsins vegna fyrirhugaðs samstarfs, kom fram að sumarið 2016 hafi Eimskip og RAL undirritað viljayfirlýsingu um samnýtingu á plássi í skipum félaganna eigi síðar en á árinu 2019. Gert væri ráð fyrir að félögin myndu vinna saman með samnýtingu á plássi í stærri skipum samanborið við skipin sem félögin hefðu yfir að ráða, sem ætlað væri að auka hagkvæmni og áreiðanleika. Stefnt væri að því að láta smíða þrjú ný gámaeininga skip og leita leiða við að samnýta plássið í skipunum með samningi um samstarf. Nýju skipin yrðu hönnuð og smíðuð sérstaklega fyrir veðuraðstæður á Norður Atlantshafi og Norðurheimskautssvæðinu, í samræmi við alþjóðlegar reglur um siglingar skipa um það svæði. Þá væri einnig lagt upp með að nýju skipin yrðu hönnuð með tilliti til betri eldsneytisnýtingar og að þau myndu uppfylla kröfur um umhverfisvænni skip.

Samkvæmt erindinu höfðu Eimskip og RAL einnig undirritað samstarfssamning (e. Collaboration Agreement), í þeim tilgangi að ná fram þeim markmiðum sem að var stefnt í fyrrnefndri viljayfirlýsingu. Samið var um að félögin myndu hvort um sig fjárfesta í skipum, Eimskip skuldbatt sig til að láta smíða og tryggja fjármögnun tveggja skipa en RAL eins skips. Hvorugt félaganna myndi ábyrgjast skuldbindingu hins gagnvart seljanda skipanna, Guangzhou Wenchong Shipyard Co. Ltd.

Í erindi félaganna til Samkeppniseftirlitsins sagði ennfremur að í því siglingakerfi sem Eimskip og RAL hefði í hyggju að setja upp, tæki 21 dag fyrir hvert skip að fara hverja hringferð. Gert var ráð fyrir viðkomu í 10 nánar tilgreindum höfnum. Með því að setja þrjú skip í þjónustu á þessari siglingaleið ykist afkastageta og áreiðanleiki þjónustunnar bæði fyrir Íslendinga og Grænlandinga og hægt yrði að halda uppi vikulegri tíðni yfir allt árið á milli Grænlands, Íslands og Skandinavíu í stað þess að RAL gæti aðeins viðhaldið slíkri tíðni í sjö mánuði á ári eins og reyndin væri. Ekki væri um að ræða sameiginlega sölu félaganna á því tiltekna plássi sem þeim væri úthlutað í skipunum sem sinna flutningi á þeirri leið sem samstarfið nær

yfir. Þvert á móti væri samstarfsaðilum gert að vera með sjálfstæða verðlagningu á umræddum leiðum, óháð hinum aðilanum.

Í tengslum við rannsókn málsins sendi Samkeppniseftirlitið umsagnabeiðni til sex fyrirtækja hinn 21. júlí 2017 og var áfrýjandi meðal þeirra sem skilaði umsögn. Gerði áfrýjandi kröfu um aðgang að gögnum vegna undanþágubeiðni Eimskips og RAL hinn 14. ágúst 2017, auk þess sem gerð var krafa um aðild að málinu. Samkeppniseftirlitið taldi ekki unnt að fallast á beiðni áfrýjanda þar sem félagið hefði ekki sýnt fram á lögvarða hagsmuni af úrlausn þess hvort umrætt mögulegt samstarf Eimskips og RAL uppfyllti skilyrði 15. gr. samkeppnislaga. Var sú afstaða kynnt með bréfi, dags. 11. desember 2018, og árétuð með bréfi, dags. 16. apríl 2019.

Að undangenginni frekari gagna- og upplýsingaöflun átti Samkeppniseftirlitið í samskiptum við undanþágubeiðendur í tengslum við skilyrði 15. gr. samkeppnislaga. Var sátt undirrituð milli aðila þann 17. apríl 2019 en þau skilyrði sem sett voru af hálfu Samkeppniseftirlitsins samkvæmt 2. mgr. 15. gr. samkeppnislaga voru tekin upp ákvörðunarorð í máli nr. 13/2019.

Á grundvelli sáttarinnar veitti Samkeppniseftirlitið, Eimskip og RAL undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga með heimild í 15. gr. sömu laga, til 1. maí 2024. Í sáttinni féllust undanþágubeiðendur m.a. á tiltekin hegðunarskilyrði og kvaðir, svo sem fjallað er um í niðurlagi ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins.

Tekið skal fram að á meðan á rannsókn málsins stóð hjá Samkeppniseftirlitinu sendi áfrýjandi Samkeppniseftirlitinu erindi, dags. 20. desember 2017, vegna ætlaðs brots Eimskips og RAL gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 52. gr. EES-samningsins. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til áfrýjanda, dags. 11. desember 2018, taldi Samkeppniseftirlitið, með vísan til yfirstandandi rannsóknar eftirlitsins á undanþáguerindi Eimskips og RAL og heimildar til forgangsröðunar mála samkvæmt 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga, ekki forsendur til að aðhafast frekar á grundvelli erindisins. Var áfrýjanda leiðbeint um málskotsheimild til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem félagið nýtti sér ekki.

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

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 29. maí 2019. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðina bárust 12. júní 2019 og svar Samkeppniseftirlitsins við þeim barst 21. júní 2019. Eimskip og RAL var veitt tækifæri á að koma á framfæri sjónarmiðum sínum í málinu, sem þau og gerðu með erindum dagsettum 6. júní 2019.

Uppkvaðning úrskurðar hefur dregist sökum sumarleyfa nefndarmanna.

IV

Röksemdir málsaðila

Málsástæður og lagarök áfrýjanda

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi þar sem ekki hafi verið skilyrði til að veita undanþágu samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Um kæruaðild

Áfrýjandi byggir á því að hann eigi kæruaðild að málinu, með vísan til 9. gr. samkeppnislaga, leiðbeiningarreglna um málsmeðferð fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála og almennra reglna stjórnisýsluréttar. Áfrýjandi vísar m.a. til þess að hann sé helsti keppinautur Eimskips á þeim markaði sem ákvörðunin taki til, sem sé markaður fyrir sjóflutninga með áætlunarskipum milli Íslands og Norður-Evrópu. Viðkomandi markaður sé fákeppnismarkaður þar sem Eimskip sé í markaðsráðandi stöðu. Áfrýjandi hafi átt í ítrekuðum bréfaskiptum við Samkeppniseftirlitið á fyrri stigum málsins og m.a. gefið umsagnir og komið á framfæri sjónarmiðum sínum um þau neikvæðu samkeppnislegu áhrif sem áfrýjandi telur ótvírætt að samstarf Eimskips og RAL muni hafa á umræddum markaði og á starfsemi áfrýjanda. Í ljósi þess telur áfrýjandi sig hafa bæði verulegra, sérstakra og lögvarinna hagsmuna að gæta af því hvort fallist verði á undanþágubeiðni félaganna frá bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga.

Um stöðu aðila á markaði

Áfrýjandi gerir ekki athugasemdir við markaðsskilgreiningu málsins en Samkeppniseftirlitið mat markaðinn sem sjóflutninga með áætlunarskipum milli Íslands og Norður- Evrópu.

Áfrýjandi byggir á því að Eimskip sé í yfirburðastöðu í áætlanaf lutningum á sjó til og frá Íslandi og hafi verið til áratuga. Áfrýjandi gerir athugasemdir við að Samkeppniseftirlitið leitist við að draga úr þýðingu þess við úrlausn málsins. Eðli málsins samkvæmt fari áhrif samstarfsins á samkeppni á markaði vaxandi eftir því sem sameiginleg hlutdeild samstarfsaðila sé hærri. Áfrýjandi telur skipta máli við mat á áhrifum samstarfsins á samkeppni á sjóflutningamarkaði að Eimskip sé eina fyrirtækið sem býður upp á beina flutninga milli Íslands og N-Ameríku, þótt samstarf Eimskips og RAL taki ekki til flutninga þar á milli. Styðji sú staðreynd enn frekar stöðu félagsins í sjóflutningum milli Íslands og N-Evrópu, ekki síst í tilvikum þar sem viðskiptavinir þurfa á flutningum að halda á báðum þessum leiðum.

Áfrýjandi gerir athugasemdir við þær ályktanir Samkeppniseftirlitsins að RAL starfi í reynd ekki á sama markaði og Eimskip og áfrýjandi þegar kemur að hefðbundnum vikulegum áætlunarsiglingum og telur þær reistar á afar hæpnum forsendum. Að mati áfrýjanda sé ljóst að RAL sé keppinautur á umræddum markaði en ekki einungis mögulegur keppinautur, einkum með vísan til þess að RAL hafi sjálft vísað til þess í umsögn sinni til Samkeppniseftirlitsins þann 21. febrúar 2018, að RAL sé, hafi verið og muni verða keppinautur Eimskips.

Áfrýjandi byggir á því að um fákeppnismarkað sé að ræða þar sem samþjöppun sé mikil en við þær aðstæður hafi verið talið sérstaklega varhugavert að heimila samstarf á milli keppinauta. Áfrýjandi telur engin dæmi þess að markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilað að ráðast í umfangsmikinn samrekstur með keppinauti, sem auk þess er í einokunarstöðu á tengdum markað, sem sé gert í því skyni að gera umræddum aðilum kleift að ná fram hagræðingu í rekstri sem óumdeilt sé að önnur flutningskerfi geti ekki jafnað. Samhliða sé framboð aukið og tryggt að styrkur þessara ráðandi aðila muni aukast enn frekar, á kostnað minni keppinauta.

Áfrýjandi telur tilvísun Samkeppniseftirlitsins til máls nr. 46/2009, *Ósk Hf. Eimskipafélags Íslands og Samskipa hf. um undanþágu á grundvelli 15. gr.*

samkeppnislaga fyrir samstarfi í sjóflutningum á milli Íslands og Norður-Ameríku, missa marks. Í því máli var áfrýjanda heimilað að flytja gáma með Eimskipi og með því kom nýr valkostur í flutningum á leiðinni, þ.e. samkeppni sem ekki var áður til staðar og minnkaði hlutdeild einokunaraðilans Eimskips, sem eitt hélt úti reglubundnum áætlunarsiglingum milli Íslands og N-Ameríku, sem nam þeirri hlutdeild sem áfrýjandi náði. Með samningi RAL og Eimskips sé hins vegar verið að auka hlutdeild Eimskips og því sé grundvallarmunur á máluðum. Þá sé samstarf RAL og Eimskips af allt öðrum meiði og mun umfangsmeira þar sem um samrekstur sé að ræða en ekki gagnkvæm viðskipti líkt og í tilviki áfrýjanda og Eimskips.

Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi engan veginn gert líklegt eða sannað, með vísan til gagna eða fullnægjandi raka, að samstarf Eimskips og RAL muni hafa jákvæð samkeppnisleg áhrif, hvað þá að hin ætluðu jákvæðu áhrif samstarfsins séu slík að þau réttlæti að vikið sé frá banni 10. gr. samkeppnislaga.

Um 53. gr. EES samningsins

Áfrýjandi telur þá málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins, að beita ekki ákvæðum 53. gr. EES-samningsins samhliða 10. og 15. gr. samkeppnislaga við úrlausn máls þessa, vera í brýnni andstöðu við skýr ákvæði samkeppnislaga um þá skyldu samkeppnisyfirvalda þegar um samninga eða samstilltar aðgerðir sé að ræða sem áhrif hafa á viðskipti milli EES-ríkja, sbr. 1. mgr. 26. gr. laganna. Að mati áfrýjanda leiði af þessari málsmeðferð að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

Fram komi í leiðbeinandi reglum ESA um beitingu 53. gr. EES-samningsins gagnvart sjóflutningum, sem byggðar séu á leiðbeinandi reglum framkvæmdastjórnar ESB um sama efni, að flutningar á vegum skipafélaga sem stunda áætlunarsiglingar, séu oft alþjóðlegs eðlis í þeim skilningi að siglt sé milli hafna í EES-ríkjum og hafna utan EES og/eða að um sé að ræða útflutning og innflutning milli tveggja eða fleiri EES-ríkja. Sú siglingaleið sem samstarf RAL og Eimskip muni hafa mest áhrif á sé innan EES og einnig muni samstarfið óhjákvæmilega hafa áhrif á öðrum markaðssvæðum innan Evrópu, þar á meðal þeim löndum sem áfrýjandi hefur viðkomu í. Þá árétti áfrýjandi að þrátt fyrir að RAL sé með staðfestu í Grænlandi, sem sé sjálfsstjórnarsvæði undir Danmörku og

í hópi landa og yfirráðasvæða sem tengjast ESB með sérstökum hætti (OCT), fari stór hluti af efnahagslegri starfsemi félagsins fram innan EES, einkum í Danmörku og á Íslandi. Samkeppnisreglur EES-samningsins eigi því við í málinu, þrátt fyrir að annar aðilinn að samstarfssamningnum sé með staðfestu utan EES.

Með hliðsjón af þessu og að teknu tilliti til markaðsráðandi stöðu Eimskips á viðkomandi markaði sé ljóst að mati áfrýjanda að samstarfssamningurinn muni hafa umtalsverð áhrif á samkeppni á EES-svæðinu í skilningi 53. gr. EES-samningsins.

Áfrýjandi tekur fram að því sé ekki haldið fram að Samkeppniseftirlitinu sé heimilt eða skylt að veita undanþágu frá 53. gr. EES-samningsins enda sé óumdeilt að horfið hefur verið frá slíku fyrirkomulagi á vettvangi ESB/EES. Samkeppniseftirlitinu hafi hins vegar borið skylda til að ráðast í sérstakt mat á því hvort samstarfið samræmdist ákvæði 1. mgr. 53. gr. samningsins enda liggi fyrir að í málinu sé komist að þeirri niðurstöðu að samstarfið sé andstætt 10. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi byggir á því að þar sem ekki fór fram mat á áhrifum samstarfsins á samkeppni á EES-svæðinu beri að ógilda hina kærðu ákvörðun.

Hópundanþága samkvæmt reglugerð framkvæmdastjórnar ESB nr. 906/2009

Áfrýjandi gerir ekki athugasemdir við þá afstöðu Samkeppniseftirlitsins að hópundanþága samkvæmt reglugerð framkvæmdastjórnar ESB nr. 906/2009 taki ekki til fyrirhugaðs samstarfs Eimskips og RAL. Hins vegar gerir áfrýjandi athugasemdir við umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um reglugerðina og þýðingu hennar, sem virðist eiga að þjóna þeim tilgangi að mati áfrýjanda að leggja áherslu á ætlað hagræði af samstarfinu og gera lítið úr þýðingu þess að markaðshlutdeild Eimskips og RAL sé langt yfir þeim mörkum sem skilgreind séu í reglugerðinni. Áfrýjandi leggur áherslu á að þegar hlutdeild samstarfsaðila séu komin yfir mörk 30% hlutdeildar þá þurfi mjög mikið til að koma til að samstarf verði fellt undan banni 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Þá sé engin ástæða til að túlka reglugerðina svo að með henni sé verið að gefa til kynna að aukin ástæða sé til að víkja frá reglum í tilviki skipafélaga. Þá gerir áfrýjandi athugasemdir við tilvísun Samkeppniseftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun til umfjöllunar á vettvangi OECD um samkeppnisleg álitamál tengd sjóflutningum, þar sem stofnunin leggi áherslu á jákvæðar afleiðingar af slíku samstarfi. Áfrýjandi bendir á að í umfjöllun

Samkeppniseftirlitsins sé ekki getið að í sömu heimildum sé að finna margvíslega fyrirvara frá fulltrúa ESB um slíkt samstarf, einkum í tilvikum þar sem samstarf tekur til ákvörðunar um fjölda skipa og nýtingu á flutningsrými. Forsenda þess að samstarf geti skilað sér til neytenda sé að nægilegur samkeppnislegur þrýstingur sé til staðar. Að mati áfrýjanda er ólíklegt að hagræðið sem kann að hljóta af samstarfinu skili sér til neytenda enda séu aðilar að samstarfinu í yfirburðarstöðu á viðkomandi markaði. Þannig séu allar líkur á því að aðilarnir muni ná að auka enn við hlutdeild sína á kostnað veikburða keppinauta og til lengri tíma litið muni það leiða til hærra verðs á kostnað neytenda.

Um 10. og 15. gr. samkeppnislaga

Áfrýjandi telur að ekki sé ágreiningur um að samstarfið falli undir ákvæði 10. gr. samkeppnislaga. Fyrirhugað samstarf lúti að verulegum hluta að starfsemi keppinautanna og að auki séu félögin í yfirburðarstöðu á þeim mörkuðum sem þau starfa á. RAL starfi á grundvelli sérleyfis og sé því í einokunarstöðu í flutningum til og frá Grænlandi. Eimskip sé í yfirburðastöðu á skilgreindum markaði þessa máls og að auki í einokunarstöðu á náskyldum markaði, þ.e. flutningum milli Íslands og N-Ameríku. Félögin hafi sameinast um grunnþætti í rekstri félaganna og séu í yfirburðastöðu á þeim markaði sem samstarfið tekur til. Þá verði að horfa til þess að sá markaður sem um ræðir sé fákeppnismarkaður þar sem keppinautar séu veikburða í samanburði við samstarfsfyrirtækin. Markmið samstarfsins sé að ná fram hagræði sem ómögulegt sé fyrir önnur fyrirtæki á markaði að jafna en með þessu móti komast fyrirtækin, einkum Eimskip, í stöðu til að auka enn frekar hlutdeild sína á kostnað minni keppinauta og draga úr samkeppnislegum þrýstingi á umræddum markaði.

Áfrýjandi vísar til þess að í 15. gr. samkeppnislaga sé mælt fyrir um heimild til þess að veita undanþágu frá banni 10. gr. sömu laga. Áskilið sé að þau fjögur skilyrði sem tilgreind séu í stafliðum a.-d. í 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt en sönnunarbyrðin um að skilyrðin séu uppfyllt hvíli á undanþágubeiðendum. Að mati áfrýjanda verði að gera ríkar kröfur til rannsóknar Samkeppniseftirlitsins og rökstuðnings stofnunarinnar fyrir beitingu undanþáguheimildarinnar. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins beri þess hins vegar merki að óhjákvæmilegum neikvæðum áhrifum samstarfsins sé gefið afar lítið vægi á sama tíma og mikið sé gert úr

ætluðum jákvæðum áhrifum og í sumum tilvikum virðist ályktanir hreinlega rangar. Þá verði ekki séð að ákvörðunin byggji á traustum gögnum né fullnægjandi rannsókn eða hagfræðilegum greiningum. Þvert á móti virðist að miklu leyti byggt á fullyrðingum undanþágubeiðenda og eigin ályktunum Samkeppniseftirlitsins.

Ekki sé ágreiningur um að skilyrði a. liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt. Ljóst sé að mati áfrýjanda að með því að heimila samrekstur þessara tveggja markaðsráðandi fyrirtækja á siglingakerfi og skipum og samnýtingu á rými í skipunum muni nást fram umtalsvert hagræði, raunar slíkt að engin önnur skipafélög sem starfa á umræddum markaði eigi nokkurn möguleika á að keppa við þau verð sem Eimskip, og eftir atvikum RAL, geti boðið í umræddum flutningum.

Hvað skilyrði b. liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga varðar þá vísar áfrýjandi til þess að það sé fortakslaust skilyrði undanþágu að samstarf keppinauta veiti neytendum sanngjarna hlutdeild í ávinningi sem hlýst af samstarfinu. Það veki furðu að í umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um a. og b. liði sé vart vikið að þessum þætti málsins og að engin haldbær gögn, rannsóknir eða rökstuðningur sé til staðar sem réttlætt geti ályktun um að kostnaðarhagræði af samstarfinu muni skila sér til neytenda. Að mati áfrýjanda leiði af stöðu Eimskips á markaðnum einni og sér, að ekki geti komið til álita að heimila félaginu að efna til samstarfs við keppinauta til að ná fram frekari hagræðingu. Slíkt samstarf geti komið til álita milli minni keppinauta, til að þeir geti veitt hinu markaðsráðandi fyrirtæki aukið aðhald í verðum. Samstarfið muni hins vegar óhjákvæmilega leiða til aukinna yfirburða hins markaðsráðandi fyrirtækis á kostnað keppinauta og á kostnað neytenda til lengri tíma litið. Áfrýjandi bendir á að félagin hafi sjálf lýst því yfir að með samstarfinu verði kostnaður á hverja einingu lægri í samanburði við bestu mögulegu framtíðarkerfi án samstarfs. Með því að heimila Eimskip að ganga til samstarfs af þessum toga, ná niður kostnaði og auka framboð, þá er ljóst að hlutdeild hins ráðandi fyrirtækis muni aukast á kostnað smærri og veikari keppinauta og samkeppnislegur þrýstingur minnka. Við slíkar aðstæður muni neytendur ekki njóta kostnaðarhagræðisins til lengri tíma litið.

Áfrýjandi bendir á að í ákvörðuninni sé lögð á það áhersla að með samstarfinu muni framboð á markaðnum frá RAL aukast frá því sem nú er og tíðni siglinga félagsins til Íslands aukast. Áfrýjandi bendir á að hagsmunir RAL af samstarfinu

séu fyrst og fremst að ná fram reglubundnari tíðni siglinga til og frá Grænlandi, nýrri og betri aðstöðu í Danmörku og lægri kostnaði. Að mati áfrýjanda segi það sig sjálft að RAL muni ekki fara í samkeppni við Eimskip á sama tíma og félögin tvö hafa sammælt um að ganga í eina sæng um verulegan hluta starfseminnar. Yfirlýsingar um þetta efni við meðferð málsins séu án nokkurs vafa til málamynda. Í öllu falli telur áfrýjandi ljóst að allt rými í umræddum skipum muni verða nýtt til að ná viðskiptum af öðrum félögum á markaðnum, einkum áfrýjanda. Jafnvel þó að reyndin yrði sú að RAL byði fram þjónustu sína í auknum mæli á umræddum markaði málsins þá telur áfrýjandi að einsleitni í verðlagningu félaganna verði nær óhjákvæmileg en samkvæmt reynslu áfrýjanda svara þeir þættir sem RAL og Eimskip hyggjast reka í sameiningu til 35-50% af heildarkostnaði við að bjóða fram þjónustuna. Einsleitni í kostnaðaruppbyggingu hafi ein og sér verið talin óæskileg enda auðveldar það þeim sem að samstarfinu standa að samhæfa verðlagningu og framboð. Áfrýjandi telur að fyrirtækin muni nýta það rekstrarhagræði sem hlýst af samstarfinu til að undirbjóða aðra á markaði, einkum áfrýjanda. Fyrir liggur að samkeppnisaðilar munu ekki geta boðið sambærileg verð án þess að fara þá undir kostnaðarverð. Út á þetta gengur samstarfið og hafa samstarfsaðilarnir ekki farið í neinar grafgötur með það.

Áfrýjandi gerir athugasemdir við þær ályktanir í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að framboð Eimskips muni ekki aukast en í ákvörðuninni virðist gengið út frá því að RAL muni sjálft nýta rými um borð í skipunum sem nemur aukningu á afkastagetu vegna tilkomu nýrra og stærri skipa og umrædds samstarfs. Að mati áfrýjanda verður afleiðing samstarfsins sú að framboðið magn muni aukast verulega en markaðurinn stækkar hins vegar ekki við það. Afleiðingin sé sú að samstarfsaðilarnir, að öllum líkindum nær eingöngu Eimskip, muni nýta þetta aukna framboð til að höggva umtalsvert skarð í keppinautana og stuðla þannig að auknum yfirburðum Eimskips.

Þá gerir áfrýjandi athugasemdir við þær forsendur ákvörðunarinnar, að samstarf félaganna geri RAL kleift að yfirstíga þær aðgangshindranir sem Samkeppniseftirlitið telur vera á markaðnum. Áfrýjandi telur ályktanir um verulegar aðgangshindranir ekki studdar fullnægjandi gögnum eða rökum. Í því sambandi er bent á að Faxaflóahafnir hafi við rannsókn málsins talið að ekki væru til staðar aðgangshindranir. Engin fyrirtæki á sviði sjóflutninga hafi leitað eftir

aðstöðu í Sundahöfn og eðli málsins samkvæmt hafi uppbygging á svæðinu tekið mið af því og þeirri starfsemi sem þegar er til staðar. Þá liggi fyrir að Eimskip hafi veitt RAL þjónustu við lestun og losun hér á landi allt frá árinu 1993 og af lýsingu í hinni kærðu ákvörðun megi sjá að RAL hyggist áfram nýta sér þá þjónustu. Þannig hafi ætlaðar aðgangshindranir ekkert með samstarf RAL og Eimskips að gera. Áfrýjandi telur að ef aðgangshindranir teljist á annað borð til staðar í Sundahöfn þá sé ljóst að þeim verður ekki vikið til hliðar með því að Eimskip veiti RAL aukna þjónustu.

Hvað c. og d. liði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga varðar, þá byggir áfrýjandi á því að flutningsgeta Eimskips muni beinlínis aukast vegna samstarfsins. Áfrýjandi fullyrðir að til samninga við framleiðenda nýrra skipa hafi verið ráðist eftir að félögin höfðu gengið frá viljayfirlýsingu um samstarfið og síðar bindandi samnings um sama efni. Nýju skipin séu sérstaklega hönnuð til siglinga á hafsvæðum sem eru utan núverandi siglingaleiða Eimskips. Slíkir eiginleikar hefðu augljóslega verið óþarfir ef Eimskip hefði ætlað sér að skipta þeim út fyrir eldri skip í núverandi siglingakerfi. Að sama skapi er ljóst, að mati áfrýjanda, að fjárfesting RAL í 2150 gámaeininga skipi hefði aldrei komið til nema vegna samstarfsins við Eimskip. Í ákvörðuninni sé hins vegar gengið út frá því að kaup Eimskips á tveimur 2150 gámaeininga skipum hafi verið án fyrirvara um samstarf við RAL og ekki háð samþykki samkeppnisyfirvalda. Framboð Eimskips myndi því aukast óháð því hvort af samstarfinu yrði eða ekki.

Áfrýjandi telur einnig vandséð að hagsmunir Grænlands af reglubundnum siglingum hafi eitthvert vægi við mat á áhrifum samstarfsins á markað málsins. Ekki verði annað séð en að orðin ein liggi að baki þeirri umsögn RAL að aðrir möguleikar en umræddur samningur við Eimskip hafi ekki verið fyrir hendi til að ná fram markmiði um að koma upp vikulegri þjónustu til Nuuk.

Þá telur áfrýjandi að miklu skipti við meðferð málsins að rannsakað sé til hlítar hvernig tryggt sé að kostnaður af flutningunum sé ekki niðurgreiddur af grænlenku landstjórninni. Í hinni kærðu ákvörðun sé haft eftir RAL að félagið þurfi að sýna fram á að þær niðurgreiðslur séu ekki nýttar í siglingum á Atlantshafinu. Engin frekari rannsókn virðist hafa farið fram á þessu, svo séð verði. Áfrýjandi fær því ekki betur séð en Samkeppniseftirlitið hafi látið nægja að spyrja

aðilana sjálfa út í þetta mikilvæga atriði sem geti á engan hátt talist fullnægjandi rannsókn á því hvort þjónustan sé í reynd niðurgreidd að hluta af grænenskum stjórnvöldum. Áfrýjandi bendir á að ef leyst hefði verið úr málinu á grundvelli 53. gr. EES-samningsins, svo sem rétt og skylt hefði verið að gera, þá hefði þurft að rannsaka þennan þátt málsins.

Áfrýjandi telur ljóst að þrátt fyrir að sagt sé að kostnaður af rekstri skipanna sé í grunninn þannig að RAL reki eitt skip og Eimskip tvö skip, þá beri RAL einnig verulegan kostnað af rekstri skipa í eigu Eimskips, svokallaðan „Greenland Extension Costs“, sem áfrýjandi metur 41,5% af heildarkostnaði af rekstri skipanna.

Áfrýjandi fullyrðir að viðskiptahugmyndin hjá Eimskipi sé í grunninn sú að ná samstarfi um samnýtingu á vannýttu rými vegna árstíðasveiflu í flutningsmagni RAL, sem grænenska landstjórnin þurfi að greiða fyrir. Þannig muni grænenska landstjórnin greiða umtalsverðan hluta af heildarkostnaði til að halda úti siglingakerfi með þremur 2150 gámaeininga skipum eða sem svarar rekstri eins skips og „Greenland Extension Costs“. Áfrýjandi gengur út frá því að stærstur hluti flutningsrýmis þessara þriggja skipa sé eyrnamerkur Eimskipi, auk þess sem Eimskip muni hafa tiltekinn forgang að því rými sem RAL tekst ekki að ráðstafa með öðrum hætti.

Skilyrði fyrir undanþágu

Áfrýjandi byggir á því að þau skilyrði sem sett hafi verið fyrir undanþágu réttlæti ekki undanþáguna. Flest skilyrðin séu svokölluð hegðunarskilyrði, sem feli í sér áréttingu á skyldum sem þegar hvíla á undanþágubeiðendum á grundvelli 10. og 11. gr. samkeppnislaga. Eina skilyrðið sem hefur að einhverju marki þann tilgang að daga úr skaðlegum áhrifum samstarfsins á samkeppni sé skilyrði um að RAL skuli eftir fremsta megni leitast við að bjóða flutningsrými félagsins til sölu, áður en því sé ráðstafað til Eimskips. Slíkt skilyrði geti þó ekki réttlætt undanþáguna þar sem skilyrðið vegur ekkert á móti skaðlegum áhrifum samstarfsins, sem séu þau að Eimskip muni ótvírætt geta nýtt kostnaðarhagræði af samstarfinu til að ná til sín viðskiptum frá áfrýjanda og öðrum keppinautum á markaðnum.

Áfrýjandi telur það fordæmalaust að fyrir tilhlutan Samkeppniseftirlitsins, sé einokunarfyrirtæki, sérleyfishafa í eigu annars ríkis, í reynd skikkað til að keppa á markaði hérlendis á grundvelli samstarfs við stærsta fyrirtækið á markaðnum. Sé samstarfið í brýnni andstöðu við þau sjónarmið sem búa að baki þeim grunnreglum samkeppnislaga sem birtast í 10. og 11. gr. þeirra laga og samrunareglum. Með samstarfinu sé tveimur markaðsráðandi fyrirtækjum gert kleift að bjóða fram þjónustu og verð sem önnur fyrirtæki eigi ekki möguleika á að jafna og taka til sín hlutdeild sem sé í dag hjá smærri keppinautum enda mun framboð á markaðnum aukast. Af því leiðir að markaðsráðandi staða Eimskips muni styrkjast. Sameiginlega muni fyrirtækin tvö njóta fullkominna yfirburða í skjóli sérstakrar undanþágu frá skýru banni 10. gr. samkeppnislaga við slíku samstarfi.

Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest þar sem hún hafi byggst á vandaðri málsmeðferð, réttum forsendum og þau skilyrði sem Eimskip og RAL samþykktu að hlíta séu fullnægjandi til að veita fyrirtækjunum undanþágu samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga. Eins og fram komi í hinni kærðu ákvörðun sé það mat Samkeppniseftirlitsins að samstarfið myndi að óbreyttu raska samkeppni. Af þeim sökum hafi ekki verið unnt að veita fyrirtækjunum undanþágu nema samstarfinu yrðu sett skilyrði, sbr. 2. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Skilyrðin sem fyrirtækin samþykktu að hlíta og kveðið sé á um í hinni kærðu ákvörðun sé ætlað að tryggja að hagræðing samstarfsins skili sér í reynd á íslenskan markað og skapi fleiri valkosti fyrir neytendur og stuðli þannig að frekari samkeppni í samræmi við markmið samkeppnislaga. Skilyrðin geri Samkeppniseftirlitinu jafnframt kleift að fylgjast náið með þróun markaðarins og innkomu RAL á íslenskan markað, sem sé forsenda undanþágunnar. Þá sé skilyrðunum einnig ætlað að vinna gegn hættunni á samkeppnishamlandi samráði með það að markmiði að koma í veg fyrir að samstarfið dragi úr virkri samkeppni og samkeppnisþrýstingi.

Um kæruaðild

Samkeppniseftirlitið telur með hliðsjón af úrskurðarframkvæmd að áfrýjandi eiga kæruaðild í málinu þrátt fyrir að hafa ekki verið aðili málsins við meðferð þess hjá Samkeppniseftirlitinu. Sé þá horft til þess að áfrýjandi hafi tjáð sig ítrekað við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu en auk þess varði málið mikilvæga markaði þar sem áfrýjandi starfar.

Um form málsins

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á það með áfrýjanda að samstarf Eimskip og RAL hafi ekki verið rannsakað með fullnægjandi hætti. Vísað er til 1. kafla hinnar kærðu ákvörðunar, þar sem gerð sé ítarleg grein fyrir tildrögum málsins og málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Eins og þar kemur fram var aflað upplýsinga um samstarfið og áhrif þess á þá markaði sem fyrirtækin starfa á, bæði frá fyrirtækjunum sjálfum og áfrýjanda. Á grundvelli þeirra upplýsinga hafi síðan verið metið hvort samstarfið uppfyllti þau skilyrði sem mælt sé fyrir um í a.-d. lið 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga og hvort þau skilyrði sem fyrirtækin buðust til að hlíta væru fullnægjandi til þess að veita mætti samstarfi þeirra undanþágu.

Um samspil samkeppnislaga og EES-samningsins

Samkeppniseftirlitið telur að ekki hafi verið skylt að ráðast í sérstakt mat á því hvort samstarfið samræmist 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins og ef svo væri, hvort það uppfyllti skilyrði 3. mgr. 53. gr., sbr. 1. og 3. mgr. 26. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið bendir m.a. á að með núgildandi samkeppnislögum hafi verið gerðar breytingar á þeim reglum sem gilda um framkvæmd samkeppnisreglna hér á landi. Voru breytingarnar í samræmi við EES-gerðir sem höfðu það markmið að draga úr miðstýrðu samkeppniseftirliti og færa það í auknum mæli til aðildarríkjanna. Eftir innleiðingu á reglugerð ráðsins (EB) nr. 1/2003 frá 16. desember 2002, með reglugerð nr. 811/2006, fengu samkeppnisyfirvöld og dómstólar heimild og skyldur til þess að beita ákvæðum 53. og 54. gr. EES-samningsins. Með tilvísaðri reglugerð ráðsins var horfið frá því fyrirkomulagi að framkvæmdastjórn Evrópusambandsins/ESA heimilaði formlega í einstökum

málum undanþágur frá banni við ólögmætu samráði. Þess í stað var fyrirtækjum sem hyggðu á samstarf falið að meta og ákveða af sjálfsdáðum hvort viðkomandi samstarf uppfyllti þau skilyrði sem sett voru í 3. mgr. 53. gr. EES/101. gr. TFEU. Í kjölfar fyrrgreindra breytinga hefur landsréttur margra aðildarríkja tekið hliðstæðum breytingum. Samkeppniseftirlitið bendir á að fyrirkomulagið hafi hins vegar ekki verið tekið upp við beitingu 10. og 15. gr. samkeppnislaga hér á landi. Allt samráð sem fellur undir 10. gr. laganna sé bannað og því banni verður aðeins vikið til hliðar þegar Samkeppniseftirlitið beitir heimild sinni samkvæmt 15. gr. laganna.

Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að í VII. kafla samkeppnislaga sé fjallað um framkvæmd samkeppnisreglna o.fl. samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Í 1. mgr. 21. gr. laganna sé lögð sú skylda á Samkeppniseftirlitið, áfrýjunarnefnd samkeppnismála og íslenska dómstóla að beita 53. og 54. gr. EES-samningsins eftir því sem kveðið sé á um í lögum, m.a. 25.-28. gr. laganna. Af 1. mgr. 26. gr. laganna megi ráða að ef Samkeppniseftirlitið, áfrýjunarnefnd samkeppnismála eða dómstólar beiti 10. gr. samkeppnislaga vegna samninga eða samstilltra aðgerða og ef þeir samningar eða samstilltar aðgerðir geti haft áhrif á viðskipti milli aðila að EES-samningnum, skuli einnig beita 53. gr. EES-samningsins að því er varðar slíka samninga eða samstilltar aðgerðir. Enga sambærilega skyldu eða fyrirkomulag sé hins vegar að finna í tengslum við beitingu á 15. gr. samkeppnislaga en áréttað sé að í hinni kærðu ákvörðun sé beitt 15. gr. en ekki 10. gr. samkeppnislaga og því ekki fyrir hendi heimild eða skylda til að beita 53. gr. EES-samningsins.

Að mati Samkeppniseftirlitsins feli beiting á ákvæði 15. gr. samkeppnislaga ekki í sér túlkun á ákvæði 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins og sé því með fyrirvara um mögulega beitingu og gildi EES-samningsins. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins bindur því ekki hendur Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) til að beita 53. gr. EES-samningsins, sé þess þörf. Að mati Samkeppniseftirlitsins sé það því alfarið á ábyrgð Eimskips og RAL að rækja starfsemi sína í samræmi við EES-samninginn í þessu samhengi og gæta þess að samstarf fyrirtækjanna uppfylli skilyrði 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Samkeppniseftirlitið hafi leitað sjónarmiða ESA um samspil 15. gr. samkeppnislaga og samkeppnisreglna EES-samningsins, í tilefni af kæru

áfrýjanda. Í svari ESA komi fram að Samkeppniseftirlitið hafi ekki heimild til þess að veita undanþágu frá 53. og 54. gr. EES-samningsins. Vegna þessa sé það niðurstaða ESA að við beitingu á 15. gr. samkeppnislaga, stofnist ekki skylda til þess að beita 53. gr. EES-samningsins.

Um markað málsins og aðila á honum

Að mati Samkeppniseftirlitsins er starfsemi RAL talsvert frábrugðin öðrum aðilum á hinum skilgreinda markaði en fyrirtækið geti t.a.m. einungis boðið upp á vikulegar siglingar hluta úr ári, eða í um sjö mánuði á ári. Hina mánuðina líði 9 eða 12 dagar á milli brottfara. Af þessum sökum geti RAL einungis annast flutninga til og frá Íslandi að takmörkuðu leyti og sé því ekki unnt að leggja stöðu RAL í dag að jöfnu við önnur starfandi félög á markaðnum þegar kemur að hefðbundnum vikulegum áætlunarsiglingum til og frá Íslandi. Starfsemi RAL hér á landi hafi takmarkast við flutninga milli Íslands og Grænlands og hafi þeir flutningar verið óverulegir. Sökum þessa sé ekki í hinni kærðu ákvörðun horft til RAL sem keppinautar þeirra félaga sem boðið hafi upp á reglubundnar áætlunarsiglingar milli Íslands og annarra ríkja í Norður-Evrópu.

Það sé því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að RAL sé a.m.k. mögulegur keppinautur í skilningi samkeppnisréttarins og veiti fyrirtækjum á hinum skilgreinda markaði visst samkeppnislegt aðhald. Með hliðsjón af umsögn RAL við meðferð málsins telji Samkeppniseftirlitið að með samstarfinu við Eimskip, og á grundvelli skilyrða hinnar kærðu ákvörðunar, verði RAL raunverulegur keppinautur og sé sú breyting til þess fallin að auka samkeppni.

Um 15. gr. samkeppnislaga

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á sjónarmið áfrýjanda um að fordæmalaust sé að markaðsráðandi aðilum sé með viðlíka hætti veitt undanþága á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið vísar m.a. til þess að í lögskýringargögnum með þágildandi d. lið 16. gr., sbr. núgildandi d. lið 15. gr. samkeppnislaga, komi fram að ef samstarf verði aðeins talið takmarka óverulega samkeppni milli samstarfsfyrirtækja muni mikil markaðshlutdeild þeirra fyrirtækja ekki ein og sér koma í veg fyrir undanþágu fyrir slíkt samstarf. Samkeppniseftirlitið vísar einnig

til þess að staðhæfing áfrýjanda sé í ósamræmi við hvernig efnislega sambærilegt ákvæði hefur verið túlkað í EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. einkum 106. mgr. leiðbeiningarreglna ESA um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES, þar sem fram komi að samkeppnishamlandi samningar á vegum markaðsráðandi fyrirtækis feli ekki allir í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Þá vísar Samkeppniseftirlitið til ákvörðunar eftirlitsins nr. 46/2009, *Ósk Hf. Eimskipafélags Íslands og Samskipa hf. um undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga fyrir samstarfi í sjóflutningum á milli Íslands og Norður-Ameríku*, þar sem aðilum var veitt tímabundin undanþága á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga. Umrætt samstarf var milli keppinauta með 100% markaðshlutdeild en í málinu var því m.a. haldið fram að samstarfið væri til þess fallið að auka samkeppni.

Hópundanþága samkvæmt reglugerð framkvæmdastjórnar ESB nr. 906/2009

Vegna umfjöllunar áfrýjanda um reglugerð framkvæmdastjórnar ESB nr. 906/2009 áréttar Samkeppniseftirlitið að í hinni kærðu ákvörðun komi skýrt fram að hún eigi ekki við í málinu. Það leiði hins vegar ekki sjálfkrafa til þess að viðkomandi samningur geti ekki uppfyllt skilyrði þágildandi 2. mgr. 81. gr. sáttmálans sem sé efnislega samhljóða 15. gr. samkeppnislaga.

Að teknu tilliti til skilyrða hinnar kærðu ákvörðunar telur Samkeppniseftirlitið að þau jákvæðu áhrif, sem vísað hafi verið til af fulltrúa ESB á vettvangi OECD, séu til staðar varðandi samstarf Eimskips og RAL. Af 15. gr. samkeppnislaga leiði að meta þurfi hvort hin jákvæðu áhrif sem leiði af samstarfi keppinauta vegi þyngra en þau neikvæðu þegar markaðshlutdeild samstarfsaðila sé yfir 30%.

Skilyrði staflíða 15. gr. samkeppnislaga

Að mati Samkeppniseftirlitsins er enginn ágreiningur um að skilyrði a. liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga sé fullnægt. Samkeppniseftirlitið fellst hins vegar ekki á að umfjöllun um b. lið 15. gr. samkeppnislaga sé ábótavant í hinni kærðu ákvörðun. Áfrýjandi byggir á því að ekki sé tryggt að það kostnaðarhagræði sem hlýst af samstarfinu muni koma neytendum til góða í formi lægra verðs og að verðákvarðanir geti haft neikvæð áhrif á markaði til lengri tíma litið. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta. Í fyrsta lagi óskaði

Samkeppniseftirlitið eftir og fékk útreikninga og forsendur um það kostnaðarhagræði sem hlytist af samstarfinu. Í öðru lagi sé það hagræði sem hlýst af samstarfi Eimskips og RAL ekki eingöngu bundið við kostnaðarhagræði heldur geri samstarfið félögunum kleift að bjóða upp á vikulegar áætlunarsiglingar til og frá Íslandi, allt árið. Með ákvörðuninni sé því verið að stuðla að aukinni samkeppni og tilheyrandi umbótum í sjóflutningum til og frá Íslandi.

Varðandi staðhæfingar áfrýjanda um að ekki hafi verið litið til athugasemda hans um hugsanleg neikvæð áhrif til lengri tíma þá bendir Samkeppniseftirlitið á að talið hafi verið nauðsynlegt að setja samstarfinu skilyrði sem m.a. sé ætlað að tryggja að samkeppnisyfirvöld geti fylgst náið með þróun markaðarins og eftir atvikum gripið inn í ef þörf krefur.

Samkeppniseftirlitið hafi einnig rannsakað sérstaklega hvort líkur hafi verið á því að RAL færi í samkeppni við Eimskip, með því að óska eftir upplýsingum frá RAL og fleiri aðilum en áfrýjandi hefur dregið í efa að RAL muni fara í samkeppni við Eimskip á sama tíma og félögin tvö hafa sammælt um að gagna í eina sæng um verulegan hluta starfseminnar. Er því hafnað að yfirlýsingar um það hafi verið til málamynda, líkt og áfrýjandi byggir á en innkoma RAL á íslenskan markað sé forsenda fyrir veitingu undanþágu, og hafi samkeppnisyfirvöld tækifæri til þess að fylgjast náið með þróun markaðarins vegna skilyrða sem undirrituð hafa verið. Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi geti ekki með réttu gagnrýnt hina kærðu ákvörðun á þeim grunni að hún sé til þess fallin að auka samkeppni á þeim markaði sem hann starfar enda hafi áfrýjandi réttilega ekki aðgang að upplýsingum um fyrirhugaða innkomu RAL á markaðinn sem sé forsenda veitingu undanþágunnar.

Samkeppniseftirlitið fellst heldur ekki á þau sjónarmið áfrýjanda að viðskipti RAL muni ekki verða á kostnað Eimskips heldur annarra skipafélaga á markaðnum, ekki síst áfrýjanda. Með samstarfinu muni samkeppni og samkeppnislegur þrýstingur aukast, ekki síst milli aðila að samstarfinu því í raun og veru séu tveir flutningsaðilar að bjóða sömu þjónustuna.

Samkeppniseftirlitið gerir athugasemdir við þær fullyrðingar áfrýjanda að afkastageta (framboð) muni aukast umtalsvert vegna samstarfsins. Samkeppniseftirlitið bendir á að Eimskip og RAL hafa samið við

skipasmíðastöðvar um smíði nýrra skipa og séu samningarnir ekki háðir því að veitt sé undanþága frá samkeppnislögum. Af því leiði að flutningsgeta Eimskips muni ekki aukast umtalsvert vegna samstarfsins, líkt og áfrýjandi heldur fram. Hins vegar muni siglingatíðni RAL til og frá Íslandi fara úr því að vera vikulega sjö mánuði ársins, í að vera vikuleg allt árið um kring, beinlínis vegna samstarfsins, og muni það magn bætast við flutningsframboð til og frá landinu. Af því leiði að kostnaður við veitingu þjónustunnar muni minnka og heildarframboð á áætlunarsiglingum til og frá Íslandi muni aukast.

Samkeppniseftirlitið telur að verulegar aðgangshindranir séu á mörkuðum fyrir sjóflutninga til og frá landinu. Ef nýr aðili ætlar sér innkomu á þann markað sé nauðsynlegt að hann hafi góðan aðgang að hafnaraðstöðu og tilheyrandi mannvirkjum og þjónustu, s.s. gámakrönnum, gámavöllum, vöruhótelum og frystigeymslum. Samkeppniseftirlitið segir rétt að fyrirsvarsmenn Faxaflóahafna telji að aðgangshindranir séu ekki til staðar í Sundahöfn en bendi á að Faxaflóahafnir telja upp fjölmörg atriði sem benda til þess að verulegar aðgangshindranir séu í raun til staðar. Nægi að nefna langa lóðaleigusamninga, takmarkaða aðstöðu á baksvæðum, að uppbygging hafnaraðstöðu hafi tekið mið af umfangi flutninga og eftirspurnar Eimskips og Samskipa og að gatnakerfi Reykjavíkurborgar að og frá Sundahöfn sé komið að ákveðnum þolmörkum. Jafnframt sé það mat Faxaflóahafna að flutningur um aðrar hafnir geti verið raunhæfari kostur fyrir nýjan keppinaut. Samkeppniseftirlitið bendir á að ljóst sé að Sundahöfn sé megin flutningahöfn fyrir almenna vöru til og frá Íslandi og sé hún sérstaklega mikilvæg innflytjendum vegna staðsetningar hennar. Það skapi örðugleika fyrir nýja mögulega keppinauta sem vilji hefja áætlunarsiglingar til og frá Íslandi að ekki sé í boði þjónusta, t.d. í Sundahöfn, sjálfstæðra fyrirtækja sem sinna hafnarþjónustu og vöruafgreiðslu gámaflutningaskipa, s.s. lestun og losun skipa og starfsemi vöruhótela.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á þær röksemdir áfrýjanda að ályktun Samkeppniseftirlitsins, um að RAL nái að yfirstíga ætlaðar aðgangshindranir, sé markleysa þar sem Eimskip veiti RAL þjónustu í dag við lestun og losun hér á landi og muni halda áfram að gera slíkt. Að mati Samkeppniseftirlitsins sé ljóst að sú þjónusta sem Eimskip mun inna af hendi í Sundahöfn í kjölfar samstarfsins sé af

öðrum toga og meiri en núverandi þjónusta vegna aukinnar siglingatíðni RAL og auknu flutningsmagni. Að því leyti muni samstarfið gera RAL kleift að yfirstíga þær aðgangshindranir sem félagið sjálf segist upplifa á markaðnum. Um leið kunni innkoma RAL að skapa fordæmi fyrir önnur skipafélög sem æskja sambærilegra kjara í Sundahöfn, þó áfrýjandi haldi hinu gagnstæða fram.

Varðandi c. lið 15. gr. samkeppnislaga þá telur Samkeppniseftirlitið samning aðila ekki leggja óþarfa höft á þá til að settum markmiðum sé náð. Samkeppniseftirlitið fellst ekki á sjónarmið áfrýjanda um að eftirlitið hafi ekki rannsakað nægjanlega veittar upplýsingar frá RAL um að félagið þiggi niðurgreiðslur frá grænenskum yfirvöldum en megi ekki nota slíka fjármuni til að niðurgreiða gámaflutninga á Atlantshafi. Samkeppniseftirlitið aflaði gagna og fundaði með aðilum máls, til að afla skýringa og öðlast skilning á samstarfi aðila að þessu leyti. Samkvæmt upplýsingum frá RAL megi félagið ekki nota niðurgreiðslur frá grænenskum yfirvöldum til að þjónusta grænensk byggðarlög, í starfsemi sinni á Atlantshafi og þurfi félagið ávallt að geta sýnt fram á slíka fjárhagslega aðgreiningu.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á sjónarmið áfrýjanda um að flutningar til og frá Grænlandi séu ekki að fara að aukast og að grænenska landstjórnin muni að einhverju leyti niðurgreiða flutninga Eimskip með svokölluðum „Greenland Extension Costs“. Vísað er til þess að mikil uppbygging hafi verið á Grænlandi og frekari uppbygging fyrirhuguð. Þá hafi RAL nefnt aukin tækifæri í útflutningi á fiski, fersku vatni, steinefnum og leir sem verði til við bráðnun Grænlandsjökuls. Það sé rétt að RAL muni greiða Eimskipi fyrir kostnað sem tengist hringferðinni á milli Nuuk í Grænlandi og Reykjavíkur, kostnað sem fellur til við að veita þjónustu sem einungis RAL hefur leyfi til að sinna. Ástæðan fyrir því sé sú að RAL hafi engin áform um að falla frá sérleyfi sínu á áætlunarflutningum á sjó til og frá Grænlandi. Vegna þessa mun RAL greiða Eimskipi sérstaklega fyrir flutningana milli Íslands og Grænlands enda verður Eimskip fyrir kostnaði við það að bæta Nuuk við hringferð sína. Hins vegar bendir ekkert til þess að RAL muni niðurgreiða samkeppnisrekstur með sérleyfisfé til hagsbóta fyrir annað hvort RAL eða Eimskip.

Um skilyrði fyrir undanþágu

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að skilyrði 2. gr. sáttarinnar sé í raun eina skilyrðið sem geti dregið úr skaðlegum áhrifum samstarfsins á samkeppni þar sem önnur skilyrði feli ekki í sér neina viðbót og eru einungis árétting á skyldum sem hvíla á félögunum á grundvelli 10. og 11. gr. samkeppnislaga.

Ítarlega sé fjallað um tilgang skilyrðanna í hinni kærðu ákvörðun. Ástæða setningu skilyrðanna sé m.a. sú að markaðurinn sé afar mikilvægur fyrir íslenskt efnahagslíf en innkoma RAL inn á hinn skilgreinda markað sé forsenda fyrir veitingu undanþágu í málinu. Með settum skilyrðum geti Samkeppniseftirlitið fylgst náið með þróun markaðarins og gripið inn í ef þess gerist þörf.

Það sé mat Samkeppniseftirlitsins að samstarfið geri RAL kleift að bjóða upp á vikulegar áætlunarsiglingar til og frá Íslandi og yfirstíga þær aðgangshindranir sem vikið hafi verið að. Það sé til hagsbóta fyrir íslenska neytendur og fyrirtæki að samkeppni aukist m.a. með því að fleiri aðilar geti boðið upp á reglubundna sjóflutninga á milli Íslands og Norður-Evrópu. Samstarfið muni ekki leiða til þess að keppinautum fækki eða það dragi úr samkeppnislegum þrýstingi á markaðnum, heldur þvert á móti muni hann aukast þar sem í hinni skilyrtu undanþágu felist að tveir aðilar muni bjóða upp á viðkomandi flutninga í samkeppni við hvor annan og við áfrýjanda og aðra keppinauta. Einnig hlýst ávinningur fyrir neytendur og aðra viðskiptavini í formi aukinnar tíðni skipaferða RAL. Samstarfið muni einnig hafa jákvæð áhrif á tengda markaði, t.d. fyrir flutningsmiðlanir hér á landi.

Þó svo að um samstarf sé að ræða sem sé til hagsbóta fyrir íslenska neytendur, þá sé eftir sem áður um að ræða samstarf milli fyrirtækja sem verða í samkeppni sín á milli. Meðal annars vegna þessa telji Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að áréttar þær skyldur sem felist í 10. og 11. gr. samkeppnislaga og hnykki á því hvað í þeim felst. Sé þetta gert til að vinna gegn hættu á samkeppnishamlandi samstarfi, líkt og fjallað hefur verið um á vettvangi OECD.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á fyrirvara áfrýjanda á því að RAL og Eimskip geti með samstarfinu talist til sjálfstæðra keppinauta á markaði, m.a. þar sem kostnaðaruppbygging félaganna verði nánast sú sama að grunni til. Fyrir liggi að

RAL muni kaupa þjónustu af Eimskipi í Sundahöfn, skip félaganna verði rekin af hvoru félagi um sig auk þess sem RAL eitt hafi sérleyfi frá grænlsku landstjórninni til að stunda áætlunarsjóflutninga til og frá Grænlandi. RAL hafi enga aðra starfsemi á Íslandi á meðan Eimskip rekur flutningsmiðlun og landflutninga. Því sé starfsemi félaganna að mörgu leyti frábrugðin.

Annað

Samkeppniseftirlitið gerir athugasemdir við tilvísanir áfrýjanda um markaðsráðandi stöðu Eimskips og RAL og ætlaða sameiginlega markaðsráðandi stöðu þeirra á ýmsum stöðum í málgögnum. Einungis Eimskip geti talist vera í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði.

Að mati Samkeppniseftirlitsins beri málatilbúnaður áfrýjanda þess merki að samstarf Eimskips og RAL beri að meta með sérstöku tilliti til mögulegra samkeppnislegra áhrifa á starfsemi hans. Því sé Samkeppniseftirlitið ósammála. Undanþága samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga verði aldrei felld úr gildi á þeim grunni einum að hún skapi þeim sem hennar njóti samkeppnisforskot gagnvart keppinautum. Eðli málsins samkvæmt geti fjölmargir samstarfssamningar skapað hagræði og forskot fyrir samningsaðila gagnvart keppinautum þeirra. Verði slíkir samstarfssamningar ekki ólögmatir við það að keppinautar séu ósáttir eða telji að sér vegið heldur ráðist lögmætið eingöngu af því hvort skilyrði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt. Ef skilyrði séu uppfyllt sé það í samræmi við almannahagsmuni að undanþága sé veitt.

Sjónarmið Eimskips

Eimskip bendir á að sú undanþága sem Samkeppniseftirlitið hafi veitt félaginu og RAL á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga varðar samstarf félaganna um nýtingu gámaskipa með svonefndum VSA samningi. Þeir efnahagslegu hvatar sem búi að baki slíku samstarfi tengist að meginstefnu þeirri stærðarhagkvæmni sem náist með því að reka stærri skip, sem verði til þess að betri nýting náist á því flutningsrými sem í boði sé auk þess sem áhætta tengd fjárfestingum í stórum flutningaskipum dreifist að einhverju leyti á milli samstarfsaðila. Slíkir samningar veiti einnig félögum færi á að víkka þann landfræðilega markað sem unnt sé að

þjóða þjónustuna á, auðveldi inngöngu á nýja markaði og auki tíðni þjónustunnar. Áætlunarsiglingar krefjast mikillar fjárfestingar og í sumum tilfellum sé samstarf við stærri skipafélög eina leiðin fyrir smærri skipafélög til þess að geta boðið upp á reglulegar áætlunarsiglingar.

Að mati Eimskips sé samstarfið til þess fallið að efla samkeppni á hinum skilgreindu mörkuðum málsins. Með samstarfinu sé lagður grunnur að breyttu samkeppnisumhverfi, með því að opna fyrir tilkomu nýs og öflugs samkeppnisaðila og um leið neytendum til hagsbóta. Sömuleiðis sé búið svo um hnúta með skilyrðum sem samstarfinu séu sett, að keppinautar sem þegar séu fyrir á markaði geti notið ákveðins ábata.

Að mati Eimskips virðist ágreiningur málsins einkum lúta að skilyrðum b. og d. liða 15. gr. samkeppnislaga en ekki sé ágreiningur um að skilyrðum a. og c. liða ákvæðisins sé fullnægt.

Málatilbúnaður áfrýjanda byggir í grunninn á því að það hagræði sem samstarfið leiði af sér verði á kostnað annarra keppinauta og um leið, þvert á hagsmuni neytenda. Í forsendum hinnar kærðu ákvörðunar sé hins vegar talið að samstarfið sé til þess fallið að auka samkeppni á hinum skilgreindu mörkuðum málsins og um leið neytendum til hagsbóta. Sé þetta raunar forsendan fyrir veitingu undanþágunnar. Í hinni kærðu ákvörðun séu samstarfinu síðan jafnframt sérstaklega sett skilyrði, gagnert í þeim tilgangi að ýta undir samkeppni á hinum skilgreinda markaði með innkomu RAL í samræmi við forsendur fyrir veitingu undanþágunnar. Þannig sé sett skilyrði sem skyldi RAL að forgangsraða sölu í flutningsrými sínu eftir fremsta megni, með þeim hætti að það sé fyrst selt með beinum hætti til almennra viðskiptavina á umræddum markaði, því næst selt til þriðja aðila líkt og umboðsmanna og flutningsmiðlara, sem og annarra alþjóðlegra skipafélaga en í síðasta lagi og aðeins í kjölfar framangreinds sé heimilt að bjóða ónýtt flutningsrými til Eimskips. Með þessu geti um leið aðilar, sem þegar eru fyrir á markaði, notið þess ábata sem samstarfinu fylgi.

Eimskip telur að skilyrðin gangi um leið umtalsvert lengra en samkvæmt hefðbundnum VSA samningum á alþjóðlegum mörkuðum; ekki einasta þurfi Eimskip að greiða fyrir ónýtt „slot“ RAL í skipum Eimskips, samkvæmt fyrirfram skilgreindum verðforsendum, heldur sé sá réttur einnig háður „forkaupsrétti“

annarra samkvæmt framangreindu en slíkt tíðkist almennt ekki í hefðbundnum VSA samningum. Vegna þessa séu ákvæði um árlega skýrsluskyldu í sátt við RAL sem gefur samkeppnisyfirlöndum tækifæri á að fylgjast náið með innkomu RAL á íslenskan markað. Auk þess beri Eimskip að veita RAL aðgang að höfnum sínum hér á landi til lestunar og losunar og þá sé Eimskip óheimilt að leggja nokkrar hömlur á aðgang RAL að hinum íslenska markaði.

Af málatilbúnaði áfrýjanda virðist sem hann telji að innkoma RAL á markaðinn sé nafnið tóm. Miðað við forsendur hinnar kærðu ákvörðunar stenst þessi málatilbúnaður áfrýjanda hins vegar ekki og þá er sérstaklega til þess að líta, að reynist þessi forsenda röng þegar til kemur, leiði af 3. mgr. 15. gr. samkeppnislaga að Samkeppniseftirlitið getur dregið undanþáguna til baka eða breytt skilyrðum hennar. Að mati Eimskips væri það sérkennileg nálgun að ógilda hina kærðu ákvörðun, á þeim grunni að forsendur hennar um nýjan og virkan keppinaut á mörkuðum málsins séu rangar, þegar eftir á að reyna á forsenduna og Samkeppniseftirlitið nýtur lögbundinna úrræða gangi hún ekki eftir.

Eimskip bendir á að í sjónarmiðum áfrýjanda, um að flutningsgeta Eimskips aukist með samstarfinu, felist mikil einföldun. Eimskip hafi þegar fest kaup á þeim skipum sem um ræði og geti samkeppnislög aldrei staðið því í vegi. Flutningsgetan standi því ekki í beinu samhengi við umrætt samstarf. Fjárfesting í nýjum skipum muni kalla á aðrar breytingar á skipaflota Eimskips og t.a.m. sé stefnt að því að selja eldri skip.

Að mati Eimskips er hin kærða ákvörðun stutt málefnalegum sjónarmiðum og haldbærum rökum en játa verður stjórnvöldum ákveðið svigrúm til mats. Ekki hafi verið sýnt fram á að ákvörðunin sé haldin annmörkum.

Sjónarmið RAL

Að mati RAL snýr álitaefni málsins að því hvort það sé í samræmi við reglur samkeppnislaga að tvö skipafélög, sem áfram munu vera keppinautar á öllum sviðum, geri með sér samning um samnýtingu á plássi í áætlunarskipum. Að mati RAL samræmist slíkt reglum samkeppnislaga.

RAL telur að samstarf félagsins og Eimskips sé samkeppnishvetjandi og til þess fallið að auka samkeppni á Íslandi sem og annars staðar. Samstarfið byggi á

svokölluðum VSA samningi, sem sé mjög algeng tegund samstarfs milli fyrirtækja innan skipageirans. Samstarfið snúi á engan hátt að viðskiptalegri hlið skipafélaganna heldur taki félögin hvort í sínu lagi allar ákvarðanir um háttsemi gagnvart viðskiptavinum. Þannig séu VSA samningar almennt til þess fallnir að auka framleiðni og gæði þjónustunnar vegna þeirrar hagræðingar sem samningarnir veiti þeim félögum sem í hlut eigi í formi stærðarhagkvæmni í skipaflutningum og samnýtingu á hafnaraðstöðu. Þá séu slíkir samningar jafnframt til þess fallnir að efla tæknilegar og efnahagslegar framfarir með bættri nýtingu gáma og skilvirkari notkun á flutningsgetu.

RAL tekur fram að samstarfið muni ekki hafa útilokandi áhrif gagnvart áfrýjanda en um sé að ræða VSA samning sem feli ekki í sér einkarétt. Ekkert komi í veg fyrir að RAL bjóði áfrýjanda sambærilegan eða ólíkan samning um eigin rými eða selji rýmið sem það hafi fengið úthlutað í skipum Eimskips til áfrýjanda enda sé algjörlega undir RAL komið hvernig félagið nýti það pláss sem það fái úthlutað í skipum Eimskips.

RAL bendir á að reglugerð framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins um hópundanþágur, nr. 906/2009, undanskilji VSA samninga frá ákvæði 101. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins, um bann við samkeppnishamlandi samningum. Þegar reglugerðinni sleppir, t.d. þegar aðilar eru með markaðshlutdeild umfram þau viðmið sem reglugerðin kveði á um, hafi framkvæmdastjórnin tekið mjög jákvæða afstöðu gagnvart VSA samningum. Í samrunamáli nr. M.5756 DFDS/Norfolk, samþykkti framkvæmdastjórnin til að mynda skilyrði er lutu að samningi um leigu á rými þrátt fyrir mjög háa markaðshlutdeild hlutaðeigandi. Þannig leit framkvæmdastjórnin svo á að samningur, sem var sambærilegur þeim sem hér sé til umfjöllunar, gæti verið til þess fallinn að leysa þau samkeppnislegu vandamál sem annars voru uppi í málinu.

Hvað varðar sjónarmið áfrýjanda um 53. gr. EES-samningsins þá bendir RAL á að Samkeppniseftirlitið hafi ekki lögsögu innan regluverks EES til að kveða á um að samningur sé í samræmi við 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins eða til að veita samningnum undanþágu samkvæmt 3. mgr. sömu greinar samningsins. Reglur Evrópusambandsins komi í veg fyrir slíka háttsemi innlendra samkeppnisyfirvalda, sbr. reglugerð nr. 1/2003. Samkvæmt ákvæði 5. gr.

reglugerðarinnar sé samkeppnisyfirvöldum aðildarríkjanna „heimilt að ákveða að ekki sé ástæða til aðgerða af þeirra hálfu ef skilyrðum fyrir banni er ekki fullnægt á grundvelli fyrirliggjandi upplýsinga“. Þar sem Samkeppniseftirlitið hafi komist að þeirri niðurstöðu að samstarfið sé samkeppnishvetjandi og falli undir 15. gr. samkeppnislaganna geti stjórnvaldið ekki beitt 1. mgr. 53. gr. né 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

V

Niðurstaða

1

Ágreiningur máls þessa snýr einkum að tveimur meginatriðum. Annars vegar að því hvort Samkeppniseftirlitinu hafi borið að beita 53. gr. EES-samningsins samhliða 10. og 15. gr. samkeppnislaga við úrlausn málsins og leggja sérstakt mat á það hvort samstarf Eimskips og RAL samræmdist 1. mgr. 53. gr. EES samningsins, og ef svo væri ekki, hvort skilyrði 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins sbr. 1. og 3. mgr. 26. gr. samkeppnislaga, væru uppfyllt.

Hins vegar snýr ágreiningurinn að því hvort skilyrði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga fyrir undanþágu frá ákvæði 10. gr. sömu laga hafi verið uppfyllt í því máli sem hér um ræðir og þá að teknu tilliti til þeirra skilyrða sem sett voru af hálfu Samkeppniseftirlitsins fyrir undanþágunni og fram koma í sátt sem tekin er upp í ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar.

2

Áfrýjunarnefnd fellst á að áfrýjandi sé aðili að málinu fyrir nefndinni. Fyrir liggur að áfrýjandi starfar á þeim markaði sem hin kærða ákvörðun tekur til. Að mati nefndarinnar hefur umrædd ákvörðun áhrif á stöðu áfrýjanda og snertir hann með þeim hætti sem aðgreinir stöðu hans frá öðrum. Með vísan til þess verður að telja að áfrýjandi hafi mikilvæga og sérstaka hagsmuni af þeirri ákvörðun sem mál þetta varðar og eigi því kærvaðild.

3

Áfrýjandi hefur í málalíbúnaði sínum m.a. vísað til þess að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um að ekki væri ástæða til að beita ákvæðum 53. gr. EES-

samningsins við úrlausn málsins, fáist ekki staðist. Áfrýjandi telur að fyrrgreint samstarf Eimskips og RAL komi til með að hafa áhrif í mörgum aðildarríkjum EES og því verði málaleitan þeirra ekki eingöngu leitt til lykta á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga heldur verði jafnframt að horfa til ákvæða 53. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Samkeppniseftirlitinu hafi því borið að ráðast í sérstaka rannsókn og mat á því hvort fyrrgreint samstarf félaganna samræmist ákvæðum 53. gr. EES-samningsins. Í því sambandi bendir áfrýjandi m.a. á að samkvæmt 1. mgr. 21. gr. samkeppnislaga hvíli sú skylda á íslenskum samkeppnisyfirköndum og dómstólum að beita ákvæðum 53. gr. EES-samningsins eftir því sem kveðið er á um í lögum, m.a. í 25. – 28. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjandi telur það einnig án fordæma að undanþáguheimild 15. gr. samkeppnislaga sé nýtt í því skyni að veita fyrirtæki sem sé í markaðsráðandi stöðu undanþágu til samreksturs með keppinauti sem sé auk þess í einokunarstöðu á tengdum markaði og njóti opinberra styrkja frá þarlendum stjórnvöldum. Því til viðbótar telur áfrýjandi að gögn málsins sýni að skilyrði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga fyrir undanþágu frá ákvæði 10. gr. samkeppnislaga séu ekki uppfyllt í málinu og að þau skilyrði sem til viðbótar hafi verið sett fyrir undanþágunni séu ekki nægileg til að veita upp á móti þeim skaðlegu áhrifum sem samstarf félaganna muni hafa á samkeppni á tilgreindum mörkuðum.

Að mati áfrýjanda skortir einnig verulega á að þær ályktanir sem niðurstaða Samkeppniseftirlitsins grundvallast á séu byggðar á fullnægjandi gögnum og rannsóknum og því uppfylli hin kærða ákvörðun ekki þær kröfur sem gerðar séu í 10. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 varðandi rannsóknarskyldu stjórnvalda, sem er sérstaklega mikilvæg við túlkun og beitingu undanþáguheimilda eins og þá sem hér um ræðir.

4

Í 1. mgr. 10. gr. samkeppnislaga kemur fram að allir samningar eða samþykktir, milli fyrirtækja hvort heldur þær eru bindandi eða leiðbeinandi, og samstilltar aðgerðir sem hafa að markmiði eða af þeim leiðir að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað, séu bannaðir.

Óumdeilt er að samstarf Eimskips og RAL á grundvelli svonefnds VSA samnings, sem kveður m.a. á um samnýtingu á plássi í áætlunarskipum félaganna, fellur undir ákvæði 10. gr. samkeppnislaga. Í niðurstöðukafla hinnar kærðu ákvörðunar er að finna mat Samkeppniseftirlitsins á skilgreindum markaði málsins og stöðu aðila á þeim markaði. Ekki verður séð að ágreiningur sé með málsaðilum um markað málsins. Áfrýjunarnefnd fellst á mat Samkeppniseftirlitsins varðandi markaðshlutdeild og stöðu aðila á markaði. Rétt er hins vegar að taka fram í þessu sambandi að ákvæði 10. gr. samkeppnislaga tekur bæði til raunverulegra og mögulegra keppinauta á hinum skilgreinda markaði.

Reglugerð framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins nr. 906/2009 um hópundanþágur, sem innleidd var hér á landi með reglugerð nr. 1272/2012, veitir tilteknum flokkum samninga, ákvarðana og samstilltum aðgerðum milli skipafélaga undanþágu frá banni EES/ESB samkeppnisréttar við samráði keppinauta. Ágreiningslaust er að reglugerðin veitir áður nefndum VSA samningi Eimskips og RAL ekki undanþágu þar sem markaðshlutdeild félaganna á skilgreindum markaði fer yfir þau viðmiðunarmörk sem fram koma í 5. gr. reglugerðarinnar varðandi sameiginlega markaðshlutdeild samstarfsaðila. Það eitt útilokar hins vegar ekki undanþágu á grundvelli þeirra heimilda sem fram koma í EES-samningnum eða samkeppnislögum.

5

Samkvæmt 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið veitt m.a. undanþágu frá ákvæði 10. gr. laganna. Skilyrði slíkrar undanþágu eru að samningar, samþykktir, samstilltar aðgerðir eða ákvarðanir samkvæmt 10. gr. laganna, uppfylli eftirtalin skilyrði:

- a. stuðli að bættri framleiðslu eða dreifingu á vöru og þjónustu eða efli tæknilegar og efnahagslegar framfarir.
- b. veiti neytendum sanngjarna hlutdeild í ávinningi sem af þeim hlýst.
- c. leggi ekki höft á hlutaðeigandi fyrirtæki sem óþörf eru til að settum markmiðum verði náð og
- d. veiti fyrirtækjunum ekki færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna eða þjónustunnar sem um er að ræða.

Öll skilyrði ákvæðisins verða að vera uppfyllt svo til álita komi að veita undanþágu frá ákvæði 10. gr. samkeppnislaga. Það hvílir á þeim aðila, sem fer fram á undanþágu samkvæmt 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga að sýna fram á að öllum skilyrðum ákvæðisins sé fullnægt. Í 2. mgr. 15. gr. laganna kemur fram að hægt sé að setja skilyrði fyrir undanþágu. Samkvæmt 3. mgr. sömu greinar getur Samkeppniseftirlitið dregið undanþágu til baka eða breytt skilyrðum hennar ef forsendur sem lágu til grundvallar undanþágunnar hafi breyst, undanþágan hafi verið veitt á grundvelli rangra eða villandi upplýsinga eða fyrirtæki brýtur þau skilyrði sem sett eru fyrir undanþágunnar.

Sterk staða aðila á markaði, annars eða beggja, kemur ein og sér ekki í veg fyrir að undanþága á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga verði veitt. Sterk markaðsstaða viðkomandi aðila hefur hins vegar verulega þýðingu þegar lagt er mat á það hvort skilyrði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt og getur eftir atvikum haft áhrif á það að frekari skilyrði fyrir undanþágu verði sett á grundvelli 2. mgr. 15. gr. samkeppnislaga.

6

Með lögum nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið var meginmáli EES-samningsins veitt lagagildi hér á landi, sbr. 1. mgr. 2. gr. laganna. Í IV. hluta samningsins er m.a. fjallað um samkeppnisreglur og kemur þar fram í 1. mgr. 53. gr. samningsins að bannaðir séu allir samningar milli fyrirtækja, ákvarðanir samtaka fyrirtækja og samstilltar aðgerðir sem geta haft áhrif á viðskipti milli samningsaðila og hafa það að markmiði eða af þeim leiðir að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað á því svæði sem EES-samningurinn tekur til. Í 3. mgr. 53. gr. samningsins er tekið fram að ákveða megi að 1. mgr. sömu greinar verði ekki beitt að því gefnu að þeir samningar, samþykktir eða samstilltar aðgerðir sem þar falla undir uppfylli ákveðin skilyrði. Samkvæmt 1. mgr. 55. gr. samningsins skal framkvæmdastjórn EB og Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) tryggja beitingu þeirra meginreglna sem mælt er fyrir um í 53. og 54. gr. samningsins. Samkvæmt framansögðu er ákveðin samsvörun á milli 10. gr. og 1. mgr. 15. samkeppnislaga annars vegar og 1. - 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins hins vegar.

Í 1. mgr. 25. gr. samkeppnislaga kemur fram að Samkeppniseftirlitið og áfrýjunarnefnd samkeppnismála skuli, með þeim takmörkunum sem leiðir af EES-samningnum, tryggja að ákvæði 53. og 54. gr. EES-samningsins séu virt. Í 4. mgr. sömu lagagreinar er tekið fram að telji Samkeppniseftirlitið að Eftirlitsstofnun EFTA skuli fjalla um mál skuli það framsent Eftirlitsstofnuninni. Þá kemur fram í 1. mgr. 26. gr. samkeppnislaga að ef Samkeppniseftirlitið, áfrýjunarnefnd samkeppnismála eða dómstólar beita ákvæðum samkeppnislaga vegna samninga fyrirtækja, ákvarðana samtaka fyrirtækja eða samstilltra aðgerða í skilningi 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, sem gætu haft áhrif á viðskipti milli aðila að EES-samningnum, skuli þau einnig beita 53. gr. EES-samningsins að því er varðar slíka samninga, ákvarðanir eða samstilltar aðgerðir.

Það mál sem hér er til úrlausnar á rót sína að rekja til erindis Eimskips og RAL til Samkeppniseftirlitsins 7. maí 2017, þar sem félögin óskuðu sameiginlega eftir undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga vegna fyrirhugaðs samstarfs félaganna. Í fyrrgreindu erindi var þannig gengið út frá því að hálfu undanþágubeiðenda að fyrirhugað samstarf félaganna félli undir ákvæði 10. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið tók erindi félaganna til afgreiðslu og tók meðferð málsins fyrst og fremst mið af því að taka afstöðu til þess hvort skilyrði væru fyrir hendi til að veita félögunum undanþágu á grundvelli 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga.

Með hliðsjón af því að erindi undanþágubeiðenda snéri ekki með beinum hætti að beitingu 10. gr. samkeppnislaga verður að mati áfrýjunarnefndar ekki talið að Samkeppniseftirlitinu hafi borið skylda til að ráðast í rannsókn og mat á því hvort samstarf Eimskips og RAL samræmdest 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Úrlausn Samkeppniseftirlitsins snéri fyrst og fremst að því hvort veita bæri félögunum undanþágu á grundvelli 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga. Ekki verður talið að beiting á þeirri heimild sem Samkeppniseftirlitið hefur samkvæmt 15. gr. samkeppnislaga feli í sér afstöðu eða túlkun af hálfu Samkeppniseftirlitsins á ákvæði 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins enda var tekið sérstaklega fram í hinni kærðu ákvörðun að fyrirvari væri gerður varðandi beitingu áðurnefnds ákvæðis af hálfu Eftirlitsstofnunar EFTA. Það er einnig mikilvægt að hafa í huga að það er á ábyrgð undanþágubeiðenda að haga starfsemi sinni með þeim hætti að hún samræmist fyrrgreindum ákvæðum EES-samningsins. Það er hins vegar ekki á valdi

Samkeppniseftirlitsins að veita undanþágu frá fyrrgreindu ákvæði 53. gr. samningsins. Í þessu sambandi er einnig til þess að líta að í því máli sem hér um ræðir liggur fyrir afstaða Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) til fyrrgreinds álitaefnis þar sem fram kemur að stofnunin geti ekki séð að úrlausn á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga feli í sér skyldu af hálfu samkeppnisyfirvalda hér á landi til að beita 53. gr. EES-samningsins.

Með hliðsjón af framansögðu verður ekki fallist á það með áfrýjanda að Samkeppniseftirlitið hafi borið skylda til að rannsaka og leggja mat á hvort samstarf Eimskips og RAL á grundvelli svonefnds VSA samnings félli undir 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Því verður ekki talið að rannsókn málsins hvað þetta varðar hafi verið ábótavant eða ekki í samræmi við rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga.

7

Í hinni kærðu ákvörðun er gerð grein fyrir þeim skilyrðum sem fram koma í a. – d. liðum 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga en öll skilyrðin þurfa að vera uppfyllt til að unnt sé að fallast á undanþágu frá 10. gr. sömu laga. Það var niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að ekki væri unnt að veita Eimskip og RAL umbeðna undanþágu samkvæmt 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga nema fyrirhuguðu samstarfi félaganna yrði sett ákveðin viðbótarskilyrði samkvæmt 2. mgr. 15. gr. laganna.

Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga hefur að geyma veigamikla grundvallarreglu í samkeppniserétti sem ber að túlka í samræmi við þau skýru markmið samkeppnislaga sem fram koma í 1. gr. laganna. Ákvæði 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga felur í sér undantekningu frá fyrrgreindri meginreglu og ber samkvæmt almennum lögskýringarsjónarmiðum að túlka undanþáguheimildina þröngt. Hins vegar verður að ætla samkeppnisyfirvöldum nokkurt svigrúm til að leggja mat á það út frá sjálfstæðum rannsóknum hvort skilyrði ákvæðisins séu uppfyllt og þá jafnframt hvort og að hve miklu leyti kunni að vera ástæða til að setja viðbótarskilyrði, samkvæmt 2. mgr. 15. gr. laganna, ef svo ber undir, til að markmiðum laganna verði náð.

Skilyrði a. liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga er að þeir samningar, samþykktir eða ákvarðanir sem falla undir 10. gr. laganna stuðli að bættri framleiðslu eða

dreifingu á vöru og þjónustu eða efli tæknilegar og efnahagslegar framfarir. Af gögnum málsins verður ráðið að ekki sé ágreiningur um það með málsaðilum að áður nefnt samstarf Eimskips og RAL uppfylli fyrrgreint skilyrði laganna þar sem fyrir liggur að samstarfið mun m.a. hafa umtalsverða kostnaðarhagræðingu í för með sér.

Skilyrði b. liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga er að neytendur njóti sanngjarnar hlutdeildar í þeim ávinningi sem hlýst af samningnum eða samstarfinu. Að mati áfrýjunarnefndar getur sá ávinningur annars vegar verið fólgin í hlutdeild í því kostnaðarhagræði sem hlýst af slíku samstarfi og hins vegar af ýmsum öðrum þáttum sem eru neytendum til hagsbóta, s.s. aukin og bætt þjónusta. Við mat á því hvort fyrrgreindu skilyrði sé fullnægt verður að leggja heildstætt mat á það hvort jákvæð áhrif samstarfsins fyrir neytendur séu meiri en þau neikvæðu áhrif sem samstarfið kann að hafa í för með sér. Mikilvægt er að samkeppnisyfirvöld afli eins ítarlegra upplýsinga um hið fyrirhugaða samstarf og frekast er unnt til að hægt sé að leggja mat á þau áhrif sem ætla má að samstarfið kunnir að hafa í för með sér fyrir neytendur.

Að mati áfrýjunarnefndar er það mikilvægt að sá ávinningur sem hlýst af samstarfinu skili sér til neytenda og þá ekki aðeins til skamms tíma heldur einnig til lengri tíma litið. Af fyrirliggjandi gögnum má ráða að samstarf undanþágubeiðenda mun hafa það í för með sér að framboð á reglulegum sjóflutningum á hinum skilgreinda markaði, þ.e. milli Íslands og Norður – Evrópu, mun aukast umtalsvert þar sem RAL mun geta boðið upp á vikulega siglingar til Íslands allt árið um kring, sem er veruleg aukning frá því sem áður var. Aukin innkoma RAL á markaðinn mun þannig hafa jákvæð áhrif fyrir þá samkeppni sem þar er og koma neytendum til góða. Samstarfið er einnig til þess fallið að auðvelda RAL frekari innkomu á þennan markað óháð því hvort fyrir hendi séu slíkar aðgangshindranir að það torveldi aðkomu nýrra aðila á markaðnum eða hamli frekari framgangi þeirra sem fyrir eru á markaðnum.

Áfrýjunarnefnd tekur undir það með áfrýjanda að sterk staða Eimskips á hinum skilgreinda markaði málsins auk sérstöðu RAL á Grænlandi geti skapað ákveðna hættu á einsleitni í verðlagningu og ákveðnum samkeppnishindrunum þegar til lengri tíma er litið. Að mati áfrýjunarnefndar hefur hins vegar verið brugðist við

Þessari hættu með setningu skilyrða á grundvelli 2. mgr. 15. gr. samkeppnislaga, sem undanþágubeiðendur hafa samþykkt. Þar er m.a. kveðið á um árleg skýrsluskil af hálfu RAL varðandi tilgreind viðskipti á milli félagsins og Eimskips eða tengdra félaga á grundvelli þess fyrirkomulags sem fram kemur í VSA samningnum. Fyrrgreint skilyrði gefur Samkeppniseftirlitinu tækifæri til að fylgjast með innkomu RAL á markaðinn og þróun hans að öðru leyti en fyrir liggur að innkoma félagsins á hinn skilgreinda markað er forsenda fyrir veitingu undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga. Þá getur Samkeppniseftirlitið brugðist við breytingum ef þess gerist þörf.

Samkvæmt c. lið 1. mgr. 15. gr. má samningur eða samstarf aðila, sem fellur undir 10. gr. laganna, ekki leggja höft á hlutaðeigandi fyrirtæki sem eru óþörf til að settum markmiðum verði náð. Af gögnum málsins verður ekki annað ráðið en að þetta skilyrði sé uppfyllt og tekur áfrýjunarnefnd undir sjónarmið Samkeppniseftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun hvað þetta varðar.

Það er skilyrði d. liðar 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga að samstarf veiti fyrirtækjum ekki færi á að koma í veg fyrir samkeppni að því er varðar verulegan hluta framleiðsluvaranna eða þjónustunnar sem um er að ræða. Vegna fyrrgreinds skilyrðis hefur áfrýjandi m.a. bent á að RAL njóti niðurgreiðslna frá þarlendum stjórnvöldum til að þjónusta grænensk byggðarlög og ekki hafi verið gengið úr skugga um eða tryggt með fullnægjandi hætti að þeir fjármunir verði ekki notaðir til að niðurgreiða gámaflutning félagsins á Atlantshafi. Því til viðbótar telur áfrýjandi að RAL muni greiða verulegan kostnað af rekstri skipa Eimskips vegna kostnaðar sem til fellur vegna reglulegra viðkomu skipa félagsins í Nuuk á Grænlandi samkvæmt samningi félaganna. Að mati áfrýjunarnefndar er ekkert í gögnum málsins sem rennir stoðum undir það að niðurgreiðslur grænlenskra stjórnvalda til RAL verði með einhverjum hætti nýttar vegna gámaflutnings félagsins á Atlantshafi á grundvelli áður nefnds VSA samnings félaganna. RAL ber að sýna fram á fjárhagslega aðgreiningu í starfsemi sinni og tryggja að niðurgreiðslur stjórnvalda séu ekki notaðar í þeirri starfsemi sem tengjast gámaflutningum félagsins á Atlantshafi. Ljóst er að Eimskip mun verða fyrir auknum kostnaði í sínum rekstri við að bæta Nuuk við áætlunarferðir sínar. Í samræmi við ákvæði VSA samningsins ber hvor aðili samningsins ábyrgð á að greiða kostnað við rekstur sinna skipa og þá er einnig tekið fram að sú þjónusta

sem Eimskip mun inna af hendi fyrir RAL skuli boðin á markaðsverði. Ekki verður annað ráðið af fyrirliggjandi gögnum málsins en að greitt verði fyrir þjónustu Eimskips vegna siglinga til Nuuk á Grænlandi í samræmi við fyrrgreind ákvæði.

Þau viðbótarskilyrði sem tekin voru upp í sátt Samkeppniseftirlitsins við undanþágubeiðendur, sbr. 2. mgr. 15. gr. samkeppnislaga, voru m.a. sett til að ýta undir samkeppni og tryggja að innkoma RAL á hinn skilgreinda markað hefði jákvæð samkeppnisleg áhrif og yrði til hagsbóta fyrir neytendur. Þar eru ítarleg ákvæði sem snúa að ráðstöfun á lausum flutningsrýmum í skipum RAL til að tryggja að sú hagræðing sem felst í samstarfi undanþágubeiðenda skili sér til neytenda og annarra viðskiptaaðila, s.s. flutningsmiðlara. Þá hafa viðbótarskilyrðin einnig að geyma mikilvægt hegðunarskilyrði undanþágubeiðenda og síðast en ekki síst ákvæði sem gefa Samkeppniseftirlitinu tækifæri til að fylgjast náið með þróun markaðsins og þeirra breytinga sem kunna að verða á honum í ljósi fyrrgreinds samstarfs félaganna. Samkeppniseftirlitið hefur þannig möguleika á að grípa inn í þá þróun gerist þess þörf.

Að mati áfrýjunarnefndar gefa fyrirliggjandi gögn málsins til kynna að með þeim viðbótarskilyrðum sem tekin voru upp í sáttinni sé fullnægt þeim skilyrðum sem fram koma í 1. mgr. 15. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 fyrir umræddri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins.

8

Með hliðsjón af öllu framansögðu er hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. apríl 2019 í máli nr. 13/2019 um að veita VSA samningi Eimskipafélags Íslands hf. og Royal Arctic Line A/S, sem kveður m.a. á um samnýtingu á plássum í áætlunarskipum félaganna, tímabundna undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga með heimild í 15. gr.sömu laga, staðfest.

Úrskurðarorð

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. apríl 2019 í máli nr. 13/2019 er staðfest.

Reykjavík, 12. september 2019

Björn Jóhannesson formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Kristín Benediktsdóttir